

تنازع القوانين في الحضانة بين التشريعات العربية والاجتهاد القضائي

Conflict of laws in the custody between Arab legislation and jurisprudence

أ. شهرزاد عبدالله

أ. المكي صلوح*

جامعة وهران 1 أحمد بن بله. الجزائر

جامعة وهران 1 أحمد بن بله. الجزائر

Chahra2020abedallah@gmail.com

smtggt2012@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2020-08-15 تاريخ القبول: 2021-03-21 تاريخ النشر: 2021-04-10

الملخص:

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة في الزواج المختلط، نجد أن القانون الجزائري وبقية القوانين المقارنة وخاصة العربية منها أولت عناية كبيرة لحماية مصلحة المحضون، بالإضافة أيضا إلى آراء الفقهاء واجتهادات القضاء الصادرة في هذا الشأن، كما أن اختلاف الطبيعة القانونية للحضانة أدى بدوره إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق بشأنها، فأغلب الدول لم تضع لها قاعدة إسناد، مما أدى ببعضها إلى إبرام معاهدات ثنائية واتفاقيات دولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1961 المتعلقة بصلاحيات السلطات والقوانين الخاصة بحماية القصر، لأن المحضون هو رجل المستقبل.

الكلمات المفتاحية: الحضانة؛ مصلحة المحضون؛ آراء الفقهاء؛ اجتهادات القضاء؛ قاعدة إسناد؛ حماية القصر.

Abstract:

Through our study of the subject of custody in mixed marriages, The Algerian law and the other comparative laws, especially Arabic ones, have paid great care to protect the interests of the child, and also to The opinions of jurists and the jurisprudence of the judiciary issued in this regard, and the difference in the legal nature of custody has in turn led to a difference in the applicable law. Most States did not establish a rule of attachment, which led to the conclusion of bilateral treaties and international conventions such as the Hague Convention of 1961 on the powers of the authorities and laws for the protection of minors, because the child is the man of the future.

key words: Custody; Interests of the child; Opinions of jurists; jurisprudence; Rule of attachment; Protection of minors.

* المؤلف المراسل: المكي صلوح، الإيميل: smtggt2012@gmail.com

مقدمة:

لقد أولي اهتمام كبير لأهمية القانون الدولي الخاص في عصرنا الحالي لعدة عوامل أهمها، تزايد وتنامي الاتصال بين الأفراد عبر الدول، مما أدى إلى تشعب وتعدد العلاقات والروابط الدولية الخاصة، وصاحب ذلك تطور في القانون الدولي الخاص، الأمر الذي استدعى توحيد بعض القواعد القانونية في مختلف الدول، وإن كان التوحيد ربما يشمل العلاقات ذات الطابع المالي والاقتصادي، إلا أنه في مجال الأحوال الشخصية يستعصى ذلك، وهذا راجع إلى ارتباطها بالعقائد والتعاليم الدينية والمبادئ الاجتماعية والثقافية لكل بلد مما يتعذر توحيدها.

وتزايد انتقال الأفراد من دولة لأخرى، وتزايد الروابط الأسرية خاصة، يعد أمرا طبيعيا لاختلاط البشر عبر العصور، وبالتالي زادت أهمية الآثار القانونية الناشئة عن الزواج المختلط الذي يتم بين أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة، مما ينتج عن ذلك آثار سواء في حالة انعقاد الزواج أو في حالة انحلاله، خاصة عند التنازع فالاختلافات التشريعية بين هذه الدول تبلغ مداها في كل المسائل القانونية التي تخضع لقواعد تنازع القوانين اعتمادا على ضوابط الإسناد وفقا لطبيعة العلاقة.

ولعل موضوع الحضانة يعد من أخطر الآثار التي تترتب على انحلال الزواج المختلط وخصوصا في حالة النزاع على حضانة الأطفال، حيث أن رعاية الطفل وحمايته تعتبر التزاما أساسيا على الدولة والوالدين المسؤولين شرعا وقانونا، فقد كفل الدستور الجزائري¹ لسنة 2016 وخاصة في المادة 72 منه بقولها: "تحمي الأسرة بحماية الدولة والمجتمع، تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل، تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب، يقيم القانون العنف ضد الأطفال"، إذن فالدولة ملزمة دستوريا بحماية الأطفال وتوفير الرعاية لهم، ونجد ذلك في قانون الأسرة الجزائري، فحق الطفل في الحضانة كفلته له القوانين والشرائع المختلفة، ومنها الشريعة الإسلامية، وكذلك الاجتهادات الفقهية والقضائية.

وبالتالي فإن هذه الدراسة تثير موضوع تنازع القوانين في الحضانة من خلال العلاقة الشرعية التي كانت قائمة بين الرجل والمرأة من خلال الرابطة الزوجية والتي تم انحلالها بسبب عدة عوامل، من بينها وجود اختلافات كبيرة في القيم والمعتقدات وكذلك الإجهادات المرتبطة بالعمل والمشاكل المالية والعنف المنزلي وغيرها، قد تؤثر على الأطفال ونفسياتهم

وعقليتهم والتحصيل الدراسي، والأخطر من ذلك تأثيرا على صحتهم بحيث يصبح الطفل مرشحا حتى للإصابة بأمراض عقلية، وعليه نطرح الإشكالية التالية:

إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط؟

ولقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي التحليلي لتحليل النصوص القانونية التي تناولت موضوع الحضانة، بالإضافة إلى المنهج المقارن الذي تناولنا فيه مختلف النصوص الشرعية والتشريعية والآراء الفقهية.

وللإجابة على هذه الإشكالية، أترنا عدة تساؤلات من بينها ما يلي:

ما المقصود بالحضانة لغة واصطلاحاً؟ وما هي أهدافها وخصائصها ومدتها؟ ومن هم مستحقي الحضانة وشروط إسنادها؟ وما هي الحلول الوضعية لتنازع القوانين في الحضانة؟ وما الطبيعة القانونية للحضانة عند تنازع القوانين؟ وما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟، وأنهيها دراستنا بخاتمة جمعنا فيها خلاصة ما توصلنا إليه من إجابة على الإشكالية المطروحة والنتائج والاقتراحات المستخلصة منها.

1- مفهوم الحضانة

1-1-1- تعريف الحضانة: تعددت تعريفات الحضانة فكلّ يتناولها من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها.

أولاً- تعريف الحضانة لغة: الحضانة - بفتح الحاء وكسرهما- مأخوذة من الحضن وهو جانب الشيء، فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا: "تعيش الذئب في حضن الجبل أي عمقه"، ونقول "حضن الطائر بيضه" إذا جلس إليه وضمه إلى نفسه وغطاه بجناحيه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعانقه وتلتصق به وتلتزمه، فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه².

ثانياً- تعريف الحضانة اصطلاحاً: بالرغم من اختلاف المعنى إلا أن تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية لا يختلف كثيراً عن تعريفها في القوانين الوضعية ألا وهي: حفظ الولد والقيام بشؤونه، وهذا ما سيتضح من خلال تعريف التعريف الشرعي للحضانة يليه بعدها التعريف القانوني كالتالي:

أ- تعريف الحضانة في الشريعة الإسلامية: لقد تعددت تعاريف فقهاء الشريعة للحضانة، لكنها لم تختلف إلا من ناحية التخصيص والتعميم، وسنذكر تعريفات الفقهاء في هذا المجال:

فقد عرف الحنفية الحضانة على أنها: "حفظ الطفل وإمساكه وغسل ثيابه"³، في حين عرفها المالكية كالتالي: "الحضانة هي حفظ الولد في بيته وزهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"⁴، أما الحنابلة فقد جاء في تعريفهم للحضانة على أنها: حضانة الطفل: "حفظه عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك"⁵، وعرفها الشافعية أيضا بقولهم: "الحضانة شرعا حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير ومجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك"⁶.

يقول الإمام أبو زهرة: "يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات، فأما الولاية الأولى فهي ولاية التربية، فالدور الأول منها يكون للنساء وهو يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا"⁷.

ب- تعريف الحضانة في القوانين الوضعية: ففي القانون الجزائري فقد نصت المادة 62 من قانون الأسرة على أن الحضانة هي: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"⁸. وقد جاء في شرح قانون الأسرة الجزائري على أن أمر الحضانة يتوقف وجوده على شخصين هما الحاضن والمحضون وهو الطفل الصغير أما الحاضن فهو إما رجل أو امرأة يكون مكلفا وملزم بتأدية هذا الواجب، أما الطفل فيعتبر حق يثبت له منذ ولادته ثلاث ولايات وهي:

- 1- ولاية التربية: تكون للنساء وتسمى بالحضانة وهي حق للأُم ثم لمحارمه من النساء.
- 2 - ولاية على النفس: وهي تربية وحفظ من لا يشغل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل أو المسن الهرم أو المجنون، وذلك برعاية شؤونه وتقديم طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه في سن معينة ونحوها.
- 3- الولاية على المال إن كان له مال: ويتم برعاية مصالحه وحفظ ماله دون هدره حتى يحين الوقت الذي يكون فيه أهلا لمباشرة شؤونه ومصالحه"⁹.

في حين عرف الفصل(54) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الحضانة على أنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"¹⁰، وجاءت مدونة الأسرة المغربية في المادة(163)منها، على أن الحضانة هي: "حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته

ومصالحه، على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون¹¹، في المقابل تناول قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991 المؤرخ في 24/07/1991 في المادة (109) تعريف الحضانة على أنها: "حفظ الولد وتربيته وتعليمه ورعايته، بما لا يتعارض مع حق الولي ومصلحة الصغير"، إلى جانب قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005 النافذ في المادة (143) منه والتي تنص على أن الحضانة هي: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"¹²، وبخصوص القانون الكويتي، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشأن المادة (189) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي (51) لسنة 1984 النافذ ما يلي: "يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعاً"¹³، أما التشريع المصري والمتمثل في قانون الأحوال الشخصية الصادر في 6/3/2000 لم يرد فيه تعريف الحضانة بل اكتفى فقط بتحديد سن انتهاء الحضانة بالنسبة للصغير والتي حددها ب10 سنوات للصغير و12 سنة للصغيرة وذلك في المادة 20 من مجلة الأحوال الشخصية.

إذا فتعريف الحضانة في القانون الجزائري وبالرغم من احتوائه على أهداف الحضانة كغيره من القوانين، إلا أنه يعتبر أحسن تعريف وذلك لاشتماله على أفكار لم يشملها غيره، لأنه قد جمع كل ما يحتاج إليه الطفل دينيا وصحيا وخلقيا وتربويا وماديا¹⁴.

والملاحظ من خلال كل هذه التعاريف أنها استخدمت مصطلح الولد أو الصغير بدلا من الطفل، كما أن التشريع الجزائري والتونسي والمغربي ربط مفهوم الحضانة بالمصلحة العليا للطفل، بينما المشرع السوداني أشار إلى ربط غايات الحضانة مع مصلحة الصغير ومصلحة الولي في إطار إحداث نوع من التوازن ما بين مصلحة المحضون ومصلحة الولي، بما يفيد المساواة ما بين حقوق المحضون وحقوق الولي كضابط لغايات الحضانة، وإن كان المشرع الجزائري في مواد أخرى متعلقة بالمحضون قد أصر على توخي القاضي دائما مصلحة المحضون.

1-1-2- أهداف الحضانة: مما تقدم فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

- أولاً: **تعليم الولد**: ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، وما دام التعليم إجبارياً ومجانياً فكل طفل له الحق أن ينال قدرًا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي¹⁵.

- ثانياً: **تربية الولد على دين أبيه**: يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزاً، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبداً، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل¹⁶، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة (64) من قانون الأسرة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنت دون إحالة¹⁷.

- ثالثاً: **السهر على حماية المحضون**: إذا كانت الحضانة رعاية وحماية، فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، سواء كانت مادية أو معنوية، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتيم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسياً وعاطفياً أو عقلياً، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وأن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه¹⁸.

رابعاً: **تهذيب الطفل من الناحية الخلقية**: ويكون ذلك بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فرداً صالحاً سوياً، لأن الحماية الخلقية لها ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه ليكون مفيداً لنفسه وأسرته ومجتمعه، وأن لا يُترك عرضة للشارع ورفقاء السوء، وتدعيماً لحقوق المحضون وصوناً لها من أي تهديد، أولى القضاء الجزائري تطبيقاً للقواعد الشرعية والقانونية أهمية بالغة لكفاءة الحاضن ومدى تحمله للمسؤولية والشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه، خاصة الاستقامة الخلقية ضماناً لتربية الطفل تربية سوية¹⁹، وقد أكدت

المحكمة العليا في إحدى قراراتها على ذلك، والتي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا"، والحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها²⁰.

خامسا: العناية بالمحضون صحيا: تعتبر العناية بصحة الطفل حقا لا يستهان به خاصة في السنوات الأولى من حياته، ويعتبر هذا الحق لصيقا بشخصه وكيانه المادي مما يوجب حفظ صحته الجسدية والنفسية معا، ويجب أن يلقي الطفل العناية الصحية الكاملة، ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا وصحيا، وكل ذلك على عاتق الحاضن وواجب عليه، وكذلك تلقي كل التلقينات اللازمة والدورية، وأن يُعرض على الطبيب كلما استدعت الحاجة²¹.

1-3- خصائص الحضانة: للحضانة عدة خصائص، أهمها:

أولاً- الحضانة حق مشترك: باعتبار الحضانة عملا ماديا، فكونها حق وواجب في نفس الوقت فهي حق للمحضون الصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ومن يحفظه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته، وحق للحاضن وواجب والتزام عليه للاحتفاظ به واحتضانه، فمن جهة الأم أولى بحضانة ولدها لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به"²²، فإذا لم يقد القاضي بتعيين الأم الحاضنة للطفل أو امتنعت عن ذلك، فإن حقها يسقط بإسقاطها إياه ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة كي لا يضيع حقه في التربية والرعاية²³، وبما أن الحضانة حق للحاضن، فيستطيع التنازل عنها بشرط ألا يضر بمصلحة المحضون، ويتبين ذلك من خلال نص المادة 66 من ق أس ج، لذلك لا يجوز للأم الحاضنة إسقاط حقها في حضانة الصغير في مقابل بدل تأخذه من أبيه، أو أن تخالع أباه على ترك الصغير له مقابل بدل الخلع، كما أن أب الصغير لا يجوز له نقل الطفل المحضون من البلد الذي تقيم فيه حاضنته لأنه بفعله هذا ضيع على الحاضنة حقها في ممارسة الحضانة²⁴.

ثانيا- الحضانة من النظام العام: ليس للوالدين تغيير أو تحريف قواعد الحضانة، فإذا استوفيت كل الشروط في الحاضنة وكانت مؤهلة لذلك، تسند إليها حضانة المحضون، وإن رفضت ذلك تجبر على حضانة الصغير، حتى وإن تنازلت عنها أو لم تتوفر فيها الشروط

كاملة، لأن الحكمة من ذلك حماية الطفل من اضطراب النمو الانفعالي والعقلي وحتى لا تصبح شخصيته في المجتمع مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله وكذلك حتى لا يختل التوازن في الجانب القيمي والاجتماعي للطفل المحضون²⁵، فالحضانة شرعت لحفظ النفوس فلا تسقط إلا بعذر شرعي، لأنها ولاية شرعية يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي²⁶، حتى ولو كانت متهمه بجريمة الزنا، جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة (62) من قانون الأسرة، وذلك بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا، لكن حيث أن الحضانة، وإن كانت فعلاً تسقط، طبقاً لأحكام المادة (67) من قانون الأسرة، بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) من نفس القانون، إلا أن المادة (67) السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"²⁷.

ثالثاً - الحضانة بمقابل: أجر الحضانة هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير، فله شبه بالنفقة لأنه جزء من الإنفاق على الصغير، ويجب من مال الصغير إن كان له مال أو من مال من تجب عليه نفقته، إن لم يكن له مال، وله شبه بالأجرة لأنه يعطي للحاضنة مقابل عمل تقوم به، فهي تحافظ على الصغير وتتعهده بالرعاية والعناية²⁸، إذن فالحضانة حق وواجب على الحاضنة يخولها ممارسة هذا الحق أو الواجب بأجر أو تبرعاً، حيث وقع خلاف في ذلك بين الفقهاء، وتعددت الآراء الفقهية بين قائل بوجوب الأجر من عدمه فقد ذهب المالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة، إلا إذا كانت فقيرة والمحضون موسراً، فينفق عليها من مال المحضون، عكس ما ذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة إلى أن الحاضنة تستحق أجرة على حضانتها للصغير، فالأم التي لازالت في عصمة زوج أب المحضون، تجب نفقتها عليه بالزوجية فلا تستحق أجرة على الحضانة حتى لا تجمع بين نفقتين، وأما الأم المعتدة من طلاق رجعي، فلا تستحق أجرة على الحضانة في زمن العدة عند الحنفية، لأن لها النفقة على الزوج، وتقدر أجرة الحضانة

بأجرة المثل، ويراعى في ذلك حال المنفق وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة²⁹.

أما المشرع الجزائري فلم ينص ولم يشير إلى أجرة الحضانة، لكن هل يعتبر أجر الحضانة من ضمن النفقة المحكوم بها قضاء؟ لذا وجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فأجرة الحضانة هي غير أجرة الرضاع، حيث يستخلص أن أجرة الحضانة لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، على خلاف نفقة الصغير، وأن الأم تجبر على رد ما عجل لها من أجر الحضانة للولد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب وانقطع فيها العمل بخروج الولد عن يدها³⁰.

رابعا- عدم تجزئة الحضانة: وهو أن تقوم الأم الحاضنة بالاختيار في حضانة الذكور دون الإناث أو العكس أو تختار الأصغر سنا منهم، فيما تمتنع عن حضانة الآخرين، رغم أن ذلك من حقها وذلك لعدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، ومن أجل المحافظة على الأبناء دون تفرقة بينهم، فلا مجال لتجزئة الحضانة وتفرقة الصغار بعضهم عن بعض، بعد أن تم التفريق بين والديهم، فالأصلح لهم البقاء والعيش معا، سواء كانت الحاضنة أمهم أو غيرها إلى أن يبلغوا السن القانوني المحدد لانتهاة الحضانة، خاصة وأنهم في مرحلة صعبة سواء من الناحية النفسية أو الاجتماعية، فالأم لا يسمح لها باختيار من تحضن من الأبناء³¹، جاء في **قرار للمحكمة العليا** بهذا الشأن ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تستند إلى أمهم، ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي، كما أنه لا يجوز تجزئة الحضانة إلا لنفس السبب، فإن القضاة بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي، يستوجب نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب متى أسس حكمه على إسناد الحضانة للجدة، كان بناء على رغبة الأبناء في البقاء معها ورفضهم الالتحاق بأهمهم"³².

1-1-4- مدة الحضانة: تباينت الآراء في مدة الحضانة، وظهرت عدة آراء:

فقهاء المالكية والحنفية يرون أن الولد يبقى في حضانة أمه حتى يستغني، فيأكل وحده ويشرب وحده، ويلبس وحده، ويستحج وحده، وقدّر بعضهم الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب، وعليه فإن الولد لا يخير عندهم بين أبويه لأنه لا يعرف حظ نفسه، في حين يرى كل من الشافعية والحنابلة أن حضانة النساء للذكور تستمر إلى غاية سن السابعة، فإذا

بلغها غير معتوه، خير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فمن اختاره منهما فهو أولى به إذا كان أهلا للحضانة، واستدلوا بما روى أبو هريرة: "أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خير غلاما بين أبويه"³³.

أما مدة الحضانة بالنسبة للإناث، فيرى المالكية أن الأم أحق بحضانة البنت حتى تتزوج أو يدخل بها الزوج، وذهب الشافعية إلى أن الجارية تبقى في حضانة أمها إلى سن السابعة ثم تخير بين أبويها كالغلام، وذهب الحنابلة كذلك إلى ما ذهب إليه الشافعية إلا أنهم بعد سن السابعة تكون حضانتها للأب، لأنه الأصلح لها، فهي تحتاج إلى التأديب فهي لا تخير، وأما الحنفية فيرون بأنها تبقى عند الحاضنة، إن كانت أما أو جدة إلى سن البلوغ³⁴.

المشرع الجزائري ومن خلال ما أورده المادة 65 من ق أس ج، أن مدة الحضانة بالنسبة للذكر تنتهي بحكم القانون ببلوغه سن (10 سنوات)، وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن أهلية الزواج (19 سنة)، ويمكن تمديد حضانة الذكر إلى سن (16 سنة) من قبل القاضي إذا كانت الحاضنة أما ولم تتزوج ثانية والمحضون ما يزال يحتاج إلى رعاية الحاضن³⁵، ولكن إذا أقام أي شخص دعوى يطلب فيها إسقاط الحضانة على الحاضن وإسنادها إليه مرة أخرى بعد انقضاء مدة الحضانة، فإن على القاضي أن يحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس لانقضاء مدتها القانونية، ولأن المحضون عند بلوغه هذه السن يصبح من حقه أن يختار الحياة مع أي واحد من أصحاب الحق في الحضانة، في حين نص **المشرع الأردني** على مدة الحضانة في المادة (173/أ) بأنه: "تستمر حضانة الأم إلى إتمام المحضون خمس عشر سنة من عمره، ولغير الأم إلى إتمام المحضون عشر سنوات، ويعطى له حق الاختيار، بعد بلوغه هذه السن في البقاء في يد الأم الحاضنة حتى بلوغه سن الرشد، غير أنه تمتد حضانة النساء إذا كان المحضون مريضا مرضا لا يستغنى بسببه عن رعاية النساء ما لم تقتض مصلحته خلاف ذلك"³⁶، ونصت **مدونة الأسرة المغربية** في المادة (166)، على استمرار الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء، ويعطى للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة الخيار فيمن يحضنه أبوه أو أمه، وفي حالة عدم وجودهما يمكنه اختيار أحد أقاربه الأكثر أهلية، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي، وفي حالة عدم الموافقة يرفع الأمر إلى القاضي للفصل فيه وفقا لمصلحته³⁷، كما نص **المشرع الإماراتي في المادة (156)** من قانون الأحوال الشخصية، على أن مدة حضانة

النساء تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه إحدى عشرة سنة، والأنثى ثلاث عشرة سنة، ويمكن للقاضي تمديد هذه السن مراعاة لمصلحة المحضون³⁸.

يلاحظ من خلال هذه النصوص القانونية، أن المشرع الجزائري فرق في مدة حضانة الذكر والأنثى، عكس ما ذهب إليه المشرع المغربي الذي جعل هذه المدة متساوية سواء للذكر أو الأنثى، أما حالة التمديد فيرجع الاختصاص في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي.

2-1- مستحقي الحضانة وشروط إسنادها

1-2-1- ترتيب أصحاب الحق من النساء في الحضانة: ترتيب الحاضنات يكون على النحو التالي:

أولاً- الأم: وهي أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق، أو وفاة بالإجماع، ودليل تقديم الأم من السنة، ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله: "أنت أحق به ما لم تتكحي"³⁹، وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذها منها فتجاذبا بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما، فقال أبو بكر: "مسحها وحجرها وريحها خير له من الشهد عندك"، فكان إجماعا منهم على تقديم الأم على غيرها ولو كان أباً⁴⁰.

ولقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها"، ولقد كرس القضاء الجزائري ذلك في العديد من قراراته، وقد أقر المجلس الأعلى للقضاء على أن: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها..."⁴¹، وقد انفق المشرع المغربي مع المشرع الجزائري على أن الأم مقدمة في الحضانة على غيرها، أما المشرع الفرنسي، فقد نص في القانون المدني على أنه: "يمكن للقاضي أن يسند ممارسة السلطة الأبوية لأحد الأبوين إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك..."⁴².

ثانياً- أم الأم (الجدة): في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون، إما لوفاتها، أو لزوجها بأجنبي، أو لأي سبب من أسباب السقوط، أي لم تكن أهلاً للحضانة، تليها أمها مباشرة لمشاركتها في الإرث والولادة وكذلك لأن الجدة أكثر رافة وشفقة على المحضون من غيرها،

ولهذا فضلت الأم على الأب، هذا في القانون رقم 11/84، أما بعد تعديله، فقد أصبح الأب تليه مباشرة أم الأم، وفضلت (الجدّة أم الأم) على (الجدّة أم الأب) لهذا السبب، فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة توقف عند أم الأم، وكذلك بعض القوانين العربية، لاسيما القانون السوري الجديد⁴³ لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها إلى جدّة الأم أي أخذ بالقاعدة "حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت"⁴⁴، وانتقال حضانة الولد لأم الأم يكون دائما مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية، جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "يجب إسناد الحضانة للجدّة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون"⁴⁵.

ثالثا- أم الأب (الجدّة): الجدّة لأب تأتي مرتبتها مباشرة بعد أم الأم، حسب الترتيب المحدد في قانون الأسرة الجزائري، ويبدو أن المشرع تأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذان يقدمان الأب على أمه، وهذا خلافا للمذهبين المالكي والحنفي اللذان يقدمان أم الأب على الأب نفسه، ويرجع أيضا إلى أن الطفل دائما بعد أبويه تجده وثيق الصلة بجذاته من الجهتين، وإسناد الحضانة إلى الجدات هو أمر منطقي، لأن الصغير في الغالب يكون قد تعود على العيش معهما، ولذلك تقدم الجدّة لأم ولأب على الخالة لخبرتهما⁴⁶ ولأسباب المذكورة أعلاه.

رابعا- الخالة والعمة: إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، فخالة المحضون سواء كانت أختا شقيقة للأم، أو أختا من الأب أو أختا من الأم، تأتي مرتبتها في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأب مباشرة، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء وعلى رأسهم المذهب المالكي والحنفي والشافعي والحنبلي، وعليه فإن المشرع الجزائري، سار على منهج جمهور الفقهاء، ولهذا فإنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في هذه المادة بالنسبة للحاضنين، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون، وكرسه اجتهاد المحكمة العليا في العديد من قراراتها حيث جاء في قرار صادر عنها: "لقد خالف قضاة الموضوع القانون عندما اسندوا الحضانة للأخت لأب رغم وجود الخالة المطالبة بها لاسيما أنهم لم يستعينوا بمروسة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم"⁴⁷، بعد الخالة تأتي رتبة العمة وهي أخت الأب الشقيقة لأنها تدلي بقرابتين، ثم العمة لأم لاتصالها بجهة الأم ثم العمة لأب لاتصالها بجهة الأب في ممارسة الحضانة، إذا ما توفرت فيها الشروط الواجبة والسابقة الذكر، فمتى تقررت مصلحة المحضون اقتضى الحال تقديم حاضن على آخر⁴⁸.

1-2-2- ترتيب أصحاب الحق من الرجال في الحضانة

أولاً- الأب: يتضح من نص المادة 64 من ق أس ج، أن المشرع الجزائري غلب جانب الأنثى من الأم الحاضنة، حيث توول الحضانة إلى الأم وبعدها تنتقل إلى الأب⁴⁹، وأنها رتبت أب المحضون بعد الأم مباشرة وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء، كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه وتتولى رعايته خاصة إذا كان الولد فطيماً، وتستحق على ذلك أجرة من الأب ما لم تكن هي الأم⁵⁰، وتسند الحضانة بعد الأم لمن كان أقدر وأفضل بالنظر إلى رغبة الحاضن واستعداده وقدرة الأب على تحمل تبعات الحضانة من نفقة ومسكن وغيرها⁵¹، **ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن:** "قضاة الموضوع الذين اسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم اعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"⁵².

ثانياً- الأقربون درجة: حددت المادة 64 ق أس ج الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة، لم يتبن لنا ما المقصود بالأقربون درجة، إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة يؤدي بنا اللجوء إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يجب على القاضي أن يرجع إلى قواعد الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى آراء الفقهاء نلاحظ أنهم اختلفوا في تحديد مراتب الأشخاص حسب كل مذهب من المذاهب الأربعة⁵³.

1- القريبات من المحارم: بالرجوع إلى المذاهب الأربعة نجدها اختلفت في ترتيب هذه القريبات فالمالكية يرون القريبات من المحارم الحاضنات هن بداية من الأخت الشقيقة لأم على التي لأب، ثم عمتها أخت أبيه، ثم عمة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق ثم الذي لأم، وبعدها التي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، وتليها التي لأب وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة وبعضهم رجّح بنات الأخ على بنات الأخت، وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سناً، فإن تساوين من كل وجه تُقدّم دوماً الشقيقة على التي لأم، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب⁵⁴، في حين يرى الحنفية القريبات من المحارم الحاضنات هن بداية بأخوات المحضون، ثم بنات الأخوات ثم الخالات،

على خلاف المذهب المالكي، الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة، ثم بنات الإخوة، ثم عمات المحضون، فخالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأم، فعمات الأب، وتقدم دوما الشقيقات على الأخوات لأم على الأخت لأب⁵⁵، أما المذهب الشافعي فيرى القريبات من المحارم هن: الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العمة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات لأب على التي لأم على خلاف المذهب المالكي والحنفي⁵⁶، وقد رتب المذهب الحنبلي القريبات الحاضنات للأخوات بدءاً بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، فالخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، فالعمة ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه، ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلن بأبي أم وهو من ذوي الأرحام، وعمات الأب يدلن بالأب وهو من أقرب العصابات، ثم أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه، ثم بنات أعمام أبيه⁵⁷.

2- **العصابات من المحارم من الرجال:** حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حددت المادة 153 من ق أس ج، هذا الصنف حسب أربع جهات أولها جهة البنوة ثم جهة الأبوة فتليها جهة الأخوة وأخيراً جهة العمومة، حسب ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بالميراث وولاية النكاح⁵⁸، وعليه فالأخ هو أخ المحضون الشقيق ثم الذي يليه لأب عند فقهاء المذهب الحنفي، خلافاً للمذهب المالكي الذي يجعل الجد أسبق من الأخ، وهو الجد لأب وإن علا ثم ابن أخ المحضون، ثم عم المحضون الشقيق أو لأم، ثم يليه الذي لأب، وعم الأب يكون بمرتبة عم المحضون، وبالتالي يحق له حضانة الطفل، ثم أبناء العم، ولا تثبت لهم إلا حضانة الذكور، إذ أنهم من العصابات غير المحارم، وبالتالي فلا حضانة لهم لأنثى، والعصابات تقدم كما في الميراث الأقرب فالأقرب⁵⁹.

3- **المحارم من الرجال غير العصبية:** في حالة إذا لم يوجد من يقوم بحضانة المحضون من محارم أو العصابات من المحارم من الرجال أو وجد وليس أهلاً للحضانة، ينتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبية وهم على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق فالخال لأب، فالخال لأم⁶⁰.

4- **من يراه القاضي أصح للمحضون:** في حالة ما إذا لم يكن أهلاً لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم، أو لم يوجد من يحضنه لوجود مانع مادي، كعدم قدرتهم على التكفل

بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلاً لذلك، فللقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون، ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة إبنه عمه⁶¹.

1-2-3- الشروط العامة بالنساء والرجال.

– أهلية الحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نجد:

أولاً- **البلوغ**: الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتبعاتها إلا الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن، البلوغ لأن الصغير ليس من أهل الولاية، ويثور إشكال حول الزوج المرخص له بالزواج من مدى استحقاقه للحضانة، حيث نصت المادة(07) من قانون الأسرة في الفقرة الأخيرة منه على: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ومنه يمكن القول أنه مادام الفتى أو الفتاة مؤهل للزواج، فإنه بذلك يصبح أهلاً لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج، وهذا ما يستشف من نص المادة السابقة الذكر فالأم تقدر على تربية الطفل وهي متروجة رغم صغر سنها، إلا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك⁶².

ثانياً- **العقل**: العقل هو الإدراك، وبه يعرف الإنسان على ما يقدم عليه، فلا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه، وبالتالي لا يمكن له تولي شؤون غيره ويستوي في الجنون أن يكون مُتَطَبِّقاً أو متقطعاً، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت، وعليه ينبغي الإبتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته، والمعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير وبالتالي فلا يرعى هو غيره⁶³، وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيهه مُبَذَّر كي لا يتلف مال المحضون، واشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام والبرص، فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفرات⁶⁴، في حين موقف المشرع الجزائري يرى أن الحضانة ولاية على النفس فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه، إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه، وهو ما ورد في نص(المادة85

أسرة) التي نصت على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

ثالثاً - **الأمانة على الأخلاق**: الأمانة صفة في الحاضن، لذا يجب أن يكون أمينا على أخلاق المحضون، ليكون بها أهلاً لممارسة الحضانة، وحفظاً للمحضون صحة وخلقا، لتضمن حداً أدنى من التربية السليمة للصغير، وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلاً رجلاً كان أو امرأة، من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، واشترط المالكية أمن المكان فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو المارقين من الدين أو غير الملتزمين بأحكامه⁶⁵، ولقد تشدد القضاء الجزائري في ذلك، وتكرس في العديد من أحكامه وقراراته، إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزناً للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف، لا تكون أهلاً للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه، وهذا ما جاء في قرارات المحكمة العليا، في حين اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني في مستحق الحضانة، أن يكون بالغاً عاقلاً سليماً من الأمراض المعدية الخطيرة، أميناً على المحضون قادراً على تربيته وصيانته ديناً وخلقا وصحة، وأن لا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه وأن لا يسكنه في بيت مبغضيه أو من يؤذيه وأن لا يكون مرتداً⁶⁶، واشترط قانون الأحوال الشخصية الكويتي في الحاضن أن يكون محرماً للأنتى، وعنده من يصلح للحضانة من النساء⁶⁷، وهذا ما يحكم به عادة القضاء الجزائري.

رابعاً - **القدرة على التربية**: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة⁶⁸، إذ يرى أغلب الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة، أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضاً معدياً أو مرضاً يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير، ولا لمتقدمة في السن قدما يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به، أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريباً له، إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية والجو الصالح الملائم لتربيته⁶⁹، أما موقف القضاء الجزائري فاعتبر القدرة شرطاً أساسياً في ممارسة الحضانة فيظهر جلياً في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في

أحدها: "أن القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا أو مرض يُعجز عن القيام بشؤون التربية وعلى القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم التّزيه وتقدير مدى عجز الحاضنة"⁷⁰، كما اشترط المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية، على أنه يشترط في الحاضن، الرشد القانوني لغير الأبوين، والاستقامة والأمانة، والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه⁷¹.

خامسا - الإسلام: إن المالكية والحنفية لم يشترطوا إسلام الحاضنة فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًا أو غيرها، لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل وخدمته، وكلاهما يجوز من الكافرة، إلا أنهم إشتراطوا أن لا تكون مرتدة، ودليلهم في ذلك ما رواه أبو داود والنسائي: "أن رافع بن سنان أسلم وأبت إمرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم، وقال رافع: ابنتي، فمالت إلى الأم فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم أهداها"، فمالت إلى أبيها فأخذها"⁷²، ولكنهم إختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة، فقال الحنفية يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقاءه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير، أما المالكية قالوا إن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد⁷³، في حين يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية، ولا ولاية لكافر على مؤمن، قال تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"⁷⁴، أما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة فقد أكدته المادة (62) من قانون الأسرة على أن يربي الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه، حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة وأسقطت الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينها⁷⁵، ولكن المشرع التونسي نص في مدونة الأحوال الشخصية على: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وإن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة"⁷⁶.

1-2-4- الشروط الخاصة بالنساء والرجال.

هناك شروط خاصة تختلف من النساء إلى الرجال، فهي تخص كل واحد منهم وهي:

أولاً: الشروط الخاصة بالنساء: هناك شروط خاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو ب قريب غير محرم منه: اختلف الفقهاء في حكم تزويج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون وهناك عدة آراء منها:

الرأي الأول: وهو رأي الأئمة الأربعة مالك والشافعي، وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه، حيث يرون بأن الحضانة تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهو ما ذهب إليه كل، وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو: "أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي"⁷⁷، فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعندها لا يكون لها هذا الحق، وكذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأُم حتى تتزوج، فتسقط عنها ويدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبو بكر: إنه أحق به ما لم تتزوج وقد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم وكان بحضور الصحابة ولم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شريح لا يختلفون فيه زمانا ومكانا⁷⁸.

الرأي الثاني: وهو الرأي الذي قال به الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري أيضا بأن الحضانة لا تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكر أو أنثى، وحجتهم في ذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تُسقط بزواجها كفالتها لبنيتها، فإن تزوجت الحاضنة ب قريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقربته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه، فيتم بينهما التعاون على كفالته، وهذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية به⁷⁹.

أما موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة 66 من ق أس ج على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وعليه فحق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وب قريب غير محرم، ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار⁸⁰، ويلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون.

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير: أي تكون الحاضنة رحماً محرماً على المحضون كأم المحضون وأخته وجدته فلا حق لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لإبني الخال والخالة والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور⁸¹، فذهب جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية إلى أنه يشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للصغير، لأن الحضانة يقع فيها الاختلاط بين الحاضن والمحضون ولذا اشترطت المحرومية⁸²، كما نص المشرع الإماراتي على أنه يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضون حال اختلاف الجنس⁸³.

3- عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه: يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير، يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها، وهذا شرط عند المالكية، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته وصحته⁸⁴.

4- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب معسرا: إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند إفسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجر الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة، وشرط الشافعية والحنابلة أنه إذا كان المحضون رضيعا أن ترضعه الحاضنة، فإن امتنعت من الإرضاع، فلا حضانة لها.

ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال: بالإضافة إلى شرط العقل والأمانة والاستقامة، هناك شروط خاصة بالرجال وهي:

1- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى: إذا كان الحاضن ذكراً فيشترط أن يكون عنده من يقوم على رعاية الإناث كالزوجة أو الخادمة⁸⁵، كما أن قانون سلطنة عمان للأحوال الشخصية نص على أنه يشترط في الحاضن إذا كان رجلاً أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء⁸⁶، وهو نفس الشيء الذي نص عليه المشرع الإماراتي والمشرع الكويتي والسوداني.

2 - اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: إن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم

2- حلول تنازع القوانين فى الحضانة

2-1- الطبعة القانونية للحضانة

2-1-1- الحضانة أثر من آثار انعقاد الزواج

2-1-2- الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحضانة أثر من آثار الطلاق أو التطلق أو الوفاة، على اعتبار التنازع حولها لا يثور إلا بمناسبة انحلال العلاقة الزوجية، فأثناء الحياة الزوجية يكون

الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين، أما بعد انفصالهما فتثار مسألة من تسند إليه حضانة الأولاد⁹¹، وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري الذي لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة، وبما أن تكليفها يخضع لقانون القاضي طبقا لنص المادة (09) من القانون المدني الجزائري، الذي يعتبر الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية، والتي تناولها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من قانون الأسرة المتعلق بآثار الطلاق⁹²، فاعتبرت أثرا من آثار الطلاق أو الوفاة، في حين خص القانون الكويتي رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الحضانة بضابط إسناد يتمثل في الجنسية⁹³، كما وضع المشرع التونسي ثلاث ضوابط إسناد وترك للقاضي حرية اختيار القانون الأفضل للطفل، واعتبر الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج.

3-1-2- الحضانة ولاية على المال

يرى بعض الفقه المصري أن الحضانة ولاية على المال طبقا لنص المادة (16) من القانون المدني المصري، وقد ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية حسب قرار محكمة القاهرة رقم 89 الصادر في 02/02/1954 لعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بها فأخضعها لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال⁹⁴، في حين الفقيه بارتان أدرج الحضانة ضمن مسائل الولاية على المال، وانتقد هذا الاتجاه كون المقصود بالولاية على المال حفظ مال الصغير وإنماؤه وليس تربية الطفل ورعايته⁹⁵، يبدو من خلال عرض الاتجاهات السابقة، أن مرجع الخلاف حول الطبيعة القانونية للحضانة هو الخلاف حول تكليف الحضانة، ولما كان التكليف يخضع لقانون القاضي، وهو حكم القانون الجزائري، فإن القانون الجزائري هو المرجع في تكليف العلاقات عندما يطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بتنازع القوانين.

2-2- إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

تعد الحضانة من أهم الآثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية، حيث خصتها بعض التشريعات بقاعدة إسناد وفي المقابل سككت تشريعات أخرى عن ذلك فاسحة المجال للاجتهادات القضائية، كما توجد أيضا اتفاقيات دولية ومعاهدات بهذا الخصوص وللتعرف على هذه التشريعات والاتفاقيات، ومن أجل الإحاطة بالموضوع سنعرضه من خلال الفروع التالية:

2-2-1- القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الجزائري.

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا أنه اعتبرها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية وباستقراء أحكام الفقرة 2 من المادة 12 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى⁹⁶، حيث جاء فيها: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، وبالتالي يمكن القول أن القانون الجزائري قد أخضع الحضانة إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى، كما يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج استناداً لنص المادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع القاضي إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة لتحديد من تثبت له الحضانة والوقوف على أسباب انقضائها وسقوطها أو التنازل عنها، وتحديد نفقة المحضون⁹⁷، فقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي حيث أسندت المحكمة الابتدائية الحضانة للقانون الإيطالي، ولكن الزوجة الجزائرية طعنت في هذا الحكم على أساس أنها كانت تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ولم يصدر بشأنها مرسوم لنزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، فقررت المحكمة العليا نقض هذا الحكم حسب نص المادة 13 مدني⁹⁸، وطبقت القانون الجزائري.

2-2-2- القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية

وقد اخترنا في هذا الصدد كل من القانون التونسي والقانون الكويتي إلى جانب القانون المصري والقانون العراقي الذي خص الحضانة بقاعدة إسناد، هذا إلى جانب القانون الجزائري السالف الذكر.

أولاً: التشريع التونسي والكويتي: لقد جاء في الفصل 50 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ما يلي: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"، يفهم من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، على أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية ويعتبر هذا الحل كضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه، مع منح

القاضي مجالا لتطبيق القانون الأفضل للطفل، ولقد كان للقانون الكويتي نفس اتجاه القانون التونسي بخصوص مسألة الحضانة، حيث خصها بقاعدة إسناد نص عليها صراحة في المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"⁹⁹.

ثانيا: التشريع المصري: وبخصوص القانون المصري قد كان له اتجاهان من الفقه، أحدهما يكيّف الحضانة على أنها ولاية على المال وبالتالي إخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، وذلك عملا بنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبون قانون الشخص الذي تجب حماية"¹⁰⁰، أما بخصوص الاتجاه الثاني والذي يمثل غالبية الفقه، فقد أجمع على أن الحضانة كأثر من آثار الزواج يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية أي قانون جنسية الزوج¹⁰¹.

ثالثا: التشريع العراقي: في الوقت الذي لم تضع فيه أغلب التشريعات العربية قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، بل وحتى بالحقوق والواجبات المتبادلة مابين الآباء والأبناء، تميز القانون العراقي بموقف متميز، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحده وأخضعها لقانون جنسية الأب، بموجب المادة (4/19) من القانون المدني العراقي وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة¹⁰².

2-2-3- القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدولية

بقي أن نشير إلى مشاكل الحضانة في الزواج المختلط، والتي أدت إلى إبرام معاهدات دولية ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1961، المتعلقة بصلاحيات السلطات والقوانين الخاصة بحماية القصر، كما أبرمت الجزائر معاهدة ثنائية مع فرنسا بشأن المنازعات التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الفرنسيات والمتعلقة بحضانة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين¹⁰³ وهي كالتالي:

أولا: اتفاقية لاهاي لسنة 1961: نجد اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04/02/1969، تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، على أساس أن ذلك المكان هو الذي

تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأن فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت أساسا لحماية الطفل ذاته وتحديد الضمانات القانونية لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين دون الاهتمام لشروط الشخص الحاضن، ونجد القانون الإنجليزي أيضا تأثر بنفس الاتجاه، الذي أخذت به اتفاقية لاهاي وأخضع الحضانة لقانون موطن الطفل¹⁰⁴.

ثانيا: الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وفرنسا: نصت الاتفاقية الثنائية المبرمة بين البلدين على أن الجزائر وفرنسا ورغبة منهما في دعم التعاون القضائي وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال وحرية تنقلهم بين البلدين وإقناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة انفصال، عقدت حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية اتفاقية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، والموقعة بالجزائر في 21/06/1988¹⁰⁵، والتي جاء في المادة 2 من الفصل الأول منها ما يلي: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي :

- (1) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.
- (2) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.
- (3) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة .
- (4) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا .
- (5) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.
- (6) اطلاع السلطة المركزية الملتزمة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.
- (7) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه".

وبالرغم من ذلك فإن الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، ومن بين المشاكل مشكلة الحضانة عند

إسنادها للأُم لكونها أولى بحضانة الطفل من طرف القضاء الفرنسي، وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، لكن السؤال الذي نطرحه بهذا الخصوص، هل ستمارس الأم الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أي تربية الطفل على دين أبيه؟ خاصة إذا كانت الأم كتابية؟ أكيد هذا غير ممكن، مثل هذه المشاكل لا نجد لها حلول في بنود الاتفاقية مما يؤدي إلى تنازع الاختصاص بين المحاكم الجزائرية والمحاكم الفرنسية، أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام في الجزائر، كما أن الاتفاقية لم تعالج مسألة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع للمراجعة حتى ولو أنها أشارت في المادة 05 من الاتفاقية "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل"، ومن ثم يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، وهذا طبعا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه، فإن كانت الإجابة بنعم على التساؤل، أي يمكنه المطالبة بمراجعة حكم الحضانة، فهل يحكم لصالحه؟ نرى بأن هذا الأمر مستبعد بالنظر إلى الاعتبارات التي تقوم عليها الأنظمة القانونية في كلا الدولتين.

أما بالنسبة لبقية الدول العربية، فهناك اتفاقية ثنائية مبرمة بين المملكة المغربية ومملكة إسبانيا بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال¹⁰⁶، وكذلك الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا والمتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي¹⁰⁷، بالإضافة إلى المعاهدة الثنائية بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية المنعقدة بتاريخ 1998/05/27¹⁰⁸، وكذا الاتفاقية التونسية الفرنسية الصادرة في 1982/03/18 والمتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة¹⁰⁹.

2-2-4- استبعاد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

عند إشارة قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي لتنظيم الحضانة، ومع ذلك فالقاضي الوطني يستبعده إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في دولته¹¹⁰،

فالنظام العام فكرة مرنة يصعب تحديدها لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان، لكنها في مجال الأحوال الشخصية لها دور أساسي لارتباطها بالمبادئ الدينية وهو أمر واقع في التشريعات العربية خاصة، وتتحقق مخالفة النظام العام للأحكام المنظمة للحضانة في العديد من الحالات، كأن يؤسس القانون الأجنبي الحق في الحضانة على أسس تمييزية عنصرية، أو بما يضر بمصلحة الطفل، فاتفق الوالدين على التنازل عن الحضانة بما يضر بمصلحة الطفل يعد مخالفا للنظام العام¹¹¹، كما تطبق فكرة النظام العام الذي يميز بين نشوء الحق وإرادة الاحتجاج به، فالحق الذي نشأ واكتسب في دولة أخرى كالطلاق مثلا قد يؤدي إلى قيام النزاع حول حضانة الأطفال، وعليه فقد نصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، فالمرشع الجزائري ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد مقتضيات وأسس النظام العام حسب مفاهيم نظامه القانوني.

فجد أن القضاء الجزائري في العديد من أحكامه المتعلقة بالحضانة عند إسنادها للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه طبقا لنص المادة 62 من قانون الأسرة وبحق الزيارة حسب نص المادة 64 أسرة أيضا، عندما لا يقيم الوالدين في بلد واحد، كأن تقيم الأم في دولة أجنبية غير مسلمة وتسلم إليها الحضانة، والأب يقيم في الجزائر، فقد أصدر المجلس الأعلى قرارا بإسناد الحضانة للأب المقيم بالجزائر وأسقطها عن الأم بسبب عدم رقابة الأب عن أبنائه وحرمانه من حق الزيارة وتربيتهم على دين أبيهم، وقد يغير ذلك من معتقدات المحضون ويبعده عن دينه وعن عادات قومه ويمس بقواعد النظام العام¹¹²، وفي نفس السياق وحرصا على تربية الطفل على دين أبيه رفضت محكمة التعقيب التونسية إهمار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية خوفا على ما يربته نقل المحضون لبلد أجنبي من انفصاله عن دينه وحضارته¹¹³، كما أن القضاء الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1974/07/11 تم استبعاد القانون الأجنبي بحجة إسناد حضانة الأطفال لأحد الوالدين على أساس اعتبارات السن أو الجنس¹¹⁴.

الخاتمة:

إن موضوع الحضانة عند انحلال الزواج المختلط، له أهمية بالغة بالرغم من أنه لم يحظ بالقدر الكافي من الاهتمام من طرف التشريعات الوضعية، بل إن بعض القوانين لم تحدد قاعدة الإسناد التي تحكم الحضانة فاتحة بذلك المجال للاجتهادات القضائية، وذلك يعتبر بمثابة ثغرة قانونية أثارت جدلا فقهيًا وقضائيا، باعتبار موضوع الحضانة موضوع يعالج مشكلة طفل تلقى صدمة من جراء هذا الانفصال، إذ كان لابد من وضع نصوص بهذا الخصوص، كما أنه أثارت عدة إشكالات حول تحديد القانون الواجب تطبيقه على الحضانة في مجال تنازع القوانين، بين من اعتبرها أثر من آثار الزواج، وبين من اعتبرها أثر من آثار الطلاق وآخرون اعتبروا الحضانة ولاية على المال، وهذا الاختلاف كان السبب في أن البعض قام بتحديد قاعدة إسناد بهذا الخصوص، كما أن بقية التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري استبعد تطبيق القوانين الأجنبية المخالفة للنظام العام في الجزائر بنصوص صريحة، ومنه نستخلص:

أولا- النتائج:

- أغفل المشرع ذكر الأوصاف والصفات المتعلقة بالحضانة عند انحلال الزواج المختلط،
- لم يحدد المشرع شروط الحضانة بالنسبة للطرف الأجنبي رغم أهميتها.
- لم يضع المشرع قاعدة إسناد بالحضانة في الزواج المختلط.
- المدة التي يحق للوالد أو من لم تسند له الحضانة عند ممارسته لحق الزيارة في غير محله كون هذه المدة لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنه.
- رغم وجود عدة اتفاقيات ثنائية ودولية بخصوص الحضانة إلا أن أحكامها ما تزال ناقصة.

ثانيا- الاقتراحات:

- على المشرع إعادة النظر في أحكام قانون الأسرة فيما يخص حضانة الأم الأجنبية وضبطها بنصوص قانونية صريحة.
- على القاضي مراعاة كل الجوانب التي تضمنتها المادة 62 من قانون الأسرة ومتابعة مدى تطبيقها.
- بخصوص مراقبة الأب أو من أسندت له الحضانة، خاصة إذا أسندت للأم غير المسلمة، على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة للأم غير مسلمة، وتربية الولد على دين أبيه.

- إأاعة النظر فف الاأافاقف الاأائف والدولة بأأصوص الحضانة والنص صراحة على القانون الواأب الأأبفق علفها.
- بالنسبة للزواج المأأأ، رأم الاأامام الموضوعف لموضوع الحضانة، إلا أن المأأع لم فأأد قاعة الإنسان الأاصة بها، وعلفه أأارك ألك مسأأأا.
- نفأأرأ على المأأع الأأازف إصأار قانون أاص للأأاأا الدولية الأاصة، لأل مشأل أأازع القانونف وأفرها من الإشأالات.
- على المأأع الأأازف الأأأل لأمافة الأحكام المأأأة بالأأانة عامة وبأنأال الزواج المأأأل أاصة، وأأوضفأها بأأة وأأأر أأصفلا، وأأارك النقائص الموأأة ومنأها الأأمفة الأف أأأأأها بأأأأارها أأس بمصلحة المأأون.

الهوامش:

1. قانون رقم 01/16 مؤرخ فف 6 مارس سنة 2016 فأأأمن الأأأفل الأأأورف، أرفأة رسمفة، أأد 14 بأأفأ 07 مارس 2016، ص15.
2. ابن منأور أأال الأفن، لسان العرب، ج2، أار صأار، ط1، بفروأ، 1990، ص910.
3. الكأانف، بأأع الصأاع فف أأأفب الشرائع، ج4، أار الكأب العلمفة، ط2، بفروأ، 1986، ص40.
4. الأوسقف، أأأفة الأوسقف، ج3، أار الكأب العلمفة، ط1، بفروأ، 1996، ص508.
5. المرأاؤف، الإنصاف فف معرفة الرأأع من الألاف، ج9، أار الكأب العلمفة، ط3، بفروأ، 2012، ص435.
6. أأأ نصر الأأأف، الحضانة فف الشرع والقانون، أار الكأب القانونفة، القاهرة، 1998، ص9.
7. أأأ أبو زهرة، الأحوال الشأصفة، أار الفكر العربف، ط3، القاهرة، 1957، ص474.
8. القانون رقم 11/84 المؤرخ فف 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 فونف 1984 المأأأمن قانون الأسرة المعدل والمأأم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ فف 18 أأرم 1426 هـ الموافق 27 ففأرفر 2005 ، أرفأة رسمفة، العدد15 بأأفأ 27 ففأرفر 2005.
9. العربف بلأأ، الوأفز فف شرح قانون الأسرة الأأازف، أفوان المأأوعاأ الجامعفة، ط5، الأأازر، 2007، ص380.
10. الأمر المؤرخ فف 13 أوأ 1956 المأأأمن أألة الأحوال الشأصفة الأونسفة المعدلة بالقانون رقم20/08 المؤرخ فف 04 مارس 2008، الصأار بالرائأ الرسمي الأونسف أأد 66 بأأفأ 17 أوأ 1956.
11. القانون رقم 70/03 المؤرخ فف 03 ففأرفر 2004 المأأأمن أأونة الأسرة المأربفة المعدل والمأأم بالقانون رقم 08/09 المؤرخ فف 16 ففلفو 2010، أرفأة رسمفة أأد 5859 بأأفأ 26 ففلفو 2010.
12. أأأ علفوف ناصر، الحضانة بفن الشرفعة والقانون، ط1، أار الأأافة للنشر والأأزفع، عمان، الأأرن، 2010، ص31.

13. فراس كريم شبعان، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ص158.
14. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هوم، ط4، الجزائر، 2013، ص293.
15. عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2001، ص28.
16. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، المؤسسة الوطنية، الجزائر، 1986، ص371.
17. قرار رقم 52221 بتاريخ 1989/03/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 1993، ص48.
18. عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص29.
19. باديس دبابي، أثر فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص51.
20. قرار رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 1989، ص73.
21. باديس دبابي، المرجع السابق، ص51.
22. سليمان أبو داود، سنن أبي داود، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج3، دار الرسالة العالمية، د ب ن، 2009، ص490.
23. حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2009، ص153.
24. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص544.
25. سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد1، الجزائر، 2010، ص141.
26. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011، ص42.
27. قرار رقم 564787 بتاريخ 2010/07/15، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2010، ص266.
28. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية، 2005، ص194.
29. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص380.
30. عمرو عيسى الفقي، المرجع نفسه، ص194.
31. عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة جامعة عنابة، العدد15، 2005، ص198.
32. قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 32594، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 1989، ص77.
33. أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د س ن، ص639.
34. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص375-376.
35. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص141.
36. قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 المؤرخ في 2010/09/26.
37. مدونة الأسرة المغربية، المصدر السابق.
38. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28 المؤرخ في 2005/06/15.
39. أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، شرح سنن أبو داود، ج6، دار الفكر العربي، بيروت، 2003، ص298.
40. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص546.

تباين القوانين في الحضانة بين التهرجاء العربية والاجتماعات القضائية

41. قرار بتاريخ 1986/02/24، ملف رقم 39941، غ م، مقتبس عن العربي بلحاج ، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص119.
42. En effet, l'article 287/2, loi n° 93-22 du 08/01/1993 dispose clairement que : "si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents".
43. أنظر المادة 287 من قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد الصادر بتاريخ 2009/04/05.
44. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص621.
45. قرار بتاريخ 2008/02/13، ملف رقم 424292، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2008، ص267.
46. كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012/2013، ص42 .
47. قرار بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 179471، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص172.
48. وجنات عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة، مجلة جامعة أم القرى، ج15، العدد27، مكة المكرمة، 1424هـ، ص378.
49. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص307.
50. محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، 1984، ص301 ومايليها.
51. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008، ص256.
52. قرار بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم153640، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 1997، ص39.
53. كربال سهام، المرجع السابق، ص43.
54. محمد وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص724.
55. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، ط3، مصر، 1966، ص406.
56. سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دار المنار، ط1، مصر، 1986، ص28.
57. سمير محمد محمود عقبي، المرجع السابق، نفس الصفحة.
58. صالح بوغراة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص80.
59. التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4، دار الوعي، ط2، الجزائر، 2010، ص869.
60. رمضان علي السيد الشرناصي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص174.
61. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص219.
62. صالح بوغراة، المرجع السابق، ص68.
63. سمير محمد محمود عقبي، المرجع السابق، ص64.
64. التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص87 .
65. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص359.
66. أنظر المادة/ 171 أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المصدر السابق.
67. أنظر المادة/ 190 ب من القانون رقم 84-51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل والمتمم، جريدة رسمية، العدد 1570 بتاريخ 1984/07/23.
68. قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم33921، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد4، 1989، ص76.
69. أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص152.
70. قرار المحكمة العليا رقم 26403، المؤرخ في 1991/12/30.
71. أنظر المادة 173 من مدونة الأسرة المغربية، المصدر السابق.
72. سليمان بن الأشعث أبو داود، مرجع سابق، ص471.

73. محمد وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص306.
74. سورة النساء، الآية 141.
75. قرار بتاريخ 1979/04/16، ملف رقم 19287، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، نشرة القضاء، العدد2، 1981، ص108.
76. انظر الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المصدر السابق.
77. أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، مرجع سابق، ص298.
78. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص258.
79. كربال سهام، مرجع سابق، ص24.
80. قرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 40418، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد2، 1989، ص75.
81. أحمد نصر الجندي، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص22.
82. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص372.
83. أنظر المادة 171/ج من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المصدر السابق.
84. باديس ديباي، المرجع السابق، ص66.
85. التواتي بن تواتي، المرجع السابق، ص880.
86. انظر المادة 127/ب-1 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.
87. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص305.
88. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص228.
89. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص33.
90. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص33-34.
91. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص116.
92. جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص34.
93. زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص119.
94. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص273.
95. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص297.
96. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008، ص51.
97. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هوم، الجزائر، 2011، ص231.
98. قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 170082، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 2000، ص167-170.
99. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد الرابع، جانفي 2011، ص248.
100. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص273.
101. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص52/53.
102. فراس كريم شعبان، المرجع السابق، ص166.
103. عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص243.
104. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص249.
105. إتفاقية بين الجزائر وفرنسا بتاريخ 1988/06/21، المرسوم رقم: 144/88 المؤرخ في 1988/07/26، الجريدة الرسمية، العدد30 لسنة 1988.

تنازع القوانين في الحضانة بين التهريجاء العربية والاجتماعات القضائية

106. اتفاقية بين المغرب واسبانيا بتاريخ 1997/05/30، ظهير شريف رقم 1/99/113 الصادر في 1999/05/23، الجريدة الرسمية، العدد 4700 الصادرة بتاريخ 1999/06/17، ص 1544.
107. اتفاقية بين المغرب وفرنسا بتاريخ 1981/08/10، ظهير شريف رقم 1/83/197 الصادر في 1986/11/14، الجريدة الرسمية، العدد 3910 الصادرة بتاريخ 1987/10/07، ص 931.
108. اتفاقية بين المغرب ومصر بتاريخ 1998/05/27، ظهير شريف رقم 1/99/9 الصادر في 1999/06/24، الجريدة الرسمية، العدد 4718 الصادرة بتاريخ 1999/08/19، ص 2093.
109. جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 39.
110. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 297.
111. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 135.
112. عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 240.
113. أنظر، قرار مدني، عدد 2000 صادر عن محكمة التعقيب، 1979/05/15، مجلة القضاء والتشريع، 1980، عدد 10، ص 79، نقلا عن حميدو زكية، المرجع السابق، ص 309.
114. زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 126.