مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة(دراسة مقارنة)

The interest of the child in custody as a control to assign custody to the working woman "Comparative study"

نبيل ونوغي، المركز الجامعي سي الحواس-بريكة- الجزائر

ounnoughi.nabil@cu-barika.dz/Ounnoughi_nabil@yahoo.com

تاريخ إرسال المقال: 2022/08/09 **تاريخ قبول المقال:** 2022/09/21

الملخص:

تسعى جل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به؛ لأجل ذلك قامت بوضع منافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مصلحة الطفل المحضون، ولقد لقيت هذه القاعدة اهتماماً كبيراً من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية ولو كانت المرأة الحاضنة عاملة.

يهدف هذا المقال للوقوف على معايير وضوابط مصلحة المحضون لاستحقاق المرأة العاملة الحضانة، بل وتتأكد إذا كان فيها مصلحة المحضون، وهو ما استدركه المشرع في تعديله لقانون الأسرة الصادر سنة 1984 والمعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 05-02 الصادر في 07-02-2005، وما سلكه القضاء في العديد من أحكامه وقراراته.

الكلمات المفتاحية: العاملة الحاضنة، مصلحة المحضون؛ السلطة التقديرية للقاضي؛ ضوابط ومعايير مصلحة المحضون، المساعدة الإجتماعية.

Abstract: All recent legislation seeks to guarantee and ensure the rights of the child; For this reason, it has put in place some outlets through which the judge can protect the child and care for his interests, and the most important outlet that the legislations have put in place is the rule of custody of the child. According to his discretion, even if the foster woman is employed.

As this research paper aims to determine the standards and controls of the custodian interest for the entitlement of working women to custody, and even ascertain if there is an interest in custody, which was regulated by the legislator in his amendment of the Family Law No. 05-02, and what the judiciary took in many of its provisions and decisions.

Keywords: foster worker, custodian interest; Judge discretion; Controls and standards of the custodian interest, social assistance.

مقدمة:

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مصلحة الطفل المحضون، ولقد لقيت هذه القاعدة اهتماماً كبيراً من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية ولو كانت المرأة الحاضنة عاملة.

هذا؛ ولقد كان عمل المرأة محل خلاف في مسألة إسناد الحضانة من عدم إسنادها لها، وهذا الخلاف مصدره غياب النص التشريعي الذي يفصل في هذه الحالة، وقد كان عمل المرأة إلى وقت قريب لا يطرح إشكالا في المجتمع الجزائري في السنوات الأولى لاسترجاع السيادة الوطنية، لأن هذا المشكل لم يطرح بشدة وإن كان دخول المرأة عالم الشغل مقتصراً فقط على القطاعات التي لا تكون سببا في بعدها عن محضونها مثل التعليم والطب..

والإشكالية التي يمكن طرحها: **فيما تتمثل ضوابط السلطة التقديرية للقاضي حال إسناده الحضانة للمرأة العاملة؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تقتضي الدراسة تقسيم هذه الورقة البحثية إلى محورين، نتناول في المحور الأول : ضوابط إسناد الحضانة للمرأة العاملة، وفي المحور الثاني نتطرق إلى الأحكام والقرارات القضائية في إسناد الحضانة مع الاستئناس باجتهادات بعض الدول العربية.

المحور الأول_ ضوابط إسناد الحضانة للمرأة العاملة:

حرصت الشريعة الإسلامية ومراعات لمصالح الناس وضع الفقه أمام القاضي جملة من المعايير يعتمد فيها عند تقدير أحقية إسناد الحضانة منها مصلحة المحضون، وتسهل لمهمته للقضاء والفصل بما هو أحسن وأصلح وهذا من خلال بيانها في المقصود بالمصلحة الشرعية[1] مع تحديد ضوابطها

[1] **تعريف المصلحة:**

أ- **التعريف اللغوي:** تطلق ويراد بها:" الفعل الذي فيه صلاح؛ بمعنى النفع، وهذا الإطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب، والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، إذ الصلاح ضد الفساد والمصلحة واحدة، واستصلح ضد استفسد" انظر: عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول إلى الإشكاليات المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، 1426هـ-2005م، ص 105.

بصفة عامة لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مفهوم مصلحة المحضون[2]، حيث يفصل القاضي حال إسناده الحضانة للمرأة العاملة بناء على سلطته التقديرية، مراعياً في ذلك مصلحة المحضون، وعليه يتوجب ضبط خصائص مصلحة المحضون (أولاً)، فمعايير السلطة التقديرية للقاضي ووسائلها (ثانياً)، ثم الوسائل التي يستعين بها القاضي لإسناد الحضانة ومجالاتها (ثالثاً).

أولاً- خصائص مصلحة المحضون معايير السلطة التقديرية للقاضي:

1- إن قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى أو على هذا الأساس ينظر القاضي إلى حالة كل طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر[3].

2- إن قاعدة مصلحة المحضون: مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي وتبصره لحكمته، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة ويعلل حكمه تعليلاً واضحاً؛ لأن عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند إصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلاً للنقض لضعف التسبيب، فالحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة أو إسقاطها؛ لأن أساس الحضانة هي مراعاة مصلحة المحضون، وذلك موكل إلى القاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص مسائل وظروف الحوادث[4]، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في :1967/3/29، والذي جاء فيه :" من المقرر شرعا بأنه عند الحكم بالحضانة فإنه يجب على قضاة الموضوع مراعاة مصلحة المحضون" [5]، وهو ما أكدته للمحكمة العليا في قرار آخر بتاريخ:1991/6/18، والذي قضى بأنه"

ب- **التعريف الاصطلاحي:**"المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم". انظر: محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، 1987، ص 27.

[2]**تعريف المحضون:** هو "الذي يتوجب القيام برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه". انظر: وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000، ص 173.

[3]صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 109.

[4]سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص: أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، السنة الجامعية، 2015/2014، ص 179.

[5]المجلس الأعلى للقضاء،غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ: 1968/3/29، المجلة الجزائرية 1968، العدد1، ص 149. نقلاً عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، وفقاً لأحدث التعديلات، ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 346.

من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعى في إسنادها توفر مصلحة المحضون، وهذه يقدرها قضاة الموضوع" [6].

3- إن مصلحة المحضون إجتهادية: الأصل أن المشرع عندما يضع القواعد يضعها عامة ومجردة، والقاضي يفسرها ويفصل كل حالة على حدى[7]؛ إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه، فيدلي باجتهاد قريب للحقيقة والواقع وخاصة ولمن أمام مادة أغلبية أحكامها إجتهادية[8] .

4- قاعدة مصلحة المحضون قاعدة غير ثابتة وقابلة للتغيير؛ أي أنها قاعدة مرنة، فما كان يصلح للطفل في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر؛ فهي تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر، ومن طفل إلى آخر، كما أنها تختلف من قاضي إلى آخر حسب قناعته الفكرية ومعتقداته الدينية[9].

وعليه؛ فقاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة ومطاطة، تتأقلم مع مختلف الظروف الزمنية والمكانية، فهي تختلف من زمان إلى آخر، ومن طفل إلى آخر، فتتنوع وتختلف باختلاف الأطفال وتنوعهم، كما أنها تختلف من قاض إلى آخر حسب قناعته الفكرية، وطريقته في التربية.

ثانياً_ معايير السلطة التقديرية للقاضي ووسائلها: أناط المشرع الجزائري قاضي الأحوال الشخصية وفقاً لمعايير محددة، كما خوَّله طلب حضور الأطراف أو إجراء الإستعانة بالخبراء، وهذا ما يؤكده قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل السادس من الباب الأول من الكتاب الأول [10].

1- معايير السلطة التقديرية لاسناد الحضانة: تتراوح مصلحة المحضون حال اسناد الحضانة بين المعيار المعنوي والمعيار المادي على النحو الأتي:

---

[6] المحكمة العليا، قرار رقم: 75171، بتاريخ: 1991/6/18، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور. نقلا عن: العربي بلحاج،المرجع نفسه، ص 353.

[7] سناء عماري، المرجع السابق، ص 179.

[8] حميدو زكية، (مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة–دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص 78.

[9] سناء عماري، المرجع السابق، ص 180. انظر: دليلة سلامي، (حماية الطفل في قانون الأسرة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2008، ص 49.

[10] انظر: المواد 27 28 425 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 5 صفر عام 1419 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج، ر، العدد 21، الصادرة في: 23 أبريل 2008).

أ- **المعيار المعنوي:**أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي، لمصلحة الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة، ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي.

ولهذا يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل في حياته الأولى.ترك هذا الحرمان آثاراً سلبية منها تعطيل النمو الجسمي والعقلي والاجتماعي للطفل،ولعل أهمية هذا المعيار بالإضافة إلى ما قيل أعلاه، تكمن في درء المخاطر عن المجتمع ككل[11].

وبالتالي؛ فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل، ويؤدي به إلى الإنحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه، وهذا ما يستخلص من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال؛ لأنهن الأقدر على مده بالعناية الروحية.

وهو ما تجسد في القرارات القضائية بإعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2006/6/4، والذي جاء فيه:" حيث أنه من المستقر عليه قانوناً أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة الطفل أرزقي لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضائهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفضالطعن[12].

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

وعليه، فإذا ما توفر العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه وبما تقتضيه الضرورة والعرف[13]فيتولد الإستقرار والدوام في التصرفات المعتادة في الحياة.

ثانياً-الوسائل التي يستعين بها القاضي لاسناد الحضانة ومجالاتها: أشار المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار

---

[11]حميدو زكية، المرجع السابق، ص ص 105 106

[12]المحكمة العليا، قرار رقم:368395، بتاريخ: 2006/6/4، غرفة الأحوال الشخصية،نقلاًعن: حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دارالخلدونية، الجزائر، 2009، ص 582.

[13]انظر المادة 78 من القانون رقم: 84-11 مؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة (ج، ر، العدد 31، الصادرة في 12 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج، ر، العدد 15، الصادرة في: 27 فبراير 2005).

مصلحة المحضون دون تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون سواء من خلال الوسائل التي خولها إياه لاسناد الحضانة، أو في مجالاتها.

1- الوسائل التي يستعين بها القاضي لإسناد الحضانة:

أ- التحقيق والمعاينة:

- **التحقيق:** يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي من خلالها يمكنه ترجيح رأيه، وهذا عملاً بأحكام المادة 459 من ق إج م وإد [14]، فإذا رأى القاضي أن اختيار المحضون فيه فعلاً مصلحة له، حكم له به، أما إذا رأى انتفاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة للحاضن الأول، ومع ذلك فإن القاضي يأخذ برأي المحضون للاستعانة والكشف عن مصلحة المحضون .

وهو صريح ما جاء به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ:1981/12/14، والذي جاء فيه:" يظهر من تحريات قضاة الموضوع، ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماح الزوج، ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس وبحسبهم فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض"[15] .

- **المعاينة:** على غرار التحقيق يجوز للقاضي يجوز للقاضي مثلا في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، ومدى قربه أو بعده عن المدرسة[16]، وهذا في حدود ما جاءت به المادة 146[17]من ق إج م وإد.

---

[14]تنص المادة 459 من القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين".

[15]المجلس الأعلى، قرار رقم: 26225، بتاريخ:1981/12/14، م ع، غير منشور، نقلاً عن: بن عصمان، نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2008/ 2009، ص 166.

[16]نسرين إيناس بن عصمان، المرجع نفسه، ص 168.

[17]تنص المادة 146 من القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات... مع الإنتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

ب-الإستعانة بالخبير الأخصائي: حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة وتقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء للاستعانة بالخبراء، فإذا رأى أن النزاع يستدعي تعيين خبير أو عدة خبراء كان لهذا لكل سد ثغرات سكوت القانون، وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:1997/02/18، والذي جاء فيه أنه:" من المستقر عليه قضاء أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، اعتماداً على تقدير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطاتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[18].

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار أخر لها صادر بتاريخ : 2005/5/18، والذي أشار إلى على أنه:"يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية"[19].

إضافة إلى قرار أخر ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر: 2005/7/13، والذي جاء في فحواه:" إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجدة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعد قصورا في التسبيب[20].

2- مجالات تجسيد مصلحة المحضون: تقتضي مصلحة المحضون إلى اختيار أحسن الحلول بالنسبة للطفل المحضون وأفضلها،وذلك بإختيار أفضل الحلول بالنسبة للمحضون وترجيحها على بقية المصالح، ويمكن إبراز هذه المجالات في النقاط التالية:

أ- **مجال ترتيب مستحقي الحضانة:** ورد ترتيب الحاضنين في المادة 64 من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع أضاف عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون"، وعليه فالترتيب الوارد حصراً في المادة 64، ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وأن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه، فقد جاء قرار آخر للمحكمة العليا صادر في: 1993/2/23، والذي جاء فيه" من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب

[18]المحكمة العليا، قرار رقم: 245156، بتاريخ: 2000/7/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

[19]المحكمة العليا، قرار رقم: 330566 بتاريخ: 2005/5/18، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2005، ص 301، نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع سابق، ص 1274.

[20]المحكمة العليا، قرار رقم: 332324 بتاريخ: 2005/7/13، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة القضاة، العدد56، 2006، ص 236، نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع سابق، ص 1274.

المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا أثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"[21].

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار أخر بتاريخ: 2011/3/10، والذي جاء فيه:" تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[22].

ب- **مجال تمديد فترة الحضانة:**نص المشرع الجزائري في المادة1/65 من قانون الأسرة على مدة انقضاء مدة الحضانة، وتمديدها يتوقف على مراعاة مصلحة المحضون من المادة نفسها 2/65، وهو ما سلكته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2881/26/11أن: " تأييد الحكم القاضي بالطلاق والحضانة للأم –طعن بالنقض- لأن الأبناء المحضونين تجاوزوا سن (10) العاشرة وهم تحت رعاية الأب- رفض الطعن، إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة (16) إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[23].

ت- **مجال التنازل عن الحضانة اختيارياً:** أجاز المشرع الجزائري للحاضنة التنازل عن الحضانة ولكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون، وهذا رجحته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: بأنه" تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"[24].

---

[21] المحكمة العليا، قرار رقم: 89672، بتاريخ: 1993/2/23، غرفة الأحوال الشخصية، إجتهاد قضائي، عدد خاص، ص 166. نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، السابق، ص 1065.

[22] المحكمة العليا، قرار رقم: 313469، بتاريخ: 2011/3/10، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد 1، ص 285. نقلاً عن: جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق، ص 1592.

[23] المحكمة العليا، قرار رقم: 123889، بتاريخ: 1995/10/24،غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، 1997، العدد 52، ص 111. نقلاً عن: جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3،المرجع نفسه، ص 864.

[24] المحكمة العليا، قرار رقم:581222، بتاريخ:2010/10/14، غرفة الأحوال الشخصية،الملف مجلة المحكمة العليا العدد 1، 2011، ص 248. نقلاً عن: المرجع نفسه، ص 1536.

ث- **مجال سقوط الحضانة لتخلف شروطها:** المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة أين أوجب المشرع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بسقوط الحضانة لاختلال أحد الشروط، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2010/7/15، :"يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون" [25].

ج- **مجال إقامة الحاضن في بلد أجنبي:** خوّل المشرع الجزائري للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، وذلك في حالة ما إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي،وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في: 1995/11/21، والذي جاء في محتواه ما يلي: "إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، وإسناده للأب؛ لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة، وذلك لبعد المسافة" [26].

وهو أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في:2005/10/12، والذي نص على أنه:"من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم فيبلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي" [27].

وعلى عكس ذلك فقد خالفت المحكمة العليا هذا المبدأ، وهو ما قررته وقضت به في قرارها الصادر بتاريخ: 2013/3/12، بأنه:" يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[28].

---

[25] المحكمة العليا، قرار رقم: 564787، بتاريخ: 2010/10/15،غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012، ص 262. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، ص 1053.

[26] المجلس الأعلى، قرار رقم:111048، الصادر في: 1995/10/21، نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 102. نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق، ص 860.

[27] المحكمة العليا، قرار رقم:334543، الصادر في: 2005/10/12، نشرة القضاة، 2008، العدد 62، ص 381. نقلاً عن: جمال سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع نفسه، ص 1467.

[28] المحكمة العليا، الملف رقم: 246431، قرار بتاريخ: 2013/3/12، غرفة الأحوال الشخصية،مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008، ص 271. نقلاً عن: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع نفسه،ص 1447.

المحور الثاني_ الأحكام والقرارات القضائية المؤيدة لحضانة المرأة العاملة:

لمعالجة مسألة عمل الحاضنة وهذا تماشياً مع متطلبات العصر الحديث ومصلحة المحضون، خاصة قد صار اشتغال المرأة ببعض المهن أو الوظائف شيئا مألوفاً، وهذا له اعتبار،وهو ما سنحاول التطرق إليه في المحور الثاني من هذه الدراسة، وخاصة أن المادة 2/62 من قانون الأسرة رقم: 84-11 أعلاه المعدل والمتمم، والتي نصت على أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك، وما يهمنا في هذا المقام الأحكام والقرارات القضائية سواء تلك الصادرة عن الجهات القضائية الجزائرية أو نظيراتها في بعض المحاكم العربية.

أولاً_ :الأحكام القضائية المؤيدة لإسناد الحضانة لبعض الدول المغرب: سيتم الإقتصار أولاً على بعض الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في بعض دول المغرب العربي، والتي تم حصرها في كل من الجزائر والمغرب وتونس.

1- في الجزائر: نص المشرع الجزائري في المادة المادة 2/67 المعدلة من قانون الأسرة، على أنه: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، وقد سبق تأكيد هذا المفهوم، وإقراره بموجب التعديل بحق المرأة في اشتراط العمل في عقد الزواج[29].

إذ من الناحية العملية، فعمل المرأة يقتضي كثرة الخروج ووقته يقدره القاضي فيما إذا كان يعيق فعلاً ممارسة الحضانة، أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحضون، لا مجال لإسقاط الحضانة عنها.

إذ أن هناك العديد من قرارات المحكمة العليا تؤيد هذا الإتجاه بل وقبل تعديل قانون الأسرة، ومن بينها قرارها الصادر في:200/7/18، إلى أن عمل المرأة، وإن كان مؤسساً لدواعي المطعون ضده، إلا أنه لا يعد من مسقطات الحضانة ومن ثم يقتضي الأمر نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ: 1999/9/22 والقاضي بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر، إذ أن عمل الحاضنة لا يمنعها من ممارسة الحضانة وكما أنه لا يوجد أي نص يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل[30].

ومع ذلك فقد اعتبر القضاء أن عمل الحاضنة الماس بمصلحة المحضون يثبت عدم جدارتها في ممارسة الحضانة، وذلك عندما قضى المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر في: 1969/5/29،

---

[29] انظر المادة 19 من القانون رقم: 05-02 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[30] المحكمة العليا، ملف رقم: 245156، بتاريخ:2000/7/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص،2001، ص 188 190.

الذي نص على أن :"من المقرر شرعا وقضاء أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضونين وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى سقوط الحضانة عنها وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط"[31].

يلحظ في هذا القرار غرابة، فقد اعتبر عدم الجدارة في ممارسة الحضانة سببا تافها ليس إلا، لا يصل إلى حد سبب جاد لإسقاط الحضانة عن الأم، وكل هذا منسوب إلى الشرع! وهل الشرع يبقي الحضانة لشخص غير جدير بها.

إذ ترى الدكتورة حميدو زكية أنه كان على القاضي أن يتخذ موقفاً غير هذا، ويبحث عن التسبيب الصحيح لعدم إسقاط الحضانة إذا لاحظ أن مصلحة المحضونين بعيدة عن الخطر في الحالة المعروضة عليه يجب أن تكون هناك جدية في إسقاط الحضانة وإثباتها، لأن مصلحة المحضونين وضعت لجدية أمر الأطفال[32].

2- في المغرب: لا يختلف موقف القضاء المغربي عن موقف المحكمة العليا الجزائرية فيما يتعلق بتطور تطبيق المبدأ الخاص بعمل الحاضنة، حيث في جميع القرارات التي تمكنا الاطلاع عليها، حاول المجلس الأعلى المغربي أن يتحاشى الانزلاق إلى المخاطر التي يؤدي إليها تطبيق الآراء المانعة لعمل المرأة في صورتها القديمة .

حيث قضى المجلس الأعلى المغربي في قراره الصادر في: 1975/2/10، والذي جاء في جاء فيه أن:" حيث إن الحاضنة إذا زاولت وظيفة من الوظائف الإدارية أو التعليمية التي لا تستغرق إلا جزءا من يومها لا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشؤون المحضون وأن القول بخلاف ذلك إدعاء لا تصدقه حالات الناس اليومية..." [33].

---

[31] المجلس الأعلى، بتاريخ: 1969/5/29، غ. ق. خ، نشرة القضاة، 1970، العدد 4، ص 50. نقلاً عن: حميدو زكية، المرجع السابق، ص 445.

[32] حميدو زكية، المرجع نفسه، ص 445.

[33] المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم: 33، بتاريخ: 1975/2/10، ، ملف إجتماعي رقم: 41831غير منشور، نقلاً عن: محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999، ص 475.

وهذا؛ فلربما ما دفع الأستاذ محمد الكشبور إلى إقرار المبدأ العام، أي على عدم جواز إسقاط الحضانة بسب عمل المرأة، حيث يرى أنه "يبدو أن المجلس الأعلى قد قرر من خلال موقفه السابق حماية المرأة أكثر مما حماها الفقه المالكي نفسه[34].

3- **في تونس:** يعتبر تشغيل المرأة في تونس متطورا بالنسبة لبقية دول المغرب العربي، وهذا يتجلى من خلال الواقع الاجتماعي التونسي، وإذا كانت قرارات الصادرة عن الجزائر والمغرب قد يشوبها بعض الغموض، فإن نظيرتها التونسية تفصح بصراحة عن موقفه من عدم جواز إسقاط الحضانة بسبب فقط عمل المرأة، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في العديد من قراراتها، حيث قضت في قرارها الصادر: 1990/5/8، مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد الذي يجب أن يرتكز عليه عند إسناد الحضانة[35]، وأن هذه المصلحة لا يستخلصها قضاة الموضوع إلا بمقتضى الحالات المعروضة وعناصر التحقيق[36].

ثانياً_: الأحكام القضائية المؤيدة لإسناد الحضانة لبعض الدول المشرق:.

1- **في سوريا:**سار القضاء السوري في بعض أحكامه وقراراته وجعل ضابطاً مادياً في إسناد الحضانة وإسقاطها، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ:1975/3/31، بأن "عمل الحاضنة ثماني ساعات في اليوم خارج البيت يؤدي إلى إسقاط حضانتها لأولادها ما لم تبد استعدادها لترك العمل"[37]؛ إلا أنها في قرار آخر سابق فاعتبرت المحكمة نفسها-محكمة النقض السورية- في قرارها الصادر بتاريخ: 1968/8/28، أن:" غياب الحاضنة عن الطفل سبع ساعات يوميا بسبب عملها يسقط حضانتها"[38].

---

[34]محمد الكشبور، المرجع نفسه ص 49.

[35]محكمة التعقيب، قرار مدني رقم:25913، بتاريخ:1990/05/08، مجلة قرارات محكمة النقض، 1990، ص 259.

[36]انظر القرارين:

- محكمة التعقيب، قرار مدني رقم:6827، بتاريخ:1969/7/1، مجلة القضاء والتشريع، العدد 4، 1970، ص 35.
- محكمة التعقيب، قرار مدني رقم:20431، بتاريخ:1989/2/2، مجلة القضاء والتشريع، 1991، العدد 7، ص 94.

[37]محكمة النقض، بتاريخ: 1975/3/31، قرار رقم: 341، مقتبس عن محمد أحمد عبد الرحمان، الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام 1970 إلى عام 1992، دار النابغة، بيروت، 1992، ص 431.

[38]محكمة النقض، بتاريخ: 1968/8/28، قرار رقم: 321، نقلاً: عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج 2، ط 5، الطلاق وآثاره، ص 236.

هذا؛ وقد قضت المحكمة ذاتها في قرار صادر لها 1972/6/10، بأن "إذا كانت الأم معلمة تغيب أربع ساعات يومياً عن الأولاد فإن وجود خادم لديها لا يجعلها أهلا للحضانة؛ لأن شرط الحاضن غير شرط الخادم، بحيث يكون الولدان خلال الأربعة ساعات بعيدين عن رعايتها وعنايتها مما يخل بشروط الحضانة المفروض توافرها في الحاضنة..." [39].

بينما قررت خلافا لذلك، حينما قضت في: 1974/12/17 بأن "عمل الحاضنة آذنة في المدرسة التي ينتسب إليها المحضون لا يؤثر في صلاحيتها للحضانة مادام أنه يكون معها في المجيء إلى المدرسة والعودة"[40].

كما قضت في قرار آخر لها بتاريخ: 1959/6/30 على أن:" انشغال الحاضنة بالبيع في البيت لا يسقط حقها بالحضانة لأنه لا يؤدي إلى العجز عن صيانة الولد صحة وخلقاً"[41].

2- **في مصر**: على غرار ما قضت به بعض المحاكم العربية، فإن القضاء المصري شهد هو الأخر بعض الموافقات التي سلكتها الجهات القضائية السالفة الذكر، ومن بين هذه القرارات ما قضت به محكمة أسيوط الشرعية في حكمها الصادر في: 17/9/ 1962، بأن: "مجرد كون الحاضنة تقوم بحرفة أو عمل لا يسقط الحضانة، إذ المناط في سقوط حق الحضانة هو تعرض الصغير للضياع، والفساد، والإهمال، كما حرر في رد المحتار، والفتاوى المهدية"[42].

وعلى عكس ذلك فقد قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بمصر في حكمها الصادر بتاريخ: 1985/1/17، بإسقاط الحضانة عن الأم لاحترافها، وذلك بقولها:" ولما كان ما تقدم وكان الثابت لهذه المحكمة من اطلاعها على ورقات الدعوى الماثلة وما قدم من مستندات وما استبان لهذه المحكمة من مناقشة البنت... فيها أن البنت المذكورة من المواليد 1971/06/14 ومن ثم تكون قد بلغت أقصى سن الحضانة المقررة قانونا وأن والدتها، المستأنف عليها، محترفة لعمل مساعدة طبيب بعيادة خاصة يجعلها تترك منزلها وابنتها المذكورة طوال النهار ولوقت متأخر من الليل وإنها بذلك منصرفة عن شئون البنت

---

[39] محكمة النقض، بتاريخ: 1972/10/10، قرار رقم: 294، نقلاً: عن محمد أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص ص 431 432.

[40] محكمة النقض، بتاريخ: 1974/12/17، قرار رقم: 507، مقتبس عن محمد أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 432.

[41] محكمة النقض، بتاريخ: 1959/6/30، قرار رقم: 240، نقلاً: عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج 2، ط 5، الطلاق وآثاره، ص 236.

[42] محكمة أسيوط الشرعية، بتاريخ: 1962/9/17، قرار رقم: 12256، مجلد السنة العشرين، ص 89. نقلاً عن: أحمد محمد علي داود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، ج 1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 502.

المذكورة من حيث تربيتها التربية الحسنة وتقويمها ورعايتها على النحو الذي تقتضيه مصلحتها ومنفعتها... ومن ثم فإن المستأنف عليها، هذه المثابة، لا تكون أهلا لحضانة البنت لفقدها أهم شرط من الشروط الواجب توافرها في الحضانة أو وهو شرط القدرة على تربية الصغيرة...."

وعليه، فالسلطة التقديرية للقاضي تستوجب النظر إلى مدى إمكانية العاملة الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الطفل ضائعاً، وعليه؛ فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الطفل ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة، ومناط سبب الضياع الذي يتعرض إليه الطفل يرجع إلى خروج الحاضنة خروجا يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له، وبالتالي؛ فإن عمل المرأة يجب أن ينظر إليه على ضوء مصلحة الطفل.

خاتمة:

نستنتج في ختام هذه الورقة البحثية أن مصلحة المحضون من الدراسات الهامة والمتميزة؛ لأنها تجمع بين أصول الكيان الأسري والقانون وترتبط ارتباطاً وثيقاً بكافة فروع العلوم الإجتماعية، مما يقتضي قراءة مستفيضة وسعة في الفكر لملاحظة الأصول الشرعية والتشريعية لمبدأ هذه المصلحة ودراسة أبعادها من حيث تكوين رجل الغد، غير أنه كان من الأجدر تحديد ضوابط معايير تلك المصلحة،سواء من جانبها المعنوي، أم المادي، وذلك حتى يمكننا فهم الموضوع فهماً دقيقاً، وخاصة وأن الأمر هنا تعلق بدراسة وتحليل عدة قوانين أسرية، ومن جملة النتائج التي تم التوصل إليها:

- منح للقاضي سلطات واسعة في تقدير مصلحة الطفل لأمر ضروري تقتضيه طبيعة هذا الموضوع،فقد تكون هناك حاضنة موظفة ولا تمنعها وظيفتها الاهتمام بطفلها، مع احترام الوظائف تناسب المرأة لكونها كذلك، من جهة، ولا تعرقل ممارسة الحضانة،من جهة أخرى، كالتدريس والتطبيب أو أمثالهما.
- على القاضي النظر إلى نوع الوظيفة أو العمل التي تضطلع بها، من حيث إذا كان يشغلها كل الوقت عن المحضون، ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل؛ كأن تكون الحاضنة مدرسة وتستغل تعليمها في إعانة المحضون في دراسته وتراقب واجباته المدرسية؛ أو أن تكون طبيبة تدرك ما يضر بالطفل وتحفظ صحته من حيث مأكله وملبسه إلى غير ذلك من الأمور.
- إسناد الحضانة للمرأة العاملة، وخاصة وأنها تساهم في تحقيق مصلحة المحضون عن طريق توفير له الحماية المادية التي لا ننكر أنها تقف بجانب الحماية المعنوية ولاسيما إذا لم يكن للمحضون موردا آخرا غير نفقة والده ذو الدخل الضعيف.

- إسناد الحضانة للمرأة العاملة مادامت الوظائف مشروعة، والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتا كبيرا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية والتربية، وأن الحاضنة ماهرة في تدبر أمره بحيث توفق بين عملها في الخارج وعملها في الداخل، فإن حقها في الحضانة لا يسقط.
- يتبين مما سبق أن الحاضنة إذا أما أو غيرها، مع عملها المشروع تعتبر مأمونة على المحضون صائنة له من الضياع والإهمال؛ لأنها تخرج بعض الوقت فقط، ومدة خروجها يوجد من يصون الطفل، ويحافظ عليه لا تنزع الحضانة منها، لأن ذلك لا يتنافى ومصلحة المحضون، العمود الفكري لإسناد الحضانة أو إسقاطها ولو بالتنازل عنها صراحة.

قائمة المصادر والمراجع:

1- أحمد محمد علي داود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، ج 1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

2- المجلس الأعلى للقضاء،غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ: 1968/3/29، المجلة الجزائرية 1968، العدد1، ص 149. نقلاً عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، وفقاً لأحدث التعديلات، ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

3- المحكمة العليا، قرار رقم: 75171، بتاريخ: 1991/6/18، غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور.

4- المحكمة العليا، ملف رقم: 245156، بتاريخ:2000/7/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص،2001.

5- بن عصمان، نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2008/ 2009.

6- حميدو زكية، (مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة-دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004.

7- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص: أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، السنة الجامعية، 2015/2014.

8- سناء عماري، المرجع السابق، ص 180. انظر: دليلة سلامي، (حماية الطفل في قانون الأسرة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2008.

9- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

10- عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج 2، ط 5، الطلاق وآثاره.

11- عبد القادر بن حرز الله، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول إلى الإشكاليات المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، 1426هـ-2005م.

12- محكمة التعقيب، قرار مدني رقم:20431، بتاريخ:1989/2/2، مجلة القضاء والتشريع، 1991، العدد 7.

13- محكمة التعقيب، قرار مدني رقم:25913، بتاريخ:1990/05/08، مجلة قرارات محكمة النقض، 1990.

14- محكمة التعقيب، قرار مدني رقم:6827، بتاريخ:1969/7/1، مجلة القضاء والتشريع، العدد 4، 1970.

15- محمد أحمد عبد الرحمان، الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام 1970 إلى عام 1992، دار النابغة، بيروت، 1992، ص 431.

16- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999.

17- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، 1987.

18- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000.