وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة آكلي محند أولحاج – البويرة –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مسقطات الحضانة

دراسة تحليلة على ضوء

القوانين العربية و اجتهادات المحكمة العليا

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق
تخصص قانون الأسرة

من إعداد الطالبة :

- ***قريش نوال***

تحت إشراف :

د/ غجاتي فؤاد

لجنة المناقشة

– د/ضريفي الصادق	جامعة البويرة	رئيسا
– د/ غجـاتي فـؤاد	جامعة البويرة	مشرفا و مقررا
– د/ذياب جفال إلياس	جامعة البويرة	مناقشا

تاريخ المناقشة : 2022/07/03

السنة الجامعية : 2021-2022

[.... نَرْفَعُ دَرَجاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمْ....]

(سورة يوسف/الآية 76)

الإهداء

العِلمُ مَغرَسُ كُلِّ فَخرٍ فَافتَخِر *** وَاحذَر يَفوتُكَ فَخرُ ذَاكَ المَغرَس

-الامام الشافعي رحمه الله -

إلـــى

أمي التي عايشت معي كل لحظة في مسيرتي الدراسية منذ بدايتها ،

و التي كانت الداعمة الأكبر لي فلها كل الحب و الاخلاص حفظها الله

و رعاها

أبي كان سندي و معيني حفظه الله و رعاه

أختي الغالية " خديجة " و صديقتي العزيزة و سندي في مسيرتي

لها كل التوفيق و النجاح في مسيرتها المهنية و الدراسية

اخوتي الأعزاء حفظهم الله و رعاهم " سمير – محمد – صالح "

العائلة هي بداية مغرس العلم و مياهه المحبة و التعاون و التفاهم

حفظ الله عائلتي

** قريش نوال **

شكر و تقدير

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل

خصوصا ما عايشناه في جائحة كورونا ، بأن أمدنا بالصحة والعافية

فالحمد لله حمدا كثيرا طيبا .

للنجاحات أناس يقدرون معناه ، و للابداع أناس يحصدونه ، لذا نقدر

جهودك المضنية خلال مسيرتنا الدراسية القصيرة في مدتها ، الثرية في

مكتسباتها . كنت فيها المرشد و الأستاذ في آنٍ واحد

كل الشكر و التقدير

** الدكتور نجاتي فؤاد **

تعلمنا منك أن للنجاح قيمة و معنى وأن للبحث و السعي نور لا ينطفئ

و أن لا مستحيل مع الله في سبيل تلقي العلم .

شكرا فلقد غرست أفكارا ملهمة في عقولنا .

كما نشكر الأساتذة الأفاضل المشرفين على قراءة و تقييم هذا العمل

المتواضع.

كما لا يفوتنا أن نوجه كل الشكر و التقدير لكل الأساتذة و الطاقم الإداري

لكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محند آكلي أولحاج بالبويرة على

مجهوداتهم المضنية في إرساء أشرعة العلم و المعرفة .

*** فما أشرقت في الكون أي حضارة إلا و كانت من ضياء معلم ***

** قريش نوال **

قائمة المختصرات

م أ م: مدونة الاسرة المغربية

م ا ش ت: مجلة الاحوال الشخصية التونسية

ق ا ج: قانون الاسرة الجزائري

ق م: قانون مدني

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري

ط : طبعة

د ط : دون طبعة

ج : جزء

ص : صفحة

د س ن : دون سنة نشر

د ب:دون بلد النشر

مـقــدمـة

مقدمة

وضع الاسلام مقاصد شرعية يهدف من خلالها تحقيق مصالح الخلق جميعا بين التحسينات ، الحاجيات و الضروريات التي لا يمكن للناس الاستغناء عنها في حياتهم ولا تستقيم الحياة والمجتمعات إلا بهم، و على رأسها الكليات الخمس التي يجب المحافظة عليها، وحتى يتسنى لنا كل هذا وجب المحافظة على مقصد النسل الذي يحافظ على استمرارية البشرية على الأرض ، لهذا سن الله النكاح بين الرجل و المرأة بالطريقة الصحيحة و الشرعية لا بدوافع غريزية خارجة عن نطاق الشرع قال الله تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ سورة الروم : الآية 21 .

فالرجل و المرأة جمعهما الله برباط غليظ قوامه الرحمة و التعاون على مصاعب الحياة، و العناية بالأسرة على أسس سليمة باعتبارها الحصن الذي يحتضن جيل المستقبل الذي يتربى فيه و يتشبع بالقيم و الأخلاق في كنف الرعاية و الاحترام المتبادل .

لكن في بعض الأحيان هذه البوتقة الأسرية يتسلل إليها العجز و تتفشى فيها المشكلات و التصدعات في عجلة سير الأداء الأسري بين الزوجين ، مما ينتج عنه الخلافات الزوجية التي تمثل تصدعا لقطبي الأسرة (الأب و الأم) ، فلا يمكن اصلاحه بأية طريقة مما يؤدي إلى انهيار الأسرة و تفككها ، فلا يبقى أمامهما سوى اللجوء لطريق فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله . فوقع الطلاق على الأسرة أمر عظيم خصوصا على الأبناء فهذا الانفصال يضعهم في وضع جديد عليهم يتطلب اختيار طرف عن طرف و التنقل بين منزلي الوالدين ، وبهذا يفقد الطفل الشعور بالاستقرار و الطمأنينة و يصعب عليه التكيف مع الوضع ، فمن أبسط حقوق الطفل العيش في كنف والديه في استقرار و سعادة ، اضافة للرعاية و الاهتمام و لهذا نجد أن الشريعة الاسلامية قد كرست جملة من الحقوق للأولاد حتى قبل ولادتهم و بتمام بلوغهم ، كما أعطت عناية بالغة لحقوقهم بعد فك الرابطة الزوجية بين والديهم

بمنحهم حق الحضانة الذي يمنحهم التربية و العناية بهم جسميا و نفسيا و اجتماعيا ، حتى ينشؤوا على الفطرة السويّة و لا يصابوا بأية أضرار .

وبهذا جاء اهتمام الشريعة الاسلامية بالأبناء منسجما مع احتياجاتهم البيولوجية ، النفسية ، التربوية و العاطفية ، فكان تشريع الحضانة بعد الطلاق مبنيا على متغيرات عديدة و ظروف مخصوصة يستحكم فيها معيار المصلحة الأولى لحياة الطفل ، وحتى يتحقق هذا أجمع أهل العلم والفقه ، و رجال القانون على منح أحقية الحضانة للأم لحاجة جعلها الله بينها و بين أولادها ، وما يلحق الطفل من أثار نفسية عميقة عند فصل الطفل عن أمه في حالة الطلاق . فالأم تمنحه كل احتياجاته النفسية من طمأنينة و دفء خصوصا في مراحله الأولى لهذا هي الأجدر و الأقدر على توفير حاجات أبنائها المادية و المعنوية وهذا ما عبر عنه بـ" الأمومة علّة الحضانة "

وفي الجهة المقابلة نجد أن التشريعات العربية سارت على نفس منهج الشريعة الاسلامية في اقرار حق الحضانة لمصلحة الأم لأنها الأجدر بذلك وهذا ما يتبين لنا وفقا لأحكام بعض المواد من قوانين الاحوال الشخصية(الجزائر "م 64 ق ا ج [1] "، العراق :م 57[2]"- المغرب " م 171 [3]" ليبيا "م [4]62/ب" - عمان مم130[5]" ...).

ونظرا لما تشهده الأسر العربية من حداثة و عصرنة وما انجر عنها من حلات الطلاق المتزايدة، وما يترتب عنها من آثار خطيرة خصوصا على الأبناء خاصة في موضوع الحضانة باعتبارهم جيل المستقبل، بات من الضروري اعطاء أهمية بالغة لهذا الموضوع بإعطاء مفاهيم دقيقة حول تعريف الحضانة ، شروطها ، اسنادها و خصوصا حالات سقوطها التي في معظمها

[1]- القانون الاسرة الجزائري ، رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو1984، المعدل و المتمم بالأمر 05-02 منشور في ج ر ، ع 15 بالمؤرخ في 27 فيفري 2005.

[2]- القانون العراقي: رقم 188 لسنة 1959المتضمن الاحوال الشخصية

[3]- مدونة الأسرة المغربية ، صادرة بموجب ظهير شريف رقم1/04/22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 تنفيذ القانون رقم 70/03 المصدر : ج ر ع5184 بتاريخ 12 ذو الحجة 1424 الموافق لـ 15 فبراير 2004.

[4]- القانون الليبي: قانون رقم (10) لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم

[5]- القانون العماني : مرسوم سلطاني رقم 97/32

واردة في الفقه الاسلامي ، اضافة لبروز عدة ظواهر لم تكن موجودة سابقا كعمل المرأة و سفرها و دراستها خارجا كلها قضايا وليدة الساعة وجب النظر فيها وفي مدى تأثيرها على سقوط الحضانة . بالاضافة لمحاولة نشر ثقافة تمكين المرأة في المجتمع تحت مصطلح " التمكين النسوي " بين المنظور الاسلامي الذي يقر بأن التمكين حق للمرأة يتم عبر التربية على الوعي بمنظومة القيم التوحيدية و مأسسة القيم في الأسرة كحاضنة للتنشئة الحضارية و القيام بمهمة الشهود الحضاري و مجابهة الاختراق الخارجي الخفي في أسطورة (التغاير المصلحي بين المرأة و الرجل)[1] الذي يمثل التمكين النسوي في صورته الغربية، هذا المدلول له تأثيره المباشر على اسقاط الحضانة بتنازل الأم عنها لغيرها . وهذا ما سينعكس سلبا على كيان الأسرة وخاصة الطفل.

وبذلك تتجلى أهمية الدراسة في كونها تتعلق بمحور الأسرة و كيانها و هو "الطفل المحضون" الذي يمثل جيل المستقبل واستمرارها ، بحيث يجب توفير الرعاية المطلوبة (الصحية ، النفسية ، التعليمية و التربوية)، وحمايته من الانحراف و مساعدته على بناء شخصية سوية و متوازنة تتحقق بمراعاة مصلحته في ظل سقوط حق الحضانة.بالاضافة فهذه الدراسة تتناول موضوعا هاما و ملموسا و تعالج جانبا هاما من جوانب موضوع الحضانة ، المتمثل في مسقطات الحضانة بين تشريعات الأحوال الشخصية للدول العربية .

وعلى ضوء ما سبق نطرح الإشكال التالي : **كيف تعاملت المنظومة التشريعية و القضائية في قانون الأحوال الشخصية للدول العربية مع مسألة سقوط الحضانة ؟ وإلى أي مدى تم مراعاة مصلحة المحضون في ذلك ؟**

واستنادا على طرحنا السابق تم اختيار عنوان دراستنا: **مسقطات الحضانة – دراسة تحليلية على ضوء القوانين العربية و اجتهادات المحكمة العليا –**

[1]–محمود محمد ، مفهوم التنكين النسوي من المنظورين : الغربي و الاسلامي ،رسالة ماجستير ، ط1،جامعة حلوان ، مصر ،2021 ، ص9

ولعل أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع ، هناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية ومنها:

الأسباب الموضوعية :

- مدى تأثر التشريعات العربية في اسقاط الحضانة بالمذاهب الفقهية المعتمدة في قوانين الاحوال الشخصية لكل بلد.
- مدى توافق التشريعات المغاربية و المشرقية في حالات سقوط الحضانة .
- مدى تطبيق قاعدة مصلحة المحضون لما لها من تأثير على الطفل المحضون .
- أول قانون مستحدث في ظل الحداثة و العصرنة التي تشهدها الأسر العربية ، استحداث نظام سعودي جديد متعلق بالأحوال الشخصية مارس 2022، الاضافات و التغييرات التي جيء بها، بالموازاة مع هذا غياب قانون خاص بالدولة الفلسطينية ككيان .
- الاختلالات الموجودة في دولة فلسطين حيث يتم اعتماد قانونين (قانون الضفة الغربية وهو قانون أردني – و قانون غزة و هو قانون مصري)
- المفارقات التشريعية في قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية المشمولة بالدراسة : دول مغاربية (الجزائر – تونس – المغرب – ليبيا – موريتانيا) من جهة و من جهة أخرى دول مشرقية (فلسطين – المملكة العربية السعودية – البحرين – الكويت – العراق – الأردن – سوريا – سلطنة عمان – اليمن – الامارات – قطر) للتعرف على مدى تأثير خصوصية كل منطقة على أحكام الحضانة وسقوطها .

الأسباب الذاتية :

إن موضوع البحث له من الأهمية و القيمة العلمية مما يجعله جديرا بالدراسة و البحث على الصعيد القانوني خصوصا و ارتباطه بالجانب الشرعي الذي يجعل من موضوع الدراسة موضوعا حساسا لارتباطه بأحكام شرعية تخص الأم خصوصا(الأم الحاضنة) لما لها التأثير المباشر على

الطفل المحضون ، خاصة مع بروز منظمات نسوية و غيرها في محاولة نشر ثقافة تمكين المرأة على المستوى العالمي(المفهوم الغربي)، و ما له من تداعيات خطيرة على كيان الأسرة و قطبها الرئيسي "الأم الحاضنة" .

أثناء دراستي لفت انتباهي في موضوع الحضانة عامة ، جزئية مهمة تتعلق بحالات سقوط الحضانة في قانون الاسرة الجزائري ، مما دفعني الفضول للتعرف على منظومات تشريعية جديدة و كيف تناولت الموضوع من وجهة نظرها، لهذا اخترت تشريعات الاحوال الشخصية للدول العربية المتميزة باختلاف المذاهب المعتمدة في قوانينها بين الدول المغاربية من جهة و الدول المشارقية من جهة أخرى ، و بين الخصوصية الموجودة في القانون الفلسطيني من جهة و بين النظام السعودي المستحدث في مارس 2022 وما اضافه عما سبقه من أحكام .لهذا هو موضوع مهم يستحق الدراسة و التحليل وفهم الغموض الذي يكتنف بعض مفاهيم سقوط الحضانة في التشريعات العربية.

ولتسليط الضوء على أهم الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع البحث وفي حدود علم الباحثة أول دراسة تم التطرق فيها لمسقطات الحضانة كان سنة 1994 من قبل الدكتور أعراب بلقاسم، و هي دراسة مقتضبة جدا حيث تطرق لمسقطات الحضانة في قانون الاسرة الجزائري و مقارنته بالفقه الاسلامي المقارن ، اعتمادا على دراسة المواد القانونية و مقارنتها بالفقه الاسلامي دون أن يتحدث عن الثغرات التي كانت قبل تعديل قانون الأسرة منها عمل المرأة وسقوط الحضانة. أما الدراسات المتبقية– في حدود علم الباحثة – قام بها طلبة باحثين من بينهم : دراسة مروة بن شيخ(2017)، حيث تطرقت لمسقطات الحضانة بين النص و التطبيق، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري ، فاستندت في دراستها على جزئيتين :الجزئية الأولى تطرقت فيها لسقوط الحضانة المتعلقة بحق الحضانة من حيث التنازل ، التقادم و الانتهاء ونلاحظ عدم الدقة في استعمال مصطلح التقادم للتعبير عن " عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة " ، فهناك فرق كبير بين المصطلحين(التقادم – عدم المطالبة)، بالاضافة كان على الباحثة أن تتطرق أولا لسقوط

الحضانة لاختلال الشروط العامة والخاصة بالحاضن (ة) لأنها تعتبر الركيزة التي تبنى عليها بقية أسباب سقوط الحضانة . وللباحثة دراسة أخرى تحت عنوان" أثر تغير الظروف على سقوط الحضانة بسبب الزواج و التنازل" وهي دراسة مقارنة بين التشريعات المغاربية (2020) ، حاولت التركيز على مدى تغير الظروف على سقوط الحاضنة في حالة الزواج و التنازل مع التأكيد على أهمية دور القضاء في هذا، ولم تتطرق لزواج القاصر(ة). دراسة الطالب كمال صمامة تحت عنوان " مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية "فاعتمد في دراسته على جزئيتين : الجزئية الأولى: تطرق لماهية الحضانة في التشريعات المغاربية ،أما الجزئية الثانية : تحدث عن أسباب سقوط الحضانة في التشريعات المغاربية ،من خلال هذه الدراسة نلاحظ اقتصارها على الفصل الثاني فقط ولم يعطي مساحة أكبر لتحليل أسباب سقوط الحضانة بنوع من الاثراء والنقد و التحليل. أما آخر دراسة كانت للطالبة بن جريبيع فضيلة (2014)، تحت عنون " مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري و الفقه الاسلامي "، قدمت دراستها وفق مسألتين : السقوط الاجباري للحضانة ، والسقوط الاختياري للحضانة، هذا التقسيم لنوع الأسباب لايمكن الاعتماد عليه كمعيار دقيق من حيث التنازل عن الحضانة و السفر بالحضون لبلد أجنبي هناك من يصنفهما على أنهما اسباب اضطرارية. بالموازاة مع هذا– في حدود علم الباحثة – لم نجد دراسات عربية متخصصة حول هذه الدراسة . اضافة لصدور النظام السعودي للاحوال الشخصية إلا في شهر مارس الجاري (2022)الذي سيحدث تغييرا في نظام الاحوال الشخصية للمملكة[1] السعودية من حيث دور المحاكم الشرعية ككل.

ومن خلال الدراسات السابقة حاولنا وضع أهداف جديدة تشتمل عليها دراستنا لموضوع مسقطات الحضانة من حيث :

–التأكيد على تحديد شروط الحاضنة الأم باعتبارها أول مستحقة للحضانة لما أولاها الشرع و القانون من أهمية بالغة في مراعاة لمصلحة المحضون من رعاية و اهتمام و لما تتوفر عليه

[1]– نظام الاحوال الشخصية السعودي ، مرسوم ملكي رقم (م/73)، بتاريخ 6/ 1443/8

فطرة الأمومة من توفير علاقة وطيدة بينها و بين طفلها، ولارتباط توفر الشروط فيها بأسباب سقوط الحضانة عنها في حالة اختلال أحد هذه الشروط.

– التأكيد على تحديد شروط الحاضنة غير الأم و مدى تأثير ذلك على الطفل المحضون في حالة اختلال شروطها خاصة في حالة الأم غير المسلمة لما تثيره من اشكالات بين الشرع و القانون.

–بالرغم من اتفاق تشريعات الدول العربية على تطبيق قاعدة مصلحة المحضون في اسقاط الحضانة، وجعلها مرتبطة بالسلطة التقديرية للقاضي ،هذا ما يجعلها تتغير مع الظروف لذا وجب اضفاء قاعدة النظام العام لتكن أكثر حماية للطفل المحضون .

– معرفة الأسس القانونية والشرعية التي يعتمدها القاضي، في إسقاط الحق في الحضانة بين اختلاف التشريعات العربية وخاصة المتعلقة بالأم الحاضنة.

–اعطاء أهمية أكبر لموضوع مسقطات الحضانة لما له تأثير مباشر على الطفل المحضون من جهة ، و على الوالدين من جهة أخرى .

– لفت انتباه الباحثين أن موضوع الحضانة لا يتوقف عند دراستها على التعريف بها و ذكر شروط ممارستها ، اسنادها و انتهائها فقط ، و إنما يتعدى لاجراء دراسات حول الأطفال المعرضين لسقوط الحضانة و تنوع الحاضنين لهم و مدى تأثير ذلك عليهم على المستوى المعيشي و التعليمي بانشاء آليات تهتم بذلك بتفعيل المراقبة المستمرة .

– المساهمة في إثراء المكتبة، التي هي بحاجة إلى مثل هذه البحوث والدراسات الأكاديمية حول هذا النوع من المواضيع.

ونظرا لوجود توافق بين تشريعات الأحوال الشخصية للدول العربية التي تجد تأصيلها المباشر في أحكام الشريعة الاسلامية للدول العربية التي ستشمل دراستنا قوانينها وهي على التوالي: الدول العربية المغاربية (الجزائر – تونس– المغرب – موريتانيا – ليبيا) و التي تستند على المذهب المالكي كمذهب أصيل يرجع إليه ،ومن جهة مقابلة الدول العربية المشرقية وهي :

(فلسطين – المملكة العربية السعودية – البحرين – الكويت – العراق – الأردن – سوريا – سلطنة عمان – اليمن – الامارات – قطر) حيث اعتمدت مذاهب مختلفة :المذهب الحنفي ، السني ، الجعفري ، الحنبلي، الشافعي ، المالكي ، وعلى هذا الأساس حددنا نطاق دراستنا بالاعتماد على هذه المذاهب في تحليل أسباب سقوط الحضانة .

ونظرا لهذا التعدد المذهبي الفقهي في تفسير قوانين الاحوال الشخصية في الدول العربية ، خصوصا لما تميزت به مسقطات الحضانة في هذه الدول ، اعتمدنا في دراستنا على عدة مناهج: المنهج التحليلي باعتباره المنهج الأنسب لتحليل النصوص القانونية المرتبطة بأسباب سقوط الحضانة بهدف البحث حول النقائص و الثغرات التي وقع فيها المشرع و لم يتناولها بالدراسة . والمنهج المقارن الذي يرتكز على تبيان أوجه الاتفاق و الاختلاف بين قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية في مسألة تناولها لسقوط الحضانة وبين أحكام الفقه الاسلامي من جهة أخرى ، مع تبيان موقف القضاء من تطبيق مبدأ مصلحة المحضون عند اسقاط الحضانة.

الحضانة بصفة عامة اهتم الباحثون بدراستها من كافة جوانبها على المستوى الشرعي و القانوني ، لكن ما لاحظناه عند قيمنا بدراستنا"مسقطات الحضانة بين تشريعات الدول العربية " صعوبة الحصول على المعلومات و قلة الاتصال العلمي من خلال المؤتمرات و الندوات بين الدول العربية في دراسات متخصصة حول هذا الموضوع . كما يوجد نقص في الكتب و المقالات المستحدثة المهتمة بهذا الموضوع من جهة أخرى ، مع جعل الكتب الرقمية في غير متناولنا لقراءتها .

ولقد اعتمدنا في هذا البحث على فصلين رئيسيين،حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة سقوط الحضانة لمانع إلزامي،وذلك من خلال التطرق لاختلال شروط ممارسة الحضانة في المبحث الأول ، كما تناولنا في مبحث ثاني مصلحة المحضون وسلطة القاضي في اسقاط الحضانة. أما الفصل الثاني تطرقنا لاسقاط الحضانة بالتطرق لتحديد طبيعة التنازل المقيد

بمصلحة المحضون المسقط للحضانة في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني تناولنا سقوط الحضانة بين سكوت الحاضن و انتقال المحضون لبلد أجنبي .

الفصل الأول

سقوط الحضانة لمانع إلزامي

انحلال الرابطة الزوجية له آثار على كيان الأسرة ، خصوصا رعاية الأطفال و تنشئتهم التنشئة السليمة و الصحيحة . لهذا اهتم الاسلام و التشريعات الوضعية بحماية حق الطفل فيمن يحضنه و يهتم برعايته بوضع شروط تكفل له هذا الحق ضمن إطاره الشرعي و القانوني فكان حق الحضانة هو الحق الأمثل لحماية الطفل في هذه الحالة و التي تشمل في ثناياها حفظ الولد مما قد يضره أو يضر بمصالحه ورعايته و تعليمه حتى يبلغ سن الرشد القانوني ، سواء كان أحد الأبوين أومن تراه المحكمة صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم للقيام بهذه المهمة . لكن أحيانا تحدث موانع و عراقيل تؤدي بالحاضن لعدم قيامه بهذا الواجب فيسقط عنه حق ممارسة الحضانة لينتقل لحاضن آخر تتوفر فيه الشروط اللازمة ، بالموازاة مع هذا فالقاضي له السلطة التقديرية في مدى مراعاة مصلحة المحضون ، التي تؤدي للاسقاط الجبري للحضانة في حالة عدم مراعاتها .

المبحث الأول

اختلال شروط ممارسة الحضانة

اهتمت الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية بالحقوق المتعلقة بالطفل سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية بين الأبوين أو في حالة انحلالها، بتخصيص حق متميز يحفظ الرعاية السليمة لهذا الطفل وهو ما يطلق عليه حق الحضانة الذي منح للأم كأصل عام ضمن "ولاية الحضانة و الرضاع [1]" بتوفر شروط معينة تجعل صاحب هذا الحق مستحقا له. فشروط الحواضن :أنواع ثلاثة: شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالنساء، وشروط خاصة بالرجال، وبعضها متفق عليه كالحرية والعقل والبلوغ والقدرة والأمانة وعدم كون الأنثى متزوجة بأجنبي عن الصغير، وكون الحاضن ذات رحم من الصغير، وبعضها مختلف فيه كالرشد والإسلام ،) لكن أحيانا تختل

[1]–محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري : موسوعة الفقه الاسلامي ، ج4 ، ط 1، بيت الأفكار الدولية ، د ب ن ، سنة 2009 ، ص 268 .

هذه الشروط لوجود مانع قانوني أو شرعي مما يستدعي اسقاط هذا الحق من الشخص الحاضن سواء كانت الأم هي الحاضنة أم غيرها من الحاضنين التاليين لها في الترتيب وهذا ما اتفقت عليه جل القوانين العربية .ففي هذا المبحث سندرس في المطلب الأول اختلال الشروط المشتركة للحاضن ، ثم في المطلب الثاني اختلال الشروط الخاصة بالحاضن .

المطلب الأول

اختلال الشروط المشتركة للحاضن

الحضانة حفظ المحضون وامساك عما يؤذيه و تربيته لينمو وذلك بعمل ما يصلحه و تعهده بطعامه و شرابه و غسله و غسل ثيابه ودهنه و تعهد نومه ويقظته[1] ،فالحضانة واجبة شرعا وقانونا و هي حق كذلك ، وعلى هذا لا بد من شروط ينبغي مراعاتها في الحاضن حتى يحقق مصلحة المحضون قدر الامكان، فإذا اختل شرط من شروط استحقاقها لأي سبب من أسباب سقوطها المنصوص عليها قانونا و شرعا[2]، تسقط حتما عن الحاضن المستحق للحضانة.

الفرع الأول : الشروط الفقهية لاستحقاق الحضانة

اشترط الفقهاء عدة شروط وجب توفرها في الحاضن لكي يكون أهلا للحضانة الولد الصغير لكن نجد أن كل مذهب اشترط شروطا خاصة به:

أولا : شروط الحضانة وفق كل مذهب فقهي:

1-**المذهب الحنفي** : يشترط في الحضانة شروطا معينة وهي :[3]

---

[1]. أبي العباس أحمد بن تيمية الحراني ، رسالة في تسليم البنت الى الأب أو الأم " الحضانة"، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، 2010 : ص 8.

[2]-. سليمان دعيج بوسعيد، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه و قانون الاسرة البحريني، الشهاب، مجلد 6،ع3،معهد العلوم الاسلامية ، الوادي،2020، ص314 .

[3]- عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، ج4،ط 2 دار الكتب العلمية ، لبنان 2003 ، ص 522

- أن لا ترتد، فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة، سواء لحقت بدار الحرب أو لا. فإن تابت رجع لها حقها.
- أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فإن ثبت فجورها بفسق، أو بسرقة، أو كانت محترفة حرفة دنيئة، كالنائحة، والراقصة، فإن حقها يسقط.
- أن لا تتزوج غير أبيه، فإن تزوجت سقط حقها، إلا أن يكون زوجها رحماً للصغير، كأن يكون عماً له، فإن تزوجت أجنبياً سقط حقها، فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة.
- أن لا تترك الصبي بدون مراقبة، خصوصاً إذا كانت أنثى تحتاج إلى رعاية، فإن كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طول الوقت وتهمل في تربيتها، فإن حقها يسقط بذلك.
- أن لا يكون الأب معسراً، وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة، وقالت عمته: أنا أربيه بغير أجرة، فإن لها ذلك، ويسقط حق أمه في الحضانة.
- أن لا تكون أمة أو أم ولد، فإنه لا حضانة لها. ولا يشترط الإسلام فإن كان متزوجاً بذمية فإن لها أن تحضن ابنها منه، بشرط أن يأمن عليه الكفر والفساد، فإذا لم يأمن، كأن رآها تذهب به إلى الكنيسة، أو رآها تطعمه لحم الخنزير، أو تسقيه الخمر، فإن للأب أن ينزعه منها، فإذا ماتت الأم الحاضنة، أو لم يتوفر فيها شرط من هذه الشروط انتقلت الحضانة إلى من يليها.
- العقل فهو شرط مجمع عليه[1].

2-**المذهب الشافعي** : يشترط للحضانة سبع شروط:

- أن يكون عاقلاً، فلا حضانة لمجنون، إلا إذا كان جنونه قليلاً نادراً، كيوم واحد في السنة كلها.

[1]- عبد الرحمن الجزيري : مرجع سابق ، ص 522

- الحرية، فلا حضانة لرقيق.
- الإسلام، فلا حضانة لكافر على مسلم، أما حضانة الكافر للكافر، والمسلم للكافر، فإنها ثابتة.
- العفة، فلا حضانة لفاسق، ولو تارك صلاة، أو تاركة صلاة.
- الأمانة فلا حضانة لخائن في أمر من الأمور.
- الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزاً، وسيأتي بيانه قريباً.
- أن لا تكون أم الصغير متزوجة بغير محرم، فإن تزوجت بمحرم، كعمه فإن حضانته لم تسقط إذا رضي الزوج بضمه.

3-**المذهب الحنبلي:** يشترط للحضانة.

- أن يكون الحاضن عاقلاً، فلا حضانة لمجنون.
- أن لا يكون رقيقاً.
- أن لا يكون عاوزاً، كأعمى، لعدم حصول المقصود به، ومثل الأعمى ضعيف البصر.
- أن لا يكون أبرصا، أو أجذما، وإلا سقط حقه في الحضانة،
- أن لا تكون متزوجة بأجنبي من الطفل، فإن كان غير أجنبي كجده وقريبه، فإن لها الحضانة.

4-**المذهب المالكي:** يشترط في الحاضن ذكراً كان أو أنثى شروطا وهي:

- العقل، فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق في بعض الأحيان، ولا لمن به خفة عقل وطيش.
- القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة للعاجز، كامرأة بلغت سن الشيخوخة، أو رجل هرم إلا أن يكون عندهما من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما، ومثلهما الأعمى، والأصم، والأخرس، والمريض، والمقعد. [1]

[1]- عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 522-523

- أن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه التي بلغت حد الشهوة من الفساد، فإذا كان في جهة غير مأمونة، فإن حضانته تسقط.
- الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر، ومشتهر بالزنا، ونحو ذلك. الخامس: أن لا يكون الحاضن مصاباً بمرض معد يخشى على الطفل منه، كجذام، وبرص.
- أن يكون الحاضن رشيداً فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون: إن كان له مال. الشرط السابع: الخلو عن زوج دخل بها، إلا إذا تزوجت بمحرم، أو علم من له حق الحضانة بعدها يتزوجها وسكت مدة عام بلا عذر فإن حضانته تسقط بذلك.
- ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً، ذكراً كان أو أنثى. فأن خيف على الولد من أن تسقيه خمراً، أو تغذيه بلحم خنزير ضمت حضانته إلى مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد، ولا فرق في ذلك بين الذمية والمجوسية،
- وإن كان الحاضن ذكراً فيشترط أن يكون عنده من يحضن من الإناث، كزوجة، أو سرية، أو خادمة ولا يصح أن يحضن غير محرم بنتاً مطيقة للوطء، كابن عمها – إلا إذا تزوج بأمها – ولو كان مأموناً[1].

ثانيا : الشروط المتفق والمختلف فيها عند الفقهاء

لقد اشترط الفقهاء جملة من الشروط في الحاضن لصحة حضانته، ولكن هناك من الشروط ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف عليه، ولكنها جميعا تصب في مصلحة رعاية المحضون، لكن بالموازاة مع هذا ذكر الفقهاء موانع ممارسة الحضانة و فيها اختلاف بينهم وتتمثل في:

1-الشروط المتفق عليها والواجب توافرها في الحاضن

أ-**العقل:** يتفق جمهور فقهاء المسلمين على أنه لا حضانة من الرجال والنساء لمن يعتريه الجنون، فلا يصح أن يكون الحاضن فاقدا لعقله لأي سبب من الأسباب، فلا حضانة لمجنون أو

[1]- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ، ص 523

من به خفة في عقله لأنه لا يقدر على الاطفال بل هو محتاج إلى من يكفله[1] وسواء أكان هذا الجنون جنون مطبقا أم جنونة متقطعة، فكليهما مانع من تولى الحضانة لأن ترك المحضون عند الحاضن المجنون فيه ضرر كبير على المحضون، على أساس أن الغرض من الحضانة هي مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له وينبغي الابتعاد عن أي أذى أو ضرر يمكن أن يخل برعاية المحضون ، فالفاقد لعقله لا يستطيع القيام بأمور نفسه فكيف سيقوم على شؤون غيره إلا إذا كان جنونه نادر ولمدة ضئيلة جدا لا تصل إلى حد الاضرار بالمحضون،(الشافعية قالوا: يشترط للحاضنة سبعة شروط أحدها أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون الا اذا كان جنونه نادرا كيوم واحد في السنة[2]) وكذلك المعتوه وناقص الاهلية لحاجتهما إلى ولاية الغير، ومن غير المتصور أن يكون الإنسان قاصرا في حق نفسه وتثبت له الولاية على غيره.[3]

هنا تطرح مسألة الرشد : هل يشترط مع العقل كون مستحق الحضانة رشيدا أم ليس بشرط فيكتفي بالعقل فقط ؟

يشترط المالكية والشافعية في الحاضن أن يكون رشيدًا وهو القدرة على حفظ مال المحضون وصيانته، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون[4]. أما الحنابلة لم يصرحوا بشرط الرشد في الحاضن وإنما قالوا : (ولا حضانة لمجنون و لا لمعتوه ولا لطفل) .[1]

1- نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المحضون (دراسة حديثية فقهية تطبيقية في المحاكم السعودية ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، السعودية ،1436 ص 15

[2]- عبد الرحمن الجزيري : مرجع سابق ،ص 522

[3]- احمد عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، (دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية)، المجلد 46، العدد 1،مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق ، جامعة اسيوط ، القاهرة ،2019، ص 23

[4]- عَبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق ، محمَّد بن إبراهيم الموسَى، الفِقهُ الميَسَّر ، ط1 ، ج 5 ،مَدَارُ الوَطن للنَّشر، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2011، ص 196.

ب-البلوغ: اتفق الفقهاء على أن الصغير غير المميز لا حضانة له ، لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه فكيف له أن يقوم برعاية غيره . أما الصغير المميز فالجمهور على أنه لا حضانة له، وأما المالكية فيرون أن الصغير المميز العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة إن كان مستوفيا لسائر شروطها[2] .

لكن السؤال هنا : بماذا يثبت البلوغ ؟

يثبت البلوغ في الصبي و الصبية بظهور العلامات الطبيعية الدالة على بلوغهما ، أما إذا لم يتحقق ذلك يثبت بالسن :[3]

- سن البلوغ 15 سنة : قول الصاحبان من الحنفية و الامام مالك في رواية ابن وهب
- سن البلوغ 18 سنة : قول أبي حنيفة .
- سن البلوغ 19 سنة : وهو المشهور عند المالكية.

وفي هذه المسألة ورد : حدثنا عبيد الله بن سعيد حدثنا أبو أسامة قال: حدثني عبيد الله قال :حدثني نافع قال :حدثني ابن عمر رضي الله عنهما" أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني". قال نافع: فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو خليفة فحدثته هذا

---

[1]- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، ج 10 ، ط 1، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993، ص 31

[2]- فاطمة عبد الصمد الحمادي ، أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الاماراتي ، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية ، كلية العلوم الاسلامية ، قسم الفقه و أصوله، 2012 ، ص 25

[3]- نفس المرجع ، ص 25.

الحديث فقال: إن هذا لحد بين الصغير والكبير وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة[1].

ج-القدرة على الحضانة:

- **القدرة** : لابد من أن يكون الحاضن قادرة على تولى الحضانة بما تشمله القدرة من استعداد تام للحاضن والتفرغ له وعدم الانشغال عنه بما يرجع عليه بالضرر والسوء ، أي أن يستعد الحاضن بوقته وجهده، فلا يكن كثير الخروج ولو في مباح لأنه يصبح بذلك غير قادر على إصلاح المحضون ومراقبته جيدة، مما قد يؤدي إلى ضياعه وسوء أخلاقه[2].
- **سلامة الحاضن من الأمراض الضارة والمعدية:** فَلاَ حَضَانَةَ لِمَنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ ذَلِكَ لِكِبَرِ سِنٍّ، أَوْ مَرَضٍ يَعُوقُ عَنْ ذَلِكَ، أَوْ عَاهَةٍ كَالْعَمَى وَالْخَرَسِ وَالصَّمَمِ، وجدير بنا الإيماء أن بعض الحنابلة وغيرهم رفضوا حضانة الأعمى وضعيف البصر لما في ذلك من ضرر محقق بمصالح المحضون،[3] وَإِذَا كَانَ بِالْأُمِّ بَرَصٌ أَوْ جُذَامٌ سَقَطَ حَقُّهَا مِنْ الْحَضَانَةِ (كَمَا أَفْتَى بِهِ الْمَجْدُ بْنُ تَيْمِيَّةَ وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْعَلَائِيُّ الشَّافِعِيُّ فِي قَوَاعِدِهِ، وَقَالَ لِأَنَّهُ يُخْشَى عَلَى الْوَلَدِ مِنْ لَبَنِهَا وَمُخَالَطَتِهَا .[4]

د-تأثير عمل المرأة على تربية المحضون:إذا كَانَتِ الْحَاضِنَةُ تَخْرُجُ كَثِيرًا لِعَمَلٍ أَوْ غَيْرِهِ وَتَتْرُكُ الْوَلَدَ ضَائِعًا، فَكُل هَؤُلَاءِ لاَ حَضَانَةَ لَهُمْ إِلاَّ إِذَا كَانَ لَدَيْهِمْ مَنْ يُعْنَى بِالْمَحْضُونِ، وَيَقُومُ عَلَى

---

[1]- صحيح البخاري ، ج 2، كتاب الشهادات ، باب بلوغ الصبيان و شهادتهم ، ص 650-651، (رقم الحديث :2664-طرفه في :4098)/ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري ،المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ج3، كتب الامارة، باب بيان سن البلوغ ، دار إحياء التراث العربي ، د س ن ،ص490

[2] -احمد عبد الموجود محمد فرغلي ، مرجع سابق ،ص 25

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية ،جمع و تأليف مجموعة من الباحثين بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج17 ، ط 2، دارالسلاسل ، الكويت 1427 ، ص 306

[4]- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج5 ، دار الكتب العلمية، د س ن، ص 499

شُؤُونِهِ، فَحِينَئِذٍ لاَ تَسْقُطُ حَضَانَتُهُمْ[1]. والذي يهمنا في مسألة القدرة على التربية هو الكلام عن الشروط المتعلقة بعمل المرأة الحاضنة وتأثيرها على تربية المحضون : [2]

فقد اتفق الفقهاء قديمًا وحديثًا على أن المرأة التي تعمل خارج ببيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقهافي حضانة الصغير .واختلفوا في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة:

- فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة، بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو غاسلة.
- ذهبت مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى عمل في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنها في الحضانة، فيبقى حقهافي الحضانة قائمًا. وممن قال بالرأي السابق الأستاذ محمد شلبي، والأستاذ أحمد الغندور والأستاذ بدران أبو العينين. وقال بذلك الدكتور عبد الرحمن الصابوني إلا أنه دعا إلى منح القاضي صلاحيات واسعة في تقدير قدرة الحاضنة على حضانتها للصغير ومدى تأثير العمل عليه.
- يرى الشيخ محمد أبو زهرة–رحمه الله–إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة، إلا أنه ذهب إلى أن تقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي.[3]

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية ،مرجع سابق ، ص 306

[2]- براءة علي اليوسف، حضانة المرأة العاملة دراسة فقهية مقارنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في الجامعة القاسمية امارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، د س ن ، ص 5071 – 5072

[3]– براءة علي اليوسف ،نفس المرجع ، ص 5071 – 5072

هـ-الأمانة في الدين : الأْمَانَةُ فِي الدِّينِ، فَلاَ حَضَانَةَ لِفَاسِقٍ، لأِن الْفَاسِقَ لاَ يُؤْتَمَنُ، وَالْمُرَادُ :الْفِسْقُ الَّذِي يَضِيعُ الْمَحْضُونُ بِهِ، كَالاِشْتِهَارِ بِالشُّرْبِ، وَالسَّرِقَةِ، وَالزِّنَا وَاللَّهْوِ الْمُحَرَّمِ، أَمَّا مَسْتُورُ الْحَال فَتَثْبُتُ لَهُ الْحَضَانَةُ[1] .وقد اختلف الفقهاء بالنظر لهذه المسألة من ناحية الأمانة و العدل:

- شدد الشافعية والحنابلة على ذلك واشترطوا العدالة في الحاضن وقالوا: بأن بان الفاسق يمنع منعا مطلقا من تولى الحضانة سواء أضر فسقه المحضون أم لم يضره لأنه لا يوفي الحضانة حقها، فالحضانة إنما جعلت حظا للولد، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق.
- ويرى الحنفية أن الحاضنة إن كانت أما للمحضون وهي فاسقة فسقًا يلزم منه ضياعه سقط حقها، وإلا لم يسقط حقها حتى يعقل الولد فجورها فتنزع منها كالكتابية[2]
- قَال ابْنُ عَابِدِينَ :الْحَاصِل أَنَّ الْحَاضِنَةَ إِنْ كَانَتْ فَاسِقَةً فِسْقًا يَلْزَمُ مِنْهُ ضَيَاعُ الْوَلَدِ عِنْدَهَا سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِلاَّ فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ إِلَى أَنْ يَعْقِل الْوَلَدُ فُجُورَ أُمِّهِ فَيُنْزَعُ مِنْهَا، وَقَال الرَّمْلِيُّ :يَكْفِي مَسْتُورُهَا أَيْ مَسْتُورُ الْعَدَالَةِ .قَال الدُّسُوقِيُّ :وَالْحَاضِنُ مَحْمُولٌ عَلَى الأَمَانَةِ حَتَّى يَثْبُتَ عَدَمُهَا[3].

2- الشروط المختلف فيها: هناك جملة من الشروط تشترط في الحاضن ولكن اختلف الفقهاء فيها وهي كالتالي:

أ-الإسلام: لقد اختلف الفقهاء حول اشتراط الإسلام إلى ثلاثة أقوال:

---

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية ،مرجع سابق ، ص 306

[2]- عَبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق ، محمَّد بن إبراهيم الموسَى، الفِقهُ الميَسَّر، مرجع سابق ، ص 196

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية ،مرجع سابق ، ص 306

- **القول الأول:** ويرون أن الإسلام ليس شرطا في الحاضن وقال به الحنفية[1] –واستثنوا من ذلك الكفر بالردة– والمالكية وهذا ما أورده " الدميري بهرام " في كتابه "كتاب الشامل في فقه الإمام مالك" بقوله: (...ولا يشترط الإسلام على المشهور..) [2]، وكذلك قول أبي سعيد الاصطخري حيث قال: تثبت للكافر على المسلم: لما روى عبد الحميد ابن سلمة عن أبيه أنه قال: أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام، فاختصما إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ :يَا غلام اذهب إلى أيهما شئت، إن شئت إلى أبيك، وإن شئت إلى أمك، فتوجهت إلى أمي، فلما رآني النبي صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فملت إلى أبى فقعدت في حجره[3]"
- **القول الثاني:** وقال به الشافعية والحنابلة ، أن الإسلام يشترط في الحاضن ؛ لأن الحضانة جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر، لأنه يفتنه عن دينه، وذلك أعظم الضرر.وأدلتهم : قوله تعالى: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ..."[4]
- **القول الثالث:** وقال به ابن حزم من الظاهرية، أن الإسلام ليس شرطا للحضانة، ويحق للكافرة حضانة طفلها حتى يبلغ ابنها من السن والاستغناء مبلغ الفهم، ثم تسقط حضانتها، ومن هنا قدر ابن حزم أن مصلحة المحضون تكون مع أمه الكافرة . مدة عدم استغنائه عنها مراعاة لمصلحة المحضون وأن مصلحة المحضون تكون مع أمه كافرة كانت أم مسلمة.[5]

---

[1]- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4 ، ط2، دار الكتب العلمية، 1986م، ص 43

[2]- الدميري بهرام ،الشامل في فقه الإمام مالك، ج 1 ، ط 1 ، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د ب ، 2008 ص 508

[3]– أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج 18 ، دار الفكر، د س ن ، ص 321

[4]– سورة التوبة : الآية 71

[5]– احمد عبد الموجود محمد فرغلي ، مرجع سابق ، ص 26–27

ب-الحرية: اختلف الفقهاء حول اشتراط الحرية في الحاضن إلى ثلاثة أقوال:

- **القول الأول:** الحرية شرط في الحضانة ،ولا حق للأمة والرقيق فيها و هو مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة. ومنه فالرقيقةَ لَا حق لَهَا فِي حضَانَة الْوَلَد الْحر لِأَنَّهُ ضرب من الْوَلَايَة وَالرّق يُنَافِي الولايات[1] ، وقد ذكر هذا" موفق الدين ابن قدامة" في كتابه " كتاب الكافي في فقه الإمام أحمد" بقوله : (ولا حضانة لرقيق، لعجزه عنها بخدمة المولى...)[2]
- **القول الثاني:** الحرية ليست بشرط في الحضانة و للأمة حضانة ولدها مطلقا و هو مذهب المالكية.
- **القول الثالث:** وهو قول أبو حامد الاسفراييني، وهو أن الحرية ليست بشرط لمن كانت أمة ولها ولد من سيدها إلى أن يبلغ المحضون سبع سنين ؛ ثم تنتقل الحضانة للسيد[3].

ت-**عدم زواج الأم بزوج أجنبي عن المحضون:** وقد اختلف الفقهاء حول هذا الشرط:

- **القول الأول:** وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، حيث إن المرأة إذا تزوجت انشغلت عن الحضانة باستمتاع زوجها فلا تقوم بالحضانة.

واستدلوا بحديث عَنْ عبدالله بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ، مَا لَمْ تَنْكِحِي."[4]،[5].

---

[1]- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج2 ، ط2 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 231

[2]- موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 3 ،ط 1 ،دار الكتب العلمية، د ب ، 1994، ص 245

[3]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج9، ط 3، المكتب الإسلامي،1991، ص 99

[4]-أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، كتاب بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، ج1 ، ط 7 ،دار الفلق ، الرياض ، 1424هـ ، ص 350

[5]- أخرجه أحمد، المسند، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، حديث رقم (6707)، وأبو داود، السنن، كتاب: الطلاق، باب: من احق بالولد، حديث رقم (2279)

و هذا ما أورده " المقدسي بهاء الدين " في كتابه " كتاب العدة شرح العمدة " بقوله في المسألة رقم 16(ولا حضانة لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل)، فإذا زوجت المرأة بمن هو من أهل الحضانة كالجدة المزوجة بالجد لم تسقط حضانتها لأن كل واحد منهما له الحضانة منفردًا فمع اجتماعهما أولى، ولأن النبي – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – جعل بنت حمزة عند خالتها لما كانت مزوجة بجعفر ابن عمتها إذ كانت من أهل الحضانة لكونه عصبة[1].

- **القول الثاني:** وهو قول محكى عن الحسن البصري وقول ابن حزم ، وهو أن عدم زواج الأم بأجنبي ليس بشرط لصحة حضانتها، واستدلوا بقوله تعالى" وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم"[2]؛ فدلت الآية الكريمة على أن المحضون يبقى مع أمه حال زواجها، ولأن النبي صل الله عليه وسلم قد تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، واستدل ابن حزم بأن الأم حملت بالولد وهو في يدها، وكان في حجرها مدة الرضاع لقوله تعالى" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"[3]، فلا يجوز نقله عن الأم أو نقلها عنه فيما ورد فيه النص، ولم يرد نص صريح يقضي بأن الأم يسقط حقها في الحضانة إذا تزوجت[4].
- **القول الثالث** :وهو أن عدم زواج الأم بأجنبي شرط لصحة حضانتها إذا كان المحضون ذكر حتى ولو رضى الزوج، وليس بشرط إذا كان المحضون أنثى إلى أن تبلغ سن سبع

[1]- عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، د ط ، دار الحديث، القاهرة ، 2003ص 478

[2]– سورة الأحزاب – الآية 23 .

[3]– سورة البقرة – الآية 233.

[4]– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى بالآثار، ج 10، د ط ، دار الفكر ، بيروت ، د س ن، ص 143

سنين،لأن رسول الله صل الله عليه وسلم جعل بنت حمزة عند خالتها إلى سبع وهي متزوجة، وهذا القول هو رواية عن الإمام أحمد[1]

ثالثا: موانع الحضانة عند الفقهاء

تحدث عنها "محمد بن محمد المختار الشنقيطي" في" كتاب شرح زاد المستقنع "ذكر موانع الحضانة في:

1-**مانع الرق:** "ولا حضانة لمن فيه رق" على كل حال فالرقيق ليس له حق في الحضانة؛ لأنه لا يملك أمر نفسه، فمن باب أولى ألا يلي أمر غيره.

2- **مانع الفسق** والفاسق له أحوال :فتارة يكون فسقه مؤثراً في الحضانة، وتارة لا يؤثر في الحضانة. ولذلك فإن من أعدل الأقوال في المسألة قول من قال أن ننظر في فسقه :فإن كان فسقه يضيع الحضانة ويؤثر فيها فلا يتولاها، مثلاً :شخص معروف والعياذ بالله ببعض المعاصي من شرب خمر أو فعل محرم من الكبائر، أو مستهتر بالحقوق والواجبات، فمثل هذا لا يعطى حق الحضانة، لكن لو كان يشرب الخمر، ولكن يؤمن شره وضرره على المحضون، أو كانت امرأة قذفت فحكم بفسقها، لكنها من أحرص الناس على أولادها، ومن أحفظهم لحق الولد أو لحق بنات أخيها أو بنات أختها، فإن الحضانة تنتقل إليها ولا يؤثر فسقها بالقذف في الحضانة؛ لأن القذف مما يوجب الفسق. وقد قال بهذا " الشيرازي ابو اسحاق " في كتابه " المهذب في فقه الإمام الشافعي" بـ(ولا تثبت الحضانة... لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقه...)[2].

[1]- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 3 ، ط 1، دار الكتب العلمية، 1994، ص 245-249

[2]- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام ، ج 3 ، د ط ، دار الكتب العلمية ، د ب ، د س ن، ص 164

ولأن مسألة مانع الفسق مهمة جدا لما لها تأثير كبير على تربية النشء وهو جيل الغد و قوام الأمة قد أهتم الاسلام بالأسرة لدورها الأصيل في تربية النشء فذكرها في مواطن عديدة ومنها قوله تعالى : (و الله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا و جعل لكم السمع و الأبصار و الأفئدة لعلكم تشكرون) [1]، فبين في هذه الآية فضل الأسرة على الانسان إذ خلقه الله مزودا بالحواس و لكنه لا يعلم شيئا فتتولى الأسرة تعليمه ، كما يشير لله تعالى إلى تأثير الانسان بأخلاق و مسلك أسرته و لهذا عندما وضعت مريم وليدها و جاءت به قومها أنكروا عليها ذلك إذ كيف يتأتى منها ما ساور أفكارهم رغم أنها من أسرة صالحين [2]، فيقول سبحانه و تعالى : (فأتت به قومها تحمله قالوا يا مريم لقد جئت شيئا فريّا (27) يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء و ما كانت أمك بغيّا (28))[3] . ومن هذا الأساس فالأسرة إذا صلح أمرها كانت نواة صالحة للمجتمع و العكس بالعكس ولا يتصور مجتمع راق وهو مكون من أسر منحلة الأخلاق ضائعة القيم ، وهذا ما يحدث مع أوربا الآن حيث عمدوا إلى الأسرة فأفسدوا فيها القيم الخلقية و حطموا الواعز الروحاني وهذا ما أدى لفساد أخلاق النشء تحت شعار الحرية [4]، وتبنيهم بعض المسائل التي اعتبروها قاضية على حرية المرأة و مضيعة لشخصيتها وعدوا الأخذ بها ضربا من ضروب التأخر و الانحطاط ، و هي : ممارسة الأم للحضانة و الرضاع هو أمر صعب و يستدعي السهر الطويل و هذا مقيد لحريتها .

3- **مانع الكفر**: الكفر فيه خلاف بين الفقهاء بكونه مانعا من عدمه ،فاختلاف الدين بين الحاضن و المحضون على مذهبين :

---

[1]- الآية 87 من سورة النحل.

[2]- حسن بن محمد الحفناوي ، الاسرة المسلمة و تحديات العصر ،ط 1،المجمع الثقافي ، أبو ظبي ، الامارات العربية المتحدة ، 2001، ص 111-112

[3]- الآية 27-28 سورة مريم .

[4]- حسن بن محمد الحفناوي، مرجع سابق ، ص 134

أ-**اختلاف الدين لا يسقط الحضانة:** قول المالكية و الحنفية ، حيث ذهبوا إلى أن اختلاف الدين بين الحاضنة و المحضون لا يؤثر في أحقيتها للحضانة فلا يشترط اسلام الحاضنة .لأن الحضانة شرعت لخدة الرضيع و القيام على شؤونه و الأم أكثر شفقة على ولدها و أكثرهم قدرة على رعايته .

ب-**اختلاف الدين يسقط الحضانة :** قول الشافعية و الحنابلة ، حيث ذهبوا إلى أن الاسلام يعتبر من ضمن الشروط الواجب توفرها لاستحقاق الأم للحضانة و بالتالي لا تجوز [1]حضانة غير المسلم للمسلم واستدلوا بأن الحضانة نوع من الولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال، وكانت حجتهم في ذلك قوله تعالى (...وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً)[2]، و قوله أيضا (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَتُرِيدُونَ أَن تَجْعَلُواْ لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُّبِينًا).[3]

واختلفوا أيضاً في إسلام الحاضن:

رأى الحنفية :أنه يشترط إسلام الحاضن واتحاد الدين، بخلاف الحاضنة؛ لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين، ولأن حق الحضانة عندهم مبني على الميراث، ولا ميراث بالتعصيب للرجال مع اختلاف الدين، فلو كان الطفل مسيحياً أو يهودياً، وله أخوان، أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، كان حق الحضانة لغير المسلم. وقد ورد في كتاب" النتف في

[1]- شبايكي نزهة ، عجة الجيلالي ، تأثير اختلاف ديانة الزوجين في إسناد حضانة الأبناء ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد 58، ع 1 ،الجزائر، سنة 2021، ص 245-246-247.

[2]- سورة النساء الآية 141

[3]- سورة النساء الآية 144

الفتاوى للسغدي" : (وَأما الْكفْر فانه يحل للْمُسلمِ نِكَاح الْكِتَابِيَّة ذِمِّيَّة كَانَت اَوْ حربية وَلَا يحل لَهُ نِكَاح غَيْرهنَّ من الكوافر وَلَيْسَ للمسلمة ان تنْكح الا مُسلما)[1]

ورأى المالكية :أنه لا يشترط إسلام الحاضن أيضاً كالحاضنة؛ لأن حق الحضانة للرجل لا يثبت عندهم إلا إذا كان عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، فالحضانة في الحقيقة حق للمرأة[2].

4-مانع زواج المرأة بأجنبي :هل تسقط بمجرد العقد أم لابد أن يدخل هذا الزوج الأجنبي بها؟وفي هذه المسألة قولان للعلماء:

-**القول الأول :لا تسقط حضانة الزوجة إلا بدخول الزوج**، وهو مذهب المالكية ومن وافقهم رحمهم الله، وفي هذه المسألة كتب مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني في كتابه" المدونة" فيما يخص حضانة الأم : (...قُلْتُ :فَإِنْ احْتَاجَ الْأَبُ إلَى الْأَدَبِ أَنْ يُؤَدِّبَ ابْنَهُ؟ قَالَ مَالِكٌ: يُؤَدِّبُهُ بِالنَّهَارِ وَيَبْعَثُهُ إلَى الْكُتَّابِ وَيَنْقَلِبُ إلَى أُمِّهِ بِاللَّيْلِ فِي حَضَانَتِهَا، وَيُؤَدِّبُهُ عِنْدَ أُمِّهِ وَيَتَعَاهَدُهُ عِنْدَ أُمِّهِ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ إلَّا أَنْ تَتَزَوَّجَ، قَالَ :فَقُلْت لِمَالِكٍ: إذَا تَزَوَّجَتْ وَهُوَ صَغِيرٌ يَرْضَعُ أَوْ فَوْقَ ذَلِكَ فَأَخَذَهُ أَبُوهُ أَوْ أَوْلِيَاؤُهُ، ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا أَوْ طَلَّقَهَا أَيُرَدُّ إلَى أُمِّهِ؟ ، قَالَ :لَا، ثُمَّ قَالَ لِي مَالِكٌ أَرَأَيْتَ إنْ تَزَوَّجَتْ ثَانِيَةً أَيُؤْخَذُ مِنْهَا ثُمَّ إنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا أَيُرَدُّ إلَيْهَا أَيْضًا الثَّالِثَةَ لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ إذَا سَلَّمَتْهُ مَرَّةً فَلَا حَقَّ لَهَا فِيهِ، فَقِيلَ لِمَالِكٍ :مَتَى يُؤْخَذُ مِنْ أُمِّهِ أَحِينَ عَقْدِ نِكَاحِهَا أَوْ حِينَ يَدْخُلُ بِهَا زَوْجُهَا؟ قَالَ :بَلْ حِينَ يَدْخُلُ بِهَا زَوْجُهَا وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا الْوَلَدُ قَبْلَ ذَلِكَ ....)[3]. وهذا ما أورده ابن جزي الكلبي في كتابه " القوانين الفقهية " :

---

[1]- أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، النتف في الفتاوى، ج 1 ، ط 2 ، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1984 ، ص 261

[2]- وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ : الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ ،ج 10 ، دار الفكر ، سوريَّة ، دمشق، د س ، ص 307

[3]- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة ، ج 2 ،ط1 ، دار الكتب العلمية ، د ب ، 1994، ص 252

(... تسقط الْحَضَانَة بأَرْبعَة أَشْيَاء: .... تزوج الحاضنة ودخولها إِلَّا أَن تكون جدة الطِّفْل زوجا لجده لم تسْقط....)[1]

-**القول الثاني : مجرد العقد يوجب سقوط الحضانة،** وهو مذهب الشافعية والحنابلة رحمهم الله. لأن العلماء اختلفوا :هل النكاح حقيقة في العقد أو حقيقة في الوطء؟ خلاف مشهور.

وقد أثار ابن القيم مسألة أخرى فيما يخص : هَلْ سُقُوطُ الْحَضَانَةِ بِالنِّكَاحِ لِلتَّعْلِيلِ أَوْ لِلتَّوْقِيتِ؟

فَصْلٌ وَقَوْلُهُ: "مَا لَمْ تَنْكِحِي"، اخْتُلِفَ فِيهِ: هَلْ هُوَ تَعْلِيلٌ أَوْ تَوْقِيتٌ، عَلَى قَوْلَيْنِ يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا :مَا لَوْ تَزَوَّجَتْ وَسَقَطَتْ حَضَانَتُهَا ثُمَّ طُلِّقَتْ، فَهَلْ تَعُودُ الْحَضَانَةُ؟ فَإِنْ قِيلَ :اللَّفْظُ تَعْلِيلٌ، عَادَتِ الْحَضَانَةُ بِالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ إِذَا ثَبَتَ بِعِلَّةٍ زَالَ بِزَوَالِهَا، وَعِلَّةُ سُقُوطِ الْحَضَانَةِ "التَّزْوِيجُ"، فَإِنْ طُلِّقَتْ زَالَتِ الْعِلَّةُ، فَزَالَ حُكْمُهَا، وَهَذَا قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ، مِنْهُمُ الشَّافِعِيُّ، وأحمد، وأبو حنيفة.

ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، هَلْ يَعُودُ حَقُّهَا بِمُجَرَّدِهِ، أَوْ يَتَوَقَّفُ عَوْدُهَا عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ، وَهُمَا فِي مَذْهَبِ أحمد وَالشَّافِعِيِّ، أَحَدُهُمَا :تَعُودُ بِمُجَرَّدِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .وَالثَّانِي :لَا تَعُودُ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ، وَهُوَ قَوْلُ أبي حنيفة والمزني، وَهَذَا كُلُّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ " :مَا لَمْ تَنْكِحِي " تَعْلِيلٌ، وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ .وَقَالَ مالك فِي الْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِهِ :إِذَا تَزَوَّجَتْ وَدَخَلَ بِهَا لَمْ يَعُدْ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ وَإِنْ طُلِّقَتْ، قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ :وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ " مَا لَمْ تَنْكِحِي " لِلتَّوْقِيتِ، أَيْ :حَقُّكِ مِنَ الْحَضَانَةِ مُوَقَّتٌ إِلَى حِينِ نِكَاحِكِ، فَإِذَا نَكَحْتِ انْقَضَى وَقْتُ الْحَضَانَةِ، فَلَا تَعُودُ بَعْدَ انْقِضَاءِ وَقْتِهَا كَمَا لَوِ انْقَضَى وَقْتُهَا بِبُلُوغِ الطِّفْلِ وَاسْتِغْنَائِهِ عَنْهَا .وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ :يَعُودُ حَقُّهَا إِذَا فَارَقَهَا زَوْجُهَا، كَقَوْلِ الْجُمْهُورِ، وَهُوَ قَوْلُ المغيرة وابن أبي حازم .قَالُوا :لِأَنَّ الْمُقْتَضِيَ لِحَقِّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ هُوَ قَرَابَتُهَا الْخَاصَّةُ، وَإِنَّمَا عَارَضَهَا مَانِعُ

[1]- أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، د ط ، د س ن ، د ب ، ص 149

النِّكَاحِ؛ لِمَا يُوجِبُهُ مِنْ إِضَاعَةِ الطِّفْلِ، وَاشْتِغَالِهَا بِحُقُوقِ الزَّوْجِ الْأَجْنَبِيِّ مِنْهُ عَنْ مَصَالِحِهِ، وَلِمَا فِيهِ مِنْ تَغْذِيَتِهِ وَتَرْبِيَتِهِ فِي نِعْمَةِ غَيْرِ أَقَارِبِهِ، وَعَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ مِنَّةٌ وَغَضَاضَةٌ، فَإِذَا انْقَطَعَ النِّكَاحُ بِمَوْتٍ أَوْ فُرْقَةٍ زَالَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضِي قَائِمٌ، فَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ أَثَرُهُ، وَهَكَذَا كُلُّ مَنْ قَامَ بِهِ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ مَانِعٌ مِنْهَا، كَكُفْرٍ، أَوْ رِقٍّ، أَوْ فِسْقٍ، أَوْ بَدْوٍ، فَإِنَّهُ لَا حَضَانَةَ لَهُ، فَإِنْ زَالَتِ الْمَوَانِعُ، عَادَ حَقُّهُمْ مِنَ الْحَضَانَةِ، فَهَكَذَا النِّكَاحُ وَالْفُرْقَة.[1]

هذه الموانع ليست على سبيل الديمومة، فإن زال المانع عاد الحق ، فإذا زالت الموانع منهم مثل(إن طلقت المزوجة أو عتق الرقيق أو أسلم الكافر أو عدل الفاسق) عاد حقهم من الحضانة (لأنه زال المانع فثبت الحكم بالسبب الخالي من المانع)[2]

الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من شروط الحضانة

الحضانة (عرفها الشافعية : تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه و دفع ما يضره ، عرفها المالكية : حفظ الولد في مبيته و مؤونة طعامه و لباسه و تنظيف جسمه ، أما الحنابلة : حفظ الصغير و غيره عما يضره و تربيته بعمل صالح)[3]، من خلال هذه التعريف الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوفر شروط معينة ،لما لها من دور كبير في تنشئة الطفل المشمول بالحضانة، و التي اذا تم اختلالها تسقط الحضانة عن مستحقها سواء كانت الأم أو الأب أو غيرهما .

[1]– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج 5 ، ط 27 ، مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1994، ص 404–405

[2]– عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، مرجع سابق ، ص 479

3–محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج 5 ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003، ص 252

أولا: شروط الحضانة في القوانين المغاربية

ومما تقدم ذكره اتفق جل الفقهاء على سقوط الحضانة بسبب اختلال شروط استحقاقها وهذا ما أخذت به التشريعات العربية في قوانين الاحوال الشخصية، لكن الاختلاف الموجود كما سنرى لاحقا ، أن التشريعات الوضعية ميزت بين المانع الاضطراري لسقوط الحضانة و المانع الاختياري لسقوطها لما له أثر على حق الرجوع فيما بعد .حيث اتفقوا كل التشريعات أن اختلال شروط الحاضن تعد من المانع الالزامي لسقوط الحضانة وهي في المجمل : الأهلية – العقل – البلوغ – الرشد – القدرة – الأمانة و الأخلاق – الاسلام .وهذا ما سنبينه فيمايلي:

1- في حالة وجود نص قانوني:

لقد خصصت تشريعات الاحوال الشخصية نصوصا قانونية تحدد شروط الحضانة وهي:

أ-**القانون الجزائري** :نص في المادة **62/ 2** ق ا ج (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) .

ب- **القانون التونسي** : نصت في الفصل 58: (يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلّفا 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 محرّما بالنسبة للأنثى. وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرّما للمحضون أو وليّا له أو يسكت من له الحضانة مدّة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقّه فيها أو أنّها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في آن واحد) .

ت-**القانون المغربي** : نص في المادة 173 من مدونة الاسرة (شروط الحاضن الرشد القانوني لغير الأبوين- الاستقامة والأمانة- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه.) .

ث-**القانون الليبي** : نص في م **65** (يشترط في الحاضن ذكرًا كان أم أنثى أن يكون بالغًا عاقلا أمينًا قادرًا على تربية المحضون وصيانته ورعايته خاليًا من الأمراض المعدية ، ويختص الحاضن الذكر بأن يكون محرمًا للمحضونة الأنثى وعنده من يحضن من النساء

وتختص الحاضنة الأنثى بألا تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون) .

ج-**القانون الموريتاني**:نصت في م122 (يشترط لأهلية الحاضن: العقل؛ السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب؛ القدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقاً؛ الاستقامة والأمانة، وهو محمول عليها حتى يثبت خلافها؛ الرشد فيما يقبض من نفقة المحضون؛ عدم الاشتهار بغلظة تضر المحضون؛ الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم؛ حرز المكان عندما يكون وضع المحضون يتطلب ذلك).

وبتصفحنا لهذه المواد تبين جليا الاختلاف الوارد بشأن الشروط الواجب توافرها في الحاضن سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما ممن يستحقون الحضانة قانونا، وهذا ما أكدت عليه مدونة الأسرة المغربية عندما ذكرت كلمة " لغير الأبوين " فقد ميزت بين الحاضن من الأبوين والحاضن من غيرهما هذا الأمر لم يتطرق له باقي تشريعات المغاربية لكل من(الجزائر – تونس – ليبيا – موريتانيا .)

ومن هذا المنطلق سيتم تناول شروط الحاضن العامة (المشتركة) على أساس قانوني بثوب فقهي شرعي :

أ-البلوغ و العقل والرشد:

هذا الشرط سيكون محل نظر أمام القوانين المغاربية بحيث نجد أن :

***المشرع الجزائري** :في المادة 2/62 من ق ا ج قد ذكر شرط الأهلية (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) وقد استخدم المشرع مصطلح" الأهلية" بمعنى القدرة و الاستطاعة على تربية الصغير و القيام بشؤونه (م 1/62 ق ا ج).وهنا نتساءل ما هو المقصود بمصطلح "الأهلية" في قانون الأسرة ، هل له نفس المدلول في القانون المدني (أهلية الأداء و أهلية الوجوب) ، أم هي أهلية الأداء فقط ، بالاضافة لذلك هل ربط المشرع الجزائري الأهلية بسن الرشد القانوني وهنا تطبق عليه القواعد العامة للأهلية في قانون المدني من عوارض الأهلية هذه كلها استفهامات تركها المشرع الجزائري دون تفصيل في قانون الاسرة الجزائري حتى بعد تعديله الأخير سنة 2005.

***المشرع التونسي:** في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 58 [1] ذكر شرط التكليف (يشترط في مستحق الحضانة أن يكونا مكلفا ...) ، وقد استخدم المشرع التونسي مصطلح : التكليف " بالمعنى الذي قاله "محمد حسين الجيزاني ": يشترط في الآدمي المكلف شرطان :العقل، وفهم الخطاب، ويخرج بهذين الشرطين :المجنونُ، والصبي؛ لأنهما لا يفهمان ولا يدركان خطاب الشرع، وقد يختل الفهم ويغيب الإدراك لغير هذين السببين – الجنون والصبى – وذلك :كالغفلة، والنسيان، والنوم، والسكر، والإغماء، فهل هذه الأمور مانعة من التكليف؟ وهل يشترط في المكلف– إضافة إلى العقل وفهم الخطاب – أن يكون مختارًا غير مكره؟ أو أن يكون مسلمًا غير كافر؟[2] .

إن الله تعالى قد وهب الإنسان عقلاً به يميز ويدرك ويقف على الأمر والنهي نهياً، ويستطيع تطبيق أوامر الشرع ونواهيه تطبيقاً يقوم عليه نظام المجتمع وصلاح أحواله واستقامة

---

[1]- أمر علي 13 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصيّة، المنقح بالقانون عدد 7 لسنة 1981المؤرخ في 18 فيفري 1981

[2]–حمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي ، ط 5، 1427 هـ /2005م، السعودية ،ص 345

أموره، والإنسان لا يعد مسؤولاً ومكلفاً في الإسلام إلا إذا بلغ وكمل عقله وأصبح رشيداً. والرشيد يقصد به من بلغ سن الرشد وأصبح أهلا لتحمل المسؤولية والتكليف ورعاية الأمانة. و سن الرشد سن اكتمال العقل الإنساني وقدرته على الإدراك والاختيار، وهو الرشد المقترن بالتكليف. فلا يتجه التكليف إلى الإنسان – رجلاً أو امرأة – إلا إذا بلغ، وللبلوغ تقدير قانوني من منظور التشريع التونسي الذي حدده ب 20 سنة كاملة (م 152 مجلة الاحوال الشخصية).

***المشرع المغربي:** في مدونة الأسرة المادة 173 اعتمد مصطلح " سن الرشد القانوني " ، بقوله :(شروط الحاضن : الرشد القانوني لغير الأبوين ..." و المقصود بسن الرشد القانوني هو البلوغ من العمر 18 سنة شمسية كاملة المنصوص عنه في(م 209 مدونة الأسرة المغربية). فالحاضن يكون في هذه الحالة متمتعا بأهليتي الوجوب و الأداء دون عارض من عوارض الأهلية (كالجنون [1]و العته[2]) لأنه يصبح في حد ذاته بحاجة إلى ولي أو وصي يدير شؤونه مما يؤدي في النهاية إلى استحالة اسناد الحضانة إليه طالما يفتقر للعقل الذي هو مناط التكليف و أداة التفكير و فاقد الشيء لا يعطيه .غير أن الرشد القانوني في الحاضن سواء كان الأم أو الأب لا يشترط إلا استثناء من القاعدة المذكورة أعلاه و هي توفر الرشد القانوني لغير الأبوين و ذلك انسجاما مع مقتضيات كل من المادتين 20 – 21 من مدونة الأسرة التي تسمح بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني بشرط الحصول على إذن القاضي المكلف بالزواج و موافقة النائب الشرعي على الزواج و يكتسب المتزوجان الأهلية لممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات كما نصت المادة 22 من المدونة ومن ضمن هذه الحقوق التي يكتسبها القاصر او القاصرة المتزوجة التقاضي بشأن ما يتصل بالحضانة وما يرتبط بآثارها فمدونة الأسرة لم تتطرق بخصوص شروط الحضانة إلى وجوب توفر الحاضن على الملكة العقلية

[1]–المادة 217 مدونة الأسرة المغربية

[2]– المادة 216 مدونة الاسرة المغربية " المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته."

ولكن توفر شرط العقل في الحاضن تقضي به القواعد العامة و بالتالي بجب الا يكون الحاضن مصابا بجنون أو عته لأن تسليم الصغير لغير العاقل تعريض له للخطر .[1]

***المشرع الليبي:** فقد ذكر في المادة 65 من قانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج و الطلاق و آثارهما " يشترط في الحاضن ذكرا كان أم أنثى أن يكون بالغا عاقلا. أما ما يلاحظ في قانون الجمهورية الموريتانية الاسلامية في قانون رقم 52 لسنة 2001 بتاريخ 2001/08/15 في مادته 122 " يشترط لأهلية الحاضن: العقل....." قد ذكر مصطلح العقل ولم يحدد ما المقصود من ذلك ؟

- **دراسة مقارنة بين التشريعات المغاربية**

***من حيث الأهلية:** استعمال مرادفات مختلفة تدل على الأهلية في الاداء **مثال:**

-**المادة 122 من القانون الموريتاني** التي أشارت للأهلية بمصطلح العقل .وفي القانون الليبي عندما قال " .. أن يكون بالغا عاقلا ..." والمقصود به أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير ومُلِمًّا بكل المخاطر التي تعرقله بمناسبة أدائه لهذه المهمة ليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه وقد عُرف عند البعض (هو آفة تصيب عقل الإنسان تجعله عديم الأهلية، لا يقدر على التمييز، وبالتالي لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواء التي في صالحه أو التي في غير صالحه[2]). وعلى هذا الأساس لا يكون قطعا في منصب المتولي لشؤون غيره خصوصا أن الهدف من الحضانة توفير الحماية و هذا غير متوفر عند المجنون . والمشرع الموريتاني في المادة : (172) عرف المجنون: "المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء كان الفقد مستمراً أو منقطعاً تعتريه فترات يرجع إليه عقله فيها.

[1]– محمد الشافعي : الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة ، سلسل البحوث القانونية 24 ، كلية الحقوق ، مراكش ، د س ، ص 297

[2]–خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2010 ، ص 47 – 48

ناقص العقل هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات السليمة ويغبن في المبايعات. السفيه هو من يبذر ماله بصرفه في ما لا نفع فيه ويعتبر الراشدون عبثاً".

– **المشرع الجزائري** الذي ساوى في هذا بين المجنون و المعتوه و السفيه من خلال نص المادتين : المادة81 ق أ ج: (من كان فاقد الأهلية أو نقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.)
المادة 101ق ا ج:(من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه).لأن كل هذه العوارض التي تطرأ على الشخص تجعله فاقدا للقدرة على تدبير شؤونه و بالتالي عجزه منطقي في تدبير شؤون غيره .وكل التصرفات التي تكون في هذه الحالات تكون غير نافذة طبقا لنص المادة 85 ق ا ج:" تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".في هذه الحالة نطرح تساؤل : هل أخذ المشرع الجزائري بمفهوم المخالفة لنص المادة 85 ق ا ج بالجنون المتقطع عندما قال اذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ؟ أي هل تسقط الحضانة في حالة المرض و تعود في حالة الانقطاع عن المرض ؟

–**المشرع التونسي** قد ميز بين المجنون و ضعيف العقل في الفصل 160من مجلة الاحوال الشخصية من أمر علي لسنة 1956 المنقح سنة 1981"المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها. أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات".

***من حيث غموض المصطلحات**

بالموازاة مع هذا الاشكال تبرز اشكالات أخرى باستقراء المواد التالية و التي تترك فراغا قانونيا في مسألة سقوط الحضانة من الحاضن لارتباطها بمسألة الجنون والعته و السفه :

من القانون الجزائري : المادة 81 ق ا ج:(من كان فاقد الأهلية أو نقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون)

المادة 85 ق اج:(تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه.)المادة 86 ق ا ج: (من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة (40) من القانون المدني.) المادة 2/40 ق م ج: من الأمر 75-58 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني : (.....و سن الرشد 19سنة كاملة

من القانون المغربي : مدونة الاسرة المغربية ،المادة217 : (يعتبر عديم أهلية الأداء ..... ثانيا : المجنون وفاقد العقل يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها). القانون الموريتاني المادة 172: (المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء كان الفقد مستمراً أو منقطعاً تعتريه فترات يرجع إليه عقله فيها. ناقص العقل هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات السليمة ويغبن في المبايعات. السفيه هو من يبذر ماله بصرفه في ما لا نفع فيه ويعتبر الراشدون عبثاً.) والمادة 173 (لا تعتبر تصرفات المجنون وناقص العقل والسفيه نافذة إذا صدرت منهم في حالة الجنون أو نقص العقل أو السفه)

في القانون التونسي :الفصل 160 من م ا ش ت (المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يؤوب إليه عقله فيها. أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيئ التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات)

- **نظرة تحليلية**

بتحليل ما سبق يتضح وجود اختلاف بين التشريعات المغاربية في تحديد سن الرشد الذي على أساسه يمارس الحاضن حقه في الحضانة مع زواج المجنون في القانون المغربي الذي يترك علامات استفهام فيما بخص مصير الطفل المحضون .

وهنا تطرح عدة تساؤلات منها :

- المادة 23 من مدونة الاسرة من منظوري الشخصي تشكل تناقضا بين اركان الزواج الصحيح و مفهوم الجنون لتحقيق مصلحة المحضون في الأخير .
- هل تتسقط الحضانة عن الحاضن غير الوالدين إذا كان سفيها أو معتوها وما الضابط المحدد له ؟
- الحاضن المصاب بجنون متقطع ، ما مصير ممارسة الحضانة في حالة الرجوع المؤقت لعقله مثلما أخذ به المشرع المغربي الذي جعله كاملا للأهلية .
- ما هو الفرق بين ضعيف العقل و ناقص العقل مع مصطلحي السفيه و ذي الغفلة . هل يحق لهذا الشخص ممارسة الحضانة على الطفل ؟أم لا ؟

كل هذه التساؤلات من منظورنا الشخصي تعد فراغات قانونية أوجب تداركها خصوصا أنها تمس مصلحة المحضون الأولى بالرعاية و العناية .

ب-**القدرة(الجسمية و الصحية):** لا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن او مرض ذلك من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها و الاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا و خلقيا و اجتماعيا [1].ويرى غالبية الفقهاء انه لا حضانة لكفيفة او ضعيفة البصر[2] .

[1]– باديس دياببي: آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض–نفقة – عدة – حضانة – متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008، ص 58 .

[2]– المحكمة العليا : المجلة القضائية ، العدد 4، غرفة الأحوال الشخصية ، ، ص 76

وهذا ما أورده قرار بتاريخ 1984/07/09 ، ملف رقم :33921(من المقرر في الفقه الاسلامي وجوب توفر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الاسلامي . و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية ...)، و لا لمريضة مرضا معديا او مرضا يقف بينها و بين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه و لا لمتقدمة في السن. هذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة على غرار بعض التشريعات كالمشرع الموريتاني في نص المادة 122 من قانون رقم 52 لسنة 2001 بتاريخ 15 / 8 / 2001 (.... السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب؛ القدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقاً).وهوما أخذ به المشرع التونسي في الفصل[1]58 مجلة الاحوال الشخصية (يشترط في مستحق الحضانة أن يكون ..... سالما من الأمراض المعدية .....) وهو ما أخذ به المشرع الليبي في المادة 65[2] من قانون الاحوال الشخصية الليبي: (يشترط في الحاضن ذكرًا كان أم أنثى أن يكون.. خاليًا من الأمراض المعدية..). أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 173 من مدونة الأسرة :(... القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته .... صحة وخلقا ..)

ومن خلال هذا حتى يستطيع مستحق الحضانة أداء الرعاية الصحية للمحضون أوجب أن يتمتع بصحة جيدة و قدرة تمكنه من أداء ذلك و إلا يسقط حقه في ذلك .

وهذا ما ورد عن أبي سلمة سمع أبا هريرة بعد يقول : " قال الرسول صلى الله عليه و سلم : لا يوردنّ ممرّض على مُصِحٍ".[3] قال الرحباني " وكذا لو كان بالأم برص أو جذام، سقط حقها

[1]– الأمر 13 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصيّة

[2]– قانون رقم (10) لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم

[3]– رواه البخاري، كتاب الطب، حديث رقم:5771 ،ص 1461

من الحضانة كما أفتى به المجدد ابن تيمية، وصرح به العلائي الشافعي في قواعده، وقال: لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها، قال في" الإنصاف "وقاله غير واحد، وهو واضح في كل عيب متعد ضرره إلى غيره ويثار هنا لو كان الحاضن مصابا بمرض نقص المناعة المكتسبة(الإيدز) فهل تسقط حضانته أو لا؟ هذه المسألة فيها نظر، والرأي الراجح أنه لا يجوز إسقاط حضانة الحاضن فقط لأنه مصاب(بالإيدز)إذا لم يثبت أن استمرار حضانته للطفل ستؤدي لإصابة الطفل بالمرض أو كان المرض سيؤثر على حواس الحاضن بحيث يصبح غير قادر على القيام بواجبات الحضانة ففي هذه الحالة تذهب آراء الفقهاء قياسا على الأمراض الأخرى إلى إمكانية إسقاط الحضانة.[1]

اضافة للأمراض الأخرى يشترط لاستحقاق الحضانة و رعاية لمصلحة المحضون أن يكون الحاضن خاليا من كل مرض نفسي .فإن كان المرشح تكتنفه اضطرابات نفسية تسلبه إدراكه العقلي كان غير أهل للحضانة.مع تقديم الدليل الذي يثبت ذلك و هذا ما ذهب إليه القضاء في ملف القضية رقم 265727 قرار بتاريخ 2002/02/13(إن اسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون اثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ...)[2]

ت-الأمانة و الأخلاق : أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة ، يجب أن يكون أمينا على المحضون من أجل تربيته تربية حسنة بعيدا عن كل انحراف من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر و الضياع .وعليه فالفاسق[3] (المقصود بالفسق المانع من الحضانة : هو الفسق الذي يلزم منه ضياع المحضون أو فساد أخلاقه و سوء تربيته لأن هذا الفسق يحمل صاحبه على إهمال المحضون و التفريط في حقه فلا يحصل المقصود من حضانته

[1]-.مفلح بن ربيعان بن شفلوت القحطاني: موقف القضاء السعودي من حضانة الاطفال، جامعة الملك سعود ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، العدد الثالث والسبعون- ، السعودية ، 2018 ،ص -359

[2]- المجلة القضائية : العدد 2 ، 2002 ، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا 2004 ، ص 432

[3]-عبد الكريم زيدان ، مرجع سابق ، ص38

فلا يبقى مبررا لبقاء حضانته لأنها شرعت لمصلحة المحضون و قد فاتت هذه المصلحة بسبب الفسق فيسقط حقه في الحضانة ،و هذا ما أشار إليه " كشاف القناع " بقوله :" ولا حضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها" ونضيف قول ابن عابدين رحمه الله في هذا " و الحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم ضياع الولد عنها سقط حقها و الا فهي أحق به إلى أن يعقل فينتزع منها كالكتابية ")أو السكّير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجلا تسقط عنه الحضانة وقد اعتبر القضاء أن جريمة الزنا من أهم مسقطات حق الحضانة وهذا ما أورده القضاء الجزائري في ملف القضية رقم 171684 قرار بتاريخ 1997/09/30 (من المقرر شرعا و قانونا 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 المحكوم عليها من جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 62 قانون الاسرة الجزائري)[1]

وبالرجوع لملف القضية رقم 31997 قرار بتاريخ 1984/01/09 (سقوط حق الحضانة عن الأم و عن الجدة لأم : (متى كان من المقرر شرعا سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها فانه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا . و للحكم بخلاف هذا المبدأ ، أستوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد اسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها و إقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها .[2] وما يلاحظ في قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط على خلاف التشريعات الأخرى : فالمشرع المغربي ذكر ذلك في المادة 173 (شوط الحاضن ..الاستقامة والأمانة ..) ، اما المشرع التونسي فذكر ذلك في الفصل 58 (يشترط في

[1]–المحكمة العليا : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2011 ، ص 169

[2]– قرار المحكمة العليا : المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد رقم 01 ، الجزائر ،سنة 1989، ص 73

مستحق الحضانة أن يكون مكلّفا أمينا...)، و في القانون الليبي نص على ذلك في المادة 65 (...يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلّفا أمينا...)، أما القانون الموريتاني فقد ذكر مصطلحا مغايرا لما سبق في نص المادة 121 : (يشترط لأهلية الحاضن: ... الاستقامة والأمانة، وهو محمول عليها حتى يثبت خلافها....) وشرط الأمانة و الأخلاق شرط ممتد لشرط الاسلام الذي سنتكلم عنه لاحقا .

ث-الاسلام: هل يشترط أن يكون الحاضن مسلما إذا كان المحضون مسلما ؟ فقد يكون الصغير مسلما تبعا لأبيه و تكون أمه كتابية ، فهل تكون الحضانة لأمه الكتابية ؟

***موقف المذاهب الأربعة :**

نتطرق لموقف المذاهب الاربعة من شرط الاسلام في هذه المرحلة لارتباطه بما سندرسه لاحقا حول ارتباطه باتفاقية حقوق الطفل 1984.

-**مذهب الحنفية** : وله 4 حالات :

- ✓ -**الحالة الأولى** : الكتابية كالمسلمة في حضانة الصغير فقدأخذ به المشرع الليبي في المادة 64 (تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم).
- ✓ -**الحالة الثانية** : إذا كان الصغير يعقل الدين أو يخلف عليه الكفر يؤخذ من الكتابية
- ✓ -**الحالة الثالثة** : لا حضانة للمرتدة أو المرتد ، ورد في " الدّر المختار و ردّ المحتار " (إلا أن تكون مرتدة فحتى تسلم لأنها تحبس و تضرب فلا تتفرغ للحضانة)
- ✓ -**الحالة الرابعة** : إذا كانت الحضانة للعصبة اشترط الحنفية اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون لأن حق الحضانة بالنسبة إلى العصبات مبني على استحقاق الإرث و لا إرث مع استحقاق الدين

-**مذهب المالكية** : الاسلام عندهم ليس بشرط سواء للرجل أو المرأة فقد جاء في " الشرح الكبير " للدردير" : (الاسلام ليس شرطا في الحاضن ذكرا أو أنثى و ضمت الحاضنة غير المسلمة لمسلمين – أخذ به القانون الموريتاني في نص المادة 122(الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم؛ حرز المكان عندما يكون وضع المحضون يتطلب ذلك.)– إن خيف على المحضون منها الفساد : كأن تغذيه لحم الخنزير او خمر ليكونوا رقباء عليها و لا ينزع منها و لا يشترط الجمع بل المسلم الواحد كاف في ذلك) وقالوا لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم إذ لا ولاية عليه ، لكن الحضانة تثبت للمسلم على الكافر لأن فيه مصلحة للمحضون .

-**مذهب الحنابلة** : جاء في " كشاف القناع " في فقه الحنابلة (ولا حضانة لكافر على مسلم بل ضرره أعظم لأنه يفتنه و يخرجه عن الاسلام ...)

-**مذهب الجعفرية** : اشترطوا اسلام الحاضنة اذا كان المحضون مسلما فقد جاء في شرائع الاسلام (ولا حضانة للأمة و لا للكافرة مع المسلم)

-**مذهب الظاهرية** : قال ابن حزم الظاهري : (و الأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن و الاستغناء مبلغ الفهم فلا حضانة للكافر و لا فاسقة و يعلل ابن حزم ما قاله بقوله : وأما تقديم الدين فلقول الله تعال: (و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الاثم و العدوان) وبهذا فمن ترك الصغير (ة) يدرب على سماع الكفر فقد ساعد العدوان و الاثم .

***موقف التشريعات المغاربية:**

و بالاستناد لما تقدم ذكره و نظرا للخلفية الاسلامية المشتركة بين دول المغرب العربي و هي الديانة الاسلامية ، ومن خلال قراءتنا للمواد المتعلقة بشروط الحضانة لاحظنا جعل الاسلام شرطا لاستحقاق الحضانة بين كافة التشريعات المغاربية وهذا بالرجوع لاحتكام مبادئ الشريعة الاسلامية

و خصوصا المذهب المالكي المتبع في الدول المغاربية.ولتتضح الفكرة أكثر حاولنا التطرق لبعض المواد الآخذة بهذا فيمايلي :

-المادة 62 ق ا ج بنصه على عبارة" القيام بتربيته على دين أبيه (باستقراء هاتين المادتين- 62-67- يطبق القاضي امتياز الديانة إذا خيف على تربية المحضون على غير دين أبيه المسلم في الزواج المختلط، مما يستوجب إسقاط الحضانة عن الأم غير المسلمة، لأن حق الحضانة في هذه الحالة أصبح متعارضا مع حق الصغير، وهذا الحق الأخير مقدّم على حق والديه.فإذا كان المبدأ القانوني الذي ترتكز عليه الأسرة الجزائرية أن الطفل ينشأ على دين أبيه وليس على دين والديه فإن هذا الحكم يعد من النظام العام، أي من القواعد الآمرة التي تجعل من الاتفاق المخالف لهذا اتفاقا باطلا، بمعنى كل اتفاق بين زوجين مختلفي الديانة يمس بديانة أطفالهما يعد لاغيا ، وكذا الشأن بالنسبة للاتفاق الذي يحرم الأب من ممارسة حقه في تربية طفله على دينه)[1]

فما دام زواج المسلمة بغير المسلم ممنوعا شرعا وقانونا[2]، ويجوز للزوج أن يتزوج غيرالمسلمة، فإنه يجب على هذه الأخيرة أن تربي الأبناء في حالة وجودهم على دين أبيهم وهوالإسلام[3]. وهذا تصريح واضح لأخذ المشرع الجزائري بشرط الاسلام حتما .

وما يلاحظ على القانون الليبي لم ينص صراحة على شرط الاسلام و انما ذكر في المادة 64 قانون الليبي :(تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد

---

[1]- عفرة حياة : امتياز الديانة كمعيار لتطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على الحضانة في الزواج المختلط، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة تيزي وزو، -259المجلد 15 العدد 02 السنة 2020 ، ص.244

[2]- المادة 30 ق ا ج: (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) "يحرم من النساء مؤقتا:المحصنة ، المعتدة من طلاق أو وفاة ، المطلقة ثلاثا، :ما يحرم مؤقتا : الجمع بين الأختين أو بين المرأة أو خالتها ، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع ، زواج المسلمة من غير المسلم."

[3]-شوقور فاضل: قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل، مجلة الدراسات القانونية و السياسية – العدد 06 ، جامعة عمار ثلجي بالأغواط ، الجزائر ، جوان 2017 ، ص 342

على غير دين أبيهم المسلم). اما القانون الموريتاني لم يذكر الاسلام صراحة واشترط في م 122 قانون رقم 52 لسنة2001 : (الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم). وهو ما سار عليه المشرع التونسي في الفصل59 من مجلة الأحوال الشخصية إذ أجاز للكافرة التي لم تكن أما للمحضون إسناد الحضانة لها، ولكن لا بد من توفر شرطين أولهما :ألا يكون الطفل بالغا خمس سنوات ،أي أنه مازال بعد لم يتوفر لديه الفهم والمعرفة لما يراه ويسمعه يشاهده، ثانيهما :ألا تستغل الحاضنة حضانتها للولد لإبعاده عن دين أبيه بتربيته على دين الكفر وتغذيته من المحرمات.....[1]

ورد امتياز الديانة كذلك في نصوص المواد 3/173 و 6/54 و 145 من مدونة الأسرة المغربية ، إذ نصت المادة 3/173 على أن " شروط الحاضن :القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا " وتضيف المادة 6/54 " للأطفال على أبويهم الحق في التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم."...، كما أكدت المادة145بصريح العبارة على أن الولد يتبع دين أبيه، إذ جاء فيها " متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالاستلحاق.

أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعيا يتبع أباه في نسبه ودينه" ، وما يؤكد ذلك تحفظ المغرب على المادة14 من اتفاقية حقوق الطفل السالف ذكرها ، وبالنتيجة تسقط الحضانة عن الأم غير المسلمة إذا ثبت أنها تربي ابنها على دين الكفر وتأكد عدم احترامها للشروط الأخرى لممارسة الحضانة، وفي مقدمتها الأمانة والاستقامة.

[1]– الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، (إذا كانت مستحقّة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وان لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه. ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة)

يفهم من ذلك أن الولد الناجم عن الز واج المختلط الذي يعقد بين مسلم وكتابية يجب أن تكون تربيته على الدين الإسلامي وإذا حاولت تربيته على دين الكفر تحرم من الحضانة[1]

،هذه المواد تشكل فارقا جوهريا بين التشريعات المغاربية لاختلاف الآراء حول شرط الاسلام و عدم التصريح الواضح على الحاضن المرتد بعد استحقاق الحضانة هذا من جهة و من جهة أخرى يجب على المشرع في الدول المغاربية الاهتمام أكثر بهذه الشروط لكثرة الزواج المختلط في هذه الدول وما ينجر عنها من اشكالات تؤثر سلبا على مصلحة المحضون من حيث تحقيق الهدف الرئيسي للحضانة وهو رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

فتوفر الشروط المتناول بالدراسة سابقا لها أثر بارز في جعل الحضانة تسقط الزاميا على مستحقها حتى و لو كانت الأم الحاضنة لما أعطاها الشرع و المشرع الأولوية في اسناد الحضانة لها في حال اختلالها وهذا لارتباطها الوثيق بمصلحة المحضون في رعايته و تربيته[2] ،لأن أحكام الحضانة تعتني من شأن التربية الإسلامية وأهميتها الاجتماعية في تحقيق الاستقرار والإصلاح الاجتماعي، ودورها في تنشئة الفرد في جميع جوانب شخصيته (العقدية، والاجتماعية، والفكرية والاقتصادية والتربوية والإبداعية) وجميع جوانب حياته العلمية والعملية، وبكونها عملية توجيه وتوعية للأفراد والجماعات، وذلك كله عن طريق دعوة أحكام الحضانة لرعاية الطفل وتدبير شؤونه كافة، وتربيته وفق المنهج السليم و تدريسه كما أورد هذا القانون المغربي (مراقبة تمدرسه م 173).

[1]– عفرة حياة : مرجع سابق ، ص 247

[2]- رائدة خالد نصيرات، وليد أحمد مساعدة، يوسف عبدالله محمد الشريفين،المضامين التربوية لأحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36)لعام 2010م ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن ، المجلد 46، ع1،2019،ص 549

2-في حالة عدم وجود نص قانوني

بالرجوع لقوانين الاحوال الشخصية للدول المغاربية نجدها قد حددت ما يتم الرجوع إليه في حالة وجود فراغ قانوني أو غموض في نص قانوني ويتضح هذا جليا من خلال:

أ- **تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية** : نص المادة 222 ق ا ج : (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.) وهذا ما قاله القانون الليبي في نص المادة 72/ب : (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)

ب- **تطبيق المذهب المالكي** :التشريع المغربي في نص المادة 400من مدونته (كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف).وهذا ما أخذ به المشرع الموريتاني في م 311(يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الأشكال إلى مشهور مذهب مالك. كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك)

ت-أما المشرع التونسي [1] لم يتطرق لهذه الحالة.

ثانيا :شروط الحضانة في القوانين المشرقية

تميزت قوانين الأحوال الشخصية للدول المشرقية ببعض من الخصوصية لما تتميز به هاته المجتمعات بداية من القانون الفلسطيني ذو الخاصية التعددية في أحكام الاحوال الشخصية

[1]- من أمر علي المؤرخ في 13 – أوت 1956 ، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66 ، الصادر في17 أوت1956

(أردنية[1] – مصرية[2])،و النظام السعودي الذي وضع في شهر مارس 2022 أول قانون ينظم الأحوال الشخصية بعدما كان يخضع للمحاكم الشرعية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وجود أكثرية مسيحية ، في بعض الدول العربية مثل سوريا – لبنان – الأردن – وتقابلها من جهة أخرى أكثرية سنية في البحرين ، الكويت ، العراق هذا ما جعلها تختلف عن التشريعات المغاربية من حيث بعض أحكام الحضانة وتتفق في بعض منها .

1-في حالة وجود نص قانوني:

حيث نجد المشرع السعودي نظم أحكام الحضانة في الفصل 2 من نظام الأحوال الشخصية السعودي[3] في المواد (124 إلى 135) ، اما قانون الأحوال الشخصية السوري [4] فتناولها في المواد(137إلى151)، و القانون الاتحادي لدولة الامارت [5] (142 إلى 158) ، أما المشرع العماني في المواد (125 إلى 137)،أما المشرع اليمني[6] تناولها في الفصل 34 من المادة 138 إلى 147وهو القانون الوحيد الذي أشار على سقوط الحضانة لوجود موانع المادة 138 (الحضانة حفظ الصغير...فلا يجوز النزول عنها و إنما تمتنع بموانعها و تعود بزوالها) ، أما دولة فلسطين و نظرا للوضعية التي تعيشها تحت وقع الاحتلال قد سنت قانونا ساري النفاذ في

1-https://www.musawah.org ، (فلسطين ، نظرة عامة على قوانين الأسرة المسلمة وممارساتها، تم التحديث في ماي 2017): الضفة الغربية : قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 المعدل ب قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1991 ، وهو قانون الأحوال، الشخصية الأردني رقم 11 لسنة 1976.

2- قطاع غزة :قانون حقوق العائلة، وهو قانون ، حقوق العائلة العثماني الصادر سنة1919 كما طبقته الإدارة المصرية لقطاع غزة آنذاك، بموجب المرسوم الجمهوري رقم، 111 لسنة 7 1941 والذي أ دخلت عليه السلطات الفلسطينية المعنية، تعديلاتٍ وإضافات.، مرجع سابق

3-مرسوم ملكي ، رقم (م/73)بتاريخ 1443/8/6 المتضمن النظام السعودي للاحوال الشخصية ، المادة 124 عرفت الحضانة بـ : (هي حفظ من لايستقل بنفسه عما يضره و تربيته و القيام على مصالحه بما في ذلك التعليم و العلاج)

4- الجمهورية العربية السورية (1953/59)المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/9/7

5- القانون الاتحادي لدولة الامارات رقم 28 لسنة 2005، ،عرف الحضانة في المادة 142(الحضانة حفظ الولد و تربيته و رعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولي في الولاية على النفس) وهذا ما ذهب اليه المشرع العماني في المادة 125

6- قرار جمهوري بالقانون 20 لسنة 1992 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني .

الضفة الغربية قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976م تناول الحضانة في الفصل 16 المواد من 154 إلى 166[1]. اما القانون العراقي رقم 188 لسنة 1959 تناولها في الفصل 2 مع أحكام الرضاع (57 بفقراتها 9) ، أما الكويت تناولت الحضانة في الباب 5 من(المادة 189 إلى 199)، اما المشرع القطري[2] في الفصل 2 من (المادة 165 إلى 188)، أما البحرين[3] تناولتها في المواد (123 إلى 138) وأخيرا القانون الأردني رقم 36 لعام 2010 تناولتها تحت مسمى الحضانة و الضم و المشاهدة من المادة 170 إلى 181).

استنادا لما تقدم حاولت كل الدول السالفة الذكر من وضع أحكاما تناسب مصلحة المحضون ابتداء من توفر الشروط الضرورية لممارسة الحضانة و استحقاقها بحيث اذا انتفت هذه الشروط لمانع انتفت معها الحضانة لكن بزواله تعود هذا ما قالت به التشريعات في المواد التالية على سبيل المثال :

*قطر[4] في المادة 166: (والحضانة حق متجدد، فإن سقطت لمانع، أو حكم باسقاطها، وزال المانع أو سبب الإسقاط، عاد حق الحضانة من جديد)

*فلسطين(الضفة الغربية) : **المادة** 158 (يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه.)

*سوريا :المادة 141(يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه)

*السعودية : المادة 130(يجوز لمن سقط حقه في الحضانة أن يتقدم إلى المحكمة بطلبها مجددا إذا زال سبب سقوطها عنه)

*الامارات المتحدة[5]: المادة 153(تعود الحضانة لمن سقطت عنه)

---

[1]– لم تعرف الحضانة مثل المشرع السوري و الكويتي

[2]– المادة 165 (الحضانة هي حفظ الولد، وتربيته وتقويمه، ورعايته، بما يحقق مصلحته)

[3]- قانون رقم 19 لسنة 2017 ملحق العدد3323 الخميس 20 يوليو2017 ج ر 11 قانون الأحوال الشخصية البحريني

[4]– قانون رقم (22) لسنة 2006 ، ج ر،ع 8 ،المتضمن قانون الاسرة القطري

[5]– القانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم 28 سنة 2005 المتضمن قانون الاحوال الشخصية

ومن هذا المنطلق عندما نريد التحدث عن مسقطات الحضانة يجب أن نتحدث أولا عن شروط استحقاق الحضانة من باب أولى ، لأن بزوالها يزول الحق في الحضانة واستنادا على المواد التالية سنصل إلى عدة فروقات جوهرية بين القوانين المغاربية و المشرقية في هذه النقطة :

***المادة 147 من القانون القطري** : (يشترط لأهلية الحاضن ما يلي: البلوغ- العقل-الأمانة- القدرة على تربية المحضون، والمحافظة عليه، ورعايته بما يحقق مصلحته.- السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة -أن يكون ذا رحم محرم للمحضون في حالة اختلاف الجنس.)

***المادة 125 من النظام السعودي** (مع مراعاة ما تقضي به المادة (10)1 من هذا النظام ، يشترط أن تتوافر في الحاضن الشروط التالية : كمال الأهلية- القدرة على تربية المحضون و حفظه و رعايته- السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة)

***المادة 143 من القانون الاتحادي لدولة الامارات** (شروط عامة بالحاضن : العقل- البلوغ رشدا- الأمانة- القدرة على تربية المحضون و صيانته و رعايته- ألا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض)

***المادة 126 من القانون العماني** (يشترط في الحاضن : العقل- البلوغ - الأمانة -القدرة على تربية المحضون و صيانته و رعايته- السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة)

***المادة 138 من القانون اليمني** (يشترط في الحاضن البلوغ و العقل و الأمانة على الصغير و القدرة على تربيته و صيانته بدنيا و أخلاقيا ...)

***القانون الفلسطيني** (**الضفة الغربية**) في المادة 155 و**القانون العراقي** في المادة 2/57 تكلما عن شروط الحاضنة المرأة (نتناولها بالدراسة لاحقا)

[1]- المادة 10 من النظام السعودي للأحوال الشخصية (يكتسب من تزوج وفق حكم المادة 9 من هذا النظام أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره إذا كان عاقلا)

***القانون الكويتي**[1] نص في المادة 1/190(يشترط في مستحق الحضانة ، البلوغ ، العقل ، الامانة ، و القدرة على تربية المحضون و صيانته صحيا و خلقيا)

* **القانون البحريني** المادة 126 (يشترط في الحاضن : الاسلام – العقل– البلوغ– الأمانة على المحضون – القدرة على تربية المحضون و حفظه و رعايته و تدبير مصالحه –السلامة من الأمراض المعدية و الخطيرة)

* **القانون الأردني**[2] نص في المادة 171(يشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغا عاقلا سليما من الأمراض الخطيرة أمينا على المحضون قادرا على تربيته دينا و خلقا و صحة و أن لا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه وأن لا يسكنه في بيت مبغضيه أو من يؤذيه و ان لا يكون مرتدا)

***أما القانون السوري** نص في م137(يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً).

من قراءتنا للمواد السابقة نستخلص مايلي :

أ–**من حيث شرط الاسلام** : أخذ به القانون البحريني فقط (1/126) على خلاف التشريعات المغاربية و باقي الدول المشرقية التي تركته فراغا قانونيا .وبمفهوم آخر ذكره المشرع الأردني بقوله في م 137 (و أن لا يكون مرتدا) والمقصود هنا توفر شرط الاسلام في الحاضن .

– **من حيث شرط العقل ، البلوغ و الرشد** : أخذ به كل من القانون البحريني م 3/2/126 – القانون الاتحادي م 2/1/143 – القانون العماني م 2/1/126 – القانون اليمني م 140 – القانون الكويتي م 190/أ – القانون القطري م 167 /2/1 – القانون الأردني م 171 – القانون السوري م 137). هنا نشر إلى أن النظام السعودي أقر شرط كمال الأهلية على خلاف باقي

[1]– القانون الكويتي ، قانون رقم 51 لسنة 1983 المتضمن الأحوال الشخصية

[2]- القانون الأردني ، قانون رقم 36 لعام 2010 المتضمن الأحوال الشخصية

التشريعات الأخرى وهنا نطرح السؤال السابق : ما حكم المجنون باعتبار يؤذن له بالزواج وما يتبعه من آثار قانونية (الحضانة و استحقاقها) ونفس الأمر ينطبق على باقي التشريعات .

ت- **من حيث شرط الأمانة** : فقد أدرجها كل التشريعات و هناك من فصل أكثر في الشرط فالمشرع السوري قال في م 3/147(إذا ثبت أن الولي ولو أباً، غير مأمون على الصغير أو الصغيرة، يسلمان إلى من يليه في الولاية وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة) م167ق قطر ،م143 ق الاماراتي ...

ث-**من حيث شرط القدرة على تربية المحضون** :و حفظه و رعايته و تدبير مصالحه فكل التشريعات المشرفية قالت بهذا الشرط لارتباطه بالهدف الأساس للحضانة الرعاية و الحفاظ على المحضون .

ج-**من حيث نوع الجريمة** : لكن ما لاحظته أثناء دراستي للمواد السابقة ، المشرع الاماراتي قد انفرد بذكر شرط متعلق بالجانب الجنائي للحاضن م 143 / 5(ألا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض[1]) وهو شرط جوهري خصوصا في الوضع الراهن أين كثرت هذه الجرائم و الاعتداءات وهذا يعد فراغا قانونيا أوجب تداركه للحيطة و الحذر كما يدعم الحفاظ على مصلحة المحضون لذا وجوبا جعله من مسقطات الحضانة قانونا. إن هذا الشرط يجد تبريره في الفقه الإسلامي حيث أن الفقه اعتبر أن الحاضن إذا اشتهر بالفسق فإنه تسقط الحضانة عنه.فالقانون اعتبر أن الحكم على الحاضن بجريمة من جرائم العرض يثبت أن الحاضن فاسقاً، و هذا يمنعه من الحضانة[2].

---

[1]- الجرائم الواقعة على العرض بالقانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن اصدار قانون العقوبات (المنصوص عنها في الفصل 5 تحت عنوان الجرائم الواقعة على العرض ، الفرع الأول : الاغتصاب و هتك العرض م 354 -355- 356 -357- الفرع الثاني تحت عنوان الفعل الفاضح و لمخل بالحساء م358 -359 -الفرع الثالث تحت عنوان التحريض على الفجور و الدعارة م 360-361-362-363-364-365-366-367-368-369-370)

[2]- فاطمة عبد الصمد الحمادي: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رسالة ماجستير ، جامعة المدينة العالمية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الفقه و أصوله، سنة 2012، ص 32

بعدما تطرقنا للشروط المشتركة بين الرجال و النساء في استحقاق الحضانة سنتطرق لاختلال الشروط الخاصة بالحاضنة المرأة (الأم ، غير الأم) و الحاضن (الأب ، العصبات)

2-في حالة عدم وجود نص قانوني

بالرجوع لقوانين الاحوال الشخصية للدول المشرقية نجدها قد حددت ما يتم الرجوع إليه في حالة وجود فراغ قانوني أو غموض في نص قانوني ويتضح هذا جليا من خلال:

أ-تطبيق الشريعة الاسلامية: من خلال تشريعات الأحوال الشخصية نجدها قد استعملت عدة مصطلحات ذات دلالة على تطبيق الشريعة الاسلامية :

- أقوى الأدلة في الشريعة الاسلامية :

***التشريع اليمني:** المادة 349(كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة الشرعية الاسلامية)

-أحكام الشريعة الاسلامية :

***النظام السعودي : المادة 151:**(فيما لم يرد به نص في هذا النظام تطبق أحكام الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لترجيحات هذا النظام)

- قواعد الشريعة الاسلامية :

***التشريع العماني** : المادة 281 ف د:(اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)

- مبادئ الشريعة الاسلامية :

***التشريع العراقي : المادة 1 ف2:** (أذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)

- أصول الفقه الاسلامي والقضاء:

***التشريع العراقي : المادة 1 ف 3** (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء و الفقه الاسلامي في العراق و في البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

* **التشريع الاماراتي : المادة 2 ف 1:** (يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون، وتفسيرها، وتأويلها، الى اصول الفقه الاسلامي وقواعده)

***التشريع الاردني:** المادة323 (يرجع في فهم نصوص مواد هذا القانون وتفسيرها وتأويلها ودلالتها الى أصول الفقه الإسلامي)

ب-من حيث المذاهب الفقهية

- **المذهب المالكي :**

***التشريع الاماراتي:** المادة 2 ف 3: (واذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب احمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب ابي حنيفة)

***التشريع الكويتي** : المادة 343: (كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلا، طبقت المبادئ العامة في المذهب). وهذا ما تم تأكيده في المذكرة الايضاحية[1] لقانون الاحوال الشخصية الكويتي في المواد التالية :

[1]- وزارة العدل، مجموعة التشريعات العربية ، قانون الاحوال الشخصية ، ج 8 ، ط1، وزارة العدل، فبراير 2011، ص 196

المادة 190:(يشترط في مستحق الحضانة من النساء أو الرجال:.. الأمانة بحفظ كل من الدين والمال، حسب المتبع **من فقه المالكية**.

كما يشترط أي يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء، كزوجة أو أم، أوخالة، أو عمة، لأن الرجل ليس له صبر على تربية الأطفال، كالنساء، فإن لم يكن عنده من يصلح من النساء، فلا حق له في الحضانة. وهذا هو **فقه المالكية**، وبه أخذ المشرع.

المادة 191(المقرر في **مذهب مالك** أن زواج الحاضنة بغير محرم من المحضون ودخول الزوج بها يسقط حقها في الحضانة...)

المادة 344: (يطبق هذا القانون على من كان يطبق عليهم مذهب الإمام مالك، وفيما عدا ذلك فيطبق عليهم أحكامهم الخاصة بهم.)

- **المذهب الحنفي :**

***التشريع الكويتي:** في المذكرة الايضاحية المادة 192: (الحاضنة غير المسلمة كالمسلمة في حق إمساك ولدها، ما لم يعقل دينا، أو يخاف أن يألف غير الإسلام، فإن كان يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن تنشئه على غير الإسلام، فإنه ينزع منها، لأن في ذلك مصلحة للمحضون. وفي كل حال ينزع منها إذا بلغ السابعة من عمره، لأن ذلك سن التمييز في الأعم الأغلب. ومصدر هذه المادة مذهب الحنفية، وهو الأصلح في هذا الزمن.

***التشريع الفلسطيني في الضفة الغربية و قطاع غزة** : يطبقان المذهب الحنفي

***التشريع الاردني** : المادة 325:(ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فاذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون)

***التشريع السوري:** المادة 305 (كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي)

- المذهب الحنبلي :

***التشريع القطري** : المادة3: (فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره، لأسباب تبيّنها في حكمها.

وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبّق القاضي ما يراه ملائماً من آراء المذاهب الأربعة، وإذا تعذر ذلك، طبّق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية)

- المذهب الشافعي :

***التشريع الاماراتي: المادة 2 ف 3:**(واذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب احمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب ابي حنيفة)

ج-من حيث الفقه السني و الجعفري :

***التشريع البحريني** :م3(فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يحكم القا ضي بالنسبة لمن يطبق عليهم الفقه السني بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد أخذ بغيره من المذاهب الاربعة في الفقه السني، ويَحكم بالمشهور في الفقه الجعفري بشأن من يطبق عليهم الفقه الجعفري، و إذا تعذر ذلك حكم القاضي بالنصوص والقواعد الفقهية العامة في الشريعة الاسلامية لأسباب يبينها في حكمه).

ثالثا: شرط الاسلام و تحفظات الدول العربية على المادة 14 ف 2من اتفاقية حقوق الطفل:[1]

بالرجوع لاتفاقية حقوق الطفل في مادتها 14ف2: (... تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين) ، وحرية الدين عرفها الدليل الدراسي لحرية المعتقد و الدين في المقدمة منه : (يقصد بالحق في حرية الدين أو المعتقد في إطار منظومة حقوق الإنسان حرية الفرد في اعتناق ما يشاء من أفكار دينية أو غير دينية.)، هذا مادفع بالدول العربية للتحفظ بشأن هذه المواد ومنها :دولة الجزائر :فسرت الجزائر المادة استنادا للركائز الاساسية للنظام القانوني بالاخص **المادة 2** : الإسلام دين الدّولة. **المادة 24** : لا مساس بحُرمة حرّيّة المعتقَد، وحُرمة حرّيّة الرّأي.[2] ،الاردن : تحفظت على المادة 14 كاملة ، الامارات المتحدة تلتزم بهذه المادة إلى الحد الذي لا يتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية ،تونس لم تتحفظ (على حد علم الباحثة) ،سوريا تحفظت على المادة خاصة المتعلق ف1 ،العراق تحفظ على ف 1 ، سلطنة عمان ، قطر ، الكويت، السعودية لم يذكروا نص المادة 14 صراحة و انما عبروا على من يتنافى مع أحكام الشريعة الاسلامية في هذه الاتفاقية يتم التحفظ بشأنه المادة صراحة ،المغرب تحفظت على كل المادة. أما حق الطفل في تثبيت هويته من مقاصد الشريعة. من حقوق الطفل على أبويه العمل على تثبيت هويته والحفاظ عليه خاصة في حالة انحلال الرابطة الزوجية فيما يخص (حق الحضانة الشامل للرعاية على كافة الجوانب)

وقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية رادعة لكل من سولت له نفسه أن يطمس هوية المولود الجديد، واعتبرت حمايته بكل ما يمت لوجوده وحماية انتمائه لوالديه وعائلته ككل حقا وواجبا شرعيا، يبدأ من بداية خلقه وينتهي ببلوغه سن الرشد واضح المعالم خال من كل الشوائب معلوم النسب بين الهوية، بل جعلت الشريعة الإسلامية هذه المهام من قبيل أثقل الأمانات على الاطلاق

[1] – http://hrlibrary.umn.edu/arabic/crc.html: لجنة حقوق الطفل، التعليقات العامة للجنة حقوق الطفل، التحفظات والاعلانات والاعتراضات المتعلقة باتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة ، 7 ديسمبر 1999.

[2] – الدستور الجزائري : القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016

كيف لا وهي تتعلق بمقاصد الشرع من التناكح والزواج وهو حفظ النسل وتحقيق الوجود الانساني من خلال تحقيق الأمن الأسري. الذي عرفه الجرجاني : (عدم توقع مكروه في الزمن الآتي). [2][1]

لذا لزاما على الدول العربية من ضرورة مواكبة تشريعاتها ذات الصلة بالاسرة للتطورات و التغيرات الاجتماعية الحاصلة من خلال التحيين الدوري و الملائم ، والعناية بتعزيز مقومات الأمن الأسري[3] فيها .في ظل تداعيات عصر الحداثة .

[1] – علي موسى حسين ، مظاهر حماية الطفولة في الجزائر خلال قانون 15-12وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية،ع2، المجلد 14، جامعة الجلفة ، الجزائر ،2021 ، ص 544-545.

[2]-حياة عبيد.ياسين باهي . عبد الغني حوريه.علي زاوي أحمد.زكرياء قادي ، الامن الاسري في ضزء تحديات العصر ،ط1 ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، (سلسلة ابحاث الشريعة و القانون 7) ،جامعة الوادي ، الجزائر ، 2022 ، ص 17

[3]– مرجع سابق، ص 306

المطلب الثاني

اختلال الشروط الخاصة بالحاضن

بعدما تطرقنا في المطلب الأول الشروط العامة للحاضن إذا اختلت سقط حقه في الحضانة و تنتقل لمن يليه ، اضافة لهذا وضع المشرع شروطا خاصة بالحاضنين من الرجال (الفرع الأول)، من جهة أخرى وضع شروطا خاصة بالحاضنات من النساء (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الشروط الخاصة بالحاضنين من الرجال

بعدما تم التحدث عن الشروط العامة الواجب توفرها في الحاضن سواء رجلا أو امرأة ، لكن الشرع و القانون أضافوا عليها شروطا خاصا لكل واحد ،لأن تحديد بعض الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة يعد من أهم آليات حماية الطفل المحضون، وعلى هذا ومن من خلال تشريعات الأحوال الشخصية للدول العربية المشمولة بدراستنا هذه لاحظنا انفراد بعضها بوضع نص قانوني يحدد شروط الحاضن الرجل وهي كالتالي :

أولا: المقصود بالشروط الخاصة للرجال

1-أن يكون ذا رحم محرم للأنثى: فلا إشكال في حضانة الرجال للمحضون الذكر، لكن هذا الشرط يكون مطروحا بالنسبة لحضانته للأنثى، مع وجود المحرمية، وفي هذا قد فرق الفقهاء، بين مرحلتين في حياة الأنثى المحضونة [1].كما يلي:

أ-**المرحلة الأولى** :وهي المرحلة ما قبل الرغبة فيها، بأن تكون غير مشتهاة أو غير مطيقة، وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون سن السابعة.[2]

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

---

[1]- الباهوتي،منصور بن يونس بن إدريس،كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3 ، دار الفكر بيروت، لبنان، د س ن ، ص 264

[2]- الباهوتي ،مرجع سابق ، ج 2، ص 329

***القول الأول** :الشافعية والحنابلة، وبعض الأحناف والمالكية :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.

* **القول الثاني**:وهو لبعض الأحناف والزيديه،ويشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم في كل الحالات بدون اعتدادٍ بسن الصغيرة،حتى ولو كانت مشتهاة، سد اً 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.

ب- **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 لاحق 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 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

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

***ويرى الشافعية**:يجوز 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 أونحوها في رحلة، فإنها تسلم إليه، فتؤمن من الخلو[1]

[1]- كمال صمامة ، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي ، 2015، ص 64 .

2- 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]

حيث ورد في هذا : حدثنا العباس بن عبد العظيم حدثنا عبد الملك بن عمرو حدثنا عبد العزيز بن محمد عن يزيد بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن نافع بن عجير عن أبيه عن علي رضي الله عنه قال خرج زيد بن حارثة إلى مكة فقدم بابنة حمزة فقال جعفر أنا آخذها أنا أحق بها ابنة عمي وعندي خالتها وإنما الخالة أم فقال علي أنا أحق بها ابنة عمي وعندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي أحق بها فقال زيد أنا أحق بها أنا خرجت إليها وسافرت وقدمت بها فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثا قال:" وأما الجارية فأقضي بها لجعفر تكون مع خالتها وإنما الخالة أم "[2] ، (حدثنا محمد بن عيسى حدثنا سفيان عن أبي فروة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى بهذا الخبر وليس بتمامه قال وقضى بها لجعفر وقال إن خالتها عنده)[3]

3-**اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون:** كان محل خلاف بين الفقهاء

***رأى الحنفية:** أنه يشترط اسلام الحاضن واتحاد الدين، بخالف الحاضنة؛ لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس, و لا ولاية مع اختلاف الدين, ولأن حق الحضانة عندهم مبني على الميراث و لا ميراث وله أخوان أحدهما مسلما أو يهوديا بالتعصيب للرجال مع اختلاف الدين، فلو كان الطفل مسيحيا و الاخر غير مسلم، كان حق الحضانة لغير المسلم كالحاضنة؛ لأن حق الحضانة للرجل لا يثبت .

---

[1]- كمال صمامة، مرجع سابق ، ص 65

[2]- سنن ابي داوود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ، رقم الحديث 2080

[3]- محمد ناصر الدين الألباني ، صحيح وضعيف سنن أبي داود،برنامج منظومة التحقيقات الحديثية – من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، د س ن ، ص 2

***رأى المالكية:** أنه لا يشترط اسلام الحاضن أيضا عندهم الا إذا كان عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة أو أم أو خالة أو عمة فالحضانة في الحقيقة حق للمرأة.[1]

ثانيا : موقف التشريعات العربية من شروط الحاضن الخاصة

1 – موقف التشريعات المغاربية :

أ–التشريعات الآخذة بالشروط:

***التشريع الليبي** :في م 65 من القانون رقم 10 لسنة 1984(ويختص الحاضن الذكر بأن يكون محرما للمحضونة الأنثى و عنده من يحضن من النساء)

* **التشريع التونسي** :في الفصل 58 من أمر علي المؤرخ في 13 أوت 1956 (ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء و أن يكون محرما بالنسبة للأنثى – – ان المذهب المالكي يفرق بين الأنثى المطيقة المشتهاة و بين غير المطيقة أي غير المشتهاة، ويشترط أن يكون الرجل محرماً في حالة الأنثى المطيقة و هي ما فوق السابعة، و لا يشترط ذلك في غير المطيقة[2])

***التشريع الموريتاني** : المادة **المادة : 130** (... يشترط في استحقاق الرجل للحضانة أن تكون له امرأة تتولى أمر المحضون وأن يكون محرماً للمحضونة إذا كانت في سن من توطأ)

ب– التشريعات التي لم تأخذ بالشروط:

التشريع الجزائري ، المغربي لم يشيروا لهذه الشروط مما يجعلنا نستند لأحكام الشريعة الاسلامية وفق القانون الجزائري (م 222 ق ا ج) . و م 400 من مدونة الأسرة المغربية و م311 قانون الموريتاني يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك).

[1]- عطا مهدي فليح ، الحضانة في الفقه الاسلامي، مجلة كلية التربية االساسية، عدد خاص ، وقائع المؤتمر العلمي التاسع عشر كلية التربية الاساسية ، ، 2019 ،ص 518

[2]، فاطمة عبد الصمد الحمادي،مرجع سابق، ص 32.

2 – في التشريعات المشرقية :

و بالموازاة مع هذا نجد أن تشريعات الأحوال الشخصية للدول المشرقية أعطت عناية أكبر مما سبقها من التشريعات المغاربية بحيث نجد كلا من :

أ– التشريعات الآخذة بالشروط:

***النظام السعودي** :نصت في المادة 126 /2 من نظام الاحوال الشخصية (إذا كان الحاضن رجلا ، فيجب أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى ، وأن يقيم عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء).

* **التشريع الاتحادي الاماراتي** : م 2/144 تناولها بنوع من التفصيل:(...إذا كان رجلا : أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء [1]/ ان يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى / أن يتحد مع المحضون في الدين[2]).

* **التشريع العماني:** في م 2/128 قانون رقم 32 /97 صرح بـ (أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء / ان يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى).

***التشريع الكويتي:** م 190/ب :(ويشترط في الحاضن أن يكون محرما للأنثى ، وعنده من يصلح للحضانة من النساء)

[1]– و بررت المذكرة الإيضاحية – رقم 354 –هذا الشرط بأن الرجل وحده ليس له صبر على تربية الأطفال كالنساء في الأعم الأغلب، فاطمة عبد الصمد الحمادي :المرجع الساق، ص 33

[2]– يقصد باتحاد الدين أن يكون كل من الحاضن و المحضون على دين واحد، فمثلاً إن كان المحضون مسلماً فيجب أن يكون الحاضن مسلماً حتى يتحقق اتحاد الدين، و هذا القدر اتفق عليه الفقهاء القانون لم يفسر المقصود باتحاد الدين ، فيرجع لتفسيره إلى المذهب المالكي لأنه الأصل العام لهذا القانون، حيث أن المالكية يرون أن كل ملة تعد ديناً مستقلاً، فاتحاد الدين يعني اتحاد الديانة بين الحاضن و المحضون مطلقاً.فلو كان الصغير يهودياً فلا يحضنه إلا يهودياً مثله، و كذلك النصراني و المسلم ، انظر : فاطمة عبد الصمد الحمادي: مرجع سابق ، ص 37.–38

***التشريع الاردني** :م 171 / ج (يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضون حال اختلاف الجنس)

***التشريع القطري** :في م 168 (أن يكون متحدا مع المحضون في الدين ، و ان تكون معه امرأة من أهله تصلح للقيام بواجب الحضانة)

***التشريع اليمني** : م 140 (.....وان كان رجلا فيشترط اتحاد الدين)

* **التشريع البحريني:** فقد أخذ بالقول السني في شروط الرجال م 128 /1-أ (إذا كان رجلا : أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء)

ب- **التشريعات التي لم تأخذ بالشروط:** مما سبق نلاحظ أن جل التشريعات المشرقية حددت شروطا خاصا بالحاضن إذا لم تتوفر فيه يسقط حقه في الحضانة ، لكن بالموازاة مع هذا نجد بعض التشريعات لم تتحدث عن هذه الشروط و هي : التشريع السوري -تشريع قطاع غزة الفلسطيني – التشريع العراقي ..

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالحاضنات من النساء

هناك مقصد شرعي عام من الحضانة وهو صيانة الطفل، ومقصد خاص وهو تكليف المرأة بالحضانة لما جبلت عليه من الشفقة والرأفة. فالحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال في كثرة البكاء والتضجر وغيرهما من الهيئات العارضة لهم، وإلى مزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بهم، ولذا فرضت على النساء غالبا.[1] ومن هذا المنطلق تم وضع شروط دقيقة للنساء

[1]- محمود حامد عثمان ، تعريف الحضانة و المقصد الشرعي منها ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، المجمع الفقهي الاسلامي ، كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436، ص 27 – 28

الحاضنات ساء كانت الأم أو مما يتبعنها من الحاضنات الاخريات (الجدة لام – الجدة لأب– الخالة....)

أولا: المقصود بالشروط الخاصة بالنساء

1– الخلو من زوج أجنبي للمحضون:

و هذا الشرط سواء كانت الحاضنة أماً أو غيرها، فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن المحضون فلا حق لها في الحضانة، و يجد هذا الشرط أساسه في حديث الرسول– صلى الله عليه و سلم–،حدثنا محمود بن خالد السلمي حدثنا الوليد عن أبي عمرو – يعني الاوزاعي – حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به مالم تنكحي"[1].

وفي حديث آخر : حدثنا الحسن بن علي الحلواني حدثنا عبد الرزاق وأبو عاصم عن ابن جريج أخبرني زياد عن هلال بن أسامة أن أبا ميمونة سلمى مولى من أهل المدينة رجل صدق قال بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءته امرأة فارسية معها ابن لها فادعياه وقد طلقها زوجها فقالت يا أبا هريرة ورطنت له بالفارسية زوجي يريد أن يذهب بابني فقال أبو هريرة استهما عليه ورطن لها بذلك فجاء زوجها فقال من يحاقني في ولدي فقال أبو هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "استهما عليه " فقال زوجها من يحاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به "

[1]– سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث 2278

لقد اختلف الفقهاء في سقوط الحضانة بسبب زواج الأم أو الحاضنة بغير والد المحضون، و اختلفوا في الوقت الذي يسقط فيه الحق، و هذا ما سنتناوله في المسألتين التاليتين:

أ-سقوط الحضانة بزواج الحاضنة من غير أب المحضون: فيها ثلاث أقوال :

***القول الأول:**أنه تسقط حضانة المرأة بزواجها من أجنبي عن المحضون، لكن إن تزوجت بذي رحم محرم أو ذا نسب من المحضون فإن الحضانة لا تسقط.

وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و هو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد – رجحها بعض فقهاء المذهب- و هو ما عليه العمل في المذهب، و هو قول شيخ الإسلام ابن تيمية.

***القول الثاني:**أنه لا تسقط حضانة الحاضنة بزواجها مطلقاً،سواء كان من أجنبي أو غير أجنبي، متى كانت الأم مأمونة و كان الذي تزوجها مأموناً. و هو ما ذهب إليه الحسن البصري و الظاهرية.

* **القول الثالث:**أن زواج الحاضنة من الأجنبي يسقط الحضانة عن الحاضنة إذا كان المحضون ذكراً لا أنثى، أما الأنثى فتبقى مع أمها إلى أن تتم سبع سنين. و هذا القول رواية عن الإمام أحمد نقلها عنه منها.

الرأي الراجح :هو قول جمهور الفقهاء، القائلون بأن زواج الأم من الأجنبي يسقط حضانة الحاضنة أو الأم ، و أن زواجها من القريب أو النسيب لا يسقط حقها في الحضانة، و الواجب على القاضي أن يتحرى مصلحة المحضون ،فقد تكون زوجة أبيه تعامله معالمة سيئة، بينما زوج الأم يكون أرفق به، فهنا تكون مصلحة الولد العيش مع أمه يقول ابن عابدين – رحمه الله-:(و أنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك- أي بالزواج بأجنبي عن المحضون- لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له

يتمنى موته، و يكون زوج أمه مشفقاً عليه يعزُ عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه و يؤذيها، أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، و قد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد)[1].

ب- الوقت الذي يسقط فيه حق الحاضنة بالزواج من أجنبي: اختلف الفقهاء على قولين:

* **القول الأول:**إن الحضانة تسقط بمجرد إبرام عقد النكاح ، حتى و لو لم يتم الدخول بها .و عليه فالحضانة تسقط بمجرد العقد سوء دخل بها أو لا.و هذا ما ذهب إليه الحنفية و الشافعية و الحنابلة[2]

* **القول الثاني:**إن الحضانة لا تسقط إلا بالدخول :فلا يكفي مجرد العقد، بل لابد من الدخول الحقيقي به .و بهذا قال المالكية[3]

2- 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، ولاحق لبني الخال والخالة والعم والعمة، في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور.

[1]- بن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار،ج3 ، ط 2 ، دار الفكر، بيروت ،1992،ص 565

[2]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 9 ، ط 3،ا لمكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، 1991، ص 100

[3]- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 ، د ط ، دار الفكر ،د س ن ، ص 529

ثانيا:موقف التشريعات العربية من شروط الحاضنة الخاصة

1- موقف التشريعات المغاربية

التشريعات الآخذة بالشروط:

*القانون الجزائري رقم م 66 [1] ق ا ج: (يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.)

*القانون الليبي :م 65 (وتختص الحاضنة الأنثى بألا تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون.)

*القانون الموريتاني م 130(**المادة : (130)** دخول غير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه بالحضانة يعتبر مسقطاً لحقها في الحضانة ما لم تكن وصياً أو مرضعاً لم يقبل غيرها.)

*القانون المغربي : أما ما يلاحظ على القوانين التالية ، اضافة شروط أخرى خاصة بالنساء وأحيانا ميزت بين الحاضنة الأم و غير الأم مثل المشرع المغربي في نص المادة 173 /4 (عدم زواج طالبة الحضانة الا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 175/174 ..) واللتان تنصان على شروط أخرى تخص زواج الام الحاضنة بقوله (175 : زواج الام الحاضنة لا يسقط حضانتها

في الاحوال التالية : اذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز 7 سنوات او يلحقه ضرر من فراقها – اذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم – إذ ا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون – إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون) . أما زواج الحاضنة غير الأم تسقط حضانتها إلا في حالتين : اذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا[2] للمحضون – إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون).

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/05/18،في الملف رقم 331058 . ،نقلا عن مجلة الحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قسم الوثائق ، ع 2 ، الجزائر ، السنة ، 2005 ص 383 .

[2]– النائب الشرعي حسب مدونة الأسرة ظهير شريف رقم1.04.22 من (م 230 : يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: – 1 الولي وهو الأب والأم والقاضي؛ – 2الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛ – 3المقدم وهو الذي يعينه القضاء.)

كما أضاف شرطا آخر خاصا بالحاضن غير الأم م 169 (مراقبة المحضون في المتابعة اليومية لواجباته الدراسية) .

ب-التشريعات التي لم تأخذ بالشروط

لم ينص التشريع التونسي على هذه المسألة وبهذا يرجع فيها للمذهب المالكي

1 - موقف التشريعات المشرقية :

أ-التشريعات الآخذة بالشروط:

* **القانون القطري** م 1/168 (مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة يشترط في الحاضن:

إذا كان امرأة: ألا تكون متزوجة من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلاَّ إذا قدّرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون)

* **القانون الكويتي** م 191(إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون، ودخل بها الزوج، تسقط حضانتها.)

* **القانون الاردني** م 171/ب(يشترط في مستحق الحضانة من النساء ألا تكون متزوجة بغير محرم من الصغير)

* **النظام السعودي** م 126/ 1(اذا كان الحاضن امرأة ، فيجب ان تكون غير متزوجة برجل اجنبي عن المحضون ما لم تقتض مصلحة المحضون غير ذلك)

* **القانون الاتحادي الاماراتي** م 144 /1 /أ(اذا كانت امرأة:

أ- ان تكون خالية من زوج اجنبي عن المحضون دخل بها، الا اذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون)

* **القانون البحريني** م 128 (وفقا للمذهب السني) أما وفقا للمذهب الجعفري لم تحدد إذا كان الزواج بأجنبي أم لا تركته على الاطلاق مع تحديد أن تكون الحاضنة هي الأم(م 2/128 يسقط حق الأم في الحضانة إذا تزوجت بآخر الا اذا قدرت المحكمة خلاف ذلك))

* **القانون العماني** 127/أ(أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها ..)

* **القانون الفلسطيني** (م155 قانون الضفة الغربية – م 382 قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة تنص على ما يلي" : يشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة، عاقلة، أمينة لا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت المبغضين له ولا فرق في ذلك بين الأم وغيرها من الحاضنات).[1]

* **القانون اليمني** م 140 زيادة على الشروط التي تطرقنا اليها سابقا فقد أضاف مايلي : – أن لا تكون مرتدة عن الاسلام – أن لا تمسك المحضون عند من يبغضه – ان لا تشغل عن الحضانة خارج البيت إلا إذا وجد من يقوم بحاجته .كما أضافة في المادة 141 ثبوت شرط الأهلية في الأم الحاضنة و لا يمنع زواجها حضانتها و لا سوء خلقها حتى يبلغ الصغير 5 سنوات من عمره.

* **القانون العراقي** نجده ذكر في م 56: أن تكون الحاضنة : بالغة – عاقلة – أمينة – قادرة على تربية المحضون و صيانته – لا تسقط حضانة الأم بزواجها وهنا تقرر المحكمة أحقية الأب أو الأم في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون .

[1]– عايدة سليمان أبو سالم: الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، الجامعة الإسلامية – غزة ، 2003 ، ص 52.

كما منح المشرع العراق امتيازا للأم في حالة وفاة الأب او فقده لأحد الشروط الخاصة بالرجال بأن تأخذ حضانة ولدها بشروط وهي : م9/57 (أ – ب) :اذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق في منازعتها لحين بلوغه سن الرشد – إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه و ان تزوجت بأجنبي عن من العراقيين بشرط : (ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة – ان تقتنع المحكمة بعدم ضرر الصغير من بقائه مع الأم – ان يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير و عدم الاضرار به فإذا أخل به قد يكون سببا لطلب الزوجة التفريق منه).

كما نلاحظ عدم تحديد هل تسقط الحضانة بدخول الزوجة ام بمجرد العقد فقط" ؟

***القانون السوري:**المادة 13 (زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها)

ب–التشريعات التي لم تأخذ بالشروط

مما سبق يتضح أن كل التشريعات المشرقية اهتمت بوضع شروط خاصة بالمرأة الحاضنة فباختلالها تسقط حضانتها و نجدها ذكرت أحيانا مسألة الدخول بالزوج كشرط للسقوط مثل المشرع العماني . ومن هذا المنطلق لا يوجد تشريع مشرقي لم ينص على مسألة الشروط الخاصة بالنساء و هذه ميزة للتشريعات المشرقية على حساب التشريعات المغاربية .

ثالثا: الشروط الاضافية للمرأة الحاضنة

1–عدم إقامة الحاضنة بالطفل في ببت يبغضه : أخذت به م 171 ق الاردني

2–سكن الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني (م 152 ق الامارات – م 132/ب ق البحريني – م 2/183 ق القطري – م 172 ق الاردني –م 4/135 ق عمان)

3–ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا: لأن إعسار الأب مسقط حق الأم في الحضانة إذا امتنعت عن حضانته مجانا وعدم امتناعها يعتبر شرطا من شروط استحقاقها

.الحضانة ، ومنه إذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى بحضانته مجانا سقط حق الحاضنة الثانية في الحضانة .

رابعا : تأثير عمل المرأة على مصلحة المحضون

هذا الشرط كان محل خلاف بين الفقهاء من حيث طبيعة العمل المسقط للحضانة :

1-قال الحنفية إذا كان عمل المرأة لا يؤثر على مصلحة المحضون فلا بأس لأن مدة خروجها قصيرة بخلاف أن كانت طويلة مثل المغسلة – القابلة .

2-أما الشيخ أبو زهرة فذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق لأن المرأة التي تكون خارج بيتها طوال النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها مع مراعاة الاستطاعة بتقدير من القاضي .

3-ويرى محمد عقلة سقوط المرأة العاملة حقها في الحضانة ويبرر رأيه بأن الواقع العملي يثبت التأثير السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك أسري .[1]

من خلال كل ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري الوحيد الذي لم يخصص نصا قانونيا يحدد شروطا خاصة سواء بالرجال أو النساء على غرار ما فعلته بقية الدول العربية خاصة المشرقية التي اهتمت بوضع شروط دقيقة تحافظ بها على مصلحة المحضون . لكن ما نوجز قوله هنا أن المشرع في تعديله لقانون الأسرة المادة 67: (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005)[2] (ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة

[1]- براهيمي أسية، ليلي جمعي: مدى تأثير عمل المرأة الحاضنة على مصلحة المحضون في الفقه الاسلامي و الاجتهاد القضائي ، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، المجلد04 ، العدد: ، 02 ، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر، 2021 ،ص 514-515

[2]- المحكمة العليا :ملف رقم 245156، غرفة الأحوال الشخصية ، 2001عدد خاص ص 188-190/وقد طبق المجلس المغربي هذا في قراره بتاريخ 1980/09/22.(المجلس الأعلى المغربي 1980/9/22 قرار رقم 327 ملف اجتماعي رقم 83177 مجلة قضاء المجلس الأعلى 1980 عدد27 ص 146)منقول عن حميدو زكية : عمل المرأة الحاضنة بين نصوص

الحضانة)وهذا ما أخذ به القضاء المغربي في جمل من القرارات : قرار رقم 33 ملف اجتماعي رقم 41831 وهو غير منشور (منقول عن محمد كشور ، الوسيط في قانون الاحوال الشخصية ، ص 475 [1])، كما نجد الفضاء التونسي أخذ بهذا حيث قضى قراره الصادر في 8 ماي 1990 بأن مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد الذي يجب ان يرتكز عليه اسناد الحضانة و هذه المصلحة لا

يستخلصها سوى القاضي(محكمة النقض التونسية ، الغرفة المدنية ، 1990/05/08، قرار رقم 25913 ، مجلة قرارات محكمة النقض ، 1990 ، ص 259– محكمة النقض التونسية ، الغرفة المدنية 1967/07/01 ، قرار رقم 6827 ، مجلة القضاء و التشريع ، 1970 عدد 4 ، ص 35[2] . كما نجد التشريعات المشرقية لم تجعل عمل المرأة مسقطا للحضانة

خامسا: الزواج العرفي كوسيلة للحفاظ على الحضانة

تلجأ الكثير من النساء المطلقات اللواتي يرغبن في اعادة الزواج و تكوين اسرة –لما للزواج من حماية لهن و لما يترتب عن الطلاق من اثار سلبية عليهن –على حيلة الزواج العرفي بالرغم من عواقبه و إشكالياته كل هذا احتفاظا بحقهن في الحضانة ، باعتبار ان زواجها يسقط حقها في الحضانة و التي اعتبرته المنظمات النسوية معاقبة للأم التي تمنع من الزواج احتفاظا بفلذة كبدها و معاقبة للطفل الذي يبعد عن أمه إذا اختارت الزواج درء للمفاسد .وعلى سبيل المثال ففي الجزائر هناك وحدة النضال لأجل إسقاط المادة 64 و 66 من قانون الأسرة و المتعلقتين بالحاق حضانة الاطفال للأب في حال أعادة الام المطلقة الزواج هذا النضال تمثله كافة الجمعيات النسوية في مختلف التيارات ،وكذا

قوانين الأحوال الشخصية المغاربية و الاجتهادات الفقهية القضائية ، مداخلة في الملتقى المغاربي حول قوانين الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر 4–5 ماي 2002 ، ص 35–36

[1]– حميدو زكية: مرجع سابق ، ص 38

[2]– نفس المرجع : ص 39

جمعيات "الفيمينيست" . ونجد رئيسة المرصد الوطني للمرأة و عضو باللجنة الولي لتمكين المرأة بإعادة النظر في هذه المادة القانونية التي عطلت حياة الكثيرات و رمت بهن في غياهب الزواج العرفي .[1]

لهذا لجأت الدول لآلية توثيق عقد الزواج بالكتابة في أوراق رسمية لأنه ذو أهمية بالغة لما فيه من صيانة للاعراض وحفظ لحقوق الزوجين وحماية لحقوق الولد وهذه الوثيقة تكون حجة عند التنازع والتجاحد، تزيد من قوة الاشهاد أو تثبيت الدعوى أمام القضاء عند غياب الشهود أو موتهم.و المقصود من التوثيق بالوثيقة الرسمية هو حماية لحقوق الزوجية ، وحفظ لحقوق الولد من النسب والنفقة وخاصة حق الحضانة ...، فالتراتيب الادارية التي ألزمت بها قوانين الاحوال الشخصية ومنها تسجيل عقود الزواج والتي سماها بعض الفقهاء بالشروط القانونية ، شروط وضعت لجلب مصلحة أو دفع مضرة وهذا ما تهتم به قواعد الشريعة الاسلامية، وفي هذا المعنى قال الامام الغزالي في كتابه " المستصغى " (من ظَنَّ أَنَّهُ أَصْلٌ خَامِسٌ فَقَدْ أَخْطَأَ؛ لِأَنَّا رَدَدْنَا الْمَصْلَحَةَ إِلَى حِفْظِ مَقَاصِدِ الشَّرْعِ، وَمَقَاصِدُ الشَّرْعِ تُعْرَفُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ. فَكُلُّ مَصْلَحَةٍ لَا تَرْجِعُ إِلَى حِفْظِ مَقْصُودٍ فُهِمَ مِنْ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ وَكَانَتْ مِنْ الْمَصَالِحِ الْغَرِيبَةِ الَّتِي لَا تُلَائِمُ تَصَرُّفَاتِ الشَّرْعِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ مُطَّرِحَةٌ، وَمَنْ صَارَ إِلَيْهَا فَقَدْ شَرَّعَ كَمَا أَنَّ مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَّعَ وَكُلُّ مَصْلَحَةٍ رَجَعَتْ إِلَى حِفْظِ مَقْصُودٍ شَرْعِيٍّ عُلِمَ كَوْنُهُ مَقْصُودًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ فَلَيْسَ خَارِجًا مِنْ هَذِهِ الْأُصُولِ، لَكِنَّهُ لَا يُسَمَّى قِيَاسًا بَلْ مَصْلَحَةً مُرْسَلَةً، إِذْ الْقِيَاسُ أَصْلٌ مُعَيَّنٌ وَكَوْنُ هَذِهِ الْمَعَانِي مَقْصُودَةً عُرِفَتْ لَا بِدَلِيلٍ وَاحِدٍ بَلْ بِأَدِلَّةٍ كَثِيرَةٍ لَا حَصْرَ لَهَا مِنْ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَقَرَائِنُ الْأَحْوَالِ وَتَفَارِيقُ الْأَمَارَاتِ تُسَمَّى لِذَلِكَ مَصْلَحَةً مُرْسَلَةً، وَإِذَا فَسَّرْنَا الْمَصْلَحَةَ بِالْمُحَافَظَةِ عَلَى مَقْصُودِ الشَّرْعِ فَلَا وَجْهَ لِلْخِلَافِ فِي اتِّبَاعِهَا بَلْ يَجِبُ الْقَطْعُ بِكَوْنِهَا حُجَّةً.)[2]

[1]-كريمة خلاص : مقال بجريدة الشروق اليومية ،مطلقات يخترن الزواج العرقي للحفاظ على حضانة الاطفال، نشر بتاريخ 2020/12/13

[2]– أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، المستصغى،ط1 ، دار الكتب العلمية ، د ب ، 1993، ص 179

فالقول بوجوب التوثيق سدا لذريعة الفساد و الافساد، والفوضى في الانساب و التلاعب بالاعراض، والقضاء على مسالك الخداع والحجود الاحتيال في هذا العقد[1].

المبحث الثاني

مصلحة المحضون وسلطة القاضي في اسقاط الحضانة

من استقراء المواد القانونية لقوانين الأحوال الشخصية نجد أن المشرع أعطى مساحة كبيرة لسلطة القاضي التقديرية على أصعدة كثيرة (اسناد الحضانة – ترتيب مستحقي الحضانة – اختيار المحضون الحاضن – مدة الحضانة و انتهائها ...) كما منح له السلطة التقديرية في اسقاط الحضانة عن مستحقيها ان رأى مصلحة المحضون تستدعي ذلك و من هذا المنطلق قسمنا هذا المبحث لمطلبين اساسيين هما : المطلب الأول نتحدث عن قاعدة مصلحة المحضون أما المطلب الثاني نتحدث عن سلطة القاضي التقديري في اسقاط الحضانة .

المطلب الأول

قاعدة مصلحة المحضون

نظرا للأهمية البالغة التي أولاها المشرع للأخذ بقاعدة مصلحة المحضون وجعلها شرطا لاعمال السلطة التقديرية للقاضي أوجب التعرف على معنى هذه القاعدة في الفرع الأول ، ثم تحديد معاييرها التي يعتمدها القاضي في تطبيق سلطته التقديرية في الفرع الثاني .

[1]–فطيمة سالمي ، – حفصة جرادي ، سوسيولوجيا الزواج العرفي في الجزائر –دراسة تحليلية لأسباب بوالية ألغواط– ، مجلة المواقف للبحوث والدراسات في المجتمع والتاريخ، المجلد 17 ، ع 1 ، الجزائر ، 2021 ، ص 234–235–236

الفرع الأول : تعريف مصلحة المحضون

أولا : تعريف المصلحة: قال الإمام أبو حامد الغزالي: أما المصلحة فهي في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني ذلك، ولكن المراد بالمصلحة هو المحافظة على مقصود الشرع، ومقاصد الشرع دل الاستقراء على أنها خمس ضروريات لابد منها وهي :حفظ الدين والعقل والنفس والنسل والمال، فكل ما يضمن حفظ هذه الأمور الخمسة .فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأمور فهو مفسدة ودفعها مصلحة، لذا وجب الاهتمام بالموازنة بين المصالح و المفاسد[1]

وعرف رمضان البوطي المصلحة :بأنها المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأم والهم طبق ترتيب معين فيما بينها.[2]

ثانيا :تعريف المحضون : الطفل الصغير الضعيف الذي يحتاج إلى غيره ليساعده إلى أن يكبر ويقوى فيعتمد على نفسه والمحضون هو كذلك يحتاج للحاضنة أو الحاضن ليقوم على رعايته وتدبير شؤونه [3].

وبالرجوع لقوانين الأحوال الشخصية للدول العربية لم تقم بوضع تعريف دقيق لمصطلح **المصلحة** و **المحضون** و تركت ذلك لما ورد على لسان فقهاء الشريعة و المفسرين كما ذكرنا سابقا .إن" مصلحة المحضون "أو" مصلحة الطفل "اعتبار فقهي يصعب إفراغه في مادة(قاعدة قانونية)، شأنها شأن كثير من القواعد والمبادئ (النظام العام،الآداب العامة،حسن النية..... الخ)

[1]– احمد حسن الربابعة، مختار عيسى مصطفى ، أسامة حسن الربابعة ، الموازنة بين المصالح و المفاسد وتطبيقاتهما فيالواقع المعاصر ، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية ، المجلد12 ، ع1 ، ، الأردن ،2020، ص 66

[2]– جمال غريسي: السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد : 13العدد 02 :السنة2021 ، ص 502-503

[3]– سليمان دعيج بوسعيد: مراعاة مصلحة المحضون في الفقه و القانون البحريني " دراسة مقارنة " ، الشهاب ، مجلد 6 ، ع 3، 2020، ص 313

فهي أمور متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا. إلا أننا يمكن إن ننظر لها من عدة زوايا تميزها، فهي قاعدة متغيرة غير ثابتة- كما تعتبر قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدة، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه فمصلحة البدو الرحل وبعض المناطق النائية تختلف عن مصلحة أطفال المدن الكبرى، فمثلا إذا كان الانقطاع عن المدرسة عند البدو الرحل لا يعد مساسا بمصلحة الطفل لأن هذه المناطق لا تهتم بالد راسة ، فإن ذلك يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة في المدن الكبرى) المناطق الشمالية (باعتباره تقصيرا في تربية الطفل ومتابعة تعليمه.- قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع مختلف الظروف الزمنية والمكانية[1]

الفرع الثاني: معايير القاضي في تحديد مصلحة المحضون

إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها، ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي من الموضعية والعدالة[2]، بما أن القاضي يستند في أحكامه لمبادئ الشريعة الاسلامية التي قال ابن القيم رحمه الله، في كتاب "إعلام الموقعين عن رب العالمين": (فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي: عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل.

[1]- إيمان معمري: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة ، مذكرة ماجستير ، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية الوادي، 2015 ، ص 38-39

[2]- فؤاد غجاتي : مناهج الاجتهاد القضائي و ضوابطه، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر، جامعة آكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2021، ، ص 59

ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب المجال الواسع الممنوح في مسائل الحضانة، وعدم الغلو في اعتبار المصلحة والواقع[1]، كما أن الفقه الإسلامي أولى عنايته لتحقيق مصلحة المحضون بتنظيم أحكامها، وجعل منها معايير التقدير يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة وإسقاطها، ومن بين هذه المعايير :

أولا :المعيار المعنوي: أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي، الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي، بل ويؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا إن يصغوا إلى علماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون[2] وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال؛ لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية ، وأن حرمان الطفل الصغير لفترة طويلة من عناية الأم قد يكون له آثار خطيرة وعميقة على خصائصه وشخصيته، وبالتالي على مستقبل حياته.

ويجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار له الحاضن الذي يهيئ له الاستقرار الروحي والأمن.[3]وهذا ما جسد في القرارات القضائية باعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون، حيث قضت المحكمة العليا في قراراها الصادر2006/6/4 مايلي : ما يلي ":حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة مالا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في اسناد حضانة الطفل لأمه العناصر

[1]– فؤاد غجاتي : مناهج الاجتهاد القضائي و ضوابطه ،نفس المرجع، ص 59

[2]– ايمان معمري : مرجع سابق : ص 40

[3]– معمري ايمان : مرجع سابق : ص39–40

المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"[1].

وقد نص القانون البحريني في م 130 (ق 2017/19) (للقاضي الاستعانة بذوي الاختصاص و الخبرة في الشؤون النفسية و الاجتماعية عند الحكم بتقرير الحضانة مراعاة للمصلحة الراجحة للأولاد بما لا يتعارض مع الأحكام المنصوص عليها في المواد السابقة) . م 132/ب (إذا كان المحضون صغيرا لا يستغني عن أمه فتلزم حضانته ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك) .

القانون الاتحادي الاماراتي (2005/28) م 6/146(للأم حضانة أولادها عند النزاع على الحضانة ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون).والقرار رقم 153640 قرار بتاريخ 1997/02/18 قررالقاضي : (من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون و لما كان ثابتا في قضية الحال أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقري المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم فقد طبقوا القانون) (م ق ع 1 لسنة 1997).

ثانيا :المعيار المادي: إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح؛ لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، وهي تكاليف لابد منها.

التعسف في الحقوق المعنوية: ويكون التعسف في حق المحضون في الرعاية والتربية والاهتمام من خلال قيام الحاضنة عمدا بقصد الإضرار بولي الأمر أو المحضون بإهمال نظافة المحضون سوء العناية به، كأن تطالب بحقها في حضانة الصغير ويكون لها الأحقية في الحضانة، ولكنها في الحقيقة تقصد إلى إهمال المحضون وعدم رعايته والاهتمام به، فقد علمت صغيرها ما يُفسده،

[1]– جمال غريسي: مرجع سابق ، ص 506

أو أن تعوده على فعل مُشين مُحرم من سرقة أو تسول رغبة في تشويه صورته وصورة والده، رغبة في الانتقام والتشفي من المحضون أو والده، وهذا غير جائز، أو أن تستخدم حقها في التربية في تشويه صورة أحد الوالدين، ورسم صورة سيئة عن أحدهما في ذهن المحضون، وهي تكون بذلك قد أضرت بالصغير من خلال أنه قد يحمل الحقد أو الكره على والديه نتيجة ما يسمعه من الحاضن مما يؤثر على نفسية الصغير . فهنا نجد أن الحاضنة لها الحصول على الحضانة لأحقيتها ولكنها استخدمت هذا الحق بصورة متعسفة من إهمال في المحضون وعدم رعاية له ماتسبب في إضراره[1]

ثالثا :معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته: ولهذا لا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه، ومما لاشك فيه أن وضع هذا النظام، له فائدة من الناحية العملية؛ فالطفل يحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية والأهلية للقيام بها، وهنا السلطة التقديرية للقاضي في النظر إلى اختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته .

المطلب الثاني

تفعيل دور القاضي في اسقاط الحضانة

منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مسائل الحضانة و ستقتصر دراستنا في سلطة القاضي في اسقاط الحضانة الفرع الأول وسلطته في تمديد و انهاء الحضانة في الفرع الثاني

الفرع الأول : سلطة القاضي في اسقاط الحضانة

أولا: من حيث الاخلال بالالتزامات : تحمل على الحاضن مسؤوليات اتجاه المحضون باعتباره صاحب حقوق من واجب الحاضن ضمانها، وهي الواجبات الطبيعية المحمولة على الأبوين حسب

[1]– عبد الرؤوف دبابش ، عماري سناء : التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، مجلد 10، ع2، جامعة بسكرة ، الجزائر ، 2019 ، ص 177

ما يقتضيه العرف والعادة والهادفة إلى تحقيق الاستقرار النفسي والبدني للطفل، إضافة إلى واجب التربية والتوجيه والتي تؤول إلى الحاضن عند الطلاق، ويتم ذلك تحت رقابة غير الحاضن الذي يمكن له طلب إسقاط الحضانة وإسنادها إليه حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل [1](م 169 مدونة الاسرة المغربية –م 133 ق البحريني – م 132 –133 ق الموريتاني – م 133 ق العماني – م 148 /1 ق الاتحادي الاماراتي – م 171 ق القطري ...).

ثانيا:من حيث التنازل عن الحضانة : يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، فتنازل المرأة عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون، مع الملاحظ أن المشرع اشترط في التنازل المذكور ألا يكون مضرا بمصلحة المحضون[2] وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به. ،وهذا ما أكدته المحكمة العليا حيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة [3].

–**التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع** :يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 ق أج، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع. مما يدل على أن المشرع أراد أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال.[4]

ثالثا:من حيث السكوت عن المطالبة بالحضانة: تسقط بتقدير من القاضي : م 136/أ (المذهب السني) من ق البحريني – م 3/128 النظام السعودي – م 184 ق القطري هذه المواد تحدثت صراحة عن السلطة التقديرية للقاضي أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص صراحة على

[1]– معمري إيمان ،مرجع سابق ، ص 52–53

[2]– قرار رقم: 282153 الصادر بتاريخ : 2002/02/13، م ق 2004، ع1، ص 275

[3]– قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19، م ق 2001، ع خ ، ص 181

[4]– معمري ايمان : مرجع سابق ، ص 56

ذلك في م 68: إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.وهذا ما أخذ به الاماراتي م 3/152 – م3/135 ق العماني م62 / ب ق الليبي ..

رابعا: من حيث زواج الام الحاضنة : وحرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه،وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة و اذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم. لذلك يجب أن يترك الأمر بيد القاضي ولا خوف على المحضون، لأن القاضي إنما يراعي ما هو خير وأصلح له[1].

خامسا:من حيث عمل الحاضنة : قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة، مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها إن احتراف العمل في حد ذاته ليس مسقطا لحق الحضانة، وإنما المسقط لهذا الحق في مجال الحضانة هو ضياع المحضون وإهماله فلا عبرة بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية أن مصلحة المحضون في خطر مادي أومعنوي، أو أنه مهمل، وهنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، فقد تسقط الحضانة على الحاضن، ويعين من يليها في الدرجة طبقا للشرع والقانون مع مراعاة مصلحة المحضون دائما.[2]

[1]– معمري ايمان ،المرجع السابق ، ص 65

[2]– نفس المرجع ، ص 67–68

الفرع الثاني : سلطة القاضية في تمديد و انهاء الحضانة

أولا :في التشريعات المغاربية :

1-المادة 65 من ق.أ.ج عند الإشارة إلى انقضاء مدة الحضانة حيث نصت على ما يلي(تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانيةعلى أن يراعي الحكم بانتهائها مصلحة المحضون[1])

2-المادة 126 ق موريتانيا(1976): (تنتهي مدة الحضانة بالدخول بالأنثى وببلوغ الذكر. يجوز للقاضي أن يحكم بتسليم الولد لأبيه بعد بلوغه سبع سنوات إذا كانت مصلحته تتطلب ذلك).

المادة 161 ق الضفة الغربية : (تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة) أما الامتداد نصت عليه في الم 162 (تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم.)

ثانيا :في التشريعات المشرقية :

1-المادة 129 من القانون العماني (97/32): (تستمر الحضانة حتى يتم المحضون الذكر السابعة من عمره و تستمر حضانة البنت حتى البلوغ الا إذا قدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون)

[1]- غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 257693 صادر بتاريخ : 2012/02/12 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2002، ص 436 (فقبل الحكم بانقضاء مدة الحضانة يجب مراعاة مصلحة المحضون وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه ما يلي " :حيث أنه في قضية الحال يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبنتين إلى الدخول بهما الأمر الأولي يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن المحضون لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا وما دام الأمر كذلك يتعين القول بأنّ قاضي أولى درجة طبق صحيح القانون وكان صائبا في حكمه مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة والقول أن قضاة المجلس خالفوا نص المادة 74 من قانون الأسرة لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة

2-المادة 156 من القانون الاتحادي الاماراتي (2005/28): (تنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر احدى عشرة سنة و الأنثى ثلاث عشرة سنة ما لم تر المحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون و ذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى ، تستمر حضانة النساء اذا كان المحضون معتوها أو مريضا مرضا مقعدا ما لم تقض مصلحة المحضون خلاف ذلك).

المادة 135 من النظام السعودي : (إذا أتم المحضون (15) من عمره فله الاختبار في الاقامة لدى أحد والديه مالم تقض مصلحة المحضون خلاف ذلك .

تنتهي الحضانة إذا أتم المحضون (18) عاما ....)

3-المادة 173 من القانون الاردني (2010/36): (تستمر حضانة الأم الى اتمام المحضون 15 سنة من عمره و لغير الأم الى اتمام المحضون10 سنوات / تمتد حضانة النساء إذا كان المحضون مريضا مرضا لا يستغني عن رعاية النساء ما لم تقتض مصلحته خلاف ذلك)

-المادة 194 (قانون رقم 1983/51) :(تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ و للأنثى بزواجها و دخول الزوج بها) .

4-المادة 173 من القانون القطري (2006/22):(تنتهي حضانة النساء بإتمام الذكر ثلاث عشرة سنة وبإتمام الأنثى خمس عشرة سنة إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك بعد التحقيق في مصلحة المحضون فتأذن باستمرار حضانة الذكر إلى إتمام خمس عشرة سنة، والأنثى إلى الدخول، أو تخيّر المحضون بعد التحقق من صلاحية المتنازعين، وفي جميع الأحوال يجب ذكر الأسباب التي اعتمدتها في قرارها.

واستثناء من أحكام الفقرة السابقة يجوز استمرار حضانة النساء إذا كان المحضون مريضاً مرضاً عقلياً، أو مرضاً مقعداً.

ولا يجوز للولي أو العاصب ضم المحضون، عند انتهاء مدة حضانة النساء إلا رضاءً أو قضاءً.

وإذا لم يوجد حكم قضائي بالحضانة، وضم الولي أو العاصب الصغير الذي مازال في سن حضانة النساء إليه جبراً، فيجوز للقاضي بناءً على طلب من لها حق الحضانة إعادة الصغير إليها مؤقتاً بكفالة شخصية أو بدونها، وتوجيه الولي أو العاصب لرفع دعوى بالحضانة أمام محكمة الموضوع)

.لكن و بالرجع لأصل المذاهب الفقهية نجد بعض الاختلافات مع القوانين الوضعية في مسألة انتهاء الحضانة (لتغير الظروف) :

أولا: يُخَيَّرُ الغلامُ بينَ أبيه وأمِّه إذا بلغَ سَبعَ سِنينَ، وهو مَذهَبُ الشَّافِعِيَّةِ، والحَنابِلةِ، وقَولُ بَعضِ المالِكِيَّةِ، وهو اختيارُ ابنِ القَيِّمِ، والشَّوكانيِّ، وابنِ عُثيمين، وحُكِيَ إجماعُ الصَّحابةِ على ذلكما ورد في السنة:عن أبي هُريرةَ رَضِيَ اللهُ عنه قال :"جاءت امرأةٌ إلى رَسولِ اللهِ صلَّى الله عليه وسلَّم، وأنا قاعِدٌ عنده، فقالت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ زَوجي يريدُ أن يَذهَبَ بابني، وقد سقاني مِن بئرِ أبي عِنَبةَ، فقال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: استَهِمَا عليه. فقال زَوجُها: مَن يُحاقُّني في ولَدي؟ فقال النبيُّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: هذا أبوك، وهذه أمُّك، فخُذْ بيَدِ أيِّهما شِئْتَ، فأخذَ بيَدِ أمِّه، فانطَلَقَت به "[1] وما يستخلص أنَّ النبيَّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم خَيَّرَه، وتقييدُه بالسَّبعِ لأنَّها أوَّلُ حالٍ أمَرَ الشَّرعُ فيها بمُخاطبتِه بالصَّلاةِ، ولأنَّ التَّمييزَ غالِبًا يكونُ في هذه السِّنِّ.

[1]– سنن أبي داوود، كتب الطلاق ، باب من أحق بالولد ، رقم الحديث : 2279

ملخص الفصل الأول

من خلال دراستنا في الفصل الأول تبين لنا مدى أهمية توفر الشروط العامة للحاضن من جهة و من جهة أخرى توفر الشروط الخاصة لكل من الرجال و خصوصا النساء، لما يتمتعن به من رابطة قوية مع الطفل المحضون خصوصا إذا كانت الحاضنة هي الأم . كما تبين لنا الاختلاف الواسع بين التشريعات العربية في تناولها لهذه المسألة مع وجود الكثير من المشكلات القانونية المتولدة عن عدم وجود نصوص قانونية تفصلها و تشرحها و هذا ما يرجعنا لأصل تشريعات الاحوال الشخصية و هي احكام الشريعة الاسلامية . كما تبين لنا ظهور مسائل تخص سقوط الحضانة في القضايا المعاصرة و مدى تأثيرها على سقوط الحضانة .

الفصل الثاني

اسـقــاط الحـضــانـة

وضع القانون شروطا باختلالها تسقط[1] الحضانة عن الحاضن سواء من حيث اسنادها له او بعد اسنادها له ، جراء وجود موانع و عراقيل توقف أداء مهمته في الرعاية و العناية بالطفل المحضون لغاية بلوغه سن الرشد كاملا حسب كل القوانين العربية ، هذه الموانع قد تكون اضطرارية تمنع الحاضن من ممارسة حقه حتى بالنسبة للأم التي تعتبر الأولى بالحضانة مقارنة بمن يليها ، ولكن أحيانا تسقط عنها بقوة القانون ، لكن في أحيان أخرى تسقط عنها و عن ممن يليها في الاستحقاق بسبب يختاره الحاضن سواء بالتنازل عن الحضانة (المبحث الأول) أو سقوطها للإقامة بالمحضون في بلد أجنبي .(المبحث الثاني)

المبحث الأول

طبيعة التنازل المقيد بمصلحة المحضون المسقط للحضانة

اختلال شروط ممارسة الحضانة ليست الشروط الوحيدة لسقوط الحضانة ، توجد أسباب أخرى تتعلق بفعل الحاضن (اختياري ، غير اختياري) للتخلي عن ممارسة حضانته هذه الاخير لها علاقة وطيدة بالطبيعة القانونية للحضانة التي لها التأثير المباشر في مدى امكانية التنازل و التخلي عن ممارستها ، فدراسة المسألة تقتضي بداية معرفة طبيعة الحق في الحضانة (المطلب الأول) ثم طبيعة التنازل المسقط للحضانة (المطلب الثاني)

[1]- **أما الإسقاط** فيشتمل على زيادة في المعنى تتضمن عنصر الإرادة من صاحب الحق في التنازل عن حقه، أي ان الحاضن مستحق للحضانة بتوافر شروط الحضانة في حقه، وانتفاء الموانع عنه، ثم اختار بإرادته الحرة التنازل عن هذا الحق إلى من يليه من مستحقي الحضانة .وهذا المعنى استفاده الباحث من عبارات الفقهاء، حيث نصوا على هذا المعنى صراحة باستخدام لفظ الإسقاط، ومن ذلك قولهم" : إذا أسقطت الحاضنة حقها في حضانة الولد فإنه يسقط وقولهم " :إذا أسقطت الحاضنة حقها من الحضانة لغير عذر بعد وجوبها "وعبر الفقهاء عن الإسقاط دلالة بألفاظ، منها : الرد أو الترك من مثل قولهم " : ولوردتهم استثقالا من غير نكاح وقولهم " :وإذا تركت الولد وهو يرضع)" أو بلفظ الامتناع كقوله " :إذا امتنعت الأم من الحضانة أو غابت انتقلت الحضانة إلى الجدة"ويمكن بناء على ما تقدم يرى الباحث تعريف المصطلح المركب" **إسقاط حق الحضانة** "بما يلي " : تنازل مستحق الحضانة عن حقه فيها باختياره بعد وجوبها. " **مفهوم سقوط حق الحضانة** اشترط الفقهاء جملة من الشروط الواجب توفرها في الحاضن، بحيث إذا فات أحد هذه الشروط، وقام بالحاضن مانع يمنع من الحضانة فإنه يفقد حقه في الحضانة، وينتقل الحق إلى من بعده في الاستحقاق على حسب ترتيب المستحقين للحضانة في المذاهب ،أنس غازي عناية : حكم عودة الحضانة إلى مستحقها بعد رجوعه عن اسقاط حقه فيها ، مجلة الدراسات العربية ، كلية دار العلوم، جامعة المنيا ،المملكة العربية السعودية ، .د س أنظر : ص 1272-1271-1270

المطلب الأول

طبيعة الحق في الحضانة

الحضانة هي ولاية حفظ المحضون وتربيته اذ أن المقصود منها رعاية المحضون وتربيته تبدأ من اليوم الأول قيل انها تبدأ وهو جنين لذا فان من حق الولد ان ينشأ في الحضن الصالح له وهو حضن الأم ان كانت جديرة بالحضانة مستكملة لشروطها وبهذا فان الحضانة حق خالص للمحضون . وكذلك فالحضانة مقصود بها إشباع عاطفة الأمومة والتي هي من الغرائز الأساسية التي لوالها لما تحملت الأم متاعب الوالدة والرضاعة والحضانة ولهذا فان الحضانة حق خالص للأم [1]. وتظهر أثار الخالف ضمن ما ذكرناه وجود اختلاف في مسألة طبيعة الحق في الحضانة فالنظرة الفقهية (الفرع الأول) تختلف عن النظرة القانونية حسب التشريعات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : طبيعة الحضانة من النظرة الفقهية

اختلف العلماء في كون حق الحضانة للحاضن أو المحضون أو للولي أو لهم جميعا على النحو الآتي:

أولا :أن الحضانة حق للحاضن :وهذا القول هو قول الحنفية وهو المشهور في مذهب الإمام مالك ومذهب الإمام الشافعي وقول في مذهب الإمام أحمد

ثانيا :أن الحضانة حق للمحضون :وهذا هو قول عند الحنفية وقول[1] ثم اعلم أن الحضانة « عند المالكية،وقول في مذهب الإمام أحمد، قال ابن نجيم حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة

[1]– عطا مهدي فليح، الحضانة في الفقه الاسلامي، وقائع المؤتمر العلمي التاسع عشر (عدد خاص)، مجلة كلية التربية الأساسية ، 2019، ص 515

[1]– عبد الناصر بن موسى أبو البصل : حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذه ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة ، رابطة العالم الاسلامي – المجمع الفقهي الاسلامي – كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436 ، ص 10

يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به وأبصر فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد ;لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء وحق الحضانة جعل إلى النساء ;لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت.

وقال ابن عابدين : اختلف في الحضانة هل هي حق الحاضنة أو حق الولد ؟

فقيل بالأول فلا تجبر إذا امتنعت ورجحه غير واحد وعليه الفتوى وقيل بالثاني فتجبر واختاره الفقهاء الثلاثة أبو الليث والهندواني وخواهرزاده)

وقال ابن شاس : اختلف في حق الحضانة، هل هو للولد أو للوالدة؟ فيه روايتين

وقال ابن مفلح في شرح المقنع : فائدة :هل الحضانة حق للحاضن أو عليه ؟ فيه قولان

وقال ابن القيم: وقد اختلف الفقهاء هل هي للحاضن أم عليه؟ على قولين في مذهب أحمد ومالك(حكاية الإمام ابن القيم القولين في مذهب أحمد ومالك يدل على أن القولين في المذهبين متشابهان حيث إن الحنابلة لم ينصوا على أنها حق للمحضون بل النص على أنها للحاضن أو عليه بخلاف مذهب الإمام مالك)

ثالثا :أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون :قال ابن عابدين بعد ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين : أن نقل أقوال علماء المذهب في المسألة وذلك أن ما في المحيط يدل على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة .

وقال الأبياني في شرح الأحكام الشرعية : ويرى بعض المحققين أن حق الحضانة ثابت للصغير والحاضنة.

قال ابن عرفة: في كون الحضانة حقا للحاضن أو المحضون أولهما ثلاثة الأولان روايتان والثالث اختيار الباجي وابن محرز.

رابعا: الحضانة حق مشترك: وهذا القول رجحه بعض العلماء المعاصرين وهو اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية وذهبت إليه بعض القوانين العربية.

والذي يظهر من قول المالكية بنزع الحضانة إذا سافر الولي أو سافرت الحاضنة مسافة ستة برد يدل دلالة واضحة على حق الولي في المحضون بمعنى تعلق حق الولي في الحضانة إضافة إلى حق الحاضن أو حق المحضون. قال أستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي : والظاهر لدى علماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا حق الحاضنة وحق المحضون وحق الأب أو[1] من يقوم مقامه ;فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه وإن تعارضت قدم المحضون على غيره.

وللشيخ ابن عثيمين تفصيل حسن في هذا الباب حيث يقول في شرحه لقول صاحب زاد المستنقع (وإن امتنع من له الحضانة...) ما نصه (إذا قلنا :إن الحضانة حق للحاضن كما يفيده قوله (من له الحضانة) ولم يقل :من عليه فإذا امتنع فإنها تنتقل إلى من بعده فإن لم يردها من بعده انتقلت إلى من بعده وهكذا إلى أن تصل إلى الحاكم ولكن ابن القيم – رحمه الله – أبى هذه الصورة

وقال: إنها حق للحاضن وحق عليه فإن نازعه منازع فيها فهي له وإن لم ينازعه منازع فهي عليه فنقول للأول :أنت الذي تلزم بالحضانة إذا لم ينازعك أحد ;لأننا لو قلنا :إذا امتنعت انتقلت لمن بعدك وإذا امتنع فلمن بعده وإذا امتنع فلمن بعده إلى أن تصل إلى الحاكم ضاعت حقوقه ,وصار تحت الرعاية العامة والواجب أن يكون تحت الرعاية الخاص.

خامسا :القول المختار في صاحب الحق في الحضانة:

بعد إنعام النظر في أقوال الفقهاء وحقيقة مسألة الحضانة ومتعلقاتها نجد الحقائق الآتية:

[1]–عبد الناصر بن موسى أبو البصل : حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذه ، مرجع سابق ، ص 11–12

1 :يظهر بجلاء الطبيعة المشتركة لحق الحضانة فالقول بأنه حق للحاضن وحده يعارضه حق المحضون ومصلحته المقررة شرعا بأن يحضن حضانة نافعة غير ضارة به والقول بأنه حق المحضون يرده حق الحاضن الثابت ومطالبته به وحقه في التنازل عنه في بعض الحالات ,كما أن ثبوت الحق للحاضن والمحضون يزاحمهما فيه الولي على المحضون وحقه في الرقابة والإنفاق ورعاية مصالح الصغير بل ورؤيته أيضا.

ويأتي بعد هذا كله أن المحضون ليس قادرا على مراعاة مصالحه والقيام بها المحضون بنفسه فهو يحتاج إلى رعاية الحاضنة كل الوقت ويبدأ بالاستقلال عنها بمرور الزمن حتى تنتهي مدة الحضانة المقررة شرعا .ومسألة عدم القدرة تجعل المحضون قاصرا والقصر إما أطفال صغار أو يعانون من مشكلة في العقل توجب على المجتمع رعاية هذه الفئة رعاية تامة حيث إن الصغار ومن في حكمهم تعد الحضانة بالنسبة لهم من قبيل الضروريات

قال الإمام ابن الدهان حضانة الصغير وتربيته من رتبة الضرورة لأن به حفظ الأنفس والضروريات كما قال الإمام الشاطبي : لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت[1] لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين.

وبما أن المقصود من الحضانة حفظ النفوس وحفظ النفوس من حق الله قال والثاني ما هو مشتمل على حق الله وحق العبد والمغلب فيه حق الله والأصل في حق الله عدم معقولية المعنى. ولهذا يظهر حق المجتمع في رعاية الصغار والذي عبر عنه بحق الله حيث إن المجتمع بأسره سيدفع ضريبة الإخلال بحق الطفل في الحضانة بمعنى حق الطفل بالحصول على الرعاية السليمة والتنشئة الصالحة ,والمتضرر من الخلل في هذه الأحكام هو المجتمع في النهاية لأنه سيواجه بمجموعة من الصغار الذين لم يحصلوا على القسط الكافي من التربية اللازمة للقيام

[1]– –عبد الناصر بن موسى أبو البصل: مرجع سابق،ص 13

بأعباء الحياة ولذا أرى أن يوصف حق الحضانة بأنه من الحقوق العامة ويطلب من الهيئة الاجتماعية الممثلة بالادعاء العام أو النيابة العامة الشرعية بالإشراف على حقوق القصر في الحضانة والرعاية من مختلف الجوانب.

إن التقصير مع الصغار والقصر يوجب عزل الوصي ومساءلته أو إسقاط حضانة الحاضنة المقصرة وقد طبق هذا الحق بوجه مفصل في الغرب اليوم حيث يتم إلغاء الحضانة من الأبوين إذا قصر أو عرض حياة الأطفال للخطر أو قام بإيذاء الطفل المحضون.

ولهذا كله أن حق الحضانة حق مشترك للمحضون والحاضن والولي ,والمجتمع (حق الله) ممثلا بالحاكم (وهو ولي من لا ولي له) والذي يمثله اليوم الحق العام. وإذا قلنا بأن هذا الحق ليس حقا فرديا خالصا وإنما هو من حقوق الله فالأولى في نظري أن يكون من قبيل فرض الكفاية وهذا ما رجحه الإمام ابن رشد بقوله عن ضرورة الحضانة للطفل (لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته ,فهو من فروض الكفاية لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع .وإذا قام به قائم سقط عن الناس)

ومن هنا يتوجه القول بمذهب الحنفية في مسألة تعد من أهم القضايا المتعلقة بحق الحاضن في الحضانة في العصر الحاضر ألا وهي اشتراط إسقاط الحق في الحضانة في عقد الخلع أوحالة (الطلاق مقابل الإبراء العام). وهذا يتم بأن يتفق الزوج مع الزوجة طالبة الطلاق أن يطلقها مقابل التنازل عن حقها في حضانة الأطفال ,وتكون صيغة الطلب مقدمة من قبل الزوجة بأن تعرض على الزوج(براءة من الحقوق التي تجب لها عليه كالمهر المؤجل ونفقة العدة وغير ذلك وأن تتنازل له عن حقها في حضانة[1] الأولاد مقابل أن يطلقها طلقة تملك بها نفسها) فيقبل الزوج وذلك في مجلس القاضي ,أو أن يكون عقد الخلع متضمنا لهذا الشرط.

[1]– عبد الناصر بن موسى أبو البصل: مرجع سابق ، ص 15

جاء في البحر الرائق: (لَوْ اخْتَلَعَتْ عَلَى أَنْ تَتْرُكَ وَلَدَهَا عِنْدَ الزَّوْجِ فَالْخُلْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْوَلَدِ فَأَفَادَ أَنَّ قَوْلَ الْفُقَهَاءِ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، ثُمَّ قَالَ فِي الْفَتْحِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ غَيْرُهَا أُجْبِرَتْ بِلَا خِلَافٍ وَعَلَى هَذَا فَمَا فِي الظَّهِيرِيَّةِ قَالَتْ الْأُمُّ لَا حَاجَةَ لِي بِهِ وَقَالَتْ الْجَدَّةُ أَنَا آخُذُهُ دُفِعَ إلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْحَضَانَةَ حَقُّهَا، فَإِذَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا صَحَّ الْإِسْقَاطُ مِنْهَا لَكِنْ إنَّمَا يَكُونُ لَهَا ذَلِكَ إذَا كَانَ لِلْوَلَدِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ كَمَا هُنَا أَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ أُجْبِرَتْ عَلَى الْحَضَانَةِ كَيْ لَا يَضِيعُ الْوَلَدُ كَذَا اخْتَارَهُ الْفُقَهَاءُ الثَّلَاثَةُ.)[1].

وخلاصة القول هنا :

فالحضانة ثبتت في الشريعة لتراعي **حقوقا ثلاثة:** هي حق المحضون أولاً– وحق الحاضنة– وحق الولي: **حق المحضون**(الصغير أو الصغيرة) في تأمين حاجاتهما ,ومستلزمات حياتهما ,من طعام , وشراب، وسكن، ونوم، ونظافة وغيرها لأن المحضون صغير وعاجز عن توفير ذلك بنفسه ,فكان لا بد من توفير حاجاته بالحضانة. **حق الحاضنة** لأن لها من الشفقة على المحضون ما لا يخفى , فكان لا بد من تلبية هذه الرغبة وإشباع هذه العاطفة. **حق الولي** لأنه الذي ينتسب إليه الطفل وتجب عليه نفقته فهو المسؤول عن تعليمه وتهذيبه وتخليقه بأخلاق الإسلام ,فلا بد من إثبات حقه في حضانته. والأصل التوفيق بين هذه الحقوق الثلاثة ومراعاتها كلها أما إذا تنافرت واختلفت فلا بد من تقديم حق المحضون ورعايته أولاً.[2]

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة

مما سبق ذكره في الفرع الأول نلاحظ اختلافا جوهريا بين الفقهاء في تحديد طبيعة حق الحضانة لما تتميز به من مرونة و تغير في الظروف و الأوضاع و باعتبار ان المشرع يستند في

[1]– زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4 ، ط 4 ، دار الكتاب الإسلامي، د ب ن ، د س، ص 180

[2]–علاء الدين حسين الرحال: حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة ، رابطة العالم الاسلامي – المجمع الفقهي الاسلامي – كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436 ، ص 8

قوانينه لمبادئ الشريعة مع الاعتماد على مذهب معين في حال الفراغ القانوني سنجد بالتأكيد بصمة لآراء هؤلاء الفقهاء .فالمشرع القانوني جعل حق الحضانة حقا من جهة (للمحضون – الحاضن) و من جهة أخرى جعله واجب و التزاما للحاضن .

أولا:الحضانة حق للصغير(المحضون)[1]: من خلال قراءتنا لمواد الحضانة تلاحظ أن المشرع حاول التركيز على جعل الحضانة حق للمحضون خاصة بتأكيده في كل مسألة ذكر مراعاة " لمصلحة المحضون " وهذا من خلال بعض النقاط على سبيل المثال :

– المواد التي تكلمت على تعريف الحضانة (م 124 النظام السعودي – الفصل 54 المجلة التونسية – م 125 ق عمان – م 138 ق اليمني – م 1/62 ق ليبيا – م 165 ق قطر – م 62 ق ا ج – م 123 ق البحرين – م 142 ق الامارات – م 121 ق موريتانيا – م 163 مدونة الاسرة المغربية .....) كلها تتحدث عن : حق المحضون في الحفاظ عليه و تربيته و رعايته و تعليمه ، وتوفير حاضن مؤهل للقيام بهذه المهام .حتى بلوغه سن الرشد القانوني .

ثانيا:الحضانة حق للحاضنة

1-**أهمية حق الحاضنة** :من خلال دراستنا تم التطرق للشروط الواجب توفرها في النساء الحاضنات و قد أولاها الشرع و القانون أهمية كبيرة على عكس الرجل الحاضن و هذا لمقصد شرعي ،و من المقاصد الخاصة بالأسرة التي قد تشكلت من مجموع المقاصد

[1]– وعنيت قوانين الأحوال الشخصية المصرية في إشاراتها في باب الحضانة أن المشمول بالحضانة هو" الطفل الصغير "فقط، ونص على ذلك صراحة القانون الإماراتي حيث أشار في المادة الأولى من القرار الوزاري رقم 1150 لسنة 2010 م في شأن لائحة تنظيم رؤية المحضونين إلى أن" :المحضون :الطفل المشمول بالحضانة ومن في حكمه، أنظر:سعد محمد التميمي، عادل عبد الفضيل عيد، استضافة المحضون بين الفقه الإسلامي وقضايا الأحوال الشخصية (دراسة تطبيقية)، بحث علمي ، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 2017 ، ص 7.

الجزئية المرتبطة بكل حكم من أحكامها التفصيلية المتعلقة بالنكاح، والطلاق،والعدة، والحضانة وغيرها[1].

2- **الضوابط الفقهية لأحقية النساء للحضانة :** ومن هذا المنطلق تم وضع ضوابط فقهية تأصل هذا المفهوم بالحفاظ على الرباط القائم بين الام و طفلها بجعل الحضانة حق لها من باب أولى .حيث نجد اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية وضعوا جملة من الضوابط الفقهية تنصب في هذه المسألة ومنها :

- ضَابِطٌ :قَالَ الْمَحَامِلِيُّ: الْأُمُّ أَوْلَى بِالْحَضَانَةِ[2]
- ضابط الأم أحق بالطفل ما لم يوجد منها نكاح و يندرج تحتها فرعين (اذا افترق الابوان و بينهما ولد فالام أحق به من الاب ما لم يقم بالام ما يمنع تقديمها – إذا تزوجت الام فلا حضانة لها على الولد) [3]
- ضابط مبنى الحضانة على الشفقة[4]
- ضابط ولاية الحضانة مستفادة من قبل الأمهات [5]
- ضابط جنس النساء في الحضانة مقدمات على جنس الرجال [1]

---

[1]– جميلة قارش ، المقاصد الشرعية في الأسرة ودورها في تفعيل قوانين الأسرة في البلاد الإسلامية، المؤتمر الدولي التاسع ، تحت عنوان " قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، د س ن ، ص 1015

[2]– عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ط 1 ، دار الكتب العلمية، د ب ، 1990، ص 483

[3]– فؤاد صدقة مرداد، القواعد و الضوابط الفقهية عند الامام ابن القيم في غفه الاسرة ن اطروحة دكتوراه ، ج1،جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية 1429 ، ص 735

[4]-حميدان صبيح احمد حمايل ، الضوابط الفقهية في الاحوال الشخصية عند الحنفية ،رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، الخليل فلسطين ، 2018، ص 201-202

[5]– حميدان صبيح احمد حمايل، مرجع سابق ، ص 202

[1]–سعدي محمد الصالح ، القواعد و الضوابط الفقهية المؤثرة في قطع النزاع ، أطروحة دكتوراه ، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر ، الجزائر ، 2020، ص 406

ثالثا:الحضانة حق للصغير و للحاضنة معا: أخذ هذا الرأي من المذهب الحنفي الذي يري أن الحضانة حق للصغير و للحاضنة معا و أن أقوى الحقين في الحضانة هو حق للصغير ، و أن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، و أنه يجب العمل بما هو الأصلح و الأنفع للصغير في باب الحضانة[1].

رابعا: الحضانة التزام

يرى الأستاذ الدكتور صلاح الدين جمال الدين ، إن الحضانة في حد ذاتها باعتبارها ضم وتربية الصغير هي التزام . و لقد وصل الدكتور محمد عليوي ناصر في نتائج رسالته إلى أن للحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقهاء و رجال القانون، إلا أنها واجب أكثر منها حقان و تتحدد بين الواجب الكفائي و الواجب العيني ، فلو وجد الأب أو وجد حاضن غير الأم و لم ترغب هي بالحضانة اكتفينا بهم عن الأم ، و إلا تعينت لتعين الواجب على عاتقها أما الأب فهي واجب تعييني عليه حتما.

و يرى كذلك الأستاذ محمد مصطفى شلبي في معرض مناقشته هل الحضانة حق أو واجب ، حيث يقول إذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلا نقول إنها أحق الناس بحضانة طفلها ما لم يمنع من ذلك ، فإذا تمسكت به أجيبت إليه، و غذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل، و هذا يعني أنه حق لها ، و إذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه، و إذا استعضت عنه بشيء لا يصح ، و هذا يعني أنه واجب عليها و على هذا نستطيع أن نقول أنه حق لكل من الحضانة و المحضون أقوى، لأنه يجب توفره له في كل جال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى لا يقبل منها إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به ممن تأهل للحضانة.[1]

[1]– بن رعاد فاطمة، عبد الصمد فاطنة: الطبيعة القانونية للحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الاتفاقيات الدولية ، مذكرة ماستر،جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2018، ص ص 45 ، 53

[1]–بن رعاد فاطمة، عبد الصمد فاطنة: مرجع سابق، ص ص 45 ، 53

ومن المنظور السعودي : إن الحضانة واجبة على الحاضنة الأصلية وهي الأم– فوق أنها حق لها –إذا تعينت عليها وذلك حفظا لمصلحة المحضون ورعاية لحقه ويكون هذا بالتراضي بين الزوجين وإلا تدخلت المحكمة الشرعية لإثبات هذا الحق والواجب ,فالمحكمة الشرعية ملزمة بتنفيذ حق الحضانة بتعيين الحاضنة المناسبة للمحضون إذا لم تتعين الحضانة على الحاضنة الأصلية وهي الأم لظروف خاصة ولوجود حاضنة غيرها ممن يعينه القاضي لا تجبر الحاضنة الأم عليها لتوفر حق الصغير بدون ذلك أي أن إعفاء الحاضنة الأصلية وهي الأم لا يتم عند الخصومة إلا بإذن القاضي بقرار من المحكمة الشرعية[1].

ونظرا لأهمية تحديد طبيعة الحضانة لما لها أثر تحقيق مصلحة المحضون أوجب معرفة : هل تستطيع الحاضنة التنازل عن حضانتها أم قيدها المشرع بشروط معينة ؟ و هل تعود حضانتها بعد ذلك ؟

ومن خلال القوانين التشريعية للأحوال الشخصية فقد أخذت بحق الصغير في الرعاية و صيانته و تعليمه و أخذت بحق الأم بإعطائها الأولوية من بين مستحقي الحضانة حتى على الأب(الأم أحق بولدها مالم تنكح) . وأخذت بأن الحضانة التزام للأم و الأب و لبقية الحاضنين الآخرين بالوفاء بالالتزامات المحددة شرعا و قانونا للحفاظ على مصلحة المحضون[1] (تربيته – رعايته – تدريسه ....)

[1] علاء الدين حسين رحال : حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، السعودية ،1436 ، ص 6

[1]– التقنين المصري لم يعط تعريفاً للمصلحة عموماً أو مصلحة المحضون في بابه، وإنما وظَّف لفظ المصلحة أحياناً، وتارة أخرى شملت فكرة المصلحة في نصوصه بعدم الإضرار بالصغير، وأحياناً شملته ضمنياً. أنظر :سعد محمد التميمي، عادل عبد الفضيل عيد، استضافة المحضون بين الفقه الإسلامي وقضايا الأحوال الشخصية (دراسة تطبيقية)،مرجع سابق ، ص 19

المطلب الثاني

طبيعة التنازل المسقط للحضانة

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين قانونا في تعريف الحضانة رعاية الولد على الوجه المطلوب وهي ليست مقررة على سبيل الدوام[1] ، لذلك قد تنتهي بإحدى الأسباب ومنها التنازل عنها إما اختياريا أو اجباريا وهذا له أثر كبير في عودة الحضانة

الفرع الأول : التنازل بإرادة الحاضن المنفردة

أولا :موقف التشريعات العربية

للحاضنة حق التنازل عن حضانتها و يقرر هذا الأثر في الوقت الحاضر في كل القوانين العربية (م 131 ق العماني – م 141 ق اليمين – م 63/ ج ق الليبي – م 147و 4/146 ق الامارات – م 128 ق موريتانيا – م 165 مدونة الاسرة المغربية – م132 النظام السعودي – الفصل 55 و64 من المجلة التونسية – م 66 ق ا ج " "يسقط حق الحاضنة...، وبالتنازل.")

لكن ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون وحده، وإن كان يشترط أن يتم هذا التنازل أمام الجهة المختصة في ذلك. أما المدونة، فإنها لم تبين صراحة موقفها من مسألة التنازل .ولكن يظهر من عبارة" إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها "... الواردة في المادة 165 منها أنها أقرت هذا النوع من الإسقاط. حيث أن مبدأ مصلحة المحضون يجد ذروته حتى فيما إذا تعلق الأمر بالتنازل عن الحضانة بسب ما يحققه من صيانة الحقوق وبسبب رعاية المصالح العليا للمجتمع .لأنه قد يترتب على رفض التنازل أن يصبح حق الحاضن

[1]– بن شويخ رشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات)، دار الخلدونية ، ط 1 ، الجزائر ، 2008 ، ص 262

مقيد، ولكن القانون قد لا يرى من ذلك بدلا لأن مصلحة المحضون يجب أن تقدم على أي اعتبار آخر.

ثانيا : شروط التنازل بارادة الحاضن المنفردة :إن الحضانة حتى وإن كانت حقا للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبتها، بل فيشترط في هذا التنازل:

1- أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة:

وتتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة. وهذا ما أخذت به محكمة تونس الاستئنافية بتاريخ 1963/01/10: حيث علقت أمر التنازل عن الحضانة على الشروط المذكورة، فورد قرارها بالنطق التالي: (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 الاسقاط، بما أن الاسقاط لا يتوفر إلا عند تحقق ذلك الشرط، كانت الحضانة حقا من حقوق المحضون لا الحاضن، إذا لم يقترن الإسقاط بذلك الشرط كان لاغيا ولاعمل عليه"

وفي نفس الإتجاه، سار المجلس الأعلى المغربي في قراره رقم :1986/06/28، وذلك ما عبر عنه أيضا المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر في19 ديسمبر 1988عندما قضى بأنه" من[1] المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ..) وكذلك هذا ما عبرت عنه محكمة تلمسان في حكمها الصادر في1998/01/10 (أمام التنازل الاختياري للأم عن حضانة طفلها واستعداد المدعى عليه للتكفل به يتعين الإشهاد لها عن ذلك وتحويل الحضانة للأب)

[1]- حميدو زكية : مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005، ص 464-465

2-مراعاة مصلحة المحضون في التنازل:

باعتبار ان الحضانة تعنى بالحفاز و رعاية الطفل المحضون لذا أوجب أن تراعى مصلحته في اقرار التنازل عنه من طرف الحاضن و هذا ما اعتمده القضاء الجزائري أسند الحضانة للام بالرغم من تنازلها عنها ملف رقم 189234 قرار بتاريخ 1998/04/21(من المقرر شرعا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون)[1] ، وفي قرار المحمة العليا (من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن) (ملف رقم 189234 قرار في 1998/04/21 م ق ع خ باجتهاد غ ا ش م ، 2021 ص 175)[1]

تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون (م ع غ أ ش ، 2002/02/13 ، ملف رقم 257741، م ق ، 2003، ع 1 ، ص 363)

من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون . [2]ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون (م ع غ ا ش 1998/04/21، ملف رقم 189934 ، إ ق غ أ ش ، ص 175 ، مشار إليه في كتاب الملتقى ، ج 1 ، ص 470)

---

[1]- طاهري حسين : الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري (مدعما باجتهادات المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الامر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية) ، دار الخلدونية ، الجزائر ، د س ، ص 187 .

[1]- الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1، الجزائر، 2005، ص 133

[2]- بلحاج العربي : قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 3 ، الجزائر ، 2007 ، ص 367-368

وقد جاء في قرار للمجلس الاعلى بالمغرب أنه(يعتبر التنازل عن الحق في الحضانة من أسباب سقوطها ، فالحضانة قد تسقط بتنازل من توفرت فيه الشروط القانونية لأن الحضانة في الفقه المالكي هي حق للحاضن و يترتب عن ذلك أنه يتنازل عنها اختياريا لمن يليه في المرتبة). وجاء في قرار آخر (الحضانة حق للحاضن إذا أسقطها تسقط كما يلزمه تنازله عنها) [1]ومن المسائل الشائكة في القضاء المغربي فكثيرا ما يثور النزاع بين أصحاب الحق في الحضانة بسبب تغيير الظروف التي أدت سقوط الحضانة بسبب التنازل (م173ق مغربي)وبعد مدة تتغير هذه الظروف مما يجعل هذا الشخص المتنازل يطلب عودة الحق إليه وهنا يوجد فراغ قانوني.

3- **اجرءات خاصة بالتنازل وفق شروط معينة** : ومن هنا حوال بعض رجال القانون وضع شروط في التنازل عن حق الحضانة وهي[1]:

- استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة، باستثناء البنت إذا بلغت سن- الزواج فإن حضانتها تنتهي بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.(ولقد جرى قضاؤنا على الأخذ بذات المبدأ حيث استقر على التمييز بين التنازل الذي يتم أمام الجهات القضائية، والتنازل الذي يتم خارجها .فقد جاء في إحدى حيثيات القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان في 1998/08/15 (بالرجوع إلى ملف الدعوى يتبين أن السند الوحيد الذييتمسك به الأب من أجل المطالبة بحضانة ابنه هو ذلك التنازل الذي تقدمت به الأم، إلا أن ذلك

-التنازل لم يتم أمام أية جهة قضائية مما ينفي ابعاده) إلا أن القضاء المغربي رأى في إحدى قضاياه عكس هذا الموقف، حيث حكم بأن..." وأن القانون لا يشترط فيمن له حق الحضانة بعد الأم أن يطالب بها قضاء مادام قد مارسها فعليا)[1]

[1]- مروة بن شيخ : مسقطات الحضانة بين النص و التطبيق ، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسيية ، ع 3 ، 2017 ، ص 160

[1]-بن داود حنان، بن عمار محمد: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – المجلد – 04 العدد – 02 السنة201 ، ص 247

– أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها و هذا شرط بديهي فلا يملك استعمال– الحق إلا مستحقه، و لما كانت الحضانة غير قابلة للتجزئة إلا بوجود مبرر شرعي كان التنازل عنها غير قابل للتجزئة(وهو أن تقوم الأم الحاضنة بالاختيار في حضانة الذكور دون الإناث أو العكس أو تختار الأصغر سنا منهم، فيما تمتنع عن حضانة الآخرين، رغم أن ذلك من حقها وذلك لعدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، ومن أجل المحافظة على الأبناء دون تفرقة بينهم، فلا مجال لتجزئة الحضانة تفرقة الصغار بعضهم عن بعض، بعد أن تم التفريق بين والديهم، فالأصلح لهم البقاء والعيش معا، سواء كانت الحاضنة أمهم أو غيرها إلى أن يبلغوا السن القانوني المحدد لانتهاء الحضانة، خاصة وأنهم في مرحلة صعبة سواء من الناحية النفسية أو الاجتماعية، فالأم لا يسمح لها باختيار من تحضن من الأبناء.[1])

– أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضرا بمصلحة المحضون

– لا يمكن التنازل عن الحضانة إلا إذا وجد حاضن آخر

ومن خلال ما تقدم لاحظنا أن المشرع كمبدأ عام منح الحاضنة (الأم أو غيرها) حق التنازل عن الحضانة لكن قيدها بشرط مصلحة المحضون .

الفرع الثاني : التنازل الاتفاقي

من خلال الدرات المطلع عليها تم التوصل لوجود 3 حالات للتنازل الاتفاقي:

اولا: إتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين: وهذه حالة من حالات إسناد الحضانة بواسطة الإتفاق القائم بين الحاضن وأحد مستحقي الحضانة الآخرين، وقد يتم ذلك نتيجة لفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة أو بالتراضي وبالتطليق. و المهم أن يتنازل

[1]– حميدو زكية : مرجع سابق ، ص 468

[1]– المكي صلوح، شهرزاد عبدالله: تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 5، ع 1، المركز الجامعي علي كا في تندوف ، الجزائر، 2021، ص 164.

صاحب الحضانة عن حقه لفائدة أحد مستحقي الحضانة، 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 الإتفاق غير متعارضين مع مصلحة المحضون، وإلا قضي ببطلانهما، من طرف القاضي الذي يقتضي الأمر منه أن يأخذ بعين الاعتبار عند تقديره لتلك المصلحة كل المعايير المشار إليها أعلاه .وبناء على ذلك، يستطيع أن يستبين ما إذا كان التنازل، موضع الاعتبار، جاء خدمة لمصلحة المحضون أو متعارضا معها. وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر في 1978/09/09 (أن إسناد الحضانة تراعى فيه مصلحة المحضون ولو سبق اتفاق الأبوين على إسنادها لأحدهما"...) .

وسارت المحكمة العليا الجزائرية في نفس الاتجاه، وذلك بمقتضى قرارها الصادر في1996/7/9("متى حصل الإتفاق بين الطرفين) الأم والأب(، فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه..)

ثانيا:مسألة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع: فهذه الفرضية لم يجهلها كل من الفقه والقانون والقضاء، حيث قد اتخذوا تارة مواقف موحدة وتارة مختلفة وعلى هذا فخرجت هذه المسألة بثلاث حلول:

1-بطلان الشرط وصحة الخلع :

أ- **شرح الاتجاه الأول** :هذا الاتجاه يرى بصحة الخلع في هذه الحالة وببطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير فبقاء الطفل عند أمه مدة الحضانة أنفع له وتجمع غالبية الفقه على أن هذا الشرط أو الاتفاق لتعديل تطبيق قاعدة الحضانة يعتبر باطلا وكأن لم يكن بسبب مساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع لأحكام النظام العام[1].

[1]- حميدو زكية : مرجع سابق : ص 379-380

ب-**موقف التشريعات العربية من المسألة:**

- **التشريعات المغاربية :**

هذه المسألة لم يتطرق لها تشريعات المغرب العربي (الجزائر – تونس – المغرب – ليبيا – موريتانيا) جملة و تفصيلا .

- **التشريعات المشرقية :**

هناك بعض التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه و هي :

-**التشريع البحريني** : م96 :(وفقاً للفقه السني أ –لا يجوز ن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا عن أحق من حقوقهم، فإن وقع صح الخلع وبطل الشرط، وكان لحاضنتهم ضمهم، ويلزم أبوهم بنفقتهم.

– **التشريع الأردني** :م 111(إذا اشترط الرجل في الخلع إمساك الولد عنده مدة الحضانة صح الخلع و بطل الشرط ...)

-**التشريع العماني**: المادة 96 (إذا كان عوض الخلع التخلي عن حضانة الاولاد أو عن أي حق من حقوقهم ، بطل الشرط و صار الخلع طلاقا).

-**التشريع السوري** : المادة103 (إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته)

2- عدم جواز الخلع كمقابل للحضانة:

أ-**شرح الاتجاه الثاني**:دعموا اصحاب هذا الاتجاه رأيهم بحجة مستقاة من مبدأ مصلحة المحضون ومضمونها أن حق الحضانة هو حق للولد، وبقاءه عند أمه أنفع له فضلا عن أن ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

ب-موقف التشريعات العربية من المسألة :

- **التشريعات المغاربية :**

-**التشريع المغربي** :المادة 119: لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة. إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها)

المادة 118(كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة.)

المادة 115(للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه)

المادة 114: (يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال).من خلال النصوص السابقة يتضح أن المشرع المغربي أولى اهتماما بالغا بمصلحة الطفل في حالة الخلع بإفراد هذه النصوص لتوضيح المسألة .

-**التشريع الجزائري** :موقف المشرع الجزائري لم يتحدث عن هذه المسألة صراحة و بالرجوع لنص المادة 54 ق ا ج تنص على ("يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي)ومنه فالخلع يكون الا بمقابل مبلغ مالي و ليس الحقوق الشخصية .

-أما التشريع التونسي و الليبي و الموريتاني لم يتطرقوا لهذه المسألة

- **التشريعات المشرقية :**

-**التشريع القطري**: نص صراحة على عدم قبول الخلع المادة120 (لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا عن أي حق من حقوقهم)

-**التشريع الاماراتي** :المادة 110 (يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، ولا يصح التراضي على اسقاط نفقة الاولاد أو حضانتهم).

-**التشريع الكويتي** : المادة115 (يجب العوض المتفق عليه في الخلع، ولا يسقط به شيء لم يجعل عوضا عنه.) . وهذا استنادا لنص م 105 ق اليمني (كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون عوضا في الخلع.) بمفهوم المخالفة لا يجوز ان يكون التنازل عن الحضانة عوضا للخلع.

-**التشريع الفلسطيني في الضفة الغربية** :م 104 (بدل الخلع ، كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع)

-**التشريع البحريني** : م96 /ب(وفقاً للفقه الجعفري، لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد بما يضر بهم، ولا عن أي حق من حقوقهم).

-**النظام السعودي** : المادة 100(كل ما صح اعتباره مالا صح ان يكون محلا للخلع نولا يجوز ان يكون العوض اسقاط أي حق من حقوق الاولاد أو حضانتهم)

-**التشريع العراقي** :في المادة 3/46: (للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها)

-**التشريع اليمني** : المادة 72(الخلع هو فرقة بين الزوجين في مقابل عوض من الزوجة أو من غيرها مالا ولو كان مجهولا) وما يعاب على هذه المادة اضافتها كلمة و لو كان مجهولا هل تقصد مصدر المال أو أمرا آخر ؟

3- الحضانة مقابل الخلع

أ-**شرح الاتجاه الثالث:** وعلى النقيض من ذلك، ترى قلة ضئيلة من الفقه بأنه يمكن للزوجة أن تتنازل عن الحضانة لتتحرر من عقدة النكاح وهذا رأي المالكية، حيث أجازوا هؤلاء إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب إذا توافر الشرطان التاليان : أولا، ألا يلحق الولد ضرر من

مفارقة أمه؛ وثانيا، أن يكون الأب قادرا على حضانة الولد .وإلا يقع الطلاق ولم تسقط الحضانة [1]. (يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك

ب-موقف التشريعات العربية من المسألة

التشريع الليبي خالف كل التشريعات السابقة و أجاز أن يكون مقابل الخلع حق الحضانة في نص المادة 48 :(يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك.)، هذه المادة تتعارض مع أحكام الحضانة عامة و خصوصا مع تطبيق قاعدة الأصل للمحضون فبهذا المفهوم سيصبح الطفل شبيه السلع و تفقد الحضانة مقصدها الشرعي الخاص في الحفاظ على كيان الاسرة الحقيقي و ترابطها اضافة للتنشئة السليمة للأجيال القادمة.

ثالثا: الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي

1-المبدأ العام في العقود

بما أن الزواج هو عقد بين الزوجين ، وكمثال على هذا نأخذ نص المادة 19 التشريع الامارتي الاتحادي (الزواج عقد يفيد حل استمتاع احد الزوجين بالآخر شرعاً، غايته الاحصان وانشاء اسرة مستقرة برعاية الزوج، على اسس تكفل لهما تحمل اعبائها بمودة ورحمة).والطلاق هو حل هذا الرباط بينهما سواء بالتراضي أو بغيره .

و بما أن المبدأ العام في العقود يبنى على (العقد شريعة المتعاقدين)، فهل يصح تطبيقه على الطلاق بالتراضي بين الزوجين في جانب الحضانة أي الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي ؟

[1]- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص501 .

2-موقف التشريعات العربية

أ-التشريعات المغاربية:

لا وجود لنص قانوني تناول هذه المسألة بالتوضيح سوى بعض قرارات القضاء ومنها:

بالرجوع لبعض قرارات القضاء التونسي(محكمة التعقيب،1978/03/07 ، قرار مدني، عدد773، غير منشور، مقتبس عن بشير الفرشيشي ، ص14)،(لا خلاف في أن أحكام الحضانة لها مساس بالنظام العام لتعلقها بالقصر مما جعل كل تعاقد في شأنها لا غيا إذا تجافى مع مصلحة المحضون إذ الأساس مراعاة مصلحته حسب صريح الفقرة الثانية من الفصل67 من مجلة الأحوال الشخصية لأنه صاحب الحق لافتقاره للرعاية وإذا ما أضيف هذا الحق للحاضن فلمعنى الملابسة نظرا لقيامه بشؤون المحضون لا عن معنى ممارسة لحق يخصه يتصرف فيه كما يشاء بل هو واجب يقوم به على معنى التكافل الاجتماعي بين الفرد وسلالته في نطاق مصلحة المحضون وهذه كان على القاضي عند النظر في شأن الحضانة اسنادها للأصلح بصرف النظر عن كل اتفاق).

وكما أن المحكمة العليا الجزائرية رفضت هي الأخرى تغليب الاتفاق[1] على مصلحة المحضون وهذا ما ظهر في حيثيتها الثانية للقرار ملف رقم220470 ، بتاريخ : 1999/04/20، المجلة القضائية، 2001،عدد خاص، ص183(عن الفرع الثاني :المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادتين66 و 67 من قانون الأسرة بدعوى أن القضاة اعتمدوا فقط على الاتفاق الذي تم بين الطرفين سنة 1996فيما يخص تنازل الأم عن الحضانة دون أن يراعوا مصلحة المحضون وفقا للمادتين 66 و 67 من قانون الأسرة)

[1]- المحكمة العليا : ملف رقم220470 بتاريخ : 1999/04/20، المجلة القضائية ، 2001،عدد خاص بالاجتهاد القضائي في غرفة الاحوال الشخصية ، ص183

وفي قرار رقم 905248، تاريخه 2015/02/12:(لا يقتصر دور المحكمة في حالة الطلاق بالتراضي وتنازل الأم عن الحضانة على الإشهاد على الطلاق والتنازل للقاضي أن يلغي أو يعدل في شروط الاتفاق إذا كانت تتعارض ومصلحة الأولاد أو تخالف النظام العام).

وجه الطعن المثار من الطاعن المرتبط بالمبدأ :

الذي جاء فيه أن المشرع الجزائري في نص المادة 66 من قانون الأسرة راعى مصلحة المحضون حتى في حالة التنازل، وأضافت الطاعنة أن المحضون عمره سبعة عشر شهراً فأمه أولى به، والمادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منحت القاضي أن يلغي أو يعدل في شروط الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد، والمحضون في قضية الحال لم يتجاوز حتى مرحلة الرضاعة ومصلحته مع أمه.

رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ :

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون

حيث إن المادة 427 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظمت إجراءات الطلاق بالتراضي، والمادة 431 بينت بوضوح كيفية أداء القاضي لدوره عند حضور الطرفين أمامه

ومحاولة الصلح بينهما وينظر معهما أو وكلائهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروط ذلك الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام[1].

وحيث إن إسناد الحضانة يجب أن يراعى فيه مصلحة المحضون كما تنص على ذلك المادة 64 من قانون الأسرة.وحيث إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أن المحكمة لم تراع كل ذلك، واعتبرت دورها قاصراً على الإشهاد على الطلاق بالتراضي وعلى تنازل الطاعنة عن حضانة الابن (ب.ت)، وكأن دور القاضي هو دور توثيقي لإبرام عقد بين الطاعنة وبين المطعون ضده، فضلاً عن أنه لو كان دوره كذلك، فإنه ملزم بأن يبين للطرفين أبعاد الاتفاق مع مراعاة

[1]– https://droit.mjustice.dz: موقع المحكمة العليا

احترام ذلك الاتفاق للقانون وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض جزئياً الحكم محل الطعن بالنقض فيما يخص التنازل عن الحضانة[1]

وما يلاحظ على المشرع المغربي في المادة 114 من مدونة الاسرة (يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال) ، فطبقا لهذا النص، يمكن للزوجة أن تشترط على زوجها في الطلاق بالتراضي أن يمارس هو حضانة أطفالهما ولكن لا يجب، بأي حال من الأحوال، أن يكون هذا الشرط ضارا بمصلحة الأولاد وإلا عد التنازل كأنه لم يكن[1].

ب-التشريعات المشرقية:

من خلال مراجعتنا لقوانين الاحوال الشخصية للدول العربية المشمولة بدراستنا ، لم نجد أي نص تناول هذه المسألة بالتفصيل أو حتى اشارة بسيطة .

المبحث الثاني

سقوط الحضانة بين سكوت الحاضن وانتقال المحضون لبلد أجنبيي

مما سبق لاحظنا اهتمام المشرع العربي بوضع شروط تحفظ مصلحة المحضون في كل الأحوال و الأوضاع خصوصا ما يشهده العصر الحالي و تأثيره على قوانين الأسرة العربية ولكثرة ظاهرة الزواج المختلط و الهجرة لاحظنا ببروز اشكالات كثيرة تتعلق بمسألة سقوط الحضانة في حالة عدم المطالبة بالحضانة للمدة زمنية معينة (سكوت مستحق الحضانة) نتناولها في المطلب الأول ، ومسالة الانتقال بالحضون لبلد أجنبي نتناولها في مطلب ثاني.

[1]- https://droit.mjustice.dz موقع المحكمة العليا

[1]- حميدو زكية : مرجع سابق ، ص 491

المطلب الأول

سكوت الحاضن عن المطالبة بالحضانة

الحضانة رغم أنها حق للمحضون فهي التزام للحاضن و نظرا للمسؤولية التي تترتب عن استحقاق الحاضن للحضانة من غير الوالدين يختار هذا الأخير السكوت في عدم المطالبة في حقه لوجود عذر يمنع من ممارسة حقه وهو ما سيكون له الأثر في عودة الحضانة له أو يكون بدون عذر و له الأثر في عدم عودة الحق .بالظر لرأي الفقه في هذه المسألة (الفرع الأول) ، مع التطرق لموقف القانون في الدول العربية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول :السكوت عن الحضانة من النظرة الفقهية

أولا:- تعريف السكوت فقها:

من خلال القاعدة الكلية (لا ينسب إلى ساكت قول) ، (ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان) هذه القاعدة مشتملة على فقرتين:

الفقرة الأولى: تفيد أن الشرع حيث ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد فما جعل للسكوت حكما ينبني عليه شيء كما تبنى الأحكام على الالفاظ. ولهذا قال لا ينسب إلى ساكت قول.

الفقرة الثانية : كالاستثناء مما قبلها و هي قاعدة ذكرها الاصوليون أيضا حيث أفادت أن السكوت في حكم النطق وذلك في كل موضع مس الحاجة فيه إلى البيان وسمى الاصوليون هذا بيان الضرورة وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام إما لدلالة حال في المتكلم تدل على أن سكوته لو لم يكن بيانا ما كان ينبغي له أن يسكت عنه ، وإما لأجل حال في الشخص اعتبر سكوته كلاما لأجل حاله، أو لضرورة دفع الغرور[1]

[1]- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ،ج1،ط4 ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 1996 ، ص 205

ثانيا:شروط المالكية فيمن سكت عن طلب الحضانة :

إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها، يسقط حقه بالشروط الآتية:

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

-أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة :فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت؛ لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.

-أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة :فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها فإذا تزوجت الحاضنة بأجنبي ودخل بها، ولم يعلم بالزواج من انتقلت الحضانة له حتى فارقها زوجها بطلاق أو وفاة، استمرت الحضانة لها. وكذا إن علم بزواجها وسكت عن أخذ الولد عاماً، حتى فارقها زوجها، لم ينزعه منها، وبقي معها؛ لأن سكوته حتى مضت سنة، يسقط حقه بطلب الحضانة[1]

عند الجمهور لم تحدد مدة لسقوط الحضانة وانما تمنع لوجود احد موانعها كالسفر أو الزواج وبزوال المانع تعود الحضانة [2]

الفرع الثاني : السكوت عن الحضانة من النظرة القانونية

أولا: سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة قانونا

1-في التشريعات المغاربية

***القانون الجزائري** : 68م(إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.)

[1]- – وهبة الزحيلي : كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ص 7313

[2]- بن جريبيع فضيلة ، مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري و الفقه الاسلامي ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2014 ص 39 .

***القانون الليبي** : م 62/ب (كما تسقط الحضانة بسكوت من له الحق فيها سنة كاملة من تاريخ علمه الا لعذر قاهر يمنعه من المطالبة بحقه في الحضانة)

***القانون التونسي** : الفصل 58(.....أو يسكت من له حق الحضانة مدة عام كامل بعد علمه بالدخول و لم يطلب حقه فيها ...)يسقط حقه فيها

***المشرع المغربي** : م 176 (سكوت من له حق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته الا لأسباب قاهرة)

***القانون الموريتاني** لم ينص على هذه المسألة

2-في التشريعات المشرقية

* **القانون الفلسطيني:** في حدود ما اطلعت عليه من مراجع لم أعثر على موضوع سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة إلا عند المذهب المالكي، والحنابلة أشاروا إلى غياب صاحبة الحق وتوكيل من ينوب عنها، أما المذاهب الأخرى، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني لم أقف على مادة من مواده تتطرق إلى الموضوع ولعل ذلك يرجع إلى عدم تناول المذهب الحنفي لذلك لأنني قد أشرت سابقاً إلى أن القانون يستمد مواده القانونية من المذهب الحنفي[1]

* **القانون الاماراتي** : نصت المادة 3/152 من القانون، و التي اعتبرت أن من ضمن المسقطات للحضانة (:إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر)، فيجب على مستحق الحضانة المبادرة إلى طلبها قبل مضي ستة أشهر من تاريخ علمه أحقيته في الحضانة، و إلا سقط حقه ، وذلك حفظاً على مصلحة الصغير. و يشترط لسقوط الحق في الحضانة بسبب سكوت صاحب الحق أو الولي في طلبها ما يلي:

.علم مستحق الحضانة بحقه في الحضانة أو علم بالسبب المسقط لحضانة الحاضن السابق و مع ذلك سكت عن المطالبة به.

.الاستمرار في السكوت مدة ستة أشهر قمرية تحسب من تاريخ علمه بأحقيته.

[1]- عايدة سليمان أبو سالم ، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مرجع سابق ص75.

. انتفاء وجود عذر لسكوته عن المطالبة بحقه في هذه المدة

.ألا يعود الحق في الحضانة لمن سقطت عنها قبل طلبه، حتى لو كان ذلك خلال الستة أشهر

كون المحضون لا يزال في سن حضانة النساء[1]

***القانون القطري:** م 184(إذا سكت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بها لمدة سنة بلا عذر، بعد علمه بالدخول بالحاضنة، فيسقط حقه في المطالبة بالحضانة لحين انتهاء مدتها، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون)

***القانون العماني** : م 3/135(إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة من غير عذر) يسقط حقه فيها .

***القانون البحريني** : م 136 / أ (اذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك) تسقط حضانة الحاضن .

***القانون السعودي** : م 3/128 (اذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة تزيد على سنة من غير عذر ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك .)

***القانون الكويتي:** م 190/ب(سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة – بلا عذر – بعد علمه بالدخول يسقط حقه في الحضانة و ادعاء الجهل بهذا الحكم لا يعد عذرا)

*اما **المشرع الاردني – اليمني – العراقي** : لم نجد نصوصا خاصا بهذا الشرط لاسقاط الحضانة

3-مدة السكوت الواجبة لسقوط الحضانة

أ-المدة المحددة في التشريعات العربية: من خلا المواد السابقة يتضح:

مما سبق نلاحظ اتفاق كل الدول العربية على سقوط الحضانة بعد المطالبة بها مدة عام (سنة) كامل . أما المشرع الاماراتي حددها ب 6 أشهر ، وكذا الاتفاق على مراعاة مصلحة المحضون في هذا.

[1]- فاطمة عبد الصمد الحمادي ، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، مرجع سابق ، ص 41.

ب- **تاريخ سريان احتساب مدة عدم المطالبة بالحضانة:** هل من الدخول – البناء – العلم فقط – ابرام عقد الزواج ....هنا استبانت الآراء

***موقف التشريعات العربية :**

1. **السكوت:** الجزائر – البحرين – السعودية – عمان – الامارات
2. **علمه بالدخول :** قطر – الكويت – تونس
3. **علمه بالبناء:** المغرب
4. **تاريخ علمه:** ليبيا

***موقف الفقهاء:**

ولهذه الحالات اختلاف بين الفقهاء من حيث حقيقة البناء بالزوجة (الدخول):

الرأي الأول: يرى أن البناء هو الدخول الحقيقي فقط، وهذا ما ذهب اليه ابن عباس رضي الله عنهما وشريح القاضي و الشعبي و طاوس و ابن سيرين و الامام الشافعي في الجديد من مذهبيه وهو رواية عن الامام أحمد رضي الله عنه .وقد استدلوا بقوله تعالى في سورة البقرة الآية 237 " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " أي ان نصف ما فرض من المهر يجب إذا وقع الطلاق قبل المسيس الذي هو الدخول الحقيقي .

الرأي الثاني : يشمل الدخول الحقيقي و الدخول الحكمي ن وذهب الى هذا : الحنفية ،الحنابلة، الشافعي في مذهبه القديم.[1]

والدخول الحكمي عند الحنفية و الحنابلة هو الخلوة الصحيحة [2]

1- خالد بوشمة ، البناء بالزوجة بين الدخول الحقيقي و الحكمي على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ،مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة د س، ص 39-40

2- والدخول الحكمي عند المالكية هو خلوة الاهتداء من الهدوء و السكون .

الرأي الثالث: يرى أن البناء هو الدخول الحقيقي ابتداء و لكن قد يشمل الدخول الحكمي فيي حالة ما اذا طال الدخول الحكمي و حدده ابن القاسم رضي الله عنه من أتباع الامام مالك رضي الله عنه، وهذا الرأي ما ذهب اليه هذا الاخير .[1]

ثانيا : النظرة القانونية لعودة حق الحضانة

1- موقف المذاهب الاربعة من عودة الحضانة :وللفقه نظرته المتأصلة فبالرجوع للمذاهب الفقهية نجد: [1]

أ-مذهب الحنفية :

-جاء في "الهداية" : ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية . لأن المانع قد زال

-وفي " الدر المختار" : وتعود الحضانة بالفرقة البائنة كزوال المانع

-وفي " الفتاوى الهندية" في فقه الحنفية : وسواء لحقت المرتدة بدار الحرب أم لا فإن ثابت فهب حق ، أي أحق بحضانة ولدها الصغير .

ب-مذهب الشافعية :

جاء في "مغني المحتاج": فان فقد مقتضى الحضانة ثم وجد كأن كملت ناقصة : بأن أسلمت كافرة ، أو تابن فاسقة ، أو أفاقت مجنونة أو أعتقت رقيقة أو طلقت منكوحة بائنا او رجعيا على المذهب المنصوص حضنت – أو صارت أعلا للحضانة إليها – لزوال مانع و تستحق المطلقة الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب .

ت-مذهب الحنابلة :

قال الامام الخرقي : وإذا أخذ الولد من الام إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته – أي حضانة الولد – والقاعدة المطردة عندهم : إذا زال المانع عاد الممنوع .

[1]- خالد بوشمة ، نفس المرجع ،ص 41

[1]- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، مرجع سابق ، ص 50 .

ث-مذهب المالكية : لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج يعد الطلاق ، أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد بعد الدخول على الأرجح .

ج-مذهب الجعفرية : قالوا لو تزوجت الام بغير الاب مع وجوده سقطت حضانتها فإن طلقت عادت الحضانة على المشهور لزوال المانع وهو تزوجها و اشتغالها بحقوق الزوج التي هي أقوى من حق الحضانة و انما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائنا و الا فبعد العدة إن بقي لها شيء من المدة و ان لم يكن الاب موجودا لم تسقط حضانتها بالتزويج مطلقا .

أما القول الراجح : إجراء قاعدة " إذا زال المانع عاد الممنوع على جميع حالات فقد الحضانة و لوجود مانع مع اثباتها لمستحقها او إدامتها على من ثبتت له .فإذا زال المانع عاد الممنوع .وهو عودة حق الحضانة لصاحبه .[1]

إذا أسقط المستحق للحضانة حقه فيها، ثم أراد العودة إليها أو أسقطت نتيجة حدوث مانع يمنع منها، ثم زال هذا المانع[2] فهل من حق الحاضن العودة إلى الحضانة أم لا؟ أشار المالكية إلى أنه إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم زال ذلك، و أرادت أن يعود إليها حقها في- الحضانة فالمشهور عندهم :أنها لا تعود إليها، بناء على أن الحضانة حق للحاضن، فلا تعود بزوال المانع .و قيل :تعود بناء على الحضانة حق للمحضون 3

2-موقف التشريعات العربية من عودة الحضانة

من خلال المواد التالية من قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية سنستنتج بعض النقاط :

[1]- عبد الكريم زيدان : مرجع سابق : ص 52-53

[2]- أنس غازي عناية : ، مرجع سابق ، ص 1278 (سقوط حق الحضانة بفوات الشرط أو وجود المانع فهما مترادفان في النتيجة وهي انتفاء الحكم، أو عبر بتحقق الشرط بعد فواته، أو زوال المانع بعد وجوده فهما مترادفان في إثبات الحكم بعد سقوطه.)

[3]- بن داود حنان، بن عمار محمد: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق، ص 252

أ-التشريعات المغاربية

***التشريع الجزائري** :71 ق ا ج:(يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.)

***التشريع الليبي** :م 66/ب: (تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها إلا اذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون)

***التشريع الموريتاني** :م 130: (.....وإذا زال المانع عادت الحضانة ...)

***التشريع المغربي**: م 170:(تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها)

ب-التشريعات المشرقية:

***التشريع الاماراتي** م 153ق ، **والتشريع البحريني** م 137 ، و **التشريع العماني م 136** : اعتمدوا نفس الصياغة القانونية (تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها)

***التشريع الاردني** :م 174 (بعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه)

***التشريع العراقي** : عبر بطريقة مغايرة في م 6/56: (للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم ، أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها . إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه)

***النظام السعودي** :م 103 (يجوز لمن سقط حقه في الحضانة أن يتقدم إلى المحكمة بطلبها مجددا اذا زال سبب سقوطها عنه)

ج- مناقشة موقف الدول العربية :

ومن خلال قراءتنا لهذه المواد نجدها تتفق جميعا على عودة الحضانة إذا زال مانع سقوطها دون أن تحدد سبب السقوط هل هو بعذر اختياري أو غير اختباري ، إلاّ أن المشرع الجزائري نجده قد حدد في م 71 ق ا ج: (يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.)وهو بهذا خالف التشريعات الأخرى حيث استعمل مصطلح " غير اختياري"، بالموازاة

مع هذا نجد المشرع العراقي قيد حق عودة الحضانة إلاّ التي انهيت بحكم. أما المشرع السعودي فاستعمل مصلح "يجوز–دليل على عدم الالزامية –وربطه باسترداد الحضانة بتقديم طلب للمحكمة

ومنه نستنتج وجود حالتين لعودة حق الحضانة :بسبب عذر اختياري أو بسبب عذر غير اختياري ولكل واحد آثاره القانونية بالنسبة للحاضن مع مراعاة مصلحة الحضون دائما .

د–عودة الحضانة من حيث نوع الأسباب القانونية

***–عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير اختياري:** المقصود في هذه الحالة توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد القانونية المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية (م66 وما يليها في ق ا ج ، م 144ق الاماراتي وما يليها، م 126 وما يليها ق البحريني ،م 167 و ما يليها ق قطري ....)

وفي المجمل القوانين العربية تكلمت عن حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة إلى الحاضن

الحالة الأولى :ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون، مثاله :في القضاء الجزائري : ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة ، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام م 71 ق ا ج قد طبقوا صحيح القانون. (ملف رقم 201336 قرار في 1998/07/21 م ق ع خ ، اجتهاد غ ا ش م ، 2001 ، ص 178) [1].وهنا توجد حالة قبول الزوجة بالحضانة التي أخذ بها القانون السعودي (محكمة الدرجة الأولى :المحكمة العامة بعنيزة ،رقم القضية : 3523017 تاريخها :143 محكمة الاستئناف :محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم، 1435 هـ

[1]–الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص 137

/07 /رقم القرار :35330600 تاريخه :28السند الشرعي او النظامي قوله صلى الله عليه وسلم (:أنتِ أحق به ما لم تنكحي.) ، ملخص الدعوى: أقام المدعي دعواه ضد مطلقته المدعى عليها طالبا الحكم له بحضانة ابنته الرضيعة منها؛ وذلك لزواجها بعد طلاقها منه، وبعرض الدعوى على المدعى عليها أقرت بصحتها، ولمتوافق على طلبه حضانة البنت، ودفعت بأنها أحق منه بحضانتها، وأنه متزوج أيضا؛ ونظرا لكون الأم متزوجة فيسقط حقها في حضانة البنت؛ لذا[1] فقد حكم القاضي بحضانتها للأب، فاعترضت المدعى عليها، وقد أعيدت المعاملة من محكمة الاستئناف لملاحظة أن البنت عمرها دون السنتين، ولا تستغني بنفسها والعبرة بمصلحة المحضون، وأن حاكم القضية لم يسأل المدعى عليها عن موافقة زوجها الحالي على بقاء البنت في حضانتها من عدمه، وقد حضر زوج المدعى عليها، وقرر موافقته على حضانتها لابنتها؛ ولذا فقد رجع القاضي عن حكمه، وحكم أخيراً باستحقاق الأم لحضانة ابنتها، فاعترض المدعي، وصدق الحكم محكمة الاستئناف.)[1]

وفي حكم آخر(محكمة الدرجة الأولى :المحكمة العامة بالطائف ، رقم القضية : 34299245 تاريخها :1434 محكمة الاستئناف :محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة1435 هـ/ 07 /رقم القرار :35308455 تاريخه :08، السند الشرعي أو النظامي (رضا زوج المدعى عليها بحضانتها لابنتها)،ملخص الدعوى(أقام المدعي دعواه ضد مطلقته المدعى عليها طالبا الحكم له بحضانة ابنته منها لزواجها بعد طلاقه لها، وقرر أنه لا يطعن فيها بشيء، وبعرض الدعوى على المدعى عليها أقرت بصحتها، وقررت أنها غير موافقة على طلبه؛ لأن زوجها لا يمانع في حضانتها لابنتها، كما أن زوج المدعي ترفض حضانته للبنت، وقد أقر المدعي بذلك، ثم حضر زوج المدعى عليها، وقرر أنه لا يمانع من حضانة زوجته لابنتها؛ ولذا قد حكم القاضي بحضانة البنت للمدعى عليها، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف)[2]

[1]– مجموعة الاحكام القضائية : المملكة السعودية ، 1435، ص 359

[1]–نفس المرجع، ص 359.

[2]– مجموعة الاحكام القضائية : المملكة السعودية ، 1435، ص 355.

أما **الحالة الثانية** :هي ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون التي سقطت حضانتها، بإحدى شروط الاسقاط القانونية ، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها قانونا – في بعض التشريعات مثل الجزائر م 70 ق ا ج[1] – و لن تعود إليها الحضانة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدا عنها.م 4/152 ق الامارات – م 136 /ب ق البحريني – م 172 ق الاردني ....)

ونص المشرع الموريتاني م 2/129 (إذا زال المانع عادت الحضانة .....وما لم يكن المانع اختياريا) فقد عبر صراحة بأنه لا يسمح بعودة الحق في الحضانة بعد زوال المانع الاختياري فهذا الأمر يحول استعادة الحضانة ومن هذا المنطلق يمكن استعادة الحق في الحضانة في حالة التنازل غير الاختياري و يبقى على طالب الحق في اثبات أن تنازله لم يكن اختياريا و انما اضطراريا كحالة المرض الذي يحول دون القدرة على الحضانة او المرض المعدي او السفر الاضطراري للعلاج وغير ذلك مما يمكن اثباته بكافة الطرق أمام القضاء .[1]

***–عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها اختياريا**

في هذه الحالة سب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة و ذلك بإرادته المنفردة، و في هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد و الأساس و هو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، و تكون هذه الحاضنة غير متهيأة للحضانة مما يتوج رفض الطلب ولا يسري على الأم وحدها و إنما المستحقين للحضانة من الخالة أو الأب و غيرهم.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا لجزائرية :

[1]– المادة 70 ق ا ج (05–02): تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

[1]– مروة بن شيخ : أثر تغير الظروف على سقوط الحضانة بسبب الزواج و التنازل – دراسة مقارنة في التشريعات المغاربية – ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، مجلد 10 ، ع 1، موريتانيا ، 2020، ص 26–27

– في قرارها الصادر في 1989/02/57: من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها استرجاع الأولاد..

–من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية و القانونية . ولما كان من الثابت أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك فإن قضاء الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد الفضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون (م ع غ ا ش ، 1989/03/27 ، ملف رقم 53340 ،م ق 1990 ، ع 3، ص 85)

–وفي قرار آخر :حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه و دراسة أوراق ملف الدعوى أن الطلاق الذي وقع من الطرفين بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ 21 نوفمبر 1976 ، كان باتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه و صرف حضانة البنت دليلة إلى أمها على نفقة أبيها و حيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة التزام أبرم الزوجين يجب تنفيذه طبقا لم اشتمل عليه هذا من جهة و حيث من جهة أخرى أن الولد عبد الكريم الذي تركته أمه سنة 1976 و هو يعيش مع أبيه طيلة هذه المدة دون أن تطالب أمه بحقها في حضانته أصبح في حاجة إلى رعاية أبيه و مراقبته أكثر من أمه التي لا يعرف لها مقر ثابت و حيث أن قضاة الاستئناف لما ألغوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم عبى تعديل الاتفاق القضائي[1] و رغم تنازل الأم عن الحضانة و ترك ابنها لأبيه قد تجاهلوا المبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين و أساؤوا بأسباب خاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة على أن يراعي في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم للنقض (م ع غ ا ش 1985/12/30 ، ملف رقم 37789، غير منشور)

[1]– بلحاج العربي : قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966–2006)،مرجع سابق ، ص 364–365

-من المقرر قانونا و شرعا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة .

كما نجد أن المشرع العراقي تكلم عن زوال المانع بحرمان الأم من حضانة ولدها الصغير مما يمنحها فرصة العودة بالمطالبة باسترداد حضانتها اذا توافرت احدى الحالات الثلاث-:

الحالة الأولى : وفاة الأب او فقدانه احد شروط الحضانة تجيز بقاء الصغير لدى أمه مع هامكانية قياس ذلك على امكانية رفع دعوى للمطالبة باسترداد الطفل الصغير الذي كان تحت رعاية والده المتوفي ، وتقدير ذلك للمحكمة المختصة.

الحالة الثانية : اذا صدر حكم من المحكمة المختصة بناء على سلطتها التقديرية للوقائع بأخذ المحضون من حاضنته الأم وضمه الى حاضن آخر ، قد يكون غير الأب ، ثم ظهر تضرر المحضون في ذلك ، عندها منح القانون الحاضنة الأم امكانية اقامة دعوى لاسترداد حضانة ولدها.

الحالة الثالثة : زواج الأم بأجنبي[1](إلا أن المسألة التي نراها من الأهمية بمكان في هذا الموضوع هي(وفاة الأب)بعد إسناد الحضانة للأم، ثم رغبت في الزواج بأجنبي عن المحضون، وهذا مسقط لحقها في الحضانة كما أسلفنا إلا أن الضرر البالغ يعود لا محالة على الطفل، فهل يعاقب بزواج – أمه ويبُعَدُ عنها؟ أم تعاقب الأم بمنعها من الزواج ثانية؟وبناء على مقاصد حفظ النسل من جانبي الوجود والعدم وبناء على ضوابط تحقيق المصلحة العامة عند القاضي وحرصا على مصلحة المحضون، يقرر إبقاء الحضانة للأم يمكن القول أنه استثناء قائم على الاستحسان، ومعناه" :العدول عن الحكم في مسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي

[1]- راضية قصباية، عبد الرحمان رداد: مشكلات الولاية على الصغير في ضوء المقاصد المتعلقة بحفظ النسل- إسناد الحضانة أنموذجا- ،مجلة الشريعة والاقتصاد ، المجلد الثامن ، الإصدار الأول، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، سنة 2019 ص 108 -109.

العدول عن الأول") الذي قد يترتب عليه سقوط حضانتها لولدها الصغير اذا لم يتعهد لها بالرعاية والاهتمام به ثم طلقها الأجنبي او توفي وليس في عدة طلاق او وفاة مع احتفاظها ببقية شروط الحضانة.[1]

ولكن لكل قاعدة استثناء : إلا أن هناك استثناء يمكن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، و هو وجود مبرر شرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره. تجدر الإشارة أنه مهما يكن من أمر فإن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا تكون إلا بموج حكم من المحكمة.إن رفض القضاة لطلب التراجع عن الحضانة بعد التنازل عنها دون مراعاة مصلحة المحضون يعد خطأ في تطبيق القانون (م ق غ أ ش ، 2001/05/23، ملق رقم 282153، م ق ، 2004، ع 1 ، ص 282)[1]

– من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم . ومتى تبين أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة اسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 ق ا ج . وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون ،مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه (م ع غ أ ش 1999/03/20، ملف رقم 220470، إ ق غ أ ش ، ع خ ، ص 181).[2]

[1]– حسين رجب محمد مخلف الزيدي: الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي"دراسة مقارنة"، مرجع سابق ، ص 153

[1]– بلحاج العربي : قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966–2006)،مرجع سابق ، ص ، 368

[2]– حسين رجب محمد مخلف الزيدي ،المرجع السابق : ص 367

المطلب الثاني

الاقامة بالمحضون في بلد أجنبي

وإذا كانت الحضانة لا تثير أية مشاكل ما دامت الرابطة الزوجية قائمة، إلا أنها عند انحلال هذه الرابطة تعتبر من أهم آثار الطلاق التي تحيطها مجموعة من النزاعات كما هو الحال بالنسبة للسفر بالمحضون وما يمكن أن يخلفه هذا الانتقال من أضرار فما دام أن مكان ممارسة الحضانة بعد انحلال الرابطة الزوجية لم يعد في الغالب هو السكن الذي يأوي المحضون، الأمر الذي قد يدفع الحاضن أحيانا إلى التنقل والسفر بالمحضون سواء داخل الوطن أو خارجه. وعليه، فإنه أمام الإشكالات المعقدة التي يطرحها السفر بالمحضون على المستوى العملي، مما دفع بالتشريعات العربية إلى محاولة وضع إطار قانوني منظم لهذا الإجراء يتضمن مختلف التدابير الحمائية تروم في محتواها الحفاظ على مصلحة المحضون [1]، كما أن للفقه لرأي في هذا المجال جواز الانتقال بالمحضون. وعليه سنتطرق في المطلب الأول لرأي الفقه من نقل المحضون، أما المطلب الثاني نتطرق لموقف التشريعات العربية من السفر بالمحضون .

الفرع الأول : تفصيل الفقهاء في نقل المحضون و السفر به

أولا: الحنفية – قالوا: لهذه المسألة ثلاث صور:

1- أن تكون الحاضنة إما مطلقة وأن يكون الأب موجوداً وتريد الأم أن تنتقل بابنها إلى بلدة أخرى، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال إلا بشرطين:

أ: أن تكون مطلقة طلاقاً بائناً، أو طلاقاً رجعياً، وقد انقضت عدتها، أما إذا لم تنقض عدتها فإنها لا يجوز لها الانتقال ولا الخروج حتى تنقضي العدة

[1]–إدريس الفاخوري: الملتقى الدولي حول : " حقوق المرأة والطفل في العالم الإسلامي " وذلك تحت عنوان : "السفر بالمحضون أية حماية؟ دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي" بكلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان يومي 07 و 08 دجنبر 2011

ب: أن لا تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها بعيدة ليس بينها وبين البلدة القائم بها أبوه تفاوت، بحيث يمكنه أن يزور ولده ويرجع في يومه، بصرف النظر عن سرعة المواصلات ويجوز لها أن تنتقل إلى بلدة بعيدة[1] بشرطين[2]:

أحدهما: أن يكون البلد الذي ستنتقل اليه هو وطنها على ان لا يكون دار حرب

ثانيهما: أن يكون الزوج قد عقد عليها فيه.

فإذا لم يتوفر الشرطان أو احدهما تستحق الام الانتقال بالولد و يسقط حقها في الحضانة .

2- أن يكون الأب موجوداً، وتكون الحاضنة غير الأم، فالجدة، والخالة، ونحوهما من الحاضنات، وهؤلاء لا يجوز لهن الانتقال بالولد المحضون عن البلدة التي بها أبوه بدون إذنه مطلقاً، لأنك قد عرفت أن الذي برر انتقال الأم إلى وطنها عقد الزوج عليها فيه، لأن رضاه بالعقد[1] فيه، رضا بالإقامة، وكذا يمنع الأب من إخراج الولد من بلدة الأم ما دامت حضانتها قائمة، فإذا تزوجت غيره فللأب أن يسافر بابنه ما دامت متزوجة، فإذا عاد لها حقها رجع، وبعضهم يقول: لا يجوز له الخروج بولده إلا إذا انتهت مدة حضانتها.

3- أن يكون أبوه متوفى: وهي في عدة الوفاة، وفي هذه الحالة لا يجوز لها الخروج به إلا بإذن وليه الذي حل محل أبيه، أما بعد انقضاء عدتها فقد توقف المفتون في المسألة، وبعضهم قال: للأولياء منعها، والظاهر أنه ينبغي أن يترك الأمر في هذه الحالة لاجتهاد القاضي ليرى ما فيه مصلحة الصغير، فإن كان من مصلحته عدم الانتقال منعها، وإلا فلا.

ثانيا: المالكية قالوا: ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو وليه إلا بشروط:

---

[1]- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية،ج4 ، ط2، لبنان ، 2003 ، ص 525

[2]-وفاء معتوق حموة فراش ، الطلاق و آثاره المعنوية و المالية في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، دار القاهرة ، القاهرة ، 200، ص488

[1]- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، نفس المرجع، ص 525

1- **أن تكون المسافة أقل من ستة برد**، فإن كانت أقل فإنه يصح لها أن تستوطن فيها، ولا يسقط حقها في الحضانة، والبريد: أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال: فالمجموع – 72 ميلاً وقدر الميل: بأربعة آلاف ذراع، بذراع الإنسان المعتدل، فللحاضنة أن تنتقل به إلى بلد دون ذلك، وليس له نزعه منها.

2- **أن يكون السفر للإقامة والاستيطان**، كما ذكرنا، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة، فإن لها أن تسافر به ولا يسقط حقها في الحضانة، بل تأخذه معها، وللولي أن يحلفها بأنها ما أرادت بالسفر الانتقال والاستيطان، وإنما أرادت سفر التجارة مثلاً، وإنما يصح أن تسافر به مسافة قليلة

بشرط أن تكون الطريق مأمونة، وأن يكون المكان الذي تريد السفر إليه مأموناً، أما الولي، فإنه إذا أراد السفر من بلدة إلى بلدة أخرى ليقيم بها وينتقل إليها مستوطناً إياها، فإن له أن يأخذ المحضون من حاضنته، ولو كان طفلاً، متى قبل ثدي مرضعة غير حاضنته، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا رضيت أن تسافر معه، فإن حضانتها لا تسقط بانتقاله، وإنما يكون له حق أخذ المحضون منها، ويسقط حقها في الحضانة بشرطين: أحدهما: أن يكون الولي قاصداً السفر إلى بلد تبعد عن بلد الحاضنة مسافة ستة برد فأكثر، أما إذا كانت دون ذلك فليس له أخذه منها، لأنه يمكنه أن يشرف على الصغير في هذه الحالة. الشرط الثاني: أن يكون قاصداً الانتقال والاستيطان، أما إذا كان قاصداً التجارة، ونحوها، فإنه لا يأخذه منها ولا يسقط حقها في الحضانة، ولها أن تحلفه على أنه أراد سفر الانتقال لا سفر التجارة.

ثالثا: الشافعية : قالوا إذا أراد الحاضن أو الولي سفراً لحاجة أو لتجارة، بقي الولد بيد المقيم حتى يرجع من سفره، ثم إن كان مميزاً يخير في البقاء مع أيهما شاء، على الوجه المتقدم، أما إذا أراد[1] سفر نقلة واستيطان، فإن الولد يتبع العاصب من أب أو غيره، سواء كان مسافراً أو مقيماً، بشرط أن لا يكون ببلدة الحاضن عاصب آخر مقيم، وإلا خير الولد المميز في الإقامة مع أيهما شاء، ولا حق للعاصب المسافر في أخذه، مثلاً إذا انتقل الأب من بلدة الأم الحاضنة إلى بلدة

[1]- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق ، ص 526

أخرى ليقيم بها، ولكن جده لا يزال مقيماً مع الحاضنة فليس للأب أخذه معه، وكذا إذا كان جد وأخ وسافر الجد وأقام الأخ، أو سافر الأخ، وأقام العم فإنه يبقى مع المقيم، ويشترط للسفر بالصغير أن تكون الطريق مأمونة، وأن يكون المكان المسافر إليه مأموناً، وإلا فأمه أحق به.

رابعا:الحنابلة :قالوا إذا أراد أحد الأبوين السفر إلى بلدة أخرى، فإن الولد يبقى مع الأب، سواء كان هو المسافر أو المقيم، بشروط. أحدها: أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر. ثانيها: أن تكون الطريق مأمونة، وتكون البلدة المنقول إليها كذلك. ثالثها: أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان، فإن كان لتجارة أو حج كان الولد من حق المقيم. رابعها: أن لا يريد بالسفر مضارة الآخر وانتزاع الولد من يده، فإن أراد ذلك فلا يجاب إلى طلبه، وإذا انتقلا جميعاً إلى بلدة واحدة فالأم باقية على حضانتها، وإذا أخذه الأب لافتراق بلدتين، ثم عادت الأم عادت لها الحضانة.[1]

وإذا كان الفقه الإسلامي قد وضع ضوابط معينة لموضوع السفر هذا، يمكن معها للحاضن أو الولي السفر بالمحضون دون أن يضر بأحد، فضلا عن تمييزه بين السفر البعيد والقريب، وكذا بين السفر للإقامة والاستيطان (الدائم)، والسفر لحاجة (المؤقت)، حيث تعتبر تلك الضوابط بمثابة قيود على حريتهما في السفر بالمحضون، حماية لهذا الأخير من جهة، وضمانا لحق الزائر في الرقابة والمتابعة من جهة أخرى. فإلى أي مدى قد اتفقت التشريعات العربية مع هذه الضوابط ؟[2]

الفرع الثاني : أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية

من خلال قراءتنا للقوانين العربية لم نجد نصا واحدا يعرف مكان ممارسة الحضانة كمصطلح بالاضافة لم يحدد الحاضن المسموح له بالانتقال فتارة نجد مصلح " الحاضنة " للدلالة

[1]– عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ص 526

[2]– راضية بشير ، رؤوف قروج: القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7 ، ع 1، 2022 ، ص 162

على المرأة الحاضنة أم " الأم" أما بالنسبة للحاضن الرجل فنجد مصطلح " الحاضن " " الولي الحاضن " " النائب الشرعي "

أولا : أحكام السفر والانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني

1-أحكام السفر والانتقال في التشريعات المشرقية

أ-**القانون القطري** : المادة185 (يجوز للأم أن تسافر بالمحضون لسبب معقول إلى أي جهة، إن لم يكن في السفر ضرر بالمحضون، فإن منعها الولي من السفر فيجوز للقاضي أن يمكنها من السفر، إذا تبين له أن من له حق الإذن قد تعسف في استعمال هذا الحق. وإذا كانت الحاضنة أجنبية وكان سفرها عرضياً، لغير إقامة، إلى وطنها، فللقاضي طلب كفيل إحضار يضمن عودتها بالمحضون. ويجوز للأب أو الجد وإن علا، أن يسافر بالمحضون الذكر الذي يبلغ من العمر سبع سنوات لمدة معقولة، فإن اختلف الولي والحاضنة على المدة فللقاضي تحديدها. ولا يجوز لغير الأب أو الجد من الأولياء والعصبة أن يسافر بالمحضون خلال فترة الحضانة إلا بإذن الحاضنة، وللقاضي أن يأذن بالسفر إن رأى مسوغاً لذلك. وإذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها، مبيناً أسباباً معقولة لذلك، فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون، متى ترجحت لها صحة تلك الأسباب. ولا يكون قرار السماح بالسفر بالمحضون نافذاً، إلا بعد انقضاء مهلة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره دون استئنافه، أو بعد استئنافه وتأييده من محكمة الاستئناف)

ميز المشرع القطري بين : الحاضنة المرأة و الحاضن الرجل من حيث :

-إذا كانت الحاضنة مرأة :إذا كانت الأم هي الحاضنة يجوز لها السفر إلى أية جهة دون أن تتعسف في هذا الحق . أما إذا كانت الحاضنة أجنبية فهنا إذا كان لسبب عارض دون اقامة اشترط القاضي احضارها كفيلا يكفل عودتها . ويحق للأب أن يمنعها من السفر بالمحضون بشرط تقديم أسباب معقولة .

ويجوز للأب أو الجد وإن علا السفر بالمحضون الذكر البالغ 7 سنوات لمدة يتفق فيها مع الحاضنة فإن لم يتفقوا القاضي يحدد لهما مدة .

ب-القانون الاماراتي الاتحادي: في المادة 151 : نصت هذه المادة في الفقرة 1 على انه اذا كانت الحاضنة غير الام فليس لها السفر بالولد مطلقاً داخل الدولة أو خارجها إلا بإذن وليه كتابة، والواضح ان هناك فارقاً بين الام وغيرها من الحاضنات يوجب هذه التفرقة.
وفي الفقرة 2 نصت المادة على انه ليس للولي اباً كان أو غيره ان يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن من تحضنه كتابة. وشرط جواز السفر بالمحضون ان يكون المكان الذي يسافر اليه والطرق آمنة. ونصت الفقرة 3 على ان انتقال الأب الى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة لا يسقط حضانة الام المبانة، الا اذا كانت النقلة بقصد الاستقرار ولم تكن مضارة للأم، وكانت المسافة بين البلدين تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه بوسائل النقل العصرية.
وما نلاحظه تمييز المشرع الاماراتي بين السفر داخل البلاد و خارجه .مع اشتراط الاذن الكتابي .

ت- **القانون الكويتي و البحريني** : بالرجوع لأحكام قانون الاحوال الشخصية الخاص بكل بلد ، لم يتحدثا صراحة عن الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني لكل دولة لكن بمفهوم المخالفة لنص المادة 195 ق كويتي و م 134 ق بحريني نجدهما يتحدثان عن الانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني لكل دولة مما يجعلنا نستنتج يحق للحاضن التنقل بالمحضون داخل حدود الدولة مع احترام حق الزيارة .
ث- **القانون العماني:** لم يتكلم عن الانتقال بالمحضون داخل الدولة صراحة.

ج- **القانون الأردني:** لقد فرق المشرع الأردني في نصوص مدونة الأحوال الشخصية بين مسألة الانتقال والسفر بالمحضون داخل تراب المملكة والسفر به خارج حدود المملكة فقد نص في المادة 175من قانون الأحوال الشخصية الأردني :(لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالمحضون إلى بلد داخل المملكة على حقه إمساك المحضون، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة

المحضون، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة المحضون يمنع سفره وتنتقل حضانته مؤقتا إلى من يليه من أصحاب حق الحضانة.

التحليل :من خلال نص المادة 175 من قانون الأسرة الأردني نخلص إلى أن المشرع الأردني أجاز السفر والانتقال بالمحضون داخل تراب المملكة الأردنية وفق ما يلي:

-أن يكون الشخص المسافر بالمحضون إما حاضنته أو وليه.

-ألا يكون في السفر والانتقال تأثيرا على مصلحة المحضون.

-لم يفرق المشرع الأردني بين نوعي السفر والانتقال بالمحضون إن كان سفر إقامة أو سفر مؤقت.

التعليق :من خلال استقراء و تحليل ما أورده المشرع الأردني في مسألة الانتقال والسفر بالمحضون داخل تراب المملكة نتبين أنه قد أجاز ذلك داخل المملكة كأصل عام غير أنه قيد هذه الإجازة بشرط عدم مساس هذا الأخير بمصلحة المحضون، سواء كان المنتقل بالمحضون الولي[1] أو الأم فالمشرع الأردني قد ساوى بين الأم والولي في الإجازة والمنع من السفر والانتقال إذ ما كانت مصلحة المحضون عرضة للخطر، وهذا يعطي دلالة على أن المشرع الأردني

أدرج مصلحة المحضون كشرط أساسي في الإجازة و المنع من السفر باعتبارها من الأولويات التي يجب مراعاتها في أي ممارسة تخص المحضون، والأمر الملاحظ الثاني أن سقوط الحضانة بسبب السفر في حالة ما إذ كان السفر فيه إضرار بمصلحة المحضون هو سقوط مؤقت، وهذا بصريح العبارة (...وتنتقل حضانته مؤقتا...) ووجه الدلالة أن سبب السقوط هو احتمالية كون سفر الولي أو الأم الحاضنة سفر حاجة و ليس سفر إقامة.[2]

[1]- سلوغة عبد الرحمان ، فليغة نو رالدين: أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية (دراسة مقارنة بين التشريعات المشرقية والمغاربية)،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، الجزائر،2022 ، ص 263

[2]- سلوغة عبد الرحمان ، فليغة نو رالدين: أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية (دراسة مقارنة بين التشريعات المشرقية والمغاربية)،مرجع سابق ، ص 263-264

ح- **المشرع السوري** : في نص المادة 148من قانون الاحوال الشخصية (ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه –للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها –ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيما في تلك البلد –تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين 2 و 3 السابقتين)

المادة : 149(إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه)

المادة: 150 (ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته)

من الملاحظ ان المشرع السوري أخذ بالمذهب الحنفي في مسألة السفر و الانتقال بالمحضون داحل القطر السوري من خلال: السفر في حالة قيام الزوجية ، والسفر بعد انقضاء العدة.كما ميز بين الحاضنة الأم التي لها حق السفر دون إذن الى بلدة عقد نكاحها أو الى بلدة داخل القطر وجود محرم مقيم في تلك البلدة و بين الحاضنة غير الام تقيد بشرط إذن الولي(م 149) ، كما منحت الجدة لأم نفس حقوق الأم في الفقرتين 2 / 3 من م 148 .اما الاب فقيد بشرط الإذن من الحاضنة .

د- **المملكة العربية السعودية** : من خلال نص م 134 من النظام السعودي للأحوال الشخصية لم يتحدث صراحة عن انتقال احاضن بالمحضون داخل المملكة لكن ما يفهم أن المشرع قيد الحاضن بمراعاة أحكام المادة 129 – من النظام التي تتحدث عن الانتقال بالمحضون خارج المملكة – بمسألة زيارة و استصحاب المحضون بحسب المدة المتفق عليها من قبل الوالدين و في اختلافها تقرر المحكمة ذلك ، و هنا نلاحظ أن المشرع قيد انتقال (استصحاب) المحضون داخل المملكة بالموافقة و المدة .

ذ –أما المشرع اليمني ، العراقي لم ينصا على حالة السفر بالمحضون .

2- أحكام سفر المحضون في التشريعات المغاربية

أ-**القانون الجزائري** لم ينص على مسألة السفر و الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني وترك السلطة التقديرية للقاضي للقاضي مع الرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية (م 222 ق ا ج)

ب-**القانون التونسي** : الفصل 61 من المجلة القضائية: (إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها) اعتمد فيها المشرع التونسي معيارين في الإجازة و المنع من السفر والانتقال بالمحضون، وهو أن يكون السفر سفر إقامة و ليس سفر مؤقتا، والمفهوم ضمنيا أنه لا مانع عند المشرع التونسي من السفر بالمحضون إن كان السفر مؤقتا كالسفر للعلاج مثلا، والمعيار الثاني هو معيار عسر الأب في القيام مور مراقبة[1] المحضون، تاركا تقدير هذا المعيار في الحكم بإجازة، أو منع الحاضنة من السفر والانتقال بالمحضون للسلطة التقديرية للقاضي.

الفصل 62 (يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمّه إلاّ برضاها مادامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك)

ت-**القانون المغربي** :على خلاف المشرع الجزائري و التونسي لم يترك المشرع المغربي الباب مفتوحا أما الاجتهاد القضائي للقضاة ، فنص في المادة 178 (لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للاقامة من مكان لآخر داخل المغرب ، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط ، مراعاة لمصلحة المحضون و الظروف الخاصة بالاب أو النائب الشرعي و المسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي) . من خلال ما أورده في نصوص مدونة الأسرة حيت أجاز سفر

[1]- سلوغة عبد الرحمان ، فليغة نو رالدين: أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية (دراسة مقارنة بين التشريعات المشرقية والمغاربية)،مرجع سابق ، ص 267

الأم الحاضنة بالمحضون داخل التراب المغربي مع ضرورة مراعاة ثلاثة أسس وهي :مصلحة المحضون ومراعاة ظروف الأب أو النائب الشرعي في القيام بأمور الرقابة، وأخيرا المسافة الفاصلة بين الأب أو الولي الشرعي[1]

ث-**أما المشرع الموريتاني** نجده أشار اشارة لانتقال الحاضن في نص المادة 132 (إذا تعذر على الولي مراقبة أحوال المحضون والقيام بواجباته نحوه بسبب انتقال الحاضن أو الولي فإن للقاضي أن يبت في نقل الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون بناء على طلب الطرف الأكثر حرصاً) ولم يتطرق لموضوع السفر داخل التراب الوطني .

ج- **القانون الليبي** في نص المادة 67/ب نص (لا يؤثر سفر الولى أو الحاضنة – إلى أي بلد داخل الجماهيرية سواء أكان السفر مؤقتا أو على سبيل الاستيطان – على حق الحاضنة في الحضانة الا إذا أضر السفر بمصلحة المحضون) ، لم يقيد السفر داخل الجماهيرية الا بشرط ضرر المحضون من السفر .

ثانيا : أحكام السفر والانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني

من خلال التركيبة الزواجية لسكان البلاد العربية نجد في السنوات الأخيرة كثرة الزواج المختلط بين جنسيات و ديانات مختلفة مما يجعل مسألة الانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني مسألة صعبة جدا لأن سلطة القاضي التقديرية و تطبيق قانون البلد التابع لها سيحدث اشكالات كثيرة ومن هنا يطرح التساؤل التالي : إلى أي مدى استطاعت التشريعات العربية من المحافظة على مصلحة المحضون من حيث الانتقال به لبلد أجنبي .؟

[1]- سلوغة عبد الرحمان ، فليغة نو رالدين ،مرجع سابق ، ص 267

1-أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات المشرقية :

أ-**التشريع الأردني** : في نص المادة 176على أنه :ي إذا كان المحضون يحمل الجنسية الأردنية فليس للحاضنة الإقامة بمه خارج المملكة لغاية الإقامة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحة المحضون). أما المادة 177 من نفس القانون فقد نصت:(إذا كان للسفر بالمحضون خارج المملكة لغاية مشروعة ومؤقتة ولم يوافق الولي على سفره فللقاضي أن يأذن للحاضن بالسفر بالمحضون بعد أن يتحقق من مصلحة(المحضون)، وبيان مدة الزيارة وأخذ الضمانات الكافية لعودته بعد الزيارة على أن تتضمن تقديم كفالة يستعد فيها الكفيل بالحبس حتى إذعان الحاضن بعودة المحضون مع منع سفر الكفيل حتى عودة المحضون إلى المملكة.إذا رغب الاب الحاضن في الاقامة بالمحضون خارج المملكة و امتنعت مستحقة الحضانة عنها أو سقط حقها فيها لأي سبب فللأب السفر بالمحضون و الاقامة به وفق أحكام الفقرة (ب) من المادة 181 من هذا القانون و بعد تقديم الضمانات التي توافق عليها المحكمة .)

المشرع الأردني قد ميز بين عديد الحالات التي يمكن أن تطال مسأ لة السفر بالمحضون، وأولها ميز بين حالة سفر الإقامة أو سفر مؤقت، ليأتي في سفر الإقامة ليعطي تفصيلا أخر بين إن كانت الأم الحاضنة هي الراغبة بالسفر والانتقال بالمحضون خارج المملكة الأردنية، فقد أشترط المشرع في هذه الحالة موافقة الولي بالدرجة الأولى، والتحقق من مصلحة المحضون .هذه الشروط خاصة بالنسبة للمحضون الذي يحمل الجنسية الأردنية، ويبقى قصد المشرع الأردني من وراء هذه الخطوة سهول الأسباب، ولا يفهم منه إن كان هو امتياز أعطاه المشرع الأردني للحاملين الجنسية الأردنية، أو هو هروب وتحايل من المشرع الأردني من القوانين والاتفاقيات الدولية لحماية المحضون وتنشئته في ظل الشريعة الإسلامية من خلال منع الأم من السفر بالمحضون الحامل[1] لجنسية إلى خارج المملكة، في حين تفسر التطبيقات والممارسات القضائية لما ذهب إليه المشرع الأردني في هذا التوجه .أما في باقي الحالات التي تم ذكرها في هذا العنصر، فقد أصاب المشرع

[1]- سلوغة عبد الرحمان ، فليغة نو رالدين : مرجع سابق ، ص 268-269

الأردني من خلال الشروط التي وضعها من أجل السماح بالسفر بالمحضون، وهذا إعمالا لمصلحة المحضون الفضلى، التي تتطلب الحفظ والحماية من الدرجة الأولى.

ب-المشرع القطري : من خلال نص لمادة السابق ذكره (185ق الأحوال الشخصية)نجد أن المشرع ترك حرية اسفر للأم القطرية لكن قيدها بشرط عدم الاضرار بمصلحة المحضون بالموازاة مع هذا فقد قيد سفر الام الأجنبية خصوصا إذا خشي الولي عدم عودتها فيقدم اسبابا معقولة للقاضي فيمنعها من السفر .خصوصا إذا كانت غير مسلمة و خيف على المحضون من تأثيرها عليه من حيث الدين الاسلامي .(م 175 من ذات القانون)

ت-التشريع السوري : اعتمد نفس الأحكام السابقة التي طبقت داخل التراب الوطني ، كما أنه اعتمد المذهب الحنفي م 150 ق الاحوال الشخصية و 149 و148.

ث-التشريع الاماراتي : تكلم صراحة على عدم جواز للحاضن السفر بالمحضون خارج الدولة الا بموافقة ولي النفس خطيا و اذا امتنع الولي يرفع الامر للقاضي .(م 149 ق أ ش)[1]

ج-**التشريع الكويتي** : نص في المادة 195 / ب : ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للاقامة إلا بإذن و ليه أو وصيه أي قيد بشرط الاذن .وهذا ما ذهب إليه القانون البحريني كذلك (م 134 / أ) .

ح-النظام السعودي: في نص المادة 129 من نظام الاحوال الشخصية المستحدث: (مع مراعاة ما تقضي به الاحكام النظامية ذات العلاقة ، يخضع السفر بالمحضون إلى خارج المملكة للأحكام الآتية : - لا يجوز للحاضن إذا كان أحد الوالدين السفر بالمحضون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (تسعين) يوما في السنة إلا بموافقة الوالد الآخر و الولي على النفس[2] في حال وفاة الوالد

[1]- المحكمة العليا الاتحادية، جلسة الثلاثاء الموافق 8 يونيو سنة 2010، طعن رقم 225 لسنة 2010 ، أحوال شخصية،ص146-147

[2]- توفر الشروط الواردة في نص المادة 140 من نظام الاحوال الشخصية السعودي

– لايجوز للحاضن من غير الوالدين السفر بالمحضون إلى حارج المملكة مدة تزيد على (ثلاثين) يوما في السنة إلا بموافقة الوالدين أو أحدهما في حال وفاة الآخر ، و الولي على النفس في حال وفاتهما .)

تعليقا على المادة المشرع السعودي على خلاف التشريعات المشرقية الأخرى ذكر المدة التي يحترمها الحاضن في السفر و ميز بين حالتين في حالة السفر بالمحضون خارج المملكة السعودية

- حالة سفر أحد الوالدين بالمحضون : مُنِحَ مدة 90 يوما في السنة مع موافقة الوالد الآخر أو الولي على النفس في حالة وفاة الوالد
- حالة سفر غير الوالدين بالحاضن : مدة 30 يوما في السنة و بوافقة الوالدين أو أحدهما و الولي على النفس في حال وفاتهما .

د–**التشريع الكويتي و البحريني** : نص المادة 195 :(ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة إلا بإذن وليه أو وصيه . و ليس للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر إقامة في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته) ، اشتراط الإذن المكتوب(الولي – الوصي – الحاضنة) من المشرع حتى يتمكن السفر بالمحضون خارج البلاد .وهذا ما أخذ به المشرع البحريني في نص المادة 134.

ذ–**القانون العماني** 134: (لا يجوز للحاضن السفر بالمحضون خارج الدولة إلا بموافقة وليه، وإذا امتنع الولي عن ذلك يرفع الأمر إلى القاضي)، لم يميز بين الحاضنين (رجل – امرأة) وذكرها بصيغة مطلقة لكن قيد السفر خارج الدولة بموافقة الولي .

ر–**قانون الاحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية لدولة فلسطين** (1976): من خلال المادة 166 تكلمت عن حظر السفر للحاضنة خارج الدولة الا بموافقة الولي و بعد التحقق من تأمين مصلحته .

2-أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات المغاربية :

أ-التشريع الجزائري : رغم ما يكتسيه موضوع سفر الحاضن بالمحضون من أهمية، تنعكس أساسا على حق من حُكم له بالزيارة في مراقبة ولده؛ فإن المشرع الجزائري قد خصه بمادة وحيدة فقط وهي المادة 69 ق ا ج (إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون) أن المشرع الجزائري قد عالج مسألة سفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن بالنص القانوني الصريح المتمثل في المادة 69 من قانون الأسرة، وجعلها خاضعة لإذن القاضي ومن صميم صلاحياته بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن.هذا، وإذا كان المشرع الجزائري قد أفصح عن موقفه فيما تعلق بسفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن للإقامة رغم اقتضاب المادة سالفة الذكر وافتقارها إلى التوضيح الكافي؛ فإنه قد صمت عن معالجة جزئية شائكة تتعلق بسفر الحاضن

بالمحضون خارج الوطن لحاجة، الذي بات يطرح العديد من الإشكالات المادية.[1]

ومن بين قرارات المحكمة العليا فيه ، ملف رقم 249196، قرار تاريخ 2000/11/21: المبدأ (يعتبر منح رخصة الخروج بالمحضون قصد العلاج خارج التراب الوطني من توابع الطلاق و يجب على القاضي الفصل فيه و عدم التصريح بعدم الاختصاص) وفي قرار آخر: ملف رقم 273526قرار بتاريخ 2001/12/26 ، المبدأ (تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر).

وفي قرار آخر ملف رقم 282033 قرار بتاريخ 2002/05/08 ، المبدأ" لا تسقط الحضانة ، بسبب الاقامة خارج التراب الوطني ، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"

[1]- راضية بشير، رؤوف قروج ، القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة ، مرجع سابق ، ص 164-165

و في ملف رقم 1067582 قرار بتاريخ 2017/04/05 ، المبدأ (يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ، يعد سقوطا اضطراريا غير اختياري : المرض – العجز المؤقت – أو الاقامة في الخارج لسبب مشروع) .

قد أورد كتاب بلحاج العربي [1] عدة قرارات المتعقلة بالانتقال و السفربالمحضون منها:

–"من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب حق الزيارة و الرقابة لا يعد مبررا لسقوط حق الحضانة عن الام ولا يمنع استعمال حق الزيارة "

م ع غ ق خ ، 1968/09/25، ن ق 1969، ص 240

م ع غ ق خ ، 1968/10/09، ن ق 1969، ص 38

–"لا يقبل الرد الذي يثير نقص الساس القانوني و التقصير في التسبيب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الاسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي على أن المقرر في المذهب لا تتجاوز لمسافة ستة برود و في تفسير الشيخ خليل" إذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي فله نزع المحضون منها ومسافة السفر ستة ببرود على الأقل "

م ع غ ق خ ، 1982/01/25،ملف رقم 26693، ن ق 1982، ص 251

–"حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا و خوفا على العقيدة الاسلامية للبنات فان الحضانة تعطى للأب المقيم بالجزائر وحيث أنن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الام الى الوطن مكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة" (م ع غ ق خ ، 1987/03/09،ملف رقم 45186، غير منشور)

[1]- بلحاج العربي : قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966–2006) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 3 ، الجزائر ، 2007، ، ص 367–368

-"من المقرر شرعا و قانونا أن اسناد الحضانة يجب ان تراع فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار الى الام التي تسكن في بلد أجنبي ببعيد عنن رقابة الآب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون ويستجوب نقض القرار المطعون فيه"

(م ع غ ق خ ، 1990/02/19،ملف رقم 559013، ن ق 1991، ص 116)

(م ع غ ق خ ، 2001/12/16،ملف رقم 273526، ن ق 2004، ص 264)

-" إن اقامة الا بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها و إسنادها للأب لأنه يتعذر على الاب الإشراف على أبنائه المقيميين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة و ذلك لبعد المسافة "

(م ع غ ق خ ، 1995/11/21،ملف رقم 111048، ن ق 52، 11997،ص 102.)

(م ع غ ق خ ، 2001/12/26،ملف رقم 273526، م ق 2004، العدد1،ص 264.)

ب-التشريع المغربي : لمادة 179 من المدونة :(يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي.

تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك. في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك. لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب)

المشرع المغربي نجده ميز بين مصطلح "الانتقال بالمحضون" أشار اليه عند انصراف الواقعة داخل التراب المغربي ،و"السفر بالمحضون" انصراف الرغبة للإقامة خارج التراب المغربي. فقط احتاط المشرع المغربي لما قد يشكله السفر بالمحضون خارج المغرب من مشاكل لهذا نجده

سمح بصريح المادة 179 من مدونة الاسرة لكل من النيابة العامة و النائب الشرعي للمحضون يتقدم طلب إلى المحكمة يتضمن منع السفر بالمحضون خارج المغرب دون مواقة النائب الشرعي و للمحكمة امكانية إدراج ذلك في قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق ، وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى " عدد524 بتاريخ 17 اكتوبر2017 في ملف شرعي رقم 65 بتاري1-2 - 2017 غير منشور" بقوله: "ان سفر المطلوبة بالولدين إلى دولة اسبانيا كان بموافقته حسب الالتزام بالموافقة الصادر عنه بتاريخ 25 غشت 1997 ، والذي جاء لاحقا لوقوع الطلاق الذي لم ينكره الطاعن أثناء جلسة البحث و المدرج بها الملف و بذلك تكون المحكمة قد بنت قضائها على أساس و عللت قرارها تعليلا و يبقى ما أثير بدون اعتبار "

كما أوكل المشرع في فقرة2 من المادة 179 للنيابة العامة مهمة الاشراف على تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع الصادر من طرف المحكمة و الذي يقضي بمنع السفر بالمحضون إلى الخارج ، مع تأكد القاضي على توفر الصفة الاستعجالية لاستصدار إذن بذلك في حالة رفض الموافقة على السفر بتأكيد الصفة العرضية له و تقديم ضمانات لعودة الحاضن بالمحضون .[1]

ت-التشريع الموريتاني : لم يتكلم صراحة عن الانتقال خارج الجمهورية الموريتانية و انما استعمل مصطلح الانتقال بالمحضون في المادة 132 (إذا تعذر على الولي مراقبة أحوال المحضون والقيام بواجباته نحوه بسبب انتقال الحاضن أو الولي فإن للقاضي أن يبت في نقل الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون بناء على طلب الطرف الأكثر حرصاً.)حيث ربط الانتقال بالمحضون مع التزامات الولي في مراقبة احوال المحضون مما يؤدي لنقل الحضانة .

ث-التشريع الليبي : كان أكثر دقة في المادة 67/ج (لا يسمح للحاضن بالسفر بالمحضون خارج الجماهيرية إلا ببعد حصوله على إذن من ولي المحضون فاذا امتنع الولي عن ذلك رفع

[1]- إدريس الفاخوري : مرجع سابق د ص

الأمر إلى المحكمة المختصة) ، قيد شرط السفر ب:الحصول على اذن الولي – في حالة الامتناع يرفع الامر للقضاء.

ج-المشرع التونسي : من خلال الفصل 61-62 نلاحظ:

من خلال ما سبق عرضه في الفصول المتعلقة بمسألة السفر بالمحضون والانتقال به، نجد أن المشرع التونسي قد اعتمد معايير مختلفة تتعارض مع بعضها البعض أحيانا وهذه المعايير[1]:

-عدم بيان القصد من مصطلح السفر الوارد ذكره في الفصل 61 إذا كان سفر داخل التراب التونسي أو خارجه.

-المقصود بالسفر في الفصل 61 هو سفر مؤقت ولي دائما.

-مراعاة مصلحة الأب في مراقبة المحضون.

-عدم إدراج مصلحة المحضون في نص الفصل 61 وإنما ترك الأمر بيد السلطة التقديرية للقاضي.

-للأم الحاضنة ولاية على المحضون في مسألة السفر ولا يمكن للأب منعها من السفر ولا تحتاج إلى موافقته، على عكس ما أورده المشرع المغربي .

[1]- راضية بشير، رؤوف قروج ، القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة ، مرجع سابق ، ص 275

خلاصة الفصل الثاني

حاولت التشريعات العربية و في ظل الصراعات التي تشهدها الأسرة حاليا من وضع شروط تحاول حماية الطفل المحضون بتوفير حاضن كفء لممارسة حقه في الحضانة هذا من جهة و مع تزايد الضغوطات الخارجية أدى بالحاضنين من تفعيل اسقاط الحضانة بالتنازل عنها وهذا ما سيؤثر سلبا على المحضون .كما لاحظنا الفرق الجوهري بين التشريعات العربية المغاربية من جهة و المشارقية من جهة أخرى

خاتـمـــة

الخـاتمة

اهتمت الشريعة الاسلامية و كل المذاهب الفقهية بوضع أحكام دقيقة تنظم الحضانة من بداية إسنادها حتى انتهائها ، لأن أساس الحضانة الطفل المحضون الذي يمثل جيل المستقبل، و يمثل ببداية حضارة و استمرار للعنصر البشري في يظل أسرة متوازنة رغم الفراق و انحلال الأسرة .وبسبب الفراق وما ينجر عنه من آثار سلبية على الأسرة منح الله الأم صفة العطف و الحنان حتى في أحلك الظروف .

فالأسرة هي الخلية الأساسية لبناء مجتمع متماسك وهي الركيزة الاساسية لتكوين شخصية الطفل رغم ما يكتنفها من عدم الاستقرار أحيانا بين أهم قطبين لتكوين الأسرة (الوالدين)، فانطلاقا من هذه الأخير أوجب الشرع و القانون توفير احتياجات الأطفال المحضونين من والديه على المستوى الصحي ، التربوي/ التعليمي ، وحفظه من كل الاخطار خصوصا ما نشهده في هذه السنوات من أبشع الجرائم (سرقة – اختطاف – قتل – اعتداء ببكل أنواعه ...تقع على الأطفال)، كما أنه ربط بين هذه المهة و بين الشروط الواجب توفرها للشخص المستحق لحضانة الطفل سواء الأب او الام أو ممن يليهم في الاستحقاق ، الذي تستند له الحضانة بتوفر شروط معينة تخص الحاضن بصفة عامة أو بصفة خاصة حسب الجنس (ذكر – أنثى) لخصوصية كل واحد

مهمة الحضانة ، مهمة صعبة جدا فإذا اختل أحد شروطها تسقط إلزاميا عن مستحقها ، لاستنادها لقاعدة " مصلحة المحضون " و التي يقدرها القاضي حسب الاوضاع و تغير الظروف للحاضن .هذا الأخير يسقط حقه بنفسه في ممارسة الحضانة ما يصعب عودتها في معظم الأحيان باستثناء الحاضنة الأم التي تعود حضانتها لأنها في الأصل هي الأولى بالحضانة .

فقوانين الاحوال الشخصية للدول العربية تتميز بانتمائها الموحد للشريعة الاسلامية التي تعطي الأفضلية للأم في أولادها فقد حاولت وضع نصوص قانونية ترسخ دور الأم و لا تجعله عرضة للسقوط ، لكن أحيانا يسقط دون ارادتها.

الخـاتمة

ونتوصل مما سبق إلى النتائج التالية :

4-موضوع الحضانة لا يتوقف عند دراستها على التعريف بها و ذكر شروط ممارستها ، اسنادها و انتهائها فقط ، و إنما اجراء دراسات حول الأطفال المعرضين لسقوط الحضانة و تنوع الحاضنين لهم و مدى تأثير ذلك عليهم على المستوى المعيشي و التعليمي .

5-التأكيد على مرحلة الطفولة التي تعتبر مرحلة حساسة جدا فهي أساس بناء شخصية الطفل على المستوى التواصلي ، الوجداني العاطفي ، الاجتماعي ....لذا وجب الاهتمام بها أكثر بوضع آليات نحقق معها التوزان لحياة هذا الطفل .

6-وجود فراغات قانونية كثيرة خاصة في القوانين المغاربية التي لم تعالج موضوع سقوط الحضانة بالعناية اللازمة التي تتأثر بتغير ظروف الحاضن .

7-عدم اهتمام كل التشريعات العربية بالجانب الجنائي للحاضن خصوصا إذا كان من غير الوالدين ،باستثناء القانون الاتحادي الاماراتي الذي تكلم عن جرائم العرض.

8-كل القوانين العربية متفقة على تطبيق قاعدة مصلحة المحضون سواء في الاسناد أو الاسقاط .

9-اعادة النظر في القوانين العربية للأحوال الشخصية لسد كل الفراغات التي تترك تأويلا أحيانا يؤدي للتعسف مما يؤثر على مصلحة الطفل المحضون .

10- عدم الفصل بين الحاضن من الوالدين و الحاضن من غيرهما وهذا ما أدى لتأثر حق المحضون بالدرجة الأولى .

11- من بين القوانين العربية ، القانون الجزائري يستدعي إعادة النظر في نصوصه جملة و تفصيلا وخصوصا أحكام سقوط الحضانة يسودها فراغ قانوني كبير مقارنة مع بقة القوانين العربية الأخرى .

12- معاناة الشعب الفلسطيني لعدم وجود قانون خاص بالدولة الفلسطينية ينظم الأحوال الشخصية للفلسطينيين .

الخـاتمة

13- نأمل ان تكون هناك دراسات معمقة بسقوط الحضانة دراسة تأصيلية تحليلية على مستوى عربي .

وعلى ضوء النتائج السابقة ارتأينا تقديم جملة من التوصيات :

1-على المشرع الجزائري اعادة صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة خاصة فيما يتعلق منها بالشرط العامة للحاضن (ة) أو الشروط الخاصة للرجال و النساء .

2-وضع سن الرشد القانوني بصفة صريحة في تشريعات الاحوال الشخصية خصوصا في الدول المغاربية .

3-التركيز على زواج القصر و ما ينجر عنه في حالة الطلاق من اثر سلبي على الأطفال مما يستدعي ايجاد آليات قانونية تساعد في التقليل من ظاهرة الطلاق من جهة ، و الاهتمام بالام القاصرة الحاضنة من جهة أخرى مثل جهاز المساعدة الاجتماعية .

4-تحديد تاريخ سريان سقوط الحضانة في حالة زواج الأم الحاضنة .

5-تحديد طبيعة زواج الام الحاضنة المسقط للحضانة : الزواج الموثق فقط أم الزواج العرفي

6- وضع آليات قانونية تحمي الطفل المحضون في حالة زواج المجنون (ة)

7-تحديد تاريخ سريان عودة الحضانة بطلاق الام الحاضنة :باللفظ أم بالحكم

8- الاهتمام بمسألة الخلع مقابل الحضانة لدى المشرع الليبي الذي أجازه و يعتبر تعديا على حقوق الطفل و عدم مراعاة مصلحة المحضون هنا (إلغاء المادة أو تغييرها).

9-وضع آليات أكثر حماية للطفل المحضون في حالة الزواج المختلط و الانتقال بالمحضون خارج بلاده.

10- التوظيف الصحيح لبعض المصطلحات ذات الدلالات المتعددة مثل : الجنون – العته – السفيه – نقص العقل – ضعيف العقل

قـائـمــة المـصــادر و المــراجـع

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

أولا: قائمة الكتب :

1-كتب الحديث و الأثر و التراجم:

- صحيح البخاري ، ج 2، كتاب الشهادات ، باب بلوغ الصبيان و شهادتهم

-صحيح البخاري، كتاب الطب

- سنن ابي داوود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد

- محمد ناصر الدين الألباني ، صحيح وضعيف سنن أبي داود،برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، د س ن

- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري ،المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ج3، كتب الامارة، باب بيان سن البلوغ ، دار إحياء التراث العربي ، د س ن

2-الموسوعات:

- الموسوعة الفقهية الكويتية ،جمع و تأليف مجموعة من الباحثين بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج17 ، ط 2، دار السلاسل ، الكويت 1427.

- محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري : موسوعة الفقه الاسلامي ، ج4 ، ط 1، بيت الأفكار الدولية ، د ب ن ، سنة 2009 .

3-كتب مذاهب الفقه الاسلامي و أصوله :

أ-كتب الحنفية :

- أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، النتف في الفتاوى، ج 1 ، ط 2 ، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1984

– بن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار،ج3 ، ط 2 ، دار الفكر، بيروت ،1992.

– زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4 ، ط 4 ، دار الكتاب الإسلامي، د ب ن ، د س

– علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4 ، ط2، دار الكتب العلمية، 1986م

– محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج 5 ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003.

ب–كتب المالكية :

– الدميري بهرام ،الشامل في فقه الإمام مالك، ج 1 ، ط 1 ، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د ب ، 2008.

– أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، د ط ، د س ن ، د ب

– مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة ، ج 2 ،ط1 ، دار الكتب العلمية ، د ب ، 1994

– محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 ، د ط ، دار الفكر ،د س ن.

ت–كتب الشافعية :

– أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج9، ط 3، المكتب الإسلامي،1991

– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى بالآثار، ج 10، د ط ، دار الفكر ، بيروت ، د س ن.

– أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ج 3 ، د ط ، دار الكتب العلمية ، د ب ، د س ن

– أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 9 ، ط 3،ا لمكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– عمان، 1991.

– أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، المستصغى،ط1 ، دار الكتب العلمية ، د ب ، 1993.

ث–كتب الحنابلة:

– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج 5 ، ط 27 ، مؤسسة الرسالة، بيروت مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1994.

– أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 3 ، ط 1، دار الكتب العلمية، 1994

– الباهوتي،منصور بن يونس بن إدريس،كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3 ، دار الفكر بيروت، لبنان، د س ن.

– عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، د ط ، دار الحديث، القاهرة ، 2003.

– منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج5 ، دار الكتب العلمية، د س ن

– موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 3 ،ط 1 ،دار الكتب العلمية، د ب ، 1994.

4-كتب الفقه العام و المقارن :

- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، كتاب بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، ج1 ، ط 7 ،دار الفلق ، الرياض ، 1424هـ

- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج 18 ، دار الفكر، د س ن

- حمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي ، ط 5، 1427 هـ /2005م، السعودية.

- عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، ج4،ط 2 دار الكتب العلمية ، لبنان 2003

- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ط 1 ، دار الكتب العلمية، د ب ، 1990

- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، ج 10 ، ط 1، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993

- عَبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق ، محمَّد بن إبراهيم الموسَى، الفِقهُ الميَسَّر ، ط1 ، ج 5 ،مَدَارُ الوَطن للنَّشر، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2011

- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ،ج1،ط4 ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 1996 .

- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج2 ، ط2 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

- وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ : الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ ،ج 10 ، دار الفكر ، سوريَّة ، دمشق، د س

5-كتب القانون:

- بلحاج العربي : قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 3 ، الجزائر ، 2007
- باديس ديابي: آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض-نفقة – عدة – حضانة – متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008
- بن شويخ رشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات)، دار الخلدونية ، ط 1 ، الجزائر ، 2008
- حسن بن محمد الحفناوي ، الاسرة المسلمة و تحديات العصر ،ط 1،المجمع الثقافي ، أبو ظبي ، الامارات العربية المتحدة ، 2001
- طاهري حسين : الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري (مدعما باجتهادات المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الامر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية) ، دار الخلدونية ، الجزائر ، د س ،
- الغوثي بن ملحة : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1، الجزائر، 2005،
- محمد الشافعي : الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة ، سلسل البحوث القانونية 24 ، كلية الحقوق ، مراكش ، د س ، [1]-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2010 ،
- وزارة العدل، مجموعة التشريعات العربية ، قانون الاحوال الشخصية ، ج 8 ، ط1، وزارة العدل، فبراير 2011

- وفاء معتوق حموة فراش ، الطلاق و آثاره المعنوية و المالية في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، دار القاهرة ، القاهرة ،2000

6-الرسائل الجامعية :

أ-أطروحات

– حميدو زكية : مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005

– سعدي محمد الصالح ، القواعد و الضوابط الفقهية المؤثرة في قطع النزاع ، أطروحة دكتوراه ، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر ، الجزائر ، 2020

– فؤاد صدقة مرداد، القواعد و الضوابط الفقهية عند الامام ابن القيم في غفه الاسرة ن اطروحة دكتوراه ، ج1،جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية 1429

-أبي العباس أحمد بن تيمية الحراني ، رسالة في تسليم البنت الى الأب أو الأم " الحضانة"، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، 2010

ب-مذكرات ماجستير

– إيمان معمري: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة ، مذكرة ماجستير ، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية الوادي، 2015

– حميدان صبيح احمد حمايل ، الضوابط الفقهية في الاحوال الشخصية عند الحنفية ،رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، الخليل فلسطين ، 2018

– عايدة سليمان أبو سالم: الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، الجامعة الإسلامية – غزة ، 2003

– فاطمة عبد الصمد الحمادي ، أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الاماراتي ، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية ، كلية العلوم الاسلامية ، قسم الفقه و أصوله، 2012

-كمال صمامة ، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي ، 2015

-محمود محمد ، مفهوم التمكين النسوي من المنظورين : الغربي و الاسلامي ،رسالة ماجستير ، ط1،جامعة حلوان ، مصر ،2021

ج-مذكرات ماستر

- بن جريبيع فضيلة ، مسقطات الحضانة في التشريع الجزائري و الفقه الاسلامي ، مذكرة ماستر ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2014

- بن رعاد فاطمة، عبد الصمد فاطنة: الطبيعة القانونية للحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الاتفاقيات الدولية ، مذكرة ماستر،جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2018

د-المطبوعات الجامعية :

- فؤاد غجاتي : مناهج الاجتهاد القضائي و ضوابطه، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر، جامعة آكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2021

ثانيا : قائمة المقالات و المنشورات العلمية

- احمد حسن الربابعة، مختار عيسى مصطفى ، أسامة حسن الربابعة ، الموازنة بين المصالح و المفاسد وتطبيقاتهما فيالواقع المعاصر ، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية ، المجلد12 ، ع1 ، ، الأردن ،2020،
- احمد عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، (دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية)، المجلد 46، العدد 1،مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق ، جامعة اسيوط ، القاهرة ،2019

قائمة المصادر و المراجع

- إدريس الفاخوري: الملتقى الدولي حول : " حقوق المرأة والطفل في العالم الإسلامي " وذلك تحت عنوان : "السفر بالمحضون أية حماية؟ دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي" بكلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان يومي 07 و 08 دجنبر 2011
- أنس غازي عناية : حكم عودة الحضانة إلى مستحقها بعد رجوعه عن اسقاط حقه فيها ، مجلة الدراسات العربية ، كلية دار العلوم، جامعة المنيا ،المملكة العربية السعودية ، .د س
- براءة علي اليوسف، حضانة المرأة العاملة دراسة فقهية مقارنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في الجامعة القاسمية امارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، د س ن
- براهيمي أسية، ليلي جمعي: مدى تأثير عمل المرأة الحاضنة على مصلحة المحضون في الفقه الاسلامي و الاجتهاد القضائي ، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، المجلد04 ، العدد: ، 02 ، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر، 2021
- بن داود حنان، بن عمار محمد: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – المجلد – 04 العدد – 02 السنة2021
- جمال غريسي: السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة آفاق علمية، المجلد 13 :العدد 02 :السنة2021
- جميلة قارش ، المقاصد الشرعية في الأسرة ودورها في تفعيل قوانين الأسرة في البلاد الإسلامية، المؤتمر الدولي التاسع ، تحت عنوان " قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، د س ن
- حميدو زكية : عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية و الاجتهادات الفقهية القضائية ، مداخلة في الملتقى المغاربي حول قوانين الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر 4-5 ماي 2002

قائمة المصادر و المراجع

- حياة عبيد.ياسين باهي . عبد الغني حوريه.علي زاوي أحمد.زكرياء قادي ، الامن الاسري في ضزء تحديات العصر ،ط1 ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، (سلسلة ابحاث الشريعة و القانون 7) ،جامعة الوادي ، الجزائر ، 2022
- خالد بوشمة ، البناء بالزوجة بين الدخول الحقيقي و الحكمي على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ،مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة د س
- راضية بشير ، رؤوف قروج: القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على الحق في الزيارة ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7 ، ع 1، 2022
- راضية قصباية، عبد الرحمان رداد: مشكلات الولاية على الصغير في ضوء المقاصد المتعلقة بحفظ النسل– إسناد الحضانة أنموذجا– ،مجلة الشريعة والاقتصاد ، المجلد الثامن ، الإصدار الأول، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، سنة 2019
- رائدة خالد نصيرات، وليد أحمد مساعدة، يوسف عبدالله محمد الشريفين،المضامين التربوية لأحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36)لعام 2010م ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن ، المجلد 46، ع1،2019
- سلوغة عبد الرحمان ، فليغة نو رالدين: أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية (دراسة مقارنة بين التشريعات المشرقية والمغاربية)،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، الجزائر،2022
- سليمان دعيج بوسعيد: مراعاة مصلحة المحضون في الفقه و القانون البحريني " دراسة مقارنة " ، الشهاب ، مجلد 6 ، ع 3، 2020

قائمة المصادر و المراجع

- سليمان دعيج بوسعيد، مراعاة مصلحة المحضون في الفقه و قانون الاسرة البحريني، الشهاب، مجلد 6،ع3،معهد العلوم الاسلامية ، الوادي،2020
- شبايكي نزهة ، عجة الجيلالي ، تأثير اختلاف ديانة الزوجين في إسناد حضانة الأبناء ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد 58، ع 1 ،الجزائر، سنة 2021
- شوقور فاضل: قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء إتفاقية حقوق الطفل، مجلة الدراسات القانونية و السياسية – العدد 06 ، جامعة عمار ثلجي بالأغواط ، الجزائر ، جوان 2017
- عادل عبد الفضيل عيد، استضافة المحضون بين الفقه الإسلامي وقضايا الأحوال الشخصية (دراسة تطبيقية)، بحث علمي ، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 2017
- عبد الرؤوف دبابش ، عماري سناء : التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، مجلد 10، ع2، جامعة بسكرة ، الجزائر ، 2019
- عبد الناصر بن موسى أبو البصل : حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذه ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة ، رابطة العالم الاسلامي – المجمع الفقهي الاسلامي – كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436
- عطا مهدي فليح ، الحضانة في الفقه الاسلامي، مجلة كلية التربية الاساسية، عدد خاص ، وقائع المؤتمر العلمي التاسع عشر كلية التربية الاساسية ، ، 2019
- عطا مهدي فليح، الحضانة في الفقه الاسلامي، وقائع المؤتمر العلمي التاسع عشر (عدد خاص)، مجلة كلية التربية الأساسية ، 2019

قائمة المصادر و المراجع

- عفرة حياة : امتياز الديانة كمعيار لتطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على الحضانة في الزواج المختلط، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة تيزي وزو، –259المجلد 15 العدد 02 السنة2020
- علاء الدين حسين الرحال: حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة ، رابطة العالم الاسلامي – المجمع الفقهي الاسلامي – كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436
- علي موسى حسين ، مظاهر حماية الطفولة في الجزائر خلال قانون 15–12وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية،ع2، المجلد 14، جامعة الجلفة ، الجزائر ،2021
- فطيمة سالمي ، – حفصة جرادي ، سوسيولوجيا الزواج العرفي في الجزائر –دراسة تحليلية لألسباب بولاية الاغواط– ، مجلة المواقف للبحوث والدراسات في المجتمع والتاريخ، المجلد 17 ، ع 1 ، الجزائر ، 2021 ،
- –كريمة خلاص : مقال بجريدة الشروق اليومية ،مطلقات يخترن الزواج العرقي للحفاظ على حضانة الاطفال، نشر بتاريخ 2020/12/13
- محمود حامد عثمان ، تعريف الحضانة و المقصد الشرعي منها ، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، المجمع الفقهي الاسلامي ، كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1436
- مروة بن شيخ : أثر تغير الظروف على سقوط الحضانة بسبب الزواج و التنازل – دراسة مقارنة في التشريعات المغاربية – ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، مجلد 10 ، ع 1، موريتانيا ، 2020

- مروة بن شيخ : مسقطات الحضانة بين النص و التطبيق ، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسيية ، ع 3 ، 2017
- مفلح بن ربيعان بن شفلوت القحطاني: موقف القضاء السعودي من حضانة الاطفال، جامعة الملك سعود ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، العدد الثالث والسبعون– ، السعودية ، 2018
- المكي صلوح، شهرزاد عبدالله: تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 5، ع 1، المركز الجامعي علي كا في تندوف ، الجزائر، 2021
- نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المحضون (دراسة حديثية فقهية تطبيقية في المحاكم السعودية ، ندوة أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، السعودية ،1436

ثالثا : النصوص القانونية

1. الدستور

– الدستور الجزائري : القانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016

2. القوانين و الأوامر و المراسيم

- قانون الاسرة الجزائري ، رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو1984، المعدل و المتمم بالأمر 05–02 منشور في ج ر ، ع 15 بالمؤرخ في 27 فيفري 2005
- الجمهورية الموريتانية الاسلامية ، قانون رقم 52 لسنة 2001 بتاريخ 2001/8/15
- القانون الأردني ، قانون رقم 36 لعام 2010 المتضمن الأحوال الشخصية
- القانون العماني : مرسوم سلطاني رقم 97/32

قائمة المصادر و المراجع

- القانون الكويتي ، قانون رقم 51 لسنة 1983 المتضمن الأحوال الشخصية
- القانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم 28 سنة 2005 المتضمن قانون الاحوال الشخصية
- القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن اصدار قانون العقوبات الاماراتي
- قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 المعدل ب قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1991المطبق في الضفة الغربية بفلسطين
- القانون العراقي: رقم 188 لسنة 1959المتضمن الاحوال الشخصية
- القانون الليبي: قانون رقم (10) لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم
- قانون رقم (22) لسنة 2006 ، ج ر،ع 8 ،المتضمن قانون الاسرة القطري
- قانون رقم 19 لسنة 2017 ملحق العدد3323 الخميس 20 يوليو2017 ج ر 11 قانون الأحوال الشخصية البحريني
- أمر علي 13 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصيّة التونسية ، المنقح بالقانون عدد 7 لسنة 1981المؤرخ في 18 فيفري 1981
- أمر علي المؤرخ في 13 أوت 1956 ، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66 ، الصادر في 17 أوت 1956
- قرار جمهوري بالقانون 20 لسنة 1992 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني .
- مدونة الأسرة المغربية ، صادرة بموجب ظهير شريف رقم1/04/22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 تنفيذ القانون رقم 70/03 المصدر : ج ر ع5184 بتاريخ 12 ذو الحجة 1424 الموافق لـ 15 فبراير 2004.

- مرسوم ملكي ، رقم (م/73)بتاريخ 1443/8/6 المتضمن النظام السعودي للاحوال الشخصية الجمهورية العربية السورية (1953/59)المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/9/7
- نظام الاحوال الشخصية السعودي ، مرسوم ملكي رقم (م/73)، بتاريخ 6/ 1443/8

3 – المجلات القضائية والقرارات

- المحكمة العليا الاتحادية، جلسة الثلاثاء الموافق 8 يونيو سنة 2010، طعن رقم 225 لسنة 2010 ، أحوال شخصية،
- مجموعة الاحكام القضائية : المملكة السعودية ، 1435
- المحكمة العليا : ملف رقم220470 بتاريخ : 1999/04/20، المجلة القضائية ، 2001،عدد خاص بالاجتهاد القضائي في غرفة الاحوال الشخصية ،
- قرار رقم: 282153 الصادر بتاريخ : 2002/02/13، م ق 2004، ع1
- قرار رقم 51894 صادر في 1988/12/19، م ق 2001، ع خ [1]
- غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 257693 صادر بتاريخ : 2012/02/12 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2002
- المحكمة العليا :ملف رقم 245156، غرفة الأحوال الشخصية ، 2001عدد خاص
- المحكمة العليا، غرفة الحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/05/18،في الملف رقم 331058 . ،نقلا عن مجلة الحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قسم الوثائق ، ع 2 ، الجزائر ، السنة ، 2005
- المجلة القضائية : العدد 2 ، 2002 ، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا 2004 ، ص 432
- المحكمة العليا : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2011

- 11.قرار المحكمة العليا : المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد رقم 01 ، الجزائر ،سنة 1989

رابعا : المواقع الالكترونية

1. https://droit.mjustice.dz: موقع المحكمة العليا
2. https://www.musawah.org–
3. http://hrlibrary.umn.edu/arabic/crc.html – لجنة حقوق الطفل، التعليقات العامة للجنة حقوق الطفل، التحفظات والاعلانات والاعتراضات المتعلقة باتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة ، 7 ديسمبر

الفهارس

فهرس الآيات

الاية	السورة	رقم الاية	ص
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	الروم	21	7
"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ..."	التوبة	71	
بقوله تعالى" اوربائيكم اللاتي في حجوركم من نسائكم"	الأحزاب	23	29
قوله تعالى" والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"	البقرة	233	29
(و الله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا و جعل لكم السمع و الأبصار و الأفئدة لعلكم تشكرون)	النحل	27	31
تعالى : (فأتت به قومها تحمله قالوا يا مريم لقد جئت شيئا فريّا (27) يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء و ما كانت أمك بغيّا ((28)	مريم	28-27	31
قوله تعالى (...وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً)	النساء	141	32
قوله أيضا (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَتُرِيدُونَ أَن تَجْعَلُواْ لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُّبِينًا)	النساء	143	32

فهرس الأحاديث

نص الحديث	تخريجه	الصفحة
حدثنا عبيد الله بن سعيد حدثنا أبو أسامة قال: حدثني عبيد الله قال :حدثني نافع قال :حدثني ابن عمر رضي الله عنهما" أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني". قال نافع: فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو خليفة فحدثته هذا الحديث فقال: إن هذا لحد بين الصغير والكبير وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة	صحيح البخاري 2664	24-23
فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ، مَا لَمْ تَنْكِحِي	أخرجه أحمد6707	28
ورد عن أبي سلمة سمع أبا هريرة بعد يقول : " قال الرسول صلى الله عليه و سلم : لا يوردنّ ممرّض على مُصِحٍ	البخاري 5771	44
حدثنا العباس بن عبد العظيم حدثنا عبد الملك بن عمرو حدثنا عبد العزيز بن محمد عن يزيد بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن نافع بن عجير عن أبيه عن علي رضي الله عنه قال خرج زيد بن حارثة إلى مكة فقدم بابنة حمزة فقال جعفر أنا آخذها أنا أحق بها ابنة عمي وعندي خالتها وإنما الخالة أم فقال علي أنا أحق بها ابنة عم وعندي ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي أحق بها فقال زيد أنا أحق بها أنا خرجت إليها وسافرت وقدمت بها فخرج النبي صلى الله عليه وسلم فذكر حديثا قال:" وأما الجارية فأقضي بها لجعفر تكون مع خالتها وإنما الخالة أم "	سنن ابي داوود 2080	66
عن أبي هُريرةَ رَضِيَ اللهُ عنه قال :"جاءت امرأةٌ إلى رَسولِ اللهِ صلَّى الله عليه وسلَّم، وأنا قاعِدٌ عنده، فقالت: يا رَسولَ اللهِ، إنَّ زَوجي يريدُ أن يَذهَبَ بابني، وقد سقاني مِن بئرِ أبي عِنَبةَ، فقال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: استَهِمَا عليه. فقال زَوجُها: مَن يُحاقُّني في ولَدي؟ فقال النبيُّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: هذا أبوك، وهذه أمُّك، فخُذْ بيَدِ أيِّهما شِئْتَ، فأخذَ بيَدِ أمِّه، فانطَلَقَت به	أبي داوود 2279	70

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الاهداء	
شكر و تقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	
الفصل الأول سقوط الحضانة لمانع إلزامي	
المبحث الأول :اختلال شروط ممارسة الحضانة	17
المطلب الأول:اختلال الشروط المشتركة للحاضن	18
الفرع الأول : الشروط الفقهية لاستحقاق الحضانة	18
أولا : شروط الحضانة وفق كل مذهب فقهي	18
ثانيا : الشروط المتفق والمختلف فيها عند الفقهاء	21
ثالثا: موانع الحضانة عند الفقهاء	30
الفرع الثاني : موقف القوانين العربية من شروط الحضانة	35
أولا:شروط الحضانة في القوانين المغاربية	36
ثانيا:شروط الحضانة في القوانين المشرقية	52
المطلب الثاني : اختلال الشروط الخاصة بالحاضن	64
الفرع الأول : الشروط الخاصة بالحاضنين بالرجال	64
أولا: المقصود بالشروط الخاصة للرجال	64
ثانيا : : موقف التشريعات العربية من شروط الحاضن الخاصة	67
الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالحاضنات من النساء	69
أولا: المقصود بالشروط الخاصة بالنساء	70
ثانيا : موقف التشريعات العربية من شروط الحاضن الخاصة	72
ثالثا: الشروط الاضافية للمرأة الحاضنة	76

فهرس المحتويات

رابعا : تأثير عمل المرأة على مصلحة المحضون	77
خامسا: الزواج العرفي كوسيلة للحفاظ على الحضانة	78
المبحث الثاني: مصلحة المحضون وسلطة القاضي في اسقاط الحضانة	80
المطلب الأول : قاعدة مصلحة المحضون	80
الفرع الأول : تعريف مصلحة المحضون	81
أولا : تعريف المصلحة	81
ثانيا تعريف المحضون	81
الفرع الثاني: معايير القاضي في تحديد مصلحة المحضون	82
أولا :المعيار المعنوي	83
ثانيا :المعيار المادي	84
ثالثا :معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته	85
المطلب الثاني : تفعيل دور القاضي في اسقاط الحضانة	85
الفرع الأول : سلطة القاضي في اسقاط الحضانة	86
أولا: من حيث الاخلال بالالتزامات	86
ثانيا:من حيث التنازل عن الحضانة	86
ثالثا:من حيث السكوت عن المطالبة بالحضانة	87
رابعا: من حيث زواج الام الحاضنة	87
خامسا:من حيث عمل الحاضنة	87
الفرع الثاني : سلطة القاضية في تمديد و انهاء الحضانة	88
الفصل الثاني: اسـقـــاط الحـضـــانـة	
المبحث الأول :طبيعة التنازل المقيد بمصلحة المحضون المسقط للحضانة	93
المطلب الأول: طبيعة الحق في الحضانة	94
الفرع الأول : طبيعة الحضانة من النظرة الفقهية	94
أولا :أن الحضانة حق للحاضن	94

فهرس المحتويات

ثانيا :أن الحضانة حق للمحضون	94
ثالثا :أنها حق مشترك	95
رابعا :أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون والولي	96
خامسا :القول المختار في صاحب الحق في الحضانة	96
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة	99
أولا:الحضانة حق للصغير(المحضون)	100
ثانيا:الحضانة حق للحاضن (الأم أو من يقوم مقامها)	100
ثالثا:الحضانة حق للصغير و للحاضنة معا	102
رابعا: الحضانة التزام	102
المطلب الثاني:طبيعة التنازل المسقط للحضانة	104
الفرع الأول : التنازل بإرادة الحاضن المنفردة	104
أولا :موقف التشريعات العربية	104
ثانيا : شروط التنازل بارادة الحاضن المنفردة	105
الفرع الثاني : التنازل الاتفاقي	108
اولا: اتفاق الحاضن مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين	108
ثانيا: مسألة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع	109
ثالثا: الاتفاق على التنازل عن الحضانة في الطلاق بالتراضي	113
المبحث الثاني : سقوط الحضانة بين سكوت الحاضن وانتقال المحضون لبلد أجنبيي	116
المطلب الأول : سكوت الحاضن عن المطالبة بالحضون	117
الفرع الأول : السكوت عن الحضانة من النظرة الفقهية	117
أولا: تعريف السكوت فقها	117
ثانيا شروط المالكية فيمن سكت عن طلب الحضانة	118
الفرع الثاني : السكوت عن الحضانة من النظرة القانونية	118

فهرس المحتويات

أولا: سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة قانونا	118
ثانيا : النظرة القانونية لعودة حق الحضانة	122
المطلب الثاني :الاقامة بالمحضون في بلد أجنبي	131
الفرع الأول : تفصيل الفقهاء في نقل المحضون و السفر به	131
أولا: الحنفية	131
ثانيا: المالكية	132
ثالثا: الشافعية	133
رابعا:الحنابلة	134
الفرع الثاني : أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية	134
أولا : أحكام السفر والانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني	135
ثانيا : أحكام السفر والانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني	140
الخاتمة	151
قائمة المصادر والمراجع	155
فهرس الآيات	171
فهرس الأحاديث	172
فهرس المحتويات	

ملخص المذكرة

تعتبر الحضانة من اهم المواضيع الجديرة بالدراسة خصوصا من حيث شروطها الخاصة التي لم تهتم بها التشريعات المغاربية بالتحديد و التفصيل على عكس تشريعات الدول المشرقية التي أولتها اهتماما بالغا خاصة في الشق المتعلق بالمرأة ، التي لها الدور الفعال في تنشئة الأجيال باعتبارها ركيزة الأمم و بناء الحضارات ، هاته الأخيرة التي تشهد صراعا حقيقا في عصرنا الحالي بين المنظمات النسوية من جهة و الاتفاقيات الدولية من جهة أخرى بغرس أفكار تتمحور بين التمكين النسوي بين الحضارة الاسلامية و الغربية .فحقوق الطفل أولوية الأولويات يجب مراعاة مصلحة المحضون في وضعها .

فموضوع دراستنا تمحور حول سقوط الحضانة بدراسة مقارنة بين التشريعات المغاربية و التشريعات المشرقية وما يلاحظ وجود هوة كبيرة بين التشريعين لذا وجب اعادة هيكلة هذه التشريعات خاصة بتطبيق مصلحة المحضون على الوجه الأفضل.