جـــامـــعـــة الشهيد حمه لخضر– الـــوادي
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued
كلية الحقوق والعلوم السياسية

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

عنـــوان المذكـــــرة

مسقطات الحضانة في التشريعات المغـاربية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير
تخصص: " أحوال شخصية "

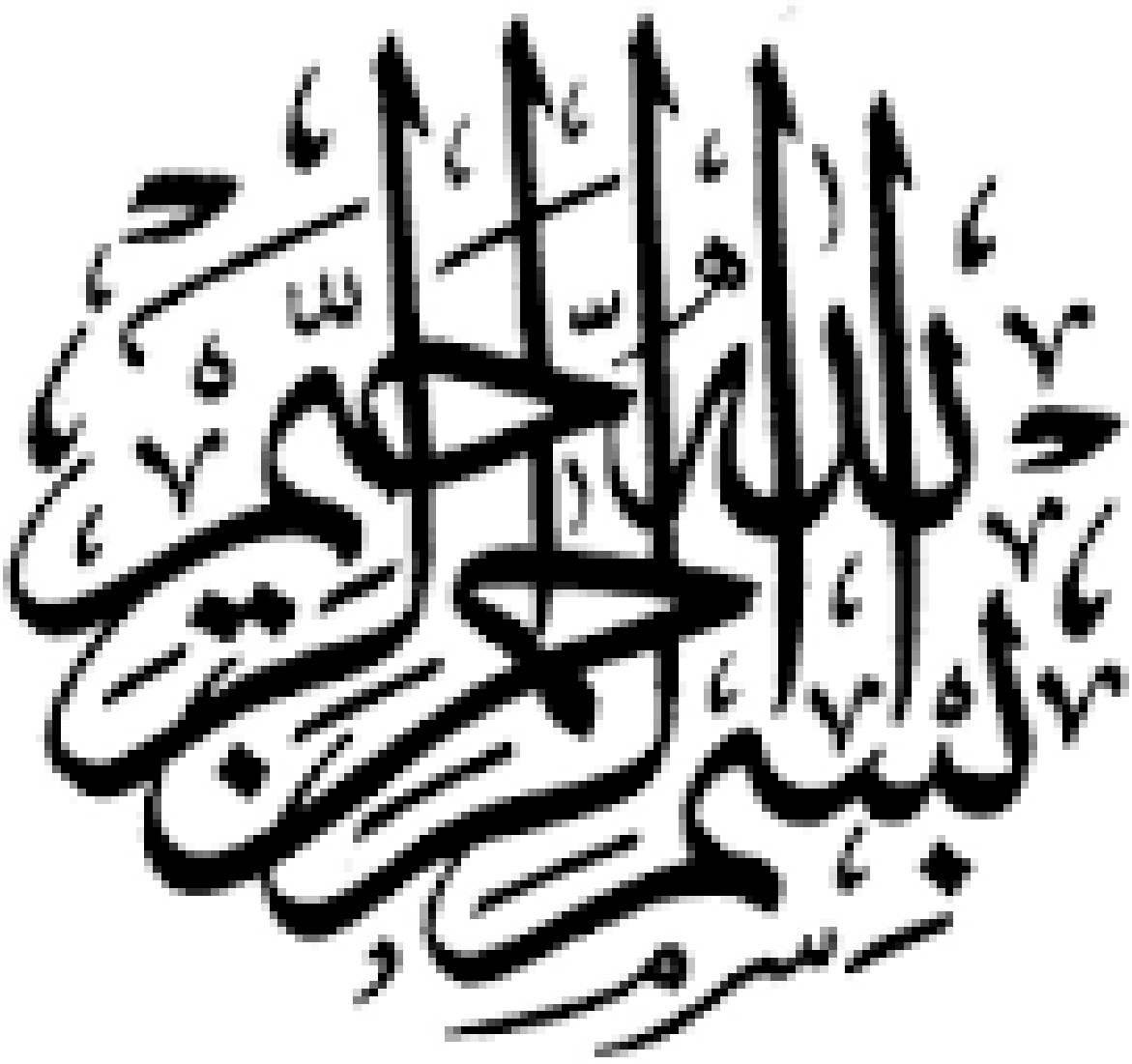
إعداد الطـــالب:
صمامة كمال

تحت إشراف الدكتور:
عبداللاوي يوسف

لجنـة المناقشـــة

1- الدكتور عمر روينة ..... رئيـسا
2- الدكتور يوسف عبداللاوي ..... مشـرفا
3- الدكتور كمال قدة ..... مناقـشا
4- الدكتور المكي دراجي ..... منـاقـشا
5- الدكتورة آمنة سلطاني ..... مـدعوة

السنة الجامعية: 2015/2014



الإهـــــداء

أهدي هذا العمل وثمرة جهدي المتواضع

إلى.....

رحاب شفاعتك أيها الأمين، على رسالة السماء يارسول الله.

إلى.....

آل بيتك المطهرين سادة الفقهاء، وصحابتك الأخيار النجباء.

إلى.....

روح والد ي ووالدتي، طيب الله ثراهم وجعل الجنة مثواهم.

إلى.....

زوجتي وأولادي، كل من نسيـــبة و عبد الرحمـــان ورديـــنة.

إلى.....

كل أفراد العائلة، من إخوة وأخوات وأقرباء، دون إستثنـــاء.

إلى.....

كل طالب علم، وأخص بالذكر، طلبة الدفعة بالماجستير (ق أ).

إلى.....

كل موظفي وعمال مديريتي أملاك الدولة و الحفظ العقاري.

إلى.....

كل الصدقاء والرفقاء والأحباب وكل من ساعدني ولو بالدعاء.

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

انطلاقا من العرفان بالجميل، فإنه ليسرني و ليثلج صدري أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى أستاذي ومشرفي الدكتور **يوسف عبداللاوي**، الذي مدني من منابع علمه بالكثير، والذي ما توانى يوما عن مد يد المساعدة لي وفي جميع المجالات.

وحتى لا نكون من الجاحدين والناكرين للجميل، أتقدم بالشكر والعرفان إلى كل من الأساتذة **المكي دراجي وبجاق محمد** والأستاذة **آمنة سلطاني** الذين لم يبخلوا عليَّ بتقديم التوصيات والنصائح القيمة خلال السنة النظرية.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة مذكرتي المتواضعة وحضورهم من أجل المشاركة في إثرائها.

الشكر موصول لعمال مكتبة جامعة الوادي، وكذلك مكتبة جامعة قسنطينة.

ولم ولن أنسى أن أتقدم بفائق الشكر والاحترام والتقدير إلى أخي **العربي** الذي سهر معي لإخراج هذه المذكرة للوجود.

وفي النهاية يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من مد لي يد العون في مسيرتي العلمية.

قائمة المختصرات

باللغة العربية

- د ط = دون طبعة.
- د ر ش = دون دار نشر.
- د ت = دون تاريخ.
- ص = صفحة.
- ق أ = قانون الأسرة، الجزائر.
- م أ = المجلس الأعلى، الجزائر.
- م ع = المحكمة العليا، الجزائر.
- غ أ ش = غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر.
- غ م = الغرفة المدنية، الجزائر.
- م ق = المجلة القضائية، الجزائر.
- ن ق = النشرة القضائية، الجزائر.
- ن س = النشرة السنوية، الجزائر.
- م ح ع = مجلة المحكمة العليا، الجزائر.
- م ح = مجموعة الأحكام ، الجزائر.
- م أ ش = مدونة الأحوال الشخصية، المغرب.
- م أ م = المجلس الأعلى، المغرب.
- م ق م أ = مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب.
- م ق ق = مجلة القضاء والقانون، المغرب.
- م أ ش ت = مجلة الأحوال الشخصية، تونس.
- م ت = محكمة التعقيب، تونس.
- ن م ت = نشرية محكمة التعقيب، تونس.
- م ق ت = مجلة القضاء والتشريع، تونس.
- م أ ش ت = مجلة الأحوال الشخصية، تونس.

باللغة الفرنسية

-P = page.
-ED = Edition
-OP Cit = Ouvrage Précédent Cité

مقدمة

يعد موضوع حضانة الطفل، من المواضيع المهمة في قانون الأحوال الشخصية على المستوى المغاربي، فالمشاكل العائلية المتزايدة، وحالات الطلاق بين الزوجين، أدت إلى العديد من التأثيرات السلبية على الأولاد، وهذا ما نتعهد ببحثه في هذه الرسالة.

فولاية الحضانة تثبت على الطفل، لحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك حتى يضمن بقاء الإنسان، كما وجب تربيته تربية صحية سليمة، وذلك لما لها من أثر بالغ الأهمية في حياة الطفل، لأنه يتوصل بها في مستقبل أيامه، إلى حياة حرة مستقلة يعتمد فيها بعد تجاوز حالة الحضانة على نفسه، ويكون فرداً صالحاً في بناء مجتمعه ورخائه.

فالمولود في طفولته، يحتاج إلى من يرعاه ويقوم بشؤون حياته، من طعام وشراب ولباس ومنام وتربية، ولما كان الوالدان هما أقرب الناس إليه وأرفقه به، فقد جعل الشارع رعاية مصالحه إليهما، ولما كانت الأم أقدر وأصبر على تربية الطفل في المرحلة الأولى من حياته؛ فقد فوض إليها أمر حضانته وتربيته، وجعل للأب ولاية التصرف بنفسه وماله، لأنه أصلح لهذه الولاية وأقدر عليه من النساء.

ومن هنا فقد نظم المشرعون المغاربة (الجزائر، المغرب، تونس)، شروط الحضانة وإستحقاقها خدمة للمحضون ولمصلحته، وهذا المبدأ ذاته تخضع له كل الحالات المتعلقة بمسقطات الحضانة، أو التنازل عنها.

وقد جرى على ذلك القضاء المغاربي، فكلما كانت مصلحة المحضون حاضرة، كانت الحضانة قائمة، وكلما انتفت المصلحة سقطت الحضانة.

والقضاء بإسقاط الحضانة، قد يزعزع إستقرار الطفل، ويؤثر فيه نفسياً طوال حياته ودرءاً لهذا الاحتمال؛ فيتحتم على كل شخص؛ يتمسك بأحد أسباب سقوط الحضانة، وفقاً لما هو منصوص عليه قانوناً؛ أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك، والمحكمة من جانبها تتريث ولا تحكم بالإسقاط، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

ويتفق المشرعون المغاربة من حيث تعليقهم إسقاط الحضانة،على حكم قضائي شريطة أن تكون مصلحة المحضون فوق كل إعتبار، وبالتالي يجب على كل من يدعي حالة من حالات إسقاط الحضانة، أن يثبتها أمام القضاء.

إذ أن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة، يجب أن يكون مبرراً بسبب قانوني،وهذا ما جرى به العمل في القضاء المغاربي.

لذلك ارتأيت البحث في موضوع مسقطات الحضانة، في التشريعات المغاربية وحاولت الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي، من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية للمحاكم على المستوى المغاربي.

ولهذا كله سوف أعالج هذا الموضوع، من خلال العناصر التالية:

I. أهمية الموضوع وإشكالياته:

أولا: أهمية الموضوع:

إن موضوع الحضانة في الشريعة الإسلامية، والقوانين العربية، وأخص بالذكر التشريعات المغاربية، يعتبر من أهم وأجل قضايا الأسرة فهي لصيقة بحياة الناس وحاجاتهم، فما من بيت من بيوتاتنا، إلا وهم عرضة لأحكام الحضانة ومسقطاتها، وهذا نتيجة تزايد المشاكل الأسرية في السنوات الخيرة، وأهم شيء في الموضوع كله، هو الطفل المحضون، والذي يحتاج إلى من يرعاه ويحافظ عليه، وإلى من يربيه ويقف إلى جنبه، حتى يشتد عوده إلى سن معينة.

هذه الرعاية تتوفر بوجود الوالدين، إلا أن عدم اجتماع الوالدين مع الطفل المحضون لسبب أو لأخر، خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية، تثار مشكلة الحضانة بحدة، ومن هو الأجدر بحماية المحضون ورعايته، وهنا لابد أن نحتكم للنصوص التشريعية، لاسيما القوانين التي تنظم شؤون الأسرة، مع إعطاء القاضي السلطة التقديرية، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

وقد تطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض، فقد حثت المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل، جميع الدول، على إعطاء الطفل كامل حقوقه مؤكدة على رعايته وحمايته والحفاظ على مصلحته، ومع ذلك فإن هذا الحق في الحضانة، قد ينتهي ويسقط اختياريا، أو بقوة القانون، أو بالتنازل عنها، وهنا تبرز أهمية الموضوع، والمتمثلة في الآتي:

1. اهتمام التشريعات المغاربية بموضوع الدراسة، كونها تهدف إلى التأكيد على إعطاء هذا الحق؛ العناية اللازمة.

2. مسايرة الفقه الإسلامي الشرعي، والتي تعنى برعاية الطفل وحمايته.
3. المحافظة على حقوق الطفل المحضون، والقيام بها على أكمل وجه.
4. حماية حق الطفل وفق ما جاءت به الاتفاقيات الدولية، ومبادئ حقوق الإنسان.

ثانيا: إشكاليات الموضوع:

أ- الإشكالية الرئيسية:

ما هي المعايير القانونية المسقطة للحضانة من وجهة التشريعات المغاربية؟

ب- الإشكاليات الفرعية(الفرضيات):

1. ما مفهوم مسقطات الحضانة ، في التشريعات المغاربية ؟
2. ما هي الأسباب القانونية لإسقاط الحضانة، في التشريعات المغاربية؟
3. من له أحقية حضانة وكفالة الطفل بعد الطلاق؟
4. ما مصير المحضون بعد إسقاط الحضانة، حسب القوانين المغاربية؟
5. ماهي حدود سلطة القاضي، في إنفاذ أو إسقاط الحق في الحضانة، في التشريعات المغاربية؟
6. ما هو دور القاضي في التصدي لدعاوى إسقاط الحضانة،وماهي أبرز الإشكاليات التي تثار في هذا الصدد؟

II. أسباب اختيار الموضوع وأهدافه:

أولا: أسباب اختيار الموضوع:

والذي دفعني للاختيار هذا الموضوع، الأسباب التالية:

أ- الأسباب الذاتية:

1. شعوري بأهمية دراسة مسقطات الحضانة، من وجهة نظر الفقه الشرعي، وكذا في القوانين المغاربية.
2. وضع اليد على الجرح، الذي ذهب ضحيته الكثير من الأطفال .
3. إبراز الأسباب الحقيقية التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة، في المجتمعات العربية المغاربية؟
4. لفت انتباه الباحثين في الدراسات المستقبلية، من أجل صيانة حق الطفل.

ب- الأسباب الموضوعية:

1. قلة الدراسات القانونية التي تناولت بعمق، موضوع مسقطات الحضانة، والتي تعنى بالطفل ومصلحته، وأخذها بعين الاعتبار.
2. إبراز الفروق، التي جاءت بها القوانين المغاربية، والتي عالجت مثل هذه الإشكالات برغم من أن جميع هذه التشريعات نابعة من خلفية الشريعة الإسلامية، وبالتحديد وفق المذهب المالكي في أغلب الأمر.
3. معرفة أوجه التشابه وأوجه الخلاف، بين التشريعات المغاربية في معالجة مثل هذه المواضيع، والقضايا التي لها أهمية بالغة على الأسرة عموما، وعلى الطفل خصوصا فبالأضداد تعرف الأشياء، وبالتالي تتضح الرؤية، ونستفيد من مغربنا الكبير، من خلال النصوص القانونية ذات المرجعية المالكية.
4. أن أتعرف على أسباب القصور والنقص، الذي يعتري كل تشريع مغاربي على حدى وبالتالي إمكانية إيجاد قانون مغاربي موحد يسد كل هذه الثغور، ويملئ الفراغات،حتى تعم الفائدة على الجميع، ويُعزّز الوحدة المغاربية.
5. الرد على من يدعون أن التشريعات المغاربية،وخاصة في مواضيع الأحوال الشخصية متعارضة مع الشريعة الإسلامية .
6. الوقوف على الأسباب القانونية والاختيارية، التي تؤدي إلى سقوط الحضانة، وهذا من خلال رؤية عربية مغاربية.
7. إبراز دور القاضي،وسلطته التقديرية،التي تصب لمصلحة المحضون، وهذا من خلال: قانون الأسرة الجزائري، وكذا مجلة الأحوال الشخصية التونسي والمدونة المغربية.
8. مدى مسايرة التشريعات المغاربية في موضوع الدراسة مع الفقه الإسلامي، ومبادئ حقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية، لا سيما في مجال حقوق الطفل، وحضانة الطفل الذي يُعد من أهم و أبرز هذه المواضيع.

ثانيا: أهداف الدراسة:

1. بيان مفهوم الحضانة ومسقطاتها، وأهميتها في حياة الطفل .
2. التطرق للنصوص القانونية الجزائرية والمغربية عموما،وأهم القرارات القضائية، التي عالجت موضوع مسقطات الحضانة.

3. التعرف على أحكام مسقطات الحضانة، من خلال الدعاوى التي تثبت الحق في الحضانة أو تنهيه.
4. لفت انتباه الجهات المختصة، وكل المهتمين بمثل هذه المواضيع الحساسة، وتبيان أهمية الحضانة بالنسبة للطفل، ودورها البارز في التكوين النفسي والعقلي والجسمي لهذا الأخير.
5. انتقال حق الحضانة من شخص لأخر؛ الجدير برعاية الطفل.
6. التأكيد على أخذ مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، وإعطائه حق الأولوية.
7. معرفة الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي، في إسقاط الحق في الحضانة.
8. محاولة إبراز أهمية مرحلة الطفولة، وهي مرحلة حساسة، يتم فيها البناء الجسدي والعقلي والنفسي لهذا الأخير.
9. المساهمة في إثراء المكتبة، التي هي بحاجة إلى مثل هذه البحوث والدراسات الأكاديمية، لإحاطة القارئ بحدود أحكام مسقطات الحضانة وهذا من زاوية مغاربية.
10. تبيان كيفية معالجة التشريعات المغاربية، لموضوع الدراسة.

III. الدراسات السابقة:

لقد تناولت الدراسات السابقة الموضوع محل الدراسة، أي مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية،في شكل عام، وفي إطار بحوث مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية والشريعة الإسلامية، وهذا حول أحكام الحضانة عموما، إلا أن موضوع المقارنة أساسا بين التشريعات المغاربية، في محل الدراسة كان بشكل نادر وفي جزئيات قليلة.

لذلك فإني أردت الخوض فيه، لتبيان الأسباب والشروط التي تنهي وتسقط الحضانة ونقلها لمن هو أجدر وأحق بها، وبالتالي أستخلص النتائج حول الطبيعة القانونية لمسقطات الحضانة،وكيف نحمي المحضون ونبرز مكانته ونراعي مصلحته،ومن بين الدراسات التي تناولت مواضيع مشابهة ومقاربة لمسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية وكذا في شرح قانون الأسرة في ذات التشريعات، وبعض الكتب التي لها علاقة بموضوع الدراسة.

ومن أهم المراجع التي أطلعت عليها،والتي لها صلة بموضوع بحثي كدراسات سابقة منها:

1. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية- دراسة تحليلية مقارنة-،ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر- الإمارات، سنة 2013.
2. أبو زيد رشدى شحاتة، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية- دراسة مقارنة-، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، ط1، الإسكندرية مصر سنة2012.
3. ناصر محمد علوي، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان الأردن سنة 2010.
4. صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر،سنة 2012.
5. أحمد نصر الجندي ، شرح مجلة الأحوال الشخصية التونسية،ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2012.
6. أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية،ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2010.
7. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ط1، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، سنة 1994.
8. رسالة جامعية لحميدو زكية،"مصلحة المحضون في القوانين المغاربية- دراسة مقارنة- "، رسالة دكتوره، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2005.

IV. صعوبات البحث :

1- ندرة المراجع المتخصصة التي عالجت موضوع الدراسة، حتى داخل الوطن، لأن أغلبية المؤلفين قد تطرقوا لموضوع مسقطات الحضانة، في أوراق محدودة جدا ولم يفصلوا فيها .

2- قلة الدراسات والمؤلفات المقارنة، في مثل هذه المواضيع، نظرا لحداثتها وتأخر الاهتمام بمثل هذا النوع من الدراسة، وخاصة المغاربية منها.

V. المنهجية المتبعة:

لإنجاز هذه الدراسة حول الموضوع المقترح، فإني أرى من الضرورة الاستعانة في استخدام المناهج العلمية التي تخدم بحثي هذا، وهي كالتالي:

أولا: المنهج المقارن:

سيكون هذا المنهج هو الأساسي في دراستي هذه، وذلك للمقارنة بين مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مع مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمدونة المغربية، وتبيان مواقفهم في حضانة الطفل، وما هي مسببات سقوطها وانتهائها عند هذه التشريعات، حتى نعرف أوجه التشابه والخلاف بينهم، فعلى سبيل المثال، نجد أن المشرع الجزائري لم يعتبر عمل المرأة بصفة عامة، سبب لإسقاط الحضانة على المحضون، على عكس التشريع المغربي، ولكن المتفق عليه أن مصلحة المحضون، هي التي ترجح الكفة وبالتالي من هو الشخص الذي يستحق هذا النوع من الولاية الخاصة.

هذا المنهج يمكننا بعد الدراسة، الوقوف على أهم النتائج التي نخلص لها حول أسباب سقوط الحضانة وانتهائها، وهذا في كل التشريعات المختارة للدراسة.

ثانيا : المنهج التحليلي:

تم الاعتماد على هذا المنهج، وذلك من خلال تحليل نصوص القوانين والأحكام والقرارات القضائية، وأراء الفقهاء، بشأن موضوع حضانة الطفل ومسقطاتها، وأسباب انتهائها،للتوصل إلى معرفة أهم الأحكام المتعلقة بها، من أجل صياغة الحلول والمعالجات المناسبة، للمشاكل الناجمة عن حضانة الصغير، وهذا في مختلف التشريعات المغاربية أخص بالذكر القانون الجزائري والمغربي والتونسي.

ثالثا: المنهج الوصفي:

وقد استعملت هذا المنهج، الذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية، وهذا من خلال وصف الظاهرة الاجتماعية، والخاصة بالحضانة ومسقطاتها، والتي يكون ضحيتها الأول هو الطفل المحروم من أحد أبويه أو كلاهما، وهذا من خلال التشريعات المغاربية، لنصل في الأخير إلى الحلول والنتائج التي تساعد في فهم الواقع الراهن، ليتم تطويره مستقبلا.

VI. الخطة المقترحة:

وبناء على ما تقدم، فإن خطة بحث رسالتنا، ستكون كالتالي:

– في الفصل الأول: كان تحت عنوان: ماهية الحضانة في التشريعات المغاربية،وتطرقت فيه إلى ثلاث مباحث،فتناولت في المبحث الأول إلى مفهوم الحضانة، وفي الثاني تعرضت فيه إلى شروط ممارسة الحضانة، وفي الأخير فقد خصصته لترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

– أما في الفصل الثاني: فكان تحت عنوان: أسباب سقوط الحق في الحضانة في التشريعات المغاربية، وتطرقت فيه إلى ثلاث مباحث، فخصصت في دراسة المبحث الأول، إلى سقوط الحق في الحضانة بسبب ضياع الطفل صحةً وخلقاً، وفي الثاني إلى سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح عنها، وتطرقت في المبحث الاخير إلى سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني.

وسنعرض بعون الله في خاتمة الرسالة؛ أهم النتائج التي توصلت إليها، من خلال بحثي هذا، وما نراه مفيداً، من توصيات ومقترحات.

الفصل الأول

ماهية الحضانة في التشريعات المغاربية

تمهيد:

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية، وكذا قوانين الأحوال الشخصية العربية، منها التشريعات المغاربية، وذلك لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار؛ وهذا نتيجة للوفاة أو الطلاق، الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين، والذي من شأنه أن يؤدي إلى نزاع في مسألة الحضانة، بالنسبة للصغار.

وتعرف الحضانة، بأنها القيام على شؤون الطفل وكفالته، بغرض المحافظة على بدنه وعقله ودينه، وحمايته من عوامل الانحراف والانحلال، مما يمكنه أن يكون فرداً صالحاً وسط مجتمعه، مما يقتضي وضعه تحت أيادٍ أمينة مؤهلة لمثل هذه الواجبات، وأن يكون لهم الحق في ذلك، وفقا لقواعد الشريعة والقانون.

وقد نظمت الشريعة الاسلامية، وكذا التشريعات المغاربية، وأخص بالذكر قانون الأسرة الجزائري والمدونة المغربية و المجلة التونسية، وقررت هذا التشريعات العديد من الأحكام، لتحقيق الهدف المقصود من الحضانة، وحددت من خلال النصوص والاجتهادات المفهوم من الحضانة، ومن له الحق فيها، وكذا بينت شروط الحضانة، ومراتب الحاضنين بحسب القرابة، وكل ما يتناسب مع طبيعة الموضوع، فقانون الأسرة الجزائري، قد نظم أحكام الحضانة، في المواد من: 62 الى72،أما مدونة الأسرة المغربي، فقد تعرض لها في المواد من: 163الى 186، وأما القانون التونسي، فقد ذكر ذلك في المواد من:54الى 67.

وسنقتصر الدراسة في هذا الفصل، على المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.

المبحث الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

المبحث الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

المبحث الأول

مفهوم الحضانة

تبدأ مرحلة الحضانة أو الطفولة المبكرة كما يسميها البعض، من سن الرضاعة حتى الى السنوات الأولى من عمر الطفل، الذي يتسم بنمو سريع في هذه المرحلة، ويتميز بالاتزان الفسيولوجي ومحاولته للحركة، وميله الى التعرف على البيئة المحيطة به، ولأجل بيان تعريف قانوني لهذه المرحلة، ومن ثم تميز الحضانة عن المصطلحات القريبة منها ومعرفة الطبيعة القانونية لها، هذا ما سوف نتعرض إليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

المطلب الثاني: الحضانة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للحضانة.

المطلب الأول

تعريف الحضانة

من خلال هذا المطلب، سوف نتعرف على مصطلح الحضانة من خلال؛ تعريفه في اللغة، مرورا بتعريفها عند فقهاء الاسلام، من حنفية ومالكية وغيرهم، وفي الأخير سوف نعرف الحضانة حسب ما جاءت به التشريعات المغاربية، وأخص بالذكر قانون الأسرة الجزائري، والمدونة المغربية، وكذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وفي الأخير سوف نتطرق الى أهداف الحضانة، من خلال هذه التعريفات الفقهية والقانونية.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة

الحَضَانَةُ بفتح الحاء وكسرها، مأخوذة من الحُضْن وهو الجَنْبُ، فالحَاضِنَةُ ترد إليه المَحْضُونْ، وتنتهي في الصغر بالتمييز، ومنه الإِحْتِضَان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حُضْنِكَ، كما تَحْتَضِنُ المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحَضَنَ الطائر بيضه؛ أي ضمه الى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حَضَنَتْ ولدها، والحَاضِنُ والحَاضِنَةُ هم الموكلان بالصبي، يحفظانه ويربيانه[1].

---

[1]– ابن منظور،ابى الفضل جمال الدين، لسان العرب ، ج13، دار صادر ، بيروت ، لبنان، 2003 ، ص122_123.

والحَاضِنُ اسم فاعل، والحَاضِنَة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه، وحِاضِنَةُ الصبي التي تقوم عليه في تربيته، والحَضَانَة: مصدر الحاضن والحاضنة، وهي التربية[1].

والحَاضِنَةُ في الاصل مصدر للفعل حَضَنَ،أي ضم، وهو يدل على الإِحْتِضَان والحفظ والرعاية، فقال حَضَنَتْ المرأة ولدها حَضَانَةً، إذا ضمته إليها، فإن المعنى اللغوي للحضانة أنها (تربية الولد)[2] ،ومنه يعلم أن حاضنة الصبي، هي القائمة على أمر تربيته.

فالحضانة هي تربية الطفل، والتي تختلف عن الرضاع، الذي هو إطعام الطفل وتغذيته، وتعني أيضا الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه، وتعني أيضا الولاية عن الأطفال أو الطفل، لتربيته وتدبير شؤونه[3].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الفقه الاسلامي

اختلف الفقهاء في تعريف الحضانة كما يلي:

أولا: عرفها الحنفية بعدة تعريفات نذكر منها:

1. عرفها الكساني بقوله: "حضانة الأم ولدها، وضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه، ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه".[4]
2. وعرفها ابن عابدين بأنها: "تربية الأم أو غيرها، ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة، قبل الفرقة أو بعدها".[5]
3. وعرفها السرخسي بأنها: "للجارية، وإن استغنت عن التربية، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك أقدر".[6]

ثانيا: عرفها المالكية بعدة تعريفات نذكر منها:

1. عرفها الدستوقي بأنها: " حفظ الولد، والقيام بمصالحه".[7]

---

(1)– أبو الحبيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988، ص23 .

(2)– الفيروز ابادي، الشيخ محمد بن يعقوب، القاموس المحيط،ج4،ط3،المطبعة الأميرية،بولاق،مصر،1980 ص215.

(3)– الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج1،المكتبة العلمية،بيروت لبنان، دت ،ص66.

(4)– الكساني، أبو بكر مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4،دار الحديث، القاهرة، مصر، دت، ص40.

(5)– ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج3، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت، 555.

(6)– السرخي، شمس الأئمة ، المبسوط، ج5، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دت، ص107.

(7)– الدسوقي، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر،دت، ص526.

2. عرفها الرهوني بأنها: "وجوب كفالة الأطفال الصغار، لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه، حتى يقوم بنفسه".[1]

ثالثا: عرفها الشافعية بعدة تعريفات نذكر منها:

1. عرفها الرملي(الشافعي الصغير)بأنها: "حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه ودفع ما يضره". [2]
2. وعرفها الشربيني بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته،أي تنمية المحضون بما يصلحه، بتعهده بطعامه، وشرابه ونحو ذلك".[3]

رابعا: عرفها الحنابلة بعدة تعريفات نذكر منها:

1. عرفها الباهوتي بأنها: "حفظ الصغير ونحوه، كمجنون ومعتوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه".[4]
2. عرفها ابن قدامة بأنها: " كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والانفاق عليه وإنجاؤه من المهالك".[5]

وبالنظر لهذه التعريفات:

نجدها مختلفة في اللفظ، متقاربة في المعنى، ولكنها ترتكز على بيان وتوضيح حقيقة الحضانة،وهي تربية الطفل أيا كان ذكراً أو أنثى، من الأبوين أو من غيرهما، فيشمل اللقيط والمنبوذ ومن في حكمه، ويدخل في الحضانة حتى الكبير، إذا كان مجنون أو معتوه ونحو ذلك.

والحضانة أيضا، تتمثل في رعاية المحضون، والقيام بما يلزمُ من مؤنة المعيشة وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه، وحمايته مما يؤذيه.

---

[1]– الرهوني، حاشية الرهوني على شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1978، ص249.

[2]– الرملي (الشافعي الصغير)، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، طبعة الحلبي، القاهرة مصر،دت،ص241.

[3]– الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط3، طبعة الحلبي، القاهرة مصر 1946، ص452.

[4]– الباهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع،ج3،دار الفكر، بيروت، لبنان، دت،ص496.

[5]– ابن قدامة، موفق الدين ، المغني، ج8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د ت ، ص297.

وكل هذا يتم للطفل، في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، في مراحله الأولى، ثم تنتقل إلى الرجال في سن معينة.

ولكن معظم هذه التعريفات، أغفلت ذكر أطراف الحضانة، وبعضهم لم يذكر الغرض من الحضانة أو سببها أو مدتها.

فتعريفات الأحناف، أكدت بأن الحضانة تجب على الصغير أو الصغيرة، مع أنها تثبت لغير الصغير مثل المجنون والمعتوه والمريض العاجز، كما أنها لا تمنع من دخول الكفالة في التعريف.

أما تعريفات المالكية، فقد أغفلت ذكر الحاضن أوالحاضنة، ومدة الحضانة وحكمها وسببها، وقصروا الحضانة على الصغير أو الصغيرة.

أما الشافعية والحنابلة فقد أغفلوا في تعريفاتهم كذلك ذكر الحاضن أو الحاضنة، وسبب الحضانة وحكمها ومدتها.

والتعريف المختار للحضانة، هو ما قال به الأستاذ: محمد علوي ناصر، بقوله: "الحضانة هي: المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وهي أيضا: تربية الطفل والإشراف عليه في مدة معينة، وهي ولاية نظر يراعى فيها الأصلح، والغرض منها حفظ المحضون وإلا فلا يحكم بها".[1]

هذا التعريف كان جامعٌ، حيث ذكر فيه أسباب الحضانة، لإحتياج الصغير ونحوه إلى من يقف بجنبه ويحميه، وذكر فيها مصدرها الممثل في الشرع باعتبارها ولاية، وكذا بَيَّنَ الهدف من الحضانة، المتمثلة في رعاية المحضون في مأكله ومشربه وملبسه وتربيته ونحو ذلك، بالإضافة إلى احتوائه على من هو أنسب لهذه المهمة، وكذا ذكر المدة التي تلزم لتربية الطفل وحمايته، وكذا ذكر أطراف الحضانة؛ وهم المحضون و الحاضنة أو الحاضن.

[1]– ناصر محمد عليوي ، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص24.

الفرع الثالث: بتعريف الحضانة في القوانين المغاربية .

1-بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري :

عرفت المادة 62، من قانون الأسرة الجزائري الحضانة، بأنها :" الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا"، مما يلاحظ من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري ذهب إلى توضيح أهداف حضانة، وعرفها من الجانب الروحي والعقائدي للطفل، ومحاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي وأراد أن يلفت الحاضن إلى رعايته تجاه المحضون وأهله، إذ يحتاج إلى ذي أهلية، إذ حدد المشرع[1] من خلال هذه المادة، المبينة لنطاق الحضانة ووظائفها، التي لا تتم إلا بها بوضعها الجوانب الأساسية، لتهيئة شخصية المحضون.

وعرفها فضيل سعد، بأنها: "رعاية الطفل، الذي لم يبلغ أشده". وحمل هذا التعريف المعاني التالية:

- حماية الطفل مما يهلكه.
- بلوغ الطفل أشده.

2-بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية من المدونة المغربية :

عرفت المادة 97 من المدونة المغربية، الحضانة بأنها: " حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه".

3-بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية :

عرفت المادة 54 من المجلة التونسية، بأنها: " حفظ الولد في مبيته، والقيام بتربيته"

وخلافا للقانون المغربي والتونسي، فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها، وهي رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحةً وخلقاً.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد[2]، أن التعريف الوارد في المادة 62، يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أفكار

---

[1]-سعد فضيل،شرح قانون الأسرة الجزائري-الزواج والطلاق-ج1،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1986،ص370.

[2]- سعد عبد العزيز ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة ، ط2، دار البعث ، قسنطينة ،الجزائر، 1989 ، ص293.

لم يشملها غيره من القوانين المغاربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته، كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية، والخُلقية والتربوية والمادية .

ومن خلال كل هذه التعاريف، نجد أن المشرع الجزائري، قد استقى تعريفه للحضانة من خلال التلفيق بين عدد من المذاهب، على عكس بقية المشرعين المغاربة، الذين كانت تعريفاتهم مقتضبة، وفيها شيء من الاختصار.

ومما تقدم، فإن أهداف الحضانة[1] تظهر فيما يلي:

أولا: تعليم الولد: ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، وما دام التعليم إجبارياً ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدراً من التعليم، حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية، واستعداده الفطري والنفسي .

ثانيا: تربية الولد على دين أبيه: يجب أن يربي الولد، على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبداً، فهي كالمسلمة، على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

ثالثا: السهر على حماية المحضون: إذا كانت الحضانة رعاية وحماية، فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب، أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب، وأن يؤدب كلما استدعت الحاجة، ثم إن الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه.

رابعا: حماية الطفل من الناحية الخُلُقية: ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخُلق، وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحاً سوياً، وأن لا يترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.

خامسا: حماية المحضون صحياً: يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصةً في السنوات الأولى من حياته، وذلك بأن يتلقى كل التلقيحات اللازمة والدورية، وأن يعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة.

---

[1]– عزيزة حسين، "الحضانة في قانون الاسرة "، رسالة ماجستير ، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011، ص28–29.

المطلب الثاني

الحضانة و تميزها عن المصطلحات المشابهة لها .

قد يختلط مصطلح الحضانة، بغيره من المصطلحات عما يشابهها، ويتطلب ذلك بيان بعض المصطلحات القريبة منها، من حيث المفهوم، وهذا ما سنبينه في الفروع الآتية بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: الحضانة والرضاع:

فالرضاع في اللغة:من رَضَعَ، يَرْضِعُ، رَضَاعَةٌ، فهو رَاضَعُ والجمع رُضَّعُ، وامرأة مُرْضِعُ أي ذات رَضِيعِ أو لَبنِ[1]، لقوله تعالى:﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾ [2].

والرضاع في الاصطلاح: إسم لحصول لبن امرأة، أو ما حصل منه في معدة طفل،أو دماغه[3].

وتعتبر الرضاعة والحضانة من حقوق الأطفال، كما أن كليهما تثبت للطفل بعد الولادة ويعتبران من مستلزمات تربية وتنشئة الطفل، ويستوجب كلاهما توفير مرضعة أو حاضنة للطفل، كما قال تعالي:﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾[4].

إلا أن هناك بعض الاختلافات فيما بينهما، ومن أهم هذه الاختلافات :

1- <u>من حيث المدة:</u> تبدأ الرضاعة من يوم ولادة الطفل، وتكتمل بانتهاء السنتين من عمره كما قال تعالى:﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[5]. أما الحضانة فهي تبدأ أيضا من يوم ولادة الطفل، ولكنها تمتد إلى سن البلوغ، على الرغم من وجود اختلاف لدى الفقهاء، في انتهاء مدة الحضانة[6].

---

(1)- ابن منظور، مصدر سابق،ج8، ص124.

(2)- سورة البقرة ،الآية (233).

(3)- الشربيني، مصدر سابق، ج3، ص414.

(4)- سورة الطلاق ،الآية (6).

(5)- سورة البقرة ، الآية (233).

(6)- أنظر المادة65 ق أ ، والمادة166 من م أ ش، والفصل59 من م أ ش ت.

2- من حيث الوقت المخصص: للرضاعة وقت محدد ومخصوص، أما في غير وقتها المحدد،فلا يعتبر مص ثدي آدمية رضاعة ،أما الحضانة فهي غير محددة ووقتها أوسع[1].

3- من حيث التحريم: تعتبر الرضاعة سبباً لتحريم الزواج، من الأمهات والأخوات وغيرهن؛ في القوانين التي تأخذ بالشريعة الإسلامية، كما قال تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ...﴾[2]، حيث يعتبر الرضيع أخ من الرضاعة لأبناء مرضعته، بينما الحاضنة فلا تعتبر كذلك .

4- من حيث الأجرة: تثبت للمرضعة أجرة الرضاعة، كما قال تعالى:﴿...فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ...﴾[3]، أما الحضانة فتعتبر من حقوق الطفل، وتثبت له بدون أجرة.

الفرع الثاني: الحضانة والولاية على النفس:

الولاية على النفس في اللغة

الولاية في اللغة:مأخوذة من الفعل الثلاثي ولى، يقال ولى الشيء، وولى عليه ولاية وولاية، والواو واللام والياء أصل صحيح، يدل على القرب والدنوا، يقال تباعد بعد ولي أي قرب، وجلس مما يليني، أي يقاربني[4].

النفس في اللغة: النفس هي الروح، والنفس في كلام العرب يجري على ضربين، أحدهما قولك خرجت نفس فلان، أي روحه، والضرب الأخر، معنى النفس في جملة الشيء وحقيقته، والجمع من كل ذالك أنفس ونفوس[5].

الولاية على النفس في الإصطلاح:

الولاية هي سلطة ثابتة، بمقتضاها تنفذ أقوال وتصرفات الولي على المولى عليه ولو جبرا، ومحل هذه الولاية، هو تطبيب وتزويج وتعليم المولى عليه، وإجراء عملية جراحية

---

(1)- هدى عصمت محمد أمين ،الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقات الدولية ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ،الأمارات ، 2013، ص50.

(2)- سورة النساء ، الآية (23).

(3)- سورة الطلاق ،الآية (6).

(4)- أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقياس اللغة، ج6، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1994، ص141.

(5)- ابن منظور، مصدر سابق،ج14، ص256.

له، حتى في غير حالات الضرورة، والتصرف في أمواله على أساس من المصلحة والاعتبار [1].هذا ما جاء في بعض تعاريف الولاية عموما.

أما المقصود بالولاية على النفس التي تعتبر من أنواع الولاية، هي ولاية خاصة. فهناك تقارب وتداخل بينهما، ففريق من الفقهاء قالوا بأن الحضانة جزء من الولاية عن النفس، وذهب آخرون بأن الحضانة منفصلة عن الولاية ومستقلة عنها[2].

وسنورد من خلال هذا الفرع، أوجه التشابه والاختلاف، بين الحضانة والولاية على النفس.

أولا: وجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس: فالهدف من كليهما هو تحقيق مصلحة الطفل (المحضون)، لأن حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحة تعتبر سبباً لقيام هذا النوع من الولاية، سواء كانت حضانة أو ولاية على النفس.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس: سنتعرض إلى أوجه الاختلاف بينهما من حيث المصدر والموضوع، والسن وكذا من حيث شروطهما، ووقت انتهاء كل منهما[3].

أ-من حيث مصدرها: يشهد الفقهاء الإسلاميون وفقهاء القانون، بأن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع والقوانين؛ أن لها سابقة في تأسيس الحضانة، أي أنها مؤسسة إسلامية النشأة، فالحضانة مؤسسة طبيعية على خلاف الولاية على النفس، مؤسسة القانون المدني والأسري[4].

ب- من حيث موضوعها: إن الحدود الفاصلة بين الحضانة والولاية على النفس، رغم صعوبة الفصل بينهما، ترسم في موضوع كل منهما، فالحضانة تحمل معنى جسدي عاطفي محض، لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية، وأنها ولاية عاطفية.

---

[1]- الأكحل بن حواء ، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، 1982،ص17.

[2]- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1980 ، ص404.

[3]- زكية حميدو، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية- دراسة مقارنة-"،أطروحة دكتورة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2005، ص92.

[4]- المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

هذه التعابير في مجملها تنطوي على فكرة واحدة، مفادها أن الحضانة خدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل، وتلبية حاجاته المادية، كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه،فضلا عن العناية به، كضمه إلى الصدر، والحـــديث معه ومداعبته.

بينما الولاية على النفس، تشمل التربية بمعناها الواسع، حيث لا تمتد مشمولات الحضانة إليها، فهي تقتصر على تنشئته وحراسته فحسب، لذلك يجب أن نفرق بين التنشئة التي تخص الحضانة، والتربية التي تتعلق بالولاية على النفس[1].

ج- من حيث أصحابها: الولاية على النفس تمارس من الأب، وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث[2]،بينما الحضانة تسند للنساء، أي الأم وجهتها، وغيرهن من القريبات ثم إلى جهة الرجال، مع بعض الاختلافات في من لهم الحق في ممارسة الولاية على النفس في ترتيب الحواضن، بين الشريعة الإسلامية والقوانين المغاربية.

وفي القوانين المغاربية:

نجد أن المشرع التونسي، قد عدل عن قاعدة أولوية النساء، بل وحذف أولوية الأم وجعل الوالدين على قدم المساواة؛ ثم بعدهما الغير، قريباً كان أو غريباً، والمرجع في ذلك مصلحة المحضون[3].

في حين أبقى القانون الجزائري أولوية الأم، ولكنه قدم الأب على جهتها، ثم أم لأم ثم أم الأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة،وفي كل ذلك على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون[4].

أما القانون المغربي، فقد وضع قائمة من النساء الحاضنات بعد الأب، الذي قدمه عليهن، مع إعطاء الأولوية للأم[5].

---

[1]- زكية حميدو، المرجع السابق،ص93.

[2]- محمدالكشبور،الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،المغرب،1999ص470.

[3]- الفصل 67، فقرة 2 من م أ ش ت .

[4]- المادة 64 من ق أ .

[5]- المادة 171من م أ ش.

غير أنه بشأن الولاية على النفس، فالقوانين المغاربية خلافاً للفقه الإسلامي، لم تجعلها من احتكار الرجال، بحيث قد جاء التنصيص عليها في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"،بل أكثر من ذلك، فتنص الفقرة الثانية من ذات المادة، بأن الأم تحل محل الأب في حالة غيابه أو حصول مانع له، والفقرة الثالثة جاءت بقاعدة جديدة، نصها أنه في: "حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة"، أماً كانت أو أباً أو غيرها، وهذا ما أكدته المادة 92 من نفس القانون.

وتنص المادة 230 في فقرتها الأولي، من المدونة على أن:"الولي وهو الأب والأم والقاضي"، وهذا ما قامت بتحديده المادة238 من المدونة.

وفي نفس الاتجاه سارت المجلة التونسية، حيث جاءت في فصلها154، على أن "القاصر وليه أبوه أو أمه، إذا توفي أبوه أو فقد أهليته....ولا يعمل بوصية الأب، إلا بعد وفاة الأم، أو فقـــدانها الأهلية".

بل وأكثر من ذلك، ينص الفصل67 من المجلة التونسية، في فقرتيه الرابعة والخامسة على تمتع الأم الحاضنة: "بصلاحيات الولاية، فيما يتعلق بصغر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية".

د- من حيث الطفل: تمارس الحضانة على الطفل، منذ ولادته وفي المرحلة الأولى من طفولته[1]، ومن ثم فإن سن المحضون، أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس، وعلى الولي ضم الولد إليه، بعد انتهاء فترة حضانة النساء[2] .

وفي هذا يرى الأستاذ محمد عبد الجواد محمد أن الفقه: "يقسم الولاية إلى ثلاثة أنواع: الأولى ولاية التربية في المرحلة الأولى من مراحل التربية وهي الحضانة، والولاية الثانية تكون على النفس، وهي تشتمل تربية الطفل التي تبدأ بالحضانة، والثالثة على المال"[3].

---

[1]- عبد الرحمان الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص192.

[2]- المرجع نفسه ،ص219.

[3]-محمد عبد الجواد محمد،حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،دت ص64.

ه- **من حيث شرط وحدة الدين:** يتشرط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس، أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما في التشريعات المغاربية فيختلف الأمر، فنجد أن قانون الأسرة الجزائري، في المادة 87 فقرة 03، يقول بأنه في حالة الطلاق للحاضن الولاية، حتى ولو كانت الأم الحاضنة على أولادها مسيحية أو يهودية، أما في الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة في الدين مع المحضون، إذا كان الحاضن امرأة[1].

و- **من حيث مدة انتهائها:** تنتهي الولاية على النفس في القوانين المغاربية، ببلوغ سن الرشد[2]،وفي الشريعة الإسلامية،تنتهي ببلوغ الذكر وزواج الأنثى، أو تقدمها في السن[3].

بينما الحضانة تنتهي بسن معينة في التشريعات المغاربية، فحددها القانون الجزائري بـــعشرة سنوات للذكر و19سنة للأنثى، والمدونة المغربية، فحددتها بسن الرشد لكلا الجنسين وهذا ما أكدت عليه المادة 166 من المدونة، أما المجلة التونسية، فقد أخضعت الأمر لسلطة القاضي، وهذا بحسب ما تمليه مصلحة المحضون[4].

الفرع الثالث: الحضانة والكفالة .

فالكفالة في اللغة:هي الضمان، يقال :كَفِيلٌ ،يَكْفُلُ ،كُفُوْلاً ،كِفْلاً، والإسم الكَفَالَة، يقال تَكَفَلْتُ بالمال أي ألتزمت به، وقيل هي الضم ،فالكَفَالَة بالولد؛ أن يعوله ويقوم بأمره[5]. ومنه قوله تعالي: ﴿...وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...﴾[6].

والكفالة في الاصطلاح: هي ضم ذمة إلى ذمة، في المطالبة بدين أو عين أو نفس والذمة المضمومة هي ذمة الكفيل، وهو الضامن من الملتزم، بتأدية ما على الأصل من الحق والذمة المضموم إليها هي ذمة الأصيل، وهو المطالب الأصيل، ويسمى المكفول عنه والمكفول، أما صاحب الحق فهو المكفول له وهو الطالب، والحق هو المكفول به[7].

---

(1)- ابن قدامة، مصدر سابق،ص298.

(2)- محمد الكشبور، مرجع سابق، ص472.

(3)- محمد مصطفي شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983،ص 791-792 .

(4)- سليمان ولد خسال ، الميسر في قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، 2012، ص184.

(5)- ابن منظور، مصدر سابق، ج12، ص121.

(6)- سورة آل عمران ،الآية (37) .

(7)- ابن قدامة، مصدر سابق، ج3، ص452.

فمن الفقه، من جعل الحضانة والكفالة متقاربين، في حين أن المشرع المغاربي قال بغير ذلك[1].

فنجد ان المشرع الجزائري، في مادة الأحوال الشخصية، قد عالج موضوع الكفالة في فصل النيابة الشرعية، وذلك من المادة 116 إلى غاية المادة 125، وقد سبقه في ذلك المشرع التونسي،بقانون صادر سنة 1958بتاريخ 1958/03/04، يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، حيث حصر الكفالة في خمسة مواد.

أما المشرع المغربي فقد تأخر في معالجة موضوع الكفالة، وذكر ذلك في خمسة وعشرين مادة، وعليه فإن تطرق التشريعات المغاربية لموضوع الكفالة إلى جانب موضوع الحصانة، لدليل على استقلال كل منهما عن الآخر، ومن كل هذا نقول، بأن الفرق بين الكفالة والحضانة، يتمثل في الآتي :

1- أن الحضانة تتعلق بأطفال أصغر سننا ممن هم في الكفالة، وهذا ما قال به الشافعية بأن جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي 07 سنين، أما الكفالة فهي بعد هذا السن[2].

2- أن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام الموثق، أو أمام المحكمة المختصة، أما الحضانة فلا تسند إلا بحكم قضائي[3].

3- أن الكفالة عبارة عن التزام عقدي يكون بدون مقابل، وهذا بخلاف الحضانة التي يجوز فيها للحاضن، أن يتقاضى أجرة مقابل خدمة المحضون[4].

4- أن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، بينما الحضانة تكون في تقديم خدمات معنوية ومادية، من رعاية للمحضون وتربيته وصيانته، والمحافظة عليه صحة وخلقا[5].

---

[1]- زكية حميدو، مرجع سابق ، ص97.

[2]- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

[3]- المرجع نفسه ، ص98.

[4]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، قسم الأحوال الشخصية، ج2، دار الفكر المعاصر، الإسكندرية، مصر، دت دت ص734 - 735 .

[5]- المادة 72 ق أ ، والمادتين187و188 من م أ ش ،والفصل 56من م أ ش ت.

5- الحضانة تطلق على الطفل، الذي يكون في حضانـــة أمه أو أبيه أو غيرهمـــا، بينما الكفالة تطلق على الطفل، الذي يكون عند غير والديه[1].

6- ليس للحاضن الولاية القانونية للمحضون، على عكس الكافل الذي له الولاية القانونية على المكفول[2].

7- تنتهي الكفالة في القانون المغربي والتونسي، ببلوغ المكفول سن الرشد، في حين أن المشرع الجزائري، أبقى الكفالة مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما، وهذا لإنهاء عقد الكفالة.

في حين أن انتهاء مدة الحضانة في التشريع الجزائري، تنتهي ببلوغ الذكر عشرة سنوات، ويمكن تمديدها إلى 16سنة، أما الأنثى فببلوغها سن الزواج(19سنة كاملة).

أما المشرع المغربي، فتنتهي الحضانة عنده ببلوغ المحضون سن الرشد، سواء كان ذكراً أو أنثى، في حين أن المشرع التونسي لم يحدد سناً معينةً للمحضون[3].

8- أشترط المشرع الجزائري والمغربي، دون نظيرهما التونسي، الإسلام في الكافل، ولم يشترط مثل هذا الشرط في الحاضنة، ما لم يكن الحاضن رجلا، ولا جدال بأن يكون متحدا في الدين مع المحضون[4].

9- أن المحضون يطلق على الطفل معروف النسب، وهذا شيء ضروري، أما الطفل المكفول فلا داعي بأن يكون معروف النسب،فيجوز التكفل بطفل معلوم النسب أو مجهول النسب، على حدٍ سواء[5].

---

[1]- أبو زيد رشدي شحاتة ، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ،دراسة مقارنة ط1، مكتبة الوفاء القانونية ،الإسكندرية ،مصر ، 2012 ،ص 44 وص99 .

[2]- المادة 87 ق أ، والمادة 231 من م أ ش، والفصل 154من م أ ش ت .

[3]- المادة 124-125 من ق أ ،والمادة 209من م أ ش ،والفصل07 من م أ ش ت.

[4]- حميد و زكية ، مرجع سابق ، ص 297-298.

[5]- المادة 119- 118 من ق أ.

الفرع الرابع: الحضانة والتبني

فالتبني لغة: من تَبَنَىْ تَبَنِياً، ويقال تَبَنَى الصبي أو ادعى بنوته ، أو أتخذه ابناً، وكان الرجل في الجاهلية يَتَبَنَى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه إليه الناس، ويرث ميراث الأولاد[1].

والتبني في الاصطلاح: هو كما عرفه الدكتور صالح بوغرارة، بأنه: عملية إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر، والتصريح بأنه ولدٌ له، وليس هو بولد له في الحقيقة[2].

وهي علاقة بين الطرفين، أحدهما وهو الشخص الكبير، امرأة أو رجل، ويسمى المُتَبَنِي، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المُتَبنَى، والمُتَبَنَى إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط، والتَبَنِي هو نظام جاهلي قد نهى الإسلام عنه، وذلك بقوله تعالى:﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾[3].

ويتشابه التبني والحضانة: في أن كليهما يتطلب رعاية وتربية الطفل؛ باعتباره من حقوق الطفل والأولاد تجاه الوالدين، ومن هنا قد ينشأ بعض الالتباس بين المصطلحين وهذا ما سنعرفه، من خلال الاختلافات التالية[4].

1- التبني تصرف قانوني، ينشأ بمقتضاه بُنُوَّه حُكْمِيه بين شخص وآخر، وفقا لأحكام القانون[5]، بينما الحضانة بنوة شرعية وحقيقية، تنشأ بسبب رابطة النسب[6].

2- التبني ترفضه الشريعة، كما قال تعالى:﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ...﴾[7].

اللَّهِ...﴾[7]. أما التبني في مجال القوانين المغاربية، فهو بين الأخذ والرفض، فنجد فنجد أن المشرع التونسي قد أقره بالرغم من انتمائها إلى العالم العربي الإسلامي، فقد

---

[1]- ابن منظور ، مصدر سابق، ص 202.

[2]- صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص69 - 70 .

[3]- سورة الأحزاب ،الآية (5) .

[4]- هدى عصمت محمد امين ، مرجع سابق ،ص50.

[5]-عبد الواحد كرم،معجم مصطلحات الشريعة والقانون،(عربي،إنجليزي،فرنسي)،ط2،د ر ش،الأردن،1998 ص100. ص100.

[6]- هدى عصمت محمد امين ،المرجع السابق،ص50-51.

[7]- سورة الأحزاب ،الآية (5).

أسست تونس نظام التبني بالقانون المؤرخ في :1958/03/04، متجاهلة كل الانتقادات، مطبقة مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي[1]، ولم يتأثر جيران تونس بهذا العمل الجريء، إذ أبطله المغرب، ومنعته الجزائر في جميع قوانينها الأسرية، حيث نصت المادة:149في فقرتها الأولى من المدونة المغربية، على أنه:"يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من أثار البنوة الشرعية"، ونصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

والذي يبدو لنا من موقف المشرع الجزائري، أنه لم يوصد باب التبني، بل قننه بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92، المؤرخ في: 1992/01/13، الذي جاء في مادته الأولى بأن: "يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولد قاصرا مجهول النسب من الأب، بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب".

وبهذا النص يستلحق المكفول بالكافل عن طريق اللقب، وبالتالي فإن هذا المرسوم قد أقر بهذا النوع من التبني البسيط، على غرار التشريع الفرنسي[2].

3- التبني نوعان، التبني البسيط، وفيه يحتفظ بمقتضاه الطفل المتبنى، بواسطة النسب بأسرته، والتبني الكامل، يفقد الطفل بمقتضاه رابطة النسب بأسرته الأصلية، ويصبح ابناً شرعيا للأسرة المتبنية[3]، بينما الحضانة نوع واحد نظمها القانون.

4- يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة كقاعدة عامة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبني، أن يكون متزوجا، وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحوال الشخصية، في فصلها التاسع.

5- يرتب التبني جميع آثار البنوة، من حقوق وواجبات كحرمة الزواج،واستحقاق الميراث والنفقة، أما الحضانة فلا ترتب شيء من ذلك، إذا كانت بيد غير الأبوين، وهذا ما أكدت

---

[1]- زكية حميدو، مرجع سابق ، ص 101.

[2]- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

[3]- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط3، مطبعة الكاهنة قسنطينة، الجزائر، 1999، ص294.

عليه المجلة التونسية، في فصلها 15 الفقرة الثانية، وهذا في أن: "موانع الزواج تبقي قائمة بين الصبي وأقاربه، إذا كانوا معروفين"

الفرع الخامس :الحضانة والوصاية

تعرف الوصاية في اللغة: على أنها مصدر الفعل وَصَى والفعل اَوْصَيْتُ، والاسم منه الوُصَاَة، والوِصَايَةُ بفتح الواو وكسرها[1].

وهي بمعني الوَصْلُ، ويقال وَصَيْتُ الليلة باليوم أي وَصَلْتُهَا[2].

كما تأتي بمعنى العهد للغير بالشيء، يقال أَوْصَى الرجل ووَصَاهُ، أي عهد إليه[3].

وأما **تعريف الوصاية في الاصطلاح:** فقال فقهاء الشريعة، بأن الوصية تختص بالتبرع المضاف إلى ما بعد الموت، والوصاية تختص بالعهد إلى من يقوم على أموال وديون وشؤون الموصي بعد موته[4].

ومن الفروق بين المصطلحين الآتي:

1- أن الوصاية، هي الأمر بالتصرف بعد الموت، كوصية الإنسان إلى من يغسله، أو يصلي عليه أو يزوج بناته ونحو ذلك، فالوصاية ولاية كغيرها، إلا أنها تثبت بتفويض الغير، أما الحضانة فهي ثابتة بالشرع والقانون، وهي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه، وقد يكون الوصي حاضناً[5].

2- الوصاية هي نظام لرعاية اموال القاصر، بما يكفل حسن إنفاقها، أما الحضانة فهي حق مقرر لحماية الطفل، وحفظه بما يكفل حسن تربيته، ولذلك فإن الفقه الاسلامي قد فرق بين حق الحضانة والوصاية، فخول لوالد الطفل، أن يعين عليه وصياً مختاراً، يدبر أمواله، ولم يجعل له حق اختيار من يحضنه، بل جعل ذلك منوطا بمصلحة المحضون في الحدود التي رسمها، ولا اعتبار لإرادة والده فيها[6].

---

(1)- الفيومي ، مصدر سابق ، ص 341.

(2)- الرازي،محمد بن أبي بكر عبد القادر،مختار الصحاح،مكتبة لبنان،والمطبعة الأميرية،بيروت،لبنان،1904،ص726.

(3)- ابن منظور ، مصدر سابق ،ج15، ص 37.

(4)- ابن عابدين، مصدر سابق، ج10، ص334.

(5)- http//www.vichig.org/downloud/maws….ara/mgk.pdf(last.visited 13/11/2014).

(6)- زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص 102- 103.

3- أن الذي يقدر مصلحة المحضون، ومن هو الأولى في القيام بالحفاظ على مصلحة المحضون، ورعايته ترجع إلى القاضي، الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وعروف الحوادث[1]، غير أن في الوصاية تنص المادة92، من قانون الأسرة: "على أنه يجوز للاب أو الجد،تعيين وصي للولد القاصر إن لم تكن له أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك، بالطرق القانونية " .

وهذا ما تبينه أيضا المجلة التونسية في الفصل154 بقولها: "ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم، أو فقدانها الأهلية "، وكذلك المادة 237 من المدونة بقولها:"يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور، أو الحمل".

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للحضانة

من خلال هذا المطلب، بعد أن تكلمنا عن مفهوم الحضانة وما يميزها عن المصطلحات القريبة منها،سوف نتطرق من خلال هذا المطلب، إلى بيان؛ هل أن الحضانة حق أو واجب؟

فإذا كانت الحضانة حقا، فيحق لصاحبها التمتع بها من عدمها، دون إمكانية إلزامها أما إذا كانت الحضانة واجبا، فيجب على الملتزم بالحضانة القيام بها على أكمل وجه،وفي هذه الدراسة، نريد أن نعرف طبيعة الحضانة في ضوء قانون الأسرة، على مستوى مغاربي وبخلفيه شرعية، باعتبار أن نصوص هذا القانون مستمدة من الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين، وسنتطرق لكل هذا من خلال الفروع التالية:

الفرع الاول: الآراء الفقهية التي قيلت في الطبيعة القانونية للحضانة

أولا :الحضانة حق: إن أول ما قيل في ذلك، هو أن الحضانة حق، ولكن الخلاف في هل الحضانة حق للصغير أو حق للحاضن، أو حق للحاضن والمحضون معا، أو أنها حق للمجتمع[2].

---

[1]- زكية حميدو ، المرجع السابق ، ص 103.

[2]- هدى عصمت محمد أمين ، مرجع سابق ،ص59.

أ-**الحضانة حق للصغير:** باعتبار أن للصغير الحق في البقاء والنمو، كما تعتبر حق للصغير، لأنها تخول سلطة على شخص الصغير، وسنوضح ذلك من خلال:

1- ليس لِأم الصغير، أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانته، فتتركه عندها مدة حضانة النساء، في مقابل عوض تأخذه منه، فلو وقع هذا الصلح بينهما، فهو باطل، لما في ذلك من تفويت حق الصغير في الحضانة واسقاطه، والإنسان يملك إسقاط حقه، ولا يملك إسقاط حق غيره.

2- إذا خالعت الأم زوجها، على أن يبقى عنده ولدها الصغير، الذي في سن الحضانة في المدة المقرر لحضانة النساء، فالخلع صحيح والشرط باطل لا يعمل به، لأن بقاء الصغير في يدها مدة حضانة النساء حق له، فلا يجوز الاتفاق على إسقاط هذا الحق[1].

3- إذا تعينت امرأة لحاضنة الصغير ، فإن لم توجد حاضنة سواها من محارمه، وامتنعت عن حضانته، أجبرت عليها محافظة على الصغير، وإذا لم تتعين للحضانة فلا تجبر عليها فلو امتنعت عن حضانته، اعتبرت كأنها غير موجودة، ويثبت حق الحضانة لمن تليها في المرتبة من الحضانات[2].

ب- الحضانة حق للحاضن: (للأم أو من يقوم مقامها)

إن للوالدين الحق في تربية الصغير وحفظه؛ باعتباره امتدادا لهما[3]، ولا شك أن النساء هن أولى الناس بولاية وتربية الولد في الدور الأول من أدوار حياته، الذي لا يمكن فيه الاستغناء عن رعايتهن له، والنظر في قضاء وحوائجه، ومما لا شك فيه أيضا، أن الأم هي أحق الناس بحضانة ولدها، لأنها أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه، ولكنه ليس له مثل شفقتها، وهو عادة لا يتولى فيه الحضانة بنفسه، وإنما قد يدفعه إلى زوجته، أو إحدى قريباته، والأم بالطبع أحق به منهن[4].

---

[1]- ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية،- الزواج، الفرقة، وحقوق الأقارب- ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 1999، ص355.

[2]- المرجع نفسه ،ص 356.

[3]- صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004،ص 26.

[4]- هدى عصمت محمد امين ، مرجع سابق، ص60.

ومما ينتج على أن في الحضانة حق للحاضنة ما يلي :

1- ليس للأب أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لمن دونها في المرتبة، لما في ذلك من تفويت حقها، إلا بمبرر شرعي، كما إذا كانت التي من دونها متبرعة بالحضانة، وصاحبة الحق تأبى الحضانة بدون أجرة، أو ترضى من دونها في المرتبة بأجر أقل، مما تطلبه صاحبة الحق في الحضانة، ولو كان ما تطلبه أجر المثل.

2- ليس للأب أن ينقل الصغير من بلد مكان الحضانة، الذي تقيم فيه صاحبة الحق في الحضانة، لما يترتب على ذلك من تفويت حقها في الحضانة.

3- لوكان للصغير مرضعة غير حاضنة، يجب عليها أن ترضعه عندها في مكان الحضانة، حتى لا يفوت حقها في الحضانة [1].

ج-الحضانة حق للصغير وللحاضنة معا:

أخذ هذا الرأي من المذهب الحنفي، الذي يرى: أن الحضانة حق للصغير وللحاضنة معا، وأن أقوى الحقين في الحضانة هو حق الصغير، وأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بما هو الأصلح والأنفع للصغير في باب الحضانة[2].

والقانون السوري وإن لم يصرح بذلك، لكن قرارات محكمة النقض السورية، تعتبر الحضانة حقا مشتركا للحاضن والمحضون[3].

د-الحضانة حق المجتمع :

للمجتمع أيضا الحق في حفظ النفس الإنسانية للمحضون، بإحيائها ورعايتها[4]، ولذلك تقع على الدولة مسؤولية رعاية الطفال في جميع المجالات، فعندما يوجد هناك حاضن فيقع على الدولة توفير جميع الخدمات الاجتماعية والعلاجية للأطفال، وفتح مؤسسات لمساعدة الأمهات في تربية أولادهم، أما في حالة انعدام الحاضن، كما لو توفي الوالدان

---

[1]- ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم، مرجع سابق ، ص 356.

[2]- المرجع نفسه ،ص 354-355.

[3]-عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وأثاره،ج2،ط5، المطبعة الجديدة دمشق سوريا ، 1979 ، ص239-241 .

[4]- صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص30 .

مع عدم قبول الأقارب بحضانة الاطفال، فهنا يظهر الدور الكبير للدولة، وهذا ما أدى إلى فتح دور للأحداث في دول عديدة[1].

ثانيا:الحضانة إلتزام:ويرى الأستاذ الدكتور صلاح الدين جمال الدين:"أن الحضانة في حد ذاتها باعتبارها ضم وتربية الصغير هي التزام، بينما تكون الحاضنة ملتزمة والصغير ملتزما له أو صاحب الحق،حيث أن سلطة الحاضنة والأب على الصغير، هي أثر للإلتزام بالحضانة، وليست هي الحضانة ذاتها، كما أنه لا يمنع هذا من أن يكون الالتزام بالحضانة مزدوجا متبادلا بين الأب والأم ،ولاية تربيته، وولاية حفظ "[2].

ولقد وصل الدكتور محمد علوي ناصر في نتائج رسالته إلى أن: "الحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقهاء ورجال القانون، إلا أنها واجب أكثر منها حق، وتتحد بين الواجب الكفائي والواجب التعييني، فلو وجد الأب أو وجد حاضن غير الأم، ولم ترغب هي بالحضانة أكتفينا بهم عن الأم، وإلا تعينت لتعيين الواجب على عاتقها، أما الأب فهو واجب تعييني عليه حتما"[3].

ويرى الاستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي، في معرض مناقشته، هل الحضانة حق أم واجب، حيث يقول:إذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلا، نقول بأنها أحق الناس بحضانة طفلها ما لم يمنع من ذلك مانع، فإذا تمسكت به أجيبت إليه، واذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل، وهذا يعني أنه حقا لها، وإذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه، وإذا استعاضت عنه بشيء لا يصلح ، وهذا يعني أنه واجب عليها .

وعلى هذا نستطيع أن نقول أنه حق لكل من الحاضنة والمحضون، وإن كان في جانب المحضون أقوى، لأنه يجب توفيره له في كل حال، سواء وجدت حاضنة واحدة، أو تعددت الحاضنات، وإن لم يكن إلا حاضنة واحدة تعين عليها، فيكون واجبا لا مجرد حق

---

[1]– هدى عصمت محمد امين ، مرجع سابق ، ص 62 .

[2]– صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص30.

[3]– ناصر محمد علوي ، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010 ، ص23.

وإذا تعددت الحاضنات، كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى، لا يقبل منها إسقاطه، إلا إذا وجد من يقوم به، ممن تأهل للحضانة[1].

وهنا أن الحاضنة أماً كانت أو غيرها، إذ تعينت للحاضنة أجبرت عليها، محافظة على الصغير،كما إذا لم توجد له سوى أمها أو جدتها أو عمتها من ذوات المحارم، ويجبر الأب على أخذ ولده بعد استغنائه عن حضانة النساء، وتظهر هذه الحالة حين ترفض الأم حضانة وليدها، فيجب على الأب القيام بهذه المسؤولية، ودفع الطفل إلى المرضعة، أو لمن يتمكن من أداء هذه المهمة[2].

أما إذا لم تعين الحضانة، فلا يجبر على الحضانة، أو الالتزام بها، كما إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة، مثل الأم والجدة والخالة والعمة، فإن حقه في هذه الحالة، أن تحضنه واحده من هؤلاء، فلا تجبر الأم على أن تقوم بحضانة ولدها، لأن حقه في الحضانة لم يتعلق بها على التعيين، متي أمكن أن تحضنه غيرها من الحاضنات اللواتي هن أهل للحضانة، فإن امتنعت عن حضانته أجبرت الأم عليها، لأنها تعينت لحضانته عند عدم إيجاد البديل عنها[3].

الفرع الثاني : طبيعة الحضانة في الشريعة الاسلامية

من خلال هذا الفرع، سوف نعرف من له الحق في الحضانة، هل للصغير المحضون أو للحاضن، فإن كان حقا للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاءً، ويجبر عليها إذا امتنع، وإذا كان حقا للحاضن، فإنه يكون غير واجب عليه القيام بالحضانة قضاءً، ومن ثم فلا يجبر عليها إذا امتنع.

وعند مراجعة أحكام الشريعة الإسلامية حول طبيعة الحضانة، كونها حقا أو واجبا نرى أربعة اتجاهات مختلفة كبرى، وسنلخصها في الآتي :

---

[1]– محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص 753–754.

[2]– هدى عصمت محمد امين ، مرجع سابق ، ص 63–64.

[3]– ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 354–355.

- **الاتجاه الأول: الحضانة حق للأم**[1]: وفيه أن الحضانة حق للأم فلا تجبر عليه، ولها الامتناع على القيام بها، فهي بهذا حق خاص يسقط بالإسقاط، وقال ابن الهمام في كتابه شرح فتح القدير: "الأم أحق بالولد، والنفقة على الأب، ولا تجبر الأم عليه"[2].

والحضانة حق موضوعي، تستطيع المرأة إسقاطه متي شاءت، لأنه ليس حكما والدليل على ذلك" التعليق على مشيئتها والتعبير بالأحقية، بل ظاهرها كون هذه الأحقية مثلها الرضاع، وحينئذ لا يكون ذلك واجبا عليها، ولها إسقاطه والمطالبة بأجرته "[3].

- **الاتجاه الثاني: الحضانة حق للصغير**: فالحضانة بحسب هذا الاتجاه، أنها حق للصغير فليس للأم الامتناع عن حضانة طفلها، وتجبر عليها، فالحضانة بهذا تصبح واجبا[4].

ويرى الدكتور توفيق حسن فرج، أن الحضانة حق للصغير[5]؛ ويظهر ذلك واضحا في حالة طلاق الوالدين، حيث تعتبر الشريعة الإسلامية الحضانة حقا للطفل، لذا فإن للمرأة حق حضانة الطفل في صغره؛ لتفوقها على الرجل في هذه المهمة، بينما يتولى الرجل الحضانة عندما يقارب الطفل سن البلوغ، لأن الرجل هو في الغالب أقدر على رعاية الطفل في هذه المرحلة[6].

- **الاتجاه الثالث:الحضانة حق للحاضنة والصغير معا:** وهذا الاتجاه يجمع بين الاتجاهين الاول والثاني معا، وهذا في أن الحضانة حق للأم والصغير معا، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وإن لم نجد فليس لها الامتناع، وحق المحضون أقوى وهذا هو القول المعمول عليه[7].

---

(1)– .(http//www.arabpsnet.com) (last visited 13/11/2014)

(2)– ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الوهاب، شرح فتح القدير ، ج3 ،دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان دت، ص314

(3)– زهير الأعرجي، النظام العائلي ودور الأسرة في البناء الاجتماعي الاسلامي، ط1، مطبعة أمير، قم، إيران،1994 ص 140 .

(4)– توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982 ص 364.

(5)– المرجع نفسه ، ص 364-365.

(6)– حضانة الطفل ، منشور بالموقع الالكتروني(http//www.islamnonoon.com)(last visited 13/11/2014)

(7)– هدى عصمت محمد أمين ، مرجع سابق، ص71.

وفي ذلك يقول الدكتور بدران أبو العينين بدران أن "حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة؛ فليس حقا خالصا للصغير، وليس حقا خالصا للأم، وغاية الأمر أن حق الصغير أقوى، لأن مصلحته متقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة، فإذا أسقطت الأم حقها، بقى حق الصغير، ذلك لأن من حق الصغير أن يعتني به والده منذ ولادته، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على الأم، لأنها أقدر على هذا من الاب"[1].

ويرى أيضا الدكتور محمد حسين منصور، حيث يقول: "الراجح أنه حق للحاضنة والطفل معا، وأن أقوى الحقين هو حق الطفل، ومصلحته مقدمة على مصلحة أبويه[2]."

وقد اتفق الفقهاء، من شافعية وحنابلة،على أن للأم الحق في أن تتنازل عن حضانتها متى شاءت، ولا تجبر عليه إذا امتنعت؛ وأجمع العلماء بعدم إلزام الحاضنة بالحضانة والشرع لم ينص على ذلك، لكن يدل ظاهر النصوص على أن الحضانة كالرضاع، لها إسقاطها متى تشاء[3].

ومن هنا تبين لنا أن الحضانة حق للأم وليس واجبا عليها، وهنا يثور السؤال التالي: هل تجبر الحضانة على الحضانة؟

فذهب الحنفية والمشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة، أن الحاضنة لا تجبر،وقيل أنها تجبر على الحضانة مطلقا، وتجبر الأم إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم، كي لا يضيع الولد[4].

وفي حالة سكوت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها،ذهب المالكية إلى سقوط حقه وذلك عند توفر الشروط التالية:

---

[1]– بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة،الاسكندرية،مصر دت،ص 62.

[2]– محمد حسين منصور،النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية،ط1،دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر،2003،ص354.

[3]– فائزة محمد السعيد عبد الوهاب،دراسة بعض مشكلات الأطفال،مطبعة شفيق، بغداد، العراق، 1975، ص88.

[4]– رمضان علي السيد الشرنباصي ،أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ، ج2 ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ، لبنان ، 2001 ، ص181.

1- أن يعلم بحقه في الحضانة، فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة، لا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته.

2- أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن جهل ذلك، فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله .

3- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه للحضانة،فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها[1].

- **الاتجاه الرابع: الحضانة حق لله تعالى:** ويقصد به النفع العام للناس جميعا، من غير اختصاص بأحد، فينتسب إلى الله تعالى؛ لعظم خطره وشمول نفعه، لئلا يختص به أحد من الجبابرة، كحرمة البيت الذي يتعلق به مصلحة عامة، وكحرمة الزنا وتحريم السرقة وشرب الخمر، والتجسس والربا والغش، على أن هذا لا يمنع من القول، بأنه في بعض هذا القسم من الحقوق ما يحقق مصلحة خالصة لمن يقول به، وإن كان القصد الأول منها تحقيق مصالح عامة، ينتفع بها كافة الناس، وليس للملك أو الاختصاص لأحد، فإن جميع الناس في ذلك سواء، قال تعالى:﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾[2].

فإضافة هذا الحق إلى الله تعالى سبحانه، لتشريف ما عظم خطره وقوي نفعه وشاع فضله، بأن ينتفع به الناس كافة، وحق الله تعالى يطلق ويراد منه الحق العام، ونظيره في القوانين الوضعية والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا النوع من الحقوق يندرج تحته ما يلي:

- العبادات بأنواعها.
- موارد الدولة المالية بأنواعها.
- العقوبات الخالصة .

وهذا ما قال به أهل السنة والجماعة ،وذهب إلى هذا بعض الإباضية[3].

---

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق ، ص182.

[2]- سورة الشورى، الآية (49).

[3]- أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل ، ج3 ، طبعة مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، دت، ص 567.

ودليلهم في ذلك:أن الحضانة شرعت حفظا للنفس، ولا شك ان حفظ النفس يعتبر حقا من حقوق الله تعالي[1].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للحضانة في التشريعات المغاربية

على غرار التشريعات العربية، نجد أن مشرعي قانون الأسرة، على المستوى المغاربي، أقروُا الطبيعة الهجينة للحضانة[2]، فاتخذوها ضمنيا حقاً وواجباً في آن واحد سواء كان صاحب الحق هو المحضون أو الحاضن أو الولي، وقد أكد هذه الصيغة المزدوجة القضاء أيضا[3].

أولا: التشريع الجزائري :عالج المشرع الجزائري مسألة الحضانة، من خلال المادة 66 التي تنص بأنه: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

فهذه العبارة جمعت بين حقين: حق للحاضنة، وهذا من خلال اللفظ الصريح بكلمة حق، ومن جهة ثانية أن هذا الحق يسقط بالتنازل، وحق للمحضون، الذي اشترط المشرع لصالحه بأن لا يضر بمصلحته، وفي المادة 67 فقرة2، التي تقول بأنه: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

وكذا المادة 68، التي قالت: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها"، وبالتالي جعل المشرع مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها، ومنح حق المطالبة بها، في مدة لا تزيد عن سنة كاملة.

وأكدة المادة 71، من ذات القانون على أنه:" يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

وهذا ما يؤكد أن هذا الحق يكون للحاضنة، إلا أن المشرع لم ينف هذا الحق لفائدة المحضون، وهذا ما ختم به أغلب مواده بعبارة: مراعاة لمصلحة المحضون، أو بما لم يضر بمصلحة المحضون؛ وهذا ما جعل الفقهاء ينظرون إلى الحضانة من خلال التشريع الجزائري، على أنها حق للمحضون.

---

[1]–أبو زيد رشدي شحاتة ، مرجع سابق ، ص100–101.

[2]– موقع الكتروني:(last visited 13/11/2014) cf.y Limant de bellefond.op.tit.p.153

[3]– زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص 461.

وهذا ما أكد عليه القضاء أيضا، حيث أصدر المجلس الأعلى الجزائري، قراره بتاريخ:1968/12/25، في بقوله أن: "الحضانة حقُ وواجبُ في آن واحد"[1].

فالقضاء الجزائري من خلا ل هذا القرار، اعتبر الحضانة حق مزدوج للحاضن والمحضون، إلا أنه غلب حق المحضون على الحاضن، بلفظ واجبات وهذا ما يؤكد أن حقوق المحضون أكثر من حقوق الحاضن.

وفي قرار أخر للمجلس الأعلى، حيث صدر بتاريخ:1986/05/05، في قولها، بأن: "من المقرر شرعا، بأن الشريعة الاسلامية تراعي بالدرجة الأولى، مصلحة الأولاد المحضونين".[2]

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك، من خلال القرار الصادر، بتاريخ:2002/07/03 بقولها "حيث أن عمل الحضانة، لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها، ما لم يتوفر الدليل الصحيح، على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية، فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضن فقط، وإنما هي حق للمحضون أيضا".[3]

ومن خلال التشريع الجزائري والاجتهادات القضائية، تبين أن هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة لكل من الحاضنة والمحضون، مع تغليب حق المحضون، وإعطائه حق الاولوية.

ثانيا: التشريع المغربي: ففي بداية الأمر في أوائل القرن الماضي؛اعتبر الفقه أن الحضانة حق للحاضن، مطبقين في ذلك المذهب المالكي[4].

غير أنه بعد التعديل الأخير لمدونة الأسرة المغربية، اختلف الفقه حول طبيعة الحضانة، حسب ما جاءت به المواد من :163إلى 186، فمنهم من قال بأن الحضانة حق وواجب في آن واحد، ثم جاء رأي آخر مفسر لهذه المواد، بأن الحضانة حق للمحضون.

وأخيرا جاء رأى الاستاذ محمد الكشبور،وهذا إعتمادا على استقرار موقف المجلس الأعلى، للقول بأن الحضانة حق للحاضن[5].

---

[1]– م أ ، غ م، بتاريخ: 1968/12/25، ن س، 1968، ص 136.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم41110، غير منشور.

[3]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 2002/07/03، ماف رقم274207، غير منشور.

[4]– زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص 465.

[5]– محمد الكشبور، مرجع سابق ، ص 483.

ومن أجل رفع اللبس، عن هذا التعارض في تفسير النصوص القانونية المغربية، لا يسعنا إلا الرجوع إلى القضاء، حتى تتضح الرؤية أكثر.

وفي هذا قد صدرت عدة قرارات قضائية، نذكر منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ:1992/02/28، والتي قررت بموجبه أن:" بالرغم من أن الفقه لم ينص على تمديد فترة الحضانة،فإن الابن المريض، والذي ثبت طبياً أن عمره العقلي لا يتجاوز سبع سنوات، يكون من مصلحتة البقاء محضونا من طرف أمه، طالما كانت على درجة كافية من الاستقامة "[1].

ومن هذا القرار، يتبين لنا أن الحضانة من حق المحضون، وهذا ما يغلب على القاعدة الفقهية، التي تقول بانتهاء الحضانة في سن معين .

وهناك قرار أخر من المجلس الأعلى بتاريخ:1986/06/28، والتي قضت بأن: "الأم أولى بالحضانة، فإن تنازلت انتقل الحق للجدة، وليس في الفقه ما يتمسك به الطاعن، من أن للأم أن تتصرف في الحضانة كيف تشاء، فتمنحها لم تشاء"[2].

ونستشف من هذا القرار، أن الحضانة حق للحاضنة مادام أن الأم أولى بها، ولها أن تتنازل عنها، وأيضا هي حق للمحضون،لكون أنه ليس لها حق التصرف فيها كيف تشاء.

وهناك قرار ثالث عن المجلس الأعلى بتاريخ:1995/07/27 والقاضي بأن:" .... وقيام الحاضن مما هو واجب عليه، نحو المحضون"[3].

فقد أكد هذا القرار، على أن الحضانة حق للمحضمون وواجب على الحاضن.

وبصدور القانون المؤرخ في:2004/02/03، والذي بينت مواده أن الحضانة حق للحاضن وهذا حسب ما جاءت به المادة،165 بقولها:" 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، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك".

---

[1]– م أ م ، بتاريخ:1992/02/28 ، مجلة المحاكم المغربية، العدد65،ص173.

[2]– م أ م ، بتاريخ:1986/06/28 ، م ق م أ 1986 ، العدد83، ص34.

[3]– م أ م ، بتاريخ:1995/07/27 ، م ق م أ 1995 ، العدد48، ص277.

وكذا ما جاءت به المادة 176، بقولها: "سكوت من له الحق في الحضانة، مدة سنة بعد عمله بالبناء، يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة"

وأنها حق للمحضون، حسب ما جاء به المادة 163، بقولها:"...على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع، بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون..."، ففيها إشارة بأن الحضانة ما شرعت إلا لخدمة الطفل المحضون"، وهذا ما أكدت عليه المواد 164 [1]، و 166[2]، التي أبرزت حق المحضون في اختيار حاضنته، والمادة 169، التي كرست واجب العناية بالمحضون، والمادة 186، التي أكدت على مصلحة المحضون، بقولها:"تراعي المحكمة مصلحة المحضون، في تطبيق مواد هذا الباب..."

ومن خلال التشريع المغربي والاجتهادات القضائية، على غرار المشرع الجزائري تبين أن هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة، لكل من الحاضنة والمحضون، مع ترجيح حق المحضون عن الحاضنة.

ثالثا : التشريع التونسي : وعلى غرار التشريعات المغاربية، نجد أن المشرع التونسي تارة قال بأن الحضانة حق للحاضن، وتارة أخري هي حق للمحضون، فنجد المواد التي قالت بأن هذا الحق للحاضن، ما جاء في الفصل الـــ 54، من المجلة التونسية بقولها:"إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة، لا تجبر عليها...." وأكد ذلك في الفصل الـــ 57، بقوله: "الحضانة من حقوق الأبوين".

فالحضانة هنا، كما جاءت المادة حق للحاضن، وقد ذكر المشرع التونسي في الفصل 64، بالحق في التنازل عن الحضانة، وهذا بقوله :" يمكن لمن عهدت إليه الحضانة، أن يسقط حقه فيها، ويتولى الحاكم في هذه الصورة، تكليف غيره بها ."

وهذه النصوص لا تمثل الرأي الغالب للمشرع التونسي ، بل هناك مواد أخرى تأكد على أن الحضانة ما شرعت إلا لمصلحة المحضون، وتأكيد أحقيته فيها ،ومن هذه المواد نذكر ما نجده في الفصل54،في قوله: "الحضانة حفظ الولد، في مبيته والقيام بتربيته."

---

[1]– المادة 164 من م أ ش: " الحضانة من واجبات الأبوين".

[2]– المادة 166من م أ ش:" تستمر الحضانة إلى غاية سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي اتم الخامسة عشرة سنة ان يختار من يحضنه من أبيه أو أمه".

وما أكد الفصل 60[1]، بأن من حق الأبوين، تربية الولد وحمايته، وختمت المادة بأن ترعى مصلحة المحضون، وما أكدت عليه المادة 66[2]، في حالة وفاة الوالدين تنتقل الحضانة للجدين، مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا كله تأكيدا على أحقية المحضون وإعطائه حق الأولوية، وتأييدا لرأى الأول والثاني، نقول أن الحضانة هي حق للمحضون وحق للحاضن كذلك، مع تغليب حق المحضمون ومصلحته على حق الحاضن.

وأهم القرارات القضائية، التي أيدت الفريق القائل، بأن الحضانة حق للمحضون والصادر عن محكمة التعقيب التونسية، بتاريخ :1966/02/24، الذي صرح بأن: القانون يدعوا القاضي الأخذ بعين الاعتبار للطفل المحضون، وعليه يأخذ في الحسبان حق الطفل فقط[3].

وما صدر أيضا، عن محكمة التعقيب، في القرار الاستئنافي بتونس، بتاريخ: 1970/10/22، والذي قضى بأن: "إسناد الحضانة إنما تراعي فيه مصلحة المحضون، تماشيا مع أحكام القانون، وتقديم تلك المصلحة على كل اعتبار "[4].

وأيضا أصدرت محكمة التعقيب، قرار صادر بتاريخ: 1979/01/02، يقضي بأن: "المعتبر في إسناد الحضانة مصلحة المحضون، لا مصلحة الحاضن"[5].

ثم جاء قرار أخر لنفس المحكمة، صادر بتاريخ:1993/03/08، بين فيه أن الحضانة حق للحاضن والمحضون، مع تغليب حق المحضون على حاضنه، وذلك في نص القرار التالي:"ولئن كان لكل من المحضون والحاضن حق الحضانة، إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضن " [6].

---

[1]– الفصل 60 من م أ ش ت: " للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى اماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنته، كل ذلك إذا لم يرى القاضي خلافه لمصلحة المحضون "

[2]– الفصل 66 من م أ ش ت:" الولد متي كان عند أحد الأبوين لا يمنع الأخر من زيارته ومن تعهده ، إذا طلب نقله اليه للزيارة فكلفت الزيارة عليه. "..

[3]– م ت، بتاريخ:1966/02/24، قرار مدني، عدد9، م ق ت 1966 ، ص27.

[4]– م ت، بتاريخ:1970/10/22، قرار مدني، عدد6، م ق ت 1970 ، ص85.

[5]– م ت، بتاريخ:1979/01/02، قرار مدني، عدد2717، ن م ت، 1979 ، ص13.

[6]– م ت، بتاريخ:1993/03/08، قرار مدني، عدد36815، ن م ت، 1993 ، ص294.

ومن خلال التشريع التونسي والاجتهادات القضائية،وعلى غرار المشرعين المغاربة تبين أن هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة لكل من الحاضنة والمحضون، مع تغليب حق المحضون.

وفي خلاصة القول بعد أن تعرفنا على مواد القانون على المستوى المغاربي، وكذا التطبيقات القضائية، فإن من حق الحاضن التنازل على الحضانة، ولكن ليس هذا الحق مطلق، بل مقيد بشروط مع التأكيد، بأن تغلب مصلحة المحضون، ويعطي له الأحقية في ذلك .

المبحث الثاني

شروط ممارسة الحضانة:

إن قانون الأسرة الجزائري، على عكس ما جاء في المادة 173 وما يليها من القانون المغربي، والفصل58من القانون التونسي، لم يفرد فصلا محددا، ولا مادة معينة من مواده تتكلم بشكل واضح على الشروط الواجب توفرها في الحاضن، واكتفى في المادة 62، من القانون الجزائري 02/05، في الفقرة الأخيرة بقوله: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

وسنتعرف في هذا المبحث، على شروط ممارسة الحضانة في التشريعات المغاربية وذلك بخلفية شرعية، بحكم أن فقهاء الشريعة قد فصلوا في هذه الشروط، والتي من خلالها صاغ المشرعون المغاربة موادهم القانونية، وسنعرض في هذا المبحث إلى الشروط عموما في الرجال والنساء، والشروط الخاصة بالرجل والمرأة كل على حده، وهذا من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالنساء.

المطلب الثالث: الشروط الخاصة بالرجال.

المطلب الأول

الشروط العامة في الرجال والنساء

إن العناية بالمحضون وتربيته، تربية سليمة، يتطلب شروطاً كثيرة لا بد أن تكون في الحاضن، سواء كان رجلاً أو امرأة على حد سواء، وهذا ما لم نعهده في غيرها من سائر الولايات،وذلك لما فيها من أثر بالغ على حياة الطفل، حيث بتوفر هذه الشروط، نصل إلى الهدف المنشود من الحضانة عموما،وسوف نتعرض إلى ذلك،من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الأهلية:

الأهلية لغة: مصدر صناعي لِـ(أهل)، بمعنى الصلاحية، ويقال فلان أهل لكذا، أي خليق به، وأهل الرجل عشيرته، والجمع أهلون، وآهالُ، وأهالٍ، وأهلات[1].

الأهلية اصطلاحا: صلاحية الإنسان لصدور جميع الأفعال منه، والاعتداد بها شرعا بحيث يصبح أهلا لجميع التكاليف الشرعية، ويجب عليه أداؤها، ويأثم بتركها، وهي مرتبطة بالبلوغ والعقل[2].

ويشترط في الحاضن أهلية الحضانة، في الرجال والنساء على حد سواء، وهذا ما أخذ به الفقه الشرعي، وحذا حذوه المشرعون المغاربة، وما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 62، فقرة2 ، بأن يكون الحاضن أهلا للحضانة[3].

وقد قالت به المدونة المغربية، في المادة 173، فقرة1، أن من الشروط التي يجب أن تكون في الحاضن، أولها الرشد القانوني، وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية، في فصلها الـــ 58على أنه: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا..."[4].

وتشتمل الأهلية، على عنصرين العقل والبلوغ، وهي من الشروط المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وعند فقهاء القانون أيضاً.

---

(1)– ابن منظور، مصدر سابق، ج1، ص305.

(2)– وهبة الزحيلي، ج1، ص166-167.

(3)– المادة 62 فقرة2 من ق أ: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

(4)– المادة 173 فقرة1من م أ ش: " شروط الحاضن: 1ـــالرشد القانوني لغير الأبوين...".

أولا: العقل:

العقل لغة:من فعل عَقَلَ، فهو عَاقِلُ وعقول من قوم عُقلاء، مأخوذة من عقلت البعير إذا جمعت قوائمه، والعقل التثبُتْ في الأمور، ومن معاني العقل، القلب والحصن، والمنح والإمساك، والملجأ وهو ضد الجنون، وسمي العقل عقلاً،لأنه يعقل من التورط في المهالك أي يحبسه[1].

وهو العلم بصفات الأشياء من حسنها وقبحها،وكمالها ونقصانها، أو العلم بخير الخيرين، وشر الشرين، وقيل الحجر والنهي[2].

العقل اصطلاحا:عرفه بن تيمة،بأنه: شرط في معرفة العلوم، وكمال وصلاح الأعمال وبه يكمل العلم والعمل، ولكنه ليس مستقلاً بذلك، لكنه غريزة في النفس وقوة فيها، بمنزلة قوة البصر التي في العين[3].

اشتراط العقل في الفقه الاسلامي: وقد ورد العقل في شروط الحضانة، عند الفقهاء بالنص والتـــأكيد عليه، والجميع يعدونه من الشروط اللازمة للحضانة، بل من أقوى مقوماتها، فإن الحضانة تقديم ما فيـــه النفع للصغير، وفاقد العقل لا يقدر على تمييز النفع من الضرر[4].

قال الأحناف: على أنه يشترط في الحاضنة، أن تكون حرة، بالغة، عاقلة[5].

وبه **قال المالكية** بقولهم: ويشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى العقل، فلا حضانة لمجنون[6].

أما الشافعية فقد قالوا: بأن شرائط الحضانة مع أحدهما العقل، فلا حضانة لمجنونة أطبق جنونها، أو تقطع، لأنها ولاية وليست هي من أهلها، وقالوا أيضا لا تثبت الحضانة لمعتوه، وهو ناقص العقل، ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة[7].

---

(1)– ابن منظور، المصدر السابق، ج10، ص233.

(2)– الفيروز آبادي، مصدر سابق ، ج4، ص18.

(3)– ابن تيمة، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، ج3، طبعة الأوقاف، الرياض، السعودية، 2004، ص338.

(4)– ناصر محمد علوي ، مرجع سابق، ص86.

(5)– إبن عابدين ، مصدر سابق، ج3، ص555.

(6)– الدسوقي، مصدر سابق، ج2 ، ص599.

(7)– محمد نجيب المطبعى، تكملة المجموع في شرح المذهب، ج17، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، دت، ص165.

وقال الحنابلة أيضا بشرط العقل، حيث منعوا حضانة المجنون والمعتوه[1].

ولهذا يكون شرط العقل، قد أجمع عليه فقهاء الأمة، لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير المحضون[2].

إشتراط العقل في التشريعات المغاربية: فنجد أن المشرع الجزائري، قد ذكر ذلك، في مواد الولاية من القانون المدني[3]، وما أكدت عليه المادة 62، في فقرتها الثانية، من قانون الأسرة بقولها: "ويشترط في الحاضن، أن يكون أهلا للحضانة ".

وما جاء أيضا في نص المادة 81 من ذات القانون، مؤكدة على ذلك بقولها: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدما، طبقا لأحكام هذا القانون، وهذا ما جاء به المشرع المغربي، في المادة 173 فقرة1، بقولها: "من الشروط التي يجب أن تكون في الحاضن، الرشد القانوني...". وأما الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي، فقالت: "يشترط في مستحق الحضانة، أن يكون مكلفا...".

بمعنى أن يكون بالغا، عاقلا، لأن الحضانة لا تثبت لصغير ولو كان مميزا، كما أنها لا تثبت لمجنون ولا معتوه، لأن غير العاقل لا يحسن حفظ نفسه، ومن ثم لا يحسن حفظ غيره، بل يخشى على الصغير منه[4].

ثانيا: البلوغ: الحضانة هي تولي شؤون الصغير ورعايته، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية، أن تسند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه، لا يمكن الاعتماد عليه؛ حتى يتولى شؤون غيره، لأن الحضانة مهمة شاقة، لا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار لذلك فإنه يشترط في الحاضن، أن يكون بالغا.

و**المقصود بالبلوغ في اللغة:** من بَلَغَ الشيء يَبْلُغُ بُلُوْغَاً، وبَلاَغاً، أي وصل وانتهى[5].

---

[1]– ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص597.

[2]–ناصر محمد عليوي ، مرجع سابق، ص87.

[3]– المواد 42، 43، 44 من القانون المدني الجزائري.

[4]– أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية، ودار شتات لنشر والبرمجيات مصر، الإمارات، 2008، ص87.

[5]– ابن منظور، مصدر سابق،ج2، ص5.

أما **في الاصطلاح:** البلوغ قوة تحدق في الصغير، يخرج بها من حالة الطفولة، إلى حالة الرجولة[1].

اشتراط البلوغ في الفقه الاسلامي: فقهاء الشريعة الإسلامية، متفقون على أن البلوغ الطبيعي للإنسان يكون بعلاماته الطبيعية، ومنها الاحتلام والحيض بالنسبة للمرأة، وغير ذلك من العلامات فإن لم يحصل ذلك ينتقل الأمر إلى البلوغ بالسن، واختلف في تحديده.

فقال الحنيفة: الأنثى تبلغ باستكمال خمسة عشرة سنة، وفي الذكور عنه روايتان أحدهما يبلغ باستكمال تسع عشرة سنة، والأخرى ثمانية عشرة سنة[2].

وقال المالكية بأن: الصبي لبلوغه بثماني عشرة، أو الحلم، أو الحيض أو الحمل أو الإنبات [3].

وذهب الشافعية: إلى خمسة عشرة سنة للذكور، وتسعة سنين للإناث، وفي رواية أخرى للشافعية، للإناث مثل الذكور، خمسة عشرة سنة [4].

والحنابلة: متفقون على تحديد سن البلوغ، خمسة عشرة سنة في الذكر والأنثى[5].

لحديث بن عمر، رضي الله عنه قال "عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم، يوم أحد وأنا ابن أربعة عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمسة عشرة سنة، فأجازني"[6] .

إشتراط البلوغ في التشريعات المغاربية:

والمقصود بالبلوغ في التشريع الجزائري، هو أهلية الأداء، والتي تجعل الشخص قادرا على تدبير شؤون نفسه، مما يستلزم تكليفه شرعا وقانونا، عن رعاية مصالح غيره.

---

(1)– ابن عابدين، مصدر سابق، ج6، ص447.

(2)– المصدر نفسه، ج3، ص566.

(3)– الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص599.

(4)– الرملي، مصدر سابق، ج3، ص212، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ج7 ، ص171.

(5)– ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص297.

(6)– رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ، ج6، ص3.

وقد حددها القانون المدني الجزائري، ببلوغ سن19سنة كاملة، للذكر والأنثى، على حدٍ سواء[1]، وهذا ما قالت به المادة 86، من قانون الأسرة[2].

وأما في التشريع المغربي فقد نصت المادة 173[3]، على أن يكون الحاضن راشداً والرشد هنا الرشد القانوني- وهو ثماني عشرة سنة شمسية كاملة، فالقانون استثنى الأبوين من شرط الرشد القانوني-،إلا أن الرشد القانوني بالنسبة للأبوين،مفترض حسب المادة 19 من ذات القانون، والتي نصت بأنه: "تكتمل أهلية الزوج بإتمام الفتى والفتاة، المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية، ودون هذا السن يقوم قاضي الأسرة، بالإذن بالزواج".

أما التشريع التونسي، فقد جاء في مجلة الأحوال الشخصية في فصلها 58، مؤكدا على ذلك في الفقرة الأولى منه، بأن يكون الحاضن مكلفا أي بالغا عاقلا، لأن الحضانة لا تثبت لصغير ولو كان مميزاً [4].

الفرع الثاني: القدرة: وهي من الشروط المختلف فيها شرعا، وسنعرض المقصود منها لغة وشرعا، ثم نعرف ما قال به المشرعون المغاربة.

القدرة لغة: تعني الغنى واليسار والقوة، وقيل رجل ذو قُدْرَة بالضم، أي ذو يسار والقُدْرَة من الإِقْتِدَارُ على الشيء والقُدْرَةُ عليه[5].

القدرة اصطلاحا: تعني المستطيع، وهو القادر في ماله وبدنه، وذلك يختلف باختلاف أحوال الناس، واختلاف عوائدهم، وضابطه أن يمكنه الركوب، ويجد زاد وراحلة صالحين لمثله، بعد قضاء الواجبات، والنفقات، والحاجات الأصلية[6].

---

(1)- سعد فضيل ، مرجع سابق، ص371.

(2)- المادة 86 من ق أ:"من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

(3)- المادة 173 من م أ ش: " شروط الحاضن: 1ـ الرشد القانوني لغير الأبوين...".

(4)- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مرجع سابق، ص87.

(5)- الفيروز آبادي ، مصدرسابق، ج2، ص114.

(6)- ابن الهمام، مصدر سابق، ج2، ص417.

اشتراط القدرة في الفقه الاسلامي: وقع خلاف بين الفقهاء، في المقصود بالقدرة، أساسه هل المراد بها اليسار والقدرة على الإنفاق، أو القدرة من حيث القوة وسلامة الجسم[1] .

وسنتطرق لبعض أقوال المذاهب الفقهية، في ما يلي:

1. **قال الحنفية:**أن شرط القدرة،من شروط الحاضن وباللفظ المطلق، فالظاهر أن إطلاقهم لفظ القدرة، يراد به القدرة على الرعاية، ولا يقصد به الإنفاق لأنه من واجب الأب وليس من واجب الحاضنة، كما جاء عن المرغيناني:(أن الأم أشفق وأقدر على الحضانة) [2].

وواضح أن المقصود بها سلامة البدن وقدرته.

وابن عابدين، فقد أورد قولا، يفيد أن المقصود بالقدرة هو الإنفاق، فقال:(قال بعض الفضلاء، ولم أر ما المراد بيسار العمة في كلام صاحب الدرر، وغيره كفتح القدير،والظاهر أن المراد به القدرة على الحضانة، قلت:بل الظاهر القدرة على الإنفاق)[3].

ومع أن الإنفاق على الأب، ولكن يبدو أنه لو اجتمع قدرة البدن وسلامته، مع القدرة المالية كان أفضل[4].

2. **وقال المالكية:** بضرورة توفر شرط القدرة، فاشترطوا الكفاية، التي وردت في المدونة ومعانيها كثيرة، عندهم منها: عدم الإضرار بالمحضون، والخلو من المرض المشغل والسن أو العاهة المانعة عند إتمام الرعاية، كالعمى والخرس والصمم[5].

3. **قال الشافعية:** في شرط القدرة، والمقصود به سلامة البدن ولهم فيه قولان:

القول الأول: لا حضانة لفاقد القدرة، ومن به مرض لا يرجى شفاؤه يشغله عن النظر في كفالة المحضون، وهو ما قاله الباجوري[1].

---

(1)–ناصر محمد عليوي ، مرجع سابق، ص94.

(2)– المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي ابن عبد الجليل، الهداية، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان دت، ص37.

(3)– ابن عابدين، مصدر سابق، ج1، ص371.

(4)–ناصر محمد عليوي ، مرجع سابق، ص95.

(5)– الإمام مالك، بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، م2،ج3، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1995، ص357. ص357.

القول الثاني: إن الأعمى تثبت له الحضانة، وأعتبره ابن حجر معتمدا[2].

4. **وقال الحنابلة:** بضرورة توفر شرط القدرة، فاشترطوا القدرة البدنية، كعدم العجز والخلو من عاهة مانعة، والخلو من مرض معدي، كما ورد في كشف القناع، فيجمل أقوالهم إذ يقول: (ولا حضانة أيضا لعاجز عنها، كأعمى ونحوه، فإذا كان بالأم مرض أو جذام سقط حقها في الحضانة، كما أفتى به ابن تيمية وصرح بذلك العلائي الشافعي في قواعده... وهو واضح في كل عيب، متعدٍ ضرره إلى غيره)[3].

اشتراط القدرة في التشريعات المغاربية: قد أكدت التشريعات المغاربية على شرط القدرة.

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري،في المادة62 من قانون الأسرة، بقولها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه،والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ".

فالمقصود بالقدرة هاهنا: رعاية الصغير وصيانته، في خلقه وصحته، ونستشف من ذلك أنه،لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا أو مرض يعجزها عن القيام بشؤون المحضون، ولا لمتقدمة في السن التي تستحق من غيرها أن يرعاها وهذا ما هو متوافق وأقوال المالكية.

أما المدونة المغربية، فقد نصت المادة173في فقرتها الثالثة، بقولها: "شروط الحاضن: ...3- القدرة على تربية المحضون، وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا، وعلى مراقبة تمدرسه...".

وقصدها: القدرة على القيام بتربية الصغير، والقدرة على صيانته ورعايته في الدين والصحة والخلق، ومتابعة دراسته[4]، فقد أضاف المشرع المغربي في موضوع القدرة والمتمثلة في تتبع المحضون، حتى في أمور الدراسة.

---

(1)- الباجوري، إبراهيم الباجوري ، حاشية الباجوري،ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر،دت، ص200.

(2)- ابن حجر الهيثمي،أحمد بن محمد، الفتاوى الكبرى، ج2، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر، دت، ص5.

(3)- الباهوتي، مصدر سابق، ج5، ص499.

(4)- أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص 230.

وهذا ما ذهب إليه المشرع التونسي أيضا، من خلال مجلة الأحوال الشخصية في فصلها 58 فقرة3، بقولها: "... أن يكون قادرا على القيام بشؤون المحضون وصيانته.."

بمعنى أنه لا حضانة لعاجز، لكبير السن أو لعجز جسماني، فمثل هؤلاء لا يقدرون على تعهد أنفسهم، ومن ثم لا يقدرون على تعهد غيرهم، خاصة لو كان هذا الصغير صغيرا يحتاج إلى من يتعهده ويرعاه[1].

وخلاصة القول أن القدرة: شرط مشترك بين قوة البدن وسلامته، وبين ما يوفر الرعاية والعيش الأفضل من الجانب المادي، واجتماعهما في الحاضن يجعله مفضلا على غيره في حال النزاع، ويرفع الأمر إلى القضاء، وهذا ما أكدت عليه تشريعاتنا المغاربية فقد كانت متقاربة، ما عدا ما أضافه المشرع المغربي في قضية القدرة على متابعة دراسة المحضون، وهذا التقارب والتشابه ناتج عن الخلفية الشرعية، والمأخوذة من المذهب المالكي.

الفرع الثالث: الأمانة:

الأمانة لغة: من الأَمْنُ ضد الخوف، والأَمَانَةُ والأَمْنَةُ ضد الخيانة، لقوله تعالى:﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ...﴾[2].

ويقصد بالأَمَانَةُ هنا الفرائض المفروضة، أو النية التي يعتقدها فيما يظهر باللسان من الإيمان، ويؤديه من جميع الفرائض[3].

الأمانة إصطلاحا:هي الطهارة باطناً،عن الفسق والكبائر،والإصرار على الصغائر[4].

إشتراط الأمانة في الفقه الاسلامي:اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مفهومها، من أن تكون ضد الخيانة، أو العفة والعدالة، وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع، والصلاح في الدين وعدم الفسق، وسنعرض أقوال الفقهاء كما يلي:

1. **رأي الحنفية:** فقالوا على الأخذ بالأمانة في الحاضن، على قولين:

---

[1]– أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مرجع سابق، ص87.

[2]– سورة الأحزاب، الآية (72).

[3]– الفيروز آبادي، ج4، ص197.

[4]– أبو حامد الغزالي، محمد بن محمد، ، إحياء علوم الدين، ج1، دار المعرفة، بيروت، لبان، دت، ص 175.

أ- القول الأول: الأخذ بشرط الأمانة، وعدوه من ملزمات الحضانة، على أنه ورد عندهم تحت ألفاظ كثيرة تؤدي معنى الأمانة.

منها قول ابن عابدين، الذي عبرعنها بالفسق، الذي يلزم منه ضياع الولد، وعبر عنها أيضا بالخروج من يديها كل وقت، وتترك البنت ضائعة، وعبر عنها كذلك بالمرأة الثقة[1].

ب- القول الثاني: لم يأخذ بشرط الأمانة، فقال ابن عابدين في قول أخر له:(الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة، معروفة بفجور ما لم يعقل)[2].

2. **رأي المالكية:** قالوا في الأمانة، أنه من كان ثقة وأمينا في حفظ المال والدين، فهو ثقة في الحضانة أمين عليها، وفاقد ذلك لا حضانة له،ولو كانت له الحضانة ثم فقدها تسقط حضانته.

فقال الإمام مالك رحمة الله عليه، في ذلك:(فرب جدة لا تؤمن على الولد،ورب والد يكون سفيها سكيرا، يخرج من بيته ويدع الولد)[3].

ومن هنا نفهم أن الأمانة عند المالكية لا تتحقق في الحاضن، مع السكر والسفه وكثرة الخروج من المنزل.

3. **رأي الشافعية:** فقد أجمعوا على أن الأمانة شرط لازم للحاضن، وقد أوردوه ضمن عدة أوصاف، كعدم الفسق والعفة والثقة

فقال الشيخ الشافعي رحمة الله عليه:(إن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة،أولاهما به بغير تخيير)[4].

4. **رأي الحنابلة:** قالوا بالأمانة ولا حضانة لمن لا أمانة له، وعبروا عنها بألفاظ عديدة منها العدالة الظاهرة، والحفظ من الفساد وعدم الفسق.

فقد جاء لابن قدامة،أن الحضانة لا تكون لفاسق، لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة، ولا حفظ للولد في حضانته، لأنه ينشأ على طريقته[1].

---

[1]- ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص557.

[2]- المصدر نفسه، ج1، ص282.

[3]- الإمام مالك، مصدر سابق، م2،ج3 ، ص357.

[4]- الإمام الشافعي،عبد الله محمد بن ادريس، الأم، م3، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق،مصر، 2000، ص93.

اشتراط الأمانة في التشريعات المغاربية:فقد جاءت التشريعات المغاربية، مؤكدة على هذا الشرط وذلك كما يلي:

قانون الأسرة الجزائري: وإن لم نجد نصا صريحا يشترط الأمانة، إلا أنه في التطبيقات القضائية ما أكد على هذا الشرط.

فجاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا ، بتاريخ:1997/09/30 بقولها: "... حيث أن المادة 62 من قانون الأسرة، قد عرفت الحضانة بأنها: رعاية المحضون من تربية وتعليم والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة، على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر.

حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا، إلا بالنسبة للولد الصغير، الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه، وعليه فالوجه مؤسس.

الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا،فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة والإحالة لنفس المجلس"[2].

ويفهم من هذا القرار أن المرأة الزانية، غير أمينة على محضونيها، وبالتالي تسقط حضانتها، وعلى غرار التشريع جاء القضاء الجزائري، مؤكدا على اشتراط الأمانة .

أما المشرع المغربي، فقد ذكر ذلك صراحة في المدونة، في المادة 173 في الفقرة الثانية، بقولها يشترط في الحاضن: "... الاستقامة والأمانة..."، فلا يكون أهلا للحضانة من ثبت عدم استقامته، أو عدم أمانته، لأن الحاضن مسؤول عن المحضون، وفاقد الاستقامة أو الأمانة لا يكون أمينا عن المحضون[3].

وهذا ما ذكرته المجلة التونسية، في فصلها 58 الفقرة الثانية: "أن يكون أمينا..." بمعنى أن يؤمن على أخلاق الصغير وهو في يده، وغير الأمين لا تثبت له الحضانة، فمن كان فاسقا رجلا أو امرأة لا يكون عند الفقهاء أمينا، ومن ثم لا يسلم له الصغير في حضنه[4].

---

(1)– ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص297.

(2)– م ع،غ أ ش، بتاريخ:1997/09/30، ملف رقم171684، م ق2001، عدد خاص،ص169.

(3)– أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص230.

(4)– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مرجع سابق، ص87.

والخلاصة: أن الآراء الفقهية، تؤكد على شرط الأمانة على خلاف بينهم في مدى ضعفها وقوتها، والراجح هو ما قال به ابن حزم، والذي يشدد في حرمان الفاسقة من الحضانة، لأنها غير أمينة عن المحضون، مؤكدا على إلزامية شرط الأمانة، وهذا ما ذهب إليه المشرعون المغاربة، إلا أن المشرع المغربي أضاف كلمة استقامة.

فقال للحاضن أن يكون مستقيما أميناً، وهي كلمات مترادفة وقد ذكر ذلك لتأكيد، نظر لأهمية هذا الشرط، وتأثيره المباشر على المحضون، على عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى بالتلميح، وترك الفيصل في ذلك لتطبيقات القضائية، إلا أن المشرع التونسي قد ذكر ذلك صراحة، متأثراً بالرأي الراجح من أقوال الفقهاء.

الفرع الرابع:الحرية: وقد كان هذا الشرط موجوداً في زمان ماضٍ، إلا أن الفقه الإسلامي نظر إلى هذا الشرط من وجهين:

الجهة الأولى: تحقيق مصلحة المحضون، بأكبر قدر ممكن.

الجهة الثانية: خاصة بالحاضن، لأن العبد مقيد وكل تصرفاته ملك لسيده، وانشغاله بمسألة الحضانة، ترجع لموافقة سيده الذي يملكه.

الحرية لغة: الحُرُ ضد العبد والحُرَةُ ضد الأمة، وتحرير الرقبة؛ عتقها وقيل الحُر بالضم خلاف العبد، وخيار كل شيء[1].

الحرية إصطلاحا:هي التحرر من القيود، التي تكبل طاقة الإنسان وإنتاجه،سواء كانت قيوداً مادية أو معنوية، فهي تشمل التخلص من العبودية، لشخص أو جماعة أو لذات. قال تعالى:﴿ ...الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى...﴾ [2].

اشتراط الحرية في الفقه الاسلامي:وهي من الشروط المختلف فيها بين الفقهاء وسنتطرق لذلك من خلال آراء الفقهاء، كالتالي:

1. **رأي الحنفية:** أجمع فقهاء الحنفية،على وجوب توفر شرط الحرية في الحاضن، وعدوا انشغال العبد والأمة بخدمة سيدهما عجزاً مضراً بالصغير، فما دام أحد الأبوين رقيقاً فالحر منهما أولى به، والسيد أحق بحضانة الولد الرقيق[3].

---

[1]– الفيروز آبادي ، مصدر سابق، ص7.

[2]– سورة البقرة، الآية (178).

[3]–السرخسي، مصدر سابق، ج5، ص213، ناصر محمد عليوي ، مرجع سابق، ص88.

2. **رأي المالكية:** فالمعمول به عندهم أن الأم أحق بالحضانة ولو كانت أمةً، وهذا ما نُص عليه في المدونة[1].

وقال العدوي: (الحضانة حق للأم، حرة كانت أو أمة)[2].

3. **رأي الشافعية:** منعوا حضانة الرقيق للولد الحر، لكونها ولاية وليس العبد من أهلها وهذا ما قاله الإمام الشافعي[3].

ومن خلال هذا الشرط، يتبين أن المملوك والرقيق، يجوز له حضانة الطفل الرقيق وهذا هو القول الغالب عند أصحاب هذا المذهب.

4. **رأي الحنابلة:** وقالوا بأن يكون الحاضن حرا، هذا لأن المملوك لا يملك منافعه، التي حصل بها الكفالة، وفرقوا في ذلك بين من كله رق أو بعضه رق، ونصوا عليها ضمن شروط الحضانة، وهناك قول ثان لمحمد بن عبد الوهاب، الذي لم يذكر الحرية ضمن الشروط[4].

اشتراط الحرية في التشريعات المغاربية: فلم تذكر هذا الشرط بالإجماع، وذلك لأن زمن العبودية ولى وأنتهى،ولا حاجة لمشرعين لذكرها،ونظرا لعدم الحاجة إليها وانعدامها في هذا الزمن.

فالقوانين جاءت لتعالج أمور وإشكالات موجودة في الواقع، وإن كان هذا الشرط مختلف فيه شرعاً، فهو متفق عليه قانونا، باعتباره ليس بشرط، إلا أنه في حال وجود الرقيق لقدر الله، يرجع المشرعون المغاربة إلى الفقه الإسلامي، باعتباره الخلفية الحقيقية لقوانين الأحوال الشخصية،عند العرب عموما وعند المغاربة خصوصاً،بحكم طبيعة الدراسة لهذا الموضوع .

---

(1)– الإمام مالك ، مصدر سابق،م2، ج3، ص359.

(2)– العدوي، علي ابن حسن ابن ابي زيد القيرواني،حاشية العدوي، ج2،طبعة دار الطباعة العامرة، القاهرة، مصر 1959، ص114.

(3)– الإمام الشافعي، مصدر سابق، م3، ص93.

(4)– محمد بن عبد الوهاب،بن سليمان التميمي، مختصر الأنصاف،ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت ص461.

الفرع الخامس: الإسلام:

الإسلام في اللغة: من الفعل سلم، والإسلام والاستسلام تعني الانقياد، والإسلام في الشريعة يعني إظهار الخضوع، وإظهار الشريعة، وإلتزام ما أتى به الدين[1].والإسلام ضد الكفر، قال تعالى:﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[2].

وأما **الإسلام اصطلاحا:**هو الامتثال لأوامر الله ونواهيه، وهو مبني على خمسة أركان: الشهادة، والصلاة، والزكاة، وصوم رمضان، والحج، لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ﴾[3].

اشتراط الإسلام في الفقه الاسلامي: وهذا الشرط أيضا، من الشروط المختلف فيها فقد قال فيه الفقهاء أقوالاً وأراء، نسرد منها التالي:

1. **قال الحنفية:** على لسان ابن الهمام، في اشتراط الإسلام للحاضن، قال: (أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان، أو يخاف عليه أن يألف الكفر.) [4]، وقال ابن عابدين: (تثبت الحضانة للأم النسبية، ولوا كانت كتابية أو مجوسية، أو بعد الفرقة، إلا أن تكون مرتدة حتى تسلم) [5].
2. **وقال المالكية:** في شرط الإسلام؛ فقد صرح الدسوقي بذلك، في قوله: (الإسلام ليس شرطا في الحاضن، إلا إذا خيف إفساد المحضون.) وقال أيضا أن: (لا تكون كافرة ولكنه قيده بخوف تغيير دين الولد، وهو يعقل الأديان)[6] ، وهذا ما يفهم من المالكية أنهم يأخذوا في ذلك، باتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

---

[1]– ابن منظور، مصدر سابق، ج7، ص243.

[2]– سورة آل عمران، الآية (85).

[3]– سورة آل عمران، الآية (19).

[4]– بن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص 316– 317.

[5]– بن عابدين، مصدر سابق، ج1، ص 365.

[6]– الدسوقي، مصدر سابق، ج1، ص208.

3. **وقال الشافعية:**بأن أخذوا بعدم كفر الحاضن للمحضون المسلم،ويجوز عندهم أن يكون الحاضن مسلما، والمحضون كافرا، أما العكس فغير جائز، وهذا لقول الباجوري: (يشترط إسلام الحاضن، فيما إذا كان المحضون مسلما.)[1].

4. **وقال الحنابلة:** بإشرط الإسلام، وذلك بأن أخذوا باتحاد الدين، وهذا لقول ابن قدامة: (إنها ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم)[2].

اشتراط الإسلام في التشريعات المغاربية: ، فعلى النحو الآتي:

المشرع الجزائري، قال في مادته 62 في القانون الأسرة: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه...."ويفهم من النص، أن المشرع قصد بالتربية على دين الأب باتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، أي تكون الحاضنة مسلمة،فلا يعقل لغير المسلمة أن تربي الصغير الذي انفصلت عن أبيه، على دين الإسلام، فكانت العبارة مطلقة ليس فيها تفصيل حتى يزال الغموض، وبالتالي على القاضي أن يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة، دون تحديد لمذهب معين.

بينما الأشقاء في تونس، فقد ذكروا هذا الشرط بشيء من التفصيل، وذلك ما جاءت به مجلة الأحوال الشخصية، في فصلها 59 بقولها: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون، فلا تصبح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه،ولا تنطبق أحكام هذه المادة على الأم، إذا كانت هي الحاضنة".

ونص هذه المادة واضح، فشرط المشرع التونسي اتحاد الدين، أي إسلام الحاضنة إذا هي على دين الأب، إلا إذا كان المحضون عمره أقل من05 سنوات، واستثنى الأم الحاضنة، فتسند لها الحضانة ولو كانت غير مسلمة.

وأما المشرع المغربي فلم يذكر هذا الشرط ولم ينص عليه،إلا أنه في نص المادة 400 قال في المدونة: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي ولاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام، في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

---

[1]– الباجوري، مصدر سابق، ج3، ص197.

[2]– بن قدامه، مصدر سابق، ج11، ص520.

وبالتالي نرجع إلى المذهب المالكي، والرأي الغالب عندهم، هو الأخذ باتحاد الدين على الحاضن والمحضون، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري الذي فصل الأمر بكلمة موجزة: (على دين أبيه)، وأما المشرع المغربي، فترك المجال مفتوحا لفقهاء المالكية.

والقول الفقهي الراجح في هذا الشرط، هو ما قال به الدكتور محمد عليوي، باتحاد الدين وعدم الارتداد، لما لهما من تأثير في العلائق العقائدية، والتربية الأخلاقية للمحضون[1].

وخلاصة القول في ما نلاحظه على المشرعين المغاربة، أنهم كانوا متقاربين في وضع شروط الحضانة والخاصة بالرجال والنساء على حدٍ سواء، فمنهم من ذكرها صراحة ومنهم من لمح لها، وترك المجال للقضاء ليجتهد فيه، إلا أن المشرع التونسي كان أكثرهم وضوحا وتفصيلا، وما يلاحظ عليه أنه قد أضاف شرطاً أخر، انفرد به عن غيره، ألا وهو شرط السلامة من الأمراض المعدية[2]؛ وهو شرط منطقي وفي مصلحة المحضون، وهي لفته لباقي التشريعات المغربية، حتى تأخذه بعين الاعتبار في تعديلاتهم.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة بالنساء:

إن في التأكيد على حضانة النساء، سواء عند فقهاء الشريعة الإسلامية أو المشرعين العرب عموما، والمغاربة خصوصا، وهذا راجع لاقتدارهم على تعهد الصغير ورعايته والعناية به، خاصة في المرحلة العمرية المبكرة للمحضون، فهو بحاجة لمن ترضعه وتعطف عليه وترحمه،فهن في ذلك أولى من الرجال عموما، وبهذا نجد أن فقهاء الشريعة والقانونيون المغاربة،وضعوا شروط انفراد بها النساء على الرجال،نظرا لطبيعتهم الخاصة، فلا بد من توفرها حتى تكون المرأة أهلا للحضانة،وسنوردها في الفروع التالية:

---

[1]– ناصر محمد عليوي ، مرجع سابق، ص111– 112.

[2]– الفصل 58، من مجلة الأحوال الشخصية التونسي:"يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلف أمنيا قادرا على القيام بشؤون المحصون سالما من الأمراض المعدية ".

الفرع الأول: الخلو من زوج أجنبي للمحضون

فإن تزوجت المرأة بغير ذي رحم محرم من الصغير، أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة [1]، وهذا راجع للحديث النبوي الشريف: "عن عمروُ بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت :إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه واله وسلم: "أنت أحق به، ما لم تنكحي"[2]، وهذا ما قاله الأئمة الأربعة وحذا حذوهم المشرعون المغاربة، كما يلي :

1. **قال الحنفية:** سقوط حضانة الأم المتزوجة، من رجل أجنبي عن المحضون، فقال المرغيناني: (وكل من تزوجت من هؤلاء، سقط حقها لما روينا، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يُعطيه نَزْراً وينظر إليه شزْراً، فلا نظر.)[3].
2. **وقال المالكية:** ما قال به جمهور الفقهاء، في سقوط حضانة الأم، بزواجها من رجل أجنبي عن المحضون، وهذا ما ذكره الدسوقي في حاشيته [4].
3. **وقال الشافعية:** أيضا بسقوط حضانتها، أي الأم المطلقة بزواجها من رجل آخر واشترطوا الدخول، وقال أبو المواهب: (اتفقوا على أن الحضانة تثبت للأم، ما لم تتزوج، وإذا تزوجت ودخل بها الزوج، أسقطت حضانتها)[5].
4. **وقال الحنابلة:** الذين أسقطوا حضانة المطلقة، إذا تزوجت برجل أجنبي عن المحضون وجعلوا الحضانة بمجرد العقد، وإن عري عن الدخول)[6].

أما تشريعاتنا المغربية فجاءت مسايرة لما أجمع عليه جمهور الفقهاء، ويفهم منهم أنه تسقط الحضانة عن الحاضنة، إذا تزوجت بالأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم أما القريب المحرم، فلا يسقط حقها في ذلك.

---

(1)– حسن أحمد فراج ، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، مصر، 1998، ص231.

(2)– سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج1، ص310.

(3)– المرغيناني، مصدر سابق، ص37.

(4)– الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ، ص600.

(5)– عبد الوهاب أبو المواهب،الشعراني الشاذلي، الميزان الكبرى، ج1، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت، ص95.

(6)– ابن قدامة، مصدر سابق، ج8،ص306.

فعند مشرعنا الجزائري، فقد ذكر هذا الشرط، من خلال نص المادة 66 من قانون الأسرة، بقوله: "يسقط حق الحضانة، بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

وعلى لسان الدكتور العربي بلحاج، قال: أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب إذا لم تتزوج، فإن تزوجت سقطت حضانتها، لأن الأجنبي يبغض الولد ويتمني موته، لأنه يراه غريمه في حب زوجته، فيربي الولد على المذلة، والحضانة إنما شرعة لضمان حسن الرعاية، وكمال العناية به[1].

وأما المشرع المغربي، فقد ذكر هذا الشرط من خلال المادة 173 من المدونة، في الفقرة الرابعة بقوله: " ....4- عد زواج طالبة الحضانة، إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين (174ـ175)وبعده ...."

فلا تكون طالبة الحضانة متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم منه والحاضنة هنا، هي الحاضنة غير الأمة، لأن حضانتها تسقط بزواجها، ولا تسقط إذا كان الزوج قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون، هذا مع ملاحظه أن الحاضنة إذا تزوجت وسكت من له الحق في الحضانة، مدة سنه بعد علمه بالبناء، تسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة[2].

وفي نفس النسق قال المشرع التونسي، في الفصل 58، عند ذكره شروط الحضانة بقوله: إذا كان مستحق الحضانة أنثي، فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم ير الحاكم خلاف ذلك، اعتبارا لمصلحة المحضون، أو إذا كان الزوج محرما أو وليا له أو سكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول، ولم يطلب حقه فيها، أو أنها كانت مرضعا للمحضون، أو كانت أماً ووليا عليه في آن واحد[3].

---

[1]- العربي بلحاج ، الوجيزفي شرح قانون الأسرة، (الزواج والطلاق)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999، ص384.

[2]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص230.

[3]- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مرجع سابق، ص89.

فالملاحظ في التشريعات المغاربية، ما عدا المشرع الجزائري، أنهم بالإضافة إلى اشتراط عدم الزوج من الأجنبي، حتى لا يسقط حقها في الحضانة، إلا بعدم مرور سنة ولم يطلب صاحب الحق فيها بالحضانة، فتبقي دار لقمان على حاله، ولا تسقط حضانتها.

وهذا ما نلاحظه في التطبيقات القضائية في قرار بالمحكمة العليا صادر بتاريخ: 1989/07/03، بقوله:"من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالمتزوج بخير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[1]،ومن هنا نجد أن القضاء الجزائري،قد حسم الأمر، وأخذ بهذا الشرط.

الفرع الثاني: أن تكون ذات رحم محرم للمحضون:

أن تكون الحاضنة رحماً محرماً على المحضون، كأم المحضون وأخته وجدته، فلا حق لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة، بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمة، في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[2].

وهذا ما سنتعرض إليه، من خلال الآراء الفقهية والتشريعات المغاربية، فيما يلي:

1. **الحنفية:** يقول ابن الهمام، عن هذا الشرط: (غير أن الصغيرة، لا تدفع إلى عصبه غير ذي محرم كمولى العتاقة، وابن العم تحرزا من الفتنة) [3].

ويقتضي التنويه إلى أن الرحم المحرم، لا يقوم شرطا عند الحنفية، وإنما يعد قيدا لتحرز من الفتنه، فلو أمن المحضون، جاز أن يدفع لغير المحرم[4].

2. **المالكية:** لهم في هذا الشرط قولان، فالرأي الأول وهو القول الراجح عندهم؛ فلا حضانة لغير الرحم المحرم، والرأي الثاني: أن له الحق في الحضانة.

قال الدسوقي في معرض كلامه، عن حضانة الوصي: (.....وكذا إذا كان المحضون أنثى مطيقة، و كان الحاضن أنثى، أو كان ذكرا تزوج بأم المحضونة، أو

---

[1]– م ع،غ أش،بتاريخ:1989/07/03، ملف رقم4353، م ق، العدد الأول، 1992، ص45.

[2]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص408.

[3]– ابن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص316، 317.

[4]– ناصر محمد عليوي ، مرجع سابق، ص109.

جدتها، وتلذذ بها، بحيث صارت المحضونة من محارمه، وإلا فلا حضانة له على ما رجحه المُصَنّفُ في التوضيح، ورجح ابن عرفة أن له الحضانة)[1].

وقد يفيدنا هذا أن الرحم المحرم، عندهم في الأصح مقيد بالأنثى، التي بلغت مبلغ النكاح والشهوة[2].

3. **الشافعية:** أخذوا بالرحم المحرم وقيدوه بالمحضونة الأنثى، وبعد أن تبلغ حداً تشتهى به، فقال ابن أبي الدم: (لو كان العصبة ابن العم، وقلنا إن الحضانة تثبت للعصبة فإن كان الولد ابناً خير بينه وبين الأم، وإن كانت بنتاً، كانت عند الأم إلى أن تبلغ، ولا تخير لأن ابن العم ليس بمحرم، فلا يجوز تسليمها إليه)[3].
4. **الحنابلة:** أخذوا بشرط الرحم المحرم، فقال ابن قدامة، في حضانة ذوي الأرحام من الرجال:(احتمل وجهين أحدهما:هم أولى لأن لهم رحما، وقرابة يرثون بها ..... كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم وجود من هو أولى بها منهم، والثاني: لاحق لهم في الحضانة، وينتقل الأمر إلى الحاكم، والأولى أولى)[4].

ويبدون أن أخذهم بالرحم المحرم مختص بالصبية،التي تجاوزت سبع سنين حسب ما جاء في المعني.

وأما عن رأي المشرعين المغاربة: فجاءت قوانين الأحوال الشخصية عندهم كالتالي:

في قانون الأسرة الجزائري،فقد ذكر هذا الشرط،من خلال نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، بقوله:"يسقط حق الحضانة، بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون".ويفهم من هذا النص، أن تكون الحاضنة متزوجة بمن هو محرما للولد، وإلا سقط حقها في الحضانة، ولو كانت أماً، مع الأخذ بمصلحة المحضون.

أما المدونة المغربية، فقد نصت المادة 175،بقولها:"إذا كان الحاضنة أماً فإن زواجها لا يسقط حضانتها، في الأحوال الآتية: ".....ب- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون....." .

---

[1]- الدسوقي،مصدر سابق، ج2، ص529.

[2]- المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

[3]- ابن أبي الدم،ابراهيم عبد الله المهذاني،أدب القضاء، ج2، ط1،طبعة وزارة الأوقاف، بغداد، العراق، دت ص477.

[4]- ابن قدامة، مصدر سابق، ج11، ص520.

ويفهم من هذا النص، أن الأجنبي غير القريب وكذا الذي ليس له صفة النائب الشرعي، يسقطا حق الأم في الحضانة، أما إذا كانت غير الأم حاضنة، فلم يوجد نص صريح بذلك، وبالتالي نرجع في تحقيق هذا الشرط، إلى رأي المالكية وهذا حسب نص المادة 400، من المدونة المغربية سالفة الذكر.

أما المجلة التونسية، فنص المادة 87 قد فصل في ذلك بقولها:".....وإذا كان مستحق الحضانة أنثى، فيشترط.... أو إذا كان الزوج محرما أو وليا له " ويفهم من هذا النص أن تكون الحاضنة متزوجة بمن هو محرما للولد، أو له صفة الولاية القانونية، وإلا فتسقط حضانتها.

والملاحظة في التشريعات المغاربية، أنها أشارت لهذا الشرط بشكل ظاهر، كما عند المشرع الجزائري، ونجد بقية المشرعين المغاربة، قد ذكروا ذلك دون تفصيل، وهذا ما يترك مجالاً للاجتهاد القضائي مفتوحا،وللقضاة المغاربة واسع النظر،في الأخذ بهذا الشرط أو استبعاده.

الفرع الثالث: عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه

هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء، فمنهم من لم يعتبره شرطاً في الحاضن، وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة، ومنهم من اعتبره شرطا لازما، وهذا حسب ما ورد عن المذاهب الحنفية، وفي قول عن المالكية، بأن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، والذكر لسن معينة، فإذا كان المحضون في جهة غير مأمونة، فإن حاضنته تسقط[1].

فالمالكية اعتبروا إقامة الحاضنة بالولد، في بيت يتضرر به، يعرضه للعناء والضياع فالصغير يتأثر بمحيطه، فإذا وفروا له الجو المناسب، والظروف التي يجد فيها راحته النفسية، تنمى ملكاته ومواهبه، وأصبح عضوا صالح في المجتمع، ينفع نفسه وأسرته والمجتمع[2].

---

[1]– عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية،ج4، دار التراث العربي، بيروت لبنان، 1969، دت، ص 598.

[2]– المرجع نفسه، ص599.

وأما ما قاله المشرعون المغاربة: فسنورده على النحو التالي:

المشرع الجزائري: جاءت المادة70، من قانون الأسرة، بقولها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة، إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون، المتزوجة بغير قريب محرم".

فسكن الحاضنة مع من يبغض الصغير، يعرضه للأذى والضياع. فلا حضانة للخالة أو الجدة إذا سكنت مع أبنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وجاءت هذه المادة مؤكدة على مصلحة المحضون، ليتربى تربية سوية، بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل، وتأثر عليه سلبا في مستقبله[1].

أما المشرع المغربي فلم يورد نصا صريحا على هذا الشرط، إلا أن المادة 177 من المدونة، قد لمحت لذلك في قولها: "يجب على الأب وأم المحضون، والأقارب وغيرهم إخطار النيابة العامة، بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون، لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة ".

ومن الأضرار التي قد تلحق بالمحضون، وهو إسكانه في بيت يبغضه، مع ذلك فالمشرع المغربي، قد وجد المخرج في نص المادة400 السالفة الذكر، وهذا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وبالضبط إلى المذهب المالكي.

أما المشرع التونسي، فهوا أيضا يذكر هذا الشرط في مجلة الأحوال الشخصية، وترك ذلك لإجتهادت القضاء، والأخذ بأحد المذاهب التي تخدم مصلحة المحضون.

الفرع الرابع: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته والأب معسرا

هذا الشرط أيضا مختلف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد قال جمهور الفقهاء بعدم اشتراط هذا الشرط، وخالفهم في ذلك الحنفية، واعتبروا هذا الشرط لازماً في المرأة الحاضنة[2].

وحسب رأيهم أن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا، عند اعسار الأب مسقط للحضانة وعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة[3].

---

(1)– صالح بوغرارة،حقوق الأولاد في النسب والحضانة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، 2013، ص115.

(2)– ابن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص318.

(3)– الباهوتي، مصدر سابق، ج5، ص497.

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة[1].

وأما مشرعون المغاربة: فلم يذكروا هذا الشرط في قوانينهم، إلا أنه بالرجوع إلى تطبيقات القضاء وأراء الفقهاء، نجد المخرج في ذلك، فهذا الشرط مستبعد في القضاء المغربي بحكم أن القاضي إن لم يجد نصاً، يرجع إلى الفقه المالكي، والمالكيين ها هنا لم يعتدوا بهذا الشرط، أما باقي التشريعات المغاربية، فللقاضي واسع النظر، في أن يأخذ بهذا الشرط أو يضعه جانبا، بحكم أن جميع الآراء الفقهية الإسلامية، يستأنس بها القاضي، في حالة عدم إيجاد نص صريح في ذلك.

المطلب الثالث

الشروط الخاصة بالرجال

بالإضافة إلى الشروط العامة التي ذكرها الفقهاء، في الرجال والنساء على حد سواء من أهلية وقدره وأمانة و استقامة، وكذا الحرية والإسلام، فإنه يشترط في الرجال شروطاً خاصة، تتناسب وطبيعتهم، تؤهلهم للقيام بهذه الولاية، مما يرجع بالفائدة للمحضون ويحقق مصلحته، وسنتعرض لهذه الشروط في الفروع التالية:

الفرع الأول: أن يكون ذا رحم محرم لصغير.

فلا إشكال في حضانة الرجال للمحضون الذكر، لكن هذا الشرط يكون مطروحاً بالنسبة لحضانته للأنثى، مع وجود المحرمية، وفي هذا قد فرق الفقهاء، بين مرحلتين في حياة الأنثى المحضونة[2]. كما يلي:

1. المرحلة الأولى: وهي المرحلة ما قبل الرغبة فيها، بأن تكون غير مشتهاة أو غير مطيقة، وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون سن السابعة[3].

وقد اختلف الفقهاء حول استحقاق الحاضن الرجل، للمحضونة الأنثى على قولين:

---

[1]– ابن قدامة، مصدر سابق، ج7، ص623.

[2]– الباهوتي، المصدر السابق، ج3، ص264.

[3]– المصدر نفسه، ج2،ص329،ابن الهمام، مصدر سابق،ج4، ص370.

أ- القول الأول: الشافعية والحنابلة، وبعض الأحناف والمالكية:[1].

لا يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى، لأنها غير مشتهاة، طالما أنه غير مأمون عليها، خاصة وأن وقوع الفتنه، مع هذا السن أمر مستبعد.

ب- القول الثاني:وهو لبعض الأحناف والزيديه، ويشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم في كل الحالات بدون اعتدادٍ بسن الصغيرة،حتى ولو كانت مشتهاة، سداً لأسباب الفتنة إلا أنه إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، فالقاضي يبقيها عنده إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشي عليها الفتنة من وجودها عنده، لأنه أولى من الأجنبي والحاكم.

2. المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي تكون فيها الصغيرة مشتهاة،أو مطيقة أو بلغت سن السابعة فأكثر، وفي هذه المرحلة يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهرة أو رضاع، فلا حق لأبن العم في حضانة الجارية.

ويرى الأحناف: أن ابن العم لا حق له في ضم الجارية إليه،لأنه رحم غير محرم، فلا يؤمن منه أن يطمع فيها.

فلهذا لا يكون له أن يضمها، وإن كانت ولاية التزويج له باعتبار العصوبة[2].

وأجازوا ذلك، في حالة ما لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، جاز إبقائها عنده بأمر القاضي، إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى الفتنه منه[3].

ويرى المالكية والحنابلة: أن يكون الرجل الحاضنّ للأنثى المحضونة، ذا رحم محرم لها، في كل مراحل حياتها[4].

ويرى الشافعية:يجواز تسليمها لغير محرم،إن رافقته بنته أو نحوها،كأخته الثقة وتسلم لها، لا له إن لم تكن في رحلة، كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحلة ، فإنها تسلم إليه، فتؤمن من الخلوة[5].

---

[1]-الشربيني، مصدر سابق،ج7،ص623،ابن الهمام، مصدر سابق،ج3، ص318، الباهوتي،مصدر سابق، ج2،ص329 الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك،ج1، طبعة الحلبي، القهرة، مصر، دت، ص529.

[2]- السرخسي ، مصدر سابق، ص212.

[3]- الكساني، مصدر سابق، ج3، ص564.

[4]- الصاوي،ج1، مصدر سابق، ص529، الباهوتي، مصدر سابق،ج2، ص329.

[5]- الشربيني، مصدر سابق، ج3،ص459،

أما المشرعون المغاربة: فلم نجد نصاً صريحاً، في التشريع الجزائري يقول بهذا الشرط، إلا أننا بالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، تجد لنا المخرج، وذلك بإيجاد الحل من الشريعة الإسلامية دون تحديد أي مذهب بحد ذاته، وعلى القاضي أن يجتهد الرأي ويأخذ بالرأي الفقه الذي يراه أنسب، حسب القضية المعروضة عليه.

أما المشرع المغربي: فله نص في ذلك وبالرجوع للمادة 175 فقرة3، من المدونة المغربية نجد الحل، والتي تقول " ..... إذا كان زوجها قريبا محرما.... ".

فيفهم من هذا النص، أن القريب المحرم للبنت لا يسقط الحضانة، وبمفهوم المخالفة إذا كان أجنبياً أو غير قريب فلا يكون أهلا للحضانة، وعلى غرار ذلك فقد قال: المشرع التونسي في الفصل 58، بهذا الشرط صراحة بقوله: " ...ويزيد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا، أن يكون عنده من يحضن من النساء، وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى...".

فرأي المشرع التونسي في هذا الشرط كان واضحا، وعلى القاضي تطبيق هذا النص، الذي يغنيه عن البحث في الآراء الفقهية المختلفة.

الفرع الثاني: أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء

وهذا الشرط مختلف فيه، بل أن جمهور الفقهاء من حنفيه وشافعية وحنابلة لم يقولوا بهذا الشرط، باستثناء المالكية بقولهم إذا لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء، كزوجة أو أم أو خادمة، فلا حق له في الحضانة[1].

أما التشريعات المغاربية:فنفس الملاحظة كما في الشرط السابق،أن المشرع الجزائري لم يورد نص في ذلك، وبالتالي يمكن للقاضي إيجاد الحال في مختلف المذاهب الفقهية،كما قالت بها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ونفس الشيء بالنسبة للمغرب، حيث يستعين القاضي بنص المادة 400 من المدونة، وهذا بالاستعانة بالمذهب المالكي لا غير.

أما المشرع التونسي فقد نص على ذلك،بنص صريح في الفصل58من المجلة بقوله: "...إذا كان مستحق الحضانة ذكرا، أن يكون عنده من يحضن من النساء...".

---

[1]– الصاوي، مصدر سابق،ج1،ص529.

وهذا نص صريح وواضح،وعلى القاضي أن يرجع إليه،في مثل هذه النزاعات وبالتالي يعتبر المشرع التونسي ها هنا قد حسم الخلاف، وكان أكثر تفصيلا في الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن،وبالأخص في الحاضن الرجل،وعلى المشرعين المغاربة أن يحذو حذوه في تعديلاتهم القانونية في المستقبل، حتى تكون الرؤية في مجال التطبيق بالنسبة للقاضي ، أكثر وضوحا.

المبحث الثالث

ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

يحتاج المولود في طفولته، إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه حياته، في طعام ولباس وعلاج وغيره،ولما كان الوالدان هما أقرب الناس للمحضون وأرفقهم به،فقد جعل الشارع الحكيم رعاية مصالحه إليهما،والأم أقدر وأصبر على تربية الطفل،في المرحلة الأولى من حياته، وللأب ولاية التصرف في نفس المحضون وماله، لأنه أصلح في ذلك من النساء.

ولهذا فإن حق الحضانة يكون للنساء أولا، فإن لم يوجد منهن من تصلح به للقيام بهذا الحق، انتقل إلى عصبته من الرجال، ثم الأقرب فالأقرب، وبهذا فقد نهج المشرعون المغاربة لهذا الترتيب، مع اختلافات طفيفة، وسوف نعالج هذا المبحث من خلال المادة 64 من التشريع الجزائري، وفي المادة 171من المدونة المغربية.

وأما المجلة التونسية فقد ذكرت ذلك من خلال الفصل67، وهذا كله سوف نتطرق له من خلال ترتيب الحواضن، الأم وقريبتها، ثم الأب وأقاربه، وأخيرا الأقارب عموما وهذا من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الأم ومن يليها من قريباتها.

المطلب الثاني: الأب ومن يليه من أقاربه.

المطلب الثالث: حضانة ذوي الأرحام.

المطلب الأول

الأم ومن يليها من قريباتها

إن تقديم جهة النساء على الرجال، في حضانة الصغار، هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال، وهذا ما قاله فقهاء الشريعة مع بعض

الاختلافات في ترتيبهن، ومن هنا أخذت تشريعاتنا المغاربية بحسب ما تتناسب مع طبيعة المجتمع، آخذين بهذا المذهب أو بذلك، وسنتطرق إلى ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

1. **فقهاء الحنفية:** وقالوا بالترتيب التالي:[1].

الأولى: الأم وأمهاتها وإن علون، لأن الحضانة عندهم ولاية، تستفيد منها الأم، لأنها أحق الناس بالصغير، لذلك النساء من جهتها أولى؛ لأنهن يدلين لصغير بالأم ولا يشتمل ذلك النساء من جهة أب الأم، بل تقدم أم الأب عليهن[2].

الثانية: الجدة من جهة الأب وإن علت، باستثناء أم الأب البعيدة (من جهة الأب).

الثالثة: الأخت الشقيقة، فالأخت لأم على الترتيب، ومنهم من قال من الحنفية، على أن يساوى بينهما بقرابة الأم، ووجود الأب في الشقيقة لا يؤثر عندهم في الترتيب، والمعمول به، ما قاله ابن عابدين إن: (قرابة الأب وإن كانت لا مدخل لها، فيما يعتبر وهو الأولى بالأم، لكنها تصلح لترجيح)، ويفهم منه أن الأخت الشقيقة، مقدمة على الأخت الأب[3].

الرابعة: أخت الأب، وفي تقديم الخالة عليه خلاف، كون الخالة تدلى لصغير بالأم، ولقوله صلى الله عليه وسلم: " الخالة بمنزلة الأم "[4].

الخامسة: بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، وهما أحق من الخالة، على خلاف نقله ابن عابدين، على أن الخالة أحق ببنت الأخت الأب[5].

السادسة: الخالة لأبوين، والخالة من جهة الأم مقدمة على الخالة من جهة الأب.

السابعة:بنت أخت المحضون لأب،والبعض قدمها على الخالة،والغالب تقديم الخالة عليها[6]

الثامنة: بنات أخ المحضون لأبوين، فبنات الأخ لأم، فبنات الأخ لأب.

التاسعة: العمات بتقديم عمة المحضون لأبوين، فالعمة لأم، فالتي لأب.

---

(1)– ابن عابدين، مصدر سابق،ج3، ص563.

(2)– المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(3)– المصدر نفسه، ، ج2، ص63.

(4)– رواه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء،ج5، ص141.

(5)– الأسروشيني، محمد بن محمود، جامع أحكام الصغار، ج1، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، دت، ص279.

(6)– المصدر نفسه، ص280.

العاشرة:خالة الأم، فخالة الأب،فعمات الأم، فعمات الأب، بتقديم من تدلي بأم على من تدلي بأب،أما بنات العم والعمة،والخال والخالة،فلا حق لهن في الحضانة،لعدم المحرمية[1]

2. **فقهاء المالكية**:وقالوا بالترتيب التالي:

الأولى: الأم وأمهاتها، على النحو التالي: الأم فأمها، فجدة أم المحضون، من ناحية والد أمها، فجدة والد أم المحضون، فجدة والد الأم من الأب، فخالة المحضون الشقيقة، ثم التي لأم، فالتي لأب[2].

الثانية:أمهات الأب،بتقديم من تدلي بأم الأب على من تدلي بأب الأب،على الترتيب التالي: أم أب المحضون، فأم أم أب المحضون، فأم أب الأب، فأم أم أم الأب، فأم أم أب الأب.

وهذا لقول المالكية بتقديم الأب على قريباته مطلقا، ثم بعده جداته.[3].

3. **فقهاء الشافعية:** وقالوا بالترتيب التالي:

الأولى:الأم.

الثانية: أمهات الأم، فأخت المحضون، ثم الخالة (على الرأي القديم)،أم الرأي الجديد فتقديم أم لأب وإن علت، على أخت المحضون، وعلى الخالة، ثم لأمهاتها الأقرب فالأقرب.

الثالثة :أم الجد، ثم أمهاتها وإن علون، فأم أب الجد وإن علت.

الرابعة: عند انعدام أمهات الأبوين، فالحضانة للأخوات، ثم إلى الخالات فالعمات، وتقديم الشقيقة على غيرها، ثم تقديم التي لأم على التي لأب، وتقدم الخالة على بنت الأخ وبنت الأخت، وتقدم بنت الأخ وبنت الأخت، على العمة وعلى كل جدة لا ترث[4].

4. **فقهاء الحنابلة:** وترتيب أهل الحضانة عندهم، على النحو التالي:

الأم فأمهاتها القربى فالقربى، ثم بعدهن يأتي دور الأب ثم أمهاته، ثم الجد (أب الأب) ثم أمهاته، ثم جد الأب ثم أمهاته، ثم جد الجد ثم أمهاته، وبعد الأصول، يأتي دور الأخوات

---

(1)– الأسروشيني، مصدر سابق، ص281.

(2)– الإمام مالك، المصدر السابق، م2، ج3، ص357.

(3)– المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(4)– الرملي، مصدر سابق، ج7، ص216.

وبعد الأخوات تأتي الخالات،ويقدمن على العمات،ثم يأتي دور العصبة،الأقرب فالأقرب[1]

الفرع الثاني: في القوانين المغاربية

كانت مجسدة من تعاليم الفقه الشرعي،مع بعض الخرجات، فنجد أن المشرع المغربي والجزائري، قد كان لهما خلفية شرعية واضحة، بينما المشرع التونسي نجده قد سوى بين الأبوين في هذا الشأن، وهذا ما سنوضحه في الآتي:

إن المشرعين المغاربة، تماشياً مع أحكام الشريعة، قد وضعوا الأولوية للنساء بالنسبة للرجال، مع بعض الاختلافات.

وفي المرتبة الأولى: أم المحضون التي تسبق الجميع، من النساء والرجال، فلها حق الصدارة وهذا ما أعترف به المشرعان،الجزائري والمغربي،عندما نص قانون الأسرة الجزائري، سواء القديم (قانون 11/84)، أو القانون الجديد (02/05)في المادة 64 منه على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها...."، وفي المادة 171 من المدونة المغربية، على أنه: " تخول الحضانة للأم...".

وهذا ما سارى عليه القضاء عموما، والقضاء الجزائري خصوصا، حيث أكد على أسبقية الأم في الحضانة قبل غيرها،[2]وفي هذا الاتجاه أقر المجلس الأعلى بتاريخ: 1968/06/12،أن: "من المقرر شرعا بأنه حرصا على مصلحة الولد، تسند الشريعة الإسلامية حضانته إلى الأم أولاً، ما لم يسقط حقها فيها، بسبب من الأسباب المحددة في المشرع ".

وفي قضيهة:(ب خ) ضد (ج أ) بالمحكمة العليا، فقد صدر لها قرار بتاريخ: 1993/03/13، تقول فيه:" من المقرر شرعا وقانونا، أن الأم أولى بحضانة ولدها.. "[3].

وعلى نفس النهج طبق القضاء المغربي ذلك، وهذا ما نجده من خلال ما قضى به المجلس الأعلى، في قراره الصادر في: 1982/07/12 بقوله: " الحضانة للأبوين ما دامت الزوجية قائمه، فإذا انقطعت، فالأم أولى بالحضانة ولدها....."[4] .

---

[1]– ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص546.

[2]– م أ، غ م، بتاريخ : 1968/06/12، سنة 1968، ص240.

[3]– م ع ،غ أ ش، بتاريخ:1993/03/13، العدد الأول، م ق 1993، ص48.

[4]– م أ ، بتاريخ: 1982/07/12، قرار رقم 545، م ق ق، عدد 113ـــ139، ص 183.

وفي قرار قضاء المجلس الأعلى، بتاريخ 1986/06/28 بأن: "الأم أولى بالحضانة فإن تنازلت، انتقل الحق ....." [1].

أما المشرع التونسي فقد سوى في حق الحضانة، بين الأم والأب،وهذا ما نص عليه في مجلة الأحوال الشخصية، من خلال الفصل 67 [2].

وهذا القول لم يقل به فقهاء الشريعة،على عكس التشريع الجزائري والمغربي واللذين لم يخرجاها، على ما جاء به الشرع.

أما التونسي فلم يعطى هذه الأولوية للأم، وإنما ترك الأمر لتقدير القاضي، طبقا لما تمليه عليه مصلحة المحضون[3].

وهذا ما أكد من محكمة التعقيب التونسية، في أحد قراراتها، بتاريخ: 1977/02/12 بأن:"إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو للغير، أمر موضوعي يرجع لاجتهاد قاضي الأساس مع مراعاة مصلحة المحضون ....."[4].

ونجد أن في التشريع المغربي والجزائري، قد رتب الأب بعد الأم مباشرة، أم التونسي كما قلنا سوى بين الأبوين، في حين أن المشرع الجزائري قبل التعديل كانت رتبه الأب بعد الأم وقريباتها، وهذا ما سنتطرق إليه في، المطلب الثاني.

وبعد الأم والأب، تأتي أم الأم وهذا مقاله المشرع الجزائري والمغربي، فنجد أن المشرع الجزائري في المادة 64 من التعديل الأخير، قد رتبها في المرتبة الثالثة بقوله، " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ..... وهذا ما جاءت به المدونة المغربية في المادة 171 بقولها، "تخول الحضانة للأم ثم للأب ثم لأم الأم ....".

وأم المشرع التونسي، فقد توقف عند الأبوين وما بعدهما في حالة وجودهما، أو عدم صلاحية القيام بهذه الواجب، وهذا ما أكده الفصل 67، من المجلة التونسية.

---

[1]– م أ ، بتاريخ: 1986/06/28، قرار رقم 911، م ق ق، عدد 83ــ95، ص 34.

[2]– الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي: " إذا انقضى الزواج بالموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين، وإذا انقضى الزواج وكان الزوجين على قيد الحياة عهدت الحضانة إلى أحدهما...."

[3]– زكية حميدو ، مرجع سابق ، ص 341.

[4]– م ت،1977/02/12، قرار مدني، عدد 731، ن م ت 1977،ج1، ص74.

وبعد أم الأم أي الجدة لأم، فنجد المشرع الجزائري، في نفس المادة السابقة الذكر:(المادة 64)، قد ذكر مجموعة من النساء، المؤهلات لحضانة الولد، وهم على الترتيب التالي: الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون رتبة، وعلى القاضي أن ينظر لمن هو أصلح.

واكتفت بهذا القدر، ويعتبر المشرع الجزائري مقارنة بالمغربي والتونسي، قد فصل رتبه بمجموعة منهن، وفي حالة عدم صلاحية هؤلاء أو عدم وجودهم، فعلى القاضي أن يختار حاضن تتوفر فيها الشروط، محققاً مصلحة المحضون بأكبر قدر ممكن، وهذا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، أما القاضي المغربي، والذي توقف عند الجدة من جهة الأم؛ ففي حالة اقتضى الأمر بأن يخرج القاضي على نص المادة،لوجود مانع، وأن يرجع لما قاله المالكية،طبقا لنص المادة400من المدونة المغربية، أم التونسي فلم يفصل واقتصر في نص المادة،على الأبوين على سبيل المساواة،وبالتالي القاضي له أن يذهب في الترتيب بعدهم، في حالة الضرورة إلى فقهاء الشريعة، ويختار الأنسب من النساء لحضانة الولد.

المطلب الثاني

الأب وما يليه من أقاربه

ونقصد بهم العصبة من الرجال، فإن لم يوجد حاضنة من النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال، بحسب ترتيب استحقاقهم في الإرث، وهذا ما سنتعرض له من خلال ما جاء به فقهاء الشريعة، وكذا تشريعاتنا المغاربية، على النحو التالي:

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

1.**فقهاء الحنفية:** فلا يقوم حق للعصبة عندهم، إلا بعد فقدان الحواضن من النساء المحرميات، وترتيب حضانة العصبة مثل ترتيب الولاية،بعد إكمال سن الحضانة، فيمكن استحقاقهم للحضانة كاستحقاقهم للإرث، الأقرب فالأقرب،شرط اتحاد الدين،وعلى المراتب الآتية:[1].

الأولى: الأب، فالجد للأب وإن علا.

الثانية: الأخ الشقيق، ثم الذي لأب.

---

[1]– ابن عابدين، مصدر سابق، ص63.

الثالثة: ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

الرابعة: العم الشقيق، فالذي لأب.

ولو تساوى من لهم حق الحضانة، من العصبات في مرتبة واحدة، فمدار الاختيار على الأصلح والأورع و الأسن[1].

2.**فقهاء المالكية:** تنقل الحضانة بعد الحواضن من النساء المحرميات، إلى الوصي الذي يعينه القاضي، أو الولي ثم الأخ، فالجد، فابن الأخ، ثم العم، وقيل الأخت فالجد، وإن علا ثم ابن الأخ ثم ابن العم، وقيل الأخ ثم الجد الأدنى، فابن الأخ، فالعم، فابن العم، وإن سفل فأبو الجد، ويمكن أن يسبق بابن العم وقد اختلف في الجد لأم، فقال ابن رشد، ليس له حضانة كالخال، والذمي يجعل له حضانة لحنانه وشفقته، فهو أب وإن لم يرد فيه نص ويفضل جد الأب، على جد الأم[2].

3.**فقهاء الشافعية:** وقد رتبوا أصحاب الحق في الحضانة، على النحو التالي:

الأولى: الأب.

الثانية: أب الأب، الأقرب فالأقرب.

الثالثة: الأخ الشقيق فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق فابن الأخ لأب.

الرابعة: العم الشقيق،ثم العم لأب، ثم ابن العم، وقيل لا حضانة له، لفقده للمحرمية، وقيل أنه له حضانة لقوة قرابته بالإرث، وتسلم البنت المشتهاة إلى امرأة ثقة، تحت إشرافه وإعانته لها، ولو بأجره من ماله[3]، وهذا هو الرأي الراجح عندهم.

4.**فقهاء الحنابلة:** وترتيب أهل الحضانة عندهم بعد حضانة النساء، كالتالي:

الأب، ثم الجد من الأب وإن علا، فالأخ الشقيق، ثم للأب، فبنوهم على ترتيب الميراث[4]. فالعمومة، فبنوهم، فعمومة الأب، فبنوهم.

---

[1]–عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق، ص595.

[2]– الإمام مالك، مصدر سابق، م2، ج3، ص357.

[3]– الإمام الشافعي، مصدر سابق، م3، ص92–93.

[4]– الباهوتي، مصدر سابق، ج5، ص499.

وقد اختلفوا في تسليم المحضونة الأنثى لابن العم، لعدم المحرمية، فقيل بتسليمها وقول آخر يقول بتسليمها قبل السبع سنوات، لأنها غير مشتهاة، أما بعد ذلك فلا[1].

الفرع الثاني: في القوانين المغاربية

فقد اكتفوا بذكر الأب، والذي يلي أو يساوي في الدرجة مع الأم، فمن الواضح أن التشريعات المغاربية الثلاثة، قد أكدت أهمية الأب في الحضانة، وأولويته ليس على الحواضن الرجال فحسب، بل والحواضن النساء، وهذا في التشريعيات المغاربية عموماً وذلك لكون الأب يحرص على مصلحة ولده، أكثر من غيره.

فالمشرع الجزائري قال في المادة 64، أنه في حالة عدم وجود الأم أو انتفاء الشروط منها، تنتقل الحضانة لأب مباشرة، وفي حالة انتقال الحضانة له، فعليه أن يوفر من ترعي المحضون، من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه، وتتولى رعايته، خاصة إذا كان الولد فطيماً.

وهذا ما قالت به المادة171، من المدونة المغربية، بقولها: " تتحول الحضانة للأم، ثم للأب..."، وهو نفس الموقف الذي اختاره المشرع الجزائري.

وأما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 67 منه، بقوله: "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين، وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان على قيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وهذا حسب ما يتراء للقاضي، من الواقع المعروض عليه، القاضي عليه عند البت في إسناد الحضانة، أن يراعي مصلحة المحضون...".

ونفهم منه، أن الوالدين في مرتبة واحدة، وبعدهما يأتي أي شخص آخر، ولو لم يكن من ذوي القربى، والقاضي هو الذي يحدد، بناء على مصلحة المحضون، في حالة عدم صلاحية والدي المحضون أو وفاتهما[2]، ولم يذكر المشرع التونسي الذي بعدهما في الترتيب،على عكس المشرع الجزائري والمغربي، اللذان رتبا الجدة بعد الأم مباشرة.

فيقول المشرع الجزائري، في المادة 64 بأن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب...".

---

[1]– الباهوتي، مصدر سابق، ج5، ص499.

[2]– أحمد نصر، الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مرجع سابق، ص95.

والمشرع المغربي، قال في المادة 171: "تخول الحضانة للأم، ثم الأب، ثم لأم الأم" واكتفى بهذا الترتيب، وبعد ذلك يأتي دور القاضي بالرجوع إلى المذهب المالكي، للاختيار الحاضن المؤهل شرعا وقانونا.

وما يؤكد ذلك من خلال تطبيقات القضاء، فنجد أن القضاء الجزائري، قد أصدر قراره في أحقية الأب وما يليه من العصبات،بما قضته محكمة تلمسان، في حكمها الصادر في:1998/10/10،بما يلي:"حيث أمام التنازل الاختياري للأم،عن حضانة طفلها،واستعداد المدعي عليه للتكفل به، يتعين الإشهاد لها عن ذلك، وتحول الحضانة للأب"[1].

وكما أكدت محكمة مستغانم، في حكمها الصادر بتاريخ: 08 مارس ،1994 بإسنادها حضانة أولادها الثلاثة إلى والدهم، وهذا ما جاء به مجلس تلمسان، وما أيدتها المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ: 1997/02/18، إذ يقول: "من المستقر عليه قضاءً، أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية، فقد طبقوا القانون"[2].

وأما القضاء التونسي، فقد جاء في قرار لمحكمة التعقيب بقولها: "إن ما جاء في القرار المطعون فيه، من إسناد وحضانة البنت إلى والدها، بالنظر لكونه معلما وذا سيرة حسنة، وله والدة وأخت مراهقة، ستقومان بشؤون المحضون..."[3].

وهذا القرار قد أعطى للوالد حق الحضانة، ومن هنا نجد أن المشرع التونسي قد ذكر شرطان لأحقية الرجال في الحضانة، فلا بد للحاضن، أن يكون له من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى، وهذا ما أكد عليه الفصل 58 من المجلة التونسية، ولم نجد هذه الشروط في التشريع الجزائري، ولا المغربي.

---

[1]– محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، 1998/10/10، قضية رقم 97/949، غير منشور.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1997/02/18، م ق 1997، عدد1، ص39.

[3]– م ت، 1981/05/12، قرار مدني، عدد 5014، ن م ت 1981، ج1، ص304.

المطلب الثالث

حضانة ذوي الأرحام

الآراء الفقهية وكذا القانونية على المستوى المغاربي، تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكن اتفقوا على التنصيص الآتي بيانه، في الفروع التالية:

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

أولا: القريبات من المحارم:

1.**المذهب الحنفي:** يرتب أصحاب هذا المذهب، القريبات من المحارم بداية بأخوات المحضون، ثم بنات الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الإخوة، ثم عمات المحضون، فخالات الأم ثم خالات الأب، ثم عمات الأم فعمات الأب، وتقدم الشقيقات على التي لأم، والتي لأم تقدم على التي لأب[1].

2.**المذهب المالكي:**يبدأ بالأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، فالأخت لأب، ثم عمته (أخت أبيه) ثم عمة أبيه (أخت جدته)، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم الذي لأم وبعدها الذي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم ثم التي لأب.

وإذا اجتمع هؤلاء، تقدم الأصلح منهن للحضانة، وإذا تساوى الحاضنات في جميع ذلك، تقدم أكبرهن سنا، وتقدم دوما الشقيقة على التي لأم، والتي لأم على التي لأب[2].

3.**المذهب الشافعي:** القريبات من المحارم هن: الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات، على غيرهن والتي لأب، تقدم على التي لأم[3].

4.**المذهب الحنبلي:** يرتب أصحابه، القريبات من المحارم الأخوات (الشقيقة فالتي لأم فالتي لأب)، فالخالة، فالعمة، ثم خالات أبيه، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخواته، ثم بنات إخواته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه[4].

---

(1)– ابن الهمام،مصدر سابق، ج3، ص315، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص474.

(2)– الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص597، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص302.

(3)– الرملي، مصدر سابق، ج7، ص216،عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص218.

(4)– ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص546.

ثانيا: العصبات من المحارم:

فالعاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده، أو ما بقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، فإذا كان العاصب رجلا، فلا يكون عاصبا إلا بنفسه، وترتيب هذه الفئة من الرجال، يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح[1].

فيرتب أخ المحضون(الشقيق ثم لأب)،وهذا عند الأحناف،خلافا للمالكية الذين يجعلون الجد أسبق من الأخ[2]، وهو الجد لأب وإن علا، ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق فعمه لأب، فعم الأب، ثم أبناء العم (ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور) إذا أنهم من العصبات غير المحارم، والعصبات تقدم كما في الميراث، الأقرب فالأقرب.

ثالثا: المحارم من الرجال غير العصبة:

لا تتوقف الحضانة عند القريبات، وأصحاب العصبات من المحارم، بل تتعداهم إلى العصبات غير المحارم، في حالة عدم وجود الفئة الأولى والثانية، أو وجدوا وليسوا أهلا لحضانة الصغير، فينقل هذا الحق إليهم، وهم كالتالي: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم[3].

وإن لم يوجد أحد الأصناف الثلاثة السالفة الذكر، يرجع الأمر فيه للقاضي، ليحكم ويختار ما هو أصلح للمحضون[4].

الفرع الثاني: في القوانين المغاربية

فطبقا لنص المادة64، من قانون الأسرة الجزائري، فإنها قد حددت لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة، لكن يؤخذ عليها، أنها جاءت غامضة بقولها:"...ثم الأقربون درجة..." فسكوت المشرع يؤدي بنا إلى الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية،عملا بالنص المادة 222، حتى يختار القاضي من يراه مناسباً لحضانة الصغير، وفق أحد المذاهب الفقهية سواءً من جهة النساء، أو من جهة الرجال.

---

(1)–عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق، ص469.

(2)– الكساني، مصدر سابق، ج5، ص359، عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص219.

(3)–الإمام مالك، مصدر سابق، م2، ج3، ص357، وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص7302.

(4)– الدسوقي، مصدر سابق،ج2، ص 597–598، صالح بو غرارة ، مرجع سابق، ص123.

أما المشرع المغربي، في المدونة حسب نص المادة 400، فالأقربون درجة نختارهم حسب الترتيب الذي جاء به الفقه المالكي، لعدم وجود نص في هذا القانون، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع التونسي، فلا وجود لنص يفصل في حالة عدم وجود الأبوين، أو عدم صلاحيتهم، فيختار القاضي الأنسب للحضانة، ولكن ليس شرطا أن يكون من ذوي القرابة فيمكن أن يكون الحاضن غريبا.

وهذا ما نجده في نص الفصل67،من المجلة التونسية،بقولها:"...عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وهذا حسب ما يتراء للقاضي، من الواقع المعروض عليه ...".

ومن هذا النص، يبين لنا أن المشرع التونسي لم يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب معين، ولكن قيده بمراعاة مصلحة المحضون، وأخذها بعين الاعتبار.

ومع أن المشرع الجزائري والمغربي، قد ذكرا بعض أصحاب الحق في الحضانة ورتبهم الأولى فالأولى، إلا أنهم تركوا بعض مستحقي الحضانة، دون ذكر، بل اكتفيا بوصفهم بالأقارب، أو الأقربون، وهذا ما قد نفسره، بأن الأقربون هم القريبات من النساء كالأخت والعمة، وبنت الأخت، أو ممكن قصدوا بالقربة الرجال من العصبات، وحتى غير العصبات، كالجد، والأخ وابن الأخ.

على عكس المشرع التونسي، الذي ترك المجال واسعا، والعبارة أشد غموضا، بقوله: الغير، والتي قد نفهم منها القريب والغريب، ويمكن ونظرا لخصوصية الحضانة، فعلى القاضي أن ينظر فيها إلى القرابة، لا إلى الأجانب، إلا أنه على القاضي في جميع التشريعات المغاربية، أن يراعي مصلحة المحضون، ومن هو أنفع له، ولا خلاف في ذلك مهما كان ترتيب الأقارب للحاضن.

وهذا ما أكده القضاء؛ فنجد قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ: 1999/05/16 وذلك بقولها: "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها، يجب مراعاة مصلحة المحضون..."[1].

[1]– م ع، غ أ ش، بتاريخ:1999/05/16، ملف رقم 222655، م ق2011، عدد خاص ، ص185.

خلاصة الفصل

الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه،وتربيته ورعايته صحة وخلقا، وهي تختلف عن الولاية والرضاع، والكفالة والوصاية والتبني، وهي ذات طبيعة، فهي حق للحاضن والمحضون، وحق المحضون فيه غالب.

وللحضانة شروط عامة، تتمثل في العقل والبلوغ والقــدرة، والأمانة والحرية والإســلام وهناك شروط خاصة بالنساء، والمتمثلة في الخلو من زوج أجنبي عن المحضون وأن تكون ذات رحم محرم للمحضون، وأن لا تقيم الحاضنة بالمحضون، في مكان يبغضه وأن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا.

وأما الشروط الخاصة بالرجال، فتتمثل في أن يكون ذا رحم محرم للصغير، وأن يكون له من يقوم من النساء بخدمة المحضون.

وأما عن مستحقي الحضانة وترتيبهم، فقد رتب المشرعون المغاربة: الأم ثم الأب ثم الأقارب من جهة الأم، فالأقارب من جهة الأب، وترجع بعد ذلك السلطة التقديرية للقاضي مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

وفي كل هذا نجد أن المشرعين المغاربة، فيما يخص التعاريف وكذا شروط الحضانة ومراتبهم، قد اقتربوا من بعضهم، ولم يخرجوا على المذاهب الفقهية عموما، إلا أن هناك خلافات نجدها في تشريعاتنا المغاربية، فكان أقربها للشرع، التشريع المغربي والجزائري على عكس التونسي،فقد ابتعد شيءً ما عندما ساوى بين الأم والأب، في الحضانة وأعطى الحق في الحضانة حتى للأجنبي عن المحضون.

وفي ما عدا هذه النقطة، فإن مشرعين قد واكبوا المذاهب الفقهية، تشريعاً وقضاءً وجعلوا المخرج عند عدم وجود نص يفصل في النزاع المعروض باللجوء إلى التشريعات الإسلامية، وفقا للمادة222من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 400 من المدونة المغربية.

الفصل الثانـي

أسباب سقوط الحق في الحضانـة في التشريعات المغاربيـة

تمهيد:

بعدما عرفنا في الفصل السابق، كل ما يتعلق بماهية الحضانة؛ من تعريفات وبيان طبيعتها، والشروط الواجب توفرها في الحاضن، وصولا إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، وهذا كله من أجل تحقيق مصلحة المحضون، وقد تمت دراسة الموضوع من وجهة نظر شرعية ومغاربية (الجزائر، المغرب، تونس).

وعلى أساسا تحقيق هذه المصلحة المنشودة، لفائدة الصغير، يستطيع القاضي أن يثبت هذا الحق في الحضانة،أو يسقطه، وفقا لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية المعمول بها في هذا الصدد.

وعليه فإننا من خلال هذا الفصل، سوف نتعرف على الأسباب التي تؤدي إلى سقوط هذا الحق في الحضانة، وانتقالها إلى من يليه قبل انتهاء مدة الحضانة، وهذا من وجهة نظر مغاربية، على المستوى التشريعي والقضائي، وحتى نعرف الضوابط التي يجب مراعاتها عند الحكم بإسقاط الحضانة، من خلال معرفة أسبابها؛ هذا ما سوف أحاول الإجابة عليه، من خلال دراسة المباحث التالية:

المبحث الأول: سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحةً وخلقاً.

المبحث الثاني: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الصريح.

المبحث الثالث: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني.

المبحث الأول

سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحةً وخلقاً

تسند الحضانة لمن كان أهلا لها، وتوفرت فيه الشروط اللازمة للقيام بشؤون الصغير على أكمل وجه، إلا أنه في حالة وجود عقبات وعراقيل تحول دون تحقيق مصلحة المحضون؛ وهذا بسبب ضياعه من الناحية الصحية أو الخُلقية، فإن هذا الحق يسقط على الحاضن وينتقل إلى غيره، وسنتعرض في هذا المبحث،إلى أسباب سقوط الحق في الحضانة، في حالة فقدان أحد شروطها، وهذا ما تعرض له قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 و67، وفي مدونة الأسرة المغربية في المادة173، وما اكدت عليه المجلة التونسية في فصلها 58 و 64، وكل هذا سوف ندرسه منه خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية.

المطلب الثاني: سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن.

المطلب الثالث: إسقاط الحق في الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة.

المطلب الأول

سقوط الحق في الحضانة بسبب الأمراض العقلية والجسدية

إن التشريعات المغاربية للأسرة، قد اشترطت في الحاضن؛ السلامة العقلية والجسدية وفي حالة فقدان هذه القوى، يصبح الحاضن غير مؤهل لممارسة الحضانة، وبالتالي يسقط حقه فيها، وهذا ما سوف نتطرق إليه، من خلال التشريعات المغاربية، في الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

فمن شروط الحضانة، المذكورة في المادة 62:هي الخلو من الأمراض العقلية والجسدية، وبالتالي لا بد للمرشح للحضانة،أن لا يكون مجنونا أو معتوها، ففاقد الشيء لا يعطيه[1]، وأن لا يكون عاجزاً بسبب المرض أو الهرم، فإذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة62 من قانون الأسرة،المتعلقة بأهلية الحاضن،والتزاماته المتعلقة بالحضانة يسقط حقه فيها،هذا ما أكدت عليه المادة67 من ذات القانون، بقولها: "تسقط الحضانة

[1]– وهبة زحيلي ، مرجع سابق،ج 2 ،ص726.

باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه...،غير أنه يجب في جميع الحالات؛ مراعاة مصلحة المحضون".

ومن خلال هذه المادة، نلاحظ أنها جاءت عامة، وقد نصت عن حالات عدم تأهيل الحاضن، والتي يستند عليها الحكم الذي يقضي، بإسقاط الحضانة، تاركةً الأمر للتحليل والتفصيل والتأويل، لسلطة القاضي التقديرية [1] .

وقد قضت المحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: 1988/11/07 أنه: "من المقرر شرعا، أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة، ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه،باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها،يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا" [2].

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة، يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة، حيث الحاضنة فاقدة للبصر.

فجاء في قرار أخر للمحكمة العليا، يؤكد على ذلك، والمؤرخ في: 1984/07/09 بقولها: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة، دون توافر هذا الشرط، يعدُ خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة للبصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها،وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[3].

---

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق ، ص392.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1988/11/07، ملف رقم 50270، م ق 1991، عدد03، ص48.

[3]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم 33921، م ق 1989، عدد04، ص76.

وما ينبغي توضيحه هنا، أن سقوط الحق في الحضانة، يتعلق في قضية الحال بأي شلل جسدي جزئي أو كلي، أو ذهاب للقوة العقلية، أو مرض معدي،أي بجميع الأمراض التي تؤثر على قدرة العمل؛ بشكل يعجز معه الحاضن عن العناية بالطفل، ورعايته[1].

وقد أصدر في هذا الشأن، مجلس قضاء تلمسان في: 1979/01/15 قراره الذي يقضي، بإسقاط الحضانة عن الجدة العاجزة جسديا،في قوله:"حيث أن القضاة غير ملزمين بتعيين المساعدة الاجتماعية، واستنتجوا من الخبرة، أن الجدة صحيحة العقل مريضة البدن وهي ليست بقادرة على الحضانة"[2].

وفي قضية أخرى، اسقط قضاة المحكمة العليا عن الأم حقها في الحضانة، بسبب مرضها العقلي، وهذا من خلال القرار الآتي نصه:"حيث أنه من الثابت أمام المجلس، أن الزوج، إنما صمم على طلاق زوجته، لأنها مصابة بمرض عقلي أو عصبي، وحيث أن المجلس لم يسبب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم، المدعي عليها بأنها، حائزة لصحة العقل، أو البرء من المرض الذي أصابها، حتى تصبح صالحة للقيام بمحضونها، وعليه فإن قضاة الاستئناف لم يسببوا قرارهم تسبيباً كافياً " [3].

والقاضي الجزائري، عرض من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عنه، على التثبت، من اكتمال شروط الإسقاط للقول به، وفي هذا الصدد تعتبر مصلحة المحضون هي المنظور لها بالدرجة الأولى، وهي المعيار الوحيد والرائد الأساسي[4].

ومن هنا نجد أن المحكمة العليا، قد أسقطت الحضانة على الجدة، العاجزة جسديا بسبب فقدانها بصرها، وهذا ما قالت به المحكمة العليا بتاريخ: 1984/07/09على أن: "المريض الضعيف القوة لا حضانة له، وكذلك الأعمى والأخرس والمقعد، والحاضنة هنا فاقدة البصر، ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن القرار

---

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق ، ص394.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1979/05/19، ملف رقم 14481، غير منشور

[3]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1978/18/25، ملف رقم 15395، غير منشور

[4]– زكية حميدو، مرجع سابق ، ص395.

المطعون فيه، بإسنادهم الأولاد لها وهي على هذا الحال، قد حادوا على الصواب، وخالفوا القواعد الشرعية، مخالفة يتعين معها نقضهم قراراتهم فيها"[1].

وحتى نقول بأن الحاضن عاجز على القيام بواجباته، تجاه المحضون، لا بد من إثبات ذلك العجز، حتى يكون دليل وبينة، يقرر من خلالها القاضي إسقاط الحضانة على من أسندت إليه ويختار غيره.

وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها، حينما طعن الأب الطالب إسقاط حضانة ابنته عن جدتها، بإدعائها أنها كبرت وعجزت عن القيام بالحضانة، قائلا: "ولكن أن الطاعن اكتفى بالقول، أن الجدة لأم الحاضنة كبيرة السن، عاجزة عن القيام بحضانة حفيدتها، وأن الحاضنة ولدت سنة 1920، ولم يأتي ببينة على عجزها... فالوجه لا أساسا له من الصحة"[2].

ومن الإشكالات التي ترك المشرع فيها فراغا تشريعياً، هي قضية تحديد سن معينة كحد أقصى للحاضن، وبناء عليها، نجد أن القضاء الجزائري قد أسقط الحضانة على الكبير المسن، دون التأكد من عجز هذا الأخير بواسطة الشهادة الطبية المثبت لذلك.

وهذا ما نجده من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1968/05/15 بقولها: "من المقرر شرعاً، بأن الحكم بالحضانة، يجب أن يراعي مصلحة المحضون،وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة، ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة ..."[3]. وقد تراجع القضاء على هذا القرار بعد ذلك، في قرار لاحق بقوله:"...كبر السن بدون عجز، لا يبرر إسقاط الحضانة"[4].

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

وبالرجوع إلى نص المادة 173 من المدونة المغربية، والقائلة في الفقرة الثالثة، بأن من شروط الحاضن: "...القدرة على تربية المحضون، وصيانته ورعايته ديناً وصحةً وخلقاً وعلى مراقبة تمدرسه".

---

(1)– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم 33921، م ق 1989، عدد04، ص76.

(2)– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1997/12/23، ملف رقم 178086، ن ق 1999، عدد56، ص33.

(3)– م ع، غ م، بتاريخ: 1968/05/15، ن س 1968، ص109.

(4)– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1994/02/04، م م، عدد25، ص219–220.

والملاحظ على هذه المادة ،أنها لم تجب بصفة دقيقة وواضحة، على مدى توفر السلامة العقلية والجسدية، ومما يفهم من هذا النص أنه لا يسقط الحق في الحضانة بمجرد إصابة الحاضن بمرض عارض، فلا يعتد به، لأنه لا يتعارض ومصلحة المحضون،والتي من خلالها تستند الحضانة له،أو تسقط عليه، لأن كل ما في الأمر،أنه يجب أن يكون العجز الذي يصاب به الحاضن،سواء كان عقلياً أو جسدياً، منافيا لصيانة حقوق المحضون ومهددا لمصالحه.

وهذا ما قال به القضاء المغربي في احكامه وقراراته؛ إذ قصت المحكمة الابتدائية بوجده لصالح الأب، سقوط الحضانة عن الجدة لكبر سنها، حيث جاء في حيثيات الحكم: "...أنه جاء في الفصل 98، من م أ ش في الفقرة الرابعة منه، في استعراض شروط الحضانة، إذ من شروطها القدرة على تربية المحضون وصيانة صحياً وخلقياً، وحيث أن الجدة في هذا السن المتقدم (من مواليد 1922)، تكون هي نفسها محتاجة لمن يتولى خدمتها، لا أن تقوم بخدمة أحفادها، وتتحمل الأتعاب التي تقتضيها حضانتهم، مما ترى معه المحكمة أنها بذلك غير صالحة للحضانة"[1].

وهذا وفقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية، وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي أن الحضانة تسقط بضرر في بدن الحاضن، كالجنون والجذام والبرص[2].

حيث يرى بعض الفقهاء،أنه لا يجوز للحاضنة أن تستمر في حضانتها، إذا حال دون ذلك مرض معدي يخشى انتقاله[3].

وحتى يحكم القاضي بإسقاط الحضانة عن الحاضن، لا بد من شهادة طبية تثبت المرض الخطير أو العجز الذي يتعارض ومصلحة المحضون، وهنا قد سار المشرع المغربي مع المشرع الجزائري.

---

[1]– المحكمة الابتدائية، وجدة، بتاريخ: 1991/04/10، ملف رقم 90221، غير منشور.

[2]– ابن جزي الكلبي، أبو القاسم محمد بن احمد، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص224.

[3]–عبد الرحمان الصابوني ، مرجع سابق، ص213.

وهذا ما أكده الأستاذ الخمليشي، عند تفسيره للمدونة المغربية للأحوال الشخصية بقوله: "فالأمراض المعدية، والمؤذية للمحضون، لا جدال في وجوب اعتماد الخبرة الطبية في شأنها"[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

اشترط المشرع التونسي، في مجلة الأحوال الشخصية؛ السلامة العقلية والجسدية على غرار المشرع الجزائري والمغربي، وهذا من خلال الفصلين 58و64 منه، فتنص المادة 58 على أنه:" يشترط في مستحق الحضانة، أن يكون مكلفاً اميناً قادراً على القيام بشؤون المحضون، سالماً من الأمراض المعدية... اعتبار لمصلحة المحضون..."

وينص في الفصل 64: "يمكن لمن عهدت إليه الحضانة، أن يسقط حقه فيها، ويتولى الحاكم في هذه الصورة، تكليف غيره بها".

وهذه النصوص يعتريها بشيء من الغموض، وهذا ما سوف نوضحه من خلال تطبيقات القضاء.

إذ تعرضت محكمة التعقيب التونسية، في قرارها الصادر بتاريخ: 1973/07/07 إلى قضية تتلخص وقائعها، في أن ولد المحضونة تقدم بدعوى، على أساس أن الجدة الحاضنة أصبحت عاجزة عن القيام بمهامها[2]، وقضت فيها بأنه:" للمحكمة حق إسناد الحضانة للجدة، إذا رأت في ذلك مصلحة المحضون، وليس للوالد أن يعارض هذا الحكم إلا بأسباب يقيم الدليل على صحتها"[3].

وعلى غرار المشرع الجزائري، نقول بأن المشرع التونسي في مفهومه للمرض العقلي والعجز الجسدي، ليس محل إطار ولا مفهوم على وجه الدقة، بل يحرص القاضي التونسي كما هو القاضي الجزائري، على التثبت من توفر الشروط لإسقاط هذا الحق،على من أسندت إليه من قبل[4]؛ وذلك راجع للأخذ بمصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

---

[1]– أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ج2، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 1994، ص166.

[2]– زكية حميدو، مرجع سابق ، ص393.

[3]– م ت، قرار مدني صادر بتاريخ:1973/07/03، عدد 8603، ن م ت 1974، ص131.

[4]– زكية حميدو، المرجع السابق ، ص395.

وفي هذا نجد قرار أخر لمحكمة التعقيب التونسية، في قولها: "بأن الشهادة الطبية المدعى فيها، والتي تفيد أن أب الابن تعرض لنوبات عصبية، فإن ذلك المرض لم يكن أثناء نشر القضية، بل سابقها لها من جهة، ومن جهة أخرى، أنه لا يعد من الأمراض المانعة من استحقاق الحضانة"[1].

فالحضانة حسب المشرع التونسي، على غرار التشريعات المغاربية الأخرى، لم تشرع من أجل لإضرار بالمحضون، ولا يمكن أن تكون له مورد للهلاك والضياع، بل هدفها يصبوا إلى حماية الصغير ورعايته، والسهر على حفظه صحةً وخلقاً.

وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية هذا الكلام، في قرار صادر لها بتاريخ: 1992/12/22، حيث قالت: "أن الادعاء المتعلق بتناول الأم الأدوية المهدئة، لا يكفي وحده لإثبات سوء حالتها النفسية، ومرضها المزمن، الذي يمكن أن يكون مانعا لها من الحضانة، فضلا عن افتقار هذا الادعاء لأدلة طبية مثبتات"[2] .

وفي قرار أخر لنفس المحكمة، يثبت ضرورة الإثبات أو النفي بالشهادة الطبية،كدليل إثبات بقولها: "أن الحاضنة تتمتع بكامل مداركها العقلية،وقادرة على حضانة أبنائها، حسب الشهادة الطبية"[3].

وخلاصة القول: أن التشريعات المغاربية، قد كانت متقاربة في نصوصها، وكذا تطبيقاتها القضائية، حيث أن النصوص المغاربية كان يعتريها شيء من الغموض، إلا أن التطبيقات القضائية وضحت ذلك، وأكد القضاة المغاربة مع اختلافات بسيطة بينهم، أن العجز الجسدي والأمراض العقلية، سبباً كافياً لإسقاط الحضانة، على من كان أهلا لها وانتقالها إلى من يليه في الرتبة، والسلطة التقديرية ترجع للقاضي، مع الأخذ بعين الاعتبار لمصلحة المحضون أولاً وأخراً.

---

[1]– م ت، قرار مدني صادر بتاريخ: 1981/05/12، عدد 5241، ن م ت 1981، ص306.

[2]– م ت، قرار مدني صادر بتاريخ:1992/12/22،عدد 33913، ن م ت 1992، ص181.

[3]– م ت، قرار مدني صادر بتاريخ:1997/04/22، عدد 57466، ن م ت 1997،ص181.

المطلب الثاني

سقوط الحق في الحضانة بسبب السلوك المشين للحاضن

إن السلوك المشين المقصود منه، كل ما يؤدي إلى فساد اخلاق الحاضن، والذي ينعكس سلبا على الصغير المحضون، وبالتالي عبر عليه المشرعون المغاربة، بضرورة توفر الأمانة والاستقامة في الحاضن، وإلا سقط حقه فيها.

فقد أوجبت الشريعة الإسلامية، حماية الأسر من الأخلاق الفاسدة، ووقاية أفرادها من الفاحشة وأعمال السوء، ومن هذه السلوكيات المشينة: الزنى واللواط والشذوذ الجنسي والسحاق، ويقصد به أيضا تناول المشروبات الكحولية والمخدرات والمهلوسات، ويدخل في السلوك المشين أيضا، القمار والسحر والسرقة، وكل ما هو مفسد للأخلاق والدين،وكل هذا يعتبره القاضي المغاربي، سبباً كافٍ للإسقاط الحضانة عن صاحبها، ونقلها إلى من يليه في المرتبة، مع مراعاة مصلحة المحضون، وسوف نتطرق لذلك من خلال ما جاءت به التشريعات المغاربية، في الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

على غرار التشريعات المغاربية، نجد أن المشرع الجزائري، جعل السلوك المشين للحاضن من مسببات سقوط الحق في الحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة بقولها: "تسقط الحضانة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه..." .

وبالرجوع إلى المادة 62، نجدها تقول أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته، على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

ومع أن هذه النصوص يعتريها العموم، وشيء من الغموض، لكونها تحمل أكثر من معنى، إلا أن المشرع الجزائري قد أشار لذلك، بحيث أسقط الحضانة، إذا أصبح الحاضن غير أهلٍ لها، وترك المجال مفتوح للقضاء، حتى يضبط مفهوم السلوك المشين مع أخذه في عين الاعتبار لمصلحة المحضون، ومن هنا سوف نورد مجموعة قرارات قضائية توضح ذلك.

فقد صدر قرار للمجلس الأعلى، يقول فيه:"من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم، لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا".[1]

كما اعتبرت أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة، يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة[2] .

وذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1997/09/30، بقولها:"من المقرر شرعا وقانونا، أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكومة عليها من أجل جريمة الزنا،فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"[3] .

وكما قضت أيضا محكمة تلمسان، في حكمها الصادر بتاريخ: 2000/12/10 بإسقاط حضانة الأطفال الثلاثة عن أمهم، بحجة أنها: "لم تعد أهلا لممارستها بسبب سوء سلوكها وتصرفاتها، لكونها طرف في قضية جزائية، متعلقة بغلق محل بيع الخمور وتناولها، وأنه تم سماعها كشاهدة من طرف قاضي التحقيق، في القضية رقم: 2000/61 بجلسة:2000/11/08، وصرحت أنها معتادة على السهر والشرب في فندق"س"، حيث أن المدعي عليها لم تنكر تصريحات المدعي، واكتفت بالقول:أن القضية لم يفصل فيها بعد"[4].

ومن هنا يسقط حق الحضانة، لتناولها المشروبات الكحولية، والسهر خارج البيت مما يضر بمصلحة المحضون، لممارسة هذه السلوكات المشينة.

---

[1]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1984/01/09، ملف رقم 31997، م ق 1989، عدد01، ص73.

[2]– صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص142.

[3]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1997/09/30، ملف رقم 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص169.

[4]– محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، بتاريخ:2000/12/10، قضية رقم 2000/321، غير منشور.

وقد جاء في قرار أخر للمحكمة العليا، بقولها: "حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا، إلا بالنسبة للولد الصغير الذي، لا يستطيع الاستغناء عن أمه"[1].

وبالرغم من ارتكاب الحاضنة للزنا، إلا أن القاضي،أبقى حقها فيها بالنظر لمصلحة المحضون، وبحجة أن الولد الصغير في السنوات الأولى لا يستطيع الاستغناء عن أمه،وقد أكد القضاء الجزائري في تسبيب حكمه،وذلك باعتماده على التحقيق القضائي، وكذا سماع الشهود، حتى يحكم بإسقاط الحضانة.

وهذا ما قالت به المحكمة العليا، في قرار صدر عنها، بقولها: "أن فاحشة الزنا لا تثبت بمجرد القرائن، وإن تعددت، لخطورتها،وإنما تثبت بإقرار مرتكبها، أو شهادة أربعة شهود، شاهدوا ارتكاب الفاحشة في آن واحد، أو بحكم حاكم، هذا هو المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي والقضاة، لما لم يلتفتوا إلى الوثائق المدلى بها، من طرف الطاعن كانوا عملوا بهذا المبدأ، أما الحضانة فهي حق للأم بالدرجة الأولى، ما لم يقم مسقط من مسقطاتها، والطاعن لم يأتي بدليل على أن المطعون ضدها،لم تتوفر فيها شروط الحضانة المطلوبة شرعاً، ولذلك يجب رفض طلب النقض"[2].

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

إن القيم التي يكتسبها الطفل، أثناء سيره نحو النضج، إنما هي نتيجةً لمؤثرات عديدة إلا أن تأثير البيت هو أقواها، إذ أن المبادئ التي سارت عليها تربيته الأولى، ستؤثر في سلوكه، ولذلك أعتبر السلوك المشين، من مسقطات الحضانة[3] .

وهذا ما أخذ به المشرع المغربي، على غرار التشريع الجزائري، وما سارت عليه أحكام وقرارات القضاء المغربي، وعند الرجوع إلى المدونة المغربية، فإننا لا نجد نص خاص يسقط هذا الحق، بسبب السلوك المشين، إلا أنها قد نصت في المادة 173 في الفقرة الخامسة، والتي اشترطت في الحاضن الاستقامة مع القدرة على تربية المحضون،وصيانته صحةً وخلقاً، وفي الحقيقة أن هذه العبارة كانت عامة، خالية من الدقة، كما هو عليه الحال

---

[1]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1997/09/30، ملف رقم 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص170.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 2000/07/18، ملف رقم 245123، غير منشور.

[3]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص410.

في التشريعات المغاربية الأخرى، إلا أنه أثناء التطبيق القضائي يتضح الأمر أكثر، وما يستوجب إسقاط الحضانة على من اتصف بالسلوك المشين، وهذا مرده أن جعل مصلحة المحضون، هي المعيار الأول والأخير في موضوع الحضانة، وقد فسرت المحاكم ذلك وقضت بما يخدم مصلحة المحضون.

وهذا ما قال به الأستاذ أحمد الخمليشي: "بأن القضاء المغربي، لن يتردد في الحكم بإسقاط الحضانة، إذا تعلق الأمر بنموذج من نماذج السلوك المشين، غير المختلف فيه بين الأمس واليوم، مثل الإدمان على المخدرات، أو الكحول وارتكاب الجرائم الأخلاقية أو المشينة"[1].

وما قال به القضاء المغاربي في جريمة الزنا، على غرار المشرع الجزائري، أن الأمر فيه مرونة، ولا يسقط الحق في الحضانة بمجرد الزنا، بل لا بد من الاعتراف، أو إجراء تحقيق قضائي أو سماع الشهود، ومن الملاحظ على مجالس القضاء أيضا، أن الفاسقة لا يسقط حقها في الحضانة، إلا إذا بلغ المحضون سن معينة، حددها القضاء بسبع سنوات وهي سن التميز.

وفي هذا يقول الأستاذ بدران أبو العينين بدران: "أما إذا كان فسق المرأة والرجل لا يمنع من العناية بالصغير والقيام بأمره، فلا يسقط حقها، إلا أن المرأة إذا كانت سيئة السلوك وخيف على الولد أن يتأثر بسلوكها، فإنه يكون لها حق الحضانة إلى أن يعقل الصغير، وذلك ببلوغه سبع سنين"[2].

وفي نفس السياق، قال الأستاذ: وهبة الزحيلي: "ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه فينزع منها، صونا لأخلاقه من الفساد، لأنها غير آمنة"[3].

وما أكده القضاء المغربي، بمحكمة طنجة بقولها: "وحيث أنه وإن تكون البنت المطلوب ضمها صغيرة ولا تعقل الفسق، إلا أن الاحتراف بالبغاء، من شأنه أن يضيع البنت، لعدم تفرغ أمها لخدمتها كلما لزمت الخدمة"[4].

---

[1]– أحمد الخمليشي ، مرجع، سابق، ص145.

[2]– بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص552.

[3]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص728.

[4]– المحكمة الابتدائية طنجة، بتاريخ: 1980/12/12، ملف رقم 2531، غير منشور.

وهذا عن مسقطات الحضانة بسبب زنا الحاضن، أما حالة شرب الخمر والإدمان عليه، فهو أيضا مسقط للحضانة باعتباره من السلوكيات المشينة للحاضن.

وهذا ما قال به الأستاذ عبد القادر عودة، بأن مدمن الخمر فاسق ملعون، قد لعنه الله ورسوله[1].

وكما قضى المجلس الأعلى المغربي، في قراره الصادر بتاريخ:1970/06/30 بأنه: "إذ الحضانة شرعت لمصلحة المحضون، فعلى المحاكم ان تلتمس هذه المصلحة في كل قضية"[2].

بل أن المادة 186 من مدونة الأسرة، نصت على أن:"تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب"، وأن المادة173في فقرتها الخامسة من ذات القانون نصت على أنه: "إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن،خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه".

وهكذا فإن بقية الأفعال والتصرفات المفسدة للأخلاق، والتي تضر بالمحضون، من سحر وقمار ومخدرات وغيرها، وما دامها لا تخدم مصلحة المحضون، فهي أسباب كافية لأن يحكم القاضي المغربي،على غرار القاضي الجزائري، بإسقاط الحضانة وإسنادها لمن يستحقها.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

اعتبر التشريع التونسي السلوك المشين، من مسقطات الحضانة من خلال المنهج الذي اعتمده الفقه المغاربي عموما، وسارت عليه أحكام وقرارات القضاء في تونس، على غرار القضاء الجزائري والمغربي.

حيث نصت المجلة التونسية، في فصلها64على أنه: "يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة، تكليف غيره بها".

وهذا النص ليس فيه علاج واضح لسلوك المشين، وكان التشريع الجزائري والمغربي أكثر وضوح من حيث التنصيص، فقد أورد في هذا النص، إمكانية القضاء

---

[1]– عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي،ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1987 ص50–51.

[2]– م أ م، غ أ ش، بتاريخ: 1982/03/08، ملف رقم 29293، غير منشور.

بإسقاط الحضانة دون تبيان الحالات التي تندرج تحت هذا النص، إلا أنه قد علق إسناد الحضانة أو إسقاطها بمصلحة المحضون، مما يعطي للقاضي واسع النظر.

فإذا نظرنا إلى قرارات المحاكم التونسية لوجدناها واضحة وصريحة، والتي أسقطت الحضانة على الحاضن، ذا السلوك المشين دون تردد.

ففي قرارها الصادر بتاريخ: 1976/12/02 ،قضت محكمة تونس بأن:"الأم التي ثبت انحرافها، بحكم قضائي جزائي أصبحت غير اهل للحضانة، ومن ثَم فإنه من حق الأب ان يطلب إسقاطها عنها، بعدما قضى لها بها"، وأردفت بقولها: "أن السلوك المشين للأم يشكل خطرا على التكوين السوي، والتربية المثلى للطفل وينجر عنه إسناد الحضانة إلى الأب"[1].

والقضاء التونسي أيضا يأخذ بالدليل والحجة حتى يعتد به، وهذا ما نستخلصه من القرار الصادر عن محكمة التعقيب التونسية، بتاريخ: 1985/02/09 وذلك لما قضت:"بأن الأم التي ثبت انحرافها بحكم قضائي جزائي، أصبحت غير أهل للحضانة"[2].

وبمفهوم المخالفة أن الزنا، لا يعد سببا لإسقاط الحق في الحضانة إلا إذا تم إثباته وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا[3].

وعلى غرار التشريعات المغاربية، التي تقول بمصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

حيث قضت محكمة التعقيب التونسية، في قرارها الصادر بتاريخ: 1997/04/01 بأن: "مصلحة المحضون هي الرائد الأساسي، والمعيار الوحيد الإسناد الحضانة، وفق الفصل67 ، من مجلة الأحوال الشخصية..."[4].

وتسقط الحضانة أيضا للحاضن الممارس للقمار،وهذا لقول الدكتور يوسف القرضاوي: "مصلحة المحضون تتعارض مع حاضن، مستعد أن يبيع من أجل الميسر دينه وعرضه ووطنه، مما يترتب عنه أضرار مؤكدة تجاه الفرد، والأسرة والأخلاق"[5].

---

[1]– محكمة تونس، بتاريخ: 1976/12/02، حكم رقم 70747، غير منشور.

[2]– م ت، بتاريخ: 1985/02/09، قرار مدني رقم 11107، م ق ت 1986، عدد7، ص69.

[3]– زكية حميدو، مرجع سابق ، ص419.

[4]– م ت، بتاريخ: 1997/04/01، قرار مدني رقم 54808، ن م ت 1997، ج2، ص281.

[5]– يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام، ط11، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1977، ص249.

وسواء كان السلوك المشين دافعه جنسي؛ كالزنا والشذوذ، أم مالي؛ كالرقص المغري والبغاء والميسر والقمار، أما تخديري؛ كالكحول والمخدرات، فكل هذه السلوكيات المشينة تتنافى ومصلحة المحضون،وبالتالي على القاضي أن يسقط حق الحضانة على الحاضن ذا الأخلاق السيئة، التي تعود سلباً على المحضون.

وخلاصة القول:أن المشرع التونسي،لم يذكر في المجلة شيء على السلوك المشين بل جعل مصلحة المحضون وحدها التي تأخذ بعين الاعتبار، على عكس المشرع الجزائري والمغربي، واللذان جاءوا بنصوص تقول بإسقاط الحضانة على الحاضن، ذا السلوك السيء، ولكن بدون توضح وبعبارات عامة، إلا ان القضاء المغاربي لكل منهما،قد فصل في الأمر، وجعل كل سلوك يتنافى ويتعارض مع الأخلاق الحسنة وتعاليم الدين الإسلامي، يعتبر سلوكاً مشيناً، يضر بمصلحة المحضون، وعلى القاضي إسقاط الحضانة عنه بلا شك، ولا خلاف في ذلك.

المطلب الثالث

إسقاط الحق في الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة

إن العمل المقصود، والذي بسببه يسقط الحق في الحضانة:هو ذلك النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل،وصيانته على أكمل وجه،مع أن الأسرة المغاربية أصبحت تعاني من ظاهرة الطلاق،الذي نتج عنه ظهور أطفال كثيرين، يحتاجون إلى الحضانة، ونظرا لمتطلبات الأسرة وغلاء المعيشة، اللذان أجبرتا المرأة لأن تعمل وتعيل أسرتها، نظرا لمقدار النفقة الممنوح لها ولأطفالها، بسبب الفرقة، والذي في الغالب لا يكفي حتى لأجرة كراء البيت.

ومن كل هذا أصبح عمل المرأة في مجتمعاتنا المغاربية شيء مقبول، ولكن السؤال المطروح، هل يمكن أن تسند الحضانة لهذه المرأة العاملة، أم تسقط عنها؟ وهذا ما أجاب عليه مشرعون المغاربة، في الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 67 الفقرة الثانية، من قانون الأسرة، نجدها تقول: "... ولا يمكن لعمل المرأة، أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون".

ونصت المادة 19، من ذات القانون بقولها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج،أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عمل المرأة".

ونظرا للنزاع الكبير حول عمل المرأة، فإن المشرع الجزائري، في التعديل الجديد قد حسم الموقف[1].فهذا التنصيص الجديد أكد، على عدم اعتبار عمل المرأة، سبباً من أسباب سقوط حق الحضانة، لكن قد يتناقض عملها،ومصلحة المحضون في بعض الحالات، لأن حقيقة الحضانة، إنما هي القيام بشؤون المحضون المتصف بالعجز، فإذا كانت الحاضنة بعيدة عنه مدة طويلة، أو مستمرة لساعات من النهار أو من الليل، فكيف يتأتى لها تحقيق مصلحة المحضون.

ومعلوم أن حق المحضون، مقدم على حق غيره عند التعارض، ولذلك وجب على القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة، وكذا النظر في مدى تعارضه، مع مصلحة الطفل وإلا فما الفرق بين الحاضنة،التي تقضي أكثر أوقاتها بعيدا عن بيت الحضانة، وبين امرأة عاجزة عن القيام بالطفل،والتي رأينا أنها تُمنع من الحضانة،أو التي تفتقر للكفاءة المطلوبة في التربية والرعاية[2] .

فإذا استطاعت المرأة التوفيق بين عملها خارج البيت وعملها كحاضنة، بحيث لا تضيع مصلحة المحضون، فهنا لا يسقط حقها في الحضانة، أما كثرت الخروج التي تسبب ضياع الطفل، وتفويت مصلحته فهنا يختلف الأمر، وهذا ما سوف يجيب عليه القضاء الجزائري.

فقررت المحكمة العليا بتاريخ: 2002/07/03، بقولها: "حيث أن عمل الحاضنة، لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها، ما لم يتوفر الدليل الصحيح، على ان العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والتربية"[3] .

وهناك قرار أخر للمحكمة العليا، مؤرخ في:2001/07/18، حيث جاء فيه: "من المستقر عليه قضاءً، أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن إسقاط

---

[1]– سليمان ولد خسال ، مرجع سابق، ص187.

[2]– عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة،ط1، دار البصائر حسين داي، الجزائري، ص219–220.

[3]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 2002/07/03، ملف رقم 274207، غير منشور.

حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة؛اخطئوا في تطبيق القانون،وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب،وانعدام الأساس القانوني،مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وجاء في قرار،لغرفة الأحوال الشخصية، بمجلس قضاء المدية: "أن استناد الطاعن في دعوى إسقاط الحضانة،على عمل الحضانة غير مؤسس،لا به يعمل ولا عليه يعول"[2] وبالتالي؛ فمن خلال نص المادة 67 المعدلة، وقرارات القضاء الجزائري، نجدهما يهدفان إلى التأكيد،على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحضانة، وذلك تماشيا مع تطور المجتمع،حمايةً لحق المرأة في حضانة أبنائها، وحقها في العمل[3].

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد حسم الأمر بالنسبة لعمل المرأة، وقد سار القضاء في نفس الاتجاه، ما دام شغلها لا يضر بمصلحة المحضون.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

على عكس ما قال به المشرع الجزائري، فالمشرع المغربي لم يعالج قضية عمل المرأة، ومدى اعتباره من أسباب سقوط الحق في الحضانة، إلا أن موقف القضاء المغربي لا يختلف عن موقف القضاء الجزائري، فيما يتعلق بعمل المرأة الحاضنة.

وهذا ما نجده من خلال ما قرره المجلس الأعلى المغربي، والصادر بتاريخ: 1975/02/10، بقوله: "حيث أن الحاضنة إذا زاولت وظيفة من الوظائف الإدارية، أو التعليمية التي لا تستغرق إلا جزء من يومها، لا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشؤون المحضون. وأن القول بخلاف ذلك، ادعاء لا تصدقه حالات الناس اليومية..." [4] .

وبمفهوم المخالفة، أن عمل المرأة طيلة اليوم، يسقط حقها في الحضانة.

وفي هذا قال الأستاذ محمد الكشبور، بإقرار عدم جواز إسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة، حيث يرى أنه: "يبدو أن المجلس الأعلى، قد قرر من خلال موقفه السابق حماية المرأة، أكثر مما حماها الفقه المالكي نفسه"[5].

---

[1]– م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 2001/07/18، ملف رقم 245156، م ق 2001، عدد خاص، ص188.

[2]– مجلس قضاء المدية، غ أ ش، بتاريخ: 2002/04/06، رقم الجدول 2001/1268، فهرس 2002/50.

[3]– صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص144.

[4]– م أ م، بتاريخ: 1975/02/10 قرار رقم 33، ملف اجتماعي رقم 41831.

[5]– محمد الكشبور، مرجع سابق ، ص49.

ومن خلال ما قرره القضاء المغربي، الذي يجيز عمل المرأة نظرا للضرورة الاجتماعية وضيق المعاش، وبالتالي إذا كان العمل شريف، ولا يضر بمصلحة المحضون فلا يسقط حقها فيها، من وجهة نظر القانونيين، فعدم التنصيص على هذا الشرط في المدونة المغربية، يحيلنا بالضرورة إلى المادة400،والتي تحيلنا بدورها إلى الفقه المالكي والذي يقول أن الأصل في المرأة المكوث في البيت، وفي حالات الضرورة تخرج للعمل بما يليق بها كإمرأة.

والملاحظ أن النصوص القانونية ضيقت والقضاء وسع، فأعطى للمرأة الحاضنة الحق في العمل كمبدأ.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

على غرار المشرع المغربي، نجد أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لم تعالج هذا الموضوع ولم تنص عليه صراحة، على عكس المشرع الجزائري، الذي استدرك ذلك في التعديل الجديد بالأمر 02/05، إلا أن الواقع يقول بأن النفقة التي يحكم بها على الأب،غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته،نظرا لغلاء المعيشة في الوقت الحاضر، وبالتالي تضطر المرأة للعمل خارج البيت حتى تنفق على أبنائها عموما ومحضونيها خصوصا، إذا كانت حاضنة،وهذا ما اكد عليه الأستاذ بلحاج حمودة في قوله:

De même en Tunisie, "la pension alimentaire, vue son quantun et ses mécanismes de recouvrement, souligne M AJMI Belhadj Hamouda, est une misère qui pèse lourdement, sur les femmes divorcées."[1]

فإذا انتقلنا إلى المبادئ التي ارتكز عليها القانون التونسي،والتي تعرضت بصفة عامة لهذا الموضوع، لا يشوبها الغموض إذ تفصح بصراحة عن موقفها، بعدم جواز إسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة، وهذا راجع للأخذ بعين الاعتبار لمصلحة المحضون وحمايته ورعايته، وهذا ما أكده القضاء بكل وضوح.

فنجد قرار لمحكمة التعقيب، حيث صدر عنها بتاريخ: 1990/05/08:"بأن مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد، الذي يجب أن يرتكز عليه عند إسناد الحضانة"[2] .

(1)- C.F.A. Belhadj Hamouda, les conflits conjugaux, aspecte juridiques, Actualités juridiques Tunisiennes, 1998, n° 1-2,P55.

[2]– م ت، بتاريخ:1989/02/02، قرار مدني رقم 20431، م ق ت1991، عدد7، ص94.

وأن هذه المصلحة لا يستخلصها قضاة الموضوع، إلا بمقتضى الحالات المعروضة وعناصر التحقيق[1].

ومما تقدم يتضح أن مهمة المرأة الأساسية تتمثل في أموميتها، ومن حقها أن تشتغل ومن هنا على القاضي أن يراعي ما يخدم مصلحة المحضون، أي أن الحاضنة العاملة هل ستضيع المحضون أما أنها ستصونه وترعاه ولا تهمله، وإلا سقط حقها في الحضانة.

وخلاصة القول: أن المشرع الجزائري، من خلال الأمر 05/02 ،قد نص صراحة في قانون الأسرة على ذلك، وقد رجع المشرع المغربي لسد الفراغ، إلى نص المادة 400 التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي، وبالضبط للمذهب المالكي في حالة عدم وجود نص، وأما التونسي فقد سد هذا الفراغ وربط ذلك بمصلحة المحضون، وعلى القاضي أينما وجد مصلحة الصغير عمل بها، في حين أن المشرع الجزائري والتطبيقات القضائية، كانا، في تجانس وتكامل، أما المغربي، في ظل الفراغ التشريعي، فقد بقي القاضي عندهم يتخبط بين الرجوع لما قال به الفقه المالكي، الذين شددوا على خروج المرأة للعمل إلا لضرورة وبين ما عليه الواقع المعاش، حيث أصبح عمل المرأة شيء مألوف، ولكن المتفق عليه عند المشرعين المغاربة، أن مصلحة المحضون لا بد أن يضعها القاضي في الحسبان أولاً وأخراً.

المبحث الثاني

سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح.

وهذا ما سوف نعرفه من خلال التشريعات المغاربية، وتطبيقات القضاء فيها والتنازل الصريح يشمل: انتهاء الحضانة بقوة القانون، والتي تناولها المشرع الجزائري في المادة 68 من قانون الأسرة، وتعرض إليها المشرع المغربي في المدونة، بالمادة176 وذكرها القانون التونسي بمجلة الأحوال الشخصية،في الفصل 58 ،وكذلك التنازل بالإرادة المنفردة، والتي تناولها قانون الأسرة الجزائري في المادة 66، وتناولتها المدونة المغربية في المادة 166، وعن المجلة التونسية فقد تطرقت لها من خلال الفصلين55 و64، ويشمل

[1]– سعاد رجب ، مشاكل المرأة التونسية بين الأسرة والعمل، مجلة الحق 1985، عدد2 و3، ص220.

التنازل الصريح أيضا، التنازل الاتفاقي، وهذا ما سوف نعرفه من خلال التنازل عن الحضانة، مقابل الخلع، وفي حالة الطلاق بالتراضي، ولفائدة الغير، في مواد متفرقة من التشريعات المغاربية.

وكل هذا، سوف نتعرض له من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة بقوة القانون.

المطلب الثاني: التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن.

المطلب الثالث: التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف.

المطلب الأول

سقوط الحق في الحضانة بقوة القانون

حيث نصت قوانين الأحوال الشخصية المغاربية عليها صراحة، وهذا بشكل وضح ومجمع عليه، فيسقط الحق في الحضانة، بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، وهذا ما نصت عليه المادة68 قانون أسرة جزائري، والمادة176من المدونة المغربية،وقال به أيضا الفصل58من المجلة التونسية، ففي حالة وجود عذر مقبول، تبقى الحضانة لمن أسندت له.

هذا ما قال به المشرع الجزائري والمغربي، ولم ينص عليه التشريع التونسي، ومن خلال هذا كله، سوف نتطرق في هذا الطلب إلى موقف التشريعات المغاربية، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

يتضح موقف المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 68 من قانون الأسرة، بقولها: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة، مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها".

فيرى الأستاذ عبد العزيز سعد،أن حق الحاضن في هذه الحالة يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى على مستواه، إلا أن يقر هذا السقوط، بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة[1].

[1]–سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص301.

لكن مع هذا فإن السقوط لا يحدث تلقائياً، بل يجب أن يصدر حكم قضائي لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط، مراعياً في ذلك مصلحة المحضون.

فمرور السنة دون المطالبة بالحضانة، هي حالة نص عليها القانون صراحة، ولكن مع هذا فالقاضي هو الذي يقدر الأسباب التي أدت للتأخير بعذر، حتى لا يسقط الحق في الحضانة، اما بدون عذر فيسقط هذا الحق، وللعلم أن هذا الحق لا يسقطه القاضي من تلقاء نفسه، إلا إذا طلب من له المصلحة بهذا الحق.

وهذا بالرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني، حيث تقول المادة 321 في فقرتها الأولى، والتي تنص بأنه: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين، أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه، ولو لم يتسمك المدين به" .

إلا أن المشرع الجزائري، على غرار التشريعات المغاربية، لم يشر إلى تاريخ بداية سريان مدة السنة، وبالتالي نجد الإجابة من خلال المادة 222 ،التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيرى فريق من الفقه، أن السنة تبدأ من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة باستحقاقه لها، وفريق أخر يقول:أنها تبدأ من بلوغ الطفل سن التمييز.

أما الأستاذ فضيل سعد، يقول بأن مدة السنة تحسب من تاريخ بلوغ المحضون 10 سنوات، فإن انتهت السنة الحادية عشر من عمر المحضون، سقط الحق في الحضانة، ما لم يقم الدليل بخلاف ذلك[1].

ولا شك أن القضاء مع غموض النص التشريعي، يجد نفسه مضطر إلى سد الثغرات، فهو المخاطب بتفسير المادة 68 ، من قانون الأسرة.

ولهذا سوف نورد مجموعة من القرارات القضائية، التي تفسر لنا هذا النص، منها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1984/07/09، إذ يقول:"...أن الاجتهاد

[1]–سعد فضيل ، مرجع سابق، ص379.

القضائي، جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام، من تاريخ الفصل في الحضانة"[1].

وقد كان للقاضي سلطته التقديرية، حينما وضع مصلحة المحضون في عين الاعتبار واخذ في الحسبان بعبارة العذر، التي جاءت في أخر المادة 68 .

وهذا ما سار عليه المجلس الأعلى الجزائري، في قرار صادر له بتاريخ: 1978/02/27، بقوله: "...حيث أن المطعون ضدها، لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير، أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية، وإقامات طويلة على سرير المرض بالمستشفى وبدار والديها، وتركها حضانة بنتيها كان أمرا ضروريا..." [2].

وبالتالي لم تصبح هذه الأم الحاضنة صحيحةً قادرة على الحضانة، فلا يسقط حقها فيها ولو بعد مرور السنة، لأن عذرها مقبول، ويصب في مصلحة المحضون، لأن الأم أقدر من غيرها على حضانة أبنائها.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

وعلى غرار المشرع الجزائري ، جعل القضاء المغربي، للمطالبة بحق معين على طالبه أن يحترم المواعيد المحددة قانونا وإلا ذهب سداً، فقال المشرع المغربي أن مرور السنة، كفيلة بإسقاط الحق عن الحاضن ونقلها إلى غيره.

وبهذا جاءت المادة 176 ، من المدونة المغربية بقولها: "سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء، يسقط حقه إلا لأسباب قاهرة"، ومقابل العذر في التشريع الجزائري، جاء المشرع المغربي بعبارة تقاربها، ألا وهي "إلا لأسباب قاهرة" .

وبالتالي حتى ولو مرت السنة، دون المطالبة بهذا الحق يمكن للقاضي المغربي أن يبقى الحضانة لمن أسندت إليه، آخذاً في الحسبان مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، إلا أن إشكالية تاريخ بداية سريان مدة السنة، لم نجد له أثر في هذا النص.

---

[1]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم 32829، م ق 1990، عدد 01، ص60.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1978/02/27، ملف رقم 245156، غير منشور.

وبالتالي علينا الرجوع لنص المادة 400، من ذات القانون والتي تحيلنا إلى المهب المالكي في حالة عدم وجود النص، فيقول الفقه المالكي بأن مدة السنة؛ يبدا سريانها من تاريخ علم صاحب الحق في الحضانة[1].

وفي حالة سكوت الحاضن لمدة سنة، فهل تسقط الحضانة عليه؟

وهذا ما أجاب عليه الأستاذ أحمد الخمليشي، بقوله: "إذا حاولنا الرجوع إلى فقه الإمام مالك، تبين لنا أن: الصيغة المستعملة في أغلب كتب هذا المذهب؛ هي الاقتصار على حالة تزوج الحاضنة،أي أن السكوت إنما يكون مسقطا، في حالة ما إذا كان سبب استحقاق الساكت للحضانة هو زواج الحاضنة، أما إذا كان سبب انتقال الحضانة إليه هو موت الحاضنة مثلا، أو فقدها لأحد شروط الأهلية، أو حدوث الطلاق بالنسبة للأم، فإن حقه لا يسقط ولو سكت أكثر من عام"[2]

إلا أن المشرع المغربي، حصر تقادم حق مستحق الحضانة في حالة واحدة من حالات الإسقاط، ألا وهي علمه بتزوج الحاضنة والدخول بها، على عكس المشرع الجزائري الذي وسع دائرة إسقاط حق الحضانة في حالات عدة، ولم يكتفي بحالة العلم بتزوج الحاضنة، إلا أن الحالات الأخرى يمكن أن تسقط الحضانة، وهذا يرجع إلى اجتهاد القاضي المغربي .

فنجد قرار للمجلس الأعلى المغربي، صادر بتاريخ:1981/10/14؛ أيد الحكم الابتدائي الذي حكم للأم بالحضانة، رغم سكوتها لاكثر من سنة من تاريخ الطلاق، وأكد أن الأم لا تسقط حضانتها، وأن المادة 176 لا تشمل الأم التي لا يسقط حقها في حضانة إبنها بمرور المدة مطلقا، وبالتالي الحكم الإستئنافي الذي أسس السقوط على هذه المادة، جاء غير مرتكز على أساس صحيح من القانون، وبالتالي معرض للنقص[3] .

---

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص733.

[2]– أحمد الخمليشي ، مرجع سابق ، ص177.

[3]–م أ م، بتاريخ:1981/10/14،عدد القرار583، م ق م أ 1982،عدد30،ص97.

وفي قرار أخر قضى المجلس الأعلى، بتاريخ: 1981/11/25 بأن: "سكوت الجدة لأكثر من عام، من تاريخ تنازل الأم عن حضانة ولديها، لا تسقط حضانتها"[1]

ويقول الأستاذ أحمد الخمليشي: أن الأخذ بمصلحة المحضون كمبدأ أساسي، يفرض أن يكون ترتيب الحاضن المنصوص عليه في القانون، يعمل به في حالة تساويهم فيما يوفرونه من رعاية وخدمات للمحضون، أما في حالة التفاوت فلا يراعى ذلك الترتيب وإنما تكون الحضانة، لمن تتوفر لديه ظروف، تحقق رعاية أفضل للمحضون.

أضف إلى ذلك، أن إسقاط الحضانة بمضي سنة تجد تبريرها في الفقه المالكي، القائل بها في قياسه على الشفعة[2]، وهذا ما هو معمول به قضاءً في البلاد المغاربية.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

يتفق المشرع التونسي مع بقية المشرعين المغاربة، على أن مرور سنة لصاحب الحق في الحضانة دون المطالبة بها، يسقط الحق فيها.

وهذا ما جاء به الفصل58من المجلة التونسية، بقولها:"... أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول، ولم يطلب حقه فيها..."، وما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يذكر قضية العذر أو السبب القاهر، الذي يمنع سقوط الحق في الحضانة، كما جاء به المشرع الجزائري والمغربي .

وعلى غرار المشرع المغربي سار المشرع التونسي، الذي حصر تقادم حق مستحق الحضانة، بالعلم بتزويج الحاضنة والدخول بها، على عكس المشرع الجزائري الذي وسع في هذه الحالات، وتبقى إشكالية تاريخ بداية سريان مدة السنة يعتريها الغموض.

إلا أن القضاء جاء بالحل لذلك الإشكال، وهذا عندما أخذا مصلحة المحضون في الحسبان، وما يلاحظ أيضا على المادة58من المجلة التونسية أنها ذكرت شروط الحاضن وفي نفس الوقت أخلطتها بأسباب سقوط الحق في الحضانة، فكان بالإمكان على المشرع

---

[1]– م أ م ، بتاريخ: 1981/11/25، عدد القرار 666، غير منشور.

[2]– أحمد الخمليشي ، المرجع السابق ، ص179.

التونسي، أن يضع مادة أو فصل تتعلق بشروط الحاضن، وفصل أو أكثر يتعلق بمسقطات الحق في الحضانة، حتى تتضح الرؤية أكثر.

صحيح أنه ربط كل ذلك بمصلحة المحضون، ولكن هذه الثغرات في النصوص لا بد من سدها، حتى تسهل العملية على القاضي حين التطبيق والفصل في المنازعات الواردة إليه،ولكن مع كل هذا فإن قرارات المحاكم التونسية كانت موفقة،وأزالت الغموض الذي يعتري النص القانوني.

فهناك قرار لمحكمة التعقيب، الصادر في 1966/06/07 ،بقوله: "سكوت مستحق الحضانة في المطالبة بنقل المحضونة إليه، لتزوج الحاضنة بغير محرم للمحضونة، مدة عام بعدم علمه بالدخول بها، من طرف الزوج الثاني، يسقط حقه في الحضانة"[1] .

وقرار أخر صادر لنفس المحكمة، بتاريخ:1977/03/01، إذ يقول: " إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون، وتم الدخول سقط حقه في الحضانة، ولم يسكت من له الحضانة مدة عام من تاريخ العلم بالدخول"[2].

ويفهم من هذين القرارين أن الدخول المراد به هنا، هو الدخول الحقيقي، كما أنه إذا رجعنا إلى الفصول الأخرى(16،22،28،34)، واللواتي استعملن مصطلح الدخول، لوجدنا أنه يقصد به الدخول الحقيقي، وهكذا معنى البناء عند المشرع التونسي، والذي هو نفسه معني الدخول عند المشرع المغربي[3].

وخلاصة القول: أن سقوط الحق في الحضانة، بسبب مرور سنة كاملة أو يزيد، هو نص صريح جاءت به جميع القوانين المغاربية، إلا أن الغموض الذي يعتري جميع هذه النصوص، هو تاريخ بداية سريان هذه المدة، لنجد الحل في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 400 من المدونة المغربية، والتي تحيلنا إلى المذهب المالكي، وهذا ما أخذه أيضا المشرع التونسي.

---

[1]– م ت، بتاريخ: 1966/06/07، قرار مدني عدد 4406، م ق ت 1966، عدد9، ص25.

[2]– م ت، بتاريخ: 1977/03/01، قرار مدني عدد 308، ن م ت 1977، ج1، ص152.

[3]– زكية حميدو، مرجع سابق ، ص519.

وقد أخذ المشرع الجزائري والمغربي، حتى لا يسقط الحق في الحضانة في جميع الحالات؛ بعبارات كانت في أخر المواد68 جزائري و176 مغربي، والمتمثلة في العذر أو القوة القاهرة، ولم نجد ذلك في التشريع التونسي.

وأيضا المشرع المغربي والتونسي، قد حصر تقادم حق مستحق الحضانة في حالة واحدة، ألا وهي العلم بتزويج الحاضنة والدخول بها، بينما المشرع الجزائري لم يأخذ بحال واحدة، بل وسع فيها.

إلا أن القضاء المغاربي كان على نسق واحد، أخذاً بذلك في تفسير لهذه المواد خلفية المذهب المالكي، مع وضع مصلحة المحضون في الحسبان.

المطلب الثاني

التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن

يعتبر التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة، من صور التنازل الصريح عنها، وقد قالت التشريعات المغاربية عن التنازل بالإرادة المنفردة إن تصريحا أو تلميحا، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حسب نص المادة66 صراحة، وما أكدت عليه المدونة المغربية في المادة ،165 وعن المجلة التونسية فإنها جاءت بنصين يؤكدان هذا النوع من التنازل، وذلك في الفصل 55و64.

وقد سار القضاء في نفس النهج، فيما جعل التنازل الإجباري عن الحضانة سبب كاف لإسقاطها، وهذا من أجل تحقيق مصلحة المحضون، وسنعالج هذا المطلب وفق ما جاءت به التشريعات المغاربية، في الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري، على هذا النوع من التنازل في قانون الأسرة، بالفقرة الثانية في المادة 66 منه، بقولها:"...يسقط حق الحضانة...وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وينبغي لإحداث هذا الأثر، أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة، ويشترط أن يتم هذا التنازل أمام الجهة المختصة قانونا.

لذلك فإن الحضانة وإن كانت حقا للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها، بل يشترط في هذا التنازل،أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة، وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا[1].

فيسقط حق الحضانة، إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا، ولا يقبل طلب استرجاعها[2] .

وهذا ماأدكدته المحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: 1989/03/27، حيث جاء فيه: "من المقرر فقهاً وقانوناً، أن المتنازل لها عن الحضانة باختيارها، لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثَم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية، ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها،دون أن ترغم على ذلك،فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد، عن تنازلها عن حقها في الحضانة، وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"[3].

وما أكده قرار أخر للمحكمة العليا، عن تنازل الحاضن عن هذا الحق، من أجل الإضرار بالمحضون، فلا تستجيب المحكمة، وهذا بقولها: "من المقرر شرعا وقانونا، أن تنازل الأم عن حضانة أولادها، يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا، وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفاً لأحكام الحضانة" [4].

---

(1)– لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية،ج1،ط3،دار هومة،الجزائر، 2011، ص474.

(2)– صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص134.

(3)– م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 1989/03/27، ملف رقم 53340، م ق 1990، عدد 03، ص85.

(4)– م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 1987/12/07، ملف رقم 44858، م ق 1990، عدد 04، ص50.

وعادة يثبت التنازل عن الحضانة، عن طريق المحكة بمجوب حكم، وهذا مع مراعاة مصلحة المحضون[1].

فجاء قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية،لمجلس قضاء المدية بقوله:"أن مسألة اسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، وأن تنازل الأم نهائيا، لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.

وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة، ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها، ومنه فإن طلب المستأنفة الرامي إلى إسقاط حضانة البنت عن والدها لها، طلب مؤسس ومبرر، ولا يوجد مطلقا ما يمنع من الاستجابة إليه." [2].

وما أكدت عليه المحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: في1999/04/20،الذي جاء فيه: "من المستقر عليه، أن مسألة اسناد الحضانة يمكن التراجع فيها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم، ومتى تبين- في قضية الحال-، أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها،إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك،طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة.

وإن قضاء المجلس، لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق، دون مراعاة مصلحة المحضون، أخطئوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

وبهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط، دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة، في حالة عدم وجود من يحضن الطفل، أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية[4].

---

[1]- العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص392.

[2]- مجلس قضاء المدية، غ أ ش، بتاريخ::2002/05/11، رقم الجدول 2002/175، فهرس 2002/79.

[3]- م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 1999/04/20، ملف رقم 220470، م ق 2001، عدد خاص، ص181.

[4]- صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص136.

ولكن تستثني الأم، ولو لم تتوفر فيها جميع شروط الحضانة،وهذا ما قال بها الأستاذ: عبد العزيز سعد، بقوله:"أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون، الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة،على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة، حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة،مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[1].

كما يرى أنه، في حالة التنازل عن الحضانة الذي سيصدر عن المحكمة، في شأن إسقاط الحضانة في مثل هذه الحالة،بناء على من له حق الحضانة، هو فقط حكم مقرر لها وليس منشئا"[2].

ومن خلال ما تقدم، تبين أن المشرع الجزائري؛ من خلال تطبيقات القضاء، يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة، لغير الأم بناء على تنازلها، يمكن الرجوع فيه من جديد، إذا ما استجدت ظروف تدعوا إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق، إلا بأن تتولى أمه حضانته.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

لقد تطرق المشرع المغربي، لهذا التنازل الصريح بالإرادة المنفردة للحاضن، مع أنه لم يبين صراحة موقفه من التنازل عن الحضانة بشكل واضح، بل يعتريه شيء من الغموض، على عكس ما جاء به المشرع الجزائري، في المادة 66 من قانون الأسرة.

أما النص المغربي، فقد جاءت به المادة165من المدونة المغربية، بقولها: "إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها..."

وتجدر الإشارة أن القضاء المغربي، قبل تعديل المدونة، قرر أن يكون التنازل عن الحضانة، صريحا لا يقبل تأويلا.

---

[1]–سعد عبد العزيز، مرجع سابق ، ص295.

[2]– المرجع نفسه، ص300.

حيث جاء قرار للمجلس الأعلى المغربي، في أحد حيثياته: "عبارة وتحمله لبنته منها الواردة في رسم الطلاق، من أنها لا تفيد تنازل المدعية، عن حقها في الحضانة..."[1] فالعبارة حسب المجلس الأعلى، تفيد الاحتمال، والقاعدة أنه لا قضاء مع احتمال[2].

وما يؤكد عليه المشرع المغربي،على غرار المشرع الجزائري،أن الحضانة ولو كانت حقا خالصا للحضانة،فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها وهواها، بل يشترط في هذا التنازل،أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة،وتتوفر فيه الشروط المطلوبة وفقا لما شرعه القانون.

وهذا ما قال به المجلس الأعلى المغربي، في قرار له صادر بتاريخ: 1988/06/28،إذ قرر أن: "... وليس في الفقه ما يتمسك به الطاعن، من أن للأم أن تتصرف في الحضانة كيف تشاء، فتمنحها لمن تشاء"[3].

وما يجدر الإشارة إليه أن القضاء المغربي، لا يشترط أن يكون التنازل أمام جهة قضائية، عكس ما قال به المشرع الجزائري.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى المغربي، في قرار صادر له بتاريخ: 1982/07/12 حيث يقول: "...وأن القانون لا يشترط في من له حق الحضانة بعد الأم، أن يطالب بها قضاءً، ما دام قد مارسها فعلياً"[4].

مع أن مصلحة المحضون لا تراعى إلا أمام القضاء، وبالتالي فإن القاضي المغربي قد جانب الصواب،على عكس ما قال به القضاء الجزائري وما يلاحظ أيضا،على المشرع المغربي، أنه لم يجبر الأم أو غيرها من الحواضن على تحمل الحضانة إذا رفضتها، بل كان حلها الرجوع إلى القاضي الذي يختار بدوره أحد أقارب المحضون، أو حتى غير أقاربه، وممكن يلجأ إلى وضع المحضون في مؤسسة مؤهلة للحضانة، كحل أخير.

---

[1]– م أ م، بتاريخ:1991/12/24، مجلة المحامي، العددان25و26، ص222–223.

[2]– محمد الكشبور، مرجع سابق ، ص484.

[3]– م أ م، بتاريخ:1988/06/28، م ق ق 1988، العددان140و141، ص164–165.

[4]– م أ م، بتاريخ:1982/07/12، ملف رقم: 545، م ق ق 1982، عدد139، ص183.

ولهذا أصدر المجلس الأعلى المغربي، قراره القائل بأن: "الحضانة حق للحاضن، إذا أسقطها تسقط، كما يلزمه تنازله عنها"[1].

ومنه نقول أن القضاء المغربي، قد أعطى فسحة للحاضنة ولو كانت أماً، أن تتنازل عن حقها في الحضانة، شريطة أن يجد القاضي من هو أهل للقيام بالحضانة، على عكس المشرع الجزائري،الذي جعل التنازل عن الحضانة، مرهون برعاية وحماية مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

قد اتفقت المجلة التونسية، على ما جاء به المشرع الجزائري، حيث جاءت بمادتان يوضحان موقف المشرع التونسي، من مسألة التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة، وهذا ما جاءت به المادة 55 والمادة 64 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي.

فجاء الفصل 55 بقوله: "إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة، لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها".

وأما الفصل 64 فبقوله:"يمكن لمن عهدت إليه الحضانة، أن يسقط حقه فيها، ويتولى الحاكم في هذه الصورة، تكليف غيره بها"، ومن خلال هذه النصوص، يتضح من الجلة التونسية؛ وجوب التفرقة بين حالتين[2].

الحالة الأولى: وتتمثل في كونه، باستطاعة الحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة، ولا يمكن للقاضي إجبارها على الحضانة، إلا إذا لم يوجد غيرها، فإن كانت هي الحاضنة الوحيدة، ولا يوجد شخص آخر غيرها، فإن تنازلها لا قيمة له، بل يلزمها القاضي على أن تقوم بواجبها كحاضنة.

---

[1]– م أ م، بتاريخ:1978/03/15، ملف رقم: 296، م ق ق 1978، عدد129، ص112.

[2]– لحسين بن الشيخ آث ملويا ، مرجع سابق، ص476–477.

الحالة الثانية: إذا لم تكن الحاضنة هي الوحيدة، بل يوجد أشخاص آخرين بإمكانهم الحصول على الحضانة، من أم الأم أو الأخت أو الأب... إلخ، فإن تنازل الحاضنة عن حقها صحيح، ويتولى القاضي تكليف غيرها بها.

مع الإشارة بأن مثلما هو عليه الحال في القانون الجزائري،فإن التنازل عن الحضانة من الأم ليس نهائيا، بل باستطاعتها طلب استرداد ذلك الحق، ومع كلٍ فإن مصلحة المحضون، تجد ذروتها حتى فيما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة، بسبب ما يحققه من صيانةً للحقوق ورعايةً للمصالح العليا للمجتمع،إذ أن أطفال اليوم هم جيل المستقبل[1].

ومن خلال ما سبق، نورد أحكام وقرارات قضائية تثبت هذا الحق الصريح، من التنازل بالإرادة المنفردة.

وهذا ما أخذت به محكمة تونس الاستئنافية، بتاريخ:1963/01/10،آخذة نصب أعينها الفصلين 55 و64 من المجلة، حيث علقت أمر التنازل عن الحضانة، على الشروط المذكورة فيهما.

فورد قرارها بالنطق التالي: "أ- لمستحق الحضانة إسقاط حقه فيها، وينتقل الحق عندئذ لمن يليه في الرتبة، لكن بشرط وجود هذا الأخير، وعدم امتناعه من قبول الحضانة وإلا فلا يقبل الإسقاط.

ب- بما أن الإسقاط لا يتوفر إلا عند تحقيق ذلك الشرط، كانت الحضانة حقاً من حقوق المحضون لا الحاضن، فإن لم يقترن الإسقاط بذلك الشرط، كان لاغيا ولا عمل عليه"[2].

وهناك قرار آخر لمحكمة التعقيب، يؤكد على أن مصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضن، بقولها: "إسقاط الأم المفارقة لحضانة أبنائها، لا يقبل منها إذا لم يوجد

---

[1]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية،القاهرة، مصر، 2004، ص586.

[2]- محكمة تونس الاستئنافية، بتاريخ:1963/01/10، قرار مدني رقم 55681، م ق ت 1963،عدد8 ص48.

من الأقارب من يصلح لحضانتهم، ومن ثم فمصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضنة، وتجبر الأم على الحضانة، إذا احتاج إليها الابن"[1].

وخلاصة القول: أن المشرع الجزائري والتونسي، قد أوردا نصوصاً واضحةً تعطي الحق في التنازل للحاضن، إذا فقد أحد شروطه وإن كان أهلا لذلك، ولم يوجد غيره فيجبره القاضي، نظرا للأخذ في الحسبان بمصلحة المحضون، قبل الحاضن أو الحاضنة.

أما المشرع المغربي، فنصه التشريعي كان غير واضح، ولم ينص على موضوع التنازل بالإرادة المنفردة بنص خاص، أما القضاء المغربي فإنه أخذا بالمذهب المالكي، فلا تجبر الحاضنة عن الحضانة، بل بالإمكان التنازل عنها وإن لم يوجد من هو أهل لها بعد حاضنته، فيذهب بالمحضون لدور الحضانة المعدة من قبل الدولة.

المطلب الثالث

التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف

وبعد أن عرفنا التنازل بالإرادة المنفردة، وهو أحد أنواع التنازل المذكورة صراحة في القوانين المغاربية، إلا أن هناك نوع آخر من التنازل، مسقط للحق في الحضانة والمتمثل في التنازل بسبب الاتفاق بين الأطراف.

ويكون هذا النوع من التنازل الصريح، في أحد حالاته الثلاثة: إما أن يتفق الحاضن مع صاحب الحق في الحضانة على إسنادها إليه، وفي الحالة الثانية يتم فيها الاتفاق على التنازل على الحق في الحضانة مقابل الخلع، وفي الحالة الثالثة فيتم التنازل الاتفاقي الصريح بسبب الطلاق بالتراضي، وهذا ما سوف نتعرض له من وجهة نظر مغاربية وذلك في الفروع التالية:

[1]– م ت، بتاريخ:1993/03/08، قرار مدني، عدد26815، ن م ت 1993، ص294.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

وسوف نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري، من خلال قانون الأسرة وتطبيقاته القضائية، فيما يخص التنازل عن الحضانة بسبب اتفاقي، من خلال الاتي:

أولا: اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين

ويكون التنازل هاهنا بالاتفاق بين صاحب الحق في الحضانة، وذلك لفائدة أحد مستحقي الحضانة، شريطة أن يكون هذا الاتفاق غير متعارض مع مصلحة المحضون.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري، فقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه بأنه: "متى حصل الاتفاق بين الطرفين (الأم والأب)، فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه.

وقد أيدت في ذلك القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو،بتاريخ: 1994/06/08 والمؤيد بدوره حكم محكمة الرويبة، الصادر في: 1993/08/11 والقاضي بالموافقة على العريضة المشتركة بين الطرفين، والمتضمنة عدة شروط، منها إسناد حضانة البنت إلى أمها"[1].

ثانيا: التنازل عن الحضانة مقابل الخلع

وقد اختلف الفقهاء في مثل هذا النوع من التنازل الاتفاقي، فيقول فريق بصحة الخلع وبطلان المقابل المشتمل عن الحضانة، لتعلقه بحق الغير[2] .

وهذا القول قال به أغلب الفقهاء، وفريق ثاني يرى بعدم جواز الخلع، على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها، وهذا بقولهم أن الحضانة هي حق للولد، ولتقوم مصلحته،لا بد من عدم قبول هذا التنازل مقابل الخلع.

ويرى المالكية بإجازة إسقاط الحضانة بالخلع، وانتقالها إلى الأب إذا توفر الشرطان التاليان:

---

[1]– م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 1996/07/09، ملف رقم 138949، م ق 1996، عدد 01، ص73.

[2]–سعد فضيل ، مرجع سابق، ص379.

1. أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه.
2. أن يكون الأب قادر على حضانة الولد.

وإلا يقع الطلاق، ولا تسقط الحضانة[1].

وللإشارة أن المشرع الجزائري، لم يشر للخلع في باب الحضانة، وإنما قد أشار إليه في المادة 54 فقرة 02، من قانون الأسرة بقوله: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فمن المحتمل أن تتنازل الزوجة عن الحضانة مقابل الخلع، أي مقابل حريتها، ولكن القاضي عليه أن ينتبه لهذه القضية، ويضع في الحسبان مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

وهذا ما قالت به المحكمة العليا، بتاريخ: 1982/02/08،على أن:"من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال، لا يفرض على الزوجة، كما لا يفرض على الزوج، إذ الخُلع شُرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها غير قادرة على البقاء مع زوجها، تعرض عليه مالا لمفارقتها، إن قبل تم الخلع وطلقت منه"[2].

ثالثا: التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

إن الاتفاق المنعقد بين الزوجين، يجد أرضية في الطلاق بالتراضي، وإن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الواردة في القانون المدني الجزائري، على غرار النصوص المغاربية يمكن تطبيقها[3].

ومن القرارات الداعمة لهذا المبدأ، القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1985/12/30 بقوله: "حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه، ودراسة اوراق ملف الدعوى، أن الطلاق الذي وقع من الطرفين، بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ: 1976/11/21، كان بإتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها عبد الكريم الذي

---

[1]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص363.

[2]– م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 1982/02/08، ملف رقم 26709، ن ق 1982، عدد خاص، ص258.

[3]– المادة 106 من القانون المدني الجزائري: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

أسندت حضانته إلى أبيه، وصرف حضانة البنت دليلة إلى أمها على نفقة أبيها وحيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة إلتزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه، طبقا لما اشتمل عليه... وحيث أن قضاة الاستئناف، لما ألغوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم على تعديل الاتفاق القضائي، ورغم تنازل الأم عن الحضانة وترك ابنها لأبيه، قد تجاهلوا المبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين،وأسسوا بأسباب خاطئة، فالقاعدة الفقهية في الحضانة،على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم للنقض"[1].

وهناك قرار اخر للمحكمة العليا، جاء فيه: "عن الفرع الثاني: المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادتين67 و67، من قانون الأسرة بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط على الاتفاق الذي تم بين الطرفين سنة 1996، فيما يخص تنازل الأم عن الحضانة، دون أن يراعوا مصلحة المحضون، وفقا للمادتين 66 و67 من قانون الأسرة"[2].

ومن خلال ما تقدم، نقول أن المشرع الجزائري، قال بمبدأ الاتفاق وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فيمكن للحاضن أن يتنازل عن حقه في الحضانة، لغيره من مستحقيها كما يمكن أن يسقط الحق بالتنازل، عن طريق نوعي الطلاق من خلع وطلاق بالتراضي فكل هذا جائز، ولكن على القاضي أن يضع في الحسبان مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

سوف نتطرق إلى موقف المشرع المغربي، من خلال المدونة وكذا التطبيقات القضائية، وهذا فيما يخص التنازل عن الحضانة بسبب اتفاقي، سواء باتفاق الحاضن مع الغير من مستحقي الحضانة، أو باتفاق الحاضن في حالة الخلع، وكذا الطلاق بالتراضي وهذا من خلال التالي:

---

[1]– م أ، غ أ ش، بتاريخ: 1985/12/30، ملف رقم 37789، غير منشور.

[2]– م.ع، غ أ ش، بتاريخ: 1999/04/20، ملف رقم 220470، م ق 2001، عدد خاص، ص183.

أولا: اتفاق الحاضن مع احد مستحقي الحضانة الآخرين

وعلى غرار ما جاء به المشرع الجزائري، فإن المشرع المغربي هو أيضا قد عمل بمقتضى هذا الاتفاق، الذي يتنازل فيه صاحب الحق في الحضانة إلى أحد مستحقي الحضانة الذين يلونه في المرتبة،شريطة أن تراعى مصلحة المحضون،والملاحظ أنه ليس من المهم أن يتنازل صاحب الحضانة عن حقه لفائدة أحد مستحقي الحضانة الآخرين كما لا يهم كذلك أن يكون الحاضن هنا الأم أو غيرها من الحواضن الآخرين، وكل ما في الأمر، أنه يجب أن يكون هذا التنازل وذلك الاتفاق، غير متعارض مع مصلحة المحضون وإلا قضي ببطلانه، ومن ثم فإن التشريع لا يرى من ذلك بدلاً، لأن مصلحة الطفل يجب أن تقدم على أي اعتبار آخر[1].

ثانيا: التنازل عن الحضانة مقابل الخلع

وقد تطرقت المدونة المغربية،إلى هذا النوع من فك الرابطة الزوجية، ما يسمى بالخلع في المواد من: 98 إلى 123، دون أن تتعرض بشكل واضح إلى موضوع الحضانة مقابل الخلع، ولذا على القاضي المغربي عندما لا يجد نص صريح يقضي فيه بين المتخاصمين يرجع إلى نص المادة 400 التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي، وبالضبط إلى أقوال المالكيـــة.

ويرى الفقه المالكي، بأنه يجوز إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب، إذا تـــوفر الشرطان التاليان:[2].

1. أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه.
2. أن يكون الأب قادر على حضانة الولد.

إلا أن المفتى به عند المالكية، هو أنه إذا خالعت الأم على إسقاط حضانتها، لا تنتقل الحضانة إلى الأب، ولكنها تنتقل إلى من يلي الأم[3].

---

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص481.

[2]– عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، 363.

[3]– وهبه الزحيلي، مرجع سابق، ص501.

ويمكن استخلاص موقف المشرع المغربي، من خلال نص المادتين 118و119، في فقرتها الأولى من المدونة بنصها: على الترتيب: "كل ما صح الالتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة"،"ولا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة".

ويبدو لنا من خلال المادة 118 من المدونة، أنه يجوز أن يتفق الزوجان على أن يكون التنازل عن الحضانة مقابلاً للخلع، كما جاء به الفقه المالكي، ولكن عند الجوع إلى النص الثاني في المادة 119، الفقرة الأولى، نجد المسألة عكس ذلك، حيث أن المدونة خرجت على المذهب المالكي، الذي أحالتنا إليه المادة 400 من ذات القانون.

ومما جاء في مجالس القضاء لتوضيح هذه النصوص القانونية،قرار للمجلس الأعلى المؤرخ في: 1981/10/25: "بعدم استحقاق الجدة للحضانة، لأنها تعيش مع ابنتها التي اختلعت بالتنازل عن حضانة ولديها، فهو قبل ضمنيا مقابل هذا التنازل، حيث أبد ضمنيا ما ردت به محكمة الاستئناف، من أن المهملة(في هذه القضية الأم)،التي لا وصي لها ولا مقدم يمضي خلعها"[1].

وبما أن قرارات القضاء المغربي، جاءت وفق المذهب المالكي الذي يجيز الاتفاق عن التنازل على الحضانة مقابل المخالعة، مع الشروط التي ذكرناها سالفا، وهذا ما دام أن الاتفاق القائم بين الزوجين لم يمس بمصلحة المحضون، وإلا حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، دون الأخذ في الاعتبار كل ما يتعلق بحضانة الأطفال.

ثالثا: التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

إن الاتفاق المنعقد بين الزوجين، يجد أرضية في الطلاق بالتراضي، وأن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في المغرب على غرار التشريعات المغاربية،يمكن تطبيقها في مثل هذه الحالة.

[1]– م أ م، بتاريخ:1981/10/25، قرار عدد666، غير منشور.

وهذا ما أكدت عليه المادة114 من المدونة المغربية، في فقرتها الأولى بقولها: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شرط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال".

والواضح من صياغة النص، أنه لا يجوز للزوجين، وهما يتفقان على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية أن يشترط شيء يضر بمصلحة الأطفال، فإذا تبين أن هناك ضرر يلحق الأولاد، لا يأذن بتوثيقه، لأنه مخالف لما جاءت به المدونة[1].

ومن خلال ما تقدم، تبين أن المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري؛ يمكن للزوجة أن تشترط على زوجها في الطلاق بالتراضي، أن يمارس هو حضانة أطفالها ولكن لا يجب بأي حال من الأحوال، أن يكون هذا الشرط ضارا بمصلحة الأولاد، وإلا عُد التنازل كأن لم يكن.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

سوف نتطرق في هذا الفرع، إلى موقف المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية، وهذا فيما يخص التنازل عن الحضانة بشكل صريح، وذلك بالاتفاق بين الأطراف، سواء بين الحاضن وأحد الحاضنين الآخرين، أو بين الزوج وزوجته مقابل الخلع، أو في حالة الطلاق بالتراضي، وهذا ما سوف نعرفه من خلال الآتي:

أولا: اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين

وقد سار المشرع التونسي، على نفس النهج الذي سلكه المشرعون المغاربة، حيث يجب أن يكون هذا الاتفاق المتضمن التنازل عن الحق في الحضانة، غير متعارض مع مصلحة المحضون، فإن وجد القاضي أن هذا التنازل جاء خدمة لمصلحة المحضون أمضاه، وإن كان متعارض مع مصلحته رفضه.

[1]– أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونةالأسرة المغربية، مرجع سابق، ص167–168.

وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرارها، الصادر بتاريخ: 1978/08/09 وذلك بقولها: "إسناد الحضانة تراعى فيه مصلحة المحضون، ولو سبق اتفاق الأبوين على إسنادها لأحدهما..." [1].

وكذلك القرار الصادر بتاريخ:1965/11/30، عن محكمة استئناف تونس، حيث قضت بموجبه: "إذا أسندت الحضانة للأم بموجب الاتفاق، فلا يعدل عنه، لغير سبب أكيد ثابت"[2]

ثانيا: التنازل عن الحضانة مقابل الخلع

على عكس ما قال به المشرعون المغاربة، فالمشرع التونسي سكت على هذه المسألة بدلالة أنه لا يعترف بالخلع، كحاله من حالات الطلاق، حيث قد نص الفصل31 من المجلة التونسية على حالات الطلاق، وذلك بقولها: "يحكم بالطلاق:

1. بتراضي الزوجين.
2. بناء على طلب أحد الزوجين.
3. بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق، أو مطالبة الزوجة به. "

ولهذا لم نجد اجتهادات قضائية، في مثل هذا النوع من التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، على عكس ما قال به المشرع الجزائري والمغربي، وما جرى عليه العمل في تطبيقاتهم القضائية.

ثالثا: التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي قال به المشرعون المغاربة، فقد سار عليها المشرع التونسي أيضا، وهذا ما أكدته المادة 31 من المجلة التونسية المذكورة أعلاه، وما أنتهجه القضاء أيضا.

---

[1]– م ت، بتاريخ:1978/08/09، قرار مدني، عدد2651، ن م ت 1978،ج2، ص54.

[2]–محكمة استئناف تونس، بتاريخ:1965/11/30، قرار مدني، عدد58226، م ق ت 1966،عدد1،ص73.

حيث صدر عن محكمة استئناف تونس، بتاريخ: 1965/11/30، والتي قررت: "إذا أسندت الحضانة للأم بموجب الاتفاق، فلا يعدل عنه لغير سبب أكيد ثابت"[1].

فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، معول عليه في القضاء التونسي، على غرار المشرع الجزائري، إلا أنه على القاضي أن يضع نصب عينيه مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

وهذا ما أقرته محكمة التعقيب التونسية،بتاريخ:1978/08/09،حيث قضت بأن: "إسناد الحضانة تراعى فيه مصلحة المحضون، ولو سبق اتفاق الأبوين على إسنادها لأحدهما وصدر حكم طبق اتفاقهما "[2].

و **خلاصة القول:**أن المشرعين المغاربة، قد قالوا بالتنازل الاتفاقي، مقابل إسقاط الحق في الحضانة،إلا أن حالات اتفاق الحاضن مع احد مستحقي الحضانة الآخرين، وإن وجدت على مستوى المحاكم المغاربية، إلا أنها نادرة وقليلة ومتفق عليها في القضاء المغربي عموما.

أما حالة التنازل مقابل الخلع فقد توسع القضاء الجزائري فيها،وأخذ بعدة آراء فقهية وهذا ما قال به القانون المغربي،ولكن التطبيق كان وفق المذهب المالكي،بحيث يتم التنازل مقابل الخلع بشروط، وعلى عكس المشرع التونسي، الذي لم يعتبر الخلع حالة من حالات الطلاق، وبالتالي لم نجد اجتهادات قضائية في مثل هذا الشأن.

أما التنازل في حالة الطلاق بالتراضي، فقد أجمع مشرعون المغاربة على تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقد طبقت هذه القاعدة في القضاء أيضا، إلا أنه في هذه الحالات الثلاثة التي ذكرنا، لا يكون التنازل مقبولا، إلا إذا أخذت مصلحة المحضون في أول الأمر وأخره.

---

[1]–محكمة استئناف تونس، بتاريخ:1965/11/30،قرار مدني،عدد58226، م ق ت 1966،عدد1،ص73.

[2]– م ت، بتاريخ:1978/08/09، ملف مدني، عدد2651، ن م ت 1978،ج2، ص54.

المبحث الثالث

سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني

ونعني بالتنازل الضمني الموجب لإسقاط الحق في الحضانة، هو ذلك التنازل الذي يطلق على الأسباب القانونية للإسقاط، والتي جاءت بها التشريعات المغاربية، وفيها لا يطلب الحاضن إسقاط الحضانة عنه، بل يتخذ سلوكاً إعتبرتها هذه التشريعات مضراً بمصلحة المحضون، فرتب عنه إسقاط الحضانة، لعدم إستحقاقه هذا الواجب.

وعليه فحالات التنازل الضمني ، تتجسد في ثلاث صور وهي كما يلي:

المطلب الأول: زواج الحضانة بغير قريب يحرم عن المحضون.

المطلب الثاني: مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها.

المطلب الثالث: انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.

المطلب الأول

زواج الحضانة بغير قريب يحرم عن المحضون

والمقصود بالزواج بغير قريب محرم، هو أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسندت إليها حضانة أولادها منه، فيسقط هذا الحق بحكم النص القانوني بمجرد تزوجها من شخص ليس من أقارب المحضون، أثناء فترة الحضانة.

والمعمول به في التشريعات المغاربية، أنه في حالة تزوج الحاضنة بهذا الغريب والأجنبي عن المحضون، يعتبر تنازلاً منها على حضانتها وسببا مسقطا لهذا الحق .

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري، في المادة 66 من قانون الأسرة، والمغربي في المادة 173 من المدونة المغربية، وما قبال به المشرع التونسي في الفصل 58 من المجلة التونسية، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

زواج الحاضنة بغير قريب محرم، يسقط حقها في الحضانة ضمنياً، وهذا ما جاءت به المادة66 من قانون الأسرة،بقولها:"يسقط حق الحضانة، بالتزوج بغير قريب محرم...".

فزواج الحاضنة، بغير قريب محرم عن المحضون، لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي، بأن يتقدم صاحب الحق فيها، بعد احترام المادة 68 من قانونالأسرة.

وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة، في الفقرة الثانية من المادة 62 من ذات القانون، والإتيان بترتيب المادة 64 من نفس القانون، ومن ثم فإن كل ما في الأمر،وتطبيقاً لذلك، هو أن القاضي متى تمسك أمامه بهذا السبب، لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص اكثر مما يطيقه،وإنما يتوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها، ويكون حكمه هنا كاشفاً وهذا ما أرادت به المادة 66 من قانون الأسرة[1].

فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون، كعمه وابن عمه، فلا يسقط حقها في الحضانة،لأن من تزوجته له حقٌ في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته[2].

وهذا ما أكدته قرارات المحاكم الجزائرية، فجاء في قرار للمحكمة العليا، صادر بتاريخ: 1986/05/05، حيث قضى بأنه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أماً، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من زوج،أما إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف احكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت، لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[3].

---

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص523–524.

[2]– عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص359.

[3]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم: 40438، م ق 1989، عدد2، ص75.

وهناك قرار أخر صادر عن مجلس تلمسان، بتاريخ: 1998/04/06، وذلك بقوله: "حيث تبين من اوراق الملف، ومن دفوع الأطراف الثلاثة، أن النزاع القائم حول حضانة البنت "ح" وما دام أن الأم "ش ف" تزوجت بغير قريب محرم، ينبغي إسقاط الحضانة عنها والتي اعترفت أيضا بأن المحضونة تكفلت بتربيتها جدتها منذ 1992، وذلك يشكل إهمالا وتقصيرا منها"[1].

ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري، بنصه للمادة 66 بقواعدها الأمرة، قد قيدت من سلطة القاضي، الذي جعل مجرد زواج الحاضنة ولو كانت أما، مسقطا لحقها في الحضانة، إلا إذا تبين أن هذا التنازل الضمني عن حقها، يضر بمصلحة المحضون فعلى القاضي أن يحكم بخلاف ذلك.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

إن المشرع المغربي، على غرار المشرع الجزائري، جعل حق الأولوية في الحضانة للنساء، وخاصة إذا كانت أماً، وهذا بشرط عدم الزواج بأجنبي، لما فيه ضرر للصغير، فإن تزوجت بغير ذي رحم عن الصغير سقط حقها في الحضانة، لقوله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2].

وحسب ما تقدم ذكره، فإن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم، يعتبر تنازلا ضمنيا منها على حضانتها، وسبباً مسقطاً للحاضنة.

---

[1]– مجلس قضاء تلمسان، غ م، بتاريخ: 1998/04/06، قضية رقم 98/51، غير منشور.

[2]– سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ج1، ص310.

هذا ما اكدته المادة 173 من المدونة في فقرتها الرابعة بقولها: "... عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175 بعده..." [1].

ومن خلال هذه المواد نجد أن المشرع المغربي كان واضحا في موقفه على عكس المشرع الجزائري، الذي لم يفصل في هذا النوع من التنازل، فقررت المواد المغربية من المدونة شروطاً في الحاضنة ألا وهي: خلوها عن زوج محرم، وغير قريب.

وهناك استثناءات حسب ما قالت بهم المواد 174 و 175، بحيث في حالة توفر هذه الشروط لا يسقط القاضي الحضانة عن مستحقها الأول وخاصة إذا كانت أماً، على عكس المشرع الجزائري الذي قال بسقوط الحضانة في هذه الحالة حتى ولو كانت أماً.

وما يؤكد هذا كله هو التطبيقات التي سايرت المدونة وهذا ما أقره المجلس الأعلى المغربي في قراره الصادر بتاريخ: 1984/03/26 على أن: "الزواج من قريب الصغير وهو ذو رحم منه لا يسقط، حضانتها، لأن الطفل في هذه الحالة سيكون عند من يعطف عليه في الغالب"

والجدير بالملاحظة، أن المدونة قد فرقت في قضية سقوط حق الحضانة، بين الأم الحاضنة وغيرها من النساء، فإذا كانت الحضانة أماً ، فإن زواجها لا يسقط حضانتها، إذا كان المحضون صغير لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها، وإذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم، وإذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون وكانت هي النائبة الشرعية.

---

[1]– المادة 174 من م أ ش: "زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:
إذا كان زوجها قريبا محرما او نائبا سرعا للمحضون، إذا كان نائبا شرعا للمحضون"
المادة 175 من المدونة المغربية: "زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال التالية:

- إذا كان المحضون صغير لم يتجاوز سبع سنواتن او يلحقه ضرر من فراقها.
- إذا كان المحضون علة او عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.
- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.
- إذا كان نائبا شرعيا للمحضون.

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتلقى نفقة المحضون واجبة على الأب".

وأما إذا كانت غير الأم، فلا تسقط حضانتها إذا كان زوجها قريبا محرما، أو نائبا شرعيا للمحضون، أو كانت هي نائبا شرعيا للمحضون.

ومع وجود هذه الاستثناءات، أبقى المشرع المغربي، على شرط المحرمية والقرابة إلا في الحالات المذكورة في المادة175، وهذا كله من أجل رعاية وحماية المحضون حتى لا يتضرر، وخاصة في حالة حضانة الأم فهي صاحبة الأولوية.

وقد علق المشرع المغربي، سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها، والدخول بها وهذا كما جاءت به المادة 176 من ذات القانون[1].

ويقول الأستاذ احمد الخمليشي: "إن القائلين بسقوط الحضانة بالزواج، لا يعتمدون في ذلك سنداً ثابتا من كتاب أو سنة، كما أن تعليلهم للحكم يبدوا متهافتا." ويضف قائلا: "فإننا نميل إلى القول، بأن زواج الحاضنة وبالأخص الأم، لا يسقط حضانتها تلقائيا وبقوة القانون، إذ لا ينبغي أن يفصل الولد عن أمه إلا لضرورة، سيما في السنين الأولى من عمره،نعم يبقى الزواج من الوقائع التي يمكن أن يستند إليها القاضي، لإنهاء الحضانة متى تبين له من ظروف القضية وملابساتها، أن مصلحة المحضون تتطلب هذا الانتهاء"[2].

وبناء على ذلك، فإذا وجد القاضي أن زوج أمه، يشفق عليه ويعامله معاملة حسنة أساسها المحبة والرحمة، أبقاه معه رعاية لمصلحة المحضون، وإلا أسقطها عنهـــا، كلمـــا اقتضت مصلحة الطفل ذلك[3].

وينطبق هذا، في حالة كون الحاضنة غير الأم، مع ضرورة التأكد من توفر الشروط القانونية، وإلا سقطت حضانتها.

---

[1]– المادة 176من م أ ش:"يكون من له الحق في الحضانة،مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة".

[2]– أحمد الخمليشي ، مرجع سابق، ص171.

[3]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص542.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضونة، يسقط حضانتها بسبب التنازل الضمني، الذي نص عليه القانون، وعلى غرار التشريعات المغاربية، نجد أن هذا المسقط ذكرته المجلة التونسية، في فصلها 58 بقولها:"يشترط في مستحق الحضانة،أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون، سالما من الأمراض المعدية، ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا، أن يكون عنده من يحضن من النساء، وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى، فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم يرى الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرم للمحضون أو وليا له، أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها، أو أنها كانت مرضعاً للمحضون، أو كانت أماً وولياً عليه في آن واحد"

ومن خلال هذا النص، نجد أن المشرع التونسي قد فتح المجال واسعا للقاضي، في استخدام سلطته التقديرية، في حدود ما تقتضيه مصلحة المحضون، على عكس المشرع الجزائري الذي يبدوا من النص، أنه قيد القاضي وضيق من صلاحياته.

فالشروط التي وضعها المشرع التونسي، حتى يُسقط الحق عن الحاضنة، أماً كانت أو غيرها، عدم القرابة والمحرمية من المحضون وكذا الدخول بها، وهذا الشرط الأخير تغافله المشرع الجزائري.

وفي هذا قال القضاء التونسي، في قرار لمحكمة التعقيب، بتاريخ: 1964/03/31 بأنه: "يشترط في مستحق الحضانة، أن تكون خالية من زوج دخل بها"[1].

وهناك قرار أخر لمحكمة التعقيب، صادر بتاريخ:1977/03/03 حيث قضت بأنه: "إذا تزوجت الحاضنة يغير محرم للمحضون وتم الدخول، يسقط حقها في الحضانة..." [2].

---

[1]– م ت، بتاريخ: 1964/03/31، قرار مدني، عدد2300، م ق ت 1964، عدد8، ص31.

[2]– م ت، بتاريخ: 1977/03/03، قرار مدني، عدد308، ن م ت 1977، ج1، ص152.

والرأي الذي تبناه المشرع التونسي،أنه يجب على القاضي أن ينشغل قبل كل شيء بمصلحة المحضون، وعلى أساس هذه القاعدة يجوز للقاضي أن يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير القريب المحرم عن المحضون، كما له أن يبقيها وهذا كله مراعاة لمصلحة المحضون، وهذا ما قال به المشرع المغربي أيضا.

وبناء على ذلك، فإن القاضي التونسي يراعي ما فيه صلاح وخير للمحضون، فإذا كان زوج الحاضنة الأم أو غيرها أجنبيا وعطوفا، أبقى القاضي الحضانة لها،وبالمقابل إذا كان القريب المحرم غير شفيق ولا مأمون، انتزعها منها ومن ثم، فإننا ننادي بإبقاء الولد مع حاضنته في الحالة الأولى لأنها أحق بالحضانة، بل لصيانة الولد وحفظه من المحرم غير العطوف[1].

و **خلاصة القول:** أن المشرعين المغاربة، قد اتفقوا على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم، يسقط حقها في الحضانة، إلا أن المشرع الجزائري جعل هذه القاعدة آمره لا يجوز للقاضي مخالفتها، على عكس المشرع المغربي والتونسي، اللذان أعطوا صلاحيات واسعة للقاضي، وجعلوا مصلحة المحضون هي التي تقرر ذلك الحق، أو تنفيه فقد كانت نصوصهم أكثر وضوح، في حين أن المشرع المغربي والتونسي، قالوا بأن الدخول بالحاضنة شرطاً كافٍ لسقوط الحضانة عنها، بينما المشرع الجزائري قد سكت عن ذلك، ونؤيد في ذلك المشرع المغربي الذي أعطى للأم الحاضنة ميزة عن بقية الحاضنات، ولها حق الأولوية في حضانة أبنائها، ولا تسقط حضانتها إلا بشروط، في حين أن بقية المشرعين، قد أغفلوا هذا الحق للأم، ولم يفردوا لها نصاً خاصاً، كما جاءت به المدونة المغربية.

المطلب الثاني

مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها

ونقصد بها، المساكنة التي تسقط حق الحضانة، وتنتقل إلى من يليه من الحاضنين وذلك عن طريق التنازل الضمني، حسب ما نصت عليه التشريعات المغاربية.

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص540.

فتسقط الحضانة بالمساكنة، حسب نص المادة70 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما قالت به المجلة التونسية في فصلها 63، أما المشرع المغربي فلم نجد له نص في هذه المسألة، لكن بالرجوع إلى المادة 400 من المدونة، نجد المخرج من خلال ما قال به المذهب المالكي.

ومن هذا سوف نتعرف على موقف المشرعين المغاربة، في أمر المساكنة بالمحضون ومدى اعتباره مسقطا للحضانة، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري:

ويكون ذلك إذا سكنت الحاضنة بمحضونها، مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها، مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". وقد استقى المشرع الجزائري، هذه المادة من المذهب المالكي. [1].

وهذه المادة تتحد مع المادة 66 من قانون الأسرة، وذلك في إمساك المحضون في بيت يبغضه، وبالتالي إسقاط الحضانة عن صاحبها، وتختلف عنها وهذا راجع لأن المادة 70 تتكلم عن حاضنتين فقط وهما الجدة والخالة،في حين أن المادة66تشمل كل الحضانات بما فيهما الجدة والخالة، وهذه المادة مكملة للمادة 66 ولهما نفس الحكم.

وتسقط الحضانة عن الجدة والخالة، بتوفر الشروط التالية:

1. أن تكون الحاضنة أماً لأم المحضون أو خالته.
2. أن تسكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة.
3. أن تكون الأم متزوجة مع قريب محرم.

والمقصود بالمساكنة المسقطة للحضانة، هي أن تتخذ الحضانة سكن أم المحضون موطنا لها، وهو أن تكون إقامتها فيه مستمرة[2].

---

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص545.

[2]– سعد عبد العزيز، مرجع سابق ، ص302.

وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا أقامت الحاضنة بمحضونها، عند أمه بصفة مؤقتة، كما في حالة الزيارة أو في العطل المدرسية، فلا يسقط حقها في الحضانة.

وتطبيقا للمبدأ الذي جاءت به المادة 70من قانون الأسرة، فقد قررت المحكمة العليا،في قرار لها صادر بتاريخ:1988/06/20،حيث قالت:"من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة(أُم لأم)، أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس،ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة، وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب، يكونوا قد راعوا شروط الحضانة، وسببوا قرارهم تسبيباً كافياً، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

وقد شُرعت المادة 70 من قانون الأسرة، حتى لا يتضرر المحضون في مساكنته لمن يبغضه.

ومن خلال ما تقدم، تبين أن المشرع الجزائري في هذه الحالة، لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة، بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة والجدة لأم دون غيرهما، إلا أن القاضي الجزائري له السلطة التقديرية في مسألة المساكنة، ففي حالة تضرر المحضون أسقط الحضانة عن الخالة والجدة، وإلا فللقاضي واسع النظر.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

المشرع المغربي في مدونته، لم يورد نص يخص مسألة المساكنة بالمحضون في بيت يبغضه، كما قال به المشرع الجزائري، وبالتالي في حالة عدم التنصيص نذهب إلى ما قال به الفقه الملكي، حسب ما نصت عليه المادة 400 من ذات القانون.

وهذا ما تم العمل به في القضاء، عندما نص المجلس الأعلى المغربي في قضية طرحت عليه، فصدر قراره بتاريخ: 1994/10/04، يقضي بما يلي: "...إن الجدة الطالبة للإستحقاق الحضانة، تسكن مع إبنتها المطلقة والتي سقطت حضانتها، وما ردت به المحكمة عن هذا الدفع، كون الفصل98 لم ينص على عدم سكنى المستحق للحضانة مع

[1]- م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1988/06/20، ملف رقم 50011، م ق 1991، عدد2، ص57.

من سقطت حضانته له، هذا الجواب غير سليم، فقد نص غير واحد من الفقهاء على انفراد سكنى الجدة عن ابنتها التي سقطت حضانتها، قال الشيخ خليل وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة...إلخ، إلى أن قال ثم أمها ثم الجدة إذا انفردت بالسكن عن أم سقطت حضانتها...لما لم تعتبر المحكمة ما ذكر، و قضت للجدة باستحقاق الحضانة رغم ثبوت سكناها مع بنتها التي سقطت حضانتها، تكون خالفت القانون وعرضت قضاءها للنقض"[1]

وقد صدر هذا القرار، طبقا لما جاء به المذهب المالكي.

وفي مسألة المساكنة، يقول الأستاذ أحمد الخمليشي أن: "الأم التي سقطت حضانتها، بسبب عاهة أو مرض غير معد، يقال لأمها لا تستحقي الحضانة، حتى تبتعدي عن سكنى ابنتك رغم وضعيتها الصحية"، وأضاف "ومثل ذلك أن يسقط حضانة الجدة من الأب، بسبب كبر سنها، فيمنع الأب من حضانة ولده، إلى أن يبتعد عن أمه في السكنى"[2].

وهناك قرار آخر للمجلس الأعلى المغاربي، في ما يخص المساكنة، صادر بتاريخ: 1981/11/25، يقول: "بسقوط حق الجدة في الحضانة، بدلالة أنها تعيش مع ابنتها، التي اختلعت بالتنازل عن حضانة ولديها" [3].

وكما قضى ذات المجلس في قراره بتاريخ: 1984/03/12والقائل: "بسقوط حضانة الجدة، لأن ابنتها التي سقطت حضانتها بالزواج، طلقت فرجعت إلى السكن معها"[4].

ومن خلال ما تقدم، تبين أن عدم التنصيص في المدونة المغربية، في قضية سقوط الحضانة بسبب المساكنة، يعتبر نقيصةً تحسب على المشرع المغربي، خاصة في ظل اجتهادات القضاء، فنجده أحيانا يطبق ما سار عليه المذهب المالكي، وتارة أخرى يجتهد الرأي، ويغلب مصلحة المحضون.

---

[1]– م أ م، قرار بتاريخ:: 1994/10/04، رقم 1208، م ق ق، عدد 47، ص163.

[2]– أحمد الخمليشي ، مرجع سابق، ص150.

[3]– م أ م، بتاريخ:: 1981/11/25، قرار عدد 666، غير منشور.

[4]– م أ م، بتاريخ:: 1984/03/12، قرار عدد 225،غير منشور.

وبالتالي على المشرع المغربي، أن يفرد مادة أو أكثر في مسألة المساكنة، كما هو معمول به في الجزائر، وهذا حتى تتضح الرؤية للقاضي المغربي فيوحد اجتهاداته، وعليه أن يضع مصلحة المحضون في الحسبان، مسايرةً لمواد الحضانة الأخرى.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي:

مسألة مساكنة الحاضنة بالمحضون، مع من سقطت حضانته،هي حالة من حالات التنازل الضمني، التي نص عليها المشرع التونسي، في المجلة التونسية في الفصل 63 بقولها: "من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى، لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى، إلا برضى ولي المحضون، وإلا سقطت حضانتها".

فنجد أن المشرع التونسي قد عمم مسألة المساكنة، بالنسبة لجميع الحاضنات أماً كانت أو غيرها، واشتمل جميع أسباب سقوط الحضانة عدا العجز البدني، مستندا هذا الحكم من الفقه الإسلامي، وبالتحديد في الفقه المالكي، الذي اعتبر مساكنة الحاضنة الثانية للحاضنة الأولى، شرطا عاما يشمل جميع الحاضنات، ويطبق على سائر أسباب سقوط الحضانة، من زواج وغيره[1]، في حين أن المشرع الجزائري، اقتصر في مسألة المساكنة على الجدة والخالة.

وبمفهوم المخالفة، نفهم من الفصل 63 من المجلة التونسية، أن من انتقل إليها حق الحضانة، وكانت الحاضنة الأولى عاجزة بدنيا، يمكن للثانية أن تسكن بالمحضون مع الأولى، وذلك بدون رضا ولي المحضون.

وفي نهاية المادة 63 من المجلة، نجدها قد ذكرت شرط أخر لم يقل به المشرع الجزائري، وهو رضا الولي في مسألة المساكنة، حتى لا تسقط الحضانة على مستحقيها من جدة وخالة وغيرها.

ومن خلال هذا النص، نجد أن المشرع التونسي قد علق مسألة الحضانة، وسقوطها في حالة مساكنة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه برضى الولي،وبالتالي على القاضي

---

[1]– أحمد الخمليشي ، مرجع سابق، ص149.

أن ينظر في حالة النزاع في مثل هذه الحالات،إلى رآي الولي،فإن رضي أمضى الحضانة ولم يسقطها، وإلا أسقطها عنها.

وهذا ما يعاب على التشريع التونسي، لأن إرادة الولي لن تكون دائما موضوعية بحكم أن الحضانة من آثار الطلاق، والطلاق عادة يكون نتيجة شحناء وبُغْضٍ بين الزوج وزوجته.

وخلاصة القول: أن مساكنة الحاضنة بالمحضون، مع من سقطت حضانتها سببٌ كافٍ للإسقاط الحضانة، وهذا ما قال به المشرع الجزائري والتونسي بالنص الصريح، أما المغربي فلم ينص على ذلك، مما يجعلنا نرجع إلى الفقه المالكي، حسب نص المادة400 من المدونة.

أما فيما يخص الحاضنات، اللاتي تسقط حضانتهن بالمساكنة، فقد حصرها المشرع الجزائري في الجدة والخالة، بينما وسع ذلك المشرع التونسي، وجعل أمر المساكنة يعني كل الحاضنات، في حين أن المشرع الجزائري قد وضع شروط واضحة للحاضنة، في حالة المساكنة، ولم نجدها عند بقية المشرعين المغاربة.

وقد وضع المشرع التونسي، في هذه القضية شرطاٌ أخراً، انفرد به على بقية المشرعين، ألا وهو موافقة الولي، علما أن مسألة رعاية مصلحة المحضون، كانت جلية عند المشرع التونسي.

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في تطبيقاته، في حين أن القضاء المغربي كان متذبذب، فتارةً أخذ بما جاء به المذهب المالكي، وتارةً أخرى نظر إلى مصلحة المحضون واخذها بعين الاعتبار، إلا أن الرأي الغالب عند المشرعين المغاربة الثالثة، وما جرى به العمل القضائي، أن مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها، يعتبر تنازل ضمني عن الحق في الحضانة.

المطلب الثالث

انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي

إن انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي،أي خارج التراب الوطني،يسقط الحق في الحضانة، ويعتبر ذلك من أنواع التنازل الضمني، الذي نصت عليه القوانين المغاربية.

والمراد بالسفر هنا سفر نقله أي انتقال وهجرة، لا سفر تجارة[1]، وحسب ما قال به المشرعون المغاربة عموماً، أن السفر بالمحضون في نفس البلد من شمالها إلى جنوبها ومن شرقها إلى غربها، لا يسقط الحق في الحضانة.

أما الذي يسقطها، هو ذلك السفر الذي يقام فيه بالمحضون خارج التراب الوطني والذي يتضرر منه الصغير، وهذا ما سوف نعالجه من خلال ما جاء به المشرعون المغاربة، في نص المادة69 من قانون الأسرة الجزائري،والمادة179 من المدونة المغربية وفي الفصل 61 و 62 من المجلة التونسية.

وهذا ما سوف نتطرق إليه، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

عالج المشرع الجزائري، موضوع انتقال الحاضن بالمحضون، إلى بلد أجنبي وجعله من أسباب التنازل الضمني عن الحضانة، نظرا للضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب هذا السفر الطويل، الذي يقصد منه النقلة والانقطاع[2].

وقد عالج المشرع اجلزائري، مسألة السفر والانتقال من الوطن إلى بلد أجنبي، من خلال المادة 69 من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة، أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1]– عبد القادر داودي ، مرجع سابق، ص218.

[2]– عبد المطلب عبد ارزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة القاهرة، مصر، 2008، ص68.

فمصلحة المحضون، تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي، على إذن القاضي ومن ثم بعدم تخويل الأب أو الولي، حق التمتع بمنح هذه الرخصة[1].

ومن خلال التمعن في نص المادة، نجدها قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة،فكلاهما يخضع لرقابة القاضي،وهذا من أجل تحقيق مصلحة المحضون وبقائه تحت رقابة أبويه.

والسفر المقصود هاهنا، ذلك السفر خارج الوطن، من أجل الإقامة بشكل مستمر ودائم، وبمفهوم المخالفة، أن السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي من أجل السياحة أو العلاج أو قضاء عطلة بصفة مؤقتة، لا يخضع لحكم المادة 69 من قانون الأسرة.

وحتى تتضح الصورة اكثر، نذهب إلى تطبيقات القضاء، حتى نعرف المقصود من البلد الأجنبي، الذي يعتبر سببا تضمنه القانون لإسقاط الحق في الحضانة، ونقلها إلى من يليه في المرتبة، بتوفر الشروط التي ذكرناها آنفا.

فقد صدر قرار عن المحكمة العليا، في هذا الصدد بتاريخ: 1989/01/02، حيث قضى بمقتضاه بأن:"من المقرر قضاءً في مسألة الحضانة، أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة..."[2]

ويفهم من خلال هذا القرار القضائي، أن المعتبر قانونا كسبب لإسقاط الحق في الحضانة، هو إقامة أحد الأبوين في بلد غير مسلمة، وبمفهوم المخالفة، أن إقامة الصغير في بلد مسلم لا يسقط الحق في الحضانة.

فبالرجوع إلى نص المادة62،التي تؤكد في تعريفها للحضانة وتربية الولد على دين أبيه، وهنا تَكمن مصلحة الصغير المحضون، التي ينبغي للقاضي أن يضعها في الحسبان.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا، في قرار صادر لها بتاريخ: 1990/02/19، بقولها: "من المقرر شرعاً وقانوناً، أن إسناد الحضانة، يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون

---

[1]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص411.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1989/01/02، ملف رقم 52207، م ق 1990، عدد 4، ص74.

والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد اجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

وفي قرار أخر للمحكمة العليا، بتاريخ: 1987/03/09 بقولها: "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفاً على العقيدة الإسلامية للبنات، فإن الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي،فمتى رجعت الأم إلى الوطن، يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة"[2].

وما دام انتقال المحضون مع أحد أبويه، إلى بلد مسلم لا يتعارض ومصلحته، فلا إشكال في ذلك، ولكن المشكل المطروح في البلد الأجنبي،وفي المسافة الفاصلة بين البلدين فبالرجوع إلى نص المادة 69، نجدها أعطت حكماً واحداً، سواء كان الأب مسلم أو غير مسلم، مع مراعاة القاضي لمصلحة المحضون، ولم نجد جواب على المسافة المقطوعة بنص المادة، إلا أن القاضي لم يولي الاهتمام بالمسافة، وبعدها بين الوطن والبلد الأجنبي بقدر ما اهتم، بأن البلد الذي سيقيم فيه المحضون مسلم أو غير مسلم، وهذا مراعاةً لمصلحة المحضون.

من خلال ما تقدم، تبين أن المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 69 من قانون الأسرة، يوحي بأن البلد الأجنبي، هو ما كان خارج التراب الوطني.

ولكن القضاء قد وضح ذلك، وجعل البلد الأجنبي هو البلد الذي لا يدين بدين الإسلام، حتى لا يضيع الولد ويبقى على دين أبيه، وبالتالي في حالة لإقامة بالمحضون والسفر به من أجل الإقامة ببلد أجنبي، لا يدين بدين الإسلام، يسقط القاضي عنه الحضانة بسبب هذا السفر، الذي يتضرر منه الصغير.

---

[1]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1990/02/19، ملف رقم 59013، م ق 1991، عدد 4، ص116.

[2]– م ع، غ أ ش، بتاريخ: 1987/03/09، ملف رقم 45186، غير منشور.

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي

عالج المشرع المغربي، موضوع انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي، وجعله من أسباب سقوط الحضانة، وذلك حسب نص المادة 179 من المدونة، بأنه: "يمكن للمحكمة بناءً 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، لإستصدار إذن بذلك.

لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب"

ولم يتأثر المشرع المغربي، بما جاء به نظيره الجزائري، حيث منحت المدونة المغربية، للنائب الشرعي حق الاعتراض المسبق أو اللاحق، على السفر بالمحضون، إذ له حق مراقبة تنقل المحضون خارج المغرب،وليس للقاضي يد في ذلك، بل عزز المشرع رغبة النائب الشرعي في المنع في السفر بالمحضون، بضمان تنفيذ ذلك عن طريق تبليغ النيابة العامة؛ الجهات المختصة بهذا المنع.

والمشرع المغربي،فقد حذا حذو المشرع الجزائري، في جوب الحصول على إذن للسفر بالمحضون[1].

ويفهم أيضا من النص، أن السفر المسقط للحضانة، هو ذلك السفر من أجل الإقامة الدائمة بالمحضون خارج الوطن، وليس بصفة مؤقتة.

[1]– زكية حميدو، مرجع سابق، ص567.

وهذا ما اكده القضاء المغربي، إذ قـرر المجلـس الأعلـى المغربـي، بتـاريخ: 1973/03/29، على أن: "الحكم الذي لم يبين فيه مصلحة نقل المحضون، يكون نـاقص التعليل، ويوازي إنعدامه..." [1].

وعلى عكس ما جاء به المشرع الجزائري، في المادة 70، التي لم توضح البلد الأجنبي، الذي سيقيم فيه المحضون مسلم أو غير مسلم، ولكن القضاء فصل في أمره واستثنى البلد المسلم، لكن القانون المغربي، جعل الهجرة للبلد الأجنبي سواء كان مسلم أو غير مسلم، مسقط لهذا الحق في الحضانة بسبب السفر إليه.

الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

عالج المشرع التونسي، هذا النوع من التنازل الضمني، والمسقط للحضانة بسبب السفر لبلد أجنبي، من خلال الفصل 61 من المجلة التونسية، بقولها: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة، مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره، سقطت حضانتها"

وجاء الفصل 62 من ذات القانون، تكملةً للمادة ،61 بقولها: "يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه، إلا برضاها ما دامت حضانتها قائمة، وما لم تقتضي مصلحة المحضون خلاف ذلك"

والمشرع التونسي، قد خالف المشرعين المغاربة،حيث يفهم من النصين أنه لم يفرق بين السفر داخل التراب الوطني والسفر خارجه، وإنما اتخذ معيار آخرا والمتمثل في عسر المراقبة تجاه المحضون، سواء كان داخل تونس أو خارجها[2].

ومن القررات التي صدرت في مثل هذا الشأن، نجد قرار لمحكمة التعقيب التونسية الصادر بتاريخ:1985/10/19،حيث قضت بأنه: "لا يكتسي الحكم الأجنبي، بإسناد حضانة

---

[1]– م أ م، قرار بتاريخ:: 1973/03/29، م ق ق، عدد 128، ص31.

[2]– زكية حميدو، المرجع السابق، ص568.

الطفل التونسي إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا،الصيغة التنفيذية ،إذا ما تضمن ما تخالف قواعد النظام العام التونسي، طبقا لما تقتضيه الفقرة الخاصة، من الفصل 318 م.ت"[1].

وفي قرار أخر لمحكمة التعقيب، التي أكدت على الحفاظ على الدين الإسلامي للمحضون، في قرار صادر عنها بتاريخ:1985/06/03،فقضت بأن:"حكم طلاق الأجنبية من زوجها التونسي المسلم الصادر بالخارج، وبإسناده حضانة الولد لها، وهو يعيش عند والده بتونس،أين يمكن تنفيذ الحكم بالنسبة للحضانة،بعد اكتسابه الصفة التنفيذية من طرف القضاء التونسي،حسب القانون الذي أوجب عدم تعارض ذلك الحكم مع قواعد النظام العام بتونس، التي منها العروبة والإسلام اللذين هما من مقومات السيادة التونسية حسب دستورها،ولا يمكن الحياد عنها، وبذلك فإن ما ذهب إليه،الحكم التونسي من اكتساب الحكم الأجنبي الصفة التنفيذية، فيه خرق للقانون بوجوب نقضه"[2].

وبذلك يمكننا القول،أن ما دامت مصلحة المحضون، لا تتعارض مع انتقال الصغير إلى بلد مسلم، من حيث عدم الخشية عليه من فساد دينه وخلقه، فإن الأمر يحسم[3].

وقد جاءت محكمة التعقيب، في قرار آخر له،ا بتاريخ: 1982/11/09،حيث قضت بأن: "الزوجة التونسية المفارقة، وهي تعيش بالخارج امتنعت من الرجوع لتونس، أين يقيم مفارقها التونسي، تفقد حقها في حضانة الأولاد ويحكم بها لوالدهم، دون حرمانها من حق زيارتهم، وبذلك فإن الحكم الذي قضى بذلك لا طعن فيه"[4].

وخلاصة القول: أن السفر بالمحضون خارج التراب الوطني، مسقط للحق في الحضانة، ويعتبر من أسباب التنازل الضمني، التي نصت عليها القوانين المغاربية،وقد علق المشرعون المغاربة إثبات الحضانة، أو إسقاطها بمصلحة المحضون، ولم يوضح النص الجزائري مفهوم البلد الأجنبي،إلا أن القضاء جعل البلد الأجنبي، هو ذلك البلد الذي لا يدين بدين الإسلام .

---

(1)– م ت، بتاريخ: 1985/10/19، قرار مدني، عدد 7422، المجلة العربية للفقه والقضاء1985، عدد3، ص59.

(2)– م ت، بتاريخ: 1985/06/03، قرار مدني، عدد 14220، ن م ت1985، ج2، ص61.

(3)– زكية حميدو، مرجع سابق، ص571.

(4)– م ت، بتاريخ: 1982/11/09، قرار مدني، عدد 6791، ن م ت 1982 ،ج4، 211.

ولم يفرق المشرع المغربي، في مفهوم البلد الأجنبي، بين البلد المسلم وغير المسلم فكلاهما مسقط لهذا الحق، بينما المشرع التونسي جاء بمعيار آخر في هذا الشأن الا وهو عسر المراقبة اتجاه المحضون، سواء كان السفر داخل تراب الوطن التونسي أو خارجها.

وما قال به المشرع المغربي: أن إذن القاضي، مرتبط بموافقة النائب الشرعي للمحضون، على عكس بقية المشرعين المغاربة، الذين أعطوا السلطة الواسعة للقاضي في منح الترخيص، من أجل السفر خارج الوطن، وهذا أخذاً بمصلحة المحضون، ووضعها فوق كل اعتبار.

خلاصة الفصل

على أساس تحقيق مصلحة المحضون ومن أجلها، جاءت النصوص القانونية على المستوى المغاربي، مسايرةً لهذا المبدأ، وهذا ما قال به القضاء أيضا، والذي له سلطة إثبات هذا الحق أو إسقاطه.

وتتمثل أسباب سقوط الحق في الحضانة، في التشريعات المغاربية في الآتي:

- سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحةً وخلقاً، وهذا راجع لسبب الأمراض العقلية والجسدية،وكذا بسبب السلوك المشين وعمل المرأة الحاضنة،وقد نصت التشريعات المغاربية على هذه الأسباب، إلا أن عمل المرأة باعتباره سبباً مسقطاً لحقها في الحضانة هذا ما انفرد به المشرع الجزائري، لكن القضاء المغاربي قد حسم الأمر، وجعل كل هذه الأسباب مسقطة للحضانة، في حالة تعارضها مع مصلحة المحضون.

- سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الصريح عنها، والذي يتمثل في سقوط الحق في الحضانة بقوة القانون، بعد مرور سنة دون المطالبة بها، ويشمل أيضا التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن، وكذا بسبب اتفاق الأطراف، وهذه أسباب قد تعرضت لها التشريعات المغاربية، في حين أن المشرع التونسي لم نجد له نصاً صريحاً فيها،إلا أن القضاء المغاربي قد حسم أمره وقال بكل هذه الأسباب، أخذاً في ذلك بمصلحة المحضون ووضعها في الحُسبان.

- سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني، والذي يشمل كل من:زواج الحاضنة بغير قريب محرم عن المحضون، وكذا مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها، ويشمل أيضا انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.

وهذه الأسباب كلها اتفق عليها مشرعون المغاربة بوجه عام، مع اختلافات بسيطة ولكن القضاء المغاربي قد قرب وجهات نظر المشرعين، وسد الثغرات القانونية، وكانت له السلطة التقديرية في ذلك،وهذا راجع للأخذ بمصلحة المحضون،ووضعها فوق كل إعتبار.

الخاتمة

خاتمة

بعد هذه الدراسة، حول موضوع مسقطات الحضانة، في التشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس)،وجدنا أنها من المواضيع الحساسة، ذلك أن مسقطات الحضانة في القوانين المغاربية، قائمة على معيار أساسي، و المتمثل في مصلحة المحضون، والذي تركه المشرعون المغاربة إلى سلطة القاضي التقديرية، وقد توصلنا في ختام هذه الرسالة إلى عدة نتائج، وختمنا الرسالة ببيان بعض التوصيات التي نراها ضرورية،وذلك من أجل تقريب وجهات النظر بين المشرعين المغاربة، وسد الثغرات القانونية التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة المقارنة لهذا الموضوع.

أولا: النتائج

1. إن المشرع الجزائر،ركز في تعرفيه للحضانة على أسبابها وأهدافها، وهي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً، في حين أن المشرع المغربي والتونسي، كانت تعريفاتهم للحضانة، مقتضبة ومختصرة وتشتمل على أجزاء من تعريف الحضانة عموماً.
2. ومن خلال هذه الدراسة، قد ميزنا الحضانة، على المصطلحات المتشابهة لها، من رضاع وولاية على النفس، وكفالة ووصاية وتبني.
3. أما عن الطبيعية القانونية للحضانة، فهي حق للحاضن والمحضون على حد سواء، إلا أن المشرعين المغاربة قد غلبوا حق المحضون ومصلحته، عن حق الحاضن.
4. عند دراسة شروط ممارسة الحضانة، نجد أن المشرع الجزائري، قد اكتفى بعبارة أن يكون الحاضن أهلا لذلك،في حين بقية المشرعين المغاربة، قد فصَّلوا في ذلك وجعلوا شروطاً خاصة بالرجال، وأخرى لنساء ،وشروطاً مشتركة بينهم.
5. أما في ما يخص ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، فقد اتفق المشرعون المغاربة على أولوية الأم في هذا الحق، إلا أن المشرع التونسي قد سوى بين الأم والأب في المرتبة، والملاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد فصَّل في ترتيب أصحاب هذا الحق عكس بقية المشرعين.
6. أسباب سقوط الحق في الحضانة عند المشرعين المغاربة، تتمثل في الأمراض العقلية والجسدية، وكذا السلوك المشين للحاضن، وعمل المرأة، وأيضا التنازل عن الحضانة

بمرور سنة كاملة، وبسبب التنازل بالإرادة المنفردة، وبالتنازل الإتفاقي، وتسقط أيضا بسبب زواج الحاضنة بالغريب عن المحضون وبالمساكنة، وأيضاً بالسفر بالمحضون إلى بلد أجنبي.

7. اتفق المشرعون المغاربة، في أمر العجز الجسدي والأمراض العقلية، باعتباره سبباً مسقطاً للحضانة، فنصوصهم كانت متقاربة، وهذا ما أكد عليه القضاء المغاربي أيضا.
8. أن المشرع التونسي، لم يذكر في المجلة شيئاً على السلوك المشين، باعتباره سبباً مسقطاً للحق في الحضانة، على عكس بقية المشرعين المغاربة، إلا ان القضاء قد قال بذلك، ووحد وجهات النظر.
9. نص المشرع الجزائري، صراحةً على عدم سقوط الحق في الحضانة على المرأة العاملة، إلا إذا تضرر المحضون، وهذا ما لم نجده عند بقية المشرعين المغاربية، في حين أن القضاء قد قال بذلك، مع اختلافات بسيطة بينهم.
10. جميع المشرعين المغاربة، قالوا بأن مرور السنة كفيلٌ بإسقاط الحق في الحضانة دون المطالبة بها، إلا أنهم لم يحددوا بداية سريانها، لكن القضاء حسم الأمر.
11. المشرع الجزائري والتونسي، قالوا بسقوط الحق في الحضانة، على من تنازل على هذا الحق، ولكن بشروط ، أما المشرع المغربي فلم يضع شروطاً في ذلك، فإن لم يوجد من يحضن الصغير، يذهب به إلى دور الحضانة، وقد وافق القضاء مشرعيه في ذلك.
12. المشرعون المغاربة قد قالوا بالتنازل الاتفاقي، مقابل إسقاط الحق في الحضانة، إلا أن المشرع التونسي لم يقل بالخلع، الذي هو أحد أنواع التنازل الإتفاقي، وقد حذا القضاء حذو مشرعيه في ذلك.
13. المشرعون المغاربة، اتفقوا على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم، يسقط حقها في الحضانة، مع إختلافات بسيطة بينهم، في حين القضاء المغاربي قد حسم الأمر واعتبر ذلك، من أسباب سقوط الحق في الحضانة.
14. إن مساكنة الحاضنة بالمحضون، مع من سقطت حضانتها، سبب كافٍ للإسقاط الحضانة، وهذا ما قال به المشرع الجزائري والتونسي، أما المغربي فلم ينص على ذلك، أما فيما يخص الحاضنات التي تسقط حضانتهن بالمساكنة، فقد حصرها المشرع

الجزائري في الجدة والخالة، بينما وسع في ذلك المشرع التونسي والمغربي، وقد وضع المشرع التونسي، شرطاً آخر انفرد به عن بقية المشرعين، ألا وهو موافقة الولي.

و الرأي الغالب عند المشرعين المغاربة الثالثة، وما جرى به العمل القضائي، أن مساكنة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها، يعتبر تنازل ضمني عن هذا الحق.

15. السفر بالمحضون خارج الوطن عموماً، مسقطاً للحق في الحضانة، ولم يوضح النص الجزائري، مفهوم البلد الأجنبي إلا أن القضاء جعل البلد الأجنبي هو ذلك البلد الذي لا يدين بدين الإسلام، في حين لم يفرق المشرع المغربي،في مفهوم البلد الأجنبي بين البلد المسلم وغير المسلم، بينما المشرع التونسي جاء بمعيار آخر في هذا الشأن والمتمثل في عسر المراقبة اتجاه المحضون، سواء كان السفر داخل التراب التونسي أو خارجها، وقد حذا القضاء حذو مشرعيه في ذلك.

ثانيا: التوصيات

1. يعاتب على التشريع الجزائري، عدم تحديده للشروط الواجب توفرها في الحاضن واكتفائه بعبارة أهلا لذلك، لذا نقترح على غرار ما جاءت به النصوص القانونية، عند بقية المشرعين المغاربة؛ استدراك ذلك في التعديلات المقبلة وأخذها بعين الاعتبار.
2. أن المدونة المغربية تعتريها كثرة الإنشاء واضطراب الصياغة، وعلى المشرع المغربي أن يعتمد على الدقة والاختصار غير المخجل، ويضبط مصطلحاته.
3. عدة مواد في الأسرة وخاصة في مادة الحضانة تعتري القوانين المغاربية،والمتمثلة في عدم الدقة في الصياغة القانونية،مما أدى أحيانا إلى غموض القاعدة المراد تطبيقها وهذا ما يجب استدراكه، في التعديلات المقبلة لهذه القوانين.
4. إعطاء الولاية للحاضنة عند المشرع الجزائري وإسقاطها عن الولي، بسبب أو لأخر دون ضرورة تدعي ذلك، ما يخلق تضارب القوانين بعضها ببعض، فيجد القاضي نفسه في حيرة ،عند ما يريد تطبيق أحد نصوص مادة الحضانة، وبالتالي عليهم استدراك الأمر.
5. خروج الحاضنة للعمل قد يصبح أحيانا شيئاً ضرورياً، وبالتالي مبادرة المشرع الجزائري للتنصيص عليها تعتبر خطوة جريئة، إلا أنه لا بد من ضبطه، وعدم فتح

الباب على مصرعيه؛ بل علينا وضع شروط لها حتى لا تضيع مصـــلحة المحضـــون وعلى بقية المشرعين المغاربة، أن يستدركوا هذا الفراغ التشريعي، ويخصصوا مـــادة أو أكثر لهذا الأمر.

6. عند عدم وجود نص في مادة الأحوال الشخصية، نرجع إلى الفقه الإسلامي كما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 400 من المدونة المغربية، التي تحيلنا إلى الفقه المالكي، وما يعاب على المشرع التونسي، أنه لم يقل بهذا المخرج، لذا عليه أن يسلك نفس الطريق، الذي سلكه المشرع الجزائري ، والمشرع المغربي.
7. من أنواع الطلاق الخلع، والذي يعتبر نقيصة، تحسب على المشرع التونسي الذي لم يذكره من أنواع الطلاق، على عكس بقية المشرعين المغاربة، وبالتالي عليه استدراك ذلك في تعديلاته المقبلة، خدمةً لمصلحة المحضون.
8. لم يقل المشرع التونسي على السلوك المشين، باعتباره من أسباب سقوط الحق في الحضانة، وبالتالي عليه أن يستدرك ذلك، على عكس المشرع الجزائري والمغربي اللذين خصصوا له مواد، ولكن بشيء من الاختصار، فعليهم ان يفصلوا فيه أكثر.
9. لم يذكر المشرع المغربي قضية المساكنة بالمحضون، في بيت يبغضه في المدونة،ذلك ما يعاب عليه،عكس المشرع التونسي والجزائري اللذان نصا على ذلك،إلا أن المشرع الجزائري اقتصر الأمر على الجدة والخالة، دون بقية الحاضنات وبالتالي على المشرعين المغاربة، ذكر ذلك بشيء من التفصيل.
10. على المشرع الجزائري، أن يوضح مسألة السفر بالمحضون إلى بلد اجنبي، ويحدد المقصود من البلد الأجنبي، على أساس أنه البلد غير المسلم، كما قال به القضاء الجزائري، وعلى بقية المشرعين المغاربة ان يحذو حذو القضاء الجزائري، نظرا لمصلحة المحضون في ذلك.
11. قال المشرعون المغاربة جميعهم، بأن زواج الحاضنة بغير قريب محرم على المحضون يسقط حضانتها، وهذا فيه نظر،لأن مصلحة المحضون أحيانا تكون مع هذا الرجل الأجنبي الغريب، ولا تكون مع القريب عديم الثقة والرحمة، وبالتالي عليهم أن لا يقيدوا القاضي، بهذه النصوص، ويتركوا له واسع النظر.

12. من أسباب سقوط الحضانة؛مرور السنة دون المطالبة بها،وهذا ما ذكره المشرعون المغاربة، إلا أنهم لم يحددوا تاريخ بداية سريان السنة، فعليهم استدراك ذلك،وقد أحسن صنعا المشرع الجزائري والمغربي، حينما استثنوا حالة الظروف الخاصة والقوة القاهرة، وهذا ما لم يقل به المشرع التونسي، ما يستوجب عليه مراجعة ذلك والسير نحو ما قال به، بقية المشرعين المغاربة.
13. لم ينص المشرع المغربي على مسألة التنازل بالإرادة المنفردة، الذي يعتبر سبباً مسقطاً للحضانة عند بقية المشرعين المغاربة، لذا عليه أن يستدرك ذلك في التعديلات المقبلة، حتى لا يضيع المحضون؛ في ظل هذه الفراغات التشريعية.
14. حسنٌ فعل المشرع المغربي، حسب نص المادة 400، أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي نرجع إلى الشريعة الإسلامية، وبالضبط إلى المذهب المالكي، في حين جعلت المادة 222 من التشريع الجزائري الباب واسعا،وعلى القاضي أن يختار المذهب الذي يراه مناسباً، ولم تذكر المجلة التونسية هذا أو ذاك، وبالتالي عليهم استدراك الأمر.
15. على القضاة المغاربة، أن يجعلوا مجلة قضائية مشتركة، فيها جميع المشاركات المغاربية، من اجتهادات وتفسيرات وغيره، حتى يستفيد الجميع.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القرآن الكريم

2. كتب السنة:

1. الإمام الحافظ أبي داوود سليمان، سنن أبي داود، دار الجيل، بيروت لبنان، دت.
2. الإمام أبي عبدالله محمد، صحيح البخاري، طبعة دار السلام، الرياض، السعودية، سنة 1421 هـ.
3. الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، ط1،طبعة دار طيبة،الرياض،السعودية سنة 1427 هـ.

3. الكتب الفقهية:

أ- كتب الفقه المالكي:

1. الإمام مالك، بن أنس الأصبحي، برواية سحنون عبد الرحمان،المدونة الكبرى، ط1 دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1995.
2. الدسوقي،محمد عرفة،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،طبعة الحلبي القاهرة، مصر دت.
3. الرهوني، حاشية الرهوني على شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1978.
4. الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، طبعة الحلبي، القهرة، مصر، دت .
5. العدوي علي، ابن حسن ابن ابي زيد القيرواني،حاشية العدوي، طبعة دار الطباعة العامرة، القاهرة، مصر سنة1959.

ب- كتب الفقه الحنفي:

1. الأسروشيني،محمد بن محمود، جامع أحكام الصغار، دار الفضيلة، القاهرة،مصر دت.
2. السرخسي،شمس الأئمة،المبسوط،دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت،لبنان،د ت.
3. ابن عابدين، حاشية رد المختار، طبعة الحلبي، القاهرة، مصر، دت.
4. الكساني، أبو بكر ابن مسعود، بدائع الصنائع، دار الحديث، القاهرة، مصر،د ت.

5. المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي ابن عبد الجليل،الهداية،دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت.
6. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الوهاب، شرح فتح القدير،دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان دت.

ج- كتب الفقه الشافعي:

1. الإمام الشافعي،عبد الله محمد بن ادريس، الأم ، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، مصر،سنة2000.
2. الباجوري إبراهيم ، حاشية الباجوري، مطبعة شركة دار الكتاب، القاهرة، مصر دت.
3. ابن حجر الهيثمي،أحمد بن محمد، الفتاوى الكبرى،مطبعة شركة دار الكتاب القاهرة مصر، دت.
4. ابن أبي الدم، ابراهيم عبد الله المهذاني،أدب القضاء،ط1، طبعة وزارة الأوقاف، بغداد العراق، دت.
5. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، دار الفكر بيروت، لبنان،سنة 1983.
6. الشربيني، محمد بن أحمد،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،طبعة الحلبي القاهرة مصر، دت.
7. عبد الوهاب أبو المواهب، الشعراني الشاذلي، الميزان الكبرى، طبعة الحلبي القاهرة مصر، دت.
8. الغزالي،محمد بن محمد،أبو حامد، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، لبان، دت.
9. محمد نجيب المطبعي،تكملة المجموع في شرح المذهب،مكتبة الإرشاد،جدة، السعودية دت.

د- كتب الفقه الحنبلي:

1. الباهوتي، منصور بن يونس بن إدريس،كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر بيروت، لبنان، دت.
2. ابن تيمة، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، طبعة الأوقاف، الرياض، السعودية، سنة 2004.

3. ابن قدامة، موفق الدين، وشمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي بيروت، لبنان، دت.
4. محمد بن عبد الوهاب، بن سليمان التميمي، مختصر الأنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت.

ه- كتاب في الفقه الإباضي:

- أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، طبعة مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، دت.

4. كتب اللغة:

1. أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقياس اللغة، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان سنة 1994.
2. الرازي،محمد بن أبي بكر عبد القادر،مختار الصحاح، مكتبة لبنان، والمطبعة الأميرية بيروت، لبنان سنة1904.
3. سعدي أبو الحبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان سنة 1988.
4. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون،(عربي، إنجليزي ،فرنسي)،ط2 د ر ش، عمان، الأردن، سنة 1998.
5. الفيروزآبادي، ابي الطاهر مجد الدين محمد، القاموس المحيط، طبعة الحلبي القاهرة مصر، دت.
6. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دت.
7. ابن منظور، ابي الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، سنة 2003.

ثانيا: المراجع

I- <u>الكتب</u>

1. ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية،- الزواج الفرقة،وحقوق الأقارب- ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، سنة 1999.

2. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2014.
3. أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2010.
4. أحمد نصر الجندي، شرح مجلة الأحوال الشخصية التونسية،ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2012.
5. أحمد نصر الجندي،الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر سنة 2004.
6. أحمد نصر الجندي،حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة،ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2013.
7. الأعرجي زهير، النظام العائلي، ودور الأسرة في البناء الاجتماعي الاسلامي، ط1 مطبعة أمير، قم، إيران، سنة 1994.
8. إمام محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في القانون الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر سنة2007.
9. بخيت الغزالي أحمد، ومحمد منصور علي عبد الحليم،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي دار الفكر الإسلامي، ط1، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.
10. بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون،الزواج والطلاق،دار النهضة العربية، بيروت لبنان د ت.
11. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية-قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/23-،ط3، منشورات بغدادي، الجزائر، سنة 2011.
12. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،سنة 1999.
13. البنا صالح كمال، المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار، في ضوء الفقه والقانون والقضاء، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، سنة 2005.

14. تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط3، مطبعة الكاهنة، قسنطينة، الجزائر، سنة 1999.
15. التكروري عثمان، شرح قانون الحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، ط1 دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة2009.
16. جابر الجزائري ابو بكر، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وعبادات، ط8، دار الفكر دمشق، سوريا، سنة 1976.
17. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، دار التراث العربي، بيروت لبنان، سنة1969.
18. بن حرزالله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية الجزائر، سنة2007.
19. بن حواء الأكحل ، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،سنة 1982.
20. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة2012.
21. الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، ط1،دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، سنة 1994.
22. داود أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان،الأردن، سنة 2009.
23. داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – دراسة شرعية قانونية مقارنة –، ط1،دار البصائر، حسين داي، الجزائر، سنة2007 .
24. ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع،دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008.
25. رشدى شحاتة ابو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية- دراسة مقارنة-،ط1،دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية مصر، سنة2012.
26. الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 1985.

27. أبوزهرة محمد،الأحوال الشخصية، دار الرائد العربي،بيروت، لبنان، سنة1980.
28. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر،سنة2013.
29. سلمان نصر، و سطحي سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة2003 .
30. سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية – ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2008.
31. السيد سابق، فقه السنة،مجلد02، ط5،دار الكتاب العربي،بيروت،لبنان،سنة 1983.
32. شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات – دراسة فقهية ونقدية مقارنة–، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، مصر،سنة2010.
33. شتوان بلقاسم، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري،دار الفجر، قسنطينة الجزائر، دت.
34. الشرنباصي رمضان علي السيد،أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان سنة 2001.
35. شريقي نسرين، وبوفرورة كمال ، قانون الأسرة الجزائري،ط1، دار بلقيس للنشر دار البيضاء، الجزائر، سنة2013.
36. شلبي محمد مصطفي،أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة1983.
37. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل– دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية–، دارالخلدونية،ط1،الجزائر،سنة 2008.
38. بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،،ط3، دار هومة الجزائر، سنة2011.
39. الصابوني عبد الرحمان، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وأثاره ط5، المطبعة الجديدة، دمشق ، سوريا ، سنة 1979.
40. بن الصغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02، دار الوعي،رويبة، الجزائر، سنة2012.

41. بن الصغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي،رويبة، الجزائر، سنة2012.
42. صقر نبيل، وقمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة2008.
43. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، سنة 2004.
44. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر سنة2009.
45. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-سلسلة تبسيط القوانين05-02، ط3، دار هومة، الجزائر، سنة2011.
46. عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،دار هومة،الجزائر،سنة 2013.
47. عبد المطلب عبد ارزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة القاهرة، مصر، سنة، 2008.
48. عصمت محمد أمين هدى،الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية - دراسة تحليلية مقارنة-،ط1، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر- الامارات، سنة 2013.
49. عطية أحمد إبراهيم، نفقة وحضانة الصغار، ط2، دار الراضي للنشـــر والتوزيـــع القاهرة ، مصر، سنة 2009.
50. عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1987.
51. أبو غابة خالد عبد العظيم، حقوق المحضون، دراسة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2013.
52. بوغرارة صالح،حقوق الأولاد في النسب والحضانة،دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر،سنة 2012.
53. الغرياني عزالدين محمد، دراسة مقارنة في الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية، منشورات ELGA،فاليتا، مالطا، د ت.

54. فراج حسين أحمد،أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب دارالجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، مصر، سنة1998.
55. فرج توفيق حسن، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1982.
56. فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم بإجتهادات المحكمة العليا، مع تعديلات 2005 ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،سنة 2006.
57. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري –الزواج و الطلاق –،المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1986.
58. أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر سنة1987.
59. القرضاوي يوسف،الحلال والحرام في الإسلام،ط11،دار البعث، قسنطينة الجزائر سنة 1977.
60. الكشبور محمد، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، سنة 1999.
61. ابو لحية نور الدين،الزواج والطلاق وحقوق الأولاد والصغار، دار الكتاب الحديث دراية، الجزائر، سنة 2009.
62. محمد السعيد عبد الوهاب فائزة،دراسة بعض مشكلات الأطفال،مطبعة شفيق،بغداد العراق، سنة 1975.
63. محمد عبد الجواد محمد،حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون،منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دت.
64. محمد علوي ناصر،الحضانة بين الشريعة والقانون،ط1، دار الثقافة، عمان،الأردن سنة 2010.
65. بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ت.
66. منصور محمد حسين، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، ط1،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، سنة2003.

67. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، د ت.
68. الموسمي محمد إبراهيم،نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، سنة 1991.
69. نجم محمد صبحي، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،سنة 1999.
70. نرمين أبوبكرمحمد ومحمد سليمان الأحمر،الإلتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة- دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني،ط1،-،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، سنة 2014.
71. C.F.A. Belhadj Hamouda, les conflits conjugaux, aspecte juridiques Actualités juridiques Tunisiennes, 1998, n° 1-2.

II- <u>الرسائل الجامعية</u>

أ- رسالة دكتوراه

- حميدو زكية،"مصلحة المحضون في القوانين المغاربية- دراسة مقارنة- "،رسالة دكتوره، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2005.

ب- رسائل الماجستير

1. حسين عزيزة، الحضانة في قانون الاسرة،رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر سنة2011.
2. الصليبي خالد عبد الجبار،"شهادة النساء على حقوق الولادة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة"،رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، سنة 2007.
3. بن عصمان نسرين إناس،" مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،سنة 2009.

III- <u>القوانين</u>

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في:1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في:2005/02/27.

2. مجلة الأحوال الشخصية التونسي،المؤرخ في:1956/08/13، المعدل والمتمم بالقانون رقم 74-93 المؤرخ في:1993/07/12.
3. المدونة المغربية للأحوال الشخصية،بظهير رقم190-57-1المؤرخ في :1957/08/19 والمعدل والمتمم بالقانون رقم01-04-22،والصادر بتاريخ:2004/02/05.
4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في:1975/09/26،المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في: 2005/06/20.

IV- النشريات والمجلات:

1. النشريات:

أ- الجزائر:

1. النشرة القضائية لسنة 1982، عدد خاص.
2. النشرة القضائية لسنة 1999، العدد 56.

ب- تونس:

1. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1977، عدد 308.
2. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1978، عدد 2651.
3. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981، عدد 5241.
4. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1982، عدد 6791.
5. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1985، عدد 14220.
6. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1992، عدد 33913.
7. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1993، عدد 36115،26815.
8. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1994، عدد 8603.
9. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1997، عدد 57466.

2. المجلات:

أ- الجزائر:

1. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1،2،4.
2. المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 1،3،4.
3. المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 2،3،4.

4. المجلة القضائية لسنة 1996، عدد 1.
5. المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
6. مجلة المحامي لسنة 1994، عدد25.

ب- تونس:

1. مجلة القضاء والتشريع، لسنة 1963،عدد 8.
2. مجلة القضاء والتشريع، لسنة 1964،عدد 8.
3. مجلة القضاء والتشريع، لسنة 1966،عدد 9،1.
4. مجلة القضاء والتشريع، لسنة 1971،عدد 6.
5. مجلة القضاء والتشريع، لسنة 1986،عدد 7.
6. مجلة القضاء والتشريع، لسنة 1991،عدد 7.
7. مجلة الحق، لسنة 1985، العدد 2 و 3.
8. المجلة العربية للفقه والقضاء، لسنة 1985، عدد3.

ج- المغرب:

1. مجلة قضاء المجلس الأعلى، لسنة 1982، عدد30.
2. مجلة قضاء المجلس الأعلى، لسنة 1986، عدد83.
3. مجلة قضاء المجلس الأعلى، لسنة 1995، عدد48.
4. مجلة المحاكم المغربية، لسنة 1992، عدد 65 .
5. مجلة القضاء والقانون، لسنة 1973، عدد 128.
6. مجلة القضاء والقانون، لسنة 1978، عدد 129.
7. مجلة القضاء والقانون، لسنة 1982، عدد 139.
8. مجلة القضاء والقانون، لسنة 1988، عدد 140 و 141.
9. مجلة القضاء والقانون، لسنة 1994، عدد 47.
10. مجلة المحامي، لسنة1991، عدد 25 و26.

V- المواقع الالكترونية

1. http://www.sari.org.(last visitedM18.10.2014).
2. http://www.isenma dvice.com. (last visited 13/11/2014) .
3. http//www.vichig.org/downloud/maws….ara/mgk.pdf (last visited 13/11/2014)
4. (http//www.arabpsnet.com) (last visited 13/11/2014)
5. (http//www.islamnonoon.com) (last visited 15/01/2015)
6. cf.y Limant de bellefond.op.tit.. (last visited 15/01/2015)

الفهرس

المحتوى	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: ماهية الحضانة في التشريعات المغاربية	09
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	11
المطلب الأول: تعريف الحضانة	11
- فرع1: تعريف الحضانة لغة	11
- فرع2: تعريف الحضانة في الفقه الاسلامي	12
- فرع3: تعريف الحضانة في القوانين المغاربية	15
المطلب الثاني: الحضانة وتمييزها عن المصطلحات المتشابهة لها	17
- فرع$_1$: الحضانة و الرضاع	17
- فرع$_2$:الحضانة والولاية على النفس	18
- فرع$_3$: الحضانة والكفالة	22
- فرع$_4$: الحضانة والتبني	25
- فرع$_5$: الحضانة والوصاية	27
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للحضانة	28
- فرع$_1$:الآراء الفقهية التي قيلت في الطبيعة القانونية للحضانة	28
- فرع$_2$: طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية	32
- فرع$_3$: الطبيعة القانونية للحضانة في التشريعات المغاربية	36
المبحث الثاني: شروط ممارسة الحضانة	41
المطلب الأول: الشروط العامة في النساء والرجال	42
- فرع$_1$: الأهلية	42
- فرع$_2$:القدرة	46
- فرع$_3$: الأمانة	49
- فرع$_4$: الحرية	52
- فرع$_5$: الإسلام	54

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	**56**
- فرع1: الخلو من زوج أجنبي عن المحضون	**57**
- فرع2:أن تكون ذات رحم محرم للمحضون	**59**
- فرع3: عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت يبغضه	**61**
- فرع4:ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا	**62**
المطلب الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	**63**
- فرع1: أن يكون ذا رحم محرم للصغير	**63**
- فرع2:أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء	**65**
المبحث الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة	**66**
المطلب الأول: الأم ومن يليها من قريباتها	**66**
- فرع1: في الشريعة الإسلامية	**67**
- فرع2:في القوانين المغاربية	**69**
المطلب الثاني: الأب ومن يليه من أقاربه	**71**
- فرع1: في الشريعة الإسلامية	**71**
- فرع2:في القوانين المغاربية	**73**
المطلب الثالث: حضانة ذوي الأرحام	**75**
- فرع1: في الشريعة الإسلامية	**75**
- فرع2:في القوانين المغاربية	**76**
خلاصة الفصل الأول	**78**
الفصل الثاني: أسباب سقوط الحق في الحضانة في التشريعات المغاربية	**79**
المبحث الاول: سقوط الحق في الحضانة بسبب ضياع الطفل صحة وخلقا	**81**
المطلب الأول: المسقطات المبنية على الأمراض العقلية والجسدية	**81**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**81**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**84**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**86**

المطلب الثاني: السلوك المشين للحاضن	**88**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**88**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**90**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**92**
المطلب الثالث: اسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة	**94**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**94**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**96**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**97**
المبحث الثاني: سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح عنها :	**98**
المطلب الأول: سقوط الحق في الحضانة بقوة القانون.	**99**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**99**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**101**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**103**
المطلب الثاني: التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن.	**105**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**105**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**108**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**110**
المطلب الثالث: التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف.	**112**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**113**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**115**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**118**
المبحث الثالث: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل الضمني	**121**
مطلب الأول: زواج الحاضنة بغير قريب يحرم عن المحضون	**121**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**122**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**123**

- فرع3: موقف المشرع التونسي	**126**
مطلب الثاني: مسكانة الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانتها	**127**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**128**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**129**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**131**
مطلب الثالث:انتقال الحاضن بالحضون الى بلد أجنبي	**133**
- فرع1:موقف المشرع الجزائري	**133**
- فرع2: موقف المشرع المغربي	**136**
- فرع3: موقف المشرع التونسي	**137**
خلاصة الفصل الثاني	**140**
الخاتمة	**141**
قائمة المراجع	**147**
الفهرس	**160**

ملـــــخص

من خلال دراستي لموضوع البحث، والمتعلق بمسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، وكانت دراستي تحديدا في قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسي، ومدونة الأسرة المغربي، وهذا كله بخلفية فقهية إسلامية، وفق المذهب المالكي وهو المذهب الغالب .

وتشتمل الحضانة على:رعاية الطفل وحمايته،والمحافظة عليه،وذلك من الناحية النفسية والعقلية والجسدية والصحية وحتى الخلقية، وكذا تربيته على دين أبيه. أما عن مسقطاتها والمتمثلة في:انتقال الحضانة قبل انتهائها، فيكاد يكون إجماع في هذه التشريعات الثلاثة مع اختلافات بسيطة بينهم، فهي ترجع لأسباب اختيارية، وأخرى قانونية والمتمثلة عموما في الأمور التالية:

– التزويج بغير قريب محرم، وكذا بالتنازل عنها. – وتسقط كذلك، بتخلف أحد الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضنة، أذكر منها: المرض والجنون والعجز الصحي والردة.

– وتسقط أيضا في حالة كون المرأة عاملة،شريطة حصول ضرر مؤكد أصاب المحضون

– ويسقط الحق في الحضانة أيضا، إذا لم يطلب من له الحق فيها، لمدة قد تزيد أو تنقص عن السنة ،وهذا حسب كل تشريع، وكذلك في حالة استوطان من أوكلت له الحضانة في بلد أجنبي.

– وتسقط الحضانة عن الخالة أو الجدة ،إذا أسكنتا المحضون مع أمه المتزوجة ،بغير قريب محرم .وتنتهي مدة الحضانة عند بلوغ المحضون سن معينة، قابلة للتمديد .

وكل هذا يتم أماما قاضي مختص، الذي له السلطة التقديرية في إبقاء حق الحضانة،أو إسقاطها ، وكل ذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

Résumé

D après mon étude du sujet de la recherche sur les déchéances de garde dans les législations maghrébines .j' ai précisément basé sur le code de la famille algérienne et du code de statut tunisien et du code de la famille marocain. Tous ce contextes de la jurais prudence islamique selon la doctrine malékite et c' est elle la dominante.

La garde de l'enfant comporte le suivi de ce dernier et sa protection et de le maintenir au niveau psychique , mentale , sanitaire et même morale ainsi que sa éducation religieuse de son, père. les déchéances de garde sont :transition de garde avant sa fin . Les trois législations Magrébines ont un accord commun dans le cas suivant malgré les quelques petits différences entre eux.

Le droit de garde tombe si sa titulaire se marie avec une personne qui n'a pas de lien de parenté avec l'enfant ainsi que par renonciation. La garde sera annuler aussi lorsque sa titulaire ne remplira plus l'une des conditions légales ou quelques conditions connues comme: - la maladie, la folie, l'incompétence sanitaire la postasse .

La garde tombe aussi dans le cas ou la femme est ouvrière a condition que l'enfant gardé sera surement touché par un certain mal . Ce droit tombe aussi si l'intéressé ou celui qui a le droit de garde ne le demande pas durant toute une année .- La garde de l'enfant s'annule dans le cas ou le titulaire habite dans un pays étranger.

–Le droit de garde tombe de la tante ou de la grand- mère quand ces dernières feront habiter l'enfant garde avec sa mère mariée avec un étranger a l'enfant c'est-à-dire quelqu'un qui n'a pas de lien de parenté avec lui .

- La garde de l'enfant sera terminé lorsque ce dernier atteindra un certain âge qu'on pourra prolonger . – Et tous cela se fera devant un juge spécialisé et qui a le pouvoir d' évaluation de laisser la garde de l'enfant ou de la faire tombée selon l' intérêt de l'enfant gardé.