إشكالية تحديد الشخص الحاضن وفقا للقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 .

The problem of determining the custodian according to Law No. 84/11 containing the Algerian Family Code, amended and supplemented by Law No. 05/02.

قلواز فاطمة الزهراء [1*]،

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشلف، الجزائر،

f.kelouaz@univ-chlef.dz

https://orcid.org/0000-0002-9506-2858

تاريخ الإرسال: 2026/03/07 تاريخ القبول: 2026/05/16 تاريخ النشر: 2026/06/01

****

ملخص:

يتناول موضوع هذا البحث الموسوم بـ إشكالية تحديد الشخص الحاضن وفقا للقانون رقم 02/05 الُمعدِّل والُمتمم للقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري تحديد مفهوم الحضانة وشروطها مع تبّيان الأسس والمعايير التي يُعتمد عليها لاختيار الشخص الحاضن بالنظر لخطورة وأهمية موضوع الحضانة بكونها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجّية بما لها من انعكاسات على المادة الخام للأجيال اللاّحقة لذا تعّدُ من المسائل الحسّاسة والدقّيقة بسبب المنازعات المرتبطة بها، فهي سلاح ذو حدين يجب الحذر عند استعماله، الأمر الذي يتطلب تدّخل عدة أطراف لاختيار الشخص الحاضن.

وقد توّجت هذه الدراسة بجملة من الأسس والمعايير التي تجعل الحضانة أمانة يُصان بها الطفل وتحفظ كرامته، وبالمفهوم المخالف قد يُهان الطفل وتُهدر حقوقه من طرف أقرب الناس إليه.

الكلمات المفتاحية: طفل؛ زواج؛ طلاق؛ حضانة؛ الحاضن.

Abstract:

This study focuses on the legal issue of the custodial person under Law N°:05/02 amending and supplementing Law N°:11/84 Containing the Algerian Family Code.

by clarifying the concept of custody, identifying its required legal conditions, and analyzing the normative foundation governing the selection of the appropriate custodian .Its highlights custody as a legal consequence of marital dissolution due to its significant impact on the future generations.

This paper explores that custody must be exercised as a fiduciary legal responsibility aimed at safeguarding the child's welfare and protecting him rather than allowing those closest to the child to infringe upon their rights.

Key words: Child; marriage; divorce; custody; custodian.

* المؤلف المرسل

مقدمة:

تمثل الأسرة نواة المجتمعات؛ ويعتبر الزواج أساس هذه الأسرة واستمراريتها، ويُعدُّ الطفل ثمرة هذا الزواج وهدفه وحتى ينشأ نشأة سوية يجب أن يعيش بين والديه لحاجته لرعايتهما معا حتى يستقيم عوده ويستقيل بتدبير أموره وفقا ما يقضي به القانون، إلاّ أنّه قد يعتري الحياة الزوجيّة مشاكل يستحيل معها البقاء تحت سقف واحد، لذا شُرّع الطلاق بغض النظر عن صوره؛ مخلفا ورائه آثارا وخيمة، أهمها مشكلة الحضانة لارتباطها بالمادة الخام للمجتمعات (الأبناء) من جهة؛ وبرجل الغد من جهة أخرى، وبهذا تقوم ضرورة توخي الحيطة والحذر في منح الحضانة للطرف الذي يستحقها شرعا وقانونا وفق مصلحة المحضون.

وقد نبّه رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم لأهمية الوسط الذي يعيش فيه الطفل فقال: "أي مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يُمجسّانه ..."[1]، وذلك لارتباط مرحلة الطفولة بأولى مراحل تكوين الشخصية، وقد اهتمت التشريعات الدولية والوطنية بموضوع الحضانة وخاصة العربية التي ترى في الشريعة الإسلامية مصدر نظام الحضانة.

وبناء على ما سبق، ثارت عدة إشكالات بشأن الشخص الذي تنسد له حضانة الطفل؛ خاصة وأنّ المعني بالحضانة لا دخل له في صنع القرار، وبهدف إيجاد حل يتمشّى ومصلحة المحضون يُطرح الإشكال التالي: **هل تتطلب مصلحة المحضون الحفاظ على ثبات واستقرار الأحكام المتعلقة بالحضانة وفق ما جاء به المشرع أم تحتاج لأحكام أكثر مرونة وقابلية للتغيير والتطور؛ مع تدّخل أكثر من طرف في تحديد الشخص الحاضن؟**

وقد تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يقوم على استقراء النصوص القانونية وآراء الفقهاء وتحليلها، إلى جانب اعتماد المنهج المقارن لمقارنة موقف المشرع مع ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الشأن لاعتماد المشرع على آراءه في تشريع قانون الأسرة.

هذا ما سيتم بحثه من خلال محورين، يدور **الأول** حول ضبط مصطلحات مفهوم الحضانة وتبيّان شروطها والأسس التي تقوم عليها، فيما خُصصّ الثاني لبحث مراتب الحاضن والأشخاص المساعدين في تحديده وفقا لما جاء به التشريع الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض التشريعات في ترتيب الشخص الحاضن.

[1]- البخاري أبو عبد الله محمد ابن اسـماعيل، (2002)، صـحيح البخاري، الحديث رقم 1358 ، ط.01 دار ابن كثير لبنان، ص.94.

المبحث الأول

ضبط مصطلح مفهوم الحضانة

لبحث كُنّه الشيء وأصله يجب ضبط كل المصطلحات المتعلقة به، وبهذا سيتم بحث معنى الحضانة لغة واصطلاحا مع تبيان حكمها وتبيان دليل مشروعيتها (المطلب الأول)، وبعدها بحث الأسس المعتمد في تحديد شروط الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقيقة الحضانة ودليل مشروعيتها

لمعرفة حقيقة الحضانة لابد من بحث كل معنى يُفيد في تبيّان حقيقتها مع ضرورة تكيف طبيعتها القانونية (الفرع الأول)، وبعدها بحث دليل مشروعية الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقيقة الحضانة

يتطلب الأمر بحث المعنى اللّغوي للحضانة (أولا)، ثم تحديد المعنى اصطلاحي لها (ثانيا)، وبعدها ضبط الطبيعة القانونية للحضانة (ثالثا).

أولا: المعنى اللّغوي للحضانة

يُفيد المعنى اللغوي للحضانة ما يلي: "حضن: ٱلحِضْنُ: مَا دُونُ الْإِبْطِ إِلَىَ الْكشْحِ، وَقِيلَ: هُوَ الصَّدْرُ وَالْعَضُدَانِ وَما بَيْنَهُماَ، وَالجَمْعُ أَحْضَانٌ؛ وَمِنْهُ الاِحْتِضَانُ، وَهُوَ احْتِمَالُكَ الشَّيءَ وَجَعْلُهُ فِي حِضْنِكَ كمَا تَحْتَضِنُ الْمَرأَةُ وَلدَهَا فَتَحْمِلُهُ فِي أَحَدِ شِقَّيْهَا"[1].

ثانيا: المعنى الاصطلاحي للحضانة

ومن المعاني الاصطلاحية للحضانة، حفظ للولد في كل متطلبات الحياة المادية والمعنوية، وكل ما يحتاجه القاصر من رعاية جسمية عقلية وحتى نفسية حتى يتمكن من قيام بمتطلبات الحياة[2] وهي أيضا التدبر بحفظ الصغير ممّا لا يمكنه الاستقلال بأموره، بتربيته جسميا ونفسيا وعقليا وحمايته ممّا يؤذيه[3].

وقد تناولها المشرع بنص المادة 62 من قانون الأسرة كما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته ورعايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

---

[1]- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مادة حضن، ج.04، بدون طبعة دار صادر لبنان، ص.135.

[2]- ابن عرفة، شرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، ج.02، مصر، ص.756.

[3]- السيد سابق، (1999)، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، ط .21، مصر، ص217.

يتضح أنّ الحضانة أمر يتوقف على وجود الحاضن وهو المكلف بالعمل، والمحضون وهو الطفل الصغير يحتاج للحضانة؛ وهي في جانبه حق لأنه المنتفع بها.

ثالثا- تكييف الحضانة:

الأصل في الحضانة أنّها فرض كفاية، وفي حال تخلي الجميع عنها تصبح فرض عين حماية لمصالح المحضون وقد اتفق الفقه[1] على أنّها حق للمحضون الحاضن معا، وواجب من جهة أخرى على الحاضن الذي تقع على عاتقه، باتفاق جمهور الفقهاء[2] فالفقه الشافعي، والحنفي، والمالكي يرى بأنها حقّ للأمّ مثل باقي حقوق الأسرة؛ ولها أنّ تتنازل عنها وقت ما تشاء كما أنّها واجب عليها من جهة أخرى حيث يمكن أنّ تجبر على حضانته إذا لم يوجد من يتولى حضانة الصغير.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أنّ الحضانة ثلاثية الأطراف، فللصغير فيها حق وللأمّ فيها حق وللأب فيها حق يشترط التوفيق بين هذه الحقوق لإعطاء الحضانة دورها الشرعي[3].

أمّا جانب ثالث من الفقه فيرى أنّ الحضانة حق للأمّ ما لم يمنع من ذلك مانع، إذا تنازلت عنه ووجد من ينوب عنها صح التنازل، ما يفيد أنها حق لها. أما إذا لم يوجد من يصلح له أجبرت على حضانته وهذا يعني أنها واجب عليها القيام به، وإذا تعددت الحاضنات كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى ولا يقبل منها إسقاطها إلاّ إذا وجد من يقوم به ممن يخلفها حسب الترتيب[4].

إلاّ أنّ ما يبدو أنّ الحضانة هي حق للصغير وواجب في جانب من يمنحه الشرع أو القانون واجب الحضانة، لأنّ الحاضن يجبر على القيام بدور الحضانة، وصاحب الحق لا يجبر على حقه. والحاضن هو من يتولى شؤون الصغير إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع الاختلاف في الأولوية حسب موقف الفقه أو القانون إلى جانب الدور الفعّال لقاضي الموضوع في الأمر بالنسبة لكل دولة.

وتجب الإشارة إلى كون الحضانة حق للصغير فإنّها تدخل في إطار الحريات والحقوق المكفولة من طرف الدستور، حسب ما ورد في نص المادة 34 منه.

---

[1]- محمد ابن صالح العثيمين، (2002)، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، ج.13، السعودية ص.ص.535-536. وفخر الدين الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الاميرية، ج.03، مصر ص.ص.46-48. والنووي أبو زكريا يحي ابن شرف، منهاج الطالبين، ص.ص.266-267. وابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار ضياء، ج.08، لبنان، ص.ص.355-356 والبهوتي منصور ابن يونس ابن إدريس، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال ، كشاف القناع، دار الفكر، ج.05، لبنان، ص. ص.496-498.

[2]- فخر الدين الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ص.46-48. وابن حجر الهيتمي، المرجع السابق ص.ص.355-356 والحطاب، المرجع السابق، ص.593 والنووي، المرجع السابق، ص.ص.266-267.

[3]- محمود سمير عبد الفتاح، المرجع السابق، ص.307.

[4]- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.734.

الفرع الثاني: دليل مشروعيّة الحضانة

يتمثل دليل مشروعية الحضانة في قوله تعالى: **"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ"**[1].

ومن السنّة النبوية يقوم الاعتماد على ما رواه عبد الله ابن عمرو ابن العاص أنّ امرأة قالت : يا رسول لله، إن ابني هذا، كان له بطني وعاء، وثدي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]. وكذلك ما ورد عن البراء ابن عازب: أنّ ابنة حمزة ابن عبد المطلب اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي : أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها رسول الله صلى الله وسلم لخالتها وقالت " الخالة بمنزلة الأم "[3].

أمّا ما ورد عن الصحابة الكرام، فقد قضى أبو بكر الصديق رضي الله عنه لامرأة عمر ابن الخطاب أمّ عاصم في محضر الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا اعتمدته الأمة بعد ذلك[4].

المطلب الثاني: الأسس المعتمدة في تحديد شروط الحضانة

إنّ الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية الأخرى في حضانة الطفل لا يتم بطريقة آلية، لأن الأمر يتعلق بالمادة الخام للمجتمعات يوجب الاهتمام بكل العوامل المؤثرة في نموها، وقد أورد الفقه جملة من الشروط المجتمعة ستُذكر تباعا (الفرع الأول)، وبعدها يتم بحث الأسس المعتمدة في تحديد الشخص الحاضن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الحضانة

تتمثل شروط الحضانة في جملة من الصفات يجب توافرها في الشخص الحاضن حتى يكون أهلا لذلك وهي كالتالي[5]:

- الإسلام: باعتبار الحضانة ولاية، فلم يجعل الله ولاية الكافر على المسلم وفقا لقول الله تعالى: **"وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"**[6].

---

[1]- سورة البقرة، الآية 233.

[2]- أخرجه أبوه داود، الحديث رقم 2276.

[3]- البخاري أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل، أخرجه البخاري، المرجع السابق، ص.223.

[4]- محمد سمارة، (2008)، أحكام وآثار الزوجية- شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية-، دار الثقافة، ط.01 الأردن ص.383.

[5]- السيد سابق، المرجع السابق، ص.220. ومحمد سمارة، المرجع السابق، ص.ص.389-391. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العربية، ج.02، بدون طبعة، ص.529. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المحتار، دار الكتب العلمية، ج.03، بدون طبعة، ص.ص.555-556.

[6]- سورة النساء، الآية رقم 141.

- **العقل والبلوغ:** إذا كان العقل مناط التكليف، فلا مجال إذن للكلام عن حضانة الشخص المعتوه أو المجنون، وفقا لقاعدة **"فاقد الشيء لا يعطيه"**، إلى جانب هذا، فالصغير حتى ولو كان مميزا لا يصلح للحضانة، لحاجته هو الآخر للرعاية والتربية.

- **الأمانة والخلق:** لأن الفاسق حسب ما يرى فقهاء الفقه الإسلامي لا يؤمن على الصغير حيث ينشئه على طريقته.

- **القدرة على التربية:** تعني التربية عدة معاني منها خلو الحاضن من الأمراض المعدية، وعدم تقدمه في السن لدرجة حاجته لمن يقوم بشؤونه، وفي هذا الصدد يقول "سير برس" أحد رجال التربية في بريطانيا بشأن التربية ما يلي: "لقد سلك الناس مسالك مختلفة للتعريف بالتربية، ولكن الفكرة الأساسية التي تسيطر عليها جميعا: أنّ التربية هي الجهد الذي يقوم به آباء شعب ومربوه لإنشاء الأجيال القادمة على أسس نظرية للحياة التي يؤمنون بها"[1]، وتشمل التربية حسب بعض أهل الاختصاص عدة فنون منها فن الغضب والرضا فن التنشيط فن الجزاء وفن التقويم[2].

الفرع الثاني: الأسس المعتمد لاختيار الشخص الحاضن

اشترط كل من الفقه والتشريعات ضرورة توفر مجموعة من الأسس لأهلية الشخص الحاضن تصب كلها في مصلحة المحضون، نذكر منها ما يلي:

- باعتبار مصلحة المحضون قاعدة فقهية تتعلق بكائن اجتماعي لا يستطيع ضمان مصالحه في المجتمع ممّا يُصعب حصرها في نص قانوني لأنها خاصية ذاتية تتعلق بكل طفل على حدا، إذ يجب الحكم على كل قضية تتعلق بالحضانة وفق الظروف خاصة بكل طفل، وبهذا فمصلحة الطفل تخضع لقاعدة مرنة تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان لآخر[3].

- ضرورة توفير الرعاية المعنوية للمحضون متمثلة في الأمن والأمان من طرف الشخص الحاضن حسب ما ورد في نص المادة 62 من قانون الأسرة، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن هذا النوع من الرعاية يتمثل في التربية[4] والتأديب والتهذيب وفق ما جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية، فقد أقر القرآن الكريم برعاية المحضون حماية للمجتمع ومصالحه وفقا لقاعدة الحفاظ على الضرورات الخمس حتى ينشأ المحضون تنشئة سويّة من حيث القيم والأخلاق. وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أنّه على المربي أن يعلم أنه إذا أصيب القلب بمرض عضوي فإن

---

[1]- محمد سليمان، (1979)، المسؤولية عقبات في سبيلنا، من المسؤول عن تخلفنا بين التربية الحديثة والقديمة؟ دار الأرقم، ط.01، مصر ، ص.127.

[2]- السعيد هيمة، حديث عن التربية، جمعية الذكار الخيرية، ج.01، ط.01، ولاية الوادي، 2002 ص.ص.45-48.

[3]- سميرة قدوش، دور الاجتهاد القضائي في تقدير مصلحة المحضون، الملتقى الدولي لقانون الأسرة- قانون الأسرة بين المتغير والثابت- يومي 06 و07 ماي 2013، ص.649.

[4]- إن كلمة التربية تعد من المرادفات الواسعة المعنى إذ تشمل البدنية والنفسية والعقلية والصحية، يراجع: عادل محمد عز الدين أشول، (1987)، موسوعة التربية الخاصة، قاموس إنجليزي عربي، مكتبة الأنجلو مصرية، ص.51.

ضرره لا يتعدى حدود الفرد، أمّا إذا غابت التربية عن الشعور فإن الضرر يتجاوز الفرد إلى الجماعة، وقد يصل الأمر إلى درجة الوباء يقضي على أمم بأكملها[1]، وفي هذا الصدد يقول **حافظ إبراهيم: " إنّما الأمم الأخلاق --- إنّ هم ذهبت أخلاقهم ذهبوا".**

- سلامة الحاضن من بعض الأمراض الطيرة والمعدية، خاصة حماية المحضون من بعض الأمراض المنتقلة عن طريق العدوى(Les maladies contagieuses) وهي من الخطورة بمكان إذا لم يتم التحكم فيها والسيطرة عليها، فقد تتجاوز مرحلة المرض لتصل لدرجة وباء يهدد حياة الأمم الصحية والاجتماعية والاقتصادية معا، يتم انتقال هذه الأمراض عن طريق مسبب المرض المتمثل في كائنات حية دقيقة سواء كانت بكتيرية أو فيروسية.

وكذلك مرض حمى المستنقعات (Le paludisme) الذي تسببه أنثى بعوضة الأنوفيل (Anophèle) ومرض السّل وغيره من الأمراض المعدية[2]، هذا إلى جانب الصحة العامة للشخص الحاضن من حيث القدرة على حسن الرعاية والتربية.

أمّا من حيث الأهلية فيجب أن يكون الشخص الحاضن يملك القدرة على رعاية الصغير ويملك من الصبر ما يكفل تحقيق احتياجاته المتنوعة، فلا يقبل أن يكون كبيرا في السن حسب ما تناولتها المادة 62 من قانون الأسرة، وهذا ما أكدّته المحكمة العليا في أحد قراراتها كما يلي:"ومن المقرر في الفقه الإسلامي حول وجوب توافر الحضانة القدرة على حفظ المحضون، ومن ثمة فإن القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يُعّد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة للبصر؛ فهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، وبإسناد قضاة الموضوع الحضانة لها فقد حادوا عن الصواب"[3]، الأمر الذي يؤكّد أنّ مراعاة مصلحة تقتضي إسناد الحضانة لمن يضمن سلامته وحسن تربيته.

- ضرورة توافر الرعاية المادية؛ ويتطلب ذلك القدرة على تلبية حاجيات الصغير الضرورية وحتى الكمالية بحسب الظروف المادية للحاضن، خاصة وأن بعض الحاجيات التي كانت تدخل في نطاق الكماليات أصبحت تدرج في خانة الضروريات، كضرورة ضمان الجانب الترفيهي والدعم المدرسي خارج الساعات المبرمجة رسميا في حق التلميذ، حسب ما ورد في نص المادة 75 من قانون الأسرة التي توجب نفقة الابن على الأب ما لم يكن يملك مال.

وتبدو أهمية هذا الأساس من خلال العقوبة التي أقرها المشرع بحق من يتأخر أو يمتنع عن أداء النفقة بنص المادة 331 من قانون العقوبات.

---

[1]- السعيد الهيمة، المرجع السابق، ص.ص. 122-123.

[2]- قلواز فاطمة الزهراء، قراءة في نص المادة 07 مكرر من قانون الأسـرة بين الواقع والتطبيق، الملتقى الدولي المتعلق بقانون الأسرة الجزائري بين الثوابت والمتغيرات، بجامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، يومي 10 و11 نوفمبر 2015.

[3]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية، 1989، ص.76.

وقد أشار المشرع إلى ضرورة تكامل الرعاية المادية مع المعنوية للمحضون من خلال نص المادة 78 من قانون الأسرة.

- تجب مراعاة الجانب السلوكي في هذا الشأن، فالطفل صفحة بيضاء وفق ما نطق به رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الولد يولد على الفطرة فأبواه يهوّدانه أو ينصّرانه أو يمجسّانه..." [1]. وفي السيّاق نفسه جاء قرار المحكمة العليا: "من المقرر أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمّها في الحضانة لفقد الثقة فيهما معا...".

المبحث الثاني

مراتب الحاضن والأشخاص المساعدة في تحديده

تُعد الحضانة أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، وهي تتطلب وضع الطفل عند من هو أقدر لما تتطلبه من حفظ للصغير وتربيته؛ حيث عادة ما توكل هذه المهمة للمرأة، وبمجرد وقوع الطلاق يكون من حق الأم طلب الحضانة والذي يترتب عليه وواجب القيام بهذا الواجب على قدر من الحكمة والانتباه واليقظة والصبر، وهي فرض كفاية لا فرض عين فإذا تخلى عنها من وكّل بها تصبح فرض عين باعتبارها حق ثابت شرعا وقانونا للمحضون لا يمكن إسقاطه[2]، وبهذا سيبحث موقف كل من الفقه والقانون في تحديد الشخص الأنسب للمحضون، باعتبار هذا الأخير هو رجل المستقبل (المطلب الأول) ثم تحديد الأشخاص المساعدين في اختيار الشخص الحاضن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الترتيب الاستحقاقي للشخص الحاضن

تُعد الحضانة أهم مظهر من مظاهر رعاية الطفل في بداية حياته حيث يكون بحاجة ماسة لمن يرعاه ويكفله بسبب ضعفه وعدم القدرة على حماية نفسه والولدان هم الأقدر والأكف لهذه الرعاية وبهذا سيتم بحث موقف فقهاء الفقه الإسلامي(الفرع الأول)، ثم دراسة ما جاءت به التشريعات الوضعية في هذا الشأن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الترتيب الوارد عند فقهاء الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء الفقه الإسلامي على أنّ ثبوت واجب الحضانة يقوم على القرابة، والقيام على حفظ وتدبير شؤون الطفل المحضون كلها، ولما كانت المرأة تمتاز بالرفق وقوة العاطفة، جعل الشارع الحضانة للأم في المرتبة الأولى؛ فإذا لم يوجد من النساء محرم للصغير انتقلت الحضانة إلى الرجال حسب ترتيبهم في الإرث، وبهذا جاء ترتيب الشخص الحاضن كما يلي، بالنسبة للنساء (أولا)، ثم بالنسبة للرجال (ثانيا).

---

[1]- سبق تخريجه.

[2]- وهبة الزحيلي،(1989)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج.07، ط.03، سوريا، ص.718.

أولا: ترتيب النساء في حضانة الصغير

الأصل في الحضانة أنّها للنساء إلاّ إذا كانت غير أهل لذلك فيوكل بها الرجال والأمّ هي أحق بالولد من غيرها متى كانت أهلا للحضانة ولم تتنازل عليها[1] لكونها أرفق الناس وأشفق على الصغير ويؤكد هذا؛ ما روي عن المرأة التي جاءت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله، إنّ ابني هذا كان له بطني وعاء وحجري حواء وثدي له سقاء، وأنّ أباه طلقني، ويريد أن ينزعه مني؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتزوجي"[2]، فإن لم توجد الأمّ أو وجدت وكانت غير أهلا لذلك أوكل أمر الحضانة للجدة من الأمّ، ثم بعدها إلى أم الأب، وهذا وفقا لأسبقية الأمّ في حضانة صغيرها على الأب؛ فتكون قرابتها أسبق على قرابة الأب كذلك.

ثم تنتقل الحضانة إلى الأخوات؛ بنفس الحالة الأولى، أي أحقيّة الأخوات لأن الأخوات بنات الأبوين والخالات والعمات بنات الجدّات، وبنات الأبوين أقرب من بنات الجدّات، وتُقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأمّ، وتُقدم الأخت لأمّ على الأخت لأب لثبوت الحق لها من جهة الأمّ، وهكذا يتم ترتيب الحاضنات من النساء حسب درجة القرابة، هذا بالنسبة للمذهب الحنبلي. أمّا المذهب المالكي فقد قدموا الأخوات للوالدين الخالة والعمّة بهذا الترتيب ثم عمّة الأم وبعدها عمّة الأب ثم أمّ أمه ثم أمّ أبيه[3].

ثانيا: ترتيب الرجال في حضانة الصغير

بانعدام حاضن للصغير من النساء أو وجدت وليست أهلا لذلك ينتقل واجب الحضانة إلى العصبة من المحارم على حسب ترتيبهم في الإرث فتنتقل الحضانة إلى الأب ثم أب أبه وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، فإن لم يوجد من عصبته من الرجال المحارم أحد، أو وجد وليس أهلا للحضانة انتقلت إلى محارمه من الرجال غير العصبة، وإن لم يكن للصغير قريب عين له القاضي حاضنة تقوم بتربيته فالقاضي هو الأقدر على تعيين من يصلح لحضانة الطفل[4].

الفرع الثاني: موقف التشريعات من ترتيب الشخص الحاضن

إنّ تقديم جهة النساء على الرجال في الحضانة هي قاعدة شرعية تتطلبها ضرورة الحياة بالنسبة للمراحل الأولى من حياة الطفل، فقانون الأسرة قبل التعديل في المادة 64 أعطى الأولوية للأمّ ثمّ أمّها ثمّ الخالة ثمّ الأب

---

[1]- ابن عابدين، در المحتار، ج.03، المرجع السابق، ص.560. و علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.04، ص.14.

[2]- أخرجه أبوه داود، الحديث رقم 2276.

[3]- بدران أبو العيون بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية ج.01، لبنان، ص.549 ، الهامش رقم 01.

[4]- السيد سابق، المرجع السابق، ص.219.

فالأقربون درجة يتم التطرق إلى الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري (أولا)، ثم بحث ما جاءت به بعض التشريعات العربية المقارنة (ثانيا).

أولا: بالنسبة للتشريع الجزائري

يتم تناول الترتيب الذي جاء به التشريع قبل التعديل (أ)، ثم بحث التشريع الجديد في هذا الشأن بعد التعديل (ب)، مع تحديد الترتيب الأنسب للطفل المحضون (ج).

أ)- ترتيب الشخص الحاضن قبل التعديل

جاء ترتيب الشخص الحاضن وفق هذا القانون في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "الأمّ ثم أمّها ثم الخالة ثم الأب ثم أمّ الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

ب)- ترتيب الشخص الحاضن بعد التعديل

جاء ترتيب الشخص الحاضن من خلال ما ورد بالمادة رقم 64 من قانون الأسرة حيث نصت على ما يلي: "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، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

أهم ما يُلحظ على هذا التعديل هو إعادة الاعتبار للعمّة في حضانة ابن أخيها في حين حرمها النص الوارد قبل التعديل، بالرغم من أنّ الأصل في قانون الأسرة أنه مأخوذة من الشريعة الإسلامية التي لم تهمل دور العمّة في الحضانة، في حين قدم الأب على الجدّة لأم بالرغم من أن كلمة "أمّ" تطلق على الأمّ وإنّ علت، ويُعدَ تقديم الأمّ في الحضانة من أهم محاسن اهتمام الشريعة الإسلامية بمصلحة الطفل.

ج)- الترتيب الأنسب للطفل

بحسب ما ورد في بالنص الُمعدل لترتيب الشخص الحاضن يمكن القول أنّ الترتيب الذي جاء به المشرع بنص هذه المادة **في غير محله**، فكان الأجدر به الاحتفاظ بالترتيب الأول مع إضافة العمّة في قائمة الشخص الحاضن، لأنّ الأب فعلا يحرص على رعاية أبنائه، ولكن إعادة بنائه لأسرة أخرى غير الأسرة التي عرفها الطفل؛ بزواجه من امرأة أخرى يحول دون ذلك في الغالب، والواقع المعاش يثبت ذلك، ولا يجب أنّ يكون المحضون مع المبغضين له في البيت نفسه من أجل راحته النفسية التي تلعب دور في نشأته السوية.

أضف لذلك، فإن الأئمة الأربعة اتفقوا على تأخير رتبة الأب على الأقل بعد الأمّ لأمّ "الجدة" حسب ما جاء به المذهب الحنبلي[1]، وإن اختفوا في ترتيب الشخص الحاضن؛ خاصة وأن أحكام قانون الأسرة مأخوذة من الشريعة الإسلامية وفقهائها، فكان أولى بالمشرع الجزائري الاقتداء بما جاء به الفقهاء الأربع في هذا الشأن، لأن ترتيب الشخص الحاضن ليس من النظام العام حسب ما ورد في الفقرة الأخيرة من نص المادة 64 من قانون الأسرة، ثم أن القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في الأمر تضيق وتتسع حسب مصلحة الطفل المحضون من

[1]- محمد سمارة، المرجع السابق، ص.387.

خلال حضانة آمنة لينمو بشخصية سوية ومتزنة، فطفل اليوم رجل الغد، بل قد يكون من القادة والساسة المسيرين للدولة.

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أنّ تعديل ترتيب الحضانة في مصلحة الطفل فبعد أبويه يميل لجدّاته من الجهتين، كما أنّ ترتيب باقي الأفراد بعد الأمّ كان من باب الاجتهاد، وإسناد الحضانة للجدّات يفيد الطفل كثيرا لتعوده العيش معهم مع تقديم الجدّة لأمّ على الجدّة لأب على الخالة، ومن جهة أخرى فإن إسناد الحضانة للجدّة من جهة الأب يسهل للأب تفقد أمور ابنه من الجانب المادي والمعنوي، وما عاد ذلك يرتب الحاضنون من باب الاختيار لا على سبيل الإلزام، بل للأقدر والأكّفأ بحسب رغبة الحاضن واستعداه لقبول الحضانة على أن لا تسنّد للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للمحضون بما يتمشّى مع مصلحة المحضون، تحت تقدير السلّطة التقديرية للقاضي[1].

ثانيا- بالنسبة لبعض التشريعات العربية

فعلى سبيل المثال لا الحصر؛ التشريع الأردني حسب ما ورد في نص المادة 154[2] إذ جاء فيها ما يلي: "الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام ابن حنيفة "، كما أعطى الحق للقاضي في اختيار الحاضن الأصلح والأنسب عند تعدد الحاضنين وتساويهم في الدّرجة الواحدة حسب نص المادة 157 التي جاء فيها: "إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون"[3].

وممّا سبق، يبدو أنّ التشريع الأردني قد حسم الأمر بإتباعه المذهب الحنفي بشكل صريح، حتى يسهل الأمر للقاضي عند التباس بالرجوع إليه مباشرة دون البحث عن الرأي الأنسب بين المذاهب الأربعة مثل ما فعله التشريع الجزائري في تعديله الأخير حيث لم يعتمد على مذهب محدد يرجع إليه، الأمر الذي يُصعّب من مهمة القاضي.

المطلب الثاني: الأشخاص المساعدين في اختيار الشخص الحاضن

بالنظر لأهمية وخطورة الوضع يتطلب الأمر تدخل أشخاص محددة في اختيار الشخص الحاضن، خاصة لما تتساوى الأشخاص المعنية بالحضانة، ويتمثل هؤلاء الأشخاص في القاضي (الفرع الأول)، والأخصائي الاجتماعي والنفساني (الفرع الثاني).

---

[1]- ربيحة إلغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة الأولى مجلة حوليات العدد 07 ج.01، 2015 ، ص.40.

[2]- يقابله نص المادة 169 من قانون الأسرة المصري، والمادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة 146 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

[3]- محمد سمارة، المرجع السابق، ص.388.

الفرع الأول: دور القاضي في تعيين الشخص الحاضن

الأصل في تقدير قاضي الأحوال الشخصية بصفة عامة أنه يقوم على معيار شخصي بحت خاصة فيما يتعلق بموضوع الحضانة، وقد صرح فقهاء القانون بشأن قانون الأسرة أنه يخضع لفرضية اللاقانون أكثر من خضوعه للقانون؛ الأمر الذي يُصعب أكثر من مهمة القاضي، وهذا ما يؤكده قانون الأسرة في المادتين الثانية والثالثة على التوالي من خلال الألفاظ التالية: "صلة زوجية صلة قرابة، الترابط والتكافل، حسن المعاشرة".

وقد ثارت عدة إشكالات حول تحديد الشخص الذي تسند أهلية مهمة الحضانة، وهي من الصعوبة بمكان لأنها تتعلق بطفل لا ذنب له سوى كونه ولد من زوجين قرر الانفصال عن بعضهما الأمر الذي يستدعي من القاضي ضرورة البحث والتقصي عن الشخص الأنسب لمصلحة الطفل المحضون بالرغم من ترتيب التشريعات والفقه الإسلامي للشخص الحاضن ممّا جعل التشريعات تمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة تتمشى ومصلحة الطفل المحضون، إلى جانب اعتماده على الأسس السابق ذكرها، لأن مصلحة المحضون يصعب حصرها في نص قانوني لخصوصيتها وذاتيتها وتعلقها بطفل لا يستطيع التمييز بين ما يفيده وما يضره حتى يمكن أخذ رأيه في الموضوع.

وفي هذا الصدد، تجب الإشارة إلى أنّ سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون تستخلص من نص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري جاء فيها ما يلي: "يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"، وكذا نص المادة 126 من القانون نفسه كما يلي: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة ".

الفرع الثاني: دور الأخصائي الاجتماعي والنفساني

يعتبر دور كل من الأخصائي الاجتماعي والنفساني ضرورة حتميّة في قضايا شؤون الأسرة بصفة عامة، وفي الحضانة بصفة خاصة لارتباط هذه الأخيرة بالمادة الخام للمجتمعات في المستقبل (الطفل) إذ لهما دورا فعّالا ومكمّلا للقاضي في اتخاذ الحل الأنسب والأفضل للطفل المحضون، لاستطاعة كل منهما إقناع الشخص المستحق الحضانة قانونا للتخلي عن الدور المنوط به للشخص الذي تستقيم معه مصلحة المحضون؛ وكل هذا يتم بفضل تخصص وخبرة كل من الأخصائي الاجتماعي والنفساني الأمر الذي ينير فكر القاضي في الحالات التي يتعسّر عليه فيها الفصل في قضايا الحضانة، فيتمكن من اتخاذ القرار الصائب بشأن القضية المطروحة أمامه، وقد ثبت في فرنسا مثلا أنّ 80 بالمائة من القرارات المتخذة حول حضانة الطفل تعتمد على المعلومات التي جاء بها الخبراء في هذا الشأن[1].

[1] -T.gare ,droit de la famille, p. 112.

وبحسب مكانة طفل في المجتمع، يُعّدُ البيت الركيزة الأساسية للتربية والمؤثر الأول في الطفل باعتباره ينشأ وينمو في ظله في أولى مراحل عمره؛ والوقت الذي يبقى فيه الطفل في المنزل أكبر من أي زمن أو وقت آخر، ومن جهة أخرى لا يمكن إنكار دور المدرسة والشارع في التربية، فالطفل في مراحل حياته الأولى يكون محل تأثر تام بالظروف المحيطة؛ والتي عادة ما تساهم في تكوين شخصيته التي ترافقه طول حياته، فالمولود اليوم يُعدُّ رجل المستقبل الذي يحمل الرسالة الغد، فالطفولة مسؤولية الجميع؛ من توجيه ونصح وتربية، فهم أمانة وضعها الله في أعناق الآباء، بل وفي عنق الدولة والمجتمع كذلك، لذا اشتُرط وجود المختص الاجتماعي والنفساني في قضايا منح الحضانة للشخص الأهل لذلك وقبل هذا يسعى كل من الأخصائي الاجتماعي والنفساني لمحاولة إقناع الطرفين بالعدول عن قرارهما والرجوع إلى بيت الزوجية لما لهذا الرجوع من مصالح للطفل.

وبناء على ما سبق، تبدو أهمية الأخصائي الاجتماعي والنفساني بمحاكم قضايا الأسرة خاصة فيما يتعلّق بمساعدة القاضي في اختيار الحل الأنسب والمساهمة في إقناع أحد طرفي النزاع في التنازل عن حقه لأجل مصلحة المحضون[1].

وترتيبا لما تم ذكره، من منح القاضي الأحوال الشخصية سلطة تقديرية واسعة بشأن تحديد الشخص الحاضن؛ حتى وإنّ خالف الترتيب الذي جاءت به التشريعات، إلى جانب ضرورة تدخل الأخصائي الاجتماعي والنفساني في مساعدة القاضي لتحديد الشخص الحاضن لخير دليل على أهمية ذلك، وبهذا فقط **تكون الحضانة أمانة** في حق صاحبها، لأنها تجّسد نص المادة 39 من الدستور التي تحضُر كل عنف بدني أو نفسي أو أي مساس بالكرامة. أمّا إذا تم تحديد الشخص الحاضن بالتطبيق الحرفي لما ورد في النص القانوني، أو لاعتبارات أخرى أيا كانت المصلحة المرجوّة منها غير مصلحة الطفل فهنا تكون **الحضانة** وللأسف **مهانة للطفل**، فيتحول هذا الطفل من معول بناء وتطوير لوطنه وأمته إلى معول هدم ودمار، وهنا تظهر أهمية حسن اختيار الحاضن.

وما يبّين اهتمام المشرع الجزائري بمراعاة مصلحة الطفل المحضون على باقي الاعتبارات الأخرى وفقا لقاعدة الأصل في الحضانة اعتبارها أمانة في حق من توجب عليه وفق ما قرره القضاء ما يلي:

- جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/04/20 ما يلي: "إن المستقر عليه أن مسألة الحضانة يمكن التراجع فيها، وهي حالة تخص المحضون ومصلحته، وأن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا منها إذا كانت مصلحة الطفل المحضون تستدعي ذلك"[2].

---

[1]- ملاك الهاشمي، دور الأخصائيين النفسانيين والاجتماعين في محاكم الأسرة، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا قطر، 2013.

[2]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/04/20، ملف رقم 220470، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، 2001، ص. 181.

وقد اشترط التشريع الجزائري في التنازل عن الحضانة أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم المرضعة عن طفلها الرضيع نكاية في طليقها مثلا، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لطلبها لأن في هذا مهانة للرضيع، وفي هذا الصدد جاء موقف المحكمة العليا من خلال القرار التالي: "من المقرر شرعا وقانونا أن التنازل عن الحضانة يقتضي وجود حاضن آخر له القدرة على الحضانة فإن لم يوجد فتنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها"[1].

وأهم ما يبيّن اعتماد التشريع الجزائري لمصلحة المحضون في تقرير واجب الحضانة للشخص المعني؛ حتى تكون الحضانة بمثابة أمانة وليس مهانة للمحضون قرار المحكمة العليا التالي: "حيث أن جريمة الزنا من مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلاّ بالنسبة للرضيع الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه"[2] -خاصة في مرحلة الشهور الأولى حيث يستفيد الرضيع من القيمة الغذائية للبى ومجموعة الأجسام المضادة التي لا يستطيع أن يحصل عليها من أي مصدر أخر إلاّ حليب الأم وفق ما أثبته العلم والطب الحديث-.

وفي هذا الصدد أكّد نص المادة 66 من قانون الأسرة أنّه في حال تنازل الشخص الحاضن عن دوره في الحضانة لا يُعتّد به إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون هذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها التالي: "لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد الحضانة الولدين لأمّهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فقد طبقوا القانون صحيحا"[3].

وما تجب الإشارة إليه، أنّه حتى في حالة الحكم بسقوط الحق في الحضانة حسب ما ورد في نص المادة 67 من قانون الأسرة، يجب مراعاة مصلحة الطفل المحضون، وبهذا يكون القضاة وقبلهم التشريع قد أحسن صنعا، لأنّ تنازل الحاضن عن دوره قد يكون تحت الضغط وخاصة كون الحاضن من النساء.

خاتمة:

الحضانة هي حضن للولد وحماية له ماديا ومعنويا، يُحفظ بها كرامة وإنسانية طفل مقهور بانفصال أبويه ويعطه الأمان مرة أخرى في العيش مع شخص آمن، هذا ما سعى إليه التشريع الجزائري وباقي التشريعات العربية؛ وجسدته في نصوصها من الشروط والأسس التي تقوم عليها الحضانة، وقد تم التوصل للنتائج التالية:

- اختلاف رأي الفقه بيّن كون الحضانة حق أو واجب بالنسبة للحاضن، إلاّ أنّ ما يبدو أنّ وجوب الحضانة في حق الشخص الحاضن هي الأنسب، لأن الأصل في الحقوق جواز السقوط الأمر الذي قد يترتب عليه تضييع المحضون.

---

[1]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية 2001.

[2]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/04/20، ملف رقم 220470، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، 2001، ص. 170.

[3]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1988/04/28، ملف رقم 189339 المجلة القضائية، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية.

- يعتبر تعيين وتحديد الشخص المؤهل للقيام بدور الحضانة أهم وأخطر أثر من آثار الطلاق لارتباطه بمصلحة طرف ثالث لا دور له في حدوث الانفصال بين والديه، سوى كونه ابن لهما! وهو أول المتضررين من حصول الطلاق، باعتباره الحلقة الأضعف في الأسرة المفكّكة.

- بالرغم من ترتيب كل من الفقه والتشريع للأشخاص المعنيين بواجب الحضانة؛ إلاّ أنّ مصلحة الطفل المحضون تبقى دائما هي الفيصل عند التنازع أو التنازل.

- يُقدّم في حضانة الصغيّر، الأمّ، ثمّ أمّ الأمّ، وهذا باتفاق الأئمة الأربعة لكونها امرأة فهي أحق بحضانة الصغير ولكنهم اختلفوا في تفاصيل ترتيب الحاضن بعد الأمّ، ويُعد الأساس في تقديم الأمّ عن الأب يتعلق بغريزة الأمومة والمهام المرتبطة بها من رعاية ورفق وحنان للصغير وهي أمور ليست من اختصاص الأب، فقد خُصَّت بكل معاني الحضانة فتم تفضيلها بدون منازعة في أمر حضانة الابن ما لم تتزوج.

- منح التشريع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة الأخرى سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقدير مصلحة المحضون، بمساعدة كل من الأخصائيين الاجتماعي والنفساني كل بدوره في التقصي عن الطرف الأصلح لحضانة الطفل.

- الاقتراحات:

- على المشرع إعادة النظر في ترتيب الأشخاص الحاضنين للطفل، بإعطاء الأولوية للأمّ وإنّ علت، بالنظر لما تمتلك من الرقة والحنان، إلى جانب تعلّق الطفل بها.

- تفعيل دور الأخصائي النفساني والاجتماعي.

- اعتماد مذهب معين من المذاهب الأربعة حتى تتضح الرؤى خاصة بالنسبة للقاضي.

- على المشرع إضافة حالة إصابة الشخص الحاضن ببعض الأمراض المعدية والخطيرة كمانع من موانع الحضانة.

قائمة المصادر والمراجع:

- مراسيم وقوانين:

- مرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج. ر، العدد 82، 2020.

- Presidential Decree N°: 20-442 dated 30 December 2020, relating to the promulgation of the Constitution adopted by referendum on 1 November 2020, Official Journal N°: 82, 2020.

- القانون رقم 22-13 المعدل والمتمم للقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، العدد 48، 2022.

Law N°: 22-13 amending and supplementing Law N° 08-09 dated 25 December 2008, which includes the Code of Civil and Administrative Procedure, Official Journal N°: 48, 2022.

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، العدد 15، 2005.

- Ordonnance N°: 05-02 of 27 February 2005 amending and supplementing Law N°: 84-11, which includes the Family Code, Official Journal N°: 15, 2005.

- معاجم:

- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مادة حضن ج.04، بدون طبعة ، دار صادر، لبنان.

- Abu al-Fadl Jamal al-Din Ibn Manẓur al-Ifriqi al-Miṣri, Lisan al-Arab entry « Ḥaḍn », Vol.04, Dar Ṣadir, Lebanon.

-عادل محمد عز الدين أشول، (1987)، موسوعة التربية الخاصة، قاموس إنجليزي عربي، مكتبة الأنجلو مصرية.

- Adel Mohamed Ezz El-Din Ashoul (1987), Encyclopedia of Special Education: An English–Arabic Dictionary, Cairo: Anglo Egyptian Bookshop.

- كتب الفقه الإسلامي:

- ابن القيم، وزاد المعاد في هدي خير العباد، دار ابن رجب، ج.05.

- Ibn al-Qayyim, Zād al-Ma ad fī Hady Khayr al-Ibad Dar Ibn Rajab, Vol. 05.

- ابن عرفة الدسوقي، شرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، ج.02، مصر.

- Ibn Arafa al-Dasuqi, Sharḥ al-Ṣaghir ala Aqrab al-Masalik, Dar al-Maarif Vol.02, Egypt.

- البهوتي منصور ابن يونس ابن ادريس، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، كشاف القناع، دار الفكر، ج.05، لبنان.

- Al-Bahuti, Manṣur ibn Yunus ibn Idris, Kashf al-Qina, editor Hilāl Muṣliḥi and Muṣṭafa Hilal, Dar al-Fikr, Vol.05, Lebanon.

- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المحتار، دار الكتب العلمية، ج.03، بدون طبعة.

- Ibn Abidīn, Radd al-Muḥtar ala al-Durr al-Muḥtar, Dar al-Kutub al-Ilmiyya, Vol.03

- البخاري أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل، (2002)، صحيح البخاري، أخرجه البخاري، الحديث رقم 1358 ، ط.01، دار ابن كثير، لبنان.

- Al-Bukhari, Abu Abd Allah Muḥammad ibn Ismail, (2002), Ṣaḥiḥ al-Bukhari, Hadith N° : 1358, Dar -Ibn Kathir, 1st edi , Lebanon.

- السيد سابق، (1999)، فقه السنة، ج.02، ط.21، دار الفتح للإعلام العربي، مصر.

- said sabig, (1999) Fiqh al-Sunnah, , vol. 02, 21st Ed, Egypt.

- بدران أبو العيون بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، الزواج والطلاق ج.01، دار النهضة العربية، لبنان.

- Badran ab eleyouun badran, comparative Jurisprudence of Personal Status between the Four Schools - Marriage and Divorce. -, Vol.01.

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.04.

- Al-Kasani, Alaal-Din Abu Bakr ibn Masud, Badai al-Ṣanai fī Tartib al-Ṣanai, Vol. 04.

- كتب قانونية

- السعيد هيمة، (2002)، حديث عن التربية، جمعية الذكار الخيرية، ج.01، ط.01، الجزائر.

- Al-Saʿid Hima, (2002), Discourse on Education, Al-dhakar association, Vol. 01, First Ed, Algeria.

- بن شويخ رشيد، (2008)، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، ط.01، الجزائر.

- Benchek Rachid, (2008), Explanation of the Amended Algerian Family Law: A Comparative Study with Certain Arab Legislations, Dar elkaldounia, , 1st Ed, Algeria.

- محمد سليمان، (1979)، المسؤولية عقبات في سبيلنا، من المسؤول عن تخلفنا بين التربية الحديثة والقديمة؟، دار الأرقم، ط.01، مصر.

- Mohammed Selman, (1979), Responsibility as an Obstacle in Our Path: Who Is Responsible for Our Backwardness between Modern and Traditional Education?, Dar elarquam, 01st ed, Egypt.

- محمد سمارة، (2008)، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية-، دار الثقافة، ط.01، الأردن.

- Mohammed Smara, (2008) Rulings and Effects of Marriage: A Comparative Commentary on the Personal Status Law, cultural center, 01st ed , Jordan.

- ملاك الهاشمي،(2013)، دور الأخصائيين النفسانيين والاجتماعين في محاكم الأسرة، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا، قطر.

- Malak Al-Hashemi, (2013) The Role of Psychologists and Social Workers in Family Courts, paper presented at the Fourth Conference of Presidents of Supreme Courts, Qatar.

الأحكام والقرارات القضائية:

- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/04/20، ملف رقم 220470، المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

-Supreme Court, Decision of 20 /04/ 1999, Case No: 220470, Judicial Review Personal Status Chamber, Special Issue , 2001.

- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، 2001.

-Supreme Court, Decision of 19 /12/ 1988, Case No. 51894, Judicial Review Personal Status Chamber, 2001.

- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية، 1989.

- Supreme Court, Decision of 09 /07/ 1984, Case No: 33921, Judicial Review Personal Status Chamber, 1989.