أثر تغير الظروف على سقوط الحضانة بسبب الزواج والتنازل

-دراسة مقارنة في التشريعات المغاربية-

The impact of changing circumstances on the fall of custody due to marriage and waiver

-Comparative study in Maghreb legislation-

مروة بن شويخ
طالبة في سلك الدكتوراه، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا)

تاريخ استلام المقال : 21-11-2020 تاريخ القبول : 29-11-2020 المؤلف المراسل : مروة بن شويخ

ملخص

يتناول هذا البحث أثر تغير الظروف على سقوط الحضانة بسبب الزواج والتنازل، وذلك من خلال نظرة على الأحكام التي سطرتها التشريعات المغاربية في المسألة، ثم بيان دور القضاء في الموازنة بين ما سطرته النصوص القانونية، والبحث عن مصلحة المحضون لتقرير ما يراه مناسبا عند النظر في دعاوى إسقاط الحضانة للأسباب المذكورة، ويمكن الجزم بأن تأثير تغير الظروف، يفرض نفسه في الموضوع، إذ يتوجب على القاضي التعامل مع هذه المستجدات وفق ما هو منصوص عليه في القانون من جهة، واستعمال السلطة التقديرية فيما هو مسموح له بذلك من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: سقوط الحضانة- زواج الحاضنة- التنازل- التشريعات المغاربية- تغير الظروف- مصلحة المحضون.

Abstract

This research deals with the impact of changing circumstances on the fall of custody due to marriage and waiver, through a look at the provisions of the Maghreb legislation in the matter, then the role of the judiciary in balancing what is written by the legal texts, and the search for the interest of the conmen to decide what he sees fit when considering the cases of dropping custody for the reasons mentioned. It can be argued that the effect of changing circumstances imposes itself on the subject, as the judge must deal with these developments as stipulated in the law, on the one hand, and use discretion as permitted on the other.

Keywords : The fall of custody - the marriage of the incubator - waiver - Maghreb legislation - changing circumstances - the interest of the concubines

مقدمة

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين في المنظومة الفقهية هو رعاية الولد رعاية على الوجه المطلوب، فإن المنظومة القانونية لدول المغرب العربي استمدت أغلب أحكامها من هذه المنظومة الفقهية حسب خصوصيتها لتحقيق الهدف المطلوب، غير أن بعض أحكامها ليست مقررة على سبيل الدوام، ولذلك قد تنتهي بانتهاء مدة معينة وقد تسقط لأسباب محددة في القانون[1]، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها، مع تغير الظروف والأحوال[2].

والأصل في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل بسبب تغير دواعيها، ومن الأسباب والدواعي التي قد تسقط الحضانة نجد مجموعة من الحالات نص عليها القانون.

ويعد الاعتداد بتغير الظروف في قضايا الحضانة مسألة في غاية الأهمية ، علة ذلك أن الأسباب التي من أجلها تم الفصل في النزاعات المتعلقة بالحضانة بشكل ما إذا ما تغيرت لاحقا، فمن شأنها أن تغير في وضعية المحضون، وغاية ما في الأمر أن المسألة تتطلب الإثبات في الموضوع لأنها مسألة وقائع، وهذه الأخيرة تقبل الإثبات بكافة الطرق الممكنة.

وتجدر الملاحظة أن جميع حالات السقوط المقررة بالقانون أو المعمول بها قضاء يجب إثباتها أمام القضاء بكافة طرق الإثبات الممكنة لأنها تتعلق بالوقائع، والوقائع يجوز إثباتها بكافة الطرق[3]، والسلطة التقديرية تكون لقاضي الموضوع وفق القرائن التي يقتنع بها.

ومن خلال هذه الدراسة سنبين أثر تغير الظروف على الأحكام الصادرة في سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وبسبب التنازل عنها، في التشريعات الأسرية في بلاد المغرب العربي، كما ندعم الدراسة بمجموعة من التطبيقات القضائية كلما أمكن لمعرفة توجهات القضاء في تفسير وشرح النصوص القانونية المتصلة بموضوع البحث، معتمدين على المنهج المقارن من جهة، ومن جهة أخرى المنهج الاستقرائي بحيث نستعرض مجمل النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع والتطبيقات القضائية التي تمكنت من الاطلاع عليها مع محاولة التعليق عليها بالمجمل كلما أمكن.

ومن هذا المنطلق أمكن طرح الإشكال التالي: كيف تعاملت المنظومة التشريعية والقضائية في الدول المغاربية مع مسألة تغير الظروف في موضوعي سقوط حق الحضانة بسبب زواج الحاضنة، وسقوط الحضانة بسبب التنازل عنها ؟.

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم الموضوع إلى محورين أساسيين وهما:

1-أثر تغير الظروف على سقوط حق الحضانة بسبب الزواج

2-أثر تغير الظروف على سقوط حق الحضانة بسبب التنازل

1- أثر تغير الظروف على سقوط حق الحضانة بسبب الزواج

إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون يعد أحد الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة، ومعنى ذلك أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه، يسقط حقها في هذه الحضانة بمجرد زواجها مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، و تكتسي الأحكام الصادرة بإسقاط الحضانة بسبب الزواج بغير قريب حجية مؤقتة تبقى قائمة طالما أن أسبابها باقية، فإذا تغيرت هذه الأسباب زال سبب السقوط وأمكنت العودة للمطالبة بحق الحضانة.[4]

1.1- سقوط الحق في الحضانة بسبب الزواج بغر قريب محرم

من الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة مسألة زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وهي مسألة فقهية قبل أن تكون قانونية، لأن من شروط الحاضنة ألا تكون الحاضنة متزوجة بغير قريب محرم للمحضون،[5] (الفرع الأول).

و يقع على عاتق المدعي في دعوى إسقاط الحضانة لهذا السبب إثبات زواج الحاضنة من شخص أجنبي ، لأن الإسقاط في هذه الحالة لا يقع بقوة القانون، بل على من يدعي به إثباته أمام القضاء، (الفرع الثاني).

1.1.1-تنظيم التشريعات المغاربية لسقوط الحضانة بسبب الزواج

نظمت التشريعات المغاربية حالة سقوط الحضانة بسبب الزواج بغير قريب محرم بطريقة تتفق مع ما ورد في الأحكام الفقهية بشأن هذا الموضوع .

حيث نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري[6] على أن الحضانة تسقط بالتزوج بغير قريب محرم، وتسقط كذلك بالتنازل، ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون. إذ أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد من مسقطات الحضانة، وهي مسالة مستمدة من الفقه الإسلامي.[7]

ونص المشرع الموريتاني في الفقرة الأولى من المادة 130 من مدونة الأحوال الشخصية[8] على أن دخول غير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه بالحاضنة يعتبر مسقطا لحقها في الحضانة ما لم تكن وصيا أو مرضعا لم يقبل غيرها. ومعنى ذلك أنه إذا كانت الأم المتزوجة مرضعة للصغير بحيث لا يستغني عن أمه ولا يقبل غيرها أو كانت وصيا عليه ففي هاتين الحالتين لا تسقط حضانتها.

أما المشرع المغربي فقد كان الأكثر دقة وتفصيلا في تنظيم هذه المسألة حيث فرق بين كون الحاضنة أما وكونها امرأة أخرى غير الأم، حيث نص في المادة 174 من مدونة الأسرة[9] على أن زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:

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

2- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

والمادة 175 نصت على أن زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها في الأحوال التالية:

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

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

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

4- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

فالقاعدة في القانون المغربي أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد من مسقطات الحضانة، ما عدا ما نص عليه القانون من باب الاستثناء بالصور المذكورة في القانون، ومن جهة أخرى لا يسقط حق الأم في الحضانة إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون وكذلك إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.[10]

وفي هذا السياق يرى الدكتور ادريس الفاخوري أن من أهم مظاهر الحماية القانونية للمحضون والتي جاءت بها مدونة الأسرة في الفقرة الأولى من المادة 175 بأن زواج الأم لا

يسقط حضانتها مطلقا متى كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات أو تجاوز هذه السن وتم التأكد بأن هذا الطفل قد يلحقه ضرر من مفارقته لأمه أو كانت بهذا المحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على فير الأم.."[11]

ونص المشرع التونسي في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية[12] أنه: "...وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون ..."، ومن خلال هذا النص يتبين بأنه من شروط استحقاق الحضانة عدم الزواج بأجنبي غير قريب للمحضون، وبالتالي يعد الزواج من أجنبي عن المحضون من مسقطات الحضانة في القانون التونسي.

و هذا ما ذهب إليه أيضا المشرع الليبي حين نص في المادة65 من قانون الأحوال الشخصية[13] على أنه: "...وتختص الحاضنة الأنثى بألا تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون"، فالقانون الليبي لم يخرج عن السياق العام في أن الزواج بغير قريب محرم للمحضون يعد من مسقطات الحضانة، وبالتالي فهي مسالة متفق عليها بين التشريعات جميعا، ما لم يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون.

2.1.1- ضرورة إثبات الزواج كشرط من شروط اسقاط الحضانة

جميع حالات السقوط المقررة بالقانون أو المعمول بها قضاء يجب إثباتها أمام القضاء بكافة طرق الإثبات الممكنة لأنها تتعلق بالوقائع، والوقائع يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، والسلطة التقديرية تكون لقاضي الموضوع وفق القرائن التي يقتنع بها.

فقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في الجزائر من خلال قرار لها، مما جاء فيه: "حالات الإسقاط ليست من المسائل التي تقع بقوة القانون بل يجب على كل من يدعي بها إثباتها أمام القضاء، إذ أن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب قانوني.[14]

وسبقت الإشارة إلى أن الزواج بغير قريب محرم يعد أحد الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة وهو من الظروف المتغيرة، كما أن من شروط إبقاء الحضانة ألا تكون متزوجة بأجنبي غير محرم للمحضون،[15] فإذا قام من له حق في حضانة المحضون من الأشخاص الوارد ذكرهم في النصوص القانونية من أصحاب الحق في الحضانة برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق الحاضنة بسبب الزواج، فأن المحكمة تستجيب حتما لهذا

الطلب متى كان مبررا، وتقضي بإسقاط حق الحاضنة في الحضانة وتمنحها إلى غيرها ممن لهم الحق فيها إذا قاموا بطلبها، أي إسنادها لمن تتوفر فيه مصلحة المحضون.

و في هذا السياق قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما فأحرى بغيرها، أن تكون خالية من الزواج بأجنبي، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[16]؛ وفي قرار آخر إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم.[17]

و من القضاء الموريتاني نجد قرار محكمة الاستئناف بنواكشوط: "حيث تجب الحضانة للأم، والأب لم يقدم سببا لسقوط حقها في الحضانة، ولا سقوط حق من يليها أو انتفائه حتى يتم الانتقال إليه".[18]

ومن القضاء المغربي نجد قرار المجلس الأعلى الذي ذهب إلى إسقاط الحضانة عن الأم بدعوى أن هذه الأخيرة تزوجت بأجنبي عن المحضون وصرحت تبعا لذلك بسقوط حضانتها بعد أن تبين أن مصلحة المحضون تكمن في ضمه لوالده الذي هو الأولى برعايته نظرا لسنه.[19]

ومن القضاء التونسي ما قررته محكمة التعقيب بأنه: لئن اشترط المشرع صلب الفصل58 م أ ش أن تكون مستحقة الحضانة خالية من زوج دخل بها فقد مكن الفصل نفسه الحاكم من إعفائها من هذا الشرط إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[20].

ومن القضاء الليبي قضت إحدى المحاكم الليبية ما يلي: الحاضنة كانت الأم، ثم تزوجت بزوج غير محرم عن المحضونة، فبالتالي فإن المحكمة تجيب المدعى عليه فيما يتعلق بإسقاط الحضانة عن الحاضنة الأولى، وهي الأم.[21]

من خلال ما سبق عرضه من نصوص قانونية وأحكام قضائية نجدها متفقة على إسقاط الحضانة بسبب الزواج بأجنبي، إلا إذا لم يكن للمحضون غير الأم، فيمكن للقاضي حفاظا على مصلحة الصغير إبقاء الحضانة في يد الأم المتزوجة، كحالة استثنائية، وهذه المسائل تطرح في الغالب عندما يكون الأب متوفيا والحضانة مسندة للأم، فإذا تزوجت الأم الحاضنة بغير قريب يسقط حقها في الحضانة.

و في هذه الوضعية قد يتضرر المحضون، فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها، كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها بسبب صغر سنه وارتباطه الشديد بأمه، وربما لا يوجد من الأقارب من يحضن الصغير أو أنهم غير مستعدين للحضانة.

وهذه المسألة من الأهمية بمكان وحرصا على مصلحة الصغير أعتقد بأنه يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم شريطة تقديم الضمانات الكفيلة أمام القضاء من زوج الأم على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه.

وفي حالة لم يلتزم هذا الأخير بما تعهد به أمام الجهات القضائية، أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب نقل حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم.

2.1- عودة الحق في الحاضنة بتغير الظروف

من المعلوم أنه إذا زال سقوط الحضانة أو تغير أمكنت العودة للمطالبة بحق الحضانة من جديد إذا توفرت الأسباب، وتحققت مصلحة المحضون، وقد أقرت التشريعات المغاربية بعودة الحق في الحضانة بزوال سبب سقوطه (الفرع الأول)، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأسباب والظروف تماشيا مع مصلحة المحضون (الفرع الثاني).

1.2.1- استعادة الحق في الحضانة بانتهاء الزواج

من العوامل المؤثرة في نشوء الحق في استعادة الحضانة بعد سقوطها بسبب زواج الحاضنة، نجد على الخصوص: وفاة الزوج من جهة والطلاق من جهة ثانية.

نصت المادة71 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، من خلال هذا النص نجد القانون الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار في الحسبان مسألة تغير الظروف، مما يسمح بتغير الأحكام القضائية واستعادة الحضانة من جديد بزوال سبب السقوط عن الحاضن، ما لم يكن سبب السقوط اختياريا كما هو الحال في حال التنازل عن الحضانة كما سيأتي. وعليه إذا انتهت العلاقة الزوجية بوفاة أو بطلاق يكون المانع قد زال وبالتالي يحق طلب استعادة الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ونص المشرع الموريتاني في المادة 129 فقرة 2 على أنه: "إذا زال المانع عادت الحضانة، ما لم يسكت صاحبه بعد زواله سنة، وما لم يكن المانع اختياريا"، ويبدو من خلال

هذا النص أن القانون الموريتاني يسمح بعودة المحضون لأمه بعد زوال سبب سقوط الحضانة عنها، لكن الأمر مقرون بشرطين وهما أن لا يكون سقوط الحق عنها اختياريا وأن تكون المطالبة باستعادة الحضانة قبل مضي سنة من نشوء الحق.

كما نصت المادة 170 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها. يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون"، وجاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة في شرح معنى النص ما يلي: أوردت المادة حكم حالة ارتفاع السبب المانع عن مستحق الحضانة في مجال استفادته من استعمال هذا الحق دون أن يكون مقترنا بشرط " غير الاختياري"، ويبقى للمحكمة في جميع الأحوال، ولو كانت الحضانة بين يدي مستحقيها أن تعيد النظر فيها إذا كان ذلك في مصلحة للمحضون، ويمكنها اعتماد كل الوسائل لتقرير تلك المصلحة، كما يمكن لكل من يعنيه الأمر بما في ذلك النيابة العامة أن تحرك هذه المسطرة.[22]

يرى الدكتور محمد الكشبور في تعليقه أيضا على هذا النص ما يلي: لعل أول ملاحظة تتبادر إلى الدهن أن المشرع لم يعد- كما كان من قبل- يميز بين العذر الاختياري والعذر غير الاختياري، فحسب هذا النص يكفي لاستعادة الحضانة أن يكون هنالك عذر منع الحاضن من القيام بها وأن هذا العذر قد زال.[23]

أما المشرع التونسي، فالملاحظ أنه لم ينص على عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه بسبب الزواج من أجنبي عن المحضون، وبالتالي أمكن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في الموضوع، وقد قررت محكمة التعقيب التونسية ما يلي: "المبدأ: إن أولى النساء بحضانة الصغير هي أمه وهي حق للصغير وللأم وللأب ولذلك فهي تضم هذه الحقوق الثلاثة عندما تكون الزوجية قائمة إلا أنه يغلب فيها مصلحة الصغير دائما فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الصغير قائما لذا فإنها تجبر عليها إذا لم يوجد غيرها."[24]

من خلال هذا القرار يتبين بأنه لا مانع للأم التي أسقطت عنها الحضانة بسبب الزواج من أجنبي عن المحضون من المطالبة باستعادة الحضانة إذا زال هذا السبب عنها بوفاة هذا الزوج أو بطلاقها منه، اعتبارا لحق المحضون في أن أمه أولى بحضانته.

ونص المشرع الليبي في المادة 66 فقرة -ج – على عودة الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون؛ من خلال

هذا النص فإن القانون الليبي يسمح للأم الحاضنة باستعادة الحضانة إذا زال عنها المانع أو السقوط، لكن هذا مرهون باستجابة المحكمة لهذا الطلب إذا كان في مصلحة المحضون، والسلطة التقديرية تعود لقاضي الموضوع فقد يرى غير ذلك، وقراره في النهاية يكون مسببا.

وقد استحسن الدكتور الهادي علي زبيدة صياغة النص حينما علق على الموضوع كما يلي: "الملاحظ على صياغة النص أنه كان موفقا حينما جعل أمر عودة الحضانة تحت رقابة المحكمة التي يمكن لها أن تقضي بعودتها أو ترفضها حسبما يتضح لها من واقع كل قضية على حدة".[25]

من خلال هذه النظرة على التشريعات المغاربية في موضوع استعادة الحق في الحضانة بسبب تغير الظروف يتبين بأنها متفقة جميعها على استعادة الحق في الحضانة ممن سقطت عنه إذا تغيرت الظروف وزال سبب السقوط، مع الأخذ بعين الاعتبار أن استعادة الحق في الحضانة يجب أن يصب في مصلحة المحضون ويتقرر بحكم قضائي بناء على هذا الاعتبار.

2.2.1- دور القضاء في الاعتداد بتغير الظروف لاستعادة الحضانة

إن استعادة الحق في الحضانة لا يعود تلقائيا بعد أن سقط وإنما لكي يعود لا بد من زوال سبب السقوط، وفوق ذلك لابد من إثبات هذه الوقائع بكافة الطرق، كإثبات حالة وفاة الزوج الأجنبي أو حالات الطلاق أمام الجهات القضائية المختصة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل هذه الأحوال.

فعلى المستوى التطبيقي من القضاء الجزائري نجد قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: "طبقا لأحكام المادة 71 من ق.أ، فإن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، لأن سقوط الحضانة المدعى به –في قضية الحال- لم يكن اختياريا بل كان لسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة".[26] وفي قرار أخر جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري. ومتى تبين – في قضية الحال- أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون."[27]

ومن القضاء التونسي نجد ما قررته محكمة التعقيب التونسية أن: "إسناد الحضانة تراعى فيها مصلحة المحضون ولو سبق اتفاق الأبوين على إسنادها لأحدهما وصدر الحكم طبق

اتفاقهما"[28]، هذا الحكم وإن كان يتعلق بحق استعادة الحضانة من الأم بالرغم من حصول اتفاق مع الأب على تولي الأب الحضانة لكنه مكنها من استعادة الحق في الحضانة وبالتالي فمن باب أولى أنه يمكن للأم استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه بسبب الزواج، وذلك عند زوال هذا السبب.

ومن القضاء الليبي نجد ما قضت به إحدى المحاكم الليبية كما يلي: "...وحيث أن المدعية زال سبب سقوط حضانتها للأبناء بوفاة زوجها الثاني، وقد قامت بطلب الحضانة قبل مرور سنة على زوال السبب، وحيث أن المدعى عليه أخفق في تقديم ما من شأنه أن ينزع هذا الحق من المدعية، إضافة إلى أن المحكمة لم يثبت لها من خلال مطالعتها لأوراق الدعوى وسماعها لشهادة الشهود ما يتعارض مع طلب المدعية استردادها لحضانة أبنائها. لهذه الأسباب...حكمت المحكمة...بعودة حضانة المدعية لأبنائها...بعد زوال سبب سقوطها."[29]

وبذلك نخلص إلى أن عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها بسبب الزواج بغير قريب محرم مبني على أساسين الأول يتمثل في انتهاء هذا الزواج والثاني يتعلق بمصلحة المحضون التي تقتضي في بعض الأحيان بقائه مع أمه رغم زواجها.

2- أثر تغير الظروف على سقوط حق الحضانة بسبب التنازل

يسقط حق الحاضن في الحضانة بتنازله عنها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون، ويتم ذلك إما بالإرادة المنفردة للحاضن، أو باتفاق الطرفين، وفي كل الأحوال يشترط أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يتم أمام الجهة المختصة قانونا، وأن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا.[30]

و سنتناول في هذا الموضوع عنصرين أساسيين وهما: موضوع التنازل عن الحضانة باعتباره من مسقطات الحضانة وعودة الحق في طلبها من جديد بعد زوال أسبابها بسبب تغير الظروف.

1.2- سقوط الحضانة بالتنازل عنها في التشريعات المغاربية

من الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة عن صاحب الحق في الحضانة أو عن الحاضن هو حالة التنازل الاختياري أو الاضطراري حسب الأحوال، ولذلك نلقي نظرة على الموضوع من خلال تنظيم التشريعات المغاربية له (الفرع الأول)، ثم التعريج على سلطة القضاء في المسألة (الفرع الثاني).

1.1.2- التنازل كسبب من أسباب سقوط الحضانة في التشريعات المغاربية

نظمت التشريعات المغاربية موضوع التنازل عن الحضانة وأدرجته ضمن حالات السقوط، إذ يسقط حق الحاضنة الأم في حضانة أبناءها بتنازلها عن حقها الشرعي والقانوني في حضانتهم، وذلك حسب الفقرة الثانية من نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر، ويشترط في التنازل أن يصدر من صاحب الشأن أو من يمثله قانونا ويتقرر هذا التنازل عن طريق القضاء، وألا يضر بمصلحة المحضون[31].

و لعل السبب الذي يجعل صاحب الحق في الحضانة إذا أسندت إليه قضاء، أو إذا كانت له الأولوية في إسنادها له قبل غيره أن يتنازل عن حقه فيها هو وجود ظروف طارئة تحول دون احتفاظها بحق الحضانة أو استمراره فيها، كالسفر للعلاج بالخارج لمدة طويلة، بسبب المرض المزمن الذي حل بالأم الحاضنة مثلا ويستدعي العلاج بالخارج فترة طويلة، فإذا تنازلت عن الحضانة بسبب هذه الظروف والمتغيرات فإن هذا التنازل يكون مقبولا، ويتعين على القاضي إسناد الحضانة للذي يليها في المرتبة مراعيا مصلحة المحضون، وأما إذا كان التنازل عن الحضانة عموما في غير صالح المحضون رفض القاضي الطلب مادامت تتوفر في الحاضن شروط استحقاق الحضانة، وكان إسنادها إليه يصب في مصلحة المحضون.

ونص القانون الموريتاني في المادة 128على أن: "الحضانة حق للحاضن فله إسقاطها، ما لم يضر ذلك بالمحضون"؛ الملاحظ أن القانون الموريتاني أخذ بالاتجاه الذي يرى بأن الحضانة حق للحاضن ومادامت له فله طلبها وله طلب التنازل عنها وإسقاطها بإرادته المنفردة أو باتفاق الطرفين حسب الأحوال. فإذا حدث هذا فإن القضاء يستجيب لطلب الإسقاط مالم يكن هذا التنازل ضارا بمصلحة المحضون كأن يكون المحضون صغير السن لا يقوى على مفارقة أمه. والسلطة التقديرية تعود لقاضي الموضوع في النهاية.

أما مدونة الأسرة المغربية فالملاحظ أنه لم يرد فيها نص بخصوص التنازل عن الحضانة[32]، مما يحتم على القاضي الرجوع لأحكام الفقه المالكي استنادا لنص المادة 400، وأحكام الفقه المالكي تسمح بالتنازل عن الحضانة للذي يليه في المرتبة مع توفر المصلحة في ذلك.

و نص المشرع التونسي في الفصل64 على أنه: "يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها"، من خلال هذا النص يتبين

بأن القانون التونسي بدوره يعتد بمسألة التنازل عن الحق في الحضانة بإرادته المنفردة أو باتفاق الطرفين حسب الأحوال يبين فيها الأسباب الداعية لهذا التنازل حتى لا يكون ضارا بمصلحة المحضون، وإذا وجد القاضي بأن الأسباب التي يستند إليها المتنازل موضوعية فيقبل هذا التنازل، وبعد ذلك يتولى إسناد الحضانة لمستحقها حسبما يراه القاضي في ذلك.

و بالنسبة للقانون الليبي نص في المادة 66 فقرة-ج- كما يلي: "إذا تنازل مستحق الحضانة أو قام به مانع انتقل الحق إلى من يليه فإن انعدم اختارت المحكمة لحضانة الطفل من تثق به بشرط أن تكون عند اختلاف الجنس من محارم الطفل ذكرا كان أو أنثى وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة-أ- من هذه المادة"؛ يستفاد من نص هذه المادة أن التنازل عن الحضانة جائز في القانون الليبي ما لم يكن ضارا بمصلحة المحضون، وبالتنازل ينتقل الحق للذي يليه من مستحقي الحضانة فإذا لم يوجدوا فإن القاضي هو الذي يتولى تحديد الجهة التي يراها مناسبة لإسناد الحضانة إليها.

2.1.2- السلطة التقديرية للقضاء في موضوع التنازل عن الحضانة

سواء كان التنازل اختياريا، أي بمحض إرادة المتنازل لأسباب خاصة به، أو كان اضطراريا كحالة المرض العضال الذي يحول دون القيام بأعباء الحضانة على الوجه المطلوب، فيضطر صاحب الحق للتنازل عن الحضانة، فلا بد من أن يكون هذا التنازل أمام الجهات القضائية حتى يتم تقدير مدى ملائمة هذا التنازل مع مصلحة المحضون.

كما يمكن أن يكون التنازل أثناء مرحلة الطلاق وجريان الصلح بين الأطراف بحيث يسقط صاحب الحق في الحضانة حقه بالتنازل مقابل الحصول على الطلاق أو الخلع في القوانين التي تسمح بذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة لا تأذن بالتنازل عن الحضانة إلا إذا تم تحت إشراف القضاء وبعد تأكدها من أن ذلك التنازل في مصلحة المحضون[33]؛ وأيضا يمكن أن يتحقق التنازل عن الحضانة نتيجة اتفاق الطرفين يقدمانه أمام الجهات القضائية، أو يكون ضمن الاشتراطات في عقد الزواج عند الإنشاء، وبالتالي فإن وسيلة الإثبات تكون ضمن هذا الإطار.

إذا توافر هذان الشرطان أمكن لصاحب الحق في الحضانة طلب استعادتها من جديد، وتقديم كل التبريرات والأسانيد على تدعم الطلب كي يتم فحصها أمام الجهات القضائية

المختصة وتقرير ما يلزم بشأنها. من الناحية التطبيقية فالمقرر في القضاء الجزائري أن تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون[34]، أما إذا كان التنازل عن الحضانة عموما في غير صالح المحضون رفض القاضي الطلب مادامت تتوفر في الحاضن شروط استحقاق الحضانة، وكان إسنادها إليه يصب في مصلحة المحضون، وذلك استنادا للقرار المحكمة العليا الجزائرية القاضي بأنه: " طبقا لأحكام المادة 66 ق.أ فإنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون"[35].

وقررت أيضا بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"[36].

ومن جهتها قررت المحكمة العليا الموريتانية أنه : "للزوجة أن تخالع بحقها في الحضانة، فيصبح هذا الحق للزوج، ولا ينتقل عنه إلا إذا سقط هذا الحق أو انعدم، حيث رأت المحكمة أن القرار المطعون فيه جاء معللا ومؤسسا ومصيبا فيما قضى به من الأخذ بمقتضى الصلح المبرم بين والد الأبناء المتنازع على حضانتهم وبين أمهم وأنه لا كلام لجدتهم في هذه الحالة، وأن ذلك هو المفهوم من مدونة الأحوال الشخصية والمشهور في مذهب الإمام مالك".[37]

أما القضاء المغربي فرغم أن المشرع لم ينص على مسألة التنازل صراحة، إلا أن المجلس الأعلى بالمغرب 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 ويترتب عن ذلك أن له أن يتنازل عنها اختياريا لمن يليه في المرتبة.[38]

وبعد سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل بالصور السابقة أمكن لكل من يهمه الأمر في إسناد الحضانة بطلبها إذا كان ممن تتوفر فيهم الشروط ويجب إثبات حالة التنازل أمام القضاء كي يتم إسناد الحضانة إليه إذا كان ذلك يصب في مصلحة المحضون.

2.2- عودة الحق في الحضانة المتنازل عنها لتغير الظروف

من المسائل الشائكة التي قد تعترض القضاء في الجانب العملي هو مدى إمكانية استعادة الحق في الحضانة بعد التنازل، فكثيرا ما يثور النزاع بين أصحاب الحق في الحضانة

بعد سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل، وبعد مدة تغيرت الظروف من جديد مما يجعل الشخص المتنازل يطلب عودة الحق إليه من جديد. ومن ذلك سندرس إمكانية إستعادة الحق في الحضانة بعد التنازل عنها في التشريعات المغاربية (الفرع الأول)، ثم نبين السلطة التقديرية للقضاء في التعامل مع المسألة (الفرع الثاني).

1.2.2- إمكانية استعادة الحق في الحضانة المتنازل عنها في التشريعات المغاربية

على المستوى الفقهي يرى المستشاران فايز السيد اللمساوي والمستشار أشرف فايز اللمساوي في هذا السياق ما يلي:"الحضانة حق للحاضن والمحضون فإن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها ورضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحضانة، فلها أن تطالب بها وتجاب إلى طلبها ولو كان قد سبق حكم بإسقاط الحضانة إلى غيرها مادامت أهلا لها، لأنه إذا بطل حقها في استحقاق الحضانة بتنازلها يبقى حق الولد في أن تحضنه من هي أقرب إليه ويكون إبطالها حقها من قبيل التزام ما لا يلزم، ولها حق الرجوع فيه على أنها لا تملك هذا التنازل، لأن كون الولد في يدها لم يقصد به مصلحتها الذاتية وإنما روعي فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شيء لا تملكه يعتبر ضربا من اللغو"[39].

ويرى المستشار أحمد نصر الجندي أيضا بأن إسقاط الحضانة للغير قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض، ولا يكون هذا الإسقاط إلا بعد وجوبه، كإسقاط الأم حضانتها للأب بعد طلاقها، فإذا أرادت أن تعود لها الحضانة، فلا تعود، متى أن يكون الإسقاط لغير عذر، وسبب ذلك أن الحضانة في المشهور عند المالكية حق للحاضن.[40]

وقد نظمت القوانين المغاربية مسألة استعادة الحق في الحضانة بعد سقوطه بسبب التنازل نتيجة لتغير الظروف والأحوال، ولذلك نتعرض لها تباعا.

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 71 على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، وما يلاحظ على النص القانوني أن مسألة استعادة الحضانة ممن سقطت منه مقصورة فقط على التنازل الاضطراري، فإذا كان التنازل اختياريا طوعيا فلا يقبل منها استعادة الحق في الحضانة، فالتنازل الطوعي الناتج عن التصرف الإرادي يسقط حق الحاضنة في استعادة الحضانة لأن التنازل كان طوعيا وبدون مبرر شرعي.[41]

ونص المشرع الموريتاني في الفقرة2 من المادة 129 من مدونة.أ.ش على أنه: "إذا زال المانع عادت الحضانة ما لم يسكت صاحبه بعد زواله سنة، وما لم يكن المانع

اختياريا"، فالقانون الموريتاني صراحة لا يسمح بعودة الحق في الحضانة بعد زوال المانع الاختياري، فهذا الأمر يحول دون استعادة الحضانة، ومن هذا المنطلق يمكن استعادة الحق في الحضانة في حالة التنازل غير الاختياري، ويبقى على طالب الحق في استعادة الحضانة إثبات أن تنازله لم يكن اختياريا وإنما اضطراريا كحالة المرض الذي يحول دون القدرة على الحضانة أو المرض المعدي، أو السفر الاضطراري للعلاج وغير ذلك مما يمكن إثباته بكافة الطرق أمام القضاء.

و قد نص المشرع المغربي في المادة 170 على أنه: "تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها. يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون". وجاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة في شرح هذه المادة ما يلي: "أو ردت المادة حكم حالة ارتفاع السبب المانع عن مستحق الحضانة في مجال استفادته من استعمال هذا الحق دون أن يكون مقترنا بشرط:" غير الاختياري". ويبقى للمحكمة في جميع الأحوال، ولو كانت الحضانة بيدي مستحقيها، أن تعيد النظر فيها إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، ويمكنها اعتماد كل الوسائل لتقرير تلك المصلحة، كما يمكن لكل من يعنيه الأمر بما في ذلك النيابة العامة أن تحرك هذه المسطرة".[42]

من خلال شرح هذا النص يتبين بأن القانون المغربي يعتد بمسالة تغير الظروف، وذلك حين يزول العذر أو السبب الذي أدى لسقوط الحضانة، وذلك بطلب استعادتها أمام القضاء مع تقديم الإثباتات على ذلك، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يمكن للمحكمة وبما لديها من سلطة التقدير أن تعيد النظر في إسناد الحضانة بعد إسنادها أو إسقاطها حسب الأحوال إذا كان ذلك في مصلحة المحضون دون التقيد بموضوع التنازل الاختياري .لأن المصلحة الفضلى للطفل أولى بالرعاية.

أما المشرع التونسي فنص في الفصل 55 من مجلة.أ.ش على أنه : "إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها"، كما نص في الفصل64 على أنه: "يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها".

الملاحظ أن هذين النصين يشتركان في كون الحاضن امتنع عن الحضانة أو أسقط حقه فيها طواعية فكلا هما يؤدي إلى إسناد الحضانة لمن هو أجدر بها تحقيقا لمصلحة المحضون إلا إذا لم يوجد من يحضن فتلزم بالحضانة ولا يعتد بالامتناع أو التنازل مادام ذلك يؤدي للإضرار بالمحضون.

كما نص المشرع الليبي على المسألة في المادة 66 فقرة-ج- كما يلي: ج/ "تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون".

الملاحظ أن القانون الليبي خلافا لباقي القوانين التي سبقته كما هو واضح أعلاه يسمح بالتنازل عن الحضانة بالمطلق دون تمييز بين التنازل الاختياري أو الاضطراري، فكل تنازل يمكن الأخذ به ما لم يكن ضارا بمصلحة المحضون.

ومن جهة أخرى فإن لكل متنازل عن حقه في الحضانة أن يطالب باستعادتها من جديد لأسباب مبررة أمام القضاء، كما أن للقضاء ألا يستجيب لهذا الطلب إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، كما إذا كان طالب الاستعادة غير قادر على القيام بمهمة الحضانة لأسباب متعددة،كأن يرفض الطفل المحضون العودة إليه، وبالتالي فإن السلطة التقديرية تكون للمحكمة فيما تقرره في الموضوع

2.2.2- السلطة التقديرية للقضاء في استعادة الحضانة المتنازل عنها

استعادة الحق في الحضانة لا يتم آليا وإنما لصاحب الحق أن يطالب به وفق الأسس القانونية أمام الجهات القضائية المختصة وإثبات الشروط اللازمة لذلك منها إثبات أن السقوط لم يكن اختياريا وأن سبب السقوط قد زال ولم يعد قائما، وعبء الإثبات يقع على طالب الحق في استعادة الحضانة، والسلطة التقديرية في مسألة عودة الحضانة من عدمها يقررها القضاء مراعيا في ذلك مصلحة المحضون باعتبارها المقياس الجوهري في كل ذلك.

و يكون على طالب استعادة الحضانة أن يثبت أمرين أساسيين: الأمر الأول: أن التنازل الذي حدث والذي بموجبه أسقطت الحضانة عنه لم يكن اختياريا وإنما كان اضطراريا كحالة السفر للعلاج بالخارج مثلا بسبب المرض، أو بأي سبب يمكن اعتباره تنازلا اضطراريا؛ أما الأمر الثاني فهو إثبات وبكل الوسائل بأن العذر الذي بموجبه أسقطت الحضانة عنه بسبب التنازل قد زال ولم يعد قائما بسبب تغير الظروف.

و في هذا السياق قررت المحكمة العليا الجزائرية أنه: "يجوز الرجوع في الحضانة المتنازل عنها إذا حدث أمر جديد"[43]. وقررت أيضا أنه: "من المستقر عليه أن مسالة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت

مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون، أخطؤوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[44]

وجاء في قرار آخر أنه إذا كان تنازل الأم عن الحضانة اختياري، فلا تعود إليها الحضانة.[45] كما ذهب القضاء الجزائري إلى أن رفض القضاة لطلب التراجع عن الحضانة بعد التنازل عنها دون مراعاة مصلحة المحضون، هو خطأ في تطبيق القانون".[46] وذهب في قرار آخر إلى أن تقدير الظروف التي تنازلت المطعون ضدها فيها عن حضانة ابنها كانت لأسباب غير اختيارية وأنها قد زالت، ومن تم فيمكنها استرداد الحضانة اعتمادا على مصلحة المحضون، لأن بقاء المحضون مع أمه أصلح له، وأنها أولى من غيرها بحضانته، ومن تم فإن القرار المطعون فيه لم يخالف أحكام المادتين71،66 من قانون الأسرة مما يستوجب رفض الطعن.[47]

من خلال ما سبق ذكره من قرارات المحكمة العليا نجدها غير مستقرة في قراراتها على نمط واحد ففي بعض القرارات نجدها لا تسمح للمتنازل عن الحضانة طوعا بالعودة لطلبها من جديد، بينما نجد في البعض الآخر أنها تسمح للمتنازل عن الحضانة في طلب العودة لإسناد الحضانة إليه من جديد لمراعاة مصلحة المحضون التي هي المقياس الجوهري في ذلك.

والحقيقة أنه وبالنسبة للأبوين على الأقل لا يمكن سد الطريق أمامهما بالعودة للحضانة بعد التنازل عنها سواء كان الأمر اختياريا أو اضطراريا، لأن الظروف التي حتمت عليهما التنازل تكون في الغالب مبررة، فإذا زالت تلك الظروف فلا مانع من العودة للممارسة الحضانة تحقيقا لمصلحة المحضون في أن يحضن من قبل والديه في المقام الأول وهو ما ذهب إليه التعديل الجديد لقانون الأسرة، خصوصا إذا كان الصغير المحضون دون سن العاشرة أو سن التمييز.

بالإضافة إلا أن مسالة التنازل الاختياري والاضطراري أحيانا يتداخلان مع بعضهما ويصعب التمييز بينهما، فقد تتنازل الأم المطلقة عن الحضانة مثلا لأنها بصدد مشروع الزواج من رجل أجنبي عن المحضون، وبعد التنازل تغير الوضع فلم يتم هذا الزواج حيث حدث العدول عنه في مرحلة الخطبة، وبالتالي أرى أنه من المصلحة للطفل الصغير أن تعود الحضانة لأمه، وتقدير ذلك مرده إلى قاضي الموضوع.

على المستوى التطبيقي من القضاء المغربي نجد ما قضت به المحكمة الابتدائية بالعرائش كما يلي:"وحيث أجاب المدعى عليه أن المدعية تنازلت عن حضانة ابنها أثناء العلاقة الزوجية، وحيث أنه طبقا لأحكام المادة 171 من مدونة الأسرة فإن الحضانة تخول للأم بعد الطلاق، وحيث إن المدعية وإن تنازلت عن الحضانة فإن هذا التنازل جاء في الوقت الذي لم تكن فيه قد استحقت الحضانة بعد، وبذلك يكون إلغاؤها وتراجعها عن التنازل الحاصل قبل إعلامها بالطلاق تراجع صحيح ومنتج لآثاره مما تبقى معه الدفوع من طرف المدعى عليه غير مرتكز على أساس ويتعين ردها.. وتقرر المحكمة الاستجابة لطلب المدعية وتسليمها ابنها"[48].

ويرى بعض الشراح أن القانون المغربي في مدونة الأسرة الجديدة لم يعد يميز بين العذر الاختياري وغير الاختياري، فيكفي أن يتوفر في التنازل ما يمكن اعتباره عذرا مقبولا، بغض النظر عن طبيعته العذر فأصبح بالإمكان استعادة الحضانة مع توفر العذر وأن هذا العذر قد زال بزوال سببه، والتقدير في النهاية مرده لقاضي الموضوع يراعي فيه مصلحة المحضون[49].

أما في القضاء التونسي فقررت محكمة التعقيب التونسية ما يلي:" لئن كان لكل من المحضون والحاضنة حق الحضانة إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة، وإن إسقاط الحاضنة حقها لا يسقط حق الصغير في الحضانة، وتأسيسا على ذلك فإن الزوجة التي أسقطت حقها في الحضانة أثناء الطور الصلحي، إلا أنه اتضح أن الأب يعمل بالخارج وليس له من يحضن من النساء وإن إسناد حضانة أبناء خمسة ما زالوا في سن مبكرة إلى عمهم ليس في صالحهم، تكون المحكمة على صواب لما لم تعتبر إسقاطها لحقها في الحضانة، وقضت بإسناد حضانة الأبناء إليها ورأت في ذلك ما يحقق مصلحة الأبناء المحضونين الذين يبقى حقهم في أن تتولى والدتهم حضانتهم قائما، خاصة وأنهم أبناء خمسة وليس من هو أقدر على رعايتهم من والدتهم.

وترتيبا على ذلك فإن المحكمة التي قضت بالصورة المذكورة تكون قد أقامت قضاءها على أساس صحيح من الواقع القانوني دون خطأ أو ضعف في التعليل".[50]

ومن القضاء الليبي نجد قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "إن القول بالحضانة إذا سقطت عن الأم لا تعود إطلاقا قول مخالف للقانون(مذهب مالك) لأن الراجح في المذهب أن السقوط غير الإسقاط، وهي لا تعود في الحالة الثانية، وتعود في الحالة الأولى، ومن الأعذار المسقطة للحضانة والمبيحة لحدوثها إذا زالت: المرض والخروج لحجة الفرض

وانتقال الولي أو الأب لمكان يزيد عن مسافة قصر الصلاة نقلة بقصد الاستيطان والاستقرار، فإذا زال العذر عادت الحضانة للأم متى كانت لا تزال مستوفية لشروطها، ولا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها إذا تأيمت أي طلقت أو مات زوجها، وإذا اسقطت حقها فيها لغير عذر بعد وجوبها لها، بناء على أن الساقط لا يعود، إلا أن يكون الإسقاط بمعنى السقوط كالمرض المانع من الحضانة، أو عدم اللبن، أو حج فرض، أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، فإذا زال العذر عادت الحضانة بزواله". [51]

خاتمة

من خلال دراستي للمنظومة القانونية في التشريعات المغاربية في موضوع سقوط الحضانة بسبب الزواج والتنازل وأثر تغير الظروف عليهما توصلت على النتائج التالية:

أولا: هناك اتفاق بين التشريعات المغاربية على أن زواج الحاضنة من أجنبي عن المحضون يؤدي لسقوط الحضانة عن الحاضنة من حيث المبدأ، وأن بعض التشريعات لم تجعل هذا السبب مسقطا للحضانة بصفة مطلقة،كالقانون المغربي إذا كان ضارا بمصلحة المحضون وكان الصغير دون سن السابعة بحيث لا يستغني عن أمه أو كان به علة لا يستطيع غيرها القيام بشؤون الحضانة.

ثانيا: للحاضن الحق في استعادة الحضانة بعد سقوطها إذا زال سبب السقوط إعمالا لمسالة تغير الظروف والأحوال التي تعتمدها جميع التشريعات على الصعيدين القانوني والعمل القضائي.

ثالثا: أن مصلحة المحضون هي المعيار الرئيسي للعمل القضائي في تقرير الأحكام المتعلقة بإسقاط الحضانة واستعادتها من قبل القضاء.

رابعا: جميع التشريعات تعتبر مسالة التنازل عن الحضانة من مسقطات الحضانة، سواء كان التنازل اختياريا أو اضطراريا، عدا التشريع المغربي الذي لم ينص عليه صراحة لكن القضاء المغربي يعمل بمقتضاه كما رأينا.

خامسا: كل التشريعات المغاربية تعتد بالحق في استعادة الحضانة إذا كان التنازل اضطراريا، أما التنازل الاختياري فالمبدأ في هذه التشريعات أنه لا يمكن استعادة الحضانة بعد

سقوطها بالتنازل الطوعي، إلا إذا كان ذلك في مصلحة المحضون وفق ما يقدره القضاء في ذلك.

سادسا: كل التشريعات المغاربية تراعي مسألة تغير الظروف والأحوال سواء في إسقاط الحضانة أو في استعادتها، لأن الأحكام الصادرة في الحضانة تكتسي حجية مؤقتة لطالما تتغير بتغير الظروف، كل ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون.

الهوامش

1- محمد الكشبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة ط1،مطبعة النجاح الدار البيضاء 2004 ص86 وما بعدها.

2- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/5 من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

3- طرق الإثبات منصوص عليها في المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني الجزائري.

4- سامح سيد محمد، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر والدول العربية، دار المعارف، مصر 2010، ص 126.

5- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية ، أراء المذاهب الأربعة،ج3و4، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان2009، ص25.

6- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري. المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، (ج.ر رقم 15 ، مؤرخة في 27 فيفري 2005)

7- الدكتور أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية،ج2، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية،ط1، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط1994،ص 169.

8- قانون رقم 2001_052. الصادر سنة 2001. يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

9- ظهير شريف رقم 22.04.1، صادر في 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، (الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418).

10- لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور محمد الكشبور، أحكام الجضانة، مرجع سابق، ص308، وانظر أيضا المستشار محمد علي سكيكر، حقوق الطفل في الشرائع والتشريع، دار الجمهورية للصحافة القاهرة2006، ص97.

11- الدكتور ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر الرباط2012، ص307.

12- الأمر العلي 1956. المؤرخ في 12 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، (منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956)، منفحة ومحينة.

13- قانون رقم 10_1984، المؤرخ في 19 أفريل 1984، المتضمن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، (الجريدة الرسمية للجماهيرية الليبية العدد 16 لسنة ص 640)، المعدل والمتمم.

14- قرار رقم 178086 بتاريخ 1997/12/23، نشرة القضاة عدد 56 ص 33.

15- الدكتور بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر1994، ص384.

- محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المعارف الأسكندرية2001، ص222.

16- قرار المجلس الأعلى الجزائري، رقم 40438 بتاريخ 1986/5/5، المجلة القضائية 1989 العدد 2 ص 75.

17 نشرة القضاة، دار هومة الجزائر، العدد62،ص393.

18 قرار رقم 2018/49 صادر عن محكمة استئناف نواكشوط الغربية- الغرفة المدنية والاجتماعية الثانية، بتاريخ 2018/4/2، في الملف رقم 2016/176 (غير منشور)

19- قرار المجلس الأعلى المغربي في الملف عدد 215 بتاريخ 2006/2/1 المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة،ج1،سلسلة الشروح والدلائل العدد10لسنة2009، ص 308.

20-قرار تعقيبي مدني عدد34203 مؤرخ في 04 مارس2010. عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية محينة ومثارة بفقه القضاء2013، ص79

21 محكمة بن عشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية2010/5/9 الدعوى رقم2008/706، اورده **الهادي علي زبيدة**، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، ،ج4 إسناد الحضانة وانتهاؤها، دار الكتاب الوطني بنغازي2013،ص170

22- الدليل العملي لمدونة الأسرة وزارة العدل المغربية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1لسنة2004، ط2 لسنة2006، ص107.

23- الدكتور محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة ،ج2، انحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الدار البيضاء2006، ص353.

24 قرار تعقيبي مدني عدد 308 مؤرخ في 1999/01/04، عصام الأحمر، مرجع سابق، ص78.

25 الدكتور الهادي علي زبيدة، المرجع السابق ،ص264.

26- قرار رقم 152308 بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2002، ص 254.

27 قرار المحكمة العليا ، ملف201336 بتاريخ1998/7/21، باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة،دار الهدى عين مليلة، بدون سنة إصدار، ص299.

28 قرار تعقيبي مدني عدد 2651 مؤرخ في 1978/08/09، عصام الأحمر، مرجع سابق، ص73.

29 محكمة هون الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية2014/8/4، الدعوى رقم15-2014. نقلا عن الهادي زبيدة، المرجع نفسه، ص266.

30- لحسن بن شيخ آيت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء 1، دار هومه، ط3، الجزائر 2011، ص 474.

31- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،(الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث والوصية)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3 الجزائر 2004 ص 386.

32- إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص312.

33- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 350.

34- قرار رقم 282153 بتاريخ 2002/07/31، المجلة القضائية العدد 1 لسنة 2004، ص 253.

35- قرار رقم 189234 بتاريخ 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ص 175.

36- قرار رقم 51894 بتاريخ 1988/12/14، المجلة القضائية العدد 4 لسنة 1990 ص 56.

37- قرار رقم 2017/83 صادر عن المحكمة العليا- الغرفة المدنية والاجتماعية الثانية، بتاريخ 2017/04/25، في الملف رقم 2011/45، مجلة المحكمة العليا لسنة 2017، العدد4، ص 80.

38- قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية عدد 425 في الملف الشرعي عدد 63 بتاريخ 2005/1/2.، أورده إدريس الفاخوري، المرجع السابق ص312.

39- فايز السيد اللمساوي وأشرف فايز اللمساوي، الحضانة والرؤية وأجر الحضانة وأجر السكن في ضوء القانون 4 لسنة 2005. ط4. مطبعة لشروق مصر2013 .ص128.

40- المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر2006، ص128.

41- غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون على ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر1لسنة2018، ص116.

42- دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل المغربية،منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، عدد1 لسنة2004،ط2 يناير2006،ص107.

43- قرار رقم 30575 بتاريخ 1983/06/06، نشرة القضاة العدد 46 لسنة1992، ص 51.

44- قرار رقم 220470 بتاريخ 1999/4/20، أورده باديس ديابي، مرجع سابق، ص305.

45- قرار رقم 53340 بتاريخ 1989/3/17، المجلة القضائية، عدد03لسنة1990، ص85.

46- قرار رقم 257741 بتاريخ2001/5/23، المجلة القضائية، عدد01 لسنة2003، ص363.

47- قرار رقم 717314 بتاريخ 2013/2/14، غير منشور، غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص117.

48- حكم صادر عن محكمة العرائش الابتدائية، في الملف عدد 138-5/04، أشار إليه إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 314.

49- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة ج2، المرجع السابق، ص353.

50- قرار تعقيبي مدني عدد37535 بتاريخ2009/2/22. عصام الأحمر، مرجع سابق، ص69.

51- المحكمة العليا الليبية، طعن شرعي1971/1/3، الهادي علي زبيدة مرجع سابق، ص262.