جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة
(دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون خاص شامل

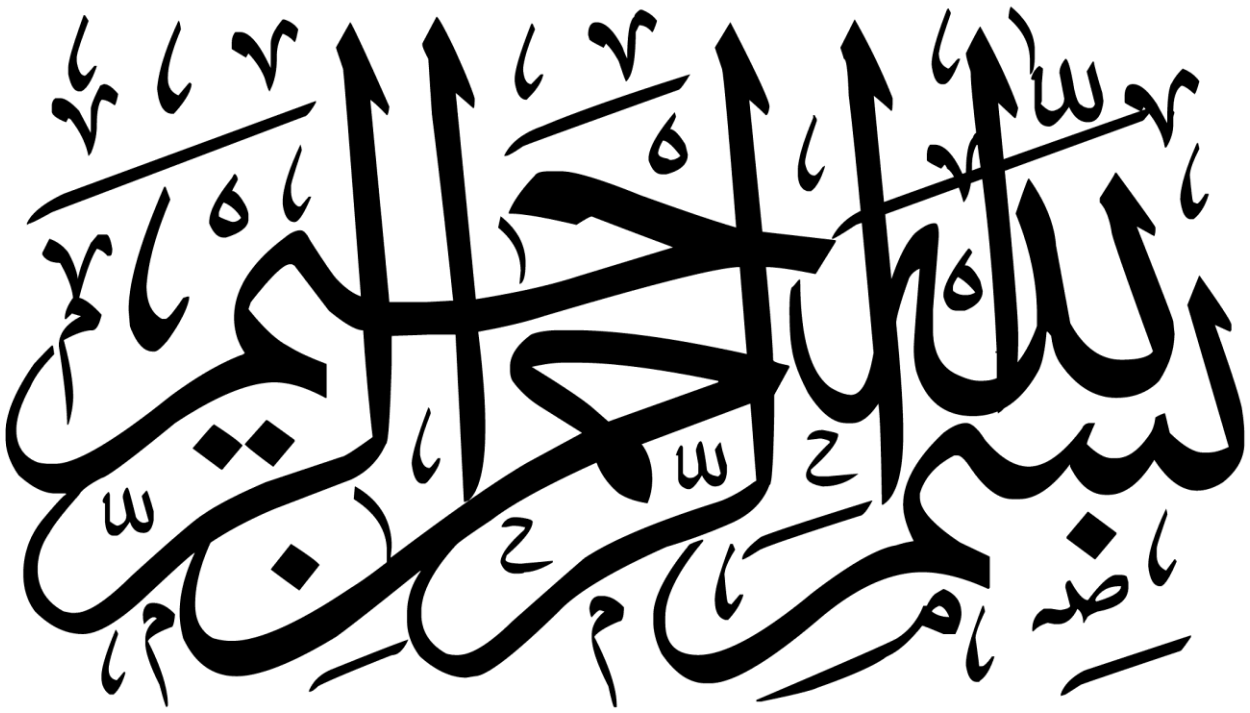
من إعداد الطالبتين:
- بن محاد كريمة
- خلفاوي خديجة

تحت إشراف الأستاذة:
- تريكي م/ أيت شاوش دليلة

لجنة المناقشة:

الأستاذ (ة):لحضيري وريدة	أستاذ(ة) جامعة بجاية	رئيسا
الأستاذة تريكي م/ أيت شاوش دليلة	أستاذة جامعة بجاية	مشرفا و مقررا
الأستاذ (ة):أيت مولود دهبية	أستاذ(ة) جامعة بجاية	ممتحنا

السنة الجامعية 2017/2016



﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ

تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾

سورة هود الآية 88

شكر وتقدير

نتوجه بالشكر والتقدير الخالص للدكتورة

آيت شاوش دليلة التي لم تبخل علينا أثناء إنجاز هذه المذكرة بتوجيهاتها العلمية وملاحظاتها القيمة.

ونتوجه بالشكر كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة على ما أمضوه من وقت وما بذلوه من جهد لقراءة هذه المذكرة.

الإهداء

إلى والدي الكريمين

سندي في الصبر على مواصلة مشواري الدراسي وانجاز

هذا البحث

إلى من ترقبوا نجاحي إخوتي و أخواتي

إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

بن محاد كريمة

الإهداء

إلى من أرضعتني الحب و الحنان، و سر نجاحي،

إلى "أمي الغالية"

إلى ينبوع العطاء الذي زرع في نفسي الطموح

والمثابرة،إلى من تعب من اجل مواصلتي درب

العلم"والدي العزيز".

إلى الإخوة الأعزاء، و أحباب قلبي، و زهور حياتي.

إلى سند حياتي من تحمل معي مشاق الحياة زوجي

و إلى كل عائلته.

إلى كل من علمني حرفا أضاء طريقي.

الى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.

خلفاوي خديجة

قائمة لأهم المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية.

ج: الجزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.أ.ش: قانون الأحوال الشخصية.

مقدمة

تعتبر الحياة الزوجية رابطة مقدسة أساسها الألفة، المودة، الرحمة، والاحترام بين الزوجين وأهم ما ينتج عن هذه الرابطة إذا شاء الله عز وجل هو الأولاد باعتبارهم الهدف الأبعد والأسمى للزواج، الأمر الذي يترتب عليه ضرورة رعاية مصالحهم رعاية خاصة، فالطفل في صغره يكون بأمس الحاجة للعيش في كنف والديه فالأصل أن ينشأ الطفل بين أحضان أمه ورعاية أبيه، فتقوم الأم بحضانته وحفظه، ويقوم الأب برعايته والإنفاق عليه، حتى يبلغ ويصبح قادرا على الاعتماد على نفسه.

لكن قد يحدث أحيانا أن لا تستمر الحياة الزوجية بسبب نشوب خلافات بين الزوجين، فيقع فك للرابطة الزوجية ، وهنا تبرز مسألة حضانة الأطفال باعتبارها أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال باعتبارهم الحلقة الأضعف في الصراع الذي يكون بين الأب والأم.

تعدّ الأحكام الشرعية المتعلقة بالحضانة أهم مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية بالطفل، حيث كفلت للطفل الحق في الحضانة، وأوجبت وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به وتحقيق مصالحه على الوجه الأكمل، والتي أثرتإيجابا على التشريعات الوضعية، وقد تطور الأمر إلى إبراماتفاقيات دولية من أجل هذا الغرضفقد حثت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في مادتها الثالثة جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأوّل لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال.

تعتبر الحضانة من أعقد المسائل التي تطرح إشكالات تمس بمصلحة الطفل، فغالبا ما يتنازع الوالدين على حضانة الصغير ويرغب كل منهما بضمه إليه، مما يستوجب تقديم مصلحة الطفل على خلافاتهما واعتبارها الأساس في إسناد وإسقاط حق الحضانة.

ولهذا الموضوع أهمية بالغة كونه يتعلق بمسألة مصلحة الطفل في إسناد الحضانة التي تعتبر من أعقد المسائل التي تطرح على القضاء والتي يجب على القاضي أن يتعامل معها بكل دقة مراعيا في ذلك مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها.

وتعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع للآتي:

1- شعورنا بأهمية دراسة موضوع مصلحة المحضون في إسناد الحضانة من وجهة نظر الفقه الإسلامي، وكذا في التشريعات العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري وإبراز الأسباب الحقيقية التي تؤدي إلى إسناد وإسقاط الحضانة ومدى مراعاتها لمصلحة المحضون.

2- معرفة أوجه التشابه والخلاف بين الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية في معالجة موضوع مصلحة المحضون في إسناد الحضانة، مع إبراز الفروق التي جاءت بها التشريعات العربية في مجال حماية مصلحة الطفل ومدى مسايرتها للشريعة الإسلامية.

3- إبراز دور القاضي وسلطته التقديرية، التي تصبلمصلحة المحضون وهذا من خلال قانون الأسرة الجزائري، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي والمصري، وكذا مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمدونة المغربية.

وعليه ولدارسة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى مراعاة الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية لمصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة، وما مدى توفيقها في تحقيق هذه الغاية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنبين الآتي:

1- مفهوم الحضانة ومصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية.

2- الشروط الواجب توفرها في مستحق الحضانة، ومن له أحقية حضانة الطفل بعد الطلاق.

3- مدى مراعاة مصلحة المحضون في تحديد مدة ومكان الحضانة.

4- مراعاة مصلحة المحضون أثناء إسقاط الحضانة وعودتها.

5- وحدود سلطة القاضي في إسناد وإسقاط الحق في الحضانة في التشريعات العربية

يهدف هذا البحث لإظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل وتبيين وضع الطفل فيما يختص بالحضانة وكذا توضيح الأحكام الشرعية والقانونية والقضائية المتعلقة بمصلحة الطفل المحضون.

بخصوص المنهج المتبع فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن الذي يهدف إلى تحليل المواد واستنباط الأحكام منها والمقارنة بين النصوص القانونية والفقهية، حتى نعرف أوجه التشابه والخلاف بينهم والذي سيمكننا من الوقوف على أهم النتائج التي نخلص لها حول مسألة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة في كل التشريعات المختارة للدراسة.

جاءت خطة البحث في فصلين، حيث تطرقنا في الفصل الأوّل إلى الحضانة وإسنادها، وذلك من خلال تبيان مناط إسناد الحضانة، بتحديد مفهوم كل من الحضانة ومصلحة المحضون، وتقدير مصلحة المحضون على أساس شروط إسناد الحضانة، وفي ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

أمّا الفصل الثاني فكان تحت عنوان مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة وانتهائها، وجاء فيه مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة وذلك من خلال تحديد مدّة ومكان الحضانة وحق الزّيارة ومصلحة المحضون في النفقة والسكن. ثم تعرضنا لمصلحة المحضون في سقوط وعودة حق الحضانة من خلال تبيان مراعاة مصلحة المحضون في إسقاط الحق في الحضانة خوفا من ضياع الطفل صحة وخلقا، وكيفية مراعاة مصلحة المحضون عند التنازل عن الحق في الحضانة، وعودة الحق فيها.

الفصل الأول

إسناد الحضانة

تعتبر الحضانة من بين الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، والتي لا تقل أهمية عن باقي الآثار، بل نستطيع القول أنّها من أهم تلك الآثار خصوصا بالنظر إلى العواقب المترتبة عن إسنادها لطرف دون آخر، وذلك لأنّها تتعلق بمصير الأولاد وتربيتهم ورعايتهم.

ففي مرحلة الطفولة تنمو القدرات وتتفتح المواهب، حيث تكون قابلية الطفل مرتفعة لكل أنواع التوجيه أين توضع اللبنات الأولى لشخصيته، وبالتالي فإنّها تحتل مكانة خاصة لأنّ كل ما يكتسبه الطفل من قيم ومعارف واتجاهات هي التي تبيّن ماسيكون عليه مستقبله.

لضمان حقوق الأطفال والتكفل بهم، أجمع الفقهاء واتفقت التشريعات والقضاء على وجوب الأخذ بقاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون أثناء إسناد الحضانة، ولقد لقيت هذه الأخيرة اهتماما كبيرا من طرف المشرعين إلى درجة أنّها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على أساسها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

لذلك سنبين من خلال هذا الفصل مفهوم الحضانة من خلال تعريفها وتحديد صاحب الحق فيها وتعريف معنى المصلحة والمحضون في المبحث الأوّل ثم نتعرض إلى كيفية إسناد الحضانة من خلال تحديد شروط رعاية مصلحة المحضون ومراعاة مصلحة المحضون في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في المبحث الثاني.

المبحث الأوّل

مناط إسناد الحضانة

تعدّ الحضانة حقا من الحقوق الأساسية التي يجب أن تتوفر للطفل والتي لا يمكن إغفالها مراعاة لحسن تربيته ولاستقامة سلوكه وتقويمه نفسيا، فهي تكفل وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه وفقا لما يحقق مصلحته في التربية والنشأة الصالحة، لذلك نجد الشريعة الإسلامية وكذلك القوانين الوضعية أولت أهمية كبيرة لهذا الحق وتناولته وفصلت فيه باستفاضة.

وعليه سنحاول أن نبيّن مفهوم الحضانة في المطلب الأوّل، ومفهوم مصلحة المحضون في المطلب الثاني.

المطلب الأوّل

مفهوم الحضانة

الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض رعايته والمحافظة على بدنه، عقله، دينه، وحمايته من الانحلال والانحراف ليكون فردا صالحا داخل مجتمعه، مما يقتضي وضعه تحت أيدي أمينة ومؤهلة لمثل هذه المسؤولية، وفقا لما تستدعيه وتتطلبه قواعد الشريعة والقانون.

وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب تعريف الحضانة وتبيان صاحب الحق فيها والحكمة من مشروعيتها من خلال الفروع التالية.

الــفــرع الأوّل
تعريف الحضانة

تعريف الحضانة يستلزم منا تعريفها لغة وفقها وقانونا.

أولا : التعريف اللغوي للحضانة

الحضانة كلمة مأخوذة من الحِضْنُ وهو مادون الإبط إلى الكسح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان، ومنها الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها.وحضن الطائر بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.[1]

ثانيا : التعريف الفقهي للحضانة

أعطى الفقهاء عدّة تعريفات للحضانة نذكر أشهرها باعتبار المذاهب الفقهية كالآتي:

1- تعريف فقهاء الحنفية: عرفها فقهاء الحنفية بعدّة تعريفات نذكر منها.

تعريف ابن عابدين الذي عرّفها بأنّها: تربية الولد ممن له حق الحضانة تثبت للأم بعد الفرقة.[2]

وعرفها الكساني بقوله: حضانة الأم ولدها، هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.[3]

---

[1]- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، د. س.ن،ص.152.

[2]- محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج.5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص.252.

[3]- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص.40.

2- تعريف فقهاء المالكية: ومن أشهر تعريفات هذا المذهب نذكر.

تعريف الدسوقي عرفها بأنّها: حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه من طعام ولباس وتنظيف جسمه وموضعه.[1]

عرفها الرهوني بأنّها: وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه.[2]

3- تعريف فقهاء الشافعية: عرفها فقهاء الشافعية بعدّة تعريفات نذكر منها:

تعريف الرملي (الشافعي الصغير) الذي عرّفها بأنّها: حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره.[3]

كما عرفها الشربيني بأنّها: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وتربيته، أي تنمية المحضون مما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك.[4]

4- تعريف فقهاء الحنابلة: من بين تعريفاتهم نذكر.

تعريف البهوتي الذي عرّفها بأنّها حفظ الصغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه.[5]

وحسب رأي الدكتورة ابتسام بالقاسم القرني تعريف الحضانة عند الفقهاء يدور حول أمرين:

أولهما:حفظ مصالح المحضون بتربيته ورعايته وإصلاح أموره ومما ذكر الفقهاء على سبيل المثال:- العناية بجسد المحضون، بغسل رأسه وبدنه وثيابه وتعهد طعامه وشرابه، وحفظه في

---

[1]- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د. س.ن، ص. 526.

[2]- سيدي محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف الرهوني، حاشية الرهوني على الشرح الزرقاني لمختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، 1978، ص. 249.

[3]- شمس الدين محمد أبو العباس أحمد بن حمزة، بن شهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.225.

[4]- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص. 592.

[5]- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، د ب ن، د س ن، ص.627.

مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه، والعناية بالصغير في تربيته، وإعداده للحياة المستقبلية عن طريق تعليمه، أسباب الكسب المختلفة.

الثاني: هو دفع المفاسد والمضار عن المحضون ووقايته منها، وذلك عن طريق، حمايته من تعريض نفسه للأخطار الجسدية والصحية التي يمكن أن يقع فيها، والصيانة والحماية الخاصة بالفتاة.[1]

من هنا نلاحظ أنّ الحنفية والمالكية جعلوا الحضانة للصغير فقط، بينما الشافعية والحنابلة جعلوها للصغير والكبير المجنون ومن في حكمه كالمعتوه.

التعريف المختار للحضانة: لقد جمع الأستاذ محمد عليوي ناصر بين كل التعاريف الفقهية للحضانة وعرّفها بأنّها: قيام من له الحق بكفالة الصغير أو من هو بحكمه، لأجل تعهده، وتدبير أموره، والاهتمام بما يوفر له العناية والنصح، ويبعده عن الضرر والهلاك، حتى يصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه.[2]

ثالثا : تعريف الحضانة في بعض التشريعات العربية

1- بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي: عرف المشرع الإماراتي الحضانة في المادة 142 من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها: «الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعايته بمالا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس».[3]

أقام المشرع الإماراتي من خلال هذه المادة توازنا بين كل من حق الولي في الولاية على النفس وبين حق الحاضن في رعاية الطفل وتعهده بالتربية[4]، ففي الحضانة نوع من الولاية، ذلك أنّ

---

[1]- ابتسام بالقاسم القرني، حقوق الحاضن على المحضون، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014، ص.10.

[2]- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص.32.

[3]- قانون إتحادي رقم 28 لسنة 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المؤرخ في19 نوفمبر 2005، ج.ر عدد439، الصادر بتاريخ 30 نوفمبر2005.

[4]- فاطمةعبد الصمد الحمادي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رسالة ماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2012، ص.19.

الولاية على الطفل ثلاثة أنواع كما بيّن الإمام أبو زهرة: الأولى هي ولاية التربية ويكون الدور الأوّل منها للنساء وهو ما يسمى بالحضانة، والولاية الثانية والثالثة هي الولاية على النفس والمال وفيها يتقدم الأب على الأم.[1]

2- بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية: عرف المشرع المغربي الحضانة من خلال نص المادة163 من المدونة والتي تنص على أنّ: «الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه».[2]

3- بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية: فعرف المشرع التونسي الحضانة في الفصل 54 من المجلة الذي جاء فيه أنّ: «الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته».[3]

4- أمّا فيما يخص قانون الأسرة الجزائري: فقدعرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الذي نصّ على أنّ:«الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا»[4]، يتضح من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري عرّف الحضانة من خلال إبراز أهدافها، معتمدا على الجانب الروحي والعقائدي للطفل، ومحاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي حيث حدد المشرع من خلال هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها، التي لا تتم إلاّ بها، ووضع الجوانب الأساسية لتهيئة شخصية المحضون.[5]

---

[1]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص. 408.

[2]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، صادر في 03 فبراير 2004، ج.ر رقم 5148، الصادرة يوم 05 فبراير 2004، الظهير الشريف رقم 01.04.22، معدل ومتمم بالقانون رقم، 102.15 صادر بتاريخ 12 يناير 2016، ج ر عدد 6433، الصادرة يوم 25 يناير 2016 الظهير الشريف رقم 1.16.2.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016، موقع الأنترنت،http://www.legislation.tn/recherche/jort

[4]- قانون رقم11.84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 43، الصادر في 22 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

[5]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.370.

ويرى المستشار عبد العزيز سعد أنّ التعريف الوارد في نص المادة 62 من قانون الأسرة أحسن تعريف مقارنة بالتشريع التونسي والمغربي، على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته لكل حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية[1].

وانطلاقا من التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحضانة فإنّ أهداف الحضانة تتمثل في الآتي:

✓ تعليم الولد: ويقصد بذلك الدراسة الرسمية التي تعتبر حقا لكل طفل يضمنه له القانون مجانا وإجباريا[2]، إلى أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي[3].

✓ تربيته على دين أبيه: يجب أن يربى الولد، على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائز، فإنّ القانون أوجب على الحاضنة الأم الغير مسلمة أن تقوم بتربية المحضون على دين الأب[4].

✓ السهر على حماية المحضون: فحماية الطفل المحضون تتعلق بالجانب المعنوي والمادي، بألاّ يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي يعرضه لاضطراب نفسي أو عقلي[5].

كما تتطلب حمايته تأديبه وتنشأته النشأة السوية ويمكن للحاضن أن يؤدبه عن أي خطأ أو سوء معاملة تصدر منه اتجاه الغير في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه[6].

---

[1]– عبد العـزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق)، ط4، دار هـومة، الجزائر، 2013، ص. 139.

[2]– باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.125.

[3] – بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009، ص.113.

[4] – باديس ديابي، مرجع سابق، ص.125.

[5] – بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص. 114.

[6]– معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إنشاء الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص.20.

✓حماية الطفل من الناحية الخلقية: ويتحقق ذلك من خلال تنشئته على حسن الخلق، والتهذيب ليكون فردا صالحا وسويا وفعالا في المجتمع، وأن لا يترك للشارع ورفقاء السوء[1].

✓حماية المحضون صحيا: يجب أن يتلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في بداية حياته، وذلك بأن يتلقى كل تلقيح دوري ولازم، وأن يعرض على الطبيب كلما استدعت الحاجة لذلك[2].

الفرع الثاني

صاحب الحق في الحضانة

سنبيّن من خلال هذا الفرع صاحب الحق في الحضانة في التشريعات الإسلامية وبعض القوانين العربية.

أولا :صاحب الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في صاحب الحق في الحضانة على أربعة أراء:

الرأي الأوّل: الحضانة حق للحاضنة والدليل على ذلك أنّ الحاضنة لا تجبر على الحضانة ولها أن تمتنع عن القيام بها، وبذلك تكون الحضانة حق خاص يسقط بالإسقاط، فلو أسقطت الحاضنة حقها تنتقل الحضانة لمن يليها وإذا رجعت وطالبت بها تعود إليها[3].

الرأي الثاني: الحضانة حق للمحضون والدليل على ذلك أنّ الحاضنة تجبر على الحضانة، إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل المحضون غير أمه، أو لم يكن للأب أو للصغير مال تسند الحضانة للأم وتجبر عليها، وإذا إختلعت الزوجة على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع وبطل الشرط لأنّ الحضانة حق للولد الذي يبقى عند أمه مادام محتاجا إليها[4].

---

[1]– باديس ديابي، مرجع سابق، ص.126.

[2]– بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص.115.

[3]– شمس الدين محمد أبو العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي(الشافعي الصغير)، مرجع سابق، ص.231.

[4]– كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المشهور بابن همام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج3، ط1، المطبعة الأميرية، مصر، د.س. ن، ص. 315.

الرأي الثالث: أنّ الحضانة حق للحاضنة والمحضون وهذا الرأي يجمع بين الرأي الأوّل والثاني وهو الرأي الذي أخذ به ابن عابدين أين اعتبر الحضانة حق لكل من الحاضنة والمحضون[1].

وفي ذلك يقول الدكتور بدران أبو العنين بدران أنّ :« حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة، فليس حقا خالصا للصغير وليس حقا خالصا للأم، وغاية الأمر أن حق الصغير أقوى، لأنّ مصلحته متقدمة على مصلحة أبويه، وأنّه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة، فإذا أسقطت الأم حقها، بقي حق الصغير، ذلك لأنّ من حق الصغير أن يعتني به والديه منذ ولادته، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على الأم لأنّها أقدر على هذا من الأب»[2].

ويترتب على اعتبار الحضانة حق مشترك للحاضنة والمحضون الأحكام الآتية:

1. تكون الحاضنة مجبرة على الحضانة إذا تعينت عليها، و لم يوجد غيرها للعناية بالصغير.
2. كما لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها، ولم يكن هناك ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.
3. إذا خلعت المرأة زوجها على شرط أنّ تترك ولدها عند الزوج، فالخلع صحيح والشرط باطل، لأنّ هذا حق الولد أن يكون عند أمه مادام محتاجا إليها.
4. لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة ويعطيه لغيرها بمبرر شرعي[3].

الرأي الرابع: الحضانة حق لله تعالى، ويقصد بذلك أنّ حق الحضانة وجد ليحقق النفع العام للنّاس جميعا، وكل ما فيه نفع عام ينتسب إلى الله تعالى، لذلك يجب على المجتمع كفالة

---

[1]– محمد أمين المشهور بإبن عابدين، مرجع سابق، ص.259.

[2]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، د. س.ن، ص.ص. 543-544.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص.719.

الطفل عند عدم وجود الحاضنة أو الولي الذي يتولى رعايته وحفظه، فالحضانة شرعت لحفظ النفس، وحفظ النّفس يعتبر حقا من حقوق الله تعالى[1].

ثانيا: صاحب الحق في الحضانة في القانون

1-بالنسبة للمشرع الإماراتي: من خلال قراءة نصوص قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بالحضانة يتضح لنا أنّ المشرع الإماراتي جعل الحضانة حقا مشتركا بين الجميع، إذ جعلها حق للحاضنة ويظهر ذلك في نص المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية الذي جاء فيه على أنّه:«يثبت حق حضانة الطفل للأم» وكذلك نص المادة 153 الذي ينص على أنّه:« تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها».

كما اعتبرها حق للمحضون أين جاء في نص المادة 148 في فقرتها الأولى على أنّه:«يجب على الأب أو غيره من أولياء المحضون النظر في شؤونه وتأديبه وتوجيهه وتعليمه».

أما بالنسبة لاعتبارها حق لله تعالي فقد ورد ذلك في نص المادة 147 التي تنص على أنّه:« إذا لم يوجد الأبوان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، يختار القاضي من يراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض»[2].

2- بالنسبة للمشرع المصري: بالعودة لنص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء في فقرتها الثانية على أنّه:« يثبت الحق في الحضانة للأم ثمّ للمحارم من النساء...»[3]، وبالتالي فإنّ الحضانة حق للأم، كما أنّه لم يعتبر الأم صاحبة الحق الوحيد في الحضانة وإنّما اعتبرها حق للمحضون أيضا، ويبرز ذلك من خلال نص المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000، والتي جاء فيها على أنّه:« لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم »[4].

---

[1]- إبتسام بالقاسم القرني، مرجع سابق، ص.18.

[2]- قانون إتحادي رقم 28 لسنة 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[3]- القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، موقع الانترنت، http://mohamedbamby.blogspot.com/2013/06/1929.html.

[4]- قانون رقم 01 لسنة 2000، المتضمن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، ج ر عدد 4 (مكرر)، الصادر في 29 يناير 2000.

3- بالنسبة للمشرع المغربي: جعل الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون فبالرجوع لنص المادة 164 من المدونة والتي ورد فيها أنّ:« الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة»، وهو بذلك جعل الحضانة حق للمحضون وواجب على الأبوين، كما أكّدت الفقرة الثانية من المادة 166 تنص على أنّه يحق للمحضون الذي أتّم الخامسة عشر أن يختار من يحضنه، إضافة لذلك فقد اعتبرها حق للحاضن كذلك ويتبين ذلك جليا في نص المادة 165 من المدونة الذي ينص على أنّه:« إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرير اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلاّ اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك» وتنص المادة 176 من المدونة على أنّ «سكوت من له الحق في الحضانة، مدّة سنة بعد علمه بالبناء، يسقط حضانته إلاّ لأسباب قاهرة »[1].

4- بالنسبة للمشرع التونسي: فنجد أنّه جعل الحضانة حق لكل من الحاضن والمحضون، فنجده اعتبر الحضانة من حق الحاضن في الفصل 55 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه أنّه:«إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلاّ إذا لم يوجد غيرها» إضافة للفصل 64 الذي ينص على أنّه:« يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره »، والفصل 57 ينص على أنّ:« الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما»[2].

أمّا فيما يتعلق باعتباره الحضانة حق للمحضون فقد جاءت أغلب النصوص المتعلقة بالحضانة مراعية لمصلحة المحضون وتأكد أحقيته فيها، وبمفهوم المخالفة للفصل 55 فأنّه إذا لم يكن هناك من يحضن الصغير غير الحاضنة فإنّها تجبر على حضانته وذلك إعمالا لمبدأ مراعاة مصلحة المحضون وتغليب مصلحته وحقه في الحضانة على حق الحاضن.

---

[1]- أنظر المواد 176،166،165،164 من القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]- أنظر الفصل 55، 64، 57 من أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

5- بالنسبة للمشرع الجزائري: فقد اعتبر الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 68 من قانون الأسرة التي جاء فيها على أنّه:« إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها». يفهم من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اعتبر الحضانة حق للحاضن، ويظهر ذلك من خلال ذكره لمصطلح من له الحق في الحضانة الذي قصد به الحاضن.

كما أنّه جاء في الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة على أنّه:« لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة»، مما يؤكد أنّ المشرع الجزائري اعتبر الحضانة حق للحاضنة.

كما أنّ نص المادة 66 من قانون الأسرة ورد فيه أنّ الحاضنة يسقط حقها في الحضانة إذا تزوجت بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر هذا التنازل بمصلحة المحضون[1]، ممّا يتبيّن لنا أنّ المشرع الجزائري اعتبر الحضانة حق للحاضن لذلك أتاح له إمكانية التنازل عن الحضانة ، إلاّ أنّه قيّد هذا الحق من ناحية أخرى بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وهو بذلك يكون قد اعتبرها حقا للمحضون كذلك[2]. وقد جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/07/03، ليأكد ذلك إذ جاء فيه أنّ:«عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أنّ هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية، فضلا عن ذلك أنّ الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، وإنّما هي حق للمحضون أيضا»[3]

[1]- أنظر المواد 66،67،68، من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]- عماري ابراهيم، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد الثالث، مارس2016، ص.5.

[3]- قرار المحكمة العليا، رقم: 274207، الصادر بتاريخ 2002/07/03، غ.أ.ش، قضية (ع، ل) ضد (ف،ح)، المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص.263.

الفرع الثالث

الحكمة من مشروعية الحضانة

للحضانة حكم متعددة منها ما يعود على الفرد، ومنها ما يعود على المجتمع نذكر منها:

1. حفظ النفس ورعايتها وصونها من الهلاك تحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ النفس.

2. المساهمة في تنشئة المحضون نشأة سليمة مبينة على الأخلاق الفاضلة وتربيته على فعل الخير والالتزام بالحق والفضيلة والابتعاد عن كل ما يفسده.

3. تحقيق مصلحة عامة للمجتمع وذلك من خلال تربية المحضون تربية حسنة، وجعله فردا صالحا في مجتمعه[1].

المطلب الثاني

مفهوم مصلحة المحضون

لقد جعل فقهاء الشريعة وكذلك القوانين الوضعية مصلحة المحضون أساس كل حكم من أحكام الحضانة لذلك تعيّن علينا تعريف كل من المصلحة والمحضون.

الفرعالأوّل

تعريف المصلحة

تعريف المصلحة يقتضي منا تعريفها لغة واصطلاحا وقانونا.

أولا : التعريف اللغوي للمصلحة

عرفها ابن منظور في لسان العـرب بقوله:«والمصلحة:الصّلاحُ والمصلحة واحدة المصالـــح»[2]، فالمصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى

[1]– محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص.233.

[2]– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر، بيروت، د.س.ن، ص.267.

النفع، فكل ما فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل كإستحصال الفوائد واللذائذ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام، فهو جدير بأن يسمى مصلحة[1].

ثانيا :التعريف الاصطلاحي للمصلحة

للمصلحة عدّة تعاريف مختلفة نذكر منها:

تعريف الداوودي الذي عرّفها بأنّها:« جلب منفعة، أو دفع مفسدة»[2].

وعرّفها البوطي بأنّها:«المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم وأموالهم وفق ترتيب معين فيما بينها.والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه»[3].

وعرفها الإمام الغزالي بأنّها:«المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق ومقصّود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم وعقلهم، ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة وكل ما يفوّت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»[4].

وقسّم الفقهاء المصالح حسب حاجة الناس إليها إلى ثلاثة أنواع وهي:

- **المصالح الضرورية:** وصنفوها في المرتبة الأولى وهي التي لا يستغني عنها الناس وبدونها لا تقوم أمور الدين وتفوت الآخرة.
- **المصالح الحاجية:** أساسها رفع الحرج، يحتاج إليها النّاس للتوسعة ورفع الضيق والحرج والمشقة.

---

[1]– محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973، ص.23.

[2]– صفوان بن عدنان داوودي، قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، ج1، دار العاصمة، دب ن، د س ن، ص.48.

[3]– محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص. 23.

[4]– أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دار الميمان، السعودية، د س ن، ص.328.

➢ **المصالح التحسينية:** هي التي لا يؤدي تركها إلى الضيق والمشقة.

والمصالح الضرورية خمسة وهي: حفظ الدين والعقل والنسل والمال والنفس، وتسمى بالكليات الخمس التي تختل الحياة بفقدان إحداها مما يوجب المحافظة عليها[1].

والأدلة التي تدل على وجوب المحافظة على هذه الكليات كثيرة جدا نذكر منها:

1. **حفظ الدين:** والمحافظة على الدين تكون بمنع الفتنة في الدين وبمنع الضلال وبمنع إثارة الأهواء والمفاسد، وتكون بتوفير الحرية الدينية الكاملة ولذا قال تعالى:«لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ »[2].
2. **حفظ النفس:** ويكون ذلك بالمحافظة على حق الحياة الكريمة، وعلى الكرامة الإنسانية ومن أوضح الأدلة على حفظ النفس قوله تعالى:«وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا»[3].
3. **حفظ النسل:** وهي المحافظة على النوع الإنساني، وذلك بتنظيم الأسرة ليتربى الأولاد فيها وينعموا بالحياة الأبوية وبالأمومة التي تتغذى منها عواطفهم وتكمل مداركهم، ومن أوضح الأدلة على حفظ النسل تحريم الزنا لقوله تعالى:«وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا »[4].
4. **حفظ العقل:** ويكون ذلك بالابتعاد عن كل ما من شأنه أن يفسد العقل ويجعل صاحبه مصدر شر وأذى فتحريم المخدرات والخمر كان للمحافظة على العقل قال الله تعالى:«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ »[5].

---

[1]– نور الدين بن مختار الخادمي، الإجتهاد المقاصدي (حجيته، ضوابطه، مجالاته)، ج1، ط1، دار الكتب القطرية، قطر، 1998، ص.ص.53 –54.

[2]– سورة البقرة الآية 256.

[3]– سورة الإسراء الآية 33.

[4]– سورة الإسراء الآية 32.

[5]– سورة المائدة الآية 90.

5. **حفظ المال:** ويكون ذلك بتنميته بالحلال، فقد حرم الله تعالى السرقة، وأكل مال اليتيم والإنقاص في الميزان، بنصوص صريحة ومن تلك النصوص قوله تعالى:«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ »[1].

***ثالثا*: التعريف القانوني للمصلحة**

قبل التطرق إلى تعريف التشريعات العربية للمصلحة سنتعرض إلى تعريف فقهاء القانون لها.

1. تعريف الفقه القانوني للمصلحة:

حسب الدكتورة حميدو زكية انقسم مفهوم المصلحة عند فقهاء القانون إلى نظريتين.

الأولى: تعتبر المصلحة بأنّها كل ما من شأنه أن يأتي بمنفعة يصلح بها المرء من شأنه إذا هو مارس حقا أو أقام دعوى، أو أنّها السبب الذي من أجله يرفع المتقاضي دعواه، فرفع الدعوى يحقق للمدعي مصلحة بحماية حق قانوني، أو مركز قانوني يخصه.

أمّا الثانية: فإنّها ترى أنّ المصلحة هي طلب التعويض عن الضرر الذي يصيبنا[2].

وترى أنّه في كلتا الحالتين، تعتبر المصلحة أحد شروط رفع الدعوى، وعدم توافرها يؤدي إلى عدم قبول الدعوى من طرف القاضي أو الدفع بعدم قبولها من طرف الخصم، فهي الفائدة المنشودة أمام القاضي لإصلاح أو منع خسارة أو اضطراب قائم مؤكد[3].

2. تعريف التشريعات العربية للمصلحة:

بالرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالحضانة في بعض التشريعات العربية ونخص بالذكر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ومدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية وقانون الأسرة الجزائري نجد أنّها وظّفت مصطلح المصلحة في العديد من موادها المتعلقة بإسناد الحضانة أو إسقاطها فنذكر على سبيل المثال ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 144

---

[1]– سورة النساء الآية 29.

[2]– تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص.44.

[3]– تشوار حميدو زكية، مرجع نفسه، ص.44.

من ق.أ.ش الإماراتي التي جاء فيها أنّه:«يشترط في الحاضن 1- إذا كانت امرأة أ- أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلاّ إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون»[1]، وما جاء في نص المادة 186 من مدونة الأسرة المغربية الذي ينص على أنّه يجب أن «تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب»[2]، كذلك الفصل 66 مكرر من المجلة التونسية الذي جاء فيه أنّه: «إذا توفي أحد والدي المحضون فلجديه ممارسة حق الزيارة ويراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون»[3]. كما تنص الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه:«ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون»[4].

من خلال هذه المواد يتضح لنا أنّ التشريعات العربية أخذت بالمصلحة كقاعدة لإسناد الحضانة أو إسقاطها غير أنّها لم تعط تعريفا لها وتركت أمر تحديدها لسلطة القاضي التقديرية.

ويرجع السبب في عدم تعريف التشريعات للمصلحة إلى طبيعتها المرنة والمطاطة التي تجعلها تختلف من زمان إلى آخر، ومن طفل إلى آخر[5].

الفرع الثاني

تعريف المحضون

استعمل الفقهاء كلمة المحضون للدلالة على الطفل، لذلك نستعرض من خلال هذا الفرع إلى تعريف الطفل.

[1]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية،مرجع سابق.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[5]- أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص.27.

أولا : التعريف اللغوي للطفل

الطّفل، بالكسر وهو الصغير من الشيء، أو المولود.وولد كل وحشية أيضا طفل، جمع أطفال[1].

ثانيا : تعريف الطفل في الشريعة الإسلامية

استعمل الفقهاء لفظ الصغير والصبي والطفل والغلام وقصدوا به من لم يبلغ مرحلة البلوغ، ويمر الطفل من ولادته إلى بلوغه بمرحلتين الأولى قبل التمييز وفيها يكون الطفل لا يعرف ما يضره وما ينفعه وتسمى هذه المرحلة بعدم التمييز، والثانية هي مرحلة التمييز يبدأ فيها الطفل بمعرفة ما يدور حوله ويستطيع أن يميّز إلى حدما بين النفع والضرر وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ[2]، وعلامات البلوغ عند الذكور هي الاحتلام، أما علامات البلوغ عند الإناث هي الحيض والاحتلام، وإذا لم تظهر علامات البلوغ على الطفل فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية لمرحلة الطفولة، غير أنّهم اختلفوا فيما بينهم حول تحديد هذه السن، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى إتمام سن السابعة عشر عاما كنهاية لمرحلة الطفولة[3].

وانطلاقا من ذلك ، عرف الدكتور منتصر سعيد حمودة الطفل في الشريعة الإسلامية على النحو التالي:« الإنسان منذ لحظة صيرورته جنينا في رحم أمه حتى البلوغ، فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ يظل الإنسان طفل حتى بلوغه سن الخامسة عشر عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين»[4].

---

[1]– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، 2008، ص.1009.

[2]– العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.132.

[3]–عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.95.

[4]– منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص24.

ثالثا : التعريف القانوني للطفل

سنبيّن تعريف الطفل في القانون الدولي وبعد ذلك في بعض التشريعات العربية وعلى رأسها التشريع الجزائري.

1. **تعريف الطفل في القانون الدولي:** ورد مصطلح الطفل في العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني بداية من إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 ، إلاّ أنّها لم تعط تعريف له،[1] فعلى الرغم من أنّ هذه الاتفاقيات نهت تماما عن تشغيل الأطفال أو تجنيدهم في الجيش قبل بلوغ سن الخامسة عشر إلاّ أنّ ذلك لا يعني أنّها لم تعرف الطفل[2].

وفي سنة 1989 جاء تعريف للطفل في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في نص المادة الأولى منها الذي جاء فيه: «يعنى الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه»[3].

عرفت هذه الاتفاقية الطفل من خلال تحديدها للسن التي يمكن أن نعتبر من خلالها الإنسان طفلا، وبذلك تكون هذه الاتفاقية الوثيقة الدولية الأولى التي عرفت الطفل بشكل واضح وصريح، فوفقا لهذه الاتفاقية يعتبر طفلا كل إنسان لم يبلغ سن الثامنة عشر ولم يكن قانونه الوطني قد حدد سنا للرشد أقل من ذلك[4].

إضافة لهذه الاتفاقية هناك اتفاقيات إقليمية أعطت تعريفا للطفل نذكر منها الإطار العربي لحقوق الطفل لسنة 2001 الذي جاء في بنده الأوّل من الأهداف العامة للاتفاقية تعريف للطفل

---

[1]– بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص.18.

[2]– منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص.19.

[3]– اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، دخلت حيّز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990 وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، جرعدد91، الصادر بتاريخ 29 سبتمبر 1992.

[4]– بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص.19.

بنصه:«تكريس مفهوم حقوق الطفل حتى إتمام سن الثامنة عشر دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو لأي سبب آخر»، كما جاء في البند الثاني من الأهداف التي تتصل بتطبيق وتفعيل حقوق الطفل أنّه:«في ضوء المفهوم المعاصر لحقوق الطفل الذي يعتبر أن نمو الطفل ونمائه بصورة سوية يتحقق من خلال تكامل هذه الحقوق وتواصلها بدءا من مرحلة الحمل والميلاد وطوال مرحلة الطفولة وحتى إتمام سن الثامنة عشر»[1].

فمن خلال هذه المواد يتبيّن لنا أنّ الإطار العربي لحقوق الطفل أخذ بمفهوم الطفل الوارد في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 من خلال نصه على تكريس مفهوم الطفل من مرحلة الحمل والميلاد وطول مرحلة الطفولة حتى تمام سن الثامنة عشر.

2. **تعريف الطفل في التشريعات العربية:** إنّ التشريعات العربية متباينة في التسمية التي أعطتها للطفل، فنجد من تسمية بالطفل، كما أنّ هناك من سمته بالقاصر أو الحدث، كما أنّها اتبعت تعريف القانون الدولي للطفل، حيث اعتمدت على السن لتمييز الطفل عن البالغين[2].

بالنسبة للمشرع الإماراتي: نجد أنّه عرف الطفل في المادة الأولى من القانون الاتحادي المتعلق بحقوق الطفل " وديمة" التي تنص على أنّ:« الطفل هو كل إنسان ولد حيا ولم يتم الثامنة عشر ميلادية من عمره »[3].

بالنسبة للمشرع المصري: عرف الطفل في المادة الثانية من قانون الطفل المصري والتي تنص على أنّه: « يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشر سنة ميلادية كاملة »[4].

---

[1]– الإطار العربي لحقوق الطفل، موقع الأنترنت، www.un.org/arabic/documents/GADOCS/55/A-55-942.

[2]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص.46.

[3]– قانون اتحادي رقم 3 لسنة 2016 بشأن قانون حقوق الطفل "وديمة" المؤرخ بتاريخ 8 مارس 2016، ج ر عدد 593 بتاريخ 15 مارس 2003.

[4]– قانون رقم 12 لسنة 1996 المتضمن قانون الطفل المصري، المعدل بالقانون، 126، لسنة 2008، موقع الانترنت، http://www.egyptiantalks.org/invb/topic/74451 -قانون–الطفل–المصرى–المعدل–بالقانون–126–لسنة–2008.

بالنسبة للمشرع المغربي: فإنّه لم يتطرق لتعريف الطفل إلاّ أنّه وبالرجوع لنص المادة 166 فقرة 1 من مدونة الأسرة المغربية نجده ينص على أنّه:« تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء»، كذلك نص المادة 19 من المدونة جاء فيه أنّه:« تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية »[1]، من خلال هذين النصين يتبين لنا أنّ سن الطفولة في المغرب ينتهي ببلوغ الذر أو الأنثى ثمانية عشر سنة، إذ يعتبر طفلا في المغرب كل إنسان يقل سنه عن 18 سنة شمسية.

بالنسبة للمشرع التونسي: عرّف الطفل في الفصل 03 من مجلة حماية الطفل الذي جاء فيه أنّ:« المقصود بالطفل على معنى هذه المجلة كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما، مالم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة »[2].

بالنسبة للمشرع الجزائري: فنجده عرف الطفل في المادة الثانية من قانون حماية الطفل التي تنص على أنّه:« يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

– الطفل : كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة.

يفيد مصطلح حدث نفس المعنى..»[3].

يتبيّن لنا من خلال هذه التعريفات أنّ التشريعات العربية عرفت الطفل اعتمادا على التعريف الوارد في اتفاقية حقوق الطفل ووحدت سن الرّشد الذي تنتهي فيه مرحلة الطفولة بجعله ثمانية عشر سنة كاملة.

[1]– قانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]– قانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 09 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي عدد 90، المؤرخ في 10 نوفمبر 1995.

[3]– قانون رقم 15–12 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر عدد39، الصادر في 19 يوليو سنة 2015.

المبحث الثانـي

تقدير مصلحة المحضون على أساس شروط إسناد الحضانة

خلافا لباقي توابع الطلاق، فإن الحضانة لا تعتبر حقا بحتا للشخص المسندة إليه، وإنّما هي حق للمحضون، فالهدف من تشريعها هو المحافظة على السلامة العقلية والجسدية للمحضون وتربيته وتقويمه، لذلك يتوجب على القاضي أثناء حكمه بإسناد الحضانة أن يعمل على وضع الطفل تحت أيادي أمينة مؤهلة لمثل هذه الواجبات مراعيا مصلحة الطفل المحضون في ذلك.

نظمت الشريعة الإسلامية وكذلك القانون مسألة إسناد الحضانة من خلال تحديدهم للشروط الواجب توافرها في الحاضن وكذلك في ترتيب مستحقيها بحسب القرابة ووفقا لما يحقّق مصلحة الطفل المحضون.

اعتمادا على ذلك وضحنا من خلال هذا المبحث الشروط المتعلقة برعاية مصلحة المحضون في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني بيّنا كيفية مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الأوّل

شروط رعاية مصلحة المحضون

نظرا لأهمية الحاضن في حياة المحضون، إذ يعتبر قدوة له ، كما أنّ شخصيته تأثر تأثيرا كبيرا عليه، وبما أنّ الإسلام حريص جدا على تنشئة جيل صالح، فقد اشترط في الحاضن شروطا كثيرة لتولي الحضانة ، وذلك بهدف حماية مصلحة المحضون[1].

تنقسم شروط الحضانة إلى ثلاثة أقسام فمنها ما هو عام يخص كل من الرجال والنّساء معا ومنها ما يخص النّساء وما يخص الرجال.

[1]– محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة عمان، 2008، ص.389.

الفرع الأوّل

الشروط العامة لإسناد الحضانة

يقصد بالشروط العامة لإسناد الحضانة جملة الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة.

***أولا* : شرط الأهلية**

***1*- شرط الأهلية في الشريعة الإسلامية**

ذكر الفقهاء جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن، وأجمعوا على اثنين منها وهما العقل والبلوغ نظرا لما لهما من مساس بمصلحة المحضون ورعايته واختلفوا فيما تبقى [1].

فلا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة[2]، فالحضانة لا يمكن أن تسند إلى شخص صغير غير بالغ، لأن الصبي وإن كان مميزا فإنّه يبقى في حاجة لمن يتولى أمره فلا يتولى أمر غيره[3].

أمّا المالكية فيرون أنّ الصغير المميز العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة إن كان مستوفيا لسائر شروطها[4].

وتشتمل الأهلية على عنصرين وهما البلوغ مع العقل وهما من الشروط المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وعند فقهاء القانون أيضا.

1 – البلوغ: يرى جمهور الفقهاء أنّ البلوغ شرط لتولي الحضانة، حيث أنّ الحضانة ولاية نظر، وهي مرتبطة بمصلحة الصغير، ولا تتحقق مصلحة الصغير بحضانة صغير مثله[5].

---

[1]– محمد عليوى ناصر، مرجع سابق، ص.81.

[2]– سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر،2012، ص.148.

[3]– طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.152.

[4]– شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص.528.

[5]– رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الوفاء، الإسكندرية، 2012، ص.167.

وبلوغ الذكر يكون بالاحتلام بإنزال المني، وإنبات الشعر الخشن على العانة، أو بلوغ ثماني عشرة (18)سنة، وعلاماته بالنسبة للبنت بالاحتلام، أو الحيض، أو الحمل، أو بلوغ سبعة عشر(17) سنة[1].

***2* –العقل** : والمراد به العقل الذي تصح به الولاية[2]، فالحاضن يجب أن يكون مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بتوفير الحماية اللازمة للمحضون وملما بكل المخاطر والتحديات التي يمكن أن تعترضه بمناسبة أدائه لهذه المهمة، فليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي أن لا يتولى شؤون غيره، ذلك لأنّه عاجز عن إدراك ما يحول حوله[3].

ولا فرق بين الجنون المتقطع القليل أو الكثير، ولو كان لا يأتي إلاّ ليوم واحد في السنة، ذلك لأنّ ترك المحضون لديه يمكن أن يكون فيه ضرر عليه، فجنونه قد يرد إليه في أي وقت وإن كان قادرا أو قصيرا[4]، لأنّ المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي إبعاده عن أي ضرر محتمل أن يصيبه رعاية لمصلحته[5].

ويستوي المعتوه مع المجنون فلا حضانة لهما لأنهما في حاجة لمن يرعى شؤونهما فضلا عن رعاية شؤون غيرهما، واشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر[6].

1 – شرط الأهلية في التشريعات العربية

بالنسبة للمشرع الإماراتـــي: اشترط في الحاضن العقل مع البلوغ رشدا وهو ما جاء في نص المادة 143 من قانون الأحـــوال الشخصية التي تنص على أنّه:« يشترط في الحاضن :

---

[1] – عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، مرجع سابق، ص.95.

[2]– المهدي محمد الحرازي، "مستحقو الحضانة وترتيبهم حسب متغيرات العصر"، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014،ص.23.

[3]– باديس ديابي، مرجع سابق،ص.128.

[4]– عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.523.

[5]– عز الدين بن عبد الله،الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، موقع الأنترنت، http://montada.echoroukonline.com/showthread.php?t=251036

[6]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.359.

1 – العقل. 2 – البلوغ راشدا ...»[1]، وبذلك يكون المشرع الإماراتي قد أخذ بالمذهب المالكي باشتراطه البلوغ مع الرشد[2].

بالنسبة للمشرع المغربي: جاء في الفقرة الأولى من المادة 173 من المدونة على أنّ:« شروط الحاضن:

1. الرشد القانوني لغير الأبوين ...»[3].

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع اشترط الرشد القانوني في الحاضن من غير الأبوين في حين أنّه لم يشترطه في الأبوين، وبـــذلك يكون قد راعى المـــادة 20 من المدونة التي تسمح لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية ، ففي حالة ما إذا منح القاضي الإذن بالزواج لقاصر لم يبلغ سن الرشد القانوني وحدث بعد ذلك فك للرابطة الزوجية ولم يبلغ بعد أحدهما سن الرشد القانوني، وتنازعا على حضانة الطفل في هذه الحالة بإمكان القاصر أن يطالب بإسناد حضانة الصغير إليه.

بالنسبة للمشرع التونسي: بالرجوع للفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية جاء فيه على أنه:« يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا...»[4]، من خلال نص هذه المادة يتبين لنا المشرع التونسي اشترط في الحاضن أن يكون مكلفا ويقصد بالتكليف التمييز مع البلوغ الطبيعي.

بالنسبة للمشرع الجزائري: تنص الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة على أنّه: « ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»[5]، يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اشترط في الحاضن أن يكون أهلا لممارسة حق الحضانة، ويقصد بذلك أهلية الأداء التي تجعل الشخص قادرا على تدبير شؤونه بنفسه والتي حددها القانون المدني الجزائري في

[1]– قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]– فاطمة عبد الصمد الحمادي، مرجع سابق،ص. 28.

[3]– القانون رقم 03–70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[4]– أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[5]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

نص المادة 40 التي جاء فيها أنّ:« كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19)سنة كاملة»[1].

***ثانيا*: شرط القدرة على القيام بشؤون المحضون**

1- شرط القدرة في الشريعة الإسلامية: وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته، بمعنى أن يكون الحاضن أو الحاضنة، قادرا على القيام بالحضانة بكل متاعبها، فإن كان عاجزا عن ذلك فإنّه لا يكون أهلا للحضانة[2].

والقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية، لأنّ حق الحضانة شرّع لمصلحة الطفل لتربيته ورعايته وصونه[3]، ومعيار القدرة عند الفقهاء هو أن يكون مستحق الحضانة خال من أي مرض يؤثر عليه ويمنعه من القيام بواجباته اتجاه المحضون، وقد اشترط الفقهاء هذه القدرة في من يباشر مهمة الحضانة بنفسه كالأم ومن في حكمها من النساء، فلا حضانة للكفيفة، أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا، ولا لمهملة لشؤون بيتها بحيث يخشى من الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به[4] ، أمّا إذا كان يباشر الحضانة بواسطة غيره كالأب فإنّه يشترط فيه أن تتوفر لديه من النساء من تهتم بالصغير عند استحقاقه لها[5].

فشرط القدرة شرط يجمع بين قوة البدن وسلامته، وبين ما يوفر الرعاية والعيش الأفضل للطفل المحضون معنويا وماديا تحقيقا لمصلحته، واجتماعهما في الحاضن يجعله مفضلا على غيره في استحقاق الحضانة.

---

[1]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31، الصادر في 13 مايو 2007.

[2]- اشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة – دراسة مقارنة-، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، عدد خاص، 2015،ص.ص. 214-215.

[3]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 407.

[4]- سيّد سابق، فقه السنة (نظام الأسرة-الحدود والجنايات)، ج2، دار الفكر، بيروت، 1998، ص.230.

[5]- ياسر عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2012، ص.482.

2-شرط القدرة في التشريعات العربية: لقد أخذت التشريعات العربية بشرط القدرة ويتضح ذلك.

بالنسبة للمشرع الإماراتي: بالعودة لنص المادة 143من ق.أ.ش في فقرتها الرابعة نجد أنّ المشرع الإماراتي اشترط أن يكون للحاضن القدرة على تربية المحضون إذ جاء فيها على أنّــه:« يشترط في الحاضن :...4- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته ... »[1].

بالنسبة للمشرع المغربي: تناولت مدونة الأسرة المغربية شرط القدرة في الفقرة الثالثة من المادة 173، التي جاء فيها على أنّه من:« شروط الحاضن :...3 – القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه، ..»[2]، فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أنّ المشرع المغربي وحرصا منه على مصلحة المحضون ومستقبله فإنّه لم يكتف بأن اشترط في الحاضن القدرة على التربية والصيانة فقط، بل وأضاف شرط القدرة على مراقبة تمدرس المحضون.

بالنسبة للمشرع التونسي: نص صراحة على شرط القدرة من خلال الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه ما يلي:« يشترط في مستحق الحضانة أن يكون...قادرا على القيام بشؤون المحضون ...»[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري: فإنّه لم يذكر شرط القدرة صراحة، ولكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الجزائري نجد أنّه اعتبر شرط القدرة شرطا أساسيا لممارسة الحضانة ، إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنّه من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإنّ القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي[4].

---

[1]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]- قرار المحكمة العليا، رقم:33921، الصادر بتاريخ: 1984/07/09، غ.أ.ش، قضية (ح.ح)ضد(ح.ر)، المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص. 76.

***ثالثا* : شرط الأمانة**

تعتبر الأمانة صفة يجب أن تتوفر في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة، بأن يوفر بيئة جيدة لمصاحبة المحضون، تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير[1].

1- شرط الأمانة في الشريعة الإسلامية: اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الأمانة في الحضانة، إذ يرى ابن عابدين أنّ المراد بكونها أمينة أن لا يضيع الولد عندها بانشغالها عنه بالخروج من منزلها في كل وقت[2].

ويرى الدسوقي أنّ الأمانة هي حفظ الدين والمال[3].

ويرى البيجوري أنّه يجب الجمع بين العفة والأمانة لتلازمهما، إذ العفة هي الكف عمّا لا يحل ولا يحمد والأمانة ضد الخيانة فكل أمين عفيف ويؤولان إلى شرط واحد وهو العدالة[4].

اتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على أنّ الفسق مانع من موانع الحضانة لأنّ الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغير ولا ثقة فيه بل يخشى منه أن ينشأ فاسقا مثله، لذلك فإنّ الفاسقة ليست أهلا لتحقيق مقاصد الحضانة[5].

أمّا الحنفية فقد اتفقوا على أنّ الفسق مانع من موانع الحضانة إلاّ أنّهم اختلفوا حول درجة الفسق، فهم يفرقون بين الفسق المطلق والفسق الأقل حدة، حيث يرى ابن عابدين أنّ الفسق المانع من الحضانة هو الفسق الذي يضيع به الولد، إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عندهم بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه فجور أمه، ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا وحفاظا على أخلاقه من الفساد[6].

---

[1]- فاطمة حداد، حق الطفل في الحضانة والكفالة"، مجلة الشهاب متخصصة في البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، العدد الثالث، جوان 2016، ص. 164.

[2]- محمد أمين المشهور بابن عابدين، مرجع سابق، ص.253.

[3]- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص.528.

[4]- ابراهيم البيجوري، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم على متن أبي شجاع، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص.368.

[5]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.599.

[6]- محمد أمين المشهور بابن عابدين، مرجع سابق، ص.254.

بما أنّ الحضانة تقوم على مصلحة المحضون، فإنّه يتعيّن التفرقة بين الفسق المضر بمصلحة الطفل والفسق غير المضر فالفسق المؤثر في الحضانة هو الذي يضر بمصلحة المحضون ويكون عادة بعد بلوغ الطفل سن التمييز والقاضي هو الذي يقدر إذا كان الفسق مؤثر أو غير مؤثر على المحضون مراعيا في كل ذلك مصلحة المحضون[1].

2- شرط الأمانة في التشريعات العربية: أخذت التشريعات العربية بشرط الأمانة في الحاضن.

بالنسبة للمشرع الإماراتي: نجد أنّه أخذ بشرط الأمانة في نص المادة 143 من قانون الأحوال الشخصية في فقرتها الثالثة والسادسة، أين نص على أنّه:« يشترط في الحاضن:...

3- الأمانة ...6- ألاّ يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض»[2]. من خلال نص هذه المادة يتبيّن لنا أنّ المشرع الإماراتي وحفاظا منه على مصلحة المحضون اشترط في الحاضن الأمانة، كما أضاف شرط عدم الحكم على الحاضن بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض وهو بذلك أخذ برأي فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الذي يعتبر الفسق مانع من موانع الحضانة.

بالنسبة للمشرع المغربي: فقد اشترط صراحة شرط الأمانة في الحاضن وهو ما جاء به نص المادة 173 من مدونة الأسرة المغربية في فقرته الثانية، الذي ينص على أنّه من :«شروط الحاضن:...

2- الاستقامة والأمانة...»[3]. يتبين لنا من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع المغربي أضاف لشرط الأمانة شرط الاستقامة، وبالتالي فإنّه لا يمنح حق الحضانة لفاقد الاستقامة أو الأمانة.

[1]- فاطمة عبد الصمد الحمادي، مرجع سابق، ص. 31.

[2]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[3]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

بالنسبة للمشرع التونسي: نجد أنّه كذلك نص صراحة على شرط الأمانة في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنّه:« يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا...»[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري: فإنّه لم يفصل في الشروط الواجب توفرها في مستحق الحضانة واكتفى بذكر عبارة أن يكون أهلا للقيام بها في نص المادة 62 من ق.أ ، وترك أمر التفصيل فيها للقاضي وفقا لما يحقق مصلحة المحضون.

ولكن وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فقد جاء في أحد قراراتها أنّ إسناد حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون[2].

***رابعا* : شرط الإسلام**

1- شرط الإسلام في الشريعة الإسلامية: اختلف الفقهاء حول اشتراط الإسلام في مستحق الحضانة.

فنجد فقهاء الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية يشترطون إسلام الحاضنة إذا كان المحضون مسلما لأنّ الحضانة فيها نوع من الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم لأنّه يحتاج لتربيته على آداب الإسلام[3]، واستدلوا في ذلك لقوله تعالى:((وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا))[4].

أما عند المالكية والحنفية فالمشهور عندهم أنّه لا يشترط الإسلام في الحاضن إلاّ أن تكون المرأة مرتدة، أمّا الكتابية فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، واشترط الحنفية لثبوت حق الحضانة لها أن يأمن على الصغير من الكفر والفساد، فإذا لم يأمن عليه عندها وخاف أن

[1] - أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[2] - قرار المحكمة العليا، رقم: 56097، الصادر بتاريخ:1989/12/25،غ.أ.ش، قضية (ب.خ) ضد (ب.ف)(ب.ع)، المجلة القضائية، العدد 4،1991، ص. 102.

[3] - محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)، ط.1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص.236.

[4] - سورة النساء الآية 141.

يألف الكفر، فإنّ للأب أن ينزعه منها. أمّا عند المالكية إن خيف عليه فلاّ ينزع منها وإنّما تضم الحاضنة إلى مسلمين ليراقبوها[1].

2- شرط الإسلام في التشريعات العربية:

بالنسبة للمشرع الإماراتي: فقد اشترط في في كل من البند (ب) من الفقرة الأولى، والبند (ج) من الفقرة الثانية من نص المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية على ضرورة أن يتحد الحاضن سواء كان امرأة أو رجل مع المحضون في الدين، إلاّ أنّه أورد استثناء للحاضنة الأم في نص المادة 145 بنصه على أنّه:« إذا كانت الحاضنة أما وهي على غير دين المحضون سقطت حضانتها إلاّ إذا قدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون على ألاّ تزيد مدة حضانتها له على إتمامه خمس سنوات ذكرا كان أو أنثى»[2]، وقد جاء هذا الاستثناء لحماية مصلحة المحضون.

بالنسبة للمشرع التونسي: أورد شرط إتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون في الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنّه:« إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلّا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانـــت هي الحاضنة»[3]، يفهم من نص هذه المادة أنّ المشرع التونسي اشترط إتحاد الدين بين المحضون والحاضنة غير الأم أمّا الحاضنة الأم فلم يشترط فيها اتحاد الدين مع المحضون، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

بالنسبة للمشرع الجزائري: بالرجوع لنص المادة 62 من ق.أ نجد أنّ المشرع الجزائري عرّف الحضانة بأنّها تربية الولد على دين أبيه، غير أنّه وبالعودة للأحكام القضائية الجزائرية نجد أنّها أخذت بالمذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، لأن الحضانة لا تتعدى حد الرضاع وخدمة المحضون[4]، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنّه

---

[1]- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص.ص.523-524.

[2]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]- باديس ديابي، مرجع سابق، ص. 134.

من المقرر شرعا وقانونا، أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأنّ حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج،ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية[1].

الفرع الثاني

الشروط الخاصة لإسناد الحضانة

إضافة للشروط العامة المطلوبة في كل من النساء والرجال على حد سواء نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصّوا بعض الشروط لجانب النّساء كما أضافوا للرجل الحاضن كذلك شروطا خاصة به كالتالي:

أولا : الشروط الخاصة بالنساء

إضافة للشروط العامة المذكورة سابقا هناك شروط خاصة بالنساء وهي كاللاتي.

1- شرط عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون أو بقريب له غير محرم له

❖**عدم زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية:** هذا الشرط متفق عليه عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[2]، وقد استدلوا هذا الشرط من حديث الرسول"صلى الله عليه وسلم" في رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص أنّ امرأة قالت: يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[3]. فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن الصغير أو كانت متزوجة بقريب للصغير، ولكنه ليس محرما له فلا حق لها في حضانته[4]، لأنّ الأجنبي غير مأمون ولا سيما على الأنثى[5]،

---

[1]- قرار المحكمة المحكمة العليا، رقم:52221، الصادر بتاريخ:1989/03/13،غ.أ.ش، قضية (ب.ج) ضد (ج.أ)، المجلة القضائية، العدد 1، 1993، ص. 48.

[2]- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، دار الثقافة، عمان، الأردن،2009،ص.25.

[3]- اللغوي الحسين بن مسعود الشافعي، مصابيح السنة، المجلد الثاني، دار القلم، بيروت، د.س.ن، ص. 104.

[4]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.260.

[5]- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، الطبعة الأولى، دار كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر،2003، ص.260.

كما يرى بعض الفقهاء أنّ الزواج لا يسقط حق الأم في الحضانة مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى، لأنّه يمكن أن تكون زوجة الأب أكثـر ضررا للصغير مـــن زوج الأم، لذلك يجب على القاضي أن يأخذ بكل هذه الاعتبارات قبل الفصل في الموضوع[1]. إذ يرى ابن عابدين، أنّ مدار أمر الحضانة على نفع الولد لذلك ينبغي للقاضي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد فإذا كان للولد قريب يكرهه ويريد أخذه من أمّه لإلحاق الأذى بها، أو كان له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فلا ينزعه من أمّه حتى وإن تزوجت[2].

يرى الدكتور المهدي محمد الحرازي، أنّ هذا الشرط يجب أن يشترط في حق الحاضنة غير الأم أما الأم فإن زوجها رضي بحضانتها للصغير يثبت لها حق الحضانة للذكر أو الأنثى بسبب حصول علاقة المحرمية بين زوجها والمحضون بالمصاهرة[3].

❖**شرط عدم زواج الحاضنة في التشريعات العربية:** لقد أخذت قوانين الأسرة العربية محل دراستنا بهذا الشرط.

فبالنسبة للمشرع الإماراتي: نجد أنّه أدرج هذا الشرط في الفقرة الأولى من نص المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية في البند (أ) الذي ينص على أنّه:« يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة: 1- إذا كانت امرأة: أ- أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلاّ إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون »[4].

يفهم من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع الإماراتي اشترط خلو الحاضنة من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، غير أنّه جعل لهذا الشرط استثناء وهو في حالة ما إذا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك تحقيقا لمصلحة المحضون.

بالنسبة للمشرع المغربي: أورد شرط عدم زواج طالبة الحضانة في الفقرة الرابعة من نص المادة 173 من مدونة الأسرة الذي جاء فيه:«...4- عدم زواج طالبة الحضانة إلاّ في الحالات

---

[1]- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2009،ص.459.

[2]-محمد أمين المشهور بابن عابدين، مرجع سابق، ص.266.

[3]- المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.27.

[4]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده »[1]. يتبين من خلال هذا النص أنّ المشرع المغربي اشترط في طالبة الحضانة عدم زواجها، إلاّ أنّه وضع لهذا الشرط مجموعة من الاستثناءات يحفظ ويضمن بها مصلحة الطفل سنبينها لاحقا.

بالنسبة للمشرع التونسي: فإنّه اشترط في الحاضنة الأنثى بصفة عامة سواء كانت أم المحضون أم لا أن تكون خالية من زوج دخل بها إذ جاء في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه:« يشترط في مستحق الحضانة.....وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون»[2].

بالنسبة للمشرع الجزائري: أخذ بشرط عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون وهو ما جاء في نص المادة 66 من قانون الأسرة على أنّه:« يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم »[3]. فإذا ما أرادت الحاضنة الزواج والاحتفاظ بحقها في الحضانة فما عليها سوى الزواج بقريب محرم للمحضون.

كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها حيث جاء في قرارها المؤرخ في:2005/07/13 أنّه:« إذا كان القانون قد أعطى، الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلاّ أنّه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم»[4]، كما جاء في قرار آخر مؤرخ في: 2005/05/18 أنّ حق الأم في الحضانة يسقط بزواجها بغير قريب محرم[5].

وفيما يتعلق بإسقاط الحضانة عن الجدة في حالة زواجها بأجنبي فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1986/05/05 أنّه متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية، أنّه يشترط

---

[1]–القانون رقم 03–70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]–أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[3]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[4]– قرار المحكمة العليا، رقم: 341320، الصادر بتاريخ: 2005/07/13،غ.أ.ش، قضية(ع،ب)ضد (ه،ب)، نشرة القضاة، العدد 62، 2008، ص.385.

[5]–قرار المحكمة العليا، رقم: 331058 الصادر بتاريخ: 2005/05/18،غ.أ.ش، قضية(ز، ف)ضد(ق، غ)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، ص.383.

في المرأة الحاضنة ولو كانت أمّا، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أمّا إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنّه من اليقين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[1].

2- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبيا: كالأم والخالة والأخت والعمة والجدة، فلا حضانة لغير القرابة النسبية، ولا حضانة أيضا للقريب غير المحرم كبنت العم أو بنت العمة فالمحـــارم من الرضاع كـالأم والأخت رضاعـــا لا حضانة لهن، فالمحرميـــة وحدها لا تكفي، والقرابة وحدها لا تكفي فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلاّ بتوافر المحرمية والقرابة[2].

3- ألا تقيم بالصغير في بيت من يبغضه ويكرهه ولو كان قريب له: لأنّ الحضانة شرعت لمصلحة الصغير وصيانته وإقامة الحاضنة مع المبغض له يعرضه للأذى والضياع وعلى هذا لو تزوجت الأم بأجنبي وسقط حقها في الحضانة، وأخذت أمها الولد، فإن أقامت به مع زوج ابنتها كان للأب أن يأخذه منها[3].

وهو ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري :« تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم».

وقد جاءت هذه المادة لتكرس مصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي يمكن أن تحيط بالطفل وتؤثر على مستقبله سلبا[4].

---

[1]- قرار المحكمة العليا، رقم: 40438، الصادر بتاريخ: 1986/05/08،غ.أ.ش، قضية(ج، ح)ضد(ب، ف)، المجلة القضائية، العدد2، 1989،ص. 75.

[2]- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.492.

[3]- عثمان التكروري، مرجع سابق، ص. 260.

[4]- عدي السعيد، الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، المدرسة العليا للقضاء، 2009، ص.14.

4- ألا تمتنع الحاضنة عن تربية الولد مجانا عند إعسار أبيه: عدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، فإن كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وامتنعت الأم عن حضانة الطفل مجانا، وتبرعت قريبة من المحارم تتوافر فيها شروط الحضانة لحضانة الطفل سقط حق الممتنعة وتنتقل الحضانة إليها[1].

ثانيا : الشروط الخاصة بالرجال: إذا كان المستحق للحضانة رجلا، فإنّه يشترط فيه شروطا خاصة بالإضافة إلى الشروط العامة التي سبق ذكرها، وهذه الشروط هي:

1-أن يكون من ذوي العصبات على ترتيب الإرث: لأنّ أصل استحقاقه الحضانة يقوم على قوة القرابة، باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير، وحسن رعايته[2].

2- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى: إذا كان المحضون ذكرا فلا يشترط هذا الشرط، أمّا إذا كان الحاضن رجلا والمحضون أنثى، فلا بد أن نفرق بين حالتين:

فالحالة الأولى إذا كانت المحضونة صغيرة غير مشتهاة وهي ما دون السابعة تعطى للحاضن حتى وإن كان غير محرم باتفاق الفقهاء.

أمّا الحالة الثانية فإذا كانت الصغيرة مشتهاة فإنّه يشترط في الحاضن أن يكون ذا رحم محرم منها، مع ذلك هناك بعض الحالات التي أجاز فيها بعض فقهاء الحنفية أن تسلم المحضونة إلى ابن عمها إذا لم يكن هناك من يقوم بالحضانة غيره، كما أجاز الشافعية والحنابلة أن تسلم لغير المحرم إذا تعذر غيره وعنده ثقة ترافقها كبنته أو أخته[3].

وقد أخذ المشرع الإماراتي بهذا الشرط في نص المادة 144 من ق.أ.ش الذي جاء فيه على أنّه :«يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة:...2- إذا كان رجلا:...ب- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى »[4].

---

[1]- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص.460.

[2]- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي الشافعي،مرجع سابق، ص.494.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، ج7،ط2، دار الفكر، دمشق، ص.730.

[4]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

3- إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: لأنّ حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث فلا توارث بين المسلم وغير المسلم فإذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فلا تسند الحضانة إليه لأنّه لا توارث بينهما[1].

4- أن يكون عند الرجل الحاضن من يصلح للحضانة من النساء: كأم أو زوجة أو خالة أو عمة، لأنّ الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كما للنساء، وهذا للشرط عند المالكية[2].

فإن لم يكن عند الرجل الحاضن من النساء من تقدر على القيام بحق الحضانة للصغير، فلا حق له في الحضانة.

تناول المشرع التونسي هذا الشرط بنص صريح في المادة 58 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: «... إذا كان مستحق الحضانة ذكرا، أن يكون عنده من يحضن من النساء...»[3]. وكذلك المشرع الإماراتي في نص المادة 144 من ق.أ.ش بنصه:« يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة:...2- إذا كان رجلا:أ- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء »[4].

إذا ما توفرت كل هذه الشروط في طالب الحضانة تسند إليه، بشرط مراعاة مصلحة المحضون دائما وكذا مع مراعاة الترتيب القانوني لمستحقيها كما سيأتي بيانه.

المطلب الثاني

مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

أعطى الفقه الإسلامي لترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما كبيرا، فقد اتفق الفقهاء جميعا على وجوب تقديم الأم على الجميع في الحضانة ولكنهم اختلفوا فيمن يستحق الحضانة

[1]- الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.408.

[2]- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص.33.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

بعد الأم بحسب مصلحة المحضون، إذ اعتبر بعضهم تقديم الأم سببا كافيا لتكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، ومنهم من لم يأخذ بذلك[1]، وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية بهذا الرأي أو ذلك وفقا لما تراه يتماشى ومصلحة المحضون.

الفرع الأوّل

ترتيب مستحقي الحضانة في الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال[2]، واختلفوا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة التي تعتبر المعيار الأساسي في اختيار أصحاب الحق في الحضانة، علما بأنّ مستحقي الحضانة إمّا أن يكونوا إناث فقط وإمّا ذكور فقط وإمّا الفريقان معا[3].

وللحديث عن ترتيب مستحقي الحضانة سوف نبين المستحقات للحضانة من النّساء عند إنفرادهن ثمّ المستحقين من الرجال عند إنفرادهم، ثمّ المستحقين من النساء والرجال عند الاجتماع.

أولا : المستحقات للحضانة من النّساء عند إنفرادهن وترتيبهن

عند النظر في أدّلة استحقاق النّساء للحضانة نجد أن النص قد ورد في حق الأم، وما عدا ذلك إما بالقياس أو الاستحسان ومراعاة المصلحة، والنّساء هنّ الأقدر على تحقيق تلك المصلحة، لذلك يقدمن على الرجال[4].

سنبيّن أولا من هنّ النساء المستحقات للحضانة وبعد ذلك نذكر ترتيبهن حسب رأي الفقهاء.

---

[1]– محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص.52.

[2]– الإمام محمد أبو زهرة،مرجع سابق، ص.405.

[3]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002،ص.396.

[4]– المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.41.

1-المستحقات للحضانة من النساء

- **الأم:** وهي الأحق بحضانة ولدها بدون منازع فهي الأحن عليه من غيرها فلا مثيـــل لشفقتها، وعطفها لذلك جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات[1]، وقد اتّفق العلماء على تقديمها على جميع مستحقي الحضانة بما فيهم الأب، سواء انفردت النّساء أم اجتمعت مع الرجال[2]، بدلالة القرآن لقوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة:«وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ »[3].

- **أم الأم (الجدة لأم):** وتأتي مرتبتها بعد الأم وذلك لأنّها تشارك الأم في الولادة والإرث فهي في مرتبة الأم وأقوى من أم الأب في الميراث لأنّها لا تسقط بالأب.

- **أم الأب (الجدة لأب)** : وتأتي أم الأب بعد أم الأم وذلك لأنّ أم الأم لا يسقط حقها في الإرث بالأب بينما أم الأب فإنّ حقها في الإرث يسقط بالأم[4].

- **الخالة:** ويأتي ترتيبها بعد الجدات من جهة الأم عند المالكية، أما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فهي تتأخر عن أم الأب، وعن أخوات المحضون، وتتقدم الخالة الشقيقة عن الخالة لأم والخالة لأب عند الجمهور، أما الخالة لأم والخالة لأب ففي ترتيبهن خلاف، فنجد الحنفية والمالكية والحنابلة يقدمون الخالة لأم عن الخالة لأب بحجة أنّ من كان من جهة الأم أشفق ممن يكون من جهة الأب، أما الشافعية فيرون تقديم الخالة لأب على الخالة لأم، وذلك لقوّة جهة الأب فيما عدا الأم[5].

- **أخت المحضون** : سواء كانت شقيقة أم لأب، أم لأم، وقدم الشافعية والحنفية والحنابلة أخت المحضون الشّقيقة، أما بالنسبة لأخت لأم والأخت لأب، فقد قدم الحنفية والحنابلة والمالكية

---

[1]- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرةفي الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، 1986، ص.752.

[2]- المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص. 42.

[3]- سورة البقرة، الآية 233.

[4]-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 720.

[5]- المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.46.

الأخت لأم ثمّ الأخت لأب، أما الشافعية فقدموا الأخت لأب على الأخت لأم لاشتراكها مع المحضون في النسب، ولقوة إرثها، فإنّها قد تصير عصبة[1].

- **بنات الأخت:** وتقدم بنات الأخت الشقيقة، أما بنات الأخت لأب وبنات الأخت لأم فيجري فيهن الخلاف، إذ قدم الحنفية والحنابلة والمالكية بنات الأخت لأم على بنات الأخت لأب، بينما الشافعية قدموا بنات الأخت لأب على بنات الأخت لأم.

- **العمة :** وهي التي من قبل الأب، سواء كانت أخت الأب أو أخت أبي الأب، أو فوق ذلك، وهي تلي مرتبة أخت المحضون عند المالكية، والشافعية أو تقدم عمة المحضون لأبوين على العمة من الأب والعمة من الأم.

- **بنات الأخ:** ويأتي ترتيبهن بعد العمة عند المالكية والحنابلة.

- **الوصية:** وتستحق الحضانة عند المالكية وترتيبها بعد بنت الأخ[2].

2- المستحقات للحضانة وترتيبهن عند أصحاب المذاهب الفقهية

- **ترتيب فقهاء الحنفية:** رتب الحنفية الحاضنات من النساء على النحو التالي:1- الأم، 2- أم الأم وإن علت، 3- أم الأب وإن علت، 4-الأخوات، 5- بنات الأخوات الشّقيقات ثمّ بنات الأخوات لأم، 6- الخالات، 7- بنات الأخوات لأب، 8- بنات الإخوة، 9- العمّات، 10- خالة الأم، 11- خالة الأب، 12- عمّة الأم، 13- عمّة الأب.

وعندما يجتمع صنف من درجة واحدة كالأخوات مثلا، تقدم من كانت شقيقة، ثمّ من كانت لأم ثم من كانت لأب، وهكذا بالنسبة للأصناف الأخرى.

- **ترتيب فقهاء المالكية:** رتب المالكية الحاضنات من النّساء على النحو التالي:

1- الأم، 2- أم الأم وإن علت، 3- الخالة الشّقيقة فالتي لأم، ثمّ التي لأب، 4- عمّات الأم تتقدم الشّقيقة، ثمّ التي لأم، فالتي لأب، 5- أم الأب وإن علت، 6- الأخوات، 7- العمّة، 8- عمّة الأب، 9- خالة الأب، 10- بنات الإخوة والأخوات، 11- الوصية.

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق،ص.721.

[2]- المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.48.

- **ترتيب فقهاء الشافعية:** 1- الأم، 2- أم الأم، 3- أم الأب، 4-الأخوات، 5- الخالات، 6- بنات الأخ وبنات الأخت، العمة.

- **ترتيب فقهاء الحنابلة:** 1- الأم، 2- أم الأم، 3- أم الأب، 4- أمهات الجد، 5- الأخت لأبوين، ثمّ لأم، ثمّ لأب، 6- الخالة لأبوين، ثمّ لأم، ثمّ لأب، 7- العمّة، 8- خالة الأم، 9- خالة الأب، 10- عمّة الأب، 11- بنات الأخ، 12- بنت عم الأب، 13- باقي العصبة الأقرب فالأقرب[1].

ثانيا : المستحقون للحضانة من الرجال عند إنفرادهم وترتيبهم

إن لم يكن للمحضون أحد من النساء المذكورات، انتقلت الحضانة إلى الرجال على ترتيب العصبات الوارثين المحارم، وإذا لم يكن للصغير عصبة من الرجال انتقلت الحضانة عند الحنفية لذوي الأرحام، فتكون للأخ لأم، ثمّ لابنه، ثمّ للعم لأم ثمّ للخال الشقيق ثمّ لأم، لأنّ لهؤلاء ولاية في النكاح فيكون لهم حق الحضانة[2]، واختلف الفقهاء في ترتيب من يستحق الحضانة من الرجال إذا اجتمعوا وانفردوا، مع مراعاتهم لمصلحة المحضون.

قبل أن نبيّن ترتيب الفقهاء لمستحقي الحضانة من الرجال عند انفرادهم سنبين من هم الرجالالمستحقون للحضانة.

1- المستحقون للحضانة من الرجال

- **الأب:** وهو مقدم على غيره من الرجال في حالة عدم وجود النساء، لأن له ولاية على الطفل، فالأم أحق منه بالحضانة لأنّه لا يقوم بالحضانة بنفسه وإنّما يدفع المحضون إلى غيره من النّساء، أمّا الأم، فإنّها قادرة على القيام بالحضانة بنفسها.

- **الجد من جهة الأب وإن علا:** ويقدم الأقرب فالأقرب، وتأتي مرتبة الجد – أبي الأب – وإن علا بعد مرتبة الأب عند الشافعية، والحنابلة، ومرتبته بعد الأخ، وقبل ابن الأخ عند المالكية، أما بالنسبة للجد لأم، فإنّ فيه خلاف بين أهل العلم، فنجد اللخمي من المالكية يرى أن له حقا

[1]- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص.ص. 520-521-522.

[2]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.723.

في الحضانة بما يملكه من حنان وشفقة ولا يضعف مركزه لعدم عصوبته، فقد قدم الأخ من الأم على الأخ من الأب وعلى العم رغم عصوبتهما، أمّا ابن رشد فإنّه يرى أنّ الجد لأم لا يستحق الحضانة.

- **الأخ الشّقيق:** وثبوت الحضانة للأخ الشّقيق ومن بعده من العصبات مبني على قوة قرابته بالإرث، فيقدم من تقدم في الإرث، فيأتيالأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، وبعده ابن الأخ الشّقيق، ثمّ ابن الأخ لأب، ثمّ العم الشّقيق، ثمّ العم لأب، ثمّ ابن العم الشّقيق ثمّ العم لأب[1].

- **الوصي:** وهو يستحق الحضانة عند المالكية، ويقدم على الجد والإخوة وأبنائهم، ويستحق الحضانة، وله حضانة الذكر، أمّا الأنثى المحضونة فله حضانتها إذا تزوج بأمها أو جدتها، ودخل بها، وإلا فلا حضانة له، وذلك حفاظا على مصلحة المحضونة وخوفا عليها منه.

- **ذوو الأرحام:** يأتي ترتيبهم عند الحنفية بعد العصبات، ويدخل في ذوي الأرحام عندهم الأخ لأم، ثم العم لأم، ثمّ الخال لأب وأم ثمّ لأب، ثمّ لأم، لأنّ لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة في النكاح، ولا حضانة عند الشافعية والحنابلة لذوي الأرحام من الرجال، كالخال والأخ لأم وأبي الأم وابن الأخت، أمّا الحنفية فيرون أنّهم أولى بالحضانة إذا لم يكن هناك أحد من أهل الحضانة غيرهم[2].

2- المستحقون للحضانة من الرجال وترتيبهم عند أصحاب المذاهب الفقهية

- **ترتيب فقهاء الحنفية:** 1 -الأب، 2 - الجد من جهة الأب وإن علا، 3- الأخ الشّقيق، 4- الأخ لأب، 5 - ابن الأخ الشّقيق، 6- ابن الأخ لأب، وكذا أبنائهم وإن نزلو 7- العم الشّقيق، 8- العم لأب، 9- ابن العم الشّقيق، 10- ابن العم لأب، وهذان الأخيران يستحقان حضانة الذكر لا الأنثى فإذا لم يكن لها إلاّ أبناء الأعمام فالنظر في ذلك للقاضي 11- ذوو الأرحام وهم: الأخ، لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثمّ العم لأم، ثمّ الخال لأب وأم، ثمّ لأب، ثمّ لأم، وإذا كان لها جد لأم كان أولى من الخال ومن الأخ لأم[3].

---

[1]-المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.ص. 50-51.

[2]- المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.ص.52-53.

[3]-عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص. 520

- **ترتيب فقهاءالمالكية** :1-الأب، 2- الوصي، 3- الأخ الشّقيق، 4- الأخ لأب، 5- الجد لأب، 6- الجد لأم، 7- ابن الأخ الشّقيق، 8- ابن الأخ لأب، 9- العم[1].

- **ترتيب فقهاء الشافعية:** 1-الأب، 2- الجد من جهة الأب، 3- الأخ الشّقيق، 4- الأخ لأب، 5- الأخ لأم، 6- ابن الأخ الشقيق، 7- ابن الأخ لأب، 8- العم الشقيق، 9- العم لأب، 10- ابن العم الشّقيق، 11- ابن العم لأب، 12- ذوو الأرحام[2].

- **ترتيب فقهاء الحنابلة:** 1-الأب، 2- الجد من جهة الأب، 3- الأخ الشّقيق، 4- الأخ لأب، 5- ابن الأخ الشّقيق، 6- ابن الأخ لأب، 7- العم الشّقيق، 8- العم لأب، 9- ابن العم الشّقيق، 10- ابن العم لأب، 11- ذوو الأرحام[3].

ثالثا : المستحقون للحضانة من النّساء والرجال عند الاجتماع وترتيبهم:

بينا فيما سبق المستحقات للحضانة من النساء عند إنفرادهن وترتيبهن في استحقاق الحضانة عند مختلف المذاهب الفقهية، وكذلك المستحقين للحضانة من الرجال عند انفرادهم عن النساء وترتيبهم، أمّا في حالة اجتماع المستحقين للحضانة من النّساء والرجال فترتيبهم في استحقاق الحضانة يكون على النحو الآتي:

1- إذا اجتمع مستحقي الحضانة من الرجال والنّساء وكان منهم كل من الأب والأم:

فالأم تتقدم الجميع، وذلك باتفاق الفقهاء لأنّ الأم لها فضل على الأب بالحمل والوضع كما أنّ لها معرفة بالحضانة، وتباشرها بنفسها عكس الأب.

2- إذا اجتمع الأب مع أمّه (الجدة لأب): ففي ذلك خلاف إذ يرى المالكية تقديم أم الأب على الأب، لأنّها في الحضانة أصلح للصّغير وأرفق له، أمّا الشافعية فإنهم يقدمون الأب على أم الأب، وذلك لأنّها تدلي به، فيتقدم عليها.

---

[1]-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.723.

[2]-عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص.521.

[3]-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.723.

3- إذا اجتمع الأب مع الخالة: هناك خلاف بين الفقهاء ففقهاء الشافعية يقدمون الأب على الخالة، أمّا فقهاء المالكية، والحنابلة يقدم الخالة على الأب، لأنها من أهل الحضانة والتربية.

4- إذا اجتمع الأب مع الأخت من الأم: حتى في هذه الحالة نجد أنّ الفقهاء الشافعية يقدمون الأب على الأخت من الأم، بينما الحنابلة فيقدمون الأخت من الأم على الأب.

5- إذا اجتمع الجد – أب الأب – مع الأم أو أم الأم وإن علت: قدمت عليه، كما قدمت على الأب[1].

6- إذا اجتمع الجد – أب الأب – مع أم الأب: قدمت عليه وذلك لأنّها متساوية معه في الدرجة، وإذا تساوت الإناث مع الذكور في الدرجة قدمت الإناث، فتقدم الجدة أم الأب على الجد لأب.

7-إذا اجتمع الجد – أب الأب – مع الأخت من الأبوين أو من الأب : ففي هذه الحالة هناك رأيان، الأوّل يرى أن الجد أحق بالحضانة لأنّه كالأب فيأخذ حكمه في التقدم على الأخت من الأبوين أو من الأب، والثاني يرى أنّ الأخت من الأبوين أو من الأب أحق من الجد لأنها متساوية معه في الدرجة، ولها القدرة على الحضانة، حيث تباشرها بنفسها عكس الجد.

8- إذا اجتمع الإخوة مع أخواتهم أو الأعمام مع العمّات: قدمت النّساء عليهم، لتساويهن معهم في الدرجة، وقدرتهن أكثر منهم على الحضانة من حيث مباشرتها بالنّفس.

9- إذا اجتمع العصبات – غير الأب والجد – مع النّساء– غير الأمّهات وأمّهاتهن : فقد ورد في ذلك خلاف فهناك من يرى أنّالنّساء أحق بالحضانة من العصباتلقدرتهن على الحضانة والتربية، ومباشرتهن لها بأنفسهن، وهناك من يرى أنّالعصبات أحق بها من النساءلاختصاصهم بالنسب، وقدرتهم على تأديب الولد، وهناك من يرى تقديممن كان أقرب إلى المحضون.

10- إذا استوى اثنان أو ثلاثة في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين: تجرى لهم القرعة، لأنّه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولأنّه لا ميزة لأحدهما على الآخر، لذا يجب التقديم بواسطة القرعة[2].

---

[1]- المهدي محمد الحرازي، مرجع سابق، ص.ص.57-58.

[2]- المرجع نفسه، ص.ص. 57-58-59.

الفرع الثاني

موقف القانون من ترتيب مستحقي الحضانة

بعد أن بيّنا ترتيب مستحقي الحضانة وفقا للشريعة الإسلامية سوف نتعرض من خلال هذا الفرع إلى موقف التشريعات العربية من ترتيب مستحقي الحضانة ومدى مراعاتها لمصلحة المحضون أثناء ترتيبها لمستحقي الحضانة.

أولا : ترتيب مستحقي الحضانة في بعض التشريعات العربية

أخذت التشريعات العربية أثناء ترتيبها لمستحقي الحضانة بقواعد الشريعة الإسلامية بحيث جعلت حق الحضانة للنّساء أولا، فإن لم يوجد منهن من تصلح للقيام بهذا الحق انتقل إلى عصبته من الرجال، ثمّ الأقرب فالأقرب، مع بعض الاختلافات الطفيفة.

1- بالنسبة للمشرع الإماراتي: رتّب مستحقي الحضانة في نص المادة 146 من ق.أ.ش أين نص على أنّه: «1- يثبت حق الحضانة للأم ثم للمحارم من النّساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين وذلك باستثناء الأب على الترتيب التالي، على أن يراعي القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون :أ - الأم، ب- الأب، ج- أم الأم وإن علت، د- أم الأب وإن علت، هـ- الأخوات بتقديم الشّقيقة، ثمّ الأخت لأم، ثمّ الأخت لأب، و- بنت الأخت الشّقيقة، ز- بنت الأخت لأم، ح- الخالات بترتيب المتقدم في الأخوات، ط- بنت الأخت لأب، ي- بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات، ك- العمّات بالترتيب المذكور، ل- خالات الأم بالترتيب المذكور، م- خالات الأب بالترتيب المذكور، ن- عمّات الأم بالترتيب المذكور، س- عمّات الأب بالترتيب المذكور.

2 - إذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النّساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

3- فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات، على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثمّ الأخ لأم، ثمّ ابن الأخ لأم، ثمّ الأخوال بتقديم الخال الشّقيق، فالخال لأب، فالخال لأم...»[1].

2- بالنسبة للمشرع المصري: عالج المشرع المصري ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقرة الثّانية من نص المادة 20 من ق.أ.ش بنصه على ما يلي: « ويثبت الحق في الحضانة للأم ثمّ للمحارم من النساء مقدما فيه ما يلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشّقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمّات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النّساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النّساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثمّ الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثمّ العم، ثم الخال ثم الشّقيق، الخال لأب، فالخال لأم »[2].

3- بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية: تنص المادة 171 من مدونة الأسرة على ما يلي:« تخول الحضانة للأم، ثمّ للأب، ثمّ لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية»[3].

---

[1] – قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]– القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.

[3]–القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

4- بالنسبة للمشرع التونسي: ينص الفصل 67 من مجلة الأحوال الشّخصية على أنّه :«إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين.

وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما.

وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون»[1].

نلاحظ من خلال هذه المواد أنّ كل من المشرع المصري والإماراتي أخذا بالمذهب الحنفي في ترتيب مستحقي الحضانة، غير أنّ المشرع الإماراتي قد خالفه في ترتيب الأب إذ جعله في المرتبة الثانية بعد الأم متقدما على أمهاتها، ثمّ عاد لتقديم قرابات الأم على قرابات الأب وفقا للمذهب الحنفي[2].

أمّا بالنسبة للمشرّع المغربي فإنّه جعل الأم في المرتبة الأولى وهو في ذلك أخذ برأي الجمهور من الفقهاء، وجعل الأب في المرتبة الثانية والجدة لأم في المرتبة الثـالثة واكتفى بهـذا الترتيب، وبعد ذلك أعطى السلطة للقاضي في اختيار الحاضن وفقا للشرع والقانون وما يحقق مصلحة المحضون، في حين أنّ المشرّع التونسي فقد خالف الشرع وأخذ برأي المشرع الفرنسي وساوى بين الأب والأم وجعلهما في نفس المرتبة، وجعل مصلحة المحضون وحدها المعيار الأساسي والوحيد لإسناد الحضانة، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية، في أحد قراراتها، بتاريخ:1977/02/12 بأنّ إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو للغير، أمر موضوعي، يرجع لاجتهاد قاضي الأساس مع مراعاة مصلحة المحضون[3].

ثانيا : ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة حيث جعل الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عاطفة وشفقة وحرصا على تربيته وتأديبه ورعايته في المرتبة الأولى تحقيقا لمصلحة المحضون، وذلك بالنظر لتغير ظروف المجتمع الجزائري لذلك عدّل نص

[1]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[2]- فاطمة عبد الصمد الحمادي، مرجع سابق، ص.25.

[3]- حميدو زكية،مرجع سابق، ص.344.

المادة 64 من ق.أ وأخذ ترتيبا جديدا لأصحاب الحق في الحضانة وفقا لما يحقق مصلحة الطفل، وفي هذا الصدد سنبين ترتيب المشرع الجزائري لمستحقي الحضانة قبل التعديل وبعده.

أ. **ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة رقم 11/84** : وفقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة رقم 84-11 فإنّ : «الأم أولى بحضانة ولدها، ثمّ أمها ثمّ الخالة ثم الأب، ثمّ أم الأب، ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك»[1].

الملاحظ أنّ المشرع الجزائري من خلال هذا الترتيب غلب جانب النّساء على جانب الرجال[2]، حيث أعطى الأولوية في حضانة الصّغير بعد الأم للنّساء اللواتي يدلين بالقرابة إلى الأم وجعل الأب يليهن في المرتبة، ذلك أن الطفل قبل سن العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر كأصل عام إلاّ عند النّساء بحكم الطبيعة[3]، وقد جرى تطبيق هذه القاعدة في القضاء الجزائري بحيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ: 1968/09/25 أنّه: «من المقرر شرعا أن الأسبقية في الحضانة تعطى شرعا لجهة الأم مع مراعاة مصلحة المحضون»[4]، ولا يمكن للقاضي تجاوز الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة ما لم تتعارض مع مصلحة المحضون وهو ما قضى به قضاء المحكمة العليا في عدة مناسبات نذكر منها القرار الصادر في 1993/02/23، والذي جاء فيه:« من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون»[5].

---

[1]– قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر عدد 43، الصادر بتاريخ 22 يونيو 1984.

[2]– سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص.183.

[3]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 ، ص.306.

[4]– المجلس الأعلى للقضاء، غ.ق.خ، قرار بتاريخ: 1968/10/09، المجلة الجزائرية، 1969، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا،ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص.334.

[5]– قرار المحكمة العليا، رقم: 89672، الصادر بتاريخ:1993/02/23،غ.أ.ش، قضية (ق، ف)ضد (ب، م)، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.166.

كما أنّ نص المادة 64 من القانون 84-11 اكتفى بتحديد خمسة أشخاص من أصحاب الحق في الحضانة دون بيان الأقربين درجة الوارد ذكرهم في النص، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد الأقربين وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وبالرجوع لأحكام الشريعة نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون[1]، فإذا لم يوجد من يستحق الحضانة فإن أمر تحديد مستحق الحضانة يرجع إلى القاضي لأنّه ولي من لا ولي له، فينظر لمصلحة الصغير ويضعه عند من تتحقق معه مصلحته.

ب. ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 : لقد أورد المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 ترتيبا مخالفا للذي كان قد وضعه في القانون 84-11، حيث جاء في نص المادة 64 من الأمر 05-02 ما يلي:« الأم أولى بحضانة ولدها، ثمّ الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك،..»[2].

يتبيّن لنا من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أبقى للأم حق الأولوية في حضانة الطفل لأنّها الأقرب إلى ولدها، ولا يشاركها في هذا القرب إلا الأب، لذلك جعله المشرّع يلي الأم في الأولوية، وبالتّالي أعطى للأب من حق حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم[3].

وبعد الأم والأب وضع المشرع الجدات في ترتيب استحقاق الحضانة أين جعل الجدة لأم في المرتبة الثالثة ثمّ الجدة لأب في المرتبة الرابعة وقد اعتمد على هذا الترتيب لأنّه في الغالب يكون الطفل متعود على العيش معهما، فمعظم الأزواج يعيشون مع الأبوين من جهة الأب وبصورة أقل من جهة لأم وبالتالي نجد المحضون وثيق الصلة بجداته من الجهتين.

وبعد الجدات نص المشرع على الخالة ثمّ العمة، وهو بذلك قد جعل الخالة في المرتبة الخامسة بعدما كانت في المرتبة الثالثة قبل التعديل، أما العمّة فقد أدرجها المشرع في المرتبة السادسة بعد

---

[1]- أحمد شامي،مرجع سابق، ص.306.

[2]- الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، ج.رعدد15، الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

[3]- فاطمة حداد،مرجع سابق، ص.167.

الخالة حيث لم يكن منصوص عليها في القانون 84-11 وأخيرا نص على الأقربون درجة ولم يوضح ما المقصود بالأقربون درجة.

فالمشرع الجزائري جعل ترتيب مستحقي الحضانة، موجها للقاضي ولم يلزمه به فمتى رأى القاضي أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 من قانون الأسرة نفسه الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما[1]، مما يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا[2]، وهذا ما تبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2011/03/10 بحيث جاء فيه أنّ المبدأ أن تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[3].

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الذي يحقق هذه المصلحة، فبإمكان القاضي الخروج عن هذا الترتيب كلما كان ذلك يخدم مصلحة المحضون[4].

---

[1]- أحمد شامي،مرجع سابق، ص.310.

[2]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص.140.

[3]- قرار المحكمة العليا، رقم: 613469، المؤرخ في 2011/03/10،غ.أ.ش، قضية:(م،ي) ضد(ع،ز)، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد1، ص.285.

[4]- أحمد شامي،مرجعسابق، ص.310.

الفصل الثاني

مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة وانتهائها

بعدما عرّفنا في الفصل السّابق، كل ما يتعلق بالحضانة وإسنادها، من تعريفات، وبيان الشروط الواجب توفرها في الحاضن وصولا إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، وهذا كلّه من أجل تحقيق مصلحة المحضون، وقد تمت الدّراسة من وجهة نظر شرعية وقانونية.

يعتبر قرار إسناد الحضانة من أهم المجالات التطبيقية لمبدأ مصلحة المحضون، لذلك يتعيّن على القاضي، وقبل الفصل في مسألة إسناد الحضانة أن يراعي مجموعة من الأحكام المتعلقة بمدّة الحضانة ومكان ممارستها، إضافة إلى العناصر المادية، والمعنوية الضامنة لاستقرار الطفل والتي من شأنها تحقيق مصالحه.

كما أنّ الاهتمام بتحقيق مصلحة المحضون لا يقتصر عند مرحلة إسناد الحضانة فقط بل يتواصل إلى مرحلة ممارسة صلاحياتها من طرف من أسندت له تلك المهمة، إذ يبقى من الممكن إسقاط الحضانة عنه إذ ثبت لاحقا أنّه لم يعد يوفر للمحضون ظروف التربية السليمة المطلوبة منه.

وعليه فإنّنا من خلال هذا الفصل سوف نتعرض إلى تبيان كيفية مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة في المبحث الأوّل، وبعد ذلك نبيّن في المبحث الثاني مدى تحقيق مصلحة المحضون في سقوط وعودة حق الحضانة.

المبحث الأوّل

مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة

بعد افتراق الزوجين يتوجب إسناد حضانة الأولاد إلى أحدهما أو إلى غيرهما حسب ما تقتضيه مصلحتهم، ونظرا لكون الحضانة ذات علاقة ثلاثية الأطراف(الحاضن والمحضون له والصغير المحضون)، فإنّ أحكامها تتعلق بكل طرف من هذه الأطراف، وفي كل الأحوال فإنّ للحضانة مدّة ومكان تمارس فيهما، إضافة إلى التزامات مادية ومعنوية تقع على كلٍ من الحاضن والمحضون له والتي من شأنها تحقيق مصلحة المحضون.

وهو ما سنعرضه من خلال هذا المبحث بحيث سنبيّن مصلحة المحضون في مدّة ومكان الحضانة وحق الزّيارة في المطلب الأوّل، ومصلحة المحضون في النفقة والسكن في المطلب الثاني.

المطلب الأوّل

مصلحة المحضون في تحديد مدّة ومكان الحضانة وحق الزّيارة

شرّعت الحضانة من أجل حفظ الصغير وتربيته ورعايته وهو في سن لا يقدر فيها على القيام بشؤونه بمفرده، وهذا لعجزه عن ذلك، لذا أوكلت الحضانة إلى من هو أقدر منه عليها إلى غاية أن يصبح قادرا على القيام بشؤونه وهو ما يسمى بمدّة الحضانة، وخلال هذه الفترة يكون الطفل منفصلا عن أحد أبويه، ممّا يتعين على الحاضن أن يستقر بالمحضون في مكان يتمكن من خلاله المحضون له الاتصال به وزيارته وهو ما سنعرضه من خلال الفروع التالية.

الفـــرع الأوّل

مدّة الحضانة

تبدأ الحضانة بولادة الطفل حيّا، علما أنّ المحضون ذكرا كان أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى أن يبلغ سن يستغني فيها عن خدمتها[1]، ولا يوجد نص ثابت سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية يحدد السّن التي تنتهي فيها حضانة الأم لأبنائها، مما جعل سن الحضانة مرتبطة بمصلحة المحضون[2]، ومن ثّم فقد اجتهد الفقهاء في ضوء ملاحظاتهم وتجاربهم لتحديد هذه السّن، غير أنّهم لاحظوا أنّ الفتاة تحتاج إلى مالا يحتاجه الغلام كالتعرف على آداب النّساء وأشغالهن[3]، لذلك ميّزوا بين مدّة حضانة الذكر والأنثى، وكذلك القوانين الوضعية كان لها موقف من هذا الشّأن.

أولا: تحديد مدّة الحضانة

يقصد بمدة الحضانة الفترة الزمنية التي ما بين بدايتها ونهايتها، والتي تبدأ من ولادة الطفل حيا، أين يبقى في يد حاضنته إلى أن يبلغ سن التمييز، وهي السن التي يستطيع فيها أن يأكل ويشرب ويقضي حاجته وحده، مستغنيا عن الحاضنة[4]

1. **مدّة الحضانة في الشريعة الإسلامية:** فرّق الفقهاء بين مدة حضانة الذكر والأنثى كالآتي.

❖ **مدّة حضانة الذكر:** اختلف الفقهاء في تحديد مدّة حضانة الذكر.

---

[1]– الشحات إبراهيم منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص.47.

[2]– عماري إبراهيم، مرجع سابق، ص.10.

[3]– أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص.456.

[4]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص.395.

– **بالنسبة لفقهاء الحنفية:** قدروا سّن الاستغناء للغلام بسبع سنين، وعليه تنتهي مدّة حضانته إذا أتّم سبع سنين[1]، بعدها تأتي مرحلة جديدة في حياة الصغير هي ضمه إلى ولي النفس إذ تبدأ هذه المرحلة بانتهاء حضانة النّساء، وتنتهي بالبلوغ مع العقل والاستغناء عن الولي[2].

– **بالنسبة لفقهاء المالكية:** يرون بأنّ مدّة حضانة الذكر تكون من حين ولادته إلى أن يبلغ، فإن كان له أم حضنته حتى يبلغ ثمّ تسقط حضانتها، ولو بلغ مجنونا[3].

– **بالنسبة لفقهاء الشافعية:** يرون بأنّ حضانة النساء للولد ذكرا أو أنثى تستمر إلى سّن التمييز، وسّن التمييز هو سبع أو ثمان سنين، ثمّ يخيّر بين أبويه إن صلحا للحضانة[4].

– **بالنسبة للحنابلة:** حسب رأيهم الأم أحق بحضانة الولد إلى أن يبلغ سبع سنين، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتّفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنّه يصح، وإن تنازعا خيّر الصبي، فكان مع من اختار منهما، بشرط أن لا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشّدد عليه في التّربية وإطلاق العنان له فيشّب فاسدا فإذا علم أن رغبة الولد هكذا فإنه يجبر على البقاء عند الأصلح[5].

❖ **مدّة حضانة الأنثى،** لقد اختلف الفقهاء في تحديد مدّة حضانة الأنثى.

– **بالنسبة لفقهاء الحنفية:** فرّقوا بين أن تكون الحاضنة الأم أو غيرها، فإن كانت الحاضنة هي الأم كانت أحق بالأنثى حتى تبلغ أو تشتهى، ثمّ تكون الحضانة للأب أو للولي العاصب، ويكون البلوغ أو الاشتهاء بين تسع سنين وإحدى عشرة سنة.[6]

فمصلحة الأنثى أن تبقى بيد أمّها حتّى البلوغ، لأنّها تحتاج إلى تعلم آداب النساء وأعمالهن، وما يلزمهن في حياتهن، أمّا بعد البلوغ فهي تحتاج إلى الحماية والصيانة والحفظ، لأنّها عرضة

---

[1]– عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990، ص.197.

[2]– أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، مصر، 2001، ص.72.

[3]– عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص.524.

[4]– أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص.38.

[5]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، ص.524.

[6]– عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق ، ص.197.

للفتنة ومطمع الرجال، والأب أولى وأقدر على ذلك، لأنّ الرجال عندهم من الغيرة ما ليس عند النّساء، وهم أقدر على صيانة الأنثى فكانت مصلحة الصغيرة بعد البلوغ عند أبيها[1].

بالنسبة لفقهاء المالكية: يرون أن مدّة حضانة النّساء للأنثى حتى تتزوج، ويدخل بها الزوج بالفعل[2]، لأنّها بعد الاستغناء عن خدمة الحاضنة، تحتاج إلى من يعلمها آداب النّساء ويشترط المالكية في بقاء البنت عند أمّها حتى تتزوج توفر الحرز والتحصين، فلو كانت الأم في غير تحصين ولا حرز، فيكون للأب والأولياء أخذها منها[3].

بالنسبة لفقهاء الشافعية:يرى فقهاء الشافعية أنّ البنت كالغلام، تخيّر بين أبيها وأمّها بعد أن تبلغ السّابعة من عمرها وأيّهما اختارت ذهبت معه[4].

بالنسبة للفقهاء الحنابلة: يرون بأنّ الأنثى المحضونة إذا بلغت سن التمييز وهو سبع سنين فأكثر كانت من حق أبيها – بلا كلام– إلى البلوغ ثمّ إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها، لأنّ الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لعرضه[5].

بعد عرضنا لآراء الفقهاء في تحديد سن الحضانة يتبيّن لنا أنّ الخلاف الموجود بينهم يرجع في الأساس إلى رأي كل فقيه في تقدير مصلحة المحضون.

2. مدّة الحضانة في التشريعات العربية:عملت التشريعات العربية على تحديد مدّة الحضانة سواء بالنسبة للذكر أم الأنثى وفق ما يحقق مصلحتهم، وتماشيا مع الظروف التي يعيشها المجتمع، الأمر الذي جعل بعضها يتّفق مع ما ذهب إليه الفقهاء وبعضها يختلف عنهم.

بالنسبة للمشرع الإماراتي: فقد حدد مدة حضانة الذكر والأنثى في المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية بنصه على أنّه:«1– تنتهي صلاحية حضانة النّساء ببلوغ الذكر أحدى

[1]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص.398.

[2]– عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص.524.

[3]– محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص.130.

[4]– المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة، 2010، ص.514.

[5]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، ص.524.

عشر سنة والأنثى ثلاث عشرة سنة، ما لم ترى المحكمة مد هذه السّن لمصلحة المحضون وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى.

2- تستمر حضانة النّساء إذا كان المحضون معتوها أو مريضا مرضا مقعدا، ما لم تقتضي مصلحة المحضون خلاف ذلك»[1].

بالنسبة للمشرع المصري: نجد أنّه حدد مدة الحضانة في الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المستبدلة بالقانون رقم 4 لسنة 2005 التي جاء فيها أنّه:« ينتهي حق حضانة النّساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخيّر القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حضانة، وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة»[2].

بالنسبة للمشرع المغربي: فإنه وحّد بين مدة حضانة الذكر والأنثى في نص المادة 166 من مدونة الأسرة التي تنص على أنّه: « تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتّم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمّه، وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي ليبت وفق مصلحة القاصر»[3].

بالنسبة للمشرع التونسي: قبل تعديل 1966 كان قد حدد سن الحضانة بحيث جعل مدة حضانة الذكر سبع سنين أمّا الأنثى فكانت تسع سنين، أمّا بعد التعديل الذي كان بمقتضى القانون الصادر في 1993/07/12، فقد ألغى مدة الحضانة وجعل انتقال الحضانة من شخص لآخر يخضع لسلطة القاضي، وبناء على مصلحة المحضون وحدها[4].

---

[1]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]- القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.

[3]- القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[4]- تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص.65.

بالنسبة للمشرع الجزائري: فإنّ نص المادة 65 من ق.أ ينص على أنّه:« تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون »[1].

يتبيّن لنا من خلال المواد السالفة الذكر أنّ بعض من التشريعات العربية لم تفرق بين مدة حضانة الذكر والأنثى في حين أنّ بعضها فرقت بينهم وحدّدت مدّة حضانة كل من الذكر الأنثى على حدا، إذ نجد المشرع الإماراتي فرق بينهم وحددها ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة والأنثى ثلاث عشرة سنة، كما أنّ المشرع الجزائري حذا حذوه حددها للذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وهو تسعة عشر سنة حسب نص المادة السابعة من قانون الأسرة، و أعطى كلاهما للقاضي سلطة تمديد هذه المدّة بالنسبة للمحضون الذكر إذا تطلبت مصلحته ذلك، أمّا المشرع المصري فقد وحد بين سن حضانة الأنثى والذكر وجعلها خمسة عشر(15)سنة لكليهما، وبعدها يخيّر الصغير بين أبيه وأمّه، إلاّ أنّه في هذه المرحلة ميّز بين الذكر والأنثى فجعل حضانة الذكر ببلوغه سن الرشد، أمّا الأنثى لغاية زواجها، وكذلك المشرع المغربي وحد سن حضانة الذكر والأنثى وجعله واحدا إذ نص بأنّ المحضون وقبل بلوغه سن الرشد القانوني وبتمامه خمسة عشر سنة تنتهي مدّة حضانته وبإمكانه أن يختار حاضنه من أبيه أو أمّه وفي حالة عدم الموافقة يرفع الأمر إلى القاضي ليفصل وفق مصلحة القاصر، في حين أنّ المشرع التونسي على خلاف باقي التشريعات العربية فإنّه لم يحدد سن معين لانتهاء الحضانة وترك أمر تحديدها للقاضي وفقا لما يتناسب ومصلحة المحضون.

ثانيا : مصلحة المحضون بعد انتهاء مدّة الحضانة

1- مرحلة ما بين سن التمييز والبلوغ: لقد بيّنا سابقا أنّ مصلحة الصغير تقتضي أن يكون في حضانة النّساء حتى يستغنى عن خدمتهن وبعد ذلك ينتقل حق حضانته لوليّه من الرجال.

❖**موقف الفقهاء من تخيير المحضون:** اختلفت آراء الفقهاء، في تحديد كيفية انتقال حق الحضانة، إذ هناك من يرى بأنّه عندما تنتهي مدّة حضانة النّساء للذكر أو الأنثى يكونان

[1]- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

مخيّرين بين البقاء مع الحاضنة أو الانضمام إلى وليّهم من الرجال، ومنهم من يرى بأنّه لا خيار لهم إذ ينتقل حق حضانتهم مباشرة إلى أصحاب الحق في الحضانة من الرجال.

ففقهاء الحنفية، يرون بأنّه لا خيار للمحضون فبمجرد أن يبلغ المحضون السّن التي يجب أن ينتزع فيها من الأم ينزع منها ويأخذه الأب دون خيّار للصغير ذكرا كان أم أنثى[1].

***كذلك* فقهاء المالكية،** نجدهم يوافقون الأحناف في هذه المسألة حسب ما يقتضيه مذهبهم الذي جعل مدّة حضانة النّساء بالنسبة للذكر حتّى البلوغ وبالنسبة للأنثى حتّى الدخول[2].

أمّا فقهاء الشافعية، يرون أنّ الولد يخيّر ذكرا كان أو أنثى متى ما بلغ سن التمييز وهي سبع سنين، فإن اختار أحدهما بقي عنده[3].

أمّا فقهاء الحنابلة: فيفرقون بين الذكر والأنثى فيقولون بالنسبة للذكر أنّه عند بلوغه سبع سنين يخيّر بين البقاء مع حاضنته أو تركها والذهاب إلى الأب، أمّا الأنثى فإنّها بمجرد أن تبلغ تسع (09) سنين تسلم إلى الأب دون أن تخيّر[4].

❖ **موقف التشريعات العربية من مسألة تخيير المحضون:** اختلفت هي الأخرى حول مصير المحضون الذكر أو الأنثى بعد أن تنتهي المدّة المحددة لحضانة النّساء، فهناك من أخذ بالرأي القائل بتخيير المحضون، وهناك من لم يأخذ بذلك على النحو الآتي:

بالنسبة للمشرع الإماراتي: حسب نص المادة 156 من ق.أ.ش تنتهي مدة حضانة النساء ببلوغ الذكر احدي عشر سنة وبلوغ الأنثى ثلاث عشر سنة وبعدها تنتقل حضانتهم مباشرة إلى وليهم، ويمكن للقاضي تمديد مدة حضانة الذكر إلى البلوغ والأنثى حتى تتزوج، إذا كانت مصلحتهم تقتضي ذلك، وهو بذلك أخذ بالرأي الفقهي القائل بعدم تخيير المحضون وبررت ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بنصها بأنّه ليس من المصلحة اعتماد رأي الطفل، بحيث يغفل حسن تقدير القضاء للواقعات، وتلقي آراء الآباء، وحجج الحاضنات،

---

[1]– نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص.101.

[2]– رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص.408.

[3]– علي أبو البصل، دراسات في فقه الأسرة، دار القلم، 2004، ص.199.

[4]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص.524.

ثمّ تحتكم إلى السّن الغضة، لا يتصور منه وزن صحيح لحاضره أو مستقبله، فتخييره في الإقامة حيث يشاء ينتهي به إلى ما لا خير فيه لنفسه ولوالديه[1].

بالنسبة للمشرع المصري: فوفقا لنص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية فإنّه يحق للمحضون ذكرا كان أو أنثى بعد أن يبلغ سن الخامسة عشرة (15) سنة، أن يختار بين البقاء عند حاضنته أو الانتقال إلى أبيه غير أنّه إذا اختار البقاء عند حاضنته فإنّ مدّة حضانتها له تنتهي عند بلوغه سن الرشد، في حين أنّ المحضونة الأنثى إذا اختارت البقاء عند حاضنتها فإنّ حضانتها تستمر حتى تتزوج[2].

بالنسبة للمشرع المغربي: فإنّه أعطى هو الآخر للمحضون ذكرا كان أو أنثى إذا أتّم الخامسة عشرة (15) سنة، حق الاختيار بين أبيه أو أمّه، وفي حالة عدم موافقة الأب أو الأم على اختياره له أن يرفع الأمر إلى القاضي ليبت في ذلك وفق ما يراه يتناسب ومصلحة القاصر، وهو ما جاء في نص المادة 166 من مدونة الأسرة[3].

بالنسبة للمشرع التونسي: فإنّه لم يحدد مدّة الحضانة كما أنّه لم يعط للمحضون حق اختيار حاضنه وترك هذا الأمر لتقدير القاضي، وفقا لما تتطلبه مصلحة المحضون[4].

بالنسبة للمشرع الجزائري: فإنّه أخذ بالرأي القائل بعدم تخيير الحاضن بين أبويه وأعطى للحاضنة إمكانية تمديد حضانة الذكر إلى ستة عشر(16) سنة وذلك بناء على طلب منها، لأنّ الذكر قد لا يستغني عن حاضنته وهو في سن العاشرة ولا يزال يحتاج إلى عناية سوية من حيث العطف والتربية حتّى وإن كان قد تعلّم القيام ببعض مصالحه بمفرده، وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة إليها في سن أقل، فمصلحة المحضون يجب أن

---

[1]– المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، عدد 26، الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص.272.

[2]– المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.

[3]– المادة 166 من القانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[4]– حميدو زكية، مرجع سابق، ص.62.

يقدرها القاضي على هذا الأساس[1]،أمّا الأنثى لم يتكلم عن تمديد حضانتها إلى ما بعد تسعة عشر(19) سنة، وذلك بحجة أن الفتاة عندما تبلغ تسعة عشر سنة تصبح راشدة فلا حاجة لها بعد ذلك للحضانة.

وسلطة القاضي في تمديد حضانة الطفل ليست مطلقة بل مقيّدة بشروط قانونية تراعى بها مصلحة المحضون وهذه الشروط هي:

1- طلب التمديد يتعلق بالذكر دون الأنثى، فإذا انتهت مدة حضانة الفتاة لا يحق للحاضنة أن تطلب تمديدها لأنها تصبح راشدة[2].

2- أن يقدم طلب تمديد الحضانة من طرف الحاضنة الأم، لأنّ القانون منح هذا الحق لها وحدها، ويجب أن يقدم الطلب بعد بلوغ الذكر عشر(10) سنوات[3].

3- أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار في تمديد الحضانة أمرين هما:

- ✓ أن لا يتجاوز سن المحضون ستة عشرة (16) سنة.
- ✓ أن يخدم تمديد حق الحضانة مصلحة المحضون[4].

2- مرحلة ما بعد البلوغ: والبلوغ المقصود هنا هو سن الرشد.

❖ **موقف الشريعة الإسلامية:** لا خلاف بين الفقهاء، بأنّ حضانة الذكر تنتهي بالبلوغ مع الرشد، لأنّ الحضانة نوع من أنواع الولاية، وبالبلوغ والعقل تنتهي الولاية، فللصبي بعد بلوغه أن يقيم عند أبويه، إن كانت الزوجية قائمة بينهما، وله أن يقيم عند أحدهما إن كانا مفترقين، كما له أن يقيم وحده بعيدا عنهما، أمّا إذا بلغ مجنونا أو معتوها، فلا تنتهي حضانته عند الجمهور

---

[1]- تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص.76.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص.299.

[3]- نسرين شريقي، بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص.108.

[4]- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص.58.

وتكون عند أمه، أو غيرها من الحاضنات لأنه بمنزلة الطفل[1]، غير أنّ فقهاء المالكية يرون بأنّ حضانة الأم للغلام تسقط بمجرد بلوغه، ولو بلغ مجنونا، أمّا فقهاء الحنفية فيرون بأنّه إذا بلغ الولد عاقلا رشيدا وكان فاسد الأخلاق فلأبيه ضمّه وتأديبه[2].

أمّا المحضونة أنثى، اختلفت آراء الفقهاء في انتهاء حضانتها بالبلوغ على الشكل الآتي:

بالنسبة لفقهاء الشافعية: يرون بأنّه إذا بلغت الأنثى راشدة فيجوز استقلالها وسكناها وحدها، إن لم يكن في ذلك ريبة، فإن كان فيه ريبة فللأم إسكانها معها، وللولي العصبة المحرم إسكانها معه.[3]

بالنسبة للحنابلة والمالكية فقالوا بعدم سقوط الولاية على النفس، إذا بلغت الأنثى بل تستمر الولاية عليها وتكون في كفالة الأب عند الحنبلية، وفي حضانة الأم حتّى تتزوج ويدخل بها زوجها عند المالكية[4].

أمّا الحنفية فقد فرّقوا بين البكر والثيّب، فإذا بلغت البنت الحلم ولم تتزوج وكانت بكرا صغيرة في السن ليس لها أن تنفرد بالسكن، أمّا إن كانت بكرا مسنة واجتمع لها رأي وعفة أو كانت ثيبا تؤمن على نفسها فإنّ كل واحدة من هاتين تكون أحق بنفسها وليس لعاصبها المحرم أن يجبرها على الإقامة عنده[5].

❖موقف التشريعات العربية:

بالنسبة للمشرع المصري والإماراتي: فإنّهما جعلا مدّة الحضانة تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه عاقلا، راشدا، بحيث يصبح بإمكانه القيام بشؤونه بنفسه ورعاية مصالحه، أمّا بالنسبة لمدّة حضانة الأنثى فإنّها تنتهي بزواجها وهو ما جاء في نص المادة 20 من ق.أ.ش المصري

[1]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص.404.

[2]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص.524.

[3]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص.406.

[4]– المرجع نفسه، ص.406.

[5]– عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص.201.

الذي جاء فيه أنّه تنتهي حضانة الصغير ببلوغه سن الرشد وحضانة الأنثى بالزواج، وجاء في المادة 156 من ق.أ.ش الإماراتي أنه تنتهي الحضانة ببلوغ الذكر وزواج الأنثى.

بالنسبة المشرعان الجزائري والمغربي: حدد المشرع المغربي المدّة التي تنقضي فيها الحضانة ببلوغ المحضون سن الرشد سواء كان ذكرا أو أنثى بحيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 166 من مدونة الأسرة المغربية بأنّ حضانة الذكر أو الأنثى تستمر إلى بلوغ سن الرشد القانوني، كما نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ حضانة الأنثى تنقضي ببلوغها سن الزواج وهو سن الرشد وهو ما قضت به المحكمة العليا في أحد قرارها سنة 2006 حيث جاء فيه أنّ حضانة البنت تنقضي بقوة القانون ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء، ولا يمكن تمديدها لا للحاضنة ولا لأبيها ولا لشيء آخر[1].

الفرع الثاني

مكان الحضانة

يقصد بمكان الحضانة مقر إقامة المحضون[2]، حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال[3]، ويتسع المكان ليشمل المدينة التي يسكنها الحاضن، سواء كان ذكرا أم أنثى[4]، فإذا كانت الحاضنة أما وكانت الزوجية بينها وبين أبيه قائمة أو كانت الأم قد طلقت رجعيا ولم تنقض عدتها فإنّ مكان حضانتها هو محل إقامة زوجها[5]، أمّا في حالة الفرقة أو الانفصال فإنّ مكان الحضانة يكون حيث يقيم الحاضن، فمصلحة المحضون تقتضي أن لا يكون موطن الحاضنة بعيد عن موطن الأب وذلك حتى يتمكن هذا الأخير من رعاية المحضون بمشاهدته ومتابعة أحواله، لذلك لا يجوز للحاضن الانتقال بالمحضون وفقا لرغبته، فالسفر بالمحضون

[1]– قرار المحكمة العليا، رقم: 347914، بتاريخ 2006/01/04،غ.أ.ش، قضية (ج.ع) ضد (ب.م)، مجلة المحكمة العليا، العدد1، ص.449.

[2]– العربي بختي، مرجع سابق، ص.268.

[3]– محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص.158.

[4]– العربي بختي، مرجع سابق ، ص.268.

[5]– أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص.466.

يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة إذا كان يتعارض مع مصلحته[1]. وهو ما سنتعرض له بنوع من التفصيل في المبحث الثاني.

الفرع الثالث

حق الزّيارة

مصلحة المحضون تقتضي له حق الزيارة، ليتمكن والداه من الإشراف عليه ورعايته، نظرا لضعف وصغر المحضون، فإنّه يكون بحاجة لمن يتدبر أحواله، ووجوده عند أحد والديه لا يحقق له الرعاية الكاملة، فقد يتلقى المحضون خلال فترة الزّيارة تصرفا أو كلمة تؤثر فيه إيجابا وتساهم في تربيته أكثر مما يؤثر فيه الحاضن الذي يلازمه، لذا كان الأخذ بحق الزيارة مطلوب شرعا وقانونا، مراعاة لمصلحة الصغير المحضون[2].

أولا:حق الزيارة في الشريعة الإسلامية

بالنسبة للفقهاء فقد ذكروا آراء مختلفة نسبيا في مدّة ومكان الزيارة، بحسب تقدير المصلحة لكل من الولد والوالد الذي ولده في حضانة غيره.

1- ففقهاء الحنفية: يرون أنّ مصلحة الصغير تقتضي أن يراه والده كل يوم إذا كان عند الحاضنة، بأن تخرجه إلى مكان يمكن أن يراه فيه، وإذا كان عند أبيه، فلأمه رؤيته، بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر فيه ولدها كل يوم[3].

2- فقهاء المالكية: يرون بأنّ مصلحة المحضون تقتضي أن ترى الأم أولادها الصغار كل يوم مرّة، وأولادها الكبار مرّة كل أسبوع، والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، أمّا بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله رؤية ولده من آن لآخر[4].

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.737.

[2]- عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة (دراسة فقهية)، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014، ص.54.

[3]- رشدي شحاته أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2011، ص.191.

[4]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.740.

3- فقهاء الشافعية والحنبلية: فقد فرّقوا بين مدة زيارة المحضون الذكر عن الأنثى، فإن كان المحضون ذكرا مميزا واختار البقاء عند أمّه، فإنّه يكون عند أمّه ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه ويؤدبه، لأنّ ذلك يحقق مصلحة المحضون، أمّا إذا اختار البقاء عند أبيه فإنّه يبقى في حضانته ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمّه، وفي حالة مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه في بيتها، لأنّه في المرض يصبح كالصغير ويكون بحاجة إلى من يقوم بشؤونه، أمّا إن كانت المحضونة أنثى، فمصلحتها تقتضي أن تبقى عند حاضنها ليلا ونهارا، لأنّ تأديبها وتعليمها يكونان داخل البيت، ولا يمنع الحاضن الطرف الآخر من زيارتها. فإذا كانت البنت في حضانة أبيها، تذهب أمها لزيارتها ذلك لأنّ الأم لها سنها وخبرتها وعقلها بخلاف البنت الصغيرة، وإذا مرضت المحضونة فالأم أحق بتمريضها[1].

وتكون مدة زيارة المحضون عند الشافعية مرّة كل يومين فأكثر، وعند الحنابلة تكون الزيارة على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع[2].

ثانيا:حق الزيارة في التشريعات العربية

1- بالنسبة للمشرع الإماراتي: تناول حق الزّيارة في نص المادة 154 الذي جاء فيه أنّه:

« 1-إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فيحق للآخر زيارته واستزارته واستصحابه حسب ما يقرر القاضي على أن يحدد المكان والزمان والمكلف بإحضار المحضون.

2-إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائبا يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرر القاضي.

3- إذا كان المحضون لدى غير أبويه يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم.

4- ينفذ الحكم جبرا إذا امتنع عن تنفيذه من عنده المحضون.

5- يصدر وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف لائحة تحدد إجراءات رؤية المحضون وتسليمه وزيارته، على ألا تكون في مراكز الشرطة أو السجون»[3].

---

[1]- محمد سمارة، مرجع سابق، ص.399.

[2]- عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص.56.

[3]- قانون إتحادي رقم 28 لسنة 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الإماراتي أعطى السلطة التقديرية للمحكمة لتحديد الموعد والمكان والكيفية المناسبة لزيارة المحضون، وفي حالة ما إذا كان أحد الأبوين متوفى أو غائب فإنّه يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته، كما أنّه منع أن تكون مراكز الشرطة أو الأمن أو السجون مكانا للزيارة وذلك مراعاة لمشاعر الطفل[1].

2- بالنسبة للمشرع المصري: فإنّه تطرق لحق الزيارة في نص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنّه :"... لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير والصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين. وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا، ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا. .."[2].

يتبيّن من خلال هذا النّص أنّ المشرع المصري حصر حق الرؤية بين الأبوين فقط، وفي حالة عدم وجودهما كأن يكونا متوفيان ينتقل هذا الحق للأجداد، كما أنّه منح للوالدين الحق في تنظيم هذا الحق اتفاقا، وإذا تعذر ذلك ولم يتفقا يتم اللجوء للقاضي لينظمها، كما اشترط أن لا يضر مكان الرؤية بمصلحة المحضون، ولا ينفذ حكم الرؤية بالإجبار لعدم الإضرار بالمحضون.

3- بالنسبة للمشرع المغربي: فقد خصص بابا كاملا من المدونة لتنظيم أحكام زيارة المحضون وهو الباب الرابع من المادة 180 إلى المادة 186، إذ تنص المادة 180 من المدونة على أنّه:«لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة وإستزارة المحضون»، وهو بذلك حصر حق الزيارة على أحد الأبوين فقط، ولكنه نص على استثناء لهذه المادة في نص المادة 185، التي جاء فيها أنّه «إذا توفي أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة..»[3].

كما منح المشرع المغربي للأبوين إمكانية تنظيم الزيارة باتفاق بينهما يبلغانه إلى المحكمة، ويسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة وهو ما تناولته المادة 181 من المدونة، وفي حالة عدم الاتفاق، فإنّ المحكمة هي التي تتولى مهمة تحديد فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان في

---

[1]- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق، ص.270.

[2]- القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.

[3]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

قرار إسناد الحضانة، مراعية في ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية وفقا لأحكام المادة 182 من المدونة، وأخيرا نص المشرع المغربي في المادة 186 من المدونة على أنّه:«تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب»[1].

وبذلك تكون هذه المادة قد أكدت على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب المتعلق بحق الزيارة، وجعلتها فوق كل اعتبار، فهي تسمح للمحكمة تبعا لسلطتها التقديرية، بأن تتخذ جميع الإجراءات المناسبة واللاّزمة لضمان ملائمة الاتفاق المنظم للزّيارة أو المقرر المحدد لها وفقا لما يتناسب ومصلحة المحضون[2].

4- بالنسبة للمشرع التونسي: فإنّه نص في الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه من حق المحضون أن يبقى على صلة بوليّه، وهذا الفصل يتوافق مع الفصل 66 من ذات المجلة الذي ينص على أنّ «الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه»، كما جاء في الفصل 66 مكرر المضاف بالقانون عدد 10 لسنة 2006 المؤرخ في06 مارس 2006 ،والذي منح حق الزيارة للجدين كذلك بنصه :«إذا توفي أحد والدي المحضون فلجدّيه ممارسة حق الزيارة ويراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون. ويبت في طلب الزيارة طبقا للإجراءات المقررة في الفصل السابق»[3].

من خلال هذان الفصلان يتبيّن لنا أنّ المشرع التونسي حصر حق الزيارة بين الأبوين فقط ومنحه الجدين كاستثناء وذلك في حالة وفاة أحد والدي المحضون، وفي حالة ما إذا كان الطرف الذي تقرر له حق الزيارة بعيد عن المحضون، وطلب نقل المحضون إليه، فإنّه هو من يتحمل تكاليف نقل المحضون إليه.

5- بالنسبة للمشرع الجزائري:عالج موضوع الزّيارة في نص المادة 64 من ق.أ التي جاء فيها:« ... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزّيارة..»[4].

---

[1]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]- عماري إبراهيم، مرجع سابق، ص.19.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

يفهم من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اعترف بحق الزّيارة، وأوجب على القاضي أن يحكم به تلقائيا أثناء الحكم بإسناد الحضانة ،ذلك لأنّه يعتبر حق الزيارة وسيلة من وسائل حماية المحضون ،فمصلحة المحضون هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم من تلقاء نفسه[1]، كما ترك أمر تحديد مكان ومدة الزيارة للسلطة التقديرية للقاضي، وقد استقر القضاء على أنّ حق الزيارة يمنح في العطل الموسمية والأسبوعية والأعياد والمناسبات الدينية، وعلى أن تكون الزيارة مرة كل نهاية أسبوع، فالمحكمة العليا قضت في إحدى قراراتها أنّ الحكم بحق الزيارة مرّتين في الشهر خرق للقانون، ومن حق الأب زيارة أبنائه مرّة واحدة في الأسبوع على الأقل[2]،وهو الأنسب لأنّه في مثل هذه الأوقات يكون من تقرر له حق الزيارة غير منشغل خاصة إذا كان عاملا، كما لا يكون المحضون منشغلا بدراسته إذا كان مزاولا للدراسة[3]، ممّا يساهم في تحقيق الهدف من تقرير حق الزّيارة وهو تمكين الأب من رؤية أبنائه لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، كما أنّه يجب ألاّ يكون مكان الزيارة ببيت المطلقة[4].

كما أنّ القضاء الجزائري ومراعاة لمصلحة المحضون لم يجعل حق الزّيارة محصورا بين الأب والأم، بل جعله حقا لأقاربه أيضا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها فإعطاء حق الزّيارة لخالة المحضون يعد تطبيقا صحيحا للقانون[5]، كما قضت بحق الجد في الزيارة باعتباره أصلا للولد وهو بمنزلة والده فكما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة[6].

---

[1]– تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص.220.

[2]– قرار المحكمة العليا، رقم: 59784، صادر بتاريخ: 1990/04/16، غ. أ. ش، قضية (ق.ط)ضد (ب.ل.ف)، المجلة القضائية، العدد4، 1991. ص.300.

[3]– أيت عكوش وزنة، بن كرو نوال، الحضانة– دراسة مقارنة– (بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص.38.

[4]– قرار المحكمة العليا، قرار رقم:214290، صادر بتاريخ:1998/12/15، غ. أ. ش، قضية:(م.ن.د) ضد (ج.ب)، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.194.

[5]– قرار المحكمة العليا، قرار رقم: 258479، الصادر بتاريخ :2001/01/23، غ. أ.ش، قضية (و.م)ضد (ز.م)، المجلة القضائية، العدد2، 2001 ص.300.

[6]– قرار المحكمة العليا، رقم :189181، الصادر بتاريخ:1998/04/21، غ.أ.ش، قضية (ش.أ)ضد (م.س)، اجتهاد اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.192.

المطلب الثاني

تقدير مصلحة المحضون في النفقة والسكن

نظرا للمجهود الكبير الذي تتطلبه الحضانة لتربية المحضون وتنشئته النشأة السوية، فهي تحتاج نفقة لصالح المحضون وهو ما سنبيّنه في الفرع الأوّل، كما أنّ مصلحة المحضون تقتضي أن تتم ممارسة الحضانة في مسكن مناسب، ينمو فيه المحضون تحت رعاية حاضنته وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تقدير مصلحة المحضون في النفقة

تعد النفقة من أهم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل، فهي تحفظ حياته وتوفر له الحماية والرعاية، والأصل أن تكون نفقة المحضون من ماله الخاص، فإن لم يكن له مال، تكون من مال أبيه، يرسله إلى الحاضنة لتقوم بإنفاقه عليه، وليس لأب المحضون أن يطلب من الحاضنة إرسال الولد إليه كل يوم ليأكل عنده ثمّ يعود إليها، لما في ذلك من مشقة وإضرار بالمحضون[1].

أولا: مشتملات النفقة

1- مشتملات النفقة في الشريعة الإسلامية:لقد اختلف الفقهاء في تحديد مشتملات نفقة المحضون بناء على ما يناسب عمر المحضون، ومع ما يتّفق مع مصلحته كالآتي:

ففقهاء الحنفية: اتفقوا على أنّ الطعام والكسوة والسكن والخادم إذا كان الأب موسر، كما أضاف ابن عابدين أجرة الطبيب وثمن الأدوية لمشتملات النفقة[2].

وفقهاء المالكية: فيرون أن النفقة تشمل، الطعام والكسوة والمسكن وأجر الرضاع إن كان رضيعا[3].

---

[1]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص.ص.206-207.

[2]- محمد أمين المشهور بابن عابدين، مرجع سابق، ص.336.

[3]- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص.516.

وفقهاء الشافعية: فقد اتفقوا على أنّ مشتملات النفقة هي: الطعام، والكسوة، والسكن والخادم للمحتاج إليه، والدواء وأجرة الطبيب[1].

وفقهاء الحنابلة: فقد اتفقوا على أنّ مشتملات النفقة هي: الطعام، والكسوة، والسكن والخادم للمحتاج إليه، والدواء[2].

يرتبط تحديد مشتملات النفقة بالعرف والعادة لذلك حددها الفقهاء تبعا لأعرافهم، وباعتبار أنّ العرف والعادة يتغيرون من عصر إلى آخر فما اعتبره الفقهاء من مشتملات النفقة في عصرهم يعتبر في عصرنا الحاضر الحد الأدنى للحاجات الأساسية للمحضون[3]، لذلك فإنّه لا يجب علينا التقيد بها.

2- مشتملات النفقة في التشريعات العربية: حددت التشريعات العربية مشتملات النفقة وفقا لما يتناسب مع مصلحة المحضون ووفقا لمتغيرات العصر.

فبالنسبة للمشرع الإماراتي: نجد على أنّه بيّن مشتملات النفقة في نص المادة 63 من قانون الأحوال الشخصية كالآتي:

«1- تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب والخدمة للزوجة إن كانت ممن تخدم في أهلها وما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف.

2- يراعي في تقدير النفقة سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زمانا ومكانا، على ألاّ تقل عن حد الكفاية.

3- تكفي شهادة الاستكشاف (المعاينة) في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر»[4].

---

[1]- شمس الدين محمد أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير، مرجع سابق، ص.218.

[2]- منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص.619.

[3]- عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل، نفقة الأولاد بعد الفرقة بين الفقه المسطور والواقع المنظور (دراسة شرعية)، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014، ص.36.

[4]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الإماراتي قد حدد مشتملات النفقة الضرورية والأساسية للمحضون كما فتح المجال للقاضي في تحديد النفقات بكل أنواعها بناء على شهادة المعاينة على أن يراعي الوضع الاقتصادي للمنفق زمانا ومكانا على أن لا تقل النفقة عن حد كفاية المحضون.

بالنسبة للمشرع المصري: فقد حدد مشتملات نفقة المحضون في الفقرة الثالثة من المادة 18 مكرر ثانيا من ق.أ.ش التي تنص على أنّه "...يلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير مسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم..."[1].

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع المصري لم يحدد مشتملات النفقة وترك سلطة تحديدها للقاضي على أن يراعي في تحديدها يسار الأب وكذلك مصلحة المحضون.

بالنسبة للمشرع المغربي: حدد مشتملات النفقة في نص المادة 189 من المدونة التي جاء فيها ما يلي:«تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168»[2].

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع المغربي راعى مصلحة المحضون في تحديده لمشتملات النفقة، ويظهر ذلك من خلال نصه على نفقة التعليم وكذلك من خلال إضافته لعبارة وما يعتبر من الضروريات.

بالنسبة للمشرعان التونسي والجزائري: فقد حددا مشتملات النفقة في كل من المادة 78 من ق.أ.ج والفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية إذ جاء في هذا الأخير على أنّه: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[3].

وجاء في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات"[4].

---

[1]–القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.

[2]– القانون رقم 03–70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[3]– أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]– قانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

يتبيّن من خلال هذين النصين أنّ المشرعان التونسي والجزائري قد حددا مشتملات النفقة الأساسية وفتحا المجال أمام القاضي في اعتبار كل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة من مشتملات النفقة، وهما في ذلك قد راعيا مصلحة المحضون في النفقة.

ثانيا: وسائل حفظ حق النفقة للمحضون

يعتبر حق النفقة من أهم الحقوق التي تكفل تحقيق مصلحة الطفل المحضون لذلك يتعين توفير وسائل تحفظه.

1- وسائل حفظ حق النفقة للمحضون في الشريعة الإسلامية

❖**إلزام الأب بالإنفاق على المحضون:** إذا امتنع الأب عن الإنفاق على الطفل المحضون الذي لا مال له، فإنّ القاضي يلزمه بالإنفاق عليه ويحمله على ذلك بالوسيلة التي يراها مجدية[1]، وقد اختلف الفقهاء في تحديد الوسيلة المجدية لإلزام الأب الموسر بالإنفاق على ولده إلى رأيين.

الرأي الأوّل: هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إذ يرون أنّه للقاضي أن يجبر الممتنع عن الإنفاق، فإذا امتنع عن الإنفاق، فإنّ الحاكم يبيع عليه ماله ولكن لا يباع عليه عبده ولا عقاره في ذلك إذا لم يكن فيهما فضل عن حاجته[2].

الرأي الثاني: هو رأي فقهاء الحنفية إذ يرون بأنّه إذا امتنع الأب عن الإنفاق رغم قدرته فإنّ القاضي يأمره بأن يبيع ماله ويقضي به نفقة أولاده، فإن لم يفعل ذلك حبسه حتى يبيع، لأنّ البيع عليه يعتبر حجر عليه، ولا يحجر على العاقل البالغ[3].

❖**وجوب نفقة المحضون على قرابته عند وفاة الأب أو إعساره:** إذا لم يكن الأب موجودا، أو وجد وكان معسرا، أو فقيرا عاجزا عن الكسب، فلا يترك الأولاد من غير نفقة، بل تكون نفقتهم

---

[1]- عادل موسى عوض،مرجع سابق، ص.65.

[2]- عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل، مرجع سابق، ص.24.

[3]- عادل موسى عوض،مرجع سابق ، ص.66 .

واجبة على قرابتهم الموسرين، وقد اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه نفقة الأولاد الصغار إلى أربعة أقوال.

القول الأوّل: للحنفية وقد فرقوا بين حال إعسار الأب بدفع النفقة وبين موته، فعند إعساره بالنفقة النفقة تجب على الأم إذا كانت موسرة، ويكون ذلك دينا على الأب إذا أيسر، فإن لم توجد الأم الموسرة تكون نفقة الصغار على الجد ويرجع بها على الأب عند يساره، أمّا في حالة موت الأب فتجب النفقة على كل ذي رحم محرم، ويقدم الأقرب، فالأقرب[1].

القول الثاني: للمالكية حيث ذهبوا إلى أنه إذا مات الأب أو عجز عن الكسب لأي سبب فلا تجب النفقة على أحد من الأقارب حتّى وإن كانوا موسرين، فإن أنفقت الأم أو الجد كان ذلك تبرعا منهما وليس واجبا[2].

القول الثالث: للشافعية حيث ذهبوا إلى أنّه إذا أعسر الأب بالنفقة أو مات وجبت النفقة على جده أبي الأب ولا تجب على أمّه[3].

القول الرابع: للحنابلة حيث ذهبوا إلى أنّه إذا أعسر الأب بالنفقة أو مات، فإنّ النفقة تجب على الأقرب فالأقرب ولا فرق في ذلك بين قرابة الولادة وغيرها[4].

❖**وجوب نفقة المحضون من بيت المال إذا لم يكن له من ينفق عليه:** إذا كان الأب فقيرا عاجزا، أو كان متوفى ولا قريب للولد المحضون ينفق عليه فنفقته تكون على بيت المال لأنّ من وظائف بيت المال في الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين وينفق عليهم بقدر حاجتهم، فتعاليم الإسلام تحث على التكافل الاجتماعي والاقتصادي، لذلك يجب أن يقدم الدعم اللازم للأسر الفقيرة المحتاجة من بيت مال المسلمين[5].

[1]– عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص.67.

[2]– عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل، مرجع سابق، ص.26.

[3]– عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص.69.

[4]– عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل، مرجع سابق، ص.27.

[5]– عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص.70.

2- وسائل حفظ حق النفقة للمحضون في التشريعات العربية: بالنّسبة لما اتخذته التشريعات العربية من وسائل لحفظ حق المحضون في النفقة نذكر.

بالنسبة للمشرع الإماراتي: نص في المادة 80 من قانون الأحوال الشخصية على أنّه:«تجب نفقة الولد على أمّه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر وكان الإنفاق بإذنه، وأذن القاضي»[1]، يفهم من نص هذه المادة أنّ المشرع الإماراتي وحفاظا منه على مصلحة المحضون جعل نفقة المحضون واجبة على أمّه الموسرة إذا توفى والده أو كان معسر الحال.

بالنسبة للمشرع المغربي:فإنّه أوجب على الأم نفقة الأولاد إذا عجز الأب عن الإنفاق وهو ما جاء في نص المادة 199 من مدونة الأسرة بنصه على أنّه:«إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"[2].

بالنسبة للمشرع التونسي: فقد ذكر وسائل حماية حق المحضون في النفقة في الفصلين 47 و53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية بحيث جاء في الفصل 47 منها أنّه:«الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها»[3]، وأضاف في الفقرة 3 من الفصل 53 مكرر أنّه:«يتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق.ويحل هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها»[4].

بالنسبة للمشرع الجزائري: فقد راعى مصلحة المحضون وحقه في النفقة وجعلها واجبة على الأم إذا كان الأب معسر وكانت هي قادرة على ذلك بموجب نص المادة 76 من قانون الأسرة

---

[1]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[4]- القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981، نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرخ في 12 جويلية 1993.

التي تنص على أنّه:« في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك»[1]، أمّا في حالة ما إذا كانت الأم معسرة فإنّ المشرع الجزائري وحماية لمصلحة المحضون أنشأ بموجب القانون15-01 صندوق النفقة[2]، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 15-107 ، الذي جاء ليحدد كيفيات إنشاء صندوق النفقة، لضمان حق المحضون في النفقة إذا رفض الأب دفعها[3].

الفرع الثاني

سكن المحضون

حفاظا على مصلحة المحضون، ومن أجل رعايته وجب أن تمارس الحضانة تحت سقف بيت، يحمي المحضون، فإذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم فإنّ مسكن ممارسة الحضانة هو مسكن الزوجية، وكذا الحال في حالة العدة من طلاق بائن أو رجعي[4].

أولا: سكن المحضون في الشريعة الإسلامية

بعد الطلاق يصبح سكن ممارسة الحضانة جزء من النفقة حسب جمهور الفقهاء ونفقة المحضون تكون من ماله إذا كان له مال، أمّا إذا لم يكن للمحضون مال فإنّ واجب توفير سكن الحضانة يقع على عاتق الأب حسب رأي معظم الفقهاء، غير أنّ ابن عابدين يرى أنه إذا كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها، فلا يجبر الأب على توفير مسكن الحضانة لأنّ الصغير في هذه الحالة يسكن تبعا لها[5].

---

[1]- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]- قانون رقم 15-01، المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة،ج.ر، عدد1، الصادر في 07 جانفي 2015.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 15-107، المؤرخ في 21 أفريل 2015، يحدد كيفيات حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه " صندوق النفقة"، ج.ر، عدد22، المؤرخ في 29 أفريل 2015.

[4]- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.440.

[5]- محمد أمين المشهور بابن عابدين، مرجع سابق، ص.262.

ثانيا:سكن المحضون في التشريعات العربية

1- بالنسبة للمشرع الإماراتي: فقد نص على حق السكن ضمن مشتملات النفقة في الفقرة الأولى من نص المادة 63 من ق.أ.ش التي تنص على انّه:«1- تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب والخدمة للزوجة إن كانت ممن تخدم في أهلها وما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف.

2- بالنسبة للمشرع المصري: فإنّه أوجب على الأب توفير مسكن لأولاده وهو ما نصت عليه المادة 18 مكرر ثانيا من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها على أنّه:« يلزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم.."[1].

3- بالنسبة للمشرع المغربي: فإنّه لم يعتبر مسكن الحضانة من مشتملات النفقة وهو ما نص عليه في المادة 168 من المدونة التي جاء فيها على أنّه:«تعتبر تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها، إذ يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده.

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية إلاّ بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكن المحضون.

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه»[2].

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع المغربي أوجب على الأب أن يهيئ لأولاده مسكنا، أو أن يدفع لهم مبلغ مالي يمكنهم من كراء مسكن ملائم لهم وذلك حرصا منه على مصلحة المحضون ، كما أنّه وحماية للمحضون من الضياع والتشرد، أوجد حلا مفاده أنّ المحضون

[1]-القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق.

[2]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

يظل في بيت الزوجية ولا يخرج منه إلاّ بعد تنفيذ الأب للحكم المتعلق بتوفير مسكن المحضون[1].

4- بالنسبة للمشرع التونسي: فإنّه اعتبر المسكن عنصرا من عناصر النفقة وهو ما جاء في الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية[2]، وفيما يتعلق بوجوب توفير المسكن للمحضون فقد نص المشرع التونسي في الفصل 56 من المجلة على أنّ:«مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلاّ فمن مال أبيه وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون.

ويترتب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجبه.

وفي صورة إلزام الأب بإسكانها مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب.

وعند إلزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار.

ولا يحول حق البقاء الممنوح للحاضنة ومحضونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون إمكانية التفويت فيه بعوض أو بدونه أو رهنه شريطة التنصيص على هذا الحق بسند التفويت أو الرهن.

ويمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكنى الحاضنة إن طرأ تغيير في الظروف والأحوال وتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقا لإجراءات القضاء الاستعجالي وعليها عند البت في ذلك تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون..»

[1]- تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص.176.

[2]- لحسين بن الشيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص.446.

حماية لمصلحة المحضون في توفير مسكن له نص المشرع التونسي في الفصل 56 مكرر الذي أضيف بالقانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 4 مارس 2008 على مجموعة من العقوبات تطبق على من يتسبب في إخراج الحاضنة ومحضونها من مسكن الحضانة[1].

5- بالنسبة للمشرع الجزائري: نص في المادة 72 من الأمر ق.أ.ج على أنّه:« في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن»[2]

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أوجب على الأب توفير مسكن لممارسة الحضانة، وفي حالة عدم قدرته على توفير مسكن، يدفع بدل الإيجار، وليس له أن يختار بين توفير مسكن أو دفع أجرته، وتخييره في ذلك يعتبر انتهاك للقانون[3].

لقد تعرضت هذه المادة لمجموعة من الانتقادات من قبل القانونيين الجزائريين نذكر منها ما جاءت به الدكتورة حميدو زكية بقولها، أنّ المشرع قد اشترط في نص المادة 72 أن يكون السكن ملائما للحاضنة، وبهذه الصياغة جعل الحق في السكن قاصرا على الحاضنة، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة لأنّها، لا تحصل على ذلك الحق إلاّ إذا كانت حاضنة، وهو حق مقرر أصلا للمحضون[4].

وفيما يتعلق بنص الفقرة الثانية المتعلق ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن فهو أمر يخدم مصلحة المحضون، بالدرجة الأولى، وفيه حماية له من التشرد والضياع والهلاك.

---

[1]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[2]- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3]- قرار المحكمة العليا، رقم:451303، الصادر بتاريخ:2008/10/15، غ.أ.ش، قضية (خ.ص) ضد (ب.ص)، نشرة القضاة، العدد 67، 2012، ص.252.

[4]- تشوار حميدو زكية، مرجع سابق ، ص.162.

المبحث الثاني

مصلحة المحضون في سقوط وعودة حق الحضانة

أخذ كلّ من الفقه والقانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون، ووضعوا شروطا معينة يجب أن تتوفر في الحاضن حتى يكون أهلا لهذه المهمة، ولتحقيق أهداف الحضانة المتمثلة في حماية المحضون وتوفير الرعاية الصحية والخلقية له والمحافظة عليه، فإذا حدث وأن تخلفت هذه الشروط فإنّ مصلحة المحضون تكون في خطر، ممّا يقتضي إسقاطها عن الحاضن، وإسنادها إلى من يليه في المرتبة إذا استوفى كل الشروط، اعتمادا على ذلك سنبيّن أسباب سقوط الحق في الحضانة في المطلبين الأوّل والثاني.

فإسقاط الحق في الحضانة عن الحاضن يؤدي إلى خروج المحضون من تحت يده، غير أنّ هذا الخروج مؤقت، فقد يعود المحضون إلى الحاضن إذا مازال سبب السقوط وهو ما سنبيّنه في المطلب الثالث.

المطلب الأوّل

إسقاط الحضانة بسبب ضياع الطفل صحة وخلقا

تسند الحضانة لمن تتوفر فيه شروط إسنادها، إلاّ أنّه قد يطرأ تغيير في وضعية الحاضن يحول دون تحقيق مصلحة المحضون، ويؤدي إلى ضياعه من الناحية الصحية أو الخلقية، مما يستدعي إسقاط هذا الحق على الحاضن ونقله إلى من يليه من مستحقي الحضانة، ومن بين الأسباب التي تضر بصحة الطفل وخلقه نجد، الأمراض العقلية والجسدية التي يمكن أن تصيب الحاضن وكذلك السلوك المشين، وعمل المرأة الحاضنة.

الفرع الأوّل

الأمراض العقلية والجسدية

مراعاة لمصلحة المحضون فقد اشترط كل من فقهاء الشريعة وكذلك القوانين الوضعية في الحاضن العقل والقدرة على ممارسة الحضانة، وبالتالي لا بّد للمرشح للحضانة، أن لا يكون مجنونا أو معتوها، وأن لا يكون عاجزا بسبب المرض أو الهرم[1]، فإذا اختلت شروط الحضانة المتعلقة بأهلية الحاضن والتزاماته يسقط حقه فيها، وهو ما أخذت به التشريعات العربية على النحو الأتي:

أولا: موقف المشرع الإماراتي

نص في الفقرة الأولى من المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية على أنّه:« يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات أللآتية:

1- إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين (143) و (144) »[2].

وبالرجوع لنص المادة 143 نجد أنّها تضمنت الشروط العامة الواجب توفرها في الحاضن سواء كان رجلا أو امرأة ومن بين هذه الشروط نجد: شرطي العقل والبلوغ إضافة لشرط القدرة على تربية المحضون والسلامة من الأمراض المعدية الخطيرة، وعليه متى ما أصاب الحاضن عارض من عوارض الأهلية أو مرض معدي، يحول دون تحقيق مصلحة المحضون يسقط حقه في الحضانة وينتقل لمن يليه في المرتبة [3].

ثانيا: موقف المشرع المغربي

نصت الفقرة الثالثة من المادة 173من مدونة الأسرة، على أنّ شروط الحاضن:«.. القدرة على تربية المحضون، وصيانته، ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه»، وجاء في

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 726.

[2]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[3]- فاطمة عبد الصمد الحمادي، مرجع سابق، ص.44.

الفقرة الأخيرة من نص المادة 173 من مدونة الأسرة على أنّه:«.. إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه»[1].

يتبيّن من خلال هاتين المادتين أنّ المشرع المغربي اشترط في الحاضن أن تكون له القدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا، وفي حالة ما إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن وكان بإمكان هذا التغيير أن يلحق ضررا بالمحضون كأن يصاب الحاضن بمرض عقلي أو جسدي يضر بصحة المحضون، فإنّ مصلحة المحضون تقتضي أن يسقط حقه في الحضانة.

ثالثا: موقف المشرع التونسي

اشترط في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية السلامة العقلية والجسدية الذي جاء فيه على أنّه:« يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمنيا قادرا على القيام بشؤون المحضون، سالما من الأمراض المعدية...»[2].

وبالرجوع إلى تطبيقات القضاء التونسي نجد قرار محكمة التعقيب التونسية الصادر بتاريخ 1973/07/07 في قضية تتلخص وقائعها في أنّ والد المحضونة تقدم بدعوى إسقاط الحضانة عن جدتها على أساس أنّها أصبحت عاجزة عن القيام بمهامها، وقضت فيه بأنّه يحق للمحكمة إسناد الحضانة للجدة إذا رأت في ذلك مصلحة المحضون[3]، كما قضت محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر بتاريخ 1992/12/22 أنّ تناول الأم الأدوية المهدئة، لا يكفي وحده لإثبات سوء حالتها النفسية ومرضها المزمن، الذي يمكن أن يكون مانعا لها من الحضانة بل يجب إثبات ذلك بشهادات طبية[4].

---

[1]–القانون رقم 03–70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]–أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[3]– حميدو زكية، مرجع سابق، ص.393.

[4]– كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص.87.

رابعا: موقف المشرع الجزائري

أمّا المشرع الجزائري فقد جاء في المادة 67 من قانون الأسرة على أنّه:« تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه...»[1]، هذه المادة جاءت عامة فقد اكتفت بالنص على حالات عدم أهلية الحاضن التي يستند عليها الحكم القاضي بإسقاط الحضانة، وتركت أمر التحليل والتفصيل للسلطة التقديرية للقاضي[2]، وبالرجوع للاجتهاد القضائي الجزائري نجد أنّ المحكمة العليا قضت بأنّ إسناد الحضانة لأم فاقدة للبصر يعد مخالفا للقانون والقواعد الفقهية لأنّ من شروط ممارسة الحضانة شرط القدرة، وبما أنّ الأم فاقدة للبصر فهي عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها[3].

الفرع الثاني

السلوك المشين للحاضن

يقصد بالسلوك المشين، كل ما من شأنه أن يفسد أخلاق الحاضن، ويؤثر سلبا على سلوك وأخلاق الصغير المحضون، والذي عبّر عنه فقهاء الشريعة بضرورة توفر شرط الأمانة في الحاضن، وإلاّ يسقط عنه الحق في الحضانة[4]، كما بيّناه سابقا في الشروط الواجب توفرها في الحاضن.

ومما يعتبر سلوكا مشينا نجد، الزنا، السرقة، تناول المخدرات والمشروبات الكحولية، والتي اعتبرتها التشريعات العربية سببا كافيا لإسقاط الحضانة عن صاحبها، وإسنادها لمن يليه في المرتبة مع مراعاة مصلحة المحضون.

---

[1]– قانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]– حميدو زكية، مرجع سابق، ص.392.

[3]– قرار المحكمة العليا، القرار رقم: 33921، الصادر بتاريخ:1984/07/09، غ.أ.ش، قضية(ح.ح) ضد (ح.ر)، المجلة القضائية، العدد4، 1989، ص.76.

[4]– كمال صمامه، مرجع سابق، ص.88.

أولا: موقف المشرع الإماراتي من السلوك المشين

جاء في الفقرة الأولى من المادة 152 من ق.أ.ش على أنّه يسقط حق الحاضن في الحضانة إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين (143) و(144) وبالرجوع إلى نص المادة 143 الفقرة الثالثة والفقرة السادسة نجد أنّه يشرط في الحاضن الأمانة وألاّ يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض، فإذا ما ثبت عدم أمانته في حفظ المحضون بأن يكون فاسقا فسقا مؤثرا على مصلحة الصغير، أو حكم عليه في جريمة من جرائم العرض فكل ذلك يسقط حقه في الحضانة حماية لمصلحة الصغير، ويتّم إسناد الحضانة لمن يليه متى توفرت فيه الشروط[1].

ثانيا: موقف المشرع المصري من السلوك المشين

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية المصري لبيان الشروط الواجب توفرها في الحاضن رجلا كان أم امرأة، إلاّ أنّ التطبيق القضائي في مصر جرى على وجوب توفر الشروط التي أوردها فقهاء الشريعة في من يتولى حضانة الصغير، وفيما يتعلق بشرط الأمانة حكم بأنّ محترفة البغاء ليست أهلا للحضانة شرعا، وينزع منها الصغير، ولو لم يعقل الفسق صيانة لحق المحضون[2].

ثالثا: موقف المشرع المغربي من السلوك المشين

بالرجوع للفقرة الثانية من نص المادة 173 من مدونة الأسرة نجد أنّه:« يشترط في الحاضن:. ...2- الاستقامة والأمانة،...»، كما جاء في الفقرة الأخيرة منها أنّه:« إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانته وانتقلت لمن يليه»[3]، وهو ما أخذ به التطبيق القضائي في المغرب أين أسقط الحضانة على من اتصف بعدم الإستقامة والأمانة، وجعل مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد في موضوع إسناد وإسقاط الحضانة، وبالرجوع لأحكام القضاء المغربي نجد قرار محكمة النقض عدد 120 المؤرخ في

[1]- فاطمة عبد الصمد الحمادي، مرجع سابق، ص.44.

[2]- أمل المرشدي، بحث قانوني حول حق الحضانة وفق الشرع، موقع الأنترنت
/http://www.mohamah.net/law

[3]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

2008/03/12 في ملف شرعي عدد: 2007/1/2/107 الذي جاء فيه أنّه يترتب عن صدور حكم جنحي نهائي بإدانة الحاضنة بالفساد، اعتبارها غير مستحقة لحضانة أبنائها مما يوجب إسقاط الحضانة عنها لسوء سلوكها[1]، كما جاء في قرار محكمة النقض عدد 475 المؤرخ في 2007/09/26 في الملف الشرعي عدد: 2007/1/2/215 على أنّه يترتب عن متابعة الحاضنة بجنحة الخيانة الزوجية بعد واقعة مراجعة الزوج لها سقوط حقها في الحضانة لافتقادها لشرطي الاستقامة والأمانة اللازم توفرهما في الحاضن[2].

رابعا: موقف المشرع التونسي من السلوك المشين

بالرجوع للفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية نجد أنّه يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا، وجعل مسألة إسناد الحضانة وإسقاطها تتعلق بمصلحة المحضون، حيث نجد كل الفصول الواردة في باب الحضانة تأكد على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند النظر في إسناد الحضانة وهو ما خوّل للقضاء سلطة تقديرية موسعة جعلته ينفي حق الأم في حضانة المحضون طالما أثبت البحث والتقصي أنّ سلوكها مشين وسيء وينم على هتك شرف وقدسية الحياة الزوجية، وهو ما جاء في القرار التعقيبي عدد: 9237 المؤرخ في: 13 أفريل 2006 والذي نص على أنّه:« طالما ثبت من الأبحاث المجرات في القضية مكتبيا أو بواسطة أعوان التنمية الاجتماعية أنّ الزوجة ألحقت بزوجها ضررا جما بتعمدها ربط علاقات غير شرعية بغيره من الرجال وهتك شرفه والاعتداء على قدسية الحياة الزوجية فإنّ مصلحة البنت في حضانتها من طرف والدها»[3].

خامسا: موقف المشرع الجزائري من السلوك المشين

بالرجوع لنص الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة نجدها تنص على أنّه:« يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»، كما تنص المادة 67 على أنّ: «الحضانة تسقط،

[1]– قرار محكمة النقض، رقم 788، المؤرخ في2008/03/12، موقع الأنترنت، http://www.jurisprudencemaroc.com/

[2]– قرار محكمة النقض، رقم 798، المؤرخ في2007/09/26، موقع الأنترنت، http://www.jurisprudencemaroc.com/

[3]– الحضانة في القانون التونسي، موقع الأنترنت،http://www.turess.com/attounissia/160445

باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه..»[1]، وبما أنّ المادة 62 جاءت عامة أين اشترطت في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بالحضانة دون أن تفصل في ذلك وبالعودة لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي تشترط في الحاضن أن يكون أمينا كما بيّناه سابقا، فإذا ما تبيّن عدم أمانة الحاضن يسقط حقه في الحضانة وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، وقد ترك المجال مفتوح أمام القضاء، لضبط مفهوم السلوك المشين المنافي لمصلحة المحضون، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا على أنّه:« من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبيّن في قضية الحال، أنّ قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة»[2].

ونظرا لاهتمام القضاء الجزائري بمصلحة المحضون أين وضعها فوق كل اعتبار لضمان نشأة المحضون في بيئة سليمة فقد صدر قرار للمجلس الأعلى للقضاء أسقط حضانة أم الأم التي سقطت حضانتها بسبب فساد أخلاقها جاء فيه أنّه:« متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنّه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا»، وبرر ذلك بقوله:« أنّه كما أنّ إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة كذلك، لأنّ الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته تربية نظيفة[3].

يتبيّن لنا مما سبق أنّ القضاء الجزائري اعتبر كل سلوك يتنافى ويتعارض مع تعاليم الدين الإسلامي والأخلاق الحسنة، ويضر بمصلحة المحضون، سببا لإسقاط الحضانة، غير أنّه جعل مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا على أنّه

---

[1]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]– قرار المحكمة العليا، رقم:171684، الصادر بتاريخ1997/09/30، غ.أ.ش، قضية (ب.س.ج) ضد(ز.ف)، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.169.

[3]– قرار المجلس الأعلى، رقم: 32594، الصادر بتاريخ 1984/04/02، غ.أ.ش، قضية (ب ن) (ب.ع)، المجلة القضائية، العدد1، 1989، ص.77.

:« يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون، حيث إنّ الحضانة وإن كانت تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلاّ أنّ المادة 67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنّه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون، وأنّ مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنّها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء»[1].

الفرع الثالث

عمل المرأة الحاضنة

سنبيّن من خلال هذا الفرع رأي الفقه في عمل المرأة والتشريعات العربية.

أولا:عمل المرأة الحاضنة في الشريعة الإسلامية

إنّ عمل المرأة في حد ذاته لا يعد عند الفقهاء مانعا من الحضانة، ولكن إذا كان هذا العمل أو الخروج من البيت يؤدي إلى ضياع المحضون، فإنّ هذا العمل يعد مسقطا للحضانة عند الفقهاء[2]، بحيث يرى الإمام محمد أبو زهرة أنّ المرأة العاملة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية المحضون وعليه تفقد حقها في الحضانة، إلاّ أنّه ذهب إلى أنّ تقدير مدى استطاعتها وقدرتها على الحضانة يترك للسلطة التقديرية للقاضي[3].

ثانيا:عمل المرأة الحاضنة في التشريعات العربية

لم تتحدث التشريعات العربية عن عمل المرأة كسبب مسقط للحضانة واكتفت بتحديد شروط من يتولى الحضانة ومن بين هذه الشروط نجد شرط القدرة على رعاية المحضون .

---

[1]– قرار المحكمة العليا، رقم: 564787، الصادر بتاريخ: 2010/07/15، غ.أ.ش، قضية (ب.ب) ضد (ر.ز.ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2010، ص.262.

[2]– عروة صبري، حضانة–المرأة–العاملة، 2005، موقع الأنترنت، http://k-tb.com/book/Women02604

[3]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.407.

بالنسبة للمشرع الجزائري: نجد أنّه نصّ في الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة على أنّه:«لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون»[1].

أكّد المشرع الجزائري من خلال هذا النص على أنّ عمل المرأة لا يعتبر، سببا مسقطا لحق الحضانة، لكن في حالة إذا ما تعارض عملها، مع مصلحة المحضون، فإنّه يجب على القاضي أن يقدم مصلحة المحضون، أمّا إذا استطاعت التوفيق بين عملها ورعاية المحضون، ففي هذه الحالة لا يسقط حقها في الحضانة، أمّا إذا كان عملها يسبب ضياع الطفل وتفويت مصلحته فهنا يسقط حقها فيها[2].

المطلب الثاني

تقدير مصلحة المحضون في التنازل عن الحضانة

إنّ عدم أهلية الحاضن للعناية بالمحضون لا يعد السبب الوحيد لسقوط الحق في الحضانة، فقد يتخلى الحاضن عن حضانته لشخص آخر، عن طريق التنازل عنها صراحة أو ضمنيا لمن يليه في استحقاقها والتنازل عن الحضانة قد يكون اضطراريا، ويمكن أن يكون بسبب أن الحاضنة غير مبالية باستبقاء الأطفال معها إمّا لكونها غير قادرة ماديا ونفسيا على القيام بواجب الحضانة، أو لعدم وجود من يعينها من أهلها على تربية الأطفال[3]. وهو ما سنبيّنه في مايلي.

[1]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]– كمال صمامة، مرجع سابق، ص.95.

[3]– لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص.472.

الفرع الأوّل

مصلحة المحضون في التنازل الصريح عن الحضانة

أولا: التنازل الصريح عن الحضانة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول إمكانية التنازل عن الحضانة لمن استحقها، فهناك من يرى إمكانية التنازل عنها باعتبار أنّ الحضانة حق للحاضنة، تسقط بإسقاطها ولا تجبر إذا امتنعت عن ممارستها، وهذا رأي الحنفية والمالكية، على المشهور وغيرهم[1].

وهناك من يرى أنّ الحضانة حق للطفل المحضون، لذلك يمكن أن تجبر الأم عليها حتّى وإن امتنعت وهو قول لبعض فقهاء الحنفية، ورواية عن مالك وقول عند الحنابلة، واستدلوا في رأيهم بأنّ الحضانة حق للمحضون فمصلحته تقدم على مصلحة الحاضن[2].

ثانيا: التنازل الصريح عن الحضانة في التشريعات العربية

تناولت التشريعات العربية موضوع سقوط الحضانة بسبب تنازل الحاضن عن حقه فيها وفقا لما يتناسب ومصلحة المحضون.

1- فبالنسبة للمشرع الإماراتي: فقد حصر الحالات التي يسقط فيها حق الحاضن في الحضانة في نص المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية ولم يدرج حالة التنازل عن الحضانة ضمنها.

غير أنّه وبالرجوع لنص الفقرة الثانية من المادة 110 التي تنص على أنّه:« 2- ... ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم»[3]، كما جاء في المذكرة الإيضاحية أنّه لا يصح التراضي على إسقاط حضانة الأولاد، كون الحضانة حق للمحضون وليست حق

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.71.

[2]- أفنان بنت محمد عبد المجيد التلمساني، مستحقو الحضانة وموجبات نقلها ودور المصلحة في ذلك، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة،2014، ص.41.

[3]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

للحاضن، وبالتالي لا يصح التنازل عنها أو إبرام اتفاق بشأنها، لأنّ ذلك يعد تصرفا في حق الغير[1].

2- بالنسبة للمشرع المصري: فإنّه لم ينص صراحة على سقوط الحق في الحضانة بالتنازل، إلاّ أنّه وبالرجوع لنص الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، التي جاء فيها أنّه:«... لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم»[2].

وبذلك يكون القضاء المصري قد رجح الرأي القائل بأنّ الحضانة حق للحاضن والمحضون معا، وإن تعارضا قدم حق الصغير، فلا يجوز للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة إذا لم توجد حاضنة أخرى وتجبر على حضانته حتى لا تفوّت على الصغير حقه، أمّا إذا وجدت حاضنة أخرى تحضن الطفل وتحافظ عليه يجوز لها أن تتنازل عن الحضانة، فلا يصح للمرأة أن تتنازل عن حقها في الحضانة كمقابل للخلع[3].

3- بالنسبة للمشرع المغربي: لم يتطرق لموضوع التنازل عن الحضانة بشكل واضح ولكن بالرجوع لنص المادة 165 من مدونة الأسرة التي جاء فيها أنّه:«إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها، أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرر اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلاّ اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك»[4].

راعى المشرع المغربي مصلحة المحضون من خلال هذه المادة، إذ أنّه لم يجبر الأم أو غيرها من الحواضن على تحمل الحضانة إذا رفضتها بل منح للقاضي السلطة التقديرية في أن يختار من يراه صالحا من أقارب المحضون، أو غيرهم كما له أن يلجأ إلى وضع المحضون في مؤسسة مؤهلة للحضانة كحل أخير، وبذلك يكون المشرع المغربي قد أعطى للحاضنة ولو

---

[1]- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص.196.

[2]- القانون رقم 1 لسنة 2000، المؤرخ في 29 يناير 2000 يتضمن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ج ر عدد 4 (مكرر)، الصادر في 29 يناير 2000.

[3]- http://egyptlayer.over-blog.com/2013/08/blog-post_8849.html

[4]-القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

كانت أما، الحق في أن تتنازل عن حقها في الحضانة، بشرط أن يجد القاضي من هو أهل للقيام بالحضانة[1].

وبالرجوع للقضاء المغربي نجد قرار محكمة النقض عدد 235 ملف شرعي عدد 2007/1/2/267 المؤرخ في: 2008/04/30 جاء فيه أنّ الزوجة تلزم بتنازلها عن حقها في الحضانة الذي ذيّل بتوقيعها وأدلى به محاميها بصفته هذه، ولا تجبر المحكمة لبحث دواعي صدور هذا التنازل[2].

وبخصوص التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع فقد جاء في نص المادة 119 من المدونة في فقرتها الأولى أنّه:« لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم معسرة»[3]، وقد جاء في قرار محكمة النقض عدد 392 المؤرخ في: 2008/07/23، ملف شرعي عدد 2007/1/2/605 أنّه لا يترتب عن تنازل الأم المختلعة عن حقها في الحضانة سقوط هذا الحق إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سنه سبع سنوات[4]، يفهم من خلال ما جاء في قرار محكمة النقض أنّ القضاء المغربي أجاز للأم أن تتنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إلاّ أنّه وحماية منه لمصلحة المحضون لا يقبل بالتنازل إذا كان سن المحضون يقل عن سبع سنوات.

4- بالنسبة للمشرع التونسي: نص على سقوط الحضانة بالتنازل الصريح في الفصل 64 من مجلة الأحوال الشخصية التي جاء فيها على أنّه:« يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها»[5]، يفهم من خلال هذا الفصل أنّ المشرع التونسي أعطى للحاضن الحق في التنازل عن الحضانة، غير أنّه إذا امتنعت الحاضنة عن حضانة الصغير ولم يوجد من يتولى رعايته غيرها فإنّها تجبر على حضانته ولا يقبل

[1]- كمال صمامه، مرجع سابق، ص.109.

[2]- قرار محكمة النقض، رقم:235، المؤرخ في 2008/04/30. http://www.jurisprudencemaroc.com/

[3]-القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[4]- قرار محكمة النقض، رقم: 392، المؤرخ في 2008/07/23. http://www.jurisprudencemaroc.com/

[5]-أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

القاضي تنازلها مراعيا في ذلك مصلحة المحضون وهو ما جاء في الفصل55 من مجلة الأحوال الشخصية[1].

5- بالنسبة للمشرع الجزائري:جاء في نص المادة 66 من قانون الأسرة على أنّه:« يسقط حق الحاضنة، بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون»[2].

يتبيّن من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اعتبر التنازل عن الحضانة سببا مسقطا لها، بشرط أن لا يضر بمصلحة المحضون، وأن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة، وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا[3]، أمّا إن كان التنازل عن الحضانة يضر بمصلحة المحضون فلا تستجيب له المحكمة، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1998/04/21 والذي جاء فيه أنّه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون[4].

الفرع الثاني

مصلحة المحضون في التنازل الضمني عن الحضانة

يقصد بالتنازل الضمني، ذلك التنازل المبني على أسباب منصوص عليها في القانون، والتي تكون عبارة عن سلوك إذا ما اتخذه الحاضن سقط حقه في الحضانة لأنّه مضر بمصلحة المحضون[5]، وعليه فحالات التنازل الضمني تتجسد في الصور التالية:

***أولا:* عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة**

1- عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة في الشريعة الإسلامية: جاء بهذا السبب المسقط للحضانة فقهاء المالكية، بحيث يرون بأنّه إذا كان صاحب الحق في الحضانة يعلم بحقه فيها

---

[1]- ينص الفصل 55 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:«إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها».

[2]-قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3]- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص.474.

[4]- قرار المحكمة العليا، رقم: 189234، الصادر بتاريخ: 1998/04/21، غ.أ.ش، قضية (ر.ن.د) ضد (ع.م)، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.175.

[5]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص.120.

ويعرف بأنّ سكوته وعدم المطالبة بها يسقط حقه فيها، وتمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه للحضانة ولا يطالب بها فإنّ ذلك يسقط حقه في المطالبة بها[1].

2- عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة في التشريعات العربية: بالنسبة للتشريعات العربية نذكر:

- **بالنسبة للمشرع الإماراتي:** جاء في المادة 152 في فقرتها الثالثة من على أنّه:« يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:«...3- إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر»[2]، يفهم من هذه المادة أنّ المشرع الإماراتي أخذ بالمذهب المالكي وجعل سكوت مستحق الحضانة عن المطالبة بها يسقط حقه فيها إلاّ أنّه خالفه في المدة المحددة للمطابة بها وجعلها ستة أشهر من غير عذر بدلا من سنة، وذلك حفاظا على مصلحة الصغير.

- **بالنسبة للمشرع المغربي:** أخذ بهذا السبب المسقط للحضانة في نص المادة 176 من المدونة التي جاء فيها أنّ:« سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلاّ لأسباب قاهرة»[3]، يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع المغربي حصر إسقاط حق الحضانة بسبب عدم المطالبة بها في حالة واحدة من حالات الإسقاط، وهي حالة سكوت من له الحق في الحضانة لمدّة سنة من تاريخ علمه بزواج الحاضنة والدخول بها[4].

- **بالنسبة للمشرع التونسي:** ينص الفصل 58 من المجلة التونسية:«.. أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول، ولم يطلب حقه فيها...»[5]، وبذلك يكون المشرع التونسي

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.ص. 733-734.

[2]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[3]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[4]- حميدو زكية، مرجع سابق، ص.517.

[5]-أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

هو الآخر حصر إسقاط الحضانة بسبب عدم المطالبة بها لمدة عام بحالة واحدة فقط وهي زواج الحاضنة وعلم مستحق الحضانة بذلك[1].

4- بالنسبة للمشرع الجزائري: فقد نص في المادة 68 من قانون الأسرة على أنّه:« إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها»[2]، يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري جعل عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة سببا مسقط لحقه فيها، إلاّ أنّه لم يشر إلى تاريخ بداية سريان مدّة السنة، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبما أنّ المشرع الجزائري أخذ نص هذه المادة من المذهب المالكي، فإنّ التاريخ المحدد لبدأ سريان مدة السنة حسب أصحاب هذا المذهب هو تاريخ العلم باستحقاق الحضانة[3].

***ثانيا:* زواج الحاضنة بغير قريب محرم**

1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم في الشريعة الإسلامية:إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة وهذا الشرط أخذ به كل من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[4].

كما يرى بعض الفقهاء من الحنفية أنّ الزواج لا يسقط حق الأم مطلقا وأنّه يجب مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[5].

2- زواج الحاضنة بغير قريب محرم في التشريعات العربية: اعتبرت التشريعات العربية أنّ زواج الحاضنة يعد سببا مسقط لحضانتها مع مراعاة مصلحة المحضون.

- **بالنسبة للمشرع الإماراتي:** جاء في الفقرة الأولى من المادة 152 على أنّه:« يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات التالية: 1- إذا أختل أحد الشروط المذكورة في المادتين

---

[1]- حميدو زكية، نفس المرجع، ص.517.

[2]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.744.

[4]- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص.25.

[5]- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص.459.

(143) و(144)»، وبالرجوع لنص المادة 144 فإنّها تنص على أنّه« يشترط ففي الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة: 1- إذا كانت إمرأة:

أ- أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلاّ إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون»[1].

من خلال هذه المواد نجد أنّ المشرع الإماراتي اعتبر زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون سببا مسقط لحقها في الحضانة، ولكنّه قيدّ هذا السقوط بمصلحة المحضون وأعطى للقاضي سلطة تقدير ذلك.

- **بالنسبة للمشرع المغربي:** أدرج شرط عدم زواج طالبة الحضانة في الفقرة الرابعة من المادة 173 والتي تنص على أنّ: « شروط الحاضن: 4- عدم زواج طالبة الحضانة إلاّ في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده»[2].

وبالرجوع لنص المادة 174 والمادة 175 نجد أنّ المشرع المغربي ومراعاة منه لمصلحة المحضون وضع استثناءات لا يسقط فيها حق الحضانة حتى وإن تزوجت الحاضنة، فبالنسبة للأم الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة، إذا كان سن المحضون لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها، أو إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم، أو إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون أو كانت هي النائبة

[1]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[2]- تنص المادة 174 من مدونة الأسرة: «زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلاّ في الحالتين الأتيتين :

1- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون،

2- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون ».

تنص المادة 175 من المدونة الأسرة المغربية ما يلي: «زواج الحاضنة الأم،لا يسقط حضانتها في الأحوال التالية:

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

2 - إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم،

3- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون،

4 - إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون، ».

الشرعية، أمّا بالنسبة للحاضنة غير الأم لا تسقط حضانتها إذا كان زوجها قريبا محرما أو كانت هي نائبا شرعيا للمحضون.

- **بالنسبة للمشرع التونسي:** جعل زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون، يسقط حضانتها، وقد ذكر هذا السبب المسقط للحضانة في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية بنصه:«.. وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له..»[1].

يتبيّن من هذا النص، أنّ المشرع التونسي نص على سقوط حق الحضانة عن الحاضنة الأنثى سواء كانت الأم أو غيرها إذا تزوجت بزوج أجنبي عن المحضون ودخل بها، إلاّ أنّه وحرصا منه على مصلحة المحضون أعطى للقاضي إمكانية عدم إسقاط الحضانة على الرغم من زواج الحاضنة إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك .

- **بالنسبة للمشرع الجزائري:** جعل زواج الحاضنة بغير قريب محرم سببا مسقطا لحقها في الحضانة في نص المادة 66 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه:« يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم...»[2].

يتبيّن من هذه المادة أنّه بمجرد أن تتزوج الحاضنة بغير قريب محرم، يسقط حقها في الحضانة، ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها إذ جاء في القرار المؤرخ في 2005/07/13 أنّه:«إذا كان القانون قد أعطى، الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلاّ أنّه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم»[3]، وجاء في قرار آخر

[1]– أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[2]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3] – قرار المحكمة العليا، رقم: 341320، مؤرخ في: 2005/07/13،غ.أ.ش، قضية (ع،ب) ضد (ه،ب)، نشرة القضاة، العدد 62، ص.385.

مؤرخ في 2005/05/18 على أنّه يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم، وزواج الأم الحاضنة يجب أن يثبت بعقد زواج محرر طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة[1].

كذلك القرار المؤرخ في 1986/0/05 فيما يتعلق بإسقاط الحضانة عن الجدة في حالة زواجها بأجنبي جاء فيه أنّه متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية، أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أمّا إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنّه من اليقين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة[2].

إلاّ أنّه ومراعاة لمصلحة المحضون، فإنّ سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الاستثناءات التي يجب على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار نذكر أهمها:

- ✓ عدم وجود من يحضن المحضون غير الأم، أو إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل.
- ✓ إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة وذلك وفقا لنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.
- ✓ إن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضي[3].

وهو ما أكدته تصريحات وزير العدل حافظ الأختام "طيب لوح" بتاريخ: 2014/12/04 أثناء رده على سؤال شفوي لأحد أعضاء مجلس الأمة خلال جلسة علنية خصصت للأسئلة الشفوية حول معايير إسناد أو إسقاط حضانة الطفل من الأم المطلقة عند زواجها بغير قريب محرم، وقد أجاب الوزير بأن المشرع لم يقر إسقاط الحضانة "بصفة آلية"

---

[1]– قرار المحكمة العليا، رقم: 102886، مؤرخ في:1994/04/19، غ.أ.ش، قضية (س، ب) ضد (ه،ع)، نشرة القضاة، العدد 51، ص.92.

[2]– قرار المحكمة العليا، رقم: 40438، مؤرخ في: 1986/05/08، غ.أ.ش، قضية: (ج، ح) ضد (ب، ف)، المجلة القضائية، العدد2، 1989،ص.75.

[3]– صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، 2007،ص.80.

عند زواج الأم الحاضنة بغير قريب مشيرا إلى أن إسقاط الحضانة تقرره المحكمة ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي مصلحة الطفل المحضون وظروفه التي تختلف من حالة إلى أخرى.

كما أكّد الوزير على أنّ عدد الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية عبر الوطن والمتعلقة بإسقاط الحضانة بسبب زواج الأم من شخص أجنبي خلال الفترة الممتدة ما بين شهر يناير 2012 وسبتمبر 2014 قد بلغ 2692 قضية، وأنّه تمّ الفصل النهائي في إسقاط الحضانة بسبب زواج الأم من شخص أجنبي في 1455 قضية، بينما رفض القضاء إسقاط الحضانة في 1297 قضية[1]، وهو ما يؤكد حرص القضاء الجزائري على مراعاة مصلحة المحضون.

***ثالثا:* سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها**

***1*-سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها في الشريعة الإسلامية:** لقد اشترط فقهاء المالكية عدم سكن الحاضنة الجديدة مع الحاضنة التي سقطت حضانتها، وإلاّ سقط حقها في الحضانة، ومنه تسقط حضانة الجدة إذا سكنت مع ابنتها والدة الطفل التي سقطت حضانتها بسبب زواجها، إلاّ إذا انفردت بالسكن عنها[2].

***2*-سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها في التشريعات العربية:**أخذت بعض التشريعات العربية بهذا السبب المسقط للحضانة.

- **فبالنسبة للمشرع الإماراتي:** جاء في الفقرة الرابعة من المادة 152 على أنّه:« يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية: ... 4- إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني»[3]، يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الإماراتي جعل

[1]- مقال حول حضانة الطفل، الموقع الرسمي لإذاعة الجزائر، 2014/12/04.
http://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20141204/21745.html

[2]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.729.

[3]- قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

سكن الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها سبب مسقط لحضانتها وفرّق في ذلك بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان سقوط حق الحاضنة الأولى لسبب غير العجز البدني، كفقدان الأمانة أو لزواجها من أجنبي فقي هذه الحالة يعتبر سكن الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها سببا مسقطا لحضانتها أيضا.

الحالة الثانية: إذا كان سقوط حق الحاضنة الأولى بسبب العجز البدني فإنّه لا مانع من سكن الحاضنة الجديدة معها لأنّ ذلك لا يضر بمصلحة المحضون[1].

- **بالنسبة للمشرع التونسي:** نص على سقوط حق الحضانة بسبب سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها في الفصل 63 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه:« من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلاّ برضى ولي المحضون، وإلاّ سقطت حضانتها»[2]، يتبيّن من هذا الفصل أنّ المشرع التونسي لا يسقط حق الحضانة عن الحاضنة الجديدة إذا سكنت بالمحضون مع حاضنته الأولى إذا كان سبب إسقاط الحضانة عنها هو عجزها البدني، أمّا إذا كان سبب سقوط الحضانة عنها غير العجز البدني وسكنت معها فإنّ ذلك يسقط حضانتها إلاّ إذا رضي ولي المحضون بذلك.

- **بالنسبة للمشرع الجزائري:** تنص المادة 70 من قانون الأسرة على أنّه:« تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم»[3].

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري نص على إسقاط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بالمحضون مع أمّه المتزوجة بغير قريب محرم، وبمفهوم المخالفة إذا كان سبب سقوط الحضانة عن الأم غير زواجها بغير قريب محرم وسكنت معها الحاضنة، فإنّ حق الحضانة لا يسقط عنها، مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

---

[1]- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق، ص.266.

[2]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[3]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

رابعا: **السفر بالمحضون**

1- السفر بالمحضون في الشريعة الإسلامية: لكلا الأبوين حق في المحضون فللأم حق حضانته، وللأب حق رعايته وتأديبه، مما يستلزم أن تسكن الحاضنة في مكان يمكّن الأب من رؤية ابنه ورعايته، لذلك نجد الفقهاء اختلفوا في أمر انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد آخر للإقامة والاستقرار فيه.

- **فبالنسبة لفقهاء الحنفية:** يرون أنّه إذا كانت الحاضنة أم المحضون فلا يمكنها الانتقال به إلى بلد بعيد حيث لا يتمكن الأب من رؤية المحضون في يوم واحد بأن يذهـب ويعود إلى ذلك البلد، إلاّ إذا سافرت إلى وطنها، الذي كان قد تزوجها فيه، أمّا إذا كان السفر إلى بلد قريب بحيث يتمكن والده من رؤيته في نفس النهار والعودة، فهنا لا تمنع من السفر.

أمّا إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة أو الخالة، فلا يجوز لها السفر بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلاّ بإذنه ورضاه[1].

- **بالنسبة لفقهاء المالكية:** يرون بأنّه ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى لا يوجد فيها أب المحضون أو وليه إلاّ إذا كانت المسافة أقل من ستة برد[2]، وهو ما يعادل تقريبا 133كلم[3]، فإن كانت أقل فإنّه يمكنها أن تستوطن فيها، ولا يسقط حقها في الحضانة، كما يشترط أن يكون الهدف من السفر الإقامة والاستيطان أما إذا كان بهدف التجارة أو لقضاء حاجة، فإنّ لها أن تسافر به، أمّا الولي فإذا أراد السفر من بلدة إلى أخرى ليقـيم ويستوطن فيها، فإنّ له أن يأخذ المحضون من حاضنته[4].

- **بالنسبة لفقهاء الشافعية:** يرون أنّه إذا كان السفر أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة كتجارة أو حج، يبقى الولد مع من لم يسافر حتى يعود، وإن كان السفر سفر نقلة، كان

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.737.

[2]- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص.525.

[3]- عدي السعيد، مرجع سابق، ص.31.

[4]- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، ص.526.

الأب أولى من الأم بالحضانة، شرط أن يكون الطريق والبلد المقصود بالسفر آمنين، فإن كان البلد الذي يسافر إليه غير آمن، فالذي يبقى أحق بحضانة الولد[1].

- **بالنسبة لفقهاء الحنابلة:** يرون أنّه متى أراد أحد الأبوين السفر إلى بلد آمن، مسافة القصر فأكثر لسكنه، تسقط حضانة الحاضنة، ويكون الأب أحق بها، ما لم يرد بسفره إلحاق الضرر بالأم، فإن أراد الإضرار بها، لا يسقط حقها في الحضانة[2].

2- السفر بالمحضون في التشريعات العربية:

- **بالنسبة للمشرع الإماراتي:** جاء في الفقرة الثانية من المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية أنّه:« يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:. ..2- إذا استوطن الحاضن بلدا يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته»[3].

كما تنص الفقرة الثالثة من المادة 151 على أنّه:« لا يجوز إسقاط حضانة الأم المبانة لمجرد انتقال الأب إلى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة إلاّ إذا كانت النقلة بقصد الاستقرار ولم تكن مضارة للأم وكانت المسافة بين البلدين تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه بوسائل النقل العادية»[4].

يتبين من هذه المواد أنّ المشرع الإماراتي اشترط لإسقاط حق الحضانة بسبب السفر:

- أن يكون السفر بقصد الاستيطان.
- أن لا يكون السفر بقصد الإضرار بالحاضنة الأم.
- أن يكون السفر إلى بلد بعيد يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته.

- **بالنسبة للمشرع المغربي:** ميّز بين السفر بالمحضون داخل المغرب والسفر به خارج المغرب من خلال المواد 178 و179 من مدونة الأسرة بحيث جاء في المادة 178 على أنّه:« لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائـــب الشرعي للإقامة من مكان لآخــر داخل

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.737.

[2]- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، ص.526.

[3]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[4]-قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

المغرب، إلاّ إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي».

كما جاء في المادة 179 من المدونة أنّه:«يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي.

تتولى النيابة العامة، تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك.

في حالة رفض الموافقة، على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات، لاستصدار إذن بذلك.

لا يستجاب لهذا الطلب، إلاّ بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر ومن عودة المحضون إلى المغرب»[1].

يتبيّن من هذين النصين أنّ السفر بالمحضون داخل المغرب لا يسقط حق الحضانة، إلاّ إذا كان يضر بمصلحته ، أما إذا كان السفر خارج المغرب فإنّه يسقط حق الحضانة، ويحق للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة أن تمنع السفر بالمحضون خارج المغرب في قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق، وتتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة بقرار المنع.

والسفر المسقط للحق في الحضانة هو ذلك السفر الذي يكون من أجل الإقامة الدائمة بالمحضون خارج الوطن، وليس بصفة مؤقتة[2].

- **بالنسبة للمشرع التونسي:** نص على السفر كسبب مسقط للحضانة في الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية والفصل62 بحيث جاء في الفصل 61 أنّه:«إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها»، وجاء الفصل 62 تكملة للفصل 61 بنصه:« يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلاّ برضاها ما دامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك»[3].

---

[1]- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[2]- كمال صمامة، مرجع سابق، ص.136.

[3]- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1959، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

يتبيّن من خلال هذين الفصلين أنّ المشرع التونسي يسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت واستقرت بالمحضون في مكان بعيد ، مما يصعب على الولي القيام بواجباته اتجاه المحضون، كما أنّه يمنع أن يسافر الأب بالمحضون الذي يكون في حضانة أمّه إلاّ بموافقتها.

- **بالنسبة للمشرع الجزائري:** عالج موضوع سفر الحاضن بالمحضون في نص المادة 69 من قانون الأسرة التي جاء فيها :«إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون»[1].

يتبيّن من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري علّق مسألة انتقال الحاضن بالمحضون للاستيطان في بلد أجنبي على إذن القاضي الذي يعمل على تحقيق مصلحة المحضون، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/12/26، أنّ الحضانة تسقط بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر[2]، كما جاء في قرار آخر بأنّ الحضانة لا تسقط بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي[3].

المطلب الثالث

مصلحة المحضون في عودة حق الحضانة

إذا سقطت الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة أعلاه ثمّ زال هذا السبب يمكن أن يعود حق الحضانة إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب فيصبح من مصلحة الحاضن الذي سقط حقه في الحضانة أن يطلب بإعادته[4].

---

[1]- قانون رقم84-11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]- قرار المحكمة العليا، رقم: 273526 الصادر بتاريخ:2001/12/26، غ.أ.ش، قضية: (س.ف) ضد (س.خ)، المجلة القضائية، العدد1، 2004، ص.258.

[3]- قرار المحكمة العليا، رقم: 282033، الصادر بتاريخ: 2002/05/08، غ.أ.ش، قضية: (ب.س) ضد (ب.ك)، مجلة المحكمة العليا، 2004، العدد2، ص.363.

[4]- عبد العزيز سعد، قانون لأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص.143.

الفرع الأول

عودة الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية

سنبيّن في هذا الفرع رأي الفقه حول مسألة عودة حق الحضانة بعد سقوطه وذلك بالنظر إلى سبب السقوط إن كان بعذر أو بغير عذر.

***أولا*: إذا كان سبب سقوط الحضانة بعذر**

يرى جمهور الفقهاء(المالكية، الشافعية، والحنفية، والحنابلة) أنّه يمكن للحاضن الذي سقطت حضانته بعذر اضطراري كمرض أو خوف المكان أو سفر ولي المحضون سفر نقلة، أن يطالب بعودة الحضانة إليه، بعد أن انتقلت إلى من يليه في الدرجة، لأنّ الحضانة لا تسقط بالإسقاط وإنّما تمنع بموانعها، وتعود بزوال تلك الموانع، غير أنّ المالكية أضافوا إلى ذلك أنّ من سقطت حضانته لعذر ثمّ زال العذر، ولكنّه لم يطالب بإعادة الحضانة إليه مباشرة ومضت سنة على زوال ذلك العذر دون المطالبة بعودة الحضانة، فلا يحق له أن يطالب بعودتها إليه بعد هذه المدّة ، خاصة إذا تعوّد المحضون على من هو عنده وكانت مصلحته تقتضي بقائه لديه[1].

***ثانيا*: إذا كان سبب سقوط الحضانة بغير عذر**

إذا كان سبب سقوط الحضانة بغير عذر وكان ناتج عن إرادة الحاضنة، كزواجها بأجنبي غير محرم، أو كانت فاسقة، أو سافرت بإرادتها بدون عذر، ففي هذه المسألة اختلف الفقهاء إلى رأيين:

الرأي الأوّل: وهو رأي فقهاء المالكية، يرون أنّ الحضانة لا تعود إذا كان سبب سقوطها زواج الحاضنة بأجنبي ودخول الزوج بها، أو كان تنازلها عن الحضانة بهدف الإضرار بالزوج، أو كان كمقابل للخلع[2]، وحجتهم في ذلك أنّ من أسقط حضانته لغير عذر كان ذلك دليلا منه

[1]– محمد سمارة، مرجع سابق، ص.392.

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.732.

على أنّه لا يريدها، فإذا عاد وطلبها، كان وراء طلبه هذا مصلحة خاصة فلا يجاب إلى ذلك حرصا على مصلحة المحضون[1].

الرأي الثاني: وهو رأي فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة يرون بأنّه إذا سقطت الحضانة لمانع، ثمّ زال المانع، عادت إلى صاحبها، سواء كان هذا المانع اضطراريا كالمرض، أم اختياريا كالزواج والسفر والفسق، وحجتهم في ذلك أنّ الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها[2]، لذلك فإنّ الحضانة تعود، ولأنّ حق المحضون أقوى من حق الحاضنة، فلو خالعت المرأة زوجها مقابل التنازل له عن الحضانة، فالخلع جائز والشرط باطل، لأنّ السبب في كون الأم أحق بالحضانة هو حاجة الصغير إليها، فوجوده عندها أنفع له[3].

الفرع الثاني

عودة الحق في الحضانة في التشريعات العربية

لقد حرصت التشريعات العربية على حماية المحضون وتحقيق مصالحه، وفقا لما يتناسب وأحكام الشريعة الإسلامية، ونصت على إمكانية عودة حق الحضانة من جديد إلى من سقطت حضانته إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

أولا:عودة الحق في الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

جاء في نص المادة 153 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أنّه:«تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها»[4]، يتبيّن من خلال هذا النص أنّ المشرع الإماراتي أخذ بقول الجمهور من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ولم يفرق بين سبب السقوط إذا كان بعذر أو بغير عذر وذلك مراعاة منه لمصلحة المحضون[5] وتبرر المذكرة الإيضاحية أخذها بمذهب

[1]– محمد سمارة، مرجع سابق ، ص.393.

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص.732.

[3]– محمد سمارة، مرجع سابق ، ص.393.

[4]– قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

[5]– فاطمة عبد الصمد الحمادي، مرجع سابق،ص.48.

الجمهور بقولها: إنّ ذلك كله داخل في القاعدة الشرعية المقررة (إذا زال المانع عاد الممنوع) والقاعدة المقررة أيضا: (العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما)[1].

ثانيا:عودة الحق في الحضانة في مدونة الأسرة المغربية

تطرق المشرع المغربي لإمكانية عودة حق الحضانة في حالة زوال سبب سقوطها في نص المادة 170 من مدونة الأسرة التي تنص على أنّه:« تعود الحضانة لمستحقها إذا أرتفع عند العذر الذي منعه منها، تمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون»[2]، يتبيّن لنا من خلال هذه المادة أنّ المشرع المغربي لم يميّز بين العذر الاختياري والعذر غير الاختياري والذي كان مقررا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فحسب التعديل الجديد يكفي زوال العذر الذي كان يمنع القيام بالحضانة لاستعادة الحق فيها، لأنّ مصلحة المحضون تقتضي عودة حضانته إلى من زال عنه العذر[3].

ثالثا:عودة الحق في الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

لم يشر المشرع التونسي إلى مسألة عودة الحق في الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية إلاّ أنّه بيّن في الفصل 58 من مجلة الأحـوال الشخصية الشـروط الواجب توفـرهـا في الحاضن، وحدد أسباب سقوط الحق في الحضانة في الفصول 61، 62، 63، 64 من المجلة، وبما أنّه يعتبر مصلحة المحضون هي دائما المعيار الأساسي في إسناد وإسقاط حق الحضانة وعليه إذا نزعت الحضانة من الأم على أساس زواجها بزوج جديد، فإنّه يمكنها بعد الطلاق أن تسترد حضانة أبنائها، إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي أن يكون معها، وهذا ما أكّدته محكمة التعقيب في قرار تعقيبي عدد 57466 مؤرخ في 22 أفريل 1997 أنّ أحكام الحضانة هي أحكام وقتية تهم النظام العام لتعلقها بالقصر ولا تأثير لحالة مرض عادي لا

[1]– المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق، ص.267.

[2]–القانون رقم 03–70، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[3] -http://www.blog.saeeed.com/2011/04/garde-des-enfants-dispositions/

خطورة منه في شان إسنادها بعد إستبانة مصلحة المحضونين التي هي الأهم والأساس دون اعتبار آخر[1].

رابعا:عودة الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى مسألة عودة الحق في الحضانة من خلال نص المادة 71 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنّه:« يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري»[2]، يتضح من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي أين ميّز بين سبب السقوط الاختياري والاضطراري، فإذا كان سبب سقوط الحق في الحضانة اضطراري خارج عن إرادة الحاضنة فإنّ حق الحضانة يعود إليها بزواله، أمّا إذا كان سبب سقوط الحق في الحضانة بإرادتها فلا يعود لها حق الحضانة، لأنّ مصلحة المحضون تكون فوق كل اعتبار وقبل كل شيء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1982/01/25، الذي جاء فيه أنّ التنازل عن الحضانة باختيار من الحاضن مانع من عودتها إليه[3].كما جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1989/03/27 أنّه من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية[4].

---

[1]– منظومة حقوق المرأة التونسية، دعم حقوق المرأة والطفل من خلال تكنولوجيا المعلومات في تونس، 2013/06/10. http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=35

[2]– قانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، مرجع سابق.

[3]– قرار المحكمة العليا، رقم: 26545، الصادر بتاريخ: 1982/01/25، غ.أ.ش، قضية (ش.ز) ضد (ع.خ)، نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص.243.

[4]– قرار المحكمة العليا، رقم: 1989/03/27، الصادر بتاريخ: 1989/03/27 غ.أ.ش، قضية (س.ف) ضد (ز.ف)، المجلة القضائية، 1990، العدد3، ص.85.

خاتمة

بعد دراستنا لموضوع مصلحة المحضون في إسناد الحضانة بين الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري وبعدما طرحنا إشكالية مدى مراعاتهم لمصلحة المحضون في إسناد وإسقاط الحضانة ومدى توفقهم في ذلك، وتناولنا الموضوع من خلال تقسيمه إلى فصلين أدرجنا في الأوّل الحضانة وإسنادها، وفي الثاني مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة وانتهائها، توصلنا إلى النتائج الآتية:

- ✓ تعتبر الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للطفل، نظرا لما لها من أهمية في حفظ الولد ورعايته وفقا لما تقتضيه مصلحته.
- ✓ الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون إلاّ أنّه في حالة تعارض مصالحهم يقدم حق المحضون ومصالحه على حق الحاضن إعمالا بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون.
- ✓ أخذت التشريعات العربية بمبدأ مراعاة مصلحة المحضون كقاعدة لإسناد الحضانة وإسقاطها إلاّ أنّها لم تعط تعريفا لها، وتركت أمر تحديدها لسلطة القاضي التقديرية.
- ✓ حدّدت التشريعات العربية الشروط الواجب توفرها في مستحق الحضانة وفصلت فيها وأخذت بالشروط المذكورة في قواعد الشريعة الإسلامية، في حين أنّ المشرع الجزائري اكتفى بذكر عبارة أهلا للقيام بها وفتح المجال أمام القاضي لتحديدها وفقا لما يتناسب مع قواعد الشريعة الإسلامية ومصلحة المحضون.
- ✓ لم تخرج التشريعات العربية عن قواعد الشريعة الإسلامية في ترتيبها لمستحقي الحضانة، فقد اتفقت جميعا على أولوية الأم في الحضانة، غير أنّ بعض التشريعات العربية خالفت الترتيب المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأب فنجد المشرع الإماراتي والمغربي والجزائري جعلوا الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في حين أنّ المشرع التونسي خرج نوعا ما عن أحكام الشريعة وساوى بين الأم والأب في استحقاق الحضانة.
- ✓ ميّز فقهاء الشريعة بين الذكر والأنثى في تحديد مدّة حضانتهم من أجل الموازنة بين حاجة الصغير إلى حنان وعطف أمه في صغره وحكمة وعزم أبيه عندما يكبر، وهو ما أخذ به المشرعان الإماراتي والجزائري مع إعطائهما لإمكانية تمديد هذه المدة، في حين أنّ المشرعان المغربي والمصري وحدّا بين مدة حضانة الذكر والأنثى وأعطوهم الحرية في اختيار حاضنهم عند بلوغ سن

الخامسة عشر، أمّا المشرع التونسي لم يحدد مدّة الحضانة وفتح مجال تحديدها لسلطة القاضي التقديرية وفقا لما يتناسب ومصلحة المحضون.

- ✓ نظر لصغر سن المحضون وعجزه عن توفير حاجياته وحفاظا على مصلحته أوجبت الشريعة الإسلامية على والده الإنفاق عليه واعتبرت الشريعة الإسلامية السكن من مشتملات النفقة وهو ما أخذ به المشرع الإماراتي والتونسي والجزائري في حين أنّ المشرع المغربي لم يعتبره من مشتملات النفقة، وحفاظا على مصلحة المحضون في النفقة والسكن وضعت آليات لحمايتها.
- ✓ بما أنّ مصلحة المحضون تقتضي أن تسند الحضانة لمن كان أهلا لها فإذا ما وقع تغيير في وضعية الحاضن واختلّت إحدى شروط الحضانة وأدّى ذلك للإضرار بمصلحة المحضون تسقط حضانته وتنتقل لمن يليه في المرتبة.
- ✓ بما أنّ مصلحة المحضون هي الأساس الذي يعتمد عليه في إسناد وإسقاط الحضانة فإنّ الشريعة الإسلامية أقرت بإمكانية عودة حق الحضانة متى زال سبب إسقاطها وكان ذلك يحقق مصلحة المحضون وهو ما أخذت به التشريعات العربية.

وبعد عرضنا لأهم النتائج المتوصل إليها فإنّنا ارتأينا إدراج بعض التوصيات والاقتراحات التي نأمل أن تساهم في تحقيق مصلحة المحضون والتي تتمثل في:

1. نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 62 من قانون الأسرة بتحديد الشروط الواجب توفرها في الحاضن، ووضع معايير تحدّد مصلحة المحضون لكي يستند إليها القاضي وتساعده في إختيار ما يتناسب مع مصلحة المحضون.
2. وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة من حيث الشروط والوقت ومكان الزيارة وفقا لما يحقق مصلحة المحضون.
3. تفعيل دور المساعدين الاجتماعيين من أجل مساعدة القاضي في إسناد الحضانة لمن تتحقق عنده مصلحة المحضون.
4. نقترح تعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة وذلك من أجل تحديد ما المقصود بالأقربون درجة.
5. إعادة صياغة نص المادة 72 من قانون الأسرة، فالسكن يجب أن يكون ملائما لممارسة الحضانة وليس للحضانة.

قائمة المراجع

القـــرآن الكـــريم

أولا: الكتب

1- ابراهيم البيجـوري، حاشيــة البيجـــوري عــلى شـــرح ابن القـــاسم على متن أبي شجاع، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.

2- أبو حـــامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المســتصفى من علم الأصول، دار الميمان، السعودية، د س ن.

3- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2009.

4- أحمد شامي، قانون الأســرة الجزائري طبقا لأحـدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010 .

5- أحـــمد محـــمد عــلي داود، الأحوال الشخصية، الجــزء الثالث والــرابع، دار الثقافة، عمان، الأردن،2009.

6- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، مصر، 2001.

7- ـــــــــــــــ، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

8- الشحات إبــراهيم مـنصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، مصر،2011.

9- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

10- ـــــــــــــــ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)، الطبعة الأولى، دار كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر،2003.

11- اللغوي الحسين بن مسعود الشافعي، مصابيح السنة، المجلد الثاني، دار القلم، بيروت، د.س.ن.

12- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة، الجزائر،2010.

13- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

14- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق)، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، د. س.ن.

15- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا،ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2012.

16- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.

17- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الوفاء، مصر، 2012.

18- ــــــــــــــــــــــــ، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2011.

19- رمضان علي السيد الشربناصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

20- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

21- سيّد سابق، فقه السنة (نظام الأسرة-الحدود والجنايات)، ج2، دار الفكر،بيروت، 1998.

22- سيدي محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف الرهوني، حاشية الرهوني على الشرح الزرقاني لمختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، 1978.

23- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، 1986.

24- شمس الدين محمد أبو العباس أحمد بن حمزة، بن شهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

25- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.

26- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن.

27- صفوان بن عدنان داوودي، قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها،ج1، دار العاصمة، د.ب.ن، د.س.ن.

28- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

29- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

30- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.

31- ــــــــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق)، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013.

32 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

33- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.

34- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.

35- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990.

36- عــثمان التـــكروري، شرح قانون الأحــوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

37- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

38- علي أبو البصل، دراسات في فقه الأسرة، دار القلم، بيروت،2004.

39- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

40- كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المشهور بابن همام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج3، ط1، المطبعة الأميرية، مصر، دس ن.

41- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2011.

42- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1958.

43- محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، ج.5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

44- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973.

45- محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة عمان، 2008.

46- محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008.

47- محمد عليوى ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، 2010.

48-محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

49- منتصرسعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

50- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، د.ب.ن، د.س.ن.

51- نسرين شريقي، بوفرورة كمال، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

52- نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009.

53- نور الدين بن مختار الخادمي، الإجتهاد المقاصدي (حجيته، ضوابطه، مجالاته)، ج1، ط1، دار الكتب القطرية، قطر، 1998.

54- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الأحوال الشخصية)، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985.

55- ياسر عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، د.ب.ن، 2012.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

I. الأطروحات

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

II. مذكرات الماجستير

1- بن عصمان نسرين ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009.

2- سناء عماري، "التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.

3- فاطمة عبد الصمد الحمادي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2012.

4-كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.

5- معمري إيمان، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إنشاء الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015.

6- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، 2007.

III. مذكرات الماستر

1- أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.

2- أيت عكوش وزنة، بن كرو نوال، الحضانة- دراسة مقارنة- (بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

IV. مذكرات المدرسة العليا للقضاء

1- عدي السعيد، الحضانة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، المدرسة العليا للقضاء، 2009.

ثالثا: المقالات العلمية

1- اشوي عماد،" تنازع القوانين في الحضانة – دراسة مقارنة-"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، عدد خاص، 2015.

2- عماري ابراهيم، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد الثالث، مارس2016.

3- فاطمة حداد، " حق الطفل في الحضانة والكفالة"، مجلة الشهاب متخصصة في البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، الجزائر، العدد الثالث، جوان 2016.

رابعا: الملتقيات العلمية

1- ابتسام بالقاسم القرني، حقوق الحاضن على المحضون، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014.

2- أفنان بنت محمد عبد المجيد التلمساني، مستحقو الحضانة وموجبات نقلها ودور المصلحة في ذلك، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة،2014.

3- المهدي محمد الحرازي، "مستحقو الحضانة وترتيبهم حسب متغيرات العصر"، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014.

4- عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة (دراسة فقهية)، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014.

5- عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيمل، نفقة الأولاد بعد الفرقة بين الفقه المسطور والواقع المنظور (دراسة شرعية)، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014.

خامسا: اجتهادات المحكمة العليا

- قرار المجلس الأعلى، رقم: 32594، الصادر بتاريخ: 1984/04/02، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد1، 1989.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 347914، الصادر بتاريخ: 2006/01/04، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2006.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 59784، صادر بتاريخ: 1990/04/16، غ.أ.ش،المجلة القضائية، العدد4، 1991.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 214290، صادر بتاريخ:1998/12/15، غ.أ.ش،اجتهاد قضـــائي، عدد خاص، 2001.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 258479، الصادر بتاريخ: 2001/01/23، غ.أ.ش،المجلة القضائية، العدد2، 2001.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 33921، الصادر بتاريخ:1984/07/09، غ.أ.ش،المجلة القضائية، العدد4، 1989.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 189181، الصادر بتاريخ:1998/04/21، غ.أ.ش، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 331058 الصادر بتاريخ: 2005/05/18، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 341320، الصادر بتاريخ: 2005/07/13، غ.أ.ش، نشرة القضاة، العدد 62، 2008.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 40438، الصادر بتاريخ: 1986/05/08، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد2، 1989.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 89672، الصادر بتاريخ:1993/02/23، غ.أ.ش، إجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 26545، الصادر بتاريخ: 1982/01/25، غ.أ.ش، نشرة القضاة، عدد خاص، 1982.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 1989/03/27، الصادر بتاريخ: 1989/03/27، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد3،1990.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 273526 الصادر بتاريخ: 2001/12/26، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد1، 2004.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 282033، الصادر بتاريخ: 2002/05/08، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا، العدد2004،2.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 564787، الصادر بتاريخ: 2010/07/15، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2010.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 171684، الصادر بتاريخ: 1997/09/30، غ.أ.ش، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.

- قرار المحكمة العليا، رقم: 451303، الصادر بتاريخ: 2008/10/15، غ.أ.ش، نشرة القضاة، العدد 67، 2012.

- قرار المحكمة العليا، رقم:33921، الصادر بتاريخ: 1984/07/09، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد4،1989.

– قرار المحكمة العليا، رقم: 341320، مؤرخ في: 2005/07/13، غ.أ.ش، نشـــرة القضاة، العدد 62، 2005.

– قرار المحكمة العليا، رقم: 613469، المؤرخ في: 2011/03/10، غ.أ.ش، مجلة المحكمة العليا،العدد1، 2012.

– قرار المحكمة العليا، رقم: 40438، مؤرخ في: 1986/05/08، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد2، 1989.

– قرار المحكمة العليا، رقم: 102886،المؤرخ في:1994/04/19، غ.أ.ش، نشرة القضاة، العدد 51، 1997.

– قرار المحكمة العليا، رقم: 189234، المؤرخ في: 1998/04/21، غ.أ.ش، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.

– قرار المحكمة العليا، رقم: 274207، المؤرخ في: 2002/07/03، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد1، 2004.

– قرار المحكمة المحكمة العليا، رقم: 56097، المؤرخ في:1989/12/25، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد 4،1991.

– قرار المحكمة المحكمة العليا، رقم:52221 الصادر بتاريخ:1989/03/13، غ.أ.ش، المجلة القضائية، العدد1،1993.

سادسا: اتفاقيات دولية

1– اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، دخلت حيّز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990 وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1992 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، ج رعدد91، الصادر بتاريخ 29 سبتمبر 1992.

2- الإطار العربي لحقوق الطفل، موقع الأنترنت،
www.un.org/arabic/documents/GADOCS/55/A-55-942

سابعا: النصوص القانونية

1- النصوص القانونيةالوطنية

1- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31، الصادر في 13 مايو 2007.

2- قانون رقم 11.84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 43، الصادر في 22 يونيو 1984، معدل ومتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

3- قانون رقم 15-01، المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة،ج.ر، عدد1، الصادر في 07 جانفي 2015.

4- قانون رقم 15-12 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر عدد39، الصادر في 19 يوليو سنة 2015.

5- مرسوم تنفيذي رقم 15-107، المؤرخ في 21 أفريل 2015، يحدد كيفيات حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه " صندوق النفقة"، ج.ر، عدد22، المؤرخ في 29 أفريل 2015.

2- النصوص القانونية لبعض الدول العربية

1- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، عدد 26، الإمارات العربية المتحدة، 2006.

2- القانون رقم 1 لسنة 2000، المؤرخ في 29 يناير 2000 يتضمن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، ج ر عدد 4 (مكرر)، الصادر في 29 يناير 2000.

3- القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، موقع الانترنت،
http://mohamedbamby.blogspot.com/2013/06/1929.html

4- قانون رقم 12 لسنة 1996 المتضمن قانون الطفل المصري، المعدل بالقانون، 126، لسنة 2008، موقع الأنترنت http://www.egyptiantalks.org/invb/topic/74451-قانون-الطفل-المصرى-المعدل-بالقانون-126-لسنة-2008

5- القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة، صادر في 03 فبراير 2004، ج.ر رقم 5148، الصادرة يوم 05 فبراير 2004، الظهير الشريف رقم 01.04.22، معدل ومتمم بالقانون رقم، 102.15 صادر بتاريخ 12 يناير 2016، ج ر عدد 6433، الصادرة يوم 25 يناير 2016 الظهير الشريف رقم 1.16.2.

6- قانون اتحادي رقم 3 لسنة 2016 بشأن قانون حقوق الطفل "وديمة" المؤرخ بتاريخ 8 مارس 2016، ج ر عدد 593 بتاريخ 15 مارس 2003.

7- قانون إتحادي رقم 28 لسنة 2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المؤرخ في19 نوفمبر 2005، ج.ر عدد439، الصادر بتاريخ 30 نوفمبر2005.

8- قانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 09 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي عدد 90، المؤرخ في 10 نوفمبر 1995.

9- قانون-الطفل-المصرى-المعدل-بالقانون-126-لسنة-

http://www.egyptiantalks.org/invb/topic/744512008

10-أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016، موقع

الأنترنت،http://www.legislation.tn/recherche/jort

ثامنا: القواميس

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، د. س.ن.

2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر، بيروت، د.س.ن.

3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008.

تاسعا: المواقع الإلكترونية.

1-عز الدين بن عبد الله، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، موقع الأنترنت، http://montada.echoroukonline.com/showthread.php?t=251036

2- أمل المرشدي، بحث قانوني حول حق الحضانة وفق الشرع، موقع الأنترنت http://www.mohamah.net/law

3- قرار محكمة النقض، رقم: 788، المؤرخ في:

http://www.jurisprudencemaroc.com،2008/03/12

4- قرار محكمة النقض، رقم: 798، المؤرخ في:

http://www.jurisprudencemaroc.com/،2007/09/26

5-الحضانة في القانون التونسيhttp://www.turess.com/attounissia/160445

6-عروة صبري، حضانة–المرأة–العاملة، 2005، موقع الأنترنت، http://k-tb.com/book/Women02604

8- http://egyptlayer.over-blog.com/2013/08/blog-post_8849.html

7- قرار محكمة النقض، رقم: 235، المؤرخ في: 2008/04/30.

http://www.jurisprudencemaroc.com

8- قرار محكمة النقض، رقم: 392، المؤرخ في: 2008/07/23.

http://www.jurisprudencemaroc.com

9-حضانة الطفل، الموقع الرسمي لإذاعة الجزائر، 2014/12/04.

http://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20141204/21745.html

10- منظومة حقوق المرأة التونسية، دعم حقوق المرأة والطفل من خلال تكنولوجيا المعلومات في تونس، 2013/06/10. http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=35

11-http://www.blog.saeeed.com/2011/04/garde-des-enfants-dispositions/

فهـــرس

تشكرات

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 02

الفصل الأول: الحضانة و إسنادها 06

المبحث الأول: مناط إسناد الحضانة.....07

المطلب الأوّل: مفهوم الحضانة.....07

الفرع الأوّل: تعريف الحضانة.....08

أولا: التعريف اللغوي للحضانة 08

ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة 08

ثالثا: تعريف الحضانة في بعض التشريعات العربية 10

الفرع الثاني: صاحب الحق في الحضانة.....13

أوّلا: صاحب الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية 13

ثانيا: صاحب الحق في الحضانة في القانون 15

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الحضانة.....18

المطلب الثاني: مفهوم مصلحة المحضون. 18

الفرع الأول: تعريف المصلحة 18

أولا: التعريف اللغوي للمصلحة.....18

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للمصلحة 19

ثالثا: التعريف القانوني للمصلحة 21

الفرع الثاني: تعريف المحضون.....22

أوّلا: التعريف اللغوي للطفل 23

ثانيا: الطفل في الشريعة الإسلامية 23

ثالثا: التعريف القانوني للطفل 24
المبحث الثاني: تقدير مصلحة المحضون على أساس شروط إسناد الحضانة 27
المطلب الأوّل: شروط رعاية مصلحة المحضون 27
الفرع الأوّل: الشروط العامة لإسناد الحضانة.....28
أوّلا : شرط الأهلية.....28
ثانيا: شرط القدرة على القيام بشؤون المحضون.....31
ثالثا: شرط الأمانة.....33
رابعا: شرط الإسلام 35
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لإسناد الحضانة.....37
أوّلا: الشروط الخاصة بالنساء 37
ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال.....41
المطلب الثاني: مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة 42
الفرع الأوّل: ترتيب مستحقي الحضانة في الشريعة الإسلامية 43
أوّلا: المستحقات للحضانة من النساء عند إنفرادهن و ترتيبهن.....43
ثانيا: المستحقون للحضانة من الرجال عند إنفرادهم و ترتيبهم.....46
ثالثا: المستحقون للحضانة من النساء والرجال عند الإجتماع وترتيبهم.....48
الفرع الثاني: موقف القانون من ترتيب مستحقي الحضانة.....50
أوّلا: ترتيب مستحقي الحضانة في بعض التشريعات العربية.....50
ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....52
الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة و انتهائها 57
المبحث الأوّل: مراعاة مصلحة المحضون أثناء ممارسة الحضانة 58
المطلب الأوّل: مصلحة المحضون في تحديد مدّة ومكان الحضانة وحق الزّيارة.....58
الفرع الأوّل: مدّة الحضانة 59

أوّلا: تحديد مدّة الحضانة.....59
ثانيا: مصلحة المحضون بعد انتهاء مدّة الحضانة.....63
الفرع الثاني: مكان الحضانة 68
الفرع الثالث: حق الزيارة.....69
أوّلا: حق الزيارة في الشريعة الإسلامية 69
ثانيا: حق الزيارة في التشريعات العربية.....70
المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون في النفقة والسكن 74
الفرع الأوّل: تقدير مصلحة المحضون في النفقة.....74
أوّلا: مشتملات النفقة 74
ثانيا: وسائل حفظ حق النفقة للمحضون 77
الفرع الثاني: سكن المحضون.....80
أوّلا: سكن المحضون في الشريعة الإسلامية 80
ثانيا: سكن المحضون في التشريعات العربية.....81
المبحث الثاني: مصلحة المحضون في سقوط وعودة حق الحضانة 84
المطلب الأوّل: إسقاط الحضانة بسبب ضياع الطفل صحة وخلقا 84
الفرع الأوّل: الأمراض العقلية والجسدية 85
أوّلا: موقف المشرع الإماراتي.....85
ثانيا: موقف المشرع المغربي 85
ثالثا: موقف المشرع التونسي.....86
رابعا: موقف المشرع الجزائري.....87
الفرع الثاني: السلوك المشين للحاضن 87
أولا: موقف المشرع الإماراتي من السلوك المشين.....88
ثانيا: موقف المشرع المصري من السلوك المشين.....88

ثالثا: موقف المشرع المغربي من السلوك المشين 88
رابعا: موقف المشرع التونسي من السلوك المشين 89
خامسا: موقف المشرع الجزائري من السلوك المشين 89
الفرع الثالث: عمل المرأة الحاضنة 91
أوّلا: عمل المرأة الحاضنة في الشريعة الإسلامية 91
ثانيا: عمل المرأة الحاضنة في التشريعات العربية 91
المطلب الثاني: تقدير مصلحة المحضون في التنازل عن الحضانة 92
الفرع الأوّل: مصلحة المحضون في التنازل الصريح عن الحضانة 93
أوّلا: التنازل الصريح عن الحضانة في الفقة الإسلامي 93
ثانيا: التنازل الصريح عن الحضانة في التشريعات العربية 93
الفرع الثاني: مصلحة المحضون في التنازل الضمني عن الحضانة 96
أوّلا: عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة 96
ثانيا: زواج الحاضنة بغير قريب محرم 98
ثالثا: سكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها 102
رابعا: السفر بالمحضون 104
المطلب الثالث: مصلحة المحضون في عودة حق الحضانة 107
الفرع الأوّل: عودة الحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية 108
أوّلا: إذا كان سبب سقوط الحضانة بعذر 108
ثانيا: إذا كان سبب سقوط الحضانة بغير عذر 108
الفرع الثاني: عودة الحق في الحضانة في التشريعات العربية 109
أوّلا: عودة الحق في الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 109
ثانيا: عودة الحق في الحضانة في مدونة الأسرة المغربية 110
ثالثا: عودة الحق في الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية 110

رابعا: عودة الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري 111
خاتمة 113
قائمة المراجع..... 116
فهرس المحتويات..... 130

ملخص

أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة لحماية الطفل المحضون وجعلت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وإسقاطها، فوضعت الشروط الواجب توفرها في الحاضن، ثمّ أعطت للقاضي سلطة في تقدير مصلحة المحضون حتى تضمن له حسن التربية و النشأة السليمة.

وهو ما أخذت به قوانين الأسرة العربية، حينما أكدت على الإشراف الفعلي للقضاء على حسن تطبيق الحضانة بإسنادها إلى من تتوفر فيه الشروط الضرورية لممارستها، وأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي يجب حمايتها سواء ما تعلق منها بمدة الحضانة أو مكانها أو تنظيم زيارة المحضون، وكذلك في إسقاط حق الحضانة وعودته.

Résumé

La législation islamique a prioritairement accordé un grand soin à la Protection de l'enfant-gardé, et elle a installé une règle de ménagement de ses intérêts, comme base fondamentale pour l'attribution des soins de la garderie et de son déchéance. Elle a instauré des conditions qui doivent être obligatoirement remplies par celui, ayant la responsabilité de la garde, et elle a ensuite donné au juge l'autorité d'appréciation de l'intérêt de l'enfant-gardé afin de lui assurer une bonne éducation et une croissance saine.

Et c'est ce qu'ont entrepris les codes de la famille arabe, lorsqu'ils ont confirmé la supervision effective sur la justice pour la bonne application de la garde des enfants et de son attribution à celui qui remplit, au mieux, les conditions indispensables pour son exercice, et pour la prise en considération des intérêts de l'enfant-gardé ; qui doivent être protégés, soit en ce qui concerne la durée de la période de la garderie ou de son lieu, ou de la programmation des visites de l'enfant-gardé, ainsi que la déchéance de droit de la garde et son rentabilité.