

شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)

د. منصور الهبروك

المركز الجامعي بتهنراست

المخلص

تتناول هذه الدراسة شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية، لما للحاضن من أهمية بالغة في تنشئة الطفل الحاضون في مجتمع عربي مسلم متكامل، إضافة إلى كونها تمس جيل المستقبل. لذلك فهي تتعلق بمصر وتوضيح هذه الشروط في قوانين الأسرة المغاربية، من أجل الوقوف قدر المستطاع على مدى تقارب وتباعد هذه القوانين، وإيجاد الحلول الممكنة لمختلف الإشكاليات التي تطرأ في هذا المجال. وهي دراسة تتيح الفرصة للقارئ للاطلاع على شروط الحضانة والشروط التي يجب توفرها في الحاضن وأسباب سقوطها.

Résumé:

On aborde à travers cette étude les conditions de la hadana et la question de son annulation dans le droit maghrébin de la famille, cela est dû à l'importance de celui qui est chargé de -la garde- la hadana dans l'éducation de l'enfant dans une société arabo musulmane, En outre, elle est relative à la future génération. C'est pourquoi cette présente étude éclaire les conditions de la hadana dans le droit de la famille en pays maghrébins afin de définir les divergences et convergences de ces législations et les solutions possibles pour les différentes problématiques évoquées en ce sens. C'est une étude qui permet au lecteur la compréhension des conditions de la hadana et les causes de son annulation.

مُهَيِّدًا

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، فالطفل الحاضون في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه، ويقوم على أمره، يحفظ حياته ويحقق مصالحه، وتتقدم الأم في ترتيب الحاضنين، يليها الأب فقرابتها من النساء⁽¹⁾، حسب قوانين الأسرة في الدول المغاربية، وللحضانة تعريفان: تعريف لغوي وآخر اصطلاحى.

يقال في اللغة حضن فلان الصبي؛ أي جعله في حضنه، والحضن لغة صدر الإنسان أو أعضاؤه وما بينهما، وحضن الطائر بيضه؛ أي ضمه إلى نفسه وتحت جناحه، وأيضا المرأة إذا حضنت ولدها. تسمى المرأة الحاضنة، والحضانة في اصطلاح الفقهاء هي: "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة، ممن له الحق في ذلك من أقاربه المحارم"⁽²⁾، والحضانة في الفقه المالكي حسب ابن عرفة تتمثل في: "...حفظ الولد في مبيته ومؤننته ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه..."⁽³⁾.

لقد عرف فقهاء القانون الحضانة بأنها تربية ورعاية الطفل والقيام بمختلف شؤونه من ملابس وطعام ونوم بالإضافة إلى الاهتمام بنظافته إلى غاية وصوله سنا معينة، من الأشخاص الذين لهم حق تربيته عملا بأحكام المواد المنصوص عليها في دول المغرب العربي⁽⁴⁾.

حيث حددت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري معنى الحضانة⁽⁵⁾ بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً..."⁽⁶⁾، بينما تتمثل الحضانة في مدونة الأسرة المغربية طبقا لنص المادة 163 على أنها: "...حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه..."⁽⁷⁾.

وعلى غرار القانون الجزائري والقانون المغربي سارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد عرفت الحضانة من خلال نص المادة 54 على أنها: "...حفظ الولد في بيته والقيام بتربيته..."⁽⁸⁾.

يتضح مما سبق أن قوانين الأسرة لدول المغرب العربي، تبنت نفس المفهوم للحضانة، بل وضعت نفس التعبير ما دام أن الحضانة تهدف حماية المحضون والسهر على رعايته، إلا أنّ المشرع الجزائري توسع نوعا ما في تعريف الحضانة حيث نص على كل ما له علاقة بمجريات الطفل من مختلف الجوانب الدينية والتربوية والخلقية والصحية وحتى المادية.

هذا؛ وقد اتفقت قوانين الأسرة للدول المغاربية جميعا إلى إسناد حضانة الولد حال قيام الرابطة الزوجية إلى الأبوين معا دون تفاضل بينهما؛

لأنها تعتبر من واجباتهما الأساسية ما دامت الزوجية قائمة وليس حقا لهما فقط؛ أي أنها مسؤولية ملزمة، أما في حالة انحلال العلاقة الزوجية، فإن مبدأ مصلحة المحضون هو الكفيل بإسناد الحضانة إلى الأم أو الأب أو إلى أحد الأقارب⁽⁹⁾. ومع هذا كله يمكن لصاحب هذا الحق التنازل عنه. انطلاقا مما تقدم، فهل كفلت قوانين الأسرة في دول المغرب العربي الكبير الحماية القانونية للمحضون من خلال ترتيب مستحقي الحضانة؟ وأين تكمن شروط الحضانة وما دواعي إسقاطها في تشريعات الأسرة في الدول المغربية؟

وما ينبغي الإشارة إليه أيضا، هو أن معالجتنا لهذا الموضوع يجب أن تكون دراسة تحليلية مقارنة، وذلك تماشيا مع طبيعة الموضوع، بحيث نقوم بعرض المادة القانونية مع إبراز مزاياها وسلبياتها وأن تكون المقارنة محصورة فقط بين قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، بطريقة بسيطة تتماشى مع الغرض الذي ترمي إليه الدراسة، ألا وهو إيجاد مادة علمية تتعلق بهذا الموضوع. للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدت الخطة الآتية:

المطلب الأول: شروط الحاضن.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الثالث: مدة الحضانة وسقوطها.

المطلب الأول: شروط الحاضن

تتطلب ممارسة الحضانة بشكل جيد، توفر عدة شروط وذلك من أجل تحقيق الأهداف السامية التي تقررها الأحكام الشرعية والقانونية المنصوص عنها في المادة 62 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 173 من المدونة المغربية، والمادتان 58 و59 من مجلة التونسية. هذا؛ وقد أضاف الفقه الإسلامي شروطا أخرى لم يشير إليها المشرع في قوانين الأسرة للدول المغربية. وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى الشروط التشريعية وفي الفرع الثاني نتناول الشروط الفقهية.

الفرع الأول: الشروط التشريعية: تنص الفقرة الثانية من المادة 62 من ق.أ.ج على ما يلي: "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، فقد جرى نص المادة 173 من المدونة المغربية على النحو التالي: "شروط الحاضن: الرشد القانوني لغير الأبوين 2- الاستقامة 3- القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه 4- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175 بعده..."

أمّا مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نصت على ذلك من خلال المادة 58 التي تضمنت ما يلي: "يشترط في مستحقي الحضانة أن يكون مكلفا أميناً قادراً على القيام بشؤون المحضون، سالماً من الأمراض المعدية، ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكراً أن يكون عنده من يحضن من النساء، وأن يكون محرماً بالنسبة للأنتى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلافاً ذلك اعتباراً لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرماً للمحضون أو ولياً له أو يسكت من له الحضانة..."، ونص المادة 59 منها التي جاء فيها: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره ولا يخشى عليه..."

انطلاقاً مما تقدم، يتضح من النصوص المغربية أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد بصفة واضحة الشروط التي يجب توافرها في الحاضن، خلافاً للمدونة المغربية والمجلة التونسية اللتان نصتا على مختلف الشروط التي يجب توافرها في الحاضن، والتي يمكن حصرها في الشروط العامة والشروط الخاصة بالمرأة:

الشروط العامة: من مجملها يجب توفر سن الرشد القانوني لغير الأبوين المتمثل في العقل والبلوغ، بالإضافة إلى الاستقامة والأمانة... الخ.⁽¹⁰⁾ وتوفر الصفات الأخلاقية والقدرة على تربية المحضون والقيام بشؤونهم⁽¹¹⁾، وأيضاً السلامة من كل الأمراض المعدية؛ أي الأمراض التي من شأنها أن تمنع الحاضن من القيام بالواجبات التي تكون على عاتقه⁽¹²⁾.

الشروط الخاصة بالمرأة: يشترط في المرأة ألا تكون متزوجة بغير قريب محرم من الصغير؛ لأنه غالباً ما يكون الزوج الأجنبي خالياً من الرحمة والشفقة، مما يجعله يقسو في معاملة الطفل الصغير. لهذا السبب فزواجه من المرأة الحاضنة يسقط حضانتها، إلا إذا كان الزوج الأجنبي وصياً للطفل المحضون.

وعلى خلاف من ذلك، فإنّ الزواج من قريب المحضون لا يسقط عنها حقها في الحضانة؛ لأنّ هذا الأخير لديه الآن من يرحمه ويشفق عليه. كما يشترط على الحاضنة أن تكون متواجدة في البلاد الذي يسكن فيها ولي الطفل حتى تسهل عليه مراقبة المحضون والقيام بشؤونه، فإذا غيرت مقر إقامتها يجب إعلام أب المحضون.

الفرع الثاني: الشروط الفقهية: إضافة إلى الشروط السابقة المنصوص عنها في قوانين الأسرة للدول المغاربية، هناك شروط أخرى نص عنها الفقهاء الإسلاميون من ضمنها ما يلي:

وجوب انفراد الجدة الحاضنة بالسكنى عن ابنتها التي سقطت حضانتها. يقول الشيخ خليل بن إسحاق في هذا الموضوع وهو بصدد الحديث عن ترتيب الحاضنين قائلاً: "ثمّ الجدة التي انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها" يفهم من ذلك أنه متى سقطت حضانة الأم، ثم بعد ذلك انتقلت إلى أمها التي تسكن معها فهذه الحالة تسقط الحضانة عن الجدة أيضاً.

لا تثبت الحضانة للرجل إلا إذا كان لديه من يحض له، لأنّ الحضانة نشاط شاق ومتعب يقوم به من تثبت له، ويتمثل هذا النشاط في الاعتناء بالمحضون طيلة أربع وعشرين ساعة، مما يجعل المرأة أقدر على ذلك النشاط وأكثر تفرغاً له من الرجل. وقد تنبه الفقه المالكي إلى هذا الوضع وقرر بالأ تـثـبـت الحضانة للرجل إلا إذا كان لديه من يحض له، يقول الشيخ خليل: ".. وللذكر من يحضن..."⁽¹³⁾، ويفهم من هذا القول إنّه إذا أسندت الحضانة للرجل يتعين عليه إيجاد من يمارس له الحضانة كالأُم أو الزوجة أو الأخت أو استئجار حاضن.

شرط حضانة كل الأطفال ففي الفقه المالكي أنّ الحضانة لا تتجزأ، ويتضح من ذلك أنّه متى وُجد عدد من الأطفال وطلبت الحضانة أن تحضن البعض منهم وتترك الآخرين فهذا لا يجوز، وعليه فيجب عليها أن تحضن الجميع أو تتركهم جميعاً⁽¹⁴⁾.

غير أنّ هذا الحكم لا يستند إلى المنطق حسب رأي بعض الفقهاء المالكيين الجدد، فحسب رأيهم يبدو هذا الشرط غريباً، إذ في حالات كثيرة تكون الحضانة غير قادرة على حضانة كل الأطفال لعدة أسباب كضييق السكن أو عدم توفر الإمكانيات المادية... الخ.

وجاء في الفرع 36 من الفائق، قال ابن كوثر: وإذا طلق الرجل امرأة وله منها بنون صغاراً وكباراً فقالت له: أنا أقبض بعض بني وأعطيك بعضهم، اختر من ولدك ما أحببت، فقال بعضهم: إنها نزلت بقرطبة وطلبت رواية فلم توجد البتة إلا للفقير أبي إبراهيم إسحاق الطليطلي فقال: لها ذلك، وهو كحق من الحقوق تترك البعض وتأخذ البعض، إلا أن يدخل الضرر على الباقيين فتمنع من ذلك...⁽¹⁵⁾.

وفي الأخير بعد أن تطرقنا إلى الشروط التي يجب توفرها في من أسندت له الحضانة التشريعية منها والفقهية، سنتناول فيما يلي أصحاب الحق في الحضانة؛ أي قاعدة أحقية الأم في الأولوية وترتيب الحاضنين.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

تتطلب الحضانة اليقظة والحكمة والصبر والانتباه، لذلك حرص المشرع في الدول المغاربية على تحديد صاحب الحق في الحضانة وعليه سنتناول قاعدة الأم أحق بالحضانة كفرع أول، وترتيب الحاضنين كفرع ثاني.

الفرع الأول: قاعدة الأم أحق بالحضانة: تقضي قوانين الأسرة في دول المغرب العربي، بأن الأم هي أولى بالحضانة على أطفالها في حالة انحلال الرابطة الزوجية بطلاق أو تطليق أو خلع أو وفاة؛ لأنّ الأم تعتبر أقرب الناس إلى المحضون وأرحم من غيرها عليه⁽¹⁶⁾. وهذا ما أكدته قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام المادة 64 إذ نصت على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها..." والمادة 171 من المدونة المغربية التي جرى نصها على

النحو التالي: "تحول الحضانة للأم..." أما بالنسبة للمجلة التونسية بعد الاطلاع عليها لم نجد نصا قانونيا يشير إلى هذه الأولوية. وانطلاقا مما تقدم نلاحظ، أنّ الطفل الصغير ومنذ ولادته محتاج لمن يعتني به ويحفظه ويرعى شؤونه، ويقوم على تربيته ويوفر له كل ما يحتاجه في حياته؛ لأنّ في هذه المرحلة بالذات يكون المحضون عاجزا عن القيام بشؤونه بنفسه لا يعرف ما يضره وما ينفعه⁽¹⁷⁾.

في الأصل إن الحضانة حق للزوجين مادامت قائمة ولم يتفرقا، وذلك عملا بأحكام المادة 164 من المدونة المغربية التي نصت على ما يلي: "الحضانة من واجبات الأبوين مادامت علاقة الزوجية قائمة"، وما أكدته المادة 57 من مجلة التونسية التي جرى نصها على النحو التالي: "الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة". أمّا في قانون الأسرة الجزائري لم نجد ما يفيد ذلك بعد الاطلاع على نصوصه القانونية.

وبعد الفراق خصوصا، فالحضانة تثبت للأم دون غيرها إذا ما توفرت فيها الشروط المنصوص عنها في قوانين الأسرة للدول المغاربية. غير أنّ المشرع في هذه الدول قد وضع توازنا بين الأم والأب بعد فك الرابطة الزوجية؛ مفاده جعل الحضانة للأم والولاية للأب سواء كانت على المال أو على النفس⁽¹⁸⁾، مع العلم أنّ المشرع في هذه الدول أعطى للأم حق الولاية على أولادها⁽¹⁹⁾، ولثبوت قاعدة أنّ للأم أولوية في حضانة طفلها من الناحية الشرعية، ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنه: "أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتزوجي"⁽²⁰⁾، يعتبر هذا الحديث دليلا على أنّ للأم أولوية عن الأب في حضانة طفلها الصغير، ما لم يحصل المانع المتمثل في زواجها، وهذا ما ذهب له الشوكاني. ويقول ابن المنذر في هذا الصدد: "أجمع كلّ من يحفظ عنه من أهل العلم على أنّ الزوجين إذا افتزقا ولهما ولد أنّ الأم أحق به ما لم تنكح..."⁽²¹⁾.

بالإضافة إلى ما تقدم، فإنّ الأب عندما تثبت له حضانة طفله الصغير لسبب من الأسباب، فإنه كثيرا ما يعهد به إلى غيره من النساء مثل زوجته أو أمه أو أخته وليس في هؤلاء أشفق على المحضون من أمه الحقيقية⁽²²⁾.

وفي الأخير يمكن القول: إذا كانت الحضانة في الأصل هي حق للأم دون الأب، فإنّ مرد ذلك يعود للأسباب التي سبق ذكرها، ومنه فقد قضت مبادئ الفطرة أن تكون أسبقية النساء على الرجال في ترتيب مستحقي الحضانة.

الفرع الثاني: ترتيب الحاضنين: إن القاعدة الشرعية تقتضي تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الأطفال الصغار خاصة في المراحل الأولى من الحياة، هذا وقد أعطى المشرع الجزائري قبل التعديل الأولوية للأم، ثم أمها، فأختها (الخالة)، ثم الأب، ثم أمه، فالأقربون درجة⁽²³⁾.

هذا وقد راعى المشرع المغربي نفس القاعدة الشرعية في ترتيب الحاضنين؛ لكن بكيفية مغايرة وهذا ما أكدته المادة 99 من مدونة الأحوال الشخصية قبل التعديل التي تنص: "على أن الأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أمها ثم أم أمها ثم أخت أمها الشقيقة ثم التي للأم ثم للأب ثم أم لأب ثم جدة الأب من أمه أو أبيه وإن علت ثم أخت المحضون ثم عمته ثم عمّة الأب ثم خالة الأب ثم أبنة الأخ ثم أبنة الأخت ثم أخ المحضون ثم الجد من قبل الأب ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابنه ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي للأم ثم الذي للأب"⁽²⁴⁾.

أما بعد التعديل فقد أعاد المشرع في دول المغرب العربي ترتيب الحاضنين على النحو التالي حيث رتب قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 64 حيث نصت على ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك...".

ونلاحظ أنّ هذا التعديل في ترتيب مستحقي الحضانة، كان أقرب إلى طبيعة المجتمع الجزائري؛ لأنّ الكثير من الأزواج يقيمون في الغالب مع أبوي الزوج، ومن النادر أن يقيموا مع أبوي الزوجة.

من هذا المنطلق، ينبغي مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع المعاش في المجتمع، فالطفل المحضون عادة ما يكون أقرب صلة من الجدتين معا وبالتالي فإنّ إعطاء الحضانة أو إسنادها إلى الجدتين بعد الأم والأب هو أمر منطقي ومقبول نوعا ما، ذلك أنّ القول بهذا التعليل يستلزم أن تسند الحضانة للجدّة من جهة الأب، لا إلى الجدّة من جهة الأم لأنّ الطفل كما قلت قد تعود على السكنى والعيش معها بحكم سكنى الوالد بعد الزواج مع والديه، وذلك مع الواقع المعاش.

إنّ إسناد الحضانة للجدات من بعد الأبوين يفيد المحضون كثيرا؛ لأنّ الطفل يكون قد تعود العيش معهما ولهذا السبب تتقدم الجدّة للأم ولأب على الخالة، خاصة إذا علمنا أنّ المشرع الجزائري لم يتحدث عما إذا كانت الخالة أو العمّة صغيرة أم كبيرة أو إذا كانت متزوجة أو غير متزوجة وهو شيء مهم في مجال الحضانة⁽²⁵⁾.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد رتبت مستحقي الحضانة من خلال المادة 171 التي جرى نصها على النحو التالي: "تحول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية...".

بعد استقراء المادة السابقة بطريقة متأنية لاحظنا ما يلي: أسند المشرع المغربي الحضانة للأم ثم بعدها للأب ثم بعده الجدّة للأم؛ أي متى تنازل عنها الأول أو متى سقطت عنه انتقلت مباشرة إلى الذي يليه في الترتيب. كما نلاحظ أيضا أنّ هذا الترتيب هو مسألة قانونية لا علاقة لها بالسلطة التقديرية للقاضي- إلا في حالة عدم وجودهم- حيث لا يشك أي أحد في أنّ هؤلاء الثلاثة هم أقرب الأقرباء للطفل المحضون شفقة وحرصا على مصالحه⁽²⁶⁾.

لقد تنبه المشرع المغربي لحالة عدم وجود حاضن يقوم على شؤون الطفل المحضون، أو حال رفض الحاضن ممارسة الحضانة، أو لم تتوفر فيه الشروط التي تؤهله لذلك فللنيابة العامة أو من يهيمه الأمر أن يطلب من المحكمة اختيار الأنسب لهذه المهمة ولو كان من غير الأقارب، وللمحكمة أن تأمر بأنزاله في إحدى المؤسسات الخاصة⁽²⁷⁾.

وبخصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ فإنها لم تنص إطلاقاً عن ترتيب مستحقي الحضانة كما فعل ذلك المشرع الجزائري والمشرع المغربي، وإنما تسند الحضانة لأحد الزوجين دون الآخر عند الحكم بالطلاق، وإذا انحلت الزواج بوفاة أحد الزوجين عهدت الحضانة إلى من بقي حياً منهما.

ومنه عندما يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية يسند الحضانة إلى أمهما أو أبيهما، عملاً بأحكام المادة 67 من مجلة التونسية التي تنص على أنه: "إذا انفصم الزواج بالموت، عهدت الحضانة إلى من بقي حياً من الأبوين. وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان على قيد الحياة عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وعلى القاضي عند البث في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون"⁽²⁸⁾.

بعد دراسة موضوع أصحاب الحق في الحضانة الذي تعرضنا فيه إلى قاعدة الأم أحق في حضانة ابنها، وترتيب مستحقي الحضانة، سنتناول فيما يلي مدة الحضانة وأسباب سقوطها.

المطلب الثالث: مدة الحضانة وسقوطها

تناولنا فيما سبق، أصحاب الحق في الحضانة، وسنتناول في هذا المطلب مدة الحضانة التي تمارس خلالها الحضانة في الفرع الأول ودواعي سقوطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدة الحضانة: تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري 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 أمّاً لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

كما تنص المادة 166 من المدونة المغربية على أنه: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والانثى على حد سواء، بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه، في حالة عدم وجودهما يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته وأن يوافق نائبه الشرعي، وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي للبت وفق مصلحة القاصر".

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تتضمن أي نص له علاقة بمدّة الحضانة، سوى ما يتعلق بالسكوت لمدة عام بالنسبة لمن له حق المطالبة بالحضانة في حالة زواج المرأة الحاضنة بغير محرم عملاً بأحكام المادة 58 من مجلة التونسية.

بالرجوع إلى المادتين السابقتين نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشير إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للطفل المحضون المتمثلة في احترام رغبتهم في الانتقال، فكثيرا ما يرفض المحضون بعد الحكم الانتقال إلى الجهة التي أسندت إليها الحضانة، وهنا لا يكون أمام القاضي سوى الموازنة بين أمرين هما: إما تطبيق النص القانوني القاضي بانتهاء حضانة الأم، وفي الأخير يعود الطفل الصغير إلى العيش مع والده. وإما الأخذ برغبة الصغير في الانتقال من عدمه وفق مصلحة المحضون⁽²⁹⁾.

بالعودة إلى نص المادة 166 من المدونة المغربية، نلاحظ أن المشرع المغربي لم يقيد الاختيار في أب أو أم المحضون في هذه الحالة صراحة بأي شرط، عدا أن يرتكز هذا الاختيار على مصلحة المحضون.

فالخيار المقرر للمحضون حسب هذه المادة في من يحضنه من أمه أو أبيه لا داعي لتطبيقه بالنسبة للأم التي سقطت حضانتها، كما أن بلوغ المحضون سن الاختيار لا يسقط حضانة أمه إذا اختار البقاء معها حتى ولو تزوجت من غير محرم⁽³⁰⁾.

الفرع الثاني: سقوط الحضانة: يتصل موضوع سقوط الحضانة بتلك الشروط المنصوص عليها في قوانين الأسرة للدول المغاربية التي تطرقنا

لها سابقا، ويقصد بسقوط الحضانة عندما تثبت هذه الأخيرة لشخص ما ثم بعد ذلك يطرأ طارئ يجعلها تسقط عنه ثانية⁽³¹⁾.

لقد تطرق المشرع في الدول المغاربية إلى عدة أسباب تؤدي إلى إسقاط الحضانة، حيث نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون⁽³²⁾، وأضافت المادة 67 منه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق.أ.ج". ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. وزادت المادة 68 منه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

كما نصت المادة 69 من ق.أ.ج على أنه 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. وأضافت المادة 70 منه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"⁽³³⁾.

أما المشرع المغربي يعتبر زواج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة على ولدها، إلا إذا كانت وليا شرعيا له، ويسقط هذا الحق عن الحاضن أيضا إذا سكت عن هذا الحق لمدة سنة بعد علمه بالبناء إلا لأسباب قاهرة عملا بأحكام المادة 176 من المدونة كإصابة المعني بالأمر بمرض أقعده الفراش أو سجنه بمناسبة ارتكابه جريمة لا تمس بالأخلاق. وإن كانت الحضانة لا تسقط بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة في بلد آخر داخل المغرب مبدئيا، فإنها تسقط بالانتقال إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي وفقا للمادة 178 من مدونة الأسرة المغربية. كما أن الانتقال بالمحضون إلى

خارج المملكة المغربية يؤدي إلى سقوط الحضانة في حالة عدم موافقة نائبه الشرعي طبقا لمقتضيات المادة 179 من المدونة.

إضافة إلى ذلك يمكن إسقاط الحضانة باعتبارها تمثل جانبا من الولاية الشرعية، فالمادة 88 من القانون الجنائي المغربي⁽³⁴⁾، تنص على أنه يجب على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية عن الأولاد عندما تصدر حكما عن جنحة أو جناية معاقب عليها قانونا بالحبس، ارتكبتها أحد الأصول على أحد أطفاله المحضونين⁽³⁵⁾.

فبخصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نجد أنه إذا سافرت الحاضنة سفرا ونقلت معها الطفل المحضون مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو المحضون سقطت حضانتها عملا بأحكام المادة 61 من المجلة التونسية، كما منعت المادة 62 من المجلة الأب من إخراج الولد من بلد أمه مادام في حضانتها.

وبالرجوع إلى أسباب سقوط الحضانة في القانون التونسي، فقد نصت المادة 63 من المجلة على أنه: من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلا برضا ولي المحضون وإلا سقطت حضانتها. هذا وقد تطرقت المادة 64 من المجلة إلى التنازل عندما نصت على أنه يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها.

ويتضح مما تقدم، أن المشرع في الدول المغاربية كان متفاوتا في وضع شروط سقوط الحضانة عن صاحبها، ولكن ما يمكن قوله في هذا الصدد أن المشرع في هذه الدول لم يعتبر عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فللمرأة العاملة الحق في حضانة أطفالها. وما يمكن الإشارة إليه أيضا هو أن المشرع المغربي أشار إلى نقطة مهمة جدا تتعلق بمنع أو سقوط الحضانة عن الحاضن الذي يعيش في بلد أجنبي.

خاتمة

وفي ختام هذا الموضوع، المقدم بعنوان شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية، نتمنى من المولى عز وجل، أن نكون قد

أعطينا هذا البحث حقه من الدراسة، وإن كان التقصير واردا، فإن مرد ذلك يعود إلى المسائل التي يثيرها موضوع البحث. التي تتطلب المزيد من الدراسات المعمقة والمتخصصة في هذا المجال، أضف إلى ذلك أن أي عمل من الأعمال البشرية لا يخلو من النقص.

لقد كان الغرض من دراسة هذا الموضوع، معرفة مدى درجة تقارب وتوافق قوانين الأسرة في دول المغرب العربي، من أجل الوصول إلى قوانين مغربية متكاملة وموحدة. هدفها المحافظة على مصلحة المحضون، وتنشئته في مجتمع عربي إسلامي متماسك، قد يساهم في توحيد الدول المغربية، طبقا لديباجة الدستور الجزائري: "إنّ الجزائر أرض الإسلام وجزء لا يتجزأ من المغرب العربي الكبير". وديباجة الدستور المغربي: "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية، وهي جزء من المغرب العربي الكبير". والمادة الثانية من الدستور التونسي التي جاء فيها: "الجمهورية التونسية جزء من المغرب العربي الكبير تعمل لوحده في نطاق المصلحة المشتركة".

ومن خلال هذه الدراسة تبين لنا النتائج التالية:

- يتضح من النصوص المغربية السابقة الذكر، أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يحدد بصفة واضحة الشروط التي يجب توفرها في الحاضن، خلافا للمدونة المغربية والمجلة التونسية اللتان نصتا على مختلف الشروط التي يجب توفرها في الحاضن.
- لاحظنا أنّ الفقه المالكي قد تنبه أنه لا تثبت الحضانة للرجل إلا إذا كان لديه من يحضن له من النساء؛ لان الحضانة نشاط شاق ومتعب يقوم به من تثبت له ويتمثل هذا النشاط في الاعتناء بالمحضون طيلة أربعة وعشرين ساعة، مما يجعل المرأة أقدر على ذلك النشاط وأكثر تفرغا له من الرجل.
- ومن خلال هذه الدراسة، اتضح لنا أن جميع قوانين الأسرة في الدول المغربية تقضي بأن الأم هي أولى بالحضانة على أطفالها في حالة انحلال الرابطة الزوجية بطلاق أو تطليق أو خلع أو وفاة الزوج.

- ومن النتائج التي توصلنا إليها هو أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ لم تنص إطلاقاً على ترتيب مستحقي الحضانة كما فعل ذلك المشرع الجزائري والمشرع المغربي، وإنما أسندت الحضانة لأحد الزوجين دون الآخر عند الحكم بالطلاق، وإذا انحلت الزوجة بوفاة أحد الزوجين عهدت الحضانة إلى من بقي حياً منهما.
 - كما لاحظنا أيضاً أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تتضمن أي نص له علاقة بمدّة الحضانة سوى ما يتعلق بالسكوت لمدة عام بالنسبة لمن له حق مطالبة الحضانة في حالة زواج المرأة الحاضنة بغير محرم عملاً بإحكام المادة 58 من المجلة التونسية.
 - ومن خلال الملاحظات السابقة نقترح على المشرع في دول المغرب العربي التوصيات الآتية:
 - يتعين على المشرع الجزائري أن يجذو حو المشرع المغربي والمشرع التونسي في وضع شروط عديدة يجب توفرها في الحاضن، حتى يتقارب معهما.
 - يجب على المشرع في الدول المغاربية أن يدرج ضمن قوانين الأسرة في التعديلات المقبلة منع الرجل من حقه في الحضانة إلا إذا كان لديه من يحضن له من النساء؛ لأنه قد يعجز هن الاعتناء بالمحزون طيلة 24 ساعة.
 - يتوجب على المشرع التونسي عندما يجرى نصوصه القانونية أن يراعي مسألة ترتيب الحاضنين تماشياً مع المشرع الجزائري والمشرع المغربي.
 - يتعين أيضاً على المشرع التونسي أن يتطرق في التعديلات اللاحقة لمجلة الأحوال الشخصية المدّة أو الفترة التي يجب على المحزون أن يقضيها عند المحزون كما فعل ذلك المشرع الجزائري والمشرع المغربي.
 - يجب على المشرع في دول المغرب العربي الكبير، السعي وراء إنشاء أو إعداد مشاريع قوانين في مختلف المجالات من أجل وضع قانون مغاربي موحد كما فعلت ذلك الدول الأوروبية.
- الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) انظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحداث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 300.
- (2) انظر، عمر عبد الله، الأحوال الشخصية، دار المعارف، 1963، ص 599. وانظر أيضاً، محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 489.
- (3) انظر، ميارة الفاسي، شرح على تحفة الأحكام، ج 01، دار الفكر، بدون سنة، ص 569. وانظر كذلك، الشيخ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، مج 01، دار الفكر، بدون سنة، ص 408.
- (4) انظر، محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، (سلسلة البحوث القانونية)، ط 01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2009، ص 125 – 126.
- (5) انظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 356.
- (6) المادة 62 من الأمر الرئاسي رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم: 11/84 المتضمن قانون الأسرة.
- (7) انظر، القانون رقم: 70/03 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم: 01/04/22 بتاريخ 2004/02/03 يتضمن مدونة الأسرة وفق آخر التعديلات.
- (8) انظر، الأمر رقم: 1956/08/13 المعدل والمتمم والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.
- (9) انظر، محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة (سلسلة البحوث القانونية 24)، ط 03، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ص 128.
- (10) انظر، محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 07، ط 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004، ص من 53 إلى 72. وللمزيد من التفصيل انظر، باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012، ص 128 وما يليها.
- (11) انظر، محمد اللجمي، قانون الأسرة، ط 01، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008، ص 454.
- (12) لمزيد من التفصيل انظر، محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ط 04، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999. ص 472 وما يليها. انظر كذلك لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضايا الأحوال الشخصية، ج 01، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 492-493.
- (13) انظر، المواق على هامش، الخطاب (عبد الرحمن) شرح كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل الجزء الثاني، دار الفكر، ص 217.
- (14) انظر، محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ط 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004 ص 98.

- (15) نقلا عن، الوزاني المهدي، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فأس وغيرهم من البدو والقرى، ج04، مطبعة فضالة، 1997، ص607.
- (16) انظر، محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص294.
- (17) انظر، محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، ط04، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999. ص466.
- (18) انظر، محمد اللجمي، قانون الأسرة، ط01، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، 2008، ص451.
- (19) انظر، محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص22.
- (20) أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي.
- (21) انظر، ابن القيم، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج04، دار الفجر للتراث، القاهرة، 1999، ص162. وللمزيد من التفصيل انظر أيضا: محمود بلال مهران، حقوق المطلقة في الفقه الإسلامي، طبع بالقاهرة، 1991.
- (22) انظر، محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص467.
- (23) انظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص255.
- (24) نقلا عن، محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص467.
- (25) انظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص256.
- (26) انظر، محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص30.
- (27) انظر، محمد الكشور، المرجع نفسه، ص31-32.
- (28) انظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، ط02، دار الفكر العربي، 1976، ص204 وما يليها. انظر كذلك، لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص506-507.
- (29) انظر، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص258.
- (30) للمزيد من التفصيل انظر، محمد الشافعي، الزواج والحلاله، المرجع السابق، ص304.
- (31) انظر، محمد الكشور، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص86.
- (32) H. BENCHEIKH DENNOUNI lagrad: un attribut de la maternité en droit algérien Revue Internationale de droit comparé. Paris n°3- 1986 p. 897.
- (33) انظر، لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص491-492 انظر أيضا، عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالثة، الأبيار، الجزائر، 2007، ص138-139.
- (34) انظر، ظهير شريف رقم: 01/59/413 الصادر في: 28 جمادي الثانية 1382هـ الموافق لـ: 26 نونبر 1962 المتعلق بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي.
- (35) انظر، محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص308.