مراعاة مصلحة المحضون
بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية

بقلم
أ/ محمد بجاق (*)

ملخص

إن حضانة الطفل واجبة ما دام الولد في أمس الحاجة إلى الرعاية والعناية، حيث يكون عاجزا عن مباشرة مصالحه بنفسه، ولا يميز بين ما يضره أو ينفعه. وتقتضي المصلحة الاجتماعية حماية الطفل وتقرير أحكام متماشية ومصلحته؛ ولهذا حرصت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين المختلفة على وضع الشروط والضوابط التي تضمن حماية مصلحة الطفل المحضون، وعلى ضوء تلك الأحكام جاءت الممارسات القضائية. وفي هذه الصفحات تبيان لأحكام مراعاة مصلحة المحضون نظرية وتطبيقا من خلال ثلاثة مباحث؛ تطرق الأول إلى تعريف الحضانة، مشروعيتها، وتكييفها الفقهي؛ وبحث الثاني في مصلحة المحضون، مفهومها، خصائصها، وتقديرها. أما الثالث فخصص لعرض تطبيقات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقضاء.

الكلمات المفتاحية: الحضانة- المصلحة- الأسرة- الرعاية- الطفل- القضاء.

مقدمة

اعتنت الشريعة الإسلامية بحماية الطفولة وحفظها؛ فحافظت على نسب الأولاد حرصا منها على استقرارهم نفسيا وعاطفيا، كما أوجبت لهم توفير المسكن الآمن والبيئة

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم الحقوق ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ جامعة الوادي ـ الجزائر.
bedjagmed@yahoo.com

السليمة، وحق النفقة، والتعليم، والرعاية التامة إلى أن بلوغ سن الرشد الذي يتمكنون فيه من الاعتماد على أنفسهم.

وإن من أبرز أهداف الزواج التي حثت الشريعة الإسلامية على تحقيقها هو الاستقرار والسكينة والطمأنينة، والمودة التي تعتبر في مجملها دعامات لقيام أسرة مستقرة وناجحة، يقول المولى عز وجل: ﴿ **وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ [الروم: 21]، وحفاظ الزوجين على استقرار الأسرة وتماسكها له الأثر الإيجابي والكبير في تنشئة الأطفال نشأة سليمة، فالبيت يعد المحضن الرئيسي للتربية السليمة، والمؤثر الأساسي في الطفل، باعتباره ينشأ وينمو في ظله في أولى مراحل عمره، والوقت الذي يقضيه الطفل في البيت أكثر من أي مكان آخر.

إلا أن الحياة الزوجية قد تواجه بعض المشاكل، التي تؤدي إلى زعزعة استقرارها مما قد ينتج عنه الانفصال الحتمي بين الزوجين، ولعل أهم أثر قد ينتج عن هذا الانفصال هو حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج.

والحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، وما دام الولد في أمس الحاجة إلى الرعاية والعناية، حيث يكون عاجزا عن مباشرة مصالحه بنفسه، ولا يميز بين ما يضره أو ينفعه، فإذا انفكت الرابطة الزوجية يتولى أمره حاضن يضمن مصلحته ويعنى به ويرعاه[1]، فالحضانة تخضع لمبدأ: «رعاية المصالح الاجتماعية»، وهذا المبدأ شديد الأهمية في التشريع الإسلامي[2] فهذا الأخير قائم أساسا على قاعدة: « درء المفاسد وجلب المصالح»، ويدخل ضمن المصالح الاجتماعية حماية الطفل وتقرير أحكام متماشية ومصلحته؛ لأن ذلك يكفل له التربية الحميدة، ولا مصلحة للمجتمع في إقرار حضانة لا تتوفر على تلك الحماية، ولهذا وجبت العناية بالطفل وإعداده أفضل إعداد تحسبا للمستقبل وضمانا لسلامة المجتمع[3]، فالطفل يعد رجل المستقبل الذي يحمل الرسالة في الغد.

وكما هو معلوم أن أغلب أحكام الحضانة اجتهادية يمكن الاختلاف فيها بما يتماشى ومصلحة المحضون والظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة، وبحسب تقدير المصلحة عند هذا المذهب أو ذاك، من هذا المنطلق يأتي طرح الإشكال التالي: ما هي الشروط والضوابط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية لضمان حماية مصلحة الطفل المحضون، وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري؟

وقد انتظمت خطة البحث[4] في مقدمة وثلاثة مباحث؛ تطرق الأول إلى تعريف الحضانة، مشروعيتها، وتكييفها الفقهي؛ وبحث الثاني في مصلحة المحضون، مفهومها، خصائصها، وتقديرها. أما الثالث فخصص لعرض تطبيقات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقضاء. وفي الأخير جاءت الخاتمة متبوعة بقائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول

الحضانة: مشروعيتها، وتكييفها الفقهي

سنتناول في هذا المبحث تعريف الحضانة وبيان مشروعيتها ثم تكييفها الفقهي.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

أولا: تعريف الحضانة في اللغة:

الحِضْنُ ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حِضنِك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها، والحِضْنُ الجنب، وحَضَنَ الصبي يحضنُه حَضنا وحِضَانة، وحَضَنَ الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حَضْناً وحِضانةً وحِضاناً وحُضوناً، حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وكذلك المرأة إذا حَضَنَتْ ولدها، واسم المكان المِحْضَن، والحَضانةُ مصدر الحاضن والحاضنة، والمحاضن المواضع التي تحضن فيها الحمامة على بيضها، وحضَنَ الصبي يحضُنه حَضْناً رباه، والحاضِنُ والحاضِنةُ الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.[5]

ثانيا: تعريف الحضانة في الاصطلاح الفقهي:

لم تختلف المذاهب الفقهية كثيرا في تعريفها للحضانة حيث جاءت في مجملها متقاربة.

فقد عرفها الحنفية بأنها: تربية الولد ممن له الحق فيها.[6]

وعرفها المالكية بأنها: حفظ الولد والقيام بمصالحه.[7]

وعرفها الشافعية[8] والحنابلة[9] بأنها: هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع من ولاية وسلطنة.

من خلال هذه التعريفات نستخلص بأن الحضانة هي: القيام بحفظ الصغير الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه أو يضره، وتربيته تربية سليمة تؤدي إلى سلامته جسميا ونفسيا وعقليا.

ثالثا: تعريف الحضانة في الاصطلاح القانوني.

نصت المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري على: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»[10].

يظهر من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري استنبطه من الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي، فقد جاء تعريفه للحضانة مطابقا لما جاء في تعريفات الفقهاء.

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة

ثبتت مشروعية الحضانة من خلال نصوص الكتاب والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولا: من الكتاب:

ثبتت الحضانة في الكتاب من قوله تعالى: ﴿ **وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا** ﴾ [الإسراء، الآية 24].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الولد الصغير، وهذه التربية حضانته والقيام بشؤونه[11].

ثانيا: من السنة:

ورد في السنة عدة أحاديث تثبت مشروعية الحضانة نذكر منها:

– حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، قال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[12].

– حديث البراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وزيد وجعفر، قال علي: أنا أخذتها وهي بنت عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها النبي ﷺ لخالتها وقال: «الخالة بمنزلة الأم»[13].

ثالثا: من الإجماع.

أجمع المسلمون في كل العصور على مشروعية الحضانة، ويظهر هذا من بعض أقضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ منها ما قضى به أبو بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حينما خاصم عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أم عاصم وأراد أن ينتزع منها عاصما، فقضى أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بعاصم لأمه مالم يشب أو تتزوج، وقال: إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[14].

رابعا: من المعقول:

الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منهما إلى من هو 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[15].

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للحضانة

إن الأصل في الحضانة أنها للنساء ؛ لأنهن أشفق وأرفق بالطفل من غيرهن، وهن أهدى إلى تربيته وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة له، فإن عدمت النساء انتقلت إلى الرجال بشروط معينة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو التكييف الشرعي

للحضانة ؟ أهي حق للحاضنة ؟ أم هي واجب عليها ؟ أم هي حق للمحضون ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء، سنوجزها فيما يلي:

أولا: الحضانة حق للحاضنة:

ذهب الحنفية[16]، وهو ما عليه الفتوى في المذهب، والمالكية[17]، وهو المشهور عندهم، وبعض الشافعية[18] وهو قول الشافعي، إلى أن الحضانة حق للحاضنة؛ لأنها إذا أسقطت الحضانة عن نفسها من غير عذر، لم تجبر عليها، ولا تعود إليها بناء على تنازلها عن حقها.

ومما يترتب عن كون الحضانة حقا للحاضنة:[19]

1- لو أنه كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه، فإنه يجب على هذه المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة، حتى لا يفوت عليها حق حضانته.

2- ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة، ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة؛ لأن في ذلك تفويتا لحق الحاضنة.

3- لا يجوز لأبي الصغير أن ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته ؛ لأنه إن فعل ذلك ضيع حقها.

ثانيا: الحضانة حق للمحضون:

ذهب بعض الحنفية[20]، وبعض المالكية[21]، وبعض الشافعية[22]، إلى أن الحضانة حق للولد وواجبة على الحاضنة، وعليه لا يمكن لها أن تتنازل عنها إلا إذا وجد غيرها، فإن لم يوجد غيرها أجبرت عليها مراعاة لمصلحة المحضون وحماية لحقه في الحضانة.

ومما يترتب عن كون الحضانة حقا للمحضون:[23]

1- أنه لا يجوز لأمه التي تستحق حضانته أن تصالح أباه على إسقاطها مقابل بدل تأخذه؛ لأنها بفعل ذلك تفوت حق الصغير، وهي لا تملك إسقاط حقه، فلو فعلت ذلك لم يصح الصلح، ولم تستحق البدل الذي اصطلحت عليه.

2- إن أمه لو خالعت أباه أن تترك الحضانة، فإن الخلع يصح ويبطل البدل؛ لأنها بذلك فوتت حق الصغير، وهي لا تملك ذلك.

3- إذا كانت الحاضنة متعينة – بأن لم يوجد من استكملت شروط الحضانة غيرها – فإنه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانة الصغير، ولو امتنعت أجبرت عليها محافظة على حق الصغير.

ثالثا: الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا:

ذهب بعض الحنفية[24]، والحنابلة[25]، إلى القول بأن في الحضانة حقين؛ حق الحاضنة وحق المحضون؛ فللحاضنة حق في الحضانة فلا تجبر عليها إن تنازلت عنها، وللمحضون حق في الحضانة بحيث تجب حضانته، فإذا امتنعت الحاضنة عن حضانته انتقلت إلى من يليها، إذ لا يجوز تركه دون من يحضنه؛ لأن في هذا الترك هلاكه[26].

القول المختار:

من خلال النظر إلى الآراء السابقة الذكر نلاحظ أن القول المختار، هو الذي يجعل الحضانة حقا للحاضن والمحضون معا؛ عن ابن محرز قال: وقد اختلف في الحضانة هل هي حق للأم، أو للولد على الأم؟ وفائدة الخلاف هو أنه إذا كان حقا لها جاز تركها له، وانتقل إلى غيرها وإذا كان حقا للولد لزمها ولم يكن لها تركه إلا من عذر، قال ابن محرز: والصواب من ذلك عندي أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون[27].

غير أن حق المحضون يقدم عند التعارض مراعاة لمصلحته، فالحاضنة إذا تنازلت عن حضانة صغيرها مقابل الخلع صح الخلع وبطل الشرط، وكذلك إذا تنازلت عن حقها في الحضانة ولم يوجد من يليها، أو امتنع هذا الأخير عن الحضانة، فإنها تجبر عليها مراعاة لمصلحة المحضون.

قال ابن القيم (توفي 751هـ): «والصحيح أن الحضانة حق لها وعليها إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها»[28].

وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى تأييد هذا المبدأ بقولها: 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.[29]

المبحث الثاني

مصلحة المحضون مفهومها خصائصها وتقديرها

يهدف كل مشرع في قوانين الأسرة إلى بسط حماية أكبر للطفل، لأجل ذلك وضع مجموعة من الضوابط والقواعد التي يستطيع القاضي من خلالها حماية الطفل ورعاية مصالحه، وأهم قاعدة وضعت لذلك هي قاعدة "مراعاة مصلحة المحضون"، وقد حظيت هذه القاعدة باهتمام كبير من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

وسنحاول من خلال هذا المطلب تناول مفهوم مصلحة المحضون وخصائصها وكذا الطريقة التي يتبعها القاضي في تقديره لهذه المصلحة.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون قاعدة فقهية قديمة في الشريعة الإسلامية عرفت منذ زمن رسول الله ﷺ وعمل بها الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وفقهاء الأمة إلى يومنا هذا، وبنوا عليها أكثر أحكام الحضانة، وهي من القواعد المتعارف عليها عند كل الفقهاء والمشرعين رغم عدم تحديد محتواها، وقد أخذ بها كل مشرعي الأسرة دون أن يحددوا لها معنى معينا، إلا أنه يمكن أن نستشف معنى عاما لها من خلال تناول مفهوم المصلحة بشكل عام.

أولا: تعريف المصلحة لغة.

الصلاح ضد الفساد، والصلاح بالكسر مصدر المصالحة والاسم الصلح يذكر ويؤنث. وقد اصطلحا وتصالحا واصالحا بتشديد الصاد. والإصلاح ضد الإفساد. والمصلحة واحدة المصالح وهي ضد المفسدة. والاستصلاح ضد الاستفساد. وأصلح الشيء بعد فساده أقامه وأصلح الدابة أحسن إليها فصلحت[30].

من خلال ذلك يمكن أن تطلق المصلحة على معنيين[31]:

1- أن المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى، فهي على هذا الإطلاق إما مصدر بمعنى

الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، وإما اسم للواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع.

2– أن المصلحة تطلق على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، مجازا مرسلا من باب إطلاق اسم المسبب على السبب، فيقال: إن التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة، وذلك لأن التجارة وطلب العلم سبب للمنافع المادية والمعنوية.

ثانيا: تعريف المصلحة اصطلاحا.

تعددت تعريفات الفقهاء للمصلحة إلا أنها تتفق جميعها بإعطاء معنى واحدا لها وهي أنها المحافظة على مقصود الشارع، حيث:

عرفها أبو حامد الغزالي بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع من الخلق خمسة وهي أن يحفظ لهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم. وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه – أي المفسدة– مصلحة»[32].

وعرفها الخوارزمي بقوله: «المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق»[33].

وعرفها الطوفي بقوله: «هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة»[34].

وعرفها من المعاصرين **محمد سعيد رمضان البوطي**(ت1434هـ) بقوله: «والمصلحة فيما اصطلح عليه علماء الشريعة الإسلامية يمكن أن تعرف بما يلي: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين لها. والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه»[35].

ومما سبق من التعريفات نستخلص ما يلي:

1- أن المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بحفظ الضروريات الخمس.

2- أن المصلحة لا تقتصر على جلب المنفعة فقط بل تشتمل على درء المفاسد أيضا.

ومن خلال كل تلك التعريفات يمكن أن نستشف معنى عاما لمصلحة المحضون بأنها: جلب المنفعة له، ودرء المفسدة عنه، بحيث يحرص القاضي على حماية مصالح الطفل ومنع كل ما يؤدي إلى الإضرار به.

وبهذا المعنى العام لا نحدد العناصر المكونة لهذه المصلحة، فالمصلحة كما هو معلوم مفهوم نسبي يمكن أن يتغير بتغير الظروف والأحوال والعادات، والزمان والمكان، وبالتالي تترك الحرية للقاضي في تقديرها وتفسيرها حسب كل حالة وكل ظرف والوقائع المطروحة أمامه في كل دعوى على حدة ومن خلال الأهداف التي حددها المشرع عند تعريفه للحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[36]. وهذا ما يدفعنا للتعرف على خصائص هذه المصلحة.

المطلب الثاني: خصائص مصلحة المحضون

مما سبق تناوله في معرفة مفهوم مصلحة المحضون يتضح أنها تتميز بعدة خصائص وهي:

أولا: أنها شخصية وذاتية[37].

بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حدة، بحيث ينظر القاضي إلى كل طفل لوحده، ويحدد مصلحته. فهي تختلف من طفل لآخر، فالطفل الرضيع مثلا يختلف عن الطفل الكبير، والبنت تختلف عن الولد.

ثانيا: أنها نسبية ومتطورة[38].

فهي تتطور مع تطور الحياة مما يؤدي إلى تطور متطلباتها، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر.

ثالثا: أنها مرنة ومطاطة[39].

بما أن المشرع لم يعط تعريفا دقيقا لها فهذا يفتح المجال لكل قاض أن يعبر عن هذه

القاعدة حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية وهو ما سيسهل حتما عمل القضاة، فبعدم تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع حرية تقدير ظروف كل طفل على حدة وبحسب طريقة المعيشة وحسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم، فمثلا حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

سبق وأن عرفنا بأن قاعدة مصلحة المحضون هي القاعدة الأساس في تحديد الأحكام الخاصة بالحضانة، وقد ترك المشرع السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تحديد وتقدير تلك المصلحة، فهي كما سبق وأن قلنا أنها تتميز بأنها شخصية وذاتية، ونسبية ومتطورة، ومرنة ومطاطة، بحيث إنه قد يكون لكل قضية تطرح أمام القاضي ظروفا تختلف عن غيرها من القضايا، مما قد يؤثر في تقدير القاضي لتلك المصلحة، وحتى يتمكن القاضي من تقديرها بصفة دقيقة له أن يلجأ إلى عدّة وسائل من خلالها يقدّر ويصدر حكمه ومن ذلك:

أولا: التحقيق.

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع، وتحديد أيّهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

ثانيا: الانتقال للمعاينة.

وهذا بالانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف: ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقّيها مراعاة لمصلحة المحضون.

ثالثا: الاستماع إلى أفراد العائلة.

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه.

رابعا: الاستعانة بتقارير أهل الخبرة.

يمكن للقاضي الاسترشاد بتقارير أهل الخبرة في تقدير مصلحة المحضون، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري إذ أخذ بتقرير المرشدة الاجتماعية في تقدير مصلحة المحضون ويظهر ذلك في إحدى اجتهادات المحكمة العليا بقولها: من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون[40].

المبحث الثالث

تطبيقات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقضاء

تعتبر قاعدة مصلحة المحضون من أهم القواعد عند أهل الفقه والقانون والقضاء، فهي تعتبر الأساس الذي تبنى عليه أكثر أحكام الحضانة، وسأحاول في هذا المبحث التطرق لأهم تطبيقات هذه القاعدة في الفقه الإسلامي واجتهادات القضاء الجزائري دون إغفال النصوص القانونية التي تبين ذلك.

المطلب الأول: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين وشروطهم

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين.

أجمعت كل المذاهب الفقهية على أن الأم هي الأولى والأحق بحضانة ولدها من غيرها، وهذا حرصا منهم على مصلحة المحضون كونها لا تتحقق في أول أمرها إلا عند أمه ومن ثم انصرفت لها ولا تسقط عنها إلا بمبرر شرعي، فهي أشفق الناس على طفلها من غيرها وأحرصهم عليه وأكثرهم صبرا على تربيته والاعتناء به وتحمل مشاق ذلك.

يقول ابن القيم (توفي 751هـ): «والولاية على الطفل نوعان نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه وتحصل به كفايته، ولما كان النساء أعرف بالتربية وأقدر عليها وأصبر وأرأف وأفرغ لها لذلك قدمت الأم فيها على الأب، ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع قدم الأب فيها على الأم فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال والنظر لهم»[41].

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية الأربعة نجدها قد اختلفت في ترتيب الحاضنين بعد الأم وهذا بالنظر لما تقتضيه مصلحة المحضون حسب رؤية كل مذهب وهو ما نستشفه من خلال ما يلي:

مذهب الحنفية[42]:

يرى الحنفية أن ترتيب الحاضنين يكون كالآتي: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات الشقيقات، ثم الأخوات لأم، ثم الأخوات لأب، ثم الخالات، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء، ثم العصبات بحسب ترتيب الإرث، فإذا لم يوجد أحد يستحق الحضانة من عصبة الصغير أو وجد وكان غير أهل لها انتقل هذا الحق إلى محارمه من الرجال، فإذا تعدد المستحقون للحضانة وتساووا في درجة القرابة فإن القاضي يحكم بالحضانة لأصلحهم للصغير، فإن تساووا في ذلك كان الأحق بها أكبرهم سنا، وذلك لأنه غالبا مايكون أكثر تجربة وأعرف بما فيه مصلحة الصغير، فإذا لم يوجد من يقوم بذلك فإن القاضي يضعه عند من يثق به[43].

مذهب المالكية[44]:

يرى المالكية أن الحضانة للأم، ثم أم الأم، ثم الجدة لأم من قبل أمها أو أبيها وتقدم جهة الإناث، ثم الخالة الشقيقة أو لأم، ثم خالتها أي خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم جدة

الأب ؛ أي: الجدة من قبل الأب فيشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه والقربى تقدم على البعدى، والتي من جهة أم الأم تقدم على التي من جهة أم أبيه، ثم الأب، ثم الأخت للمحضون، ثم العمة له، ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه، ثم الأكفأ للقيام بحال المحضون من بنت الأخ الشقيق أو لأم، أو لأب أو بنت الأخت، وهو الأظهر، ثم الوصي الشامل للذكر والأنثى، ثم الأخ للمحضون، ثم الجد لأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه، والأقرب يقدم على الأبعد، ويقدم الشخص الشقيق ذكرا أو أنثى على الذي للأم، ثم الذي للأم، ثم الذي للأب في الجميع، ويقدم في المتساويين في القرابة الأجدر بالصيانة والشفقة فإن تساويا فيهما قدم الأكبر سنا، فإن تساويا فالقرعة.

مذهب الشافعية[45]:

يرى الشافعية أن الحضانة تكون للأم ، ثم أمهات الأم المدليات بإناث ؛ لأنهن في معنى الأم، ثم الأب ؛ لأنه أشفق ممن يأتي بعد الأم، ثم أمهات الأب وإن علون، وقيل تقدم الخالة والأخت من الأم على الأب لإدلائهما بالأم ، فيسقط بهما بخلاف الأخت لأب لإدلائها به، ثم بنات الأخ، ثم بنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي رحم وارث من العصبات بترتيب الإرث، ويقدم منهم الأقرب كالإرث، فإن استووا في القرب فإن كان فيهم ذكر وأنثى تقدم الأنثى ؛ لأنها الأبصر بالحضانة والأصبر عليها، فإن لم يكن بين المستويين أنثى يقرع بينهما، وكذلك يقرع بين المتساويات في القرب من الإناث.

مذهب الحنابلة[46]:

يرى الحنابلة أن الحضانة تكون للأم، ثم أمهات الأم القربى فالقربى ؛ لأنهن في معنى الأم، ثم الأب ؛ لأنه الأقرب من غيره، ثم لأمهات الأب القربى فالقربى، ثم للجد لأب، ثم أمهات الجد، ثم لجد الجد، ثم أمهات جد الجد وهكذا، ثم للأخوات، ثم للخالة،، ثم للعمة، ثم خالات الأم، ثم خالات أبيه، ثم بنات إخوة المحضون، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه، وتقدم في كل الأحوال السابقة الشقيقة عن التي لأم ثم تليهما التي لأب، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء فتكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب

فالأقرب على ترتيب الميراث، فإن كان المحضون أنثى فالحضانة تكون لأحد من محارمها ولو برضاع ونحوه إن كانت أكبر من سبع سنين، فإن لم يكن لبنت سبع سنين سوى من كان ليس من محارمها سلمها إلى امرأة ثقة، ثم بعد الذي ذكرنا تكون الحضانة لذوي الأرحام؛ لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، ثم إن لم يكن كل هؤلاء فالحضانة للحاكم يسلمه إلى من يحضنه ممن كان أهلا للقيام بها.

موقف القانون والقضاء في ترتيب الحاضنين:

نصت المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري على ترتيب الحاضنين بقولها: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون...».

من خلال نص المادة السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري أبقى على أن الأولى بحضانة الطفل هي الأم وهذا تماشيا مع ما أجمع عليه أهل الفقه، إلا أنه قدم الأب وجعله في المرتبة الثانية بعد الأم، وقدمه عن باقي الحاضنين، وهو ما خالف فيه ما ذهب إليه الفقه من تقديم النساء في الحضانة على الرجال كونهن الأكثر شفقة والأصبر عليها، وهذا كان تكريسا لجملة من اجتهادات المحكمة العليا التي ذهبت إلى جعل الأب في المرتبة الثانية واعتبرت ذلك مراعاة لمصلحة المحضون ومنها:

1- من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون[47].

2- إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح القانون[48].

وبالرجوع إلى كل أراء المذاهب الفقهية في مسألة إسناد الحضانة نجد أنها اتفقت بأن الأم هي الأولى والأحق بحضانة ولدها، إلا أنها اختلفت في ترتيب باقي الحاضنين، ولم

تجمع على رأي واحد، ولعل المشرع الجزائري أخذ بالرأي الفقهي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم ؛ لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، فأحق الناس بالحضانة من الرجال هو الأب كونه يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة، خاصة وأنه هو من يتحمل عبء النفقة، فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه والأقدر على توجيهه[49].

والمشرع لم يجعل الترتيب الوارد في المادة (64) وجوبيا على القاضي يتقيد به ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجها له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى من يليه أو غيره قضى بذلك مراعاة لمصلحة المحضون[50].

وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها منها:

1- مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة[51].

2- تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[52].

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[53]، ويقدم الأصلح فالأصلح لتربية الطفل ورعايته في الشفقة والصيانة على غيره ممن له حق الحضانة عند اجتماعهم وتنازعهم فيما بينهم أو مع الأب[54].

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة.

نصت المادة (62) من قانون الأسرة على أن: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه

والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

يستخلص من نص المادة أنه لابد من وجود شروط في الحاضن لممارسة الحضانة، وهذا حرصا على مصلحة المحضون، وقد لخصها المشرع بقوله ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك؛ أي الحضانة وترك تفصيل ذلك للفقه، وهو ما سيحتم علينا الرجوع إلى كتب الفقهاء لاستخراجها، ومن ثم تتبع بعض اجتهادات المحكمة العليا التي تبين التطبيق العملي لمقتضى نص المادة 62.

وسنبين في هذا الفرع الشروط الواجب توفرها في مستحق الحضانة وهي كالتالي:

– **الشرط الأول، البلوغ والعقل:** وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء[55]، فيشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغا عاقلا، فلا حضانة لصغير أو مجنون أو معتوه ؛ لأن كل هؤلاء في حاجة إلى من يرعاهم ويقوم بشؤونهم، فكيف يكونون حاضنين لغيرهم. وقد اشترط المالكية[56] والشافعية[57] إلى جانب البلوغ والعقل الرشد، ولم يشترط ذلك باقي الفقهاء.

ويستشف هذا الشرط من خلال اجتهاد المحكمة العليا القاضي بأن: إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة[58]. بمعنى أن الأب احتج بكون الأم مريضة عقليا ولم يثبت دعواه في خلوها من هذا الشرط انجر عنه رفض دعواه.

– **الشرط الثاني، الحرية:** اختلف الفقهاء في هذا الشرط، حيث ذهب الحنفية[59]، والشافعية[60]، والحنابلة[61] إلى اشتراط الحرية في الحاضن، وخالفهم في ذلك المالكية[62] إذ لم يشترطوا ذلك في الحاضن. وقول المالكية هو الراجح على رأي الدكتور عبد الكريم زيدان، لقوله ﷺ: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة».[63] وهذا الحديث لم يفرق فيه النبي ﷺ بين الأمة والحرة. قال ابن القيم: «وأما اشتراط الحرية فلا ينتهض عليه دليل يركن القلب إليه وقد اشترطه أصحاب الأئمة

الثلاثة. وقال مالك في حر له ولد من أمة إن الأم أحق به إلا أن تباع فتنتقل فيكون الأب أحق بها ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن النبي ﷺ... قال: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[64] وقد قالوا: لا يجوز التفريق في البيع بين الأم وولدها الصغير فكيف يفرقون بينهما في الحضانة ؟ وعموم الأحاديث تمنع من التفريق مطلقا في الحضانة والبيع»[65].

– **الشرط الثالث، الإسلام:** اختلف الفقهاء في هذا الشرط، حيث ذهب الحنفية[66]في هذا الشرط إلى تفصيلات بحسب الحالات المختلفة لحضانة الصغير، وحسب نوع العلاقة بين الحاضن والمحضون، فإن كانت الحاضنة أما كتابية والمحضون مسلما فلا يشترط الإسلام في الحاضنة، إلا إن كان الصغير يعقل الدين أو يخاف عليه الكفر فلا حضانة للكتابية ولو كانت أما. أما إن كانت الحاضنة مرتدة فلا حضانة لها إلا أن تعود للإسلام فيعود حقها فيها لزوال المانع. أما إذا كانت الحضانة للعصبة فقد اشترط الحنفية اتحاد الدين ؛ لأن حق الحضانة بالنسبة إلى العصبات مبني على استحقاق الإرث، ولا إرث مع اختلاف الدين.

وذهب المالكية[67] إلى عدم اشتراط الإسلام في الحاضن وإن كان المحضون مسلما، وإذا خيف على الصغير من كفر الحاضنة ضمت هي والغير إلى المسلمين ليكونوا رقباء عليها.

وذهب الشافعية[68] والحنابلة[69] إلى اشتراط الإسلام في الحاضن مطلقا، إذ لا تثبت الحضانة عندهم لكافر؛ لأن الحضانة جعلت في مصلحة الصغير ولا مصلحة له في حضانة الكافر؛ لأنه يفتنه عن دينه وهذا من أعظم الضرر، لكنها تثبت للمسلم على الكافر لأن فيها مصلحة للمحضون.

ولقد ذهبت المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها إلى الأخذ بمذهب المالكية، وهو المستقر عليه قضاء حيث جاء فيه: من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ وحضانة الأنثى

حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية[70].

نستنتج من خلال هذا القرار بأنه ليس من شروط الحاضنة أن تكون مسلمة، وإنما تصح حتى للكافرة إلا إذا خيف على دين المحضون، فإنه يمكن إسقاطها عنها حفاظا على مصلحة المحضون.

- الشرط الرابع، الأمانة: اتفق الفقهاء[71] على أن من يقوم بحضانة الصغير لابد أن يكون أمينا عليه، وأن يحافظ عليه ويصونه من كل ما يضره في صحته، أو سلوكه، أو نفسيته، أو دينه، وعليه لا تثبت الحضانة لمن لا يكون أمينا على تربية الصغير وتقويم أخلاقه ؛ لأن الحضانة قررت لمصلحة المحضون، وحضانة الفاسق تضر بمصلحته.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في اجتهاداتها بجعل هذا الشرط من شروط الحضانة، وذلك حرصا منها على مصلحة المحضون حيث جاء في بعض قراراتها:

1- من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون [72].

2- من المقرر شرعا 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 أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة (62) من قانون الأسرة[73].

إلا أنه إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي إسناد الحضانة للأم حتى ولو أدينت بجريمة الزنا، لابد من إسنادها لها مراعاة لمصلحة المحضون، جاء في رد المحتار:

«والحاصل أن الحاضنة إذا كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فينزع منها»، وهذا ما يفهم من نص المادة (67) ف(1) و(3) بقولها: «تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) أعلاه... غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون» ، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون[74].

- **الشرط الخامس، القدرة على الحضانة:** الحضانة كما هو معلوم مقررة لمصلحة المحضون، وذلك بالعناية به والقيام على شؤونه ورعايته، فمن البديهي أن يشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى قدرته على القيام بذلك، فإذا كان عاجزا عن ذلك لكبر أو مرض أو غير ذلك، فلا حضانة له، وبهذا قال الفقهاء[75].

وهو أيضا ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، فهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم، فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية[76].

أما إذا كانت المرأة تخرج للعمل، فإن كان عملها يمنعها من رعاية الصغير وتربيته والعناية به، فلا تكون صالحة للحضانة ؛ لأن هذا يتعارض مع مصلحة المحضون، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعاية الصغير وتدبير شؤونه فإن حقها لا يسقط في الحضانة[77]، وهو ما نص عليه المشرع في المادة (67) ف(2) و(3) من قانون الأسرة بقولها: «ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون».

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في بعض قراراتها بقولها:

1- المبدأ: عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية[78].

2- من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون[79].

- الشرط السادس، الخلو من المرض المضر بالمحضون: يشترط في مستحق الحضانة ذكرا كان أو أنثى خلوه من المرض المضر بالمحضون، ويقصد بهذا المرض المضر بالمحضون أن يكون مرضا معديا أو منفرا، أو مفوتا على المحضون مقصود الحضانة والغرض منها[80]، وبالتالي يكون متعارضا مع مصلحة المحضون، وهو ما قال به الفقهاء[81]. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها[82].

- الشرط السابع، خلو الحاضنة من زوج أجنبي أو بقريب غير محرم: اشترط الجمهور[83] أن لا تكون الحاضنة متزوجة من شخص أجنبي عن المحضون أو بقريب غير محرم للصغير، فإن كانت كذلك فلا حق لها في الحضانة، وذلك لأن زوج الأم يتضرر عادة من وجود الصغير مع أمه، فيشعر الصغير بالجفاء منه، وهذا له تأثير سيء على نفسيته[84]. إلا أنه إذا كان إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب تزوجها بشخص أجنبي، أو بقريب غير محرم يتعارض مع مصلحة المحضون، فإنه لا يسقط عليها هذا الحق عليها.

وهو ما نص عليه المشرع في المادة (66) من قانون الأسرة بقولها: « يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون».

وهو أيضا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون[85].

المطلب الثاني: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في تحديد مدة وإسقاط وعودة الحضانة

الفرع الأول: تحديد مدة الحضانة.

الحضانة شرعت لمصلحة المحضون، تبدأ من الولادة، ومدتها تتحدد بقدر حاجة الصغير إليها تحقيقا لمصلحته، وتنتهي بانتهاء الحاجة إليها، وذلك بقدرة الصغير على قضاء حاجاته وشؤونه بنفسه، ويعرف ذلك ببلوغ المحضون سنا معينة تصلح أن تكون قرينة على ذلك، مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى[86]، وانتهاء مدة الحضانة كان محل خلاف بين الفقهاء.

مذهب الحنفية[87]:

تنتهي الحضانة عندهم سواء كان الحاضن أما أو غيرها باستغنائه عن النساء، بأن يأكل ويشرب، ويلبس، ويستنجي وحده، وحددوا ذلك ببلوغ الذكر سبع سنين؛ لأن الغلام إذا بلغ الحد الذي يحتاج فيه إلى التأديب ويعقله، فبقاؤه عند الأم دون الأب ضرر عليه، فالأب أقدر على تأديبه، فمن كان سنه سبعا فهو مأمور بالصلاة على وجه التعليم والتأديب، وكذلك سائر الأدب الذي يحتاج إلى تعلمه.

أما الصغيرة فتنتهي مدة حضانتها على المذهب حين بلوغها، ويكون ذلك بالحيض أو الإنزال أو السن؛ لأنها ببلوغ السبع سنين تحتاج إلى معرفة آداب النساء، والمرأة على ذلك أقدر فتبقى عند أمها أو جدتيها لأم أو لأب بحسب ترتيب الاستحقاق إلى البلوغ، وبعد بلوغها تحتاج إلى التحصين والحفظ، والأب في ذلك أقدر. أما إن كانت الحاضنة غير الأم والجدة فتنهي حضانتها بمجرد أن تشتهى، وقيل حد الشهوة تسع سنين، وقيل إحدى عشرة سنة.

وتمدد حضانة الصغير عند أمه ذكرا كان أو أنثى إذا بلغ السن وكان معتوها أو مجنونا إلى أن يشفى، إعمالا لمصلحته، فالأم في هذه الأحوال هي الأقدر على رعايته والاهتمام بشؤونه من غيرها.

مذهب المالكية[88]:

تنتهي حضانة الذكر عندهم بالبلوغ، سواء كان عاقلا أو مجنونا، ويقوم أبوه بحقه. أما الصغيرة فتنتهي حضانتها عند دخول الزوج بها. ويراعى في ذلك دائما مصلحة المحضون في مدى حاجته للرعاية والتنشئة والتربية والتعليم، وللقاضي سلطة التقدير في هذا الأمر[89].

مذهب الشافعية[90]:

تنتهي عندهم حضانة الصغير ذكرا كان أو أنثى عند سن التمييز، وقيل أنه سبع سنين غالبا، أو ثمان تقريبا، والحكم مداره التمييز وليس السن. فإذا بلغ التمييز ذكرا كان أو أنثى خير بين أبويه فأيهما اختار كان معه، ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفا بأسباب الاختيار، وإلا أخر إلى حصول ذلك، وهو موكول إلى اجتهاد القاضي. أما إن كان مجنونا فلا تنتهي حضانته حتى يشفى ويميز؛ لأنه لا يستقل في القيام بشؤونه.

مذهب الحنابلة[91]:

تنتهي عندهم الحضانة ببلوغ الصغير ذكرا كان أو أنثى سبع سنين.

فإن بلغ سبع سنين وكان ذكرا خير بين أبويه إن تنازعا فيه، فمن اختاره كان أولى به، فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما معا أقرع بينهما، وإن اختار بعد القرعة أيهما رد إليه، ولا يخير إذا كان أحد أبويه ليس أهلا للحضانة؛ لأنه كالعدم .

أما الأنثى إذا بلغت سبع سنين فالأب أحق بها؛ لأن الغرض من الحضانة الحظ والحفظ للبنت إذا بلغت سبع سنين، ولا يكون ذلك إلا عند أبيها، وكونها ببلوغها هذا السن قد قاربت الصلاحية للزواج.

أما إذا بلغ الذكر السبع سنين وكان معتوها أو مجنونا، أو كان مميزا واختار أباه، ثم أصابه الجنون، فإنه يرد إلى أمه لتتولى حضانته، فهو في حاجة إلى من يتعهده ويقوم بشؤونه شأنه شأن الطفل الصغير.

تحديد مدة الحضانة في القانون والقضاء:

نصت المادة 65 من قانون الأسرة: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون».

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري ميز بين الذكر والأنثى في مسألة انتهاء الحضانة، فجعلها للفتى (10) سنوات، وللفتاة (19) سنة، وهو سن الزواج القانوني حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة. غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد سن الحضانة للذكر إلى سن (16) إذا كان من طلب التمديد هي الأم بشرط أن لا تكون متزوجة من رجل آخر ليس بقريب محرم للولد، ونصت المادة أيضا على أن القاضي عند حكمه بانتهاء الحضانة عليه أن يراعي مصلحة المحضون وذلك في الرعاية والتربية والحماية[92].

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قراراتها ومنها:

1- من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية[93].

2- إن لقضاء الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة[94].

الفرع الثاني: إسقاط الحضانة وعودتها.

أولا – سقوط الحضانة:

حق الحضانة ليس حقا دائما، وإنما هو حق أوجبه الشرع والقانون، فإن كان الحاضن قد قام بالحضانة إلى أن بلغ المحضون السن الذي تنتهي فيه حضانته سقطت عنه بحكم الشرع والقانون، ولا تمدد له إلا إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، وإن أخل الحاضن بأحد شروط استحقاق الحضانة سقطت عنه أيضا، وعلى ذلك فمسقطات الحضانة هي كالآتي:

أ – التنازل عن الحضانة على أن لا يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون:

إن من أسباب سقوط الحضانة تنازل من له الحق فيها، بعد أن حكمت المحكمة بإسنادها له، بأن تنازل عنها إلى شخص آخر ممن يلونه في الترتيب، وأعلن ذلك أمام القاضي، في هذه الحالة فإن حقه في الحضانة سيسقط بحكم القانون، والحكم الذي سيصدر بناء على طلب من له الحق فيها بالتنازل عنها هو حكم مقرر للسقوط وليس منشأ له، مع ملاحظة أنه وإن كان القانون قد أقر سقوط حق الحضانة بسبب التنازل عنها، فإنه قد قيده بشرط ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون[95].

وقد ذهب بعض الحنفية[96]، وبعض المالكية[97]، وبعض الشافعية[98]، إلى أن الحضانة حق للولد وواجبة على الحاضنة، وعليه لا يمكن لها أن تتنازل عنها إلا إذا وجد غيرها، فإن لم يوجد غيرها أجبرت عليها مراعاة لمصلحة المحضون وحماية لحقه في الحضانة.

وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: «يسقط حق الحاضنة... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ».

وقد ذهبت المحكمة العليا في بعض قراراتها إلى تأييد هذا المبدأ بقولها:

1- 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.[99]

2- من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة[100].

ب – زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

اتفق الفقهاء[101] على أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم استنادا لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[102]، وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها

بحكم قضائي اسند إليها حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه، وتسند إلى غيرها بموجب حكم قضائي، وذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد[103].

وهو ما نص عليه المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: «يسقط حق الحاضنة بالتزوّج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون».

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها: من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من زوج، أما إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة[104].

إلا أن الملاحظ على نص المادة 66 أنها اشترطت مراعاة مصلحة المحضون عند التنازل فقط، وهو ما يفهم من نص المادة، بمعنى وكأن نص المادة يشير إلى أنه عند تزوج الحاضنة بغير قريب محرم فإنه تسقط عليها الحضانة دون أن يراعى في ذلك مصلحة المحضون، لكن هذا غير صحيح ؛ لأنه إذا نظرنا إلى أحكام الحضانة بشكل متكامل نجد أن المشرع قد راعى مصلحة المحضون في هذه الحالة، وذلك أن سقوطها لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وإسنادها أيضا إلى من سيليها في الحضانة وهو ما سيراعي فيه القاضي مصلحة المحضون بطبيعة الحال.

وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها منها:

1- مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة[105].

2- تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[106].

ج – الإخلال بواجبات الحضانة:

إن من واجبات الحضانة هو رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وهو ما ورد النص عليه قي المادة 62 من قانون الأسرة، والإخلال بأي من هذه الواجبات سوف يؤدي حتما إلى سقوط الحضانة، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى تكريس هذا المبدأ بقولها: من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط حق أمها أيضا في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا[107].

أما إذا كانت المرأة تخرج للعمل، فإن كان عملها يمنعها من رعاية الصغير وتربيته والعناية به، فلا تكون صالحة للحضانة ويسقط حقها فيها ؛ لأن هذا يتعارض مع مصلحة المحضون، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعاية الصغير وتدبير شؤونه فإن حقها لا يسقط في الحضانة[108]، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 2/67و3 من قانون الأسرة بقولها: «ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون».

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في بعض قراراتها بقولها:

1- المبدأ: عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية[109].

2- من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون [110].

د – السفر بالمحضون[111]:

اعتبر الفقهاء السفر بالمحضون أحد مسقطات الحضانة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد مفهوم هذا السفر والمسافة التي يمكن اعتبار السفر فيها مسقطا للحضانة.

حيث ذهب الحنفية[112] إلى أن الحاضنة إذا سافرت إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته سقطت الحضانة عنها هذا إن كانت الحاضنة أما، أما إذا كانت الحاضنة غي الأم فإن حضانتها تسقط بمجرد السفر سواء كان طويلا أم قصيرا.

وذهب المالكية[113] إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى مكان بعيد وقدروه بستة برود فأكثر، وكان سفرها سفر نقلة وانقطاع.

وذهب الشافعية[114] إلى أن الحضانة تسقط عنها إذا سافرت بالمحضون إلى مكان مخوف أو كان سفرها سفر نقلة وانقطاع، سواء كان هذا السفر قصيرا أم طويلا.

وذهب الحنابلة[115] إل أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى بلد بعيد بمسافة القصر أو أكثر.

وقد علق جميع الفقهاء في هذه المسألة بأن تراعى مصلحة الطفل في كل الأحوال، بمعنى أنه إذا كان إسقاط الحضانة بسبب السفر يتعارض مع مصلحة المحضون فلا تسقط وهو أمر يقدره القاضي.

وقد ذهب المشرع الجزائري بنص المادة 69 من قانون الأسرة إلى أنه: «إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون». ومعنى هذا أن إسقاط الحضانة من عدمه بسبب السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إذ له إبقاؤها أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون.

ويظهر هذا من خلال عدة اجتهادات للمحكمة العليا حيث نرى تغيرا في اجتهاداتها، وذلك بحسب تقدير مصلحة المحضون:

1- من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين

تزيد على ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم قد أخطأوا في تطبيق القانون[116].

2- من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشترطوا تلقائيا ممارسة الحضانة بالجزائر، بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط[117].

3- إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة لبعد المسافة[118].

4- المبدأ: يمكن إسناد الأبناء للام المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية، مراعاة لمصلحتهم.

وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا الحضانة للأم المقيمة بفرنسا مراعاة لمصلحتهم، لأنهم يدرسون بفرنسا، وحيث إن هذا التسبيب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضونين في المقام الأول عند إسناد حضانتهم كما تنص على ذلك المادة (64) من قانون الأسرة[119].

ثانيا – عودة حق الحضانة:

إذا سقطت الحضانة لمانع من الموانع، ثم زال هذا المانع فهل يعود حق الحضانة لصاحبه على أساس زوال المانع؟

ذهب جمهور الفقهاء[120] على أن حق الحضانة يعود للحاضنة بعد سقوطه عنها إذا زال سبب السقوط مطلقاً، رعاية لحق المحضون في أن يكون عند أقرب حاضنة إليه، أما

المالكية[121] فذهبوا إلى أن المسقط للحضانة إذا كان أمرا ليس اختياريا وإنما كان خارجا عن إرادة الحاضن، كالمرض مثلا، فإن الحضانة تعود بزوال المانع، أما إذا كان المانع اختياريا، كزواج الحاضنة بأجنبي، فإن الحضانة تسقط ولا تعود بزوال هذا السبب المسقط لها.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب المالكية، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 71 من قانون الأسرة بقولها: «يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الاختياري». ويتضح من نص هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر لمرض، فإن حق الحضانة سيعود إليه بمجرد زوال هذا السبب على أن يثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناء على رغبته فإن حق الحضانة سيسقط ولن يعود إليه[122].

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي:

من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون[123].

إلا أنه حدث تغير في اجتهاد المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من غير قريب محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في أحد قراراتها:

من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون[124].

وجا أيضا: المبدأ: إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبيب[125].

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع، نجد أنّ الحضانة من أهم المواضيع، ذلك أنّها قائمة على مراعاة قاعدة أساسية ألا وهي مصلحة المحضون، ويتبن ذلك من خلال تكرارها في أكثر المواد المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة، إلا أنها وكما بينا خلال الدراسة بأنها مفهوم غامض، لأن فكرة المصلحة فكرة مطاطة تحمل عدة معاني وهي مفهوم قد يضيق ويتسع، وقد ترك المشرع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي، وحسنا فعل لأن مصلحة المحضون قابلة للتطور والتغير حسب ظروف العصر والحال.

ومن أهم الملاحظات التي يمكن إيرادها على مواد القانون المتعلقة بالحضانة:

1- المادة 62 أهملت تحديد شروط مستحقي الحضانة بالرغم من أهمية ذلك واكتفى المشرع بعبارة وأن يكون أهلا للقيام بذلك، ومن المعلوم أن تحديد هذه الشروط سيساعد أكثر في تحديد مفهوم مصلحة المحضون.

2- المادة 64 التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جاء مختصرا على عكس بعض التشريعات الأخرى، خاصة عندما نصّت: على الأقربون درجة، فالمشرع لم يحددهم ولم يوضح من هم، ولم يبيّن ما هو الحل إذا تعدّد الذين يستحقون الحضانة من درجة واحدة، كما أنه لم يبين ما الحل في حال تخليهم جميعا عن الحضانة.

3- المادة (65) التي تتحدث على انتهاء الحضانة وتمديد حضانة الذكر الذي أتمّ (10) سنوات إلى غاية (16) سنة، وحصر طلب ذلك على الأم فقط، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان

الحاضن عند شخص غير الأم، حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد، وهذا قصور يجب معالجته.

4 – أغفل المشرع الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، وكان عليه النص على أنها تعود للأب.

وعليه نرى من الضروري تعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها أكثر، وتدارك النقائص الموجودة باعتبارها تمس بمصلحة المحضون، وذلك من خلال:

1– تحديد شروط مستحقي الحضانة بتفصيل أكثر حتى يتسنى للقاضي تحديد مفهوم مصلحة المحضون بشكل أفضل.

2– تعديل نص المادة (64) بإعادة ترتيب الحاضنين وإعطاء الأولوية للقرابة من النساء، لأنهن الأقدر والأكثر تحملا لأعباء الحضانة، وهذا حرصا على مصلحة المحضون، إعطاء تفصيل أكثر لباقي الحاضنين أسوة بباقي التشريعات.

3– النص على إجبار الأم عن الحضانة إذا تخلى الجميع عن ممارسة هذا الحق، حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، وهذا حرصا على مصلحة المحضون.

4– ضرورة منح حق تمديد الحضانة حتى لغير الأم إن كان ذلك في مصلحة المحضون.

- الإحالات والحواشي:

1– محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، (لا.ط؛ المغرب: مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع، الدار البيضاء، 2006)، ص 389.

2– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2004/ 2005، ص 4.

3– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4– أنجز هذا البحث في إطار مشروع فرقة البحث:"الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في شؤون الأسرة – دراسة مقارنة" ضمن برنامج: CNEPRU – وزارة التعليم العالي والبحث

العلمي – الجزائر.

5- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه. ج11 (لا. ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، ص911، مادة حضن.

6- ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق: أحمد عزو عناية الدمشقي. ج4 (ط1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2002)، ص256.

7- الدردير، الشرح الكبير، ج2(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ص526.

8- النووي، روضة الطالبين. ج8 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1995)، ص61 - زكريا الأنصاري، فتح الوهاب. ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998)، ص212.

9- المرداوي، الإنصاف. ج9(ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1998)، ص307.

10- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15، ص 19).

11 - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية. ج3(ط:1؛ الأردن: دار الثقافة- عمان، 2009)، ص11.

12- رواه أبو داود في سننه، باب من أحق بالولد برقم 2276 (أبو داود، سنن أبي داود. ج2، ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1997، ص490)، وصححه الحاكم في مستدركه، قال حديث صحيح لم يخرجاه (الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج2، لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت، ص207).

13- رواه البخاري في صحيحه، باب عمرة القضاء، ذكره أنس عن النبي –صلى الله عليه وسلم– برقم 4251 (البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق محب الدين الخطيب. ج3، ط:1؛ القاهرة: المكتبة السلفية، 1400هـ، ص144).

14- الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، ج3(ط3؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000)، ص458.

15- ابن نجيم، البحر الرائق 256/4.

16- المصدر نفسه، 256/4.

17- الدردير، الشرح الكبير، 532/2.

18- النووي، المجموع شرح المهذب، ج18(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص328.

19- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 14 – 15.

20- ابن نجيم، البحر الرائق 256/4.

21- الدردير، الشرح الكبير، 532/2.

22- النووي، المجموع شرح المهذب 325/18.

23- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص14.

24- الحصفكي، الدر المحتار. ج3(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص614.

25- المرداوي، الإنصاف 314/9 .

26- عبد الكريم زيدان، المفصل. ج10(ط:2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000)، ص12.

27- الفاسي، شرح ميارة، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. ج1(لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص434.

28- ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق: أسامة بن محمد الجمال. ج4(ط:1؛ القاهرة: دار أبو بكر الصديق، د.ت)، ص232.

29- غ أ ش، المحكمة العليا، قرار رقم 189234 مؤرخ في 1998/04/21 المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص175.

30 – ابن منظور، لسان العرب، 2479/28، مادة صلح.

31 – فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور إسلامي. (ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2006)، ص 45 – 46.

32- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1324ه)، ص286.

33- حميدو زكية، مرجع سابق، ص 69.

34- المرجع نفسه، ص 68.

35- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. (ط:2؛ دمشق: دار الفكر، 2007)، ص37.

36- انظر المادة 62 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15 الصفحة 19).

37- حميدو زكية، مرجع سابق، ص 81.

38- المرجع نفسه، ص 86.

39- ق – عبد الله، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2001-2004، ص 31-32.

40- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 153640 مؤرخ في 1997/02/18 المجلة القضائية، ع1، 1997، ص39.

41- ابن القيم، زاد المعاد، 222/4.

42- ابن نجيم، البحر الرائق 257/4 وما بعدها. السمرقندي، تحفة الفقهاء. ج2(ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص229.

43- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية. (ط:1؛ القاهرة: مؤسسة المختار، 2004)، ص 406.

44- الدرير، الشرح الكبير، 526/2 وما بعدها.

45- النووي، روضة الطالبين 77/8.

46- المرداوي، الإنصاف 307/9 وما بعدها، البهوتي، كشاف القناع. ج5(ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1999)، ص511 وما بعدها.

47- غ أ ش المحكمة العليا،، قرار رقم 153640 مؤرخ في 1997/02/18 المجلة القضائية، ع1، 1997، ص39.

48- غ أ ش المحكمة العليا،، قرار رقم 256629 مؤرخ في 2001/02/12 المجلة القضائية، ع2، 2004، ص421.

49- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات. (لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص 308.

50- أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 308.

51- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 497457 مؤرخ في 2009/05/13 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2009، ص297.

52- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 613469 مؤرخ في 2011/03/10 المجلة القضائية، العدد الأول 2012، ص285.

53- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 310.

54- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. (ط:1؛ الجزائر: دار البصائر، حسين داي، 2007)، ص 216.

55- ابن القيم، زاد المعاد، 239/4، الدرير، الشرح الكبير، 528/2، النووي، روضة الطالبين 62/8، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.

56- الدرير، الشرح الكبير، 2/529.

57- الشربيني، مغني المحتاج، ج5(ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ص277.

58- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 265727 مؤرخ في 2001/02/12 المجلة القضائية، ع2، 2004، ص432.

59- ابن نجيم، البحر الرائق 4/262.

60- النووي، روضة الطالبين 8/63.

61- المرداوي، الإنصاف 9/312.

62- الدرير، الشرح الكبير 2/528.

63- رواه الترمذي في سننه، كتاب السير، باب كراهية التفريق بين السبي برقم 1566 (الترمذي، الجامع الصحيح، تحقيق أحمد شاكر، ج4، لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت، ص134)، وقال: هذا الحديث حسن غريب.

64- سبق تخريجه.

65- ابن القيم، زاد المعاد، 4/239 .

66- ابن نجيم، البحر الرائق 4/263. الكاساني، بدائع الصنائع، ج3(ط: 3؛ بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 2000)، ص458 وما بعدها.

67- الدرير، الشرح الكبير، 2/529.

68- الشربيني، مغني المحتاج، 5/275.

69- البهوتي، كشاف القناع، 5/514.

70- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 52221 مؤرخ في 1989/03/13 المجلة القضائية، ع1، 1993، ص48.

71- الحصكفي، الدر المختار، ج3(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص610، الدرير، الشرح الكبير، 2/528، الشربيني، مغني المحتاج، 5/275، البهوتي، كشاف القناع، 5/514.

72- المحكمة العليا، غ أ ش،، ملف رقم 53578 مؤرخ في 1989/05/22 المجلة القضائية، ع4، 1991، ص99.

73- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 171684 مؤرخ في 1997/09/30 المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص169.

74- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 564787 مؤرخ في 2010/07/15 مجلة المحكمة العليا،

ع2، 2010، ص262.

75- الدردير، الشرح الكبير، 528/2، الشربيني، مغني المحتاج، 277/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.

76- المحكمة العليا، غ أ ش،، ملف رقم 33921 مؤرخ في 1984/07/09 غير منشور (نقلا عن، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة. ج1، ط:3؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، 2004، ص384).

77- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص 408.

78- غ أ ش المحكمة العليا، ملف رقم 274207 مؤرخ في 2002/07/03، المجلة القضائية، ع1، 2001، ص 262.

79- المحكمة العليا، غ أ ش،، ملف رقم 33921 مؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

80- عبد الكريم زيدان، المفصل، 42/10.

81- الدردير، الشرح الكبير، 528/2، الشربيني، مغني المحتاج، 277/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.

82- راجع نشرة القضاة، 1966، عدد 4، ص 19 (نقلا عن، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة 383/1).

83- الكاساني، بدائع الصنائع 458/3، الدردير، الشرح الكبير، 529/2، الشربيني، مغني المحتاج، 276/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.

84- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص 410.

85- المحكمة العليا، غ أ ش،، ملف رقم 54353 مؤرخ في1989/07/03 المجلة القضائية، ع1، 1992، ص 45.

86- عبد الكريم زيدان، المفصل، 68/10.

87- الكاساني، بدائع الصنائع 459/3، الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين. ج1(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص490.

88- الدردير، الشرح الكبير، 526/2.

89- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 216.

90- الشربيني، مغني المحتاج، 278/5، النووي، روضة الطالبين 66/8.

91- البهوتي، كشاف القناع، 517/5.

92- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة 385/1..

93- المحكمة العليا، غ أ ش،، ملف رقم 52221 مؤرخ في 1989/03/13 المجلة القضائية، ع1، 1993، ص48.

94- راجع نشرة القضاة، العدد 52 ص111.

95- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق. (ط:3؛ الجزائر: دار هومة، بوزريعة1997)، ص 300.

96- ابن نجيم، البحر الرائق 256/4.

97- الدردير، الشرح الكبير، 532/2.

98- النووي، المجموع شرح المهذب 325/18.

99- غ أ ش، المحكمة العليا، قرار رقم 189234 مؤرخ في 1998/04/21 المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص175.

100- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 51894 مؤرخ في 1988/12/19 المجلة القضائية، ع4، 1990، ص70.

101- الكاساني، بدائع الصنائع 458/3، الدرير، الشرح الكبير، 529/2، الشربيني، مغني المحتاج، 276/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.

102- سبق تخريجه.

103- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق، ص 300..

104- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 40438 مؤرخ في 1986/05/05 المجلة القضائية، ع2، 1989، ص75.

105- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 497457 مؤرخ في 2009/05/13 مجلة المحكمة العليا، ع1، 2009، ص297.

106- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 613469 مؤرخ في 2011/03/10 المجلة القضائية، ع1، 2012، ص285.

107- غ أ ش المحكمة العليا،، ملف رقم 31997 مؤرخ في 1984/01/09 غير منشور نقلا عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 389/1.

108- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص 408.

109- غ أ ش المحكمة العليا، ملف رقم 274207 مؤرخ في 2002/07/03، المجلة القضائية،

ع1، 2001، ص 262.

110- المحكمة العليا، غ أ ش،، ملف رقم 33921 مؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

111- الكاساني، بدائع الصنائع 459/3، الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين. ج1(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص490.

112- ابن نجيم، البحر الرائق، 265/4.

113- الدردير، الشرح الكبير، 531/2.

114- الشربيني، مغني المحتاج، 281/5.

115- المرداوي، الإنصاف 315/9 .

116- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 43594 مؤرخ في 1986/09/22 المجلة القضائية، ع4، 1992، ص 41.

117- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 91671 مؤرخ في 1993/06/23 المجلة القضائية، ع1، 1994، ص 72.

118- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 111048 مؤرخ في 1995/11/21 نشرة القضاة، ع52، 1997، ص 102.

119- المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 426431 مؤرخ في2008/03/12 مجلة المحكمة العليا، ع1، 2008، ص 271.

120- الكاساني، بدائع الصنائع 458/3، الشربيني، مغني المحتاج، 277/5، المرداوي، الإنصاف، 313/9.

121- الدردير، الشرح الكبير، 532/2.

122- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 390/1.

123- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 58812 مؤرخ في 1990/02/05 المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 58.

124- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 201336 مؤرخ في 1998/07/21 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 178.

125- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 252308 مؤرخ في 2000/11/21 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 284.

consideration of interest of the child custody between the requirements of jurisprudential provisions and judicial practice

Mohamed BEJAK *

ABSTRACT:

Child custody is obligatory as long as the boy in urgent need of care and attention, where he is unable to direct his own interests, and he does not distinguish between what harm him or help him. Islamic law has been keen as well as the various laws to establish the conditions and controls that ensure the protection of the interests of the child custody, judicial practices came in the light of those provisions. This research shows the provisions of the child taking into account interest of the child custody through three sections. The first relates to the definition of custody, and its legitimacy. The second related to interests of the child custody, its concept, its characteristics, and its appreciation. The third is related to the applications of the base taking into account interests of the child in jurisprudence and judicial practice.

Keywords: custody - interest - the family - care - the child - the judiciary.

* Maître-assistant A : Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued – Algérie.