التنازل عن الحضانة بين القانون الجزائري والإماراتي: رؤية على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية*

الدكتور

بدر الدين براحلية*

الملخص

تعالج الورقة مسألة التنازل عن الحضانة في القانون الجزائري والقانون الإماراتي، تعرض معايير تطبيق المصلحة الفضلى للطفل، وتحدّد الطبيعة القانونية للحق في الحضانة في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري والإماراتي.

يحاول البحث تقييم موقف القانون الجزائري والإماراتي والممارسة القضائية في كلا المنظومتين من التنازل عن الحضانة على ضوء تطبيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

الكلمات الدالة:

الحضانة – التنازل – مقاصد الشريعة – القانون الجزائري – القانون الإماراتي

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١٨/٤/٢٩.

* أستاذ محاضر – كلية الحقوق- جامعة باجي مختار- عنابة- الجزائر.

المنارة للاستشارات

www

المقدمة

ينتج عن حالات الفرقة الزوجية مشاكل اجتماعية وقانونية معقّدة، حيث تنضح المحاكم والمجالس القضائية بدعاوى الحضانة التي تستمّد أهميتها البالغة من قيمة المبحوث عنه، وهي مصلحة الطفل المحضون باعتبارها مسألة حاضرة ذات غاية مستقبلية.

إذا كان الأصل التنازع حول الحصول على الحقّ في الحضانة، فإنّه يحدث أن يتنازل صاحب هذا الحقّ عن حقّه ممّا يستدعي مراعاة مصلحة المحضون في هذه الحالة، حيث يجب التمييز بين تقدير مصلحة المحضون عموماً ومصلحته عند التنازل عن الحضانة، فمصلحة المحضون هنا تكتسي أهمية أكبر لأنّ أحد الأطراف قد يكون فضّل مصلحته على مصلحة الطفل، فيتجاذب إسناد الحضانة هنا العديد من المصالح ممّا يستوجب تقديم إحداها على الأخرى، وبتعبير آخر، يمكن أن تتوافق مصلحة المحضون مع مصلحة الحاضن ويمكن أن تفترقا، وينازع هاتين الحالتين رغبة الحاضن في الحضانة أو تنازله عنها.

موضوع البحث يقتصر على حالة تنازل الحاضن عن الحضانة ومصلحة المحضون تكون في البقاء معه أو الابتعاد عنه، كما أنّ التنازل عن الحضانة يشمل التنازل الاتفاقي والتنازل بالإرادة المنفردة، التنازل الصريح والتنازل الضمني، كما قد يكون تنازلاً تعسفياً، وقد يتم التنازل ثم يقدّم طلب الرجوع عنه، وقد يكون التنازل اختيارياً أو إكراهاً.

تسمح المادة ٦٦ من قانون الأسرة الجزائري بالتنازل عن الحضانة مقيدة ذلك بمصلحة المحضون[١]، في حين يميل قضاء المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية[٢] لمنع التنازل عنها في ظل

(١) تنصّ المادة ٦٦ من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

(٢) سيشار لقرارات المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية بالرمز: "م إع"، في حين يرمز للمحكمة العليا الجزائرية بـ: "م ع".

المنارة للاستشارات
www

سكوت قانون الأحوال الشخصية عن المسألة، رغم أنّ المنظومتين متقاربتان من حيث التعديلات الطارئة عليهما[1]، ومن حيث المصدر التشريعي، وهذا ما يظهر من خلال اعتماد اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون الإماراتي على قول الجمهور (باستثناء عدد قليل من المسائل)[2]، واعتماد القانون الجزائري على المذاهب الأربعة (وعلى غيرها في بعض المسائل)[3].

(١) ستتم دراسة الموضوع على ضوء القانون رقم ١١/٨٤ المؤرخ في ١٩٨٤/٠٦/٠٩ المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون ٠٩/٠٥ المؤرخ في ٢٠٠٥/٠٥/٠٤ (ج ر رقم ٤٣ صادرة بتاريخ ٢٠٠٥/٠٦/٢٢، ص٠٤)، والقانون الاتحادي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به، (سلسلة التشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة؛ ٢) قسم الدراسات والبحوث – معهد دبي القضائي، دبي، ط ٠٣، (٢٠١٧)، وسيتم اختصاره بعبارة "قانون الأحوال الشخصية الإماراتي".

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، عدد ٢٦، أفريل (٢٠٠٦)، ص٠٧. كما تنصّ الفقرة الثالثة من المادة الثانية قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي: "يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون، وتفسيرها، وتأويلها إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده. تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه. وإذا لم يوجد نصّ في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثمّ مذهب أحمد، ثمّ مذهب الشافعي، ثمّ مذهب أبي حنيفة". وهو ما يستشف أيضاً من عديد القرارات القضائية. راجع في ذلك القرارات التالية: قرار م إع، طعن رقم ٢٢٥ لسنة (٢٠١٠)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٠/٠٦/٠٨. قرار م إع، طعن رقم ٢٩٣ لسنة (٢٠١٢)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٥. قرار م إع، طعن رقم ٤٨٨ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٥/١٣. قرار م إع، طعن رقم ٢١ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٩/٣٠. قرار م إع، طعن رقم ٢٠٦ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١٠/١٤. قرار م إع، طعن رقم ٣٧٣ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١٠/٢٨. قرار م إع، طعن رقم ٢٤٩ لسنة (٢٠١٥)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٥/١٢/٠٨. وذهبت في قرارها بتاريخ ٢٠١٤/٠٥/١٣ إلى أنّه لا يُعمد إلى الأخذ من المذاهب الأخرى قبل الرجوع للمشهور في المذهب المالكي حسب الترتيب الوارد في المادة الثانية أعلاه. قرار م إع، طعن رقم ٥٠٢ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٥/٠٢/٠٣.

(٣) نصّت ديباجة المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث،

المنارة للاستشارات
www

إنّ منع التنازل عن الحضانة مطلقا كونها حقاً لله أو حقاً مشتركاً بين الحاضن والمحضون يلغي فرضية أن يكون في التنازل مصلحة للمحضون، كما أنّ إجازة التنازل ومنح السلطة المطلقة للقاضي في تقدير مصلحة المحضون دون ضبط معايير تقدير هذه المصلحة يفتح باب التعسّف القضائي، ممّا يثير إشكالية مدى تحقّق المصلحة الفضلى للمحضون في التنازل عن الحضانة؟

تعتمد الدراسة على المنهج المقارن، وهذا على مستويين اثنين: مستوى أفقي من خلال المقارنة بين المنظومتين الجزائرية والإماراتية، ومستوى عمودي بين النص القانوني والتطبيق القضائي.

كما يعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرض الآراء الفقهية والأحكام القضائية الممهورة بالتحليل والنقد لفهم منهج وطريقة إصدارها، مع إبداء الرأي الشخصي المؤيّد بالحجج والبراهين.

نحاول الإجابة على الإشكالية السابقة من خلال مبحثين رئيسيين وعدة مطالب وفق الخطة التالية:

الإجماع، القياس، الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل ..."أحمد غرابي، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد الثامن، رقم ٢٢، ص٠٧.

كما تنصّ المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:" كل ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". ومن المعلوم أنّ المذهب المالكي يعتبر المصدر التاريخي لقانون الأسرة الجزائري، إلاّ أنّ نصّ المادة ٢٢٢ لم يقيّد القاضي الجزائري بمذهب معيّن، وهو ما يتضّح من بعض قرارات المحكمة العليا التي اعتمدت على بعض المذاهب الأخرى في تسبيب أحكامها: قرار م ع رقم ٣٣٧١٥، بتاريخ ١٩٨٤/٢٥/٠٦، المجلة القضائية، (١٩٨٩)، عدد ٠٤، ص٧١. قرار م ع رقم ٢٧٣١٧٧، بتاريخ ٢٠٠١/١١/١٤، غير منشور. قرار م ع رقم ٤٩٩٠٨٤، بتاريخ ٢٠٠٩/٠٧/١٥، مجلة م ع، (٢٠٠٩)، عدد ٠٢، ص١٧٠. قرار م ع رقم ٦١٣٠٩١، بتاريخ ٢٠١١/٠٣/١٠، مجلة م ع، (٢٠١١)، عدد ٠٢، ص٢٧٨. قرار م ع رقم ٦٩٢٣٤٢، بتاريخ ٢٠١١/٠٧/١٤، مجلة م ع، (٢٠١١)، عدد ٠٢، ص٣٠٢. بل ذهبت في بعض قراراتها إلى نقض الأحكام التي ألزمت الأطراف التقيّد بالمذهب المالكي: راجع القرار رقم ٤٠٥٨٩، بتاريخ ١٩٨٦/٠٢/٢٤، المجلة القضائية، (١٩٨٩)، عدد ٠١، ص٨٣.

المنارة للاستشارات
www

المبحث الأول: نتعرّض فيه لمصلحة الطفل الفضلى والتنازل عن الحضانة: هل بينهما تلازم أم تعارض، حيث نتعرَّض لمصلحة المحضون الفضلى بين المفهوم الوضعي والرؤية المقاصدية في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، من خلال إبراز المفهوم الغامض والتطبيقات المتعدّدة لمصلحة المحضون الفضلى من المنظور القانوني (الفرع الأول)، ثمّ توضيح العلاقة بين هذه المصلحة ومقاصد الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

أمّا المطلب الثاني من هذا المبحث فتعرّضنا فيه للحضانة إن كانت حقاً أم التزاماً، وذلك من خلال تحديد طبيعتها في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثمّ طبيعتها في القانونين الإماراتي والجزائري (الفرع الثاني).

المبحث الثاني: حاولنا فيه تقييم موقف القانون الإماراتي والقانون الجزائري من التنازل عن الحضانة، فأوضحنا أنّ التنازل عن الحضانة في القانون الإماراتي يتّسم بالمنع الجزئي والجواز الضمني (المطلب الأول)، حيث أبرزنا النصوص والتوجه القائم على منع التنازل عن الحضانة في القانون الإماراتي (الفرع الأول)، ثمّ النصوص والتوجّه القائم على جوازه في هذا القانون (الفرع الثاني).

أمّا المطلب الثاني من هذا المبحث، فأوضحنا فيه أنّ التنازل عن الحضانة في القانون الجزائري يتّسم بمنح سلطات واسعة ومعايير متداخلة، فأبرزنا في الفرع الأول منه المعايير القضائية لتقدير مصلحة المحضون، وفي الفرع الثاني مدى اعتماد القاضي على الخبرة الفنية والمساعدة الاجتماعية في تقدير مصلحة المحضون في التنازل عن الحضانة.

لنختم البحث بجملة من النتائج والتوصيات.

المنارة للاستشارات

www

المبحث الأول
مصلحة الطفل الفضلى والتنازل عن الحضانة:
تلازم أم تعارض؟

تختلف مصلحة الطفل الفضلى من شخص لآخر ومن حالة لأخرى، حيث يمكن أن تجتمع وتتلازم مصالح الطفل ومصالح الغير كما يمكن أن تتعارض، بل يمكن أن تجتمع مصالح الطفل في حدّ ذاتها ويمكن أن تتنافر، وهذا راجع من جهة لعدم إمكانية ضبط مفهوم مصلحة الطفل بشكل دقيق خاصة عندما تختلف مرجعيات ومصادر القاعدة القانونية بين القانون الوضعي والرؤية المقاصدية للشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ومن جهة ثانية اختلاف وجهات النظر في بيان الحكم الشرعي والقانوني للتنازل عن الحضانة المتوقف بدوره على تحديد طبيعتها القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
المصلحة الفضلى للمحضون
بين المفهوم الوضعي والرؤية المقاصدية

نتيجة اختلاف المرجعيات والفلسفات القانونية في المنظومات الوضعية، عرفت مصلحة المحضون مفهوماً غامضاً وتطبيقات متعددة (الفرع الأول)، في حين تعتبر مصلحة المحضون على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية فرعاً من أصل (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مصلحة المحضون الفضلى من المنظور القانوني:
مفهوم غامض وتطبيقات متعددة

تثير مصلحة المحضون العديد من النقاشات حول تحديد مفهومها، لأنّ فكرة المصلحة في القوانين الإجرائية والموضوعية على حدّ سواء فكرة متعدّدة الأبعاد، مطاطة، قادرة على

المنارة للاستشارات
www

تقمّص عديد الأشكال حسب نوع القضية والزمن[1]، جعلتها عديد القوانين الداخلية[2]، والاتفاقيات الدولية[3] الركيزة الأساسية في تحديد الحقوق والالتزامات، ويتمّ التعبير عنها أحيانا بـ "مصلحة الطفل"، وفي حالات أخرى بـ"مصلحة الطفل الفضلى"، وقد تعرّضت عديد التشريعات القانونية لمفهوم مصلحة الطفل الفضلى (أولاً)، وتنازعتها بهذا الصدد عدّة مدارس فقهية قانونية (ثانياً).

أولاً: مصلحة الطفل الفضلى في التشريعات القانونية:

نصّت اتفاقية حقوق الطفل (اتفاقية نيويورك) لسنة ١٩٨٩ في المادة ٠٢ منها على أنّه:" تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم"، كما تنصّ المادة ٠٣ على ما يلي: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

حاولت لجنة حقوق الطفل ربط هذه المصلحة الفضلى بمراعاة: آراء الطفل وتطلّعاته، هوّية الطفل بما في ذلك سنّه وجنسه وطفولته، سلامة الطفل ورعايته، رفاهيّة الطفل، البيئة

(١) عزيزة حسيني، مصلحة الطفل، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١ – يوسف بن خدة، (٢٠١٤)، ص٠٥.

(٢) راجع المواد: ٦٤، ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٩ من قانون الأسرة الجزائري، والمواد ٠٢، ٠٤، ٠٧، ٤٦، ٤٧ من القانون ١٢/١٥ المؤرخ في ٢٠١٥/٠٧/١٥ المتعلّق بحماية الطفل، جريدة رسمية رقم٣٩، صادرة بتاريخ ٢٠١٥/٠٧/١٩، ص٠٤.

(٣) استعملت بعض الاتفاقيات عبارة "المصلحة الفضلى للطفل the best interests": انظر المواد ٠٣، ٠٩، ١٨، ٢١، ٤٠ من اتفاقية حماية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي ٤٦١/٩٢ المؤرخ في ١٩٩٢/١٢/١٩ مع التصريحات التفسيرية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٠، جريدة رسمية رقم ٩١، صادرة بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٣، ص٠٤.

المنارة للاستشارات

www

الأسرية والاتصال داخل الأسرة، تعاملاته في الوسط الاجتماعي ومع أقرانه، مواطن الضعف لدى الطفل، مهاراته وقدراته، احتياجاته التعليمية والصحيّة، نمو الطفل التدريجي وحياته المستقلّة، وكل احتياجات أخرى للطفل[١].

كما تؤكّد اللجنة على عدم وجود تسلسل هرمي لحقوق الطفل، فيجب تحقيق كل هذه الحقوق بنفس الدرجة[٢]، وهو ما لا يمكن تحقيقه –عملياً– في جميع الحالات، وفي جميع الدول وبنفس الدرجة، بل لا يمكن تحقيقه داخل نفس الدولة ولو كانت من الدول المتقدمة، فاختلاف وضعية الأطفال باختلافهم الطبيعي واختلاف أسرهم البيولوجية يجعل من تحقيق هذه القواعد أقرب إلى التطبيق في العالم الافتراضي، لذا قرّرت اللجنة لاحقاً في تعليقها بأنّ تحقيق مصلحة الطفل الفضلى يجب أن يكون "حالة بحالة".

ركّز قانون حماية الطفل الجزائري رقم ١٥/ ١٢ على مصلحة الطفل الفضلى في عديد المواضع، حيث أكّد على أنّ الأسرة هي الوسط الطبيعي لنمو الطفل الذي لا يجوز فصله عنه إلاّ إذا اقتضت مصلحته الفضلى ذلك، ويقيّد ذلك إجرائياً بأمر أو حكم قضائي، بل فرض أنّ تكون غاية كلّ حكم أو تدبير قضائي أو إداري هي تحقيق مصلحته الفضلى، وبهذا الصدد أعطى بعض المعايير التي يمكن أن يعتمد عليها لتحديد هذه المصلحة، وهي: مراعاة الجنس، السن، الصحة، الاحتياجات المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية، الوسط العائل، وجميع الجوانب الأخرى المرتبطة بوضعه[٣].

في حينّ عرّف القانون الإماراتي رقم ٠٣ لسنة ٢٠١٦ مصلحة الطفل الفضلى بأنّها:" جعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار وذات أولوية وأفضلية في جميع الظروف ومهما كانت مصالح الأطراف الأخرى"، كما أكّدت المادة الرابعة منه أيضاً على ضرورة تنشئة الطفل في أسرته

(1) Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013), Chapter V.A.1 and par. 44 http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (01/08/2017)

(2)Ibid,.

(٣) راجع المواد: ٠٤، ٠٧ من القانون ١٢/١٥ المذكور أعلاه.

المنارة للاستشارات
www

الطبيعية تحت مسؤولية الدولة، كما قيّدت صدور أيّ إجراء باحترام تلبية حاجيات الطفل الأدبية والنفسية والبدنية مع مراعاة سنّه وصحّته ووسطه العائلي خاصة حقّه في الحضانة[١].

ثانياً :مصلحة الطفل الفضلى في المدارس الفقهية القانونية:

تشير بعض الدراسات[٢] إلى وجود معيارين لتقدير مصلحة المحضون:

١. **المعيار المعنوي والروحي**: المتمثل في تعليم الطفل وتربيته الدينية وحفظه خلقاً، بالإضافة للأمن والاستقرار المعوّض للحرمان والمحافظة على الصحّة، حيث يمكن الاستعانة بالأطباء العامّين والنفسانيين، وهذا على اعتبار أنّ أغلب المنحرفين الأحداث والراشدين يعانون من أمراض نفسية وانعدام التوازن العاطفي، وقد تكون الأسرة المسؤول الأول عنه بسبب عدم توفير شروط الرعاية المناسبة.

٢. **المعيار المادي**: يتجسّد هذا المعيار في السهر على حماية الولد ورعايته مادياً، وما يتبع ذلك من مأكل وملبس ومسكن وغيرها من مشتملات النفقة.

في حقيقة الأمر، لا يندرج المعيار المادي ضمن مقوّمات الحضانة على اعتبار أنّها من التزامات الأب المتعلّقة بالنفقة وتوفير المسكن للحاضنة، أمّا إن كان المقصود من هذا المعيار الإمكانيات الشخصية للحاضن الزائدة عن واجب النفقة المقرّر في ذمة الأب، فلا أعتقد أنّه يساعد كثيراً القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

ركّزت المدرسة الأنجلو ساكسونية مجسّدة في القانون الإنجليزي على ضرورة احترام رغبات ومشاعر الطفل على ضوء سنّه وإدراكه، احتياجاته البدنية والعاطفية والتعليمية، جنسه، خلفيته، وأيّة خاصية أخرى تعتبرها المحكمة ذات صلة بمصلحته[٣].

(١) راجع: القانون الإماراتي رقم ٠٣ لسنة (٢٠١٦) الصادر في ٢٠١٦/٠٣/٠٨ المتعلق بحقوق الطفل "وديمة".
http://ejustice.gov.ae/downloads/latest_laws2016/union_law_3_2016_children_rights.pdf (15/08/2017)

(٢) زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، (٢٠٠٥)، ص١٠٥.

(3)Jane Fortin, Cildren's rights and the developing law, Cambridge university press, second

المنارة للاستشارات

www

في حين اعتمد الفقه الفرنسي[1] في تحديد مصلحة الطفل الفضلى على بعض المعايير القضائية القائمة على تقرير الخبراء من جهة، والسلطة التقديرية للقاضي من جهة ثانية، والتي تتمثّل في:

- يجب أن يعيش الطفل مع عائلته البيولوجية.
- يجب أن يعيش الطفل مع الشخص المستفيد من تفويض بالسلطة الأبوية.
- يحتاج الطفل إلى كلا الأبوين.
- يجب أن يعيش الرضيع مع أمّه.
- يحتاج الطفل إلى مرجعية أبوية ومرجعية أموية.
- ليس من الجيد أن يولد الطفل من أم بديلة.
- يجب أن يعيش الطفل مع الوالد الذي يعتني به فعلاً.

تركّز التقارير الصادرة في هذا المجال، بالإضافة للجانب الصحي للطفل، على سلوكه وحالته العاطفية، وبذلك فقد تخلّص الفقه الفرنسي من النظرة التقليدية للأسرة التي يحكمها مبدأ مصلحة الطفل من مصلحة الأسرة التي هي من المصلحة العامة، واعتبر أنّ الوالدين يمارسان الرقابة على الطفل في ظل ما يعرف بـ "بوليس الأسر La police des familles"، ليتوصّل إلى أنّ مصلحة الطفل الفضلى قد تتعارض مع مصلحة الأسرة في بعض الأحيان ممّا يفرض إخضاعها للرقابة القضائية والإدارية[2].

فالنظرة الغربية لمصلحة الطفل تقتضي تقديمها على بقية المصالح، فهي تقدّم رغبات الأطفال على أيّ شيء آخر، وتكرّس فكرة الحرية لدى الطفل، حيث يقتصر دور الأسرة على التوجيه والإرشاد، وكل هذا في إطار العولمة وتكريس مبدأ الطفل العالمي المتشبّع بالأفكار

edition, (2005), p247.

(1) Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01139. Thomas Dumortier, l'intérêt de l'enfant: les ambivalences d'une notion "protectrice", la revue des droits de l'homme, n=°03, (2013). https://revdh.revues.org/189#bodyftn34 (15/10/2017)

(2) Thomas Dumortier, op cit,.

المنارة للاستشارات
www

الغربية (أو الديكتاتور الصغير)، والتي تمّ تجسيدها من خلال حقّه في الحياة، المساواة وعدم التمييز، حرية المعتقد وحرية التعبير، الاستقلال بالحياة الخاصة[١].

تعود أسباب غموض المصلحة الفضلى للطفل في المنظومة الغربية لحداثتها من جهة[٢]، ومن جهة ثانية ارتباطها موضوعياً بالتسلسل الهرمي والتنافسي للمعايير المحدّدة لهذه المصلحة، وارتباطها إجرائياً بحدود طلبات الوالدين أمام القضاء أو في جلسة الصلح التي قد تحدّد مستقبل الطفل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ناهيك على أنّ الزيارات التي تقوم بها الهيئات الاجتماعية إلى منزل إقامة الطفل عادة ما تكون قصيرة وغير كافية لتحديد الوضعية الحقيقية لحضانة الطفل، وهو ما أدّى ببعض الدول الاسكندنافية وألمانيا وكندا إلى أن تفرض على الزوجين إبرام اتفاق مكتوب سابق على تدخّل القاضي يحدّدان فيه تنظيم حياة الأطفال بمساعدة هيئة إدارية اجتماعية، مع إمكانية تمثيله من طرف هيئة مؤسساتية في هذا الاتفاق[٣].

إنّ مصلحة الطفل الفضلى، ونتيجة لعدم وضوح مفهومها بشكل دقيق، تعرّضت لعديد الانتقادات[٤] تحت مظلة الخصوصية الأسرية من جهة، ومن جهة ثانية طول المنازعات

(١) عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص ص ٢٩٦، ٣٤٦. وقد تحفّظت الجزائر على بعض المواد المتعلّقة بحرية المعتقد والتعبير وبالحياة الخاصة بالطفل. راجع المرسوم الرئاسي ٩٢/٤٦١ المذكور أعلاه.

(٢) لم يعرف القانون الفرنسي القديم مصلحة الطفل، ولم تظهر هذه المصلحة بشكل واضح إلاّ من خلال الأمر المؤرخ في ١٩٥٨/١٢/٢٣ الذي فرض وصاية الدولة على الطفل في خطر، والمدعم بقرار محكمة باريس بتاريخ ١٩٥٩/٠٤/٣٠ الذي جعل حقوق الوالدين مرتبطة بشكل أساسي بحقوق الطفل، وهذ راجع طبعاً لمبادئ الجمهورية التي ترفض تقسيم حقوق الإنسان والمواطنة، وجعل حقوق الطفل مرتبطة بالقانون العام أكثر منه بالقانون الخاص، لتشهد اهتماماً أكبر بعد إعلان اتفاقية حقوق الطفل التي تم توقيعها بنيويورك بتاريخ ١٩٩٠/٠١/٢٦.

(3)Défenseur des droits Groupe de travail « intérêt supérieur de l'enfant » Rapport d'étape (HF/BD 22.05.12) ,PP 07, 08
www.fondationenfance.org/wpcontent/uploads/2016/10/ddd_maintien_liens_familiaux_choix_residence_ separations_parentales.pdf (05/09/2017)

(٤) راجع أيضاً:

Daniel C. Schuman, beyond the best Interests of the child by Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit, family law quarterly, Vol. 8, No. 3 (Fall 1974), p347.

المنارة للاستشارات

www

القضائية المتعلّقة بها، حيث أصبحت هذه الفكرة مبرّراً للتدخّلات في الحياة الأسرية من عديد الجهات (القضاة، الضباط، الأطباء، المرشدين الاجتماعيين)، وأنتجت كوارث أسرية في المجتمع الغربي بشهادة المختصّين في هذا المجال(١).

لقد أدّت المغالاة في المطالبة بالمصلحة الفضلى للطفل إلى ظهور ما عرف بـ"حركة حقوق الآباء "The fathers' rights movement"، وهذا في إطار الفلسفة الجدلية للحقوق في المنظور الغربي الذي أثّر على حياة الأسرة في هذه المنظومة، في حين أنّه يمكن تحقيق مصلحة المحضون في البيئة القانونية الإسلامية من خلال مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني
مصلحة المحضون على ضوء مقاصد
الشريعة الإسلامية: فرع من أصل

للمقاصد معنيان: معنى عام وهو:"الغايات التي تقصد من وراء الأفعال" والمراد بالغايات هنا المصالح والمفاسد، ومعنى خاص وهو:"الأفعال التي تعلّق الحكم بها لذاتها إمّا لتضمنها المصلحة أو المفسدة لذاتها وإمّا لأنّها تؤدي إليها مباشرة دون واسطة فعل آخر"(٢)، فكل الأحكام الشرعية ترجع إلى قاعدة جلب المصالح ودفع المفاسد(٣)، لذا قامت الشريعة

http://www.jstor.org/stable/25739099 (05/09/2017)

(1)« Le concept d'intérêt de l'enfant est souvent invoqué pour justifier des interventions qui s'avèrent catastrophiques pour les enfants et leurs familles. Que ce soit dans le domaine du divorce ou dans celui de la protection de l'enfance en danger, les adultes mandatés par la société: magistrats, policiers, travailleurs sociaux, médecins, interviennent au nom d'un concept aux contours vagues et qui permet bien des abus» J. Goldstein, A. Freud, A.J Solnit, Dans l'intérêt de l'enfant et Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant, traduit et présenté par L. Séailles, édition ESF, 1983.

(٢) مصطفى بن كرامة الله مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، دار إشبيليا، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٩٩٩)، ص٢٦ وما بعدها .

(٣) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة، ج٠١، ص١١١.

المنارة للاستشارات
www

الإسلامية على رعاية المصالح ودرء المفاسد، وأوضحت أنّ تحقيق ذلك منوط بتنفيذ أوامر الشارع الحكيم في حين حاول الفقهاء ترتيب هذه المصالح (أولاً)، وهو ما سنحاول تطبيقه على مصلحة الطفل الفضلى (ثانياً).

أولاً: ترتيب المصالح في الشريعة الإسلامية:

قدّم الشارع الحكيم المصالح الأخروية على المصالح الدنيوية، كما قدّم المصالح الضرورية على الحاجية والتكميلية، فإذا اجتمعت المصالح والمفاسد[1] وأمكن درء المفاسد وتحصيل المنافع فهو المطلوب، وإن تعذّر الجمع ورجّحت المصالح تم تحصيلها، وإن رجحت المفاسد تمّ دفعها[2].

لقد اختلف العلماء قديماً وحديثاً حول حصر المقاصد في خمس زيادة[3] ونقصاناً[4] وترتيباً، فذهب جمع من الأصوليين إلى أنّها تكون حسب الترتيب التالي: حفظ الدين، النفس، النسل، العقل، المال، كما تباينت الآراء في التقديم والتأخير بين النفس والدين من جهة، ومن

(١) انقسم العلماء حول اختلاط المصالح بالمفاسد، فرأى فريق من محققي المالكية (القرافي والشاطبي) أنّ المصالح والمفاسد لا توجد إلا مختلطة، لأنّ المصالح لا تنال إلاّ بكدّ وتعب، كما أنّ المفاسد لا تفرض إلاّ ويقترن بها أو يسبقها أو يتبعها من الرفق واللطف ونيل اللذات كثير، ويذهب فريق آخر (العز بن عبد السلام والطاهر بن عاشور) إلى وجود المصلحة المحضة والمفسدة المحضة، وحاول ابن القيم التوفيق بين الرأيين بقوله "إذا أريد بالمصلحة الخالصة أنّها في نفسها خالصة لا تشوبها مفسدة فلا ريب في وجودها، وإذا أريد بالمصلحة ما لا تشوبها مشقة ولا أذى في طريقها والوسيلة إليها ولا في ذاتها فليست موجودة بهذا الاعتبار". راجع: محمد الحبيب بن الخوجة، محمد الطاهر بن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة الإسلامية ج٠٢ : بين علمي أصول الفقه والمقاصد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (٢٠٠٤)، ص١٣٥.

(٢) محمد بن إبراهيم البقوري، ترتيب الفروق وتلخيصها والاستدراك عليها، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (٢٠٠٣)، ص ص٣٢، ٣٥.

(٣) علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة، (١٩٩٣).

(٤) جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دمشق، ٢٠٠٣، ص١٠٦. عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (٢٠٠٦)، ص٥١.

المنارة للاستشارات

www

جهة ثانية بين العقل والنسل، وبين النسل والمال[١].

يرجع بعض الباحثين[٢] اختلاف العلماء في الحصر والترتيب لاختلافهم في المعيار المعتمد عليه، فمنهم من نظر إلى ربط هذه الكليات بالحدود، ومنهم من ربطها بشمولها جميع جوانب الحياة الإنسانية، ومنهم من ذهب إلى أنّ مرجع ذلك استقراء الأحكام الشرعية، وفي هذا الصدد يؤكّد "الشاطبي" على أنّ المصالح تثبت باستقراء النصوص لا بالعقل وحده وإلاّ وقعنا في التحسين والتقبيح العقليين، حيث يقول:" كون المصلحة مصلحة تُقصد بالحكم، والمفسدة مفسدة كذلك، ممّا يختصّ بالشارع، لا مجال للعقل فيه بناء على قاعدة نفي التحسين والتقبيح. فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة ما، فهو الواضع لها مصلحة"[٣]، أمّا مالم يرد فيه نصّ فيعرض على أصول الشرع ومقاصده لأنّ المقاصد الدنيوية ترجع إلى المقاصد الدينية[٤].

ينبّه بعض الباحثين[٥] على أنّ التقديم والتأخير لم يقم بسبب نظر بعضهم في الوجود والتحصيل (كما زعم البعض)، فخطّأ من رأى أنّ وجود النفس أولاً ثمّ العقل ثانياً هو ما يسمح بالتدين (حفظ الدين)، أو أنّه لا تديّن مع هلاك النفس أو فقدان العقل، ويصحّح ذلك بأن نظر الأصول يرجع للأهمية عند التعارض لا الأسبقية في الوجود أو التحصيل، كما أنّ العبرة بأصل المقصد لا مطلقه، فحفظ النفس مثلا مقدّم على فروع الدين، كما أنّ حفظ أصل النسل والمال مقدّم على فروع الدين، ومن ذلك التخفيف على المسافر والمريض فيه حفظ أصل النفس على فروع العبادات، لذلك فالعبرة بالمرتبة، فالمصلحة الضرورية المتعلقة بالدين

(١) للتفصيل، راجع: محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، الطبعة الأولى، (١٩٩٨)، ص ص٣٠٥، ٣١٦.

(٢) للتفصيل: راجع نعمان جغيم، دراسة في الإشكالات المتعلقة بالمقاصد الشرعية الخمسة، مجلة جامعة السلطان الشريف علي الإسلامية، العدد ٠٤، (٢٠١٥).

(٣) الشاطبي، الموافقات، دار الفكر، دمشق، سوريا، (١٩٨٠)، ج٠٢، ص ٥٣٤.

(٤) حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، دار قتيبة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٩٩٢)، ص١٤١.

(٥) راجع نعمان جغيم، المرجع السابق، ص١٢.

المنارة للاستشارات
www

تقدّم على المصلحة الضرورية المتعلقة بالنفس، غير أنّ هذه الأخيرة تقدّم على المصلحة الحاجية المتعلقة بالدين[1].

لقد راعت الشريعة الإسلامية ترتيب المقاصد لأنّه لا تكاد تخلو مصلحة من مفسدة وإن صغرت، وإن خلت المصلحة من المفسدة فلا تخلص أن تتعارض مع مصلحة أخرى، ممّا يفرض الترجيح بينها، وهو ما سنحاول تطبيقه على مصلحة الطفل الفضلى.

ثانياً: تطبيق نظرية المقاصد على مصلحة الطفل الفضلى:

مقاصد الحضانة دنيوية وأخروية، فمن المقاصد الأخروية: الحصول على مرضاة الله وثوابه دون انتظار الشكر أو الجزاء البشري، ولكن لهذا المقصد تأثير على تحقيق نجاح العمل الدنيوي، وهو مقصد يغيب عن النظر القانوني للمسألة.

أمّا المقاصد الدنيوية الخاصة بالحضانة فتتمثّل في: الحفاظ على حياة الطفل باعتباره خليفة الله في أرضه، والحفاظ على صحته بإرضاعه وتغذيته، والحفاظ على عقيدته وفطرته من الشرك والإلحاد، والحفاظ على عرضه باختيار الحاضن العفيف الأمين، والحفاظ على مشاعره وسلامته النفسية خاصة في حالة الفرقة الزوجية[2]، ومن ذلك أيضاً اعتبار الحضانة ولاية من الولايات يشترط في القائم بها (الحاضن) جملة من الشروط الشرعية[3]، كما أنّ ترتيب مستحقّيها قائم على ضابط حماية الصغير وصيانته وإقامة مصالحه، وعليه يقدّم الأصلح

(١) المرجع نفسه.

(٢) محمد جميل محمد ديب المصطفى، الحضانة ومقاصدها في الشريعة الإسلامية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة المنظمة من طرف المجمع الفقهي الإسلامي وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، ١٥/١٢/٢٠١٤، ص٢٣. عياض بن نامي السلمي، الحضانة: تعريفها ومقاصدها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة المنظمة من طرف المجمع الفقهي الإسلامي وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، ١٥/١٢/٢٠١٤، ص ص ١٤ – ٢٣.

(٣) فاشتراط الإسلام والأمانة والرشد وعدم الفسق وغيرها مرتبط بالمقاصد الشرعية، إذ فيها حفظ النفس والدين والخلق والمال. حمزة بن حسين الفعر، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص٢٠.

المنارة للاستشارات

www

لتربيته ورعايته[1].

أمّا المقصد الجزئي فهو تكليف المرأة بالحضانة لما جبلت عليه من الشفقة والرأفة، لأنّ الحضانة تتطلّب الصبر والشفقة الباعثة على الرفق، وعليه يقدّم أقرباء الأم على الأب[2]، وعلى أساس هذا المقصد تتوقف مدة الحضانة وأسباب إسقاطها، كما يتوقّف عليه تقدير مصلحته عند التنازل عن الحضانة.

نمثّل تطبيق نظرية المقاصد على مصلحة الطفل المحضون من خلال الجدول التالي:

	مصلحة الطفل الضرورية	مصلحة الطفل الحاجية	**مصلحة الطفل التحسينية**
حفظ دين الطفل (**الحق في العقيدة الإسلامية**)	تربيته على الدين الإسلامي	السكن مع الأم المسلمة	التعليم في المدارس القرآنية
حفظ نفس الطفل (الحق في الحياة)	الهجرة من مناطق الحروب والفتن	توفير المأكل والملبس والمسكن	المعيشة المادية الجيدة
حفظ نسل الطفل (الحق في الإنجاب)	السكن مع القريب المحرم المسلم	السكن مع الأم حسنة السمعة	السكن في المناطق المحافظة
حفظ عقل الطفل (الحق في السلامة العقلية)	توفير التعليم	إبعاده عن مواطن السكر والمخدرات	توفير الحماية العاطفية
حفظ مال الطفل (الحق في المال)	توفير مال الطفل وادخاره	استثمار مال الطفل	/

(١) راجع في التمييز بين المقاصد العامة والخاصة والجزئية: أحمد الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة، دار الكلمة، المنصورة، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ص ١٤، ١٦.

(٢) محمود حامد عثمان، تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، ص ص ٢٥، ٢٨.

المنارة للاستشارات
www

من خلال هذا الجدول يتّضح أنّ: مصلحة الطفل المحضون في حفظ دينه تكون بتربيته على الدين الإسلامي من خلال منعه من السفر إلى البلاد الإسلامية مع الأم غير المسلمة عند فقدان الأب، وحفظ بدنه باحترام حقّه في الحياة وسلامته الجسدية، أمّا حفظ نسله فراعته الشريعة الإسلامية بمنع السكن مع غير القريب المحرم خاصة بالنسبة للبنت وبدرجة أقل في مرتبة الحاجيات عدم إبقائه مع الأم سيئة السمعة، أمّا حفظ عقله فيكون بمراعاة تعليمه وإبعاده عن مواطن السكر والمخدرات وتوفير الحماية العاطفية المناسبة، وحفظ ماله بتوفيره وادخاره وبدرجة أقل تنميته واستثماره.

وهذا ما ورد في مضمون المادة ٦٢ من قانون الأسرة الجزائري، وأكّده قضاء المحكمة العليا في عديد القرارات حيث يؤسس القضاء بالفصل في مسألة الحضانة على أنّه:" من المقرر فقها وقانوناً أنّ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون..."[(١)]، كما تنصّ المادة ١٤٢ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي :" الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حقّ الولي في الولاية على النفس".

فالقانون والقضاء[(٢)] يقدّران الحضانة على أنّها حفظ الولد جسدياً وصحياً وخلقياً، والتكفّل بتعليمه والقيام بالتربية والرعاية على دين أبيه (والأصح على الدين الإسلامي)، أي الحفاظ على الكليات الخمس: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وتأخّر حفظ النسل لأنّه يكون في مرحلة لاحقة تزول فيها الحضانة ويتحوّل المحضون إلى حاضن، فاكتفي في هذه المرحلة بمراعاة تربيته بعيداً عن مواطن الفساد، أمّا حفظ المال فتكفّلت به قواعد الولاية الشرعية ونصوص القانون المدني.

مصالح المحضون متدرجة، فإذا لم يمكن الجمع تمّت التضحية بالمصلحة الأقل درجة للحفاظ على المصلحة الأعلى منها درجة، فمنح الحضانة للأم بالدرجة الأولى كان لما لها من

(١) م ع، قرار رقم ٥٣٥٧٨، بتاريخ ١٩٨٩/٠٥/٢٢، المجلة القضائية (١٩٩١)، عدد ٠٤، ص٩٩.
(٢) قرار م إع، طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠١٥، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٥/١٢/٠٨.

المنارة للاستشارات
www

وقت وصبر وحنان وعطف وراحة ما لا يمكن أن يتوفّر لدى غيرها من أقارب الطفل[1]، ممّا يفيد أنّه بقدر ما تفقد الأم هذه العناصر تفقد حقّها في الحضانة، وهذا ما يبرّر سقوط الحضانة عنها عند الزواج بغير القريب المحرم، لما لهذا الطرف الجديد من حقوق قد تتعارض مع حقّ الطفل المحضون، وتضارب المصالح قد يغلّب مصلحة على أخرى، وقد يؤدي إلى مفسدة، وهذا ما لا يقرّه الشارع الحكيم، وهو ما يبرّر أيضاً سقوط الحضانة متى ثبت سوء أخلاقها على الرغم من أنّ الأم أكثر الناس عطفاً وحناناً، غير أنّ حفظ الدين والأخلاق مقدّم على المعايير النفسية والعاطفية[2].

فمصلحة الطفل المتنازل عنه في حفظ دينه بتربيته على الدين الإسلامي من خلال منعه من السفر إلى البلاد الإسلامية مع الأم غير المسلمة عند فقدان الأب أولى من رعايته المادية والعاطفية، وحفظ بدنه باحترام حقّه في الحياة والسلامة الجسدية أولى من توفير السكن مع القريب المحرم، ومنع البنات المتنازل عنهن من السكن مع غير القريب المحرم أو من البقاء مع الأم سيئة السمعة أولى من تعليمهن وتحسين ظروفهن المادية.

إنّ تطبيق نظرية المقاصد على التنازل عن الحضانة يسمح بتوحيد وتقويم الاجتهادات القضائية والممارسات التطبيقية، ومن جهة ثانية يساهم في إيجاد حلول لتطبيقات عملية ناجمة عن اختيارات قانونية غير صائبة:

-أمّا بالنسبة لتوحيد وتقويم الاجتهادات القضائية، فمن المعلوم أنّ مفهوم المصلحة يختلف من شخص لآخر، وتقديره يختلف من قاض لآخر، وفرض سلطة القاضي التقديرية على هذا المفهوم المطاط يولّد حالات من اللاأمن القضائي لدى المتقاضين، لذا فمن الأفضل وضع ضوابط تقييمية وتقويمية لتقدير مصلحة المحضون المتنازل عنه، وتوحيد العمل القضائي حول

(١) م ع، قرار رقم ٣٦٨٣٩٥، بتاريخ ٢٠٠٦/٠٦/١٤، غير منشور. ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق ص١٠٣.

(٢) يجب التنبيه أن كثيراً من انحرافات الأولاد كانت نتيجة لإهمال عنصر العطف والحنان، وعليه يجب عوض إرجاع الأولاد إلى بيئة السوء العمل على توفير هذه العناصر والعمل على تحقيقها في بيئة حسنة.

المنارة للاستشارات
www

مسائل شائكة قد تتعدّد حولها الأحكام والقرارات القضائية، وللتدليل على ذلك فقد تباينت آراء قضاة المحكمة العليا الجزائرية حول نفس المسألة، وهي العيش في البلاد غير الإسلامية، حيث صدر القرار الأول بتاريخ ٠٢/ ٠١/ ١٩٨٩ الذي أكّد على أنّه في حال وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنّ من يوجد منهما في الجزائر يكون أحقّ بالحضانة ولو كانت الأم غير مسلمة مراعاة لمصلحتهم (المعنوية)[١]. أمّا في القرار الثاني الصادر بتاريخ ١٢/ ٠٨/ ٢٠٠٨ فقد اعتبرت المحكمة العليا أنّ قرار قضاة المجلس الذين أسندوا الحضانة للأم المقيمة في فرنسا مراعاة لمصلحتهم (المادية) لأنهم يدرسون في فرنسا قرار سليم ومُسبّب تسبيباً كافياً[٢]، وهو ما يستشفّ أيضاً من القرار الصادر بتاريخ ٠٢/ ٠٥/ ٢٠١١ الذي رفض إلزام الأب بدفع بدل الإيجار للحاضن المقيمة بفرنسا[٣].

- أمّا بالنسبة لمساهمة المقاصد في إيجاد الحلول العملية، فلقد أثار الواقع المعاصر مسائل مستحدثة، تستوجب إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية في النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية، ونمثّل على ذلك بوضعية الأم المطلقة التي تحرم من الحضانة متى نكحت غير محرم للمحضون، وفي نفس الوقت تمنح بعض القوانين الحضانة للأب (المادة ٦٤ من قانون الأسرة الجزائري) عوض أم الحاضنة (ولو توفّرت فيها الشروط الشرعية) في محاولة لربط الحضانة بالولاية والتقليل من حالات الفرقة الزوجية، فالأم في هذه الحالة تقع بين ضرورتين ومصلحتين قد تؤدّي بها إلى الحيف عن أحكام الشريعة، فهي إمّا أن تفقد الحضانة وتعفّ نفسها أو تتمسّك بالحضانة وتبقى دون زوج، وعليه فإسناد الحضانة عند تنازل الأم عنها للجدة لأم فيه حفظ للأم بالسماح لها بالزواج مرّة أخرى، ومن جهة ثانية قربها واطمئنانها على المحضون.

هذه الوضعيات تُنبّه على ضرورة وضع المعايير الكفيلة بتحديد مصلحة الطفل خاصة إذا

(١) م ع، قرار بتاريخ ٥٢٢٠٧ بتاريخ ٠٢/ ٠١/ ١٩٨٩، م ق، (١٩٩٠)، عدد ٠٤، ص٠٧.
(٢) م ع، قرار رقم ٤٢٦٤٣١ بتاريخ ١٢/ ٠٨/ ٢٠٠٨، م م ع، (٢٠٠٨)، عدد ٠١، ص٢٧١.
(٣) م ع، قرار رقم ٦٢٢٧٥٤ بتاريخ ١٢/ ٠٥/ ٢٠١١، م م ع، (٢٠١٢)، عدد ٠١، ص٣٠٤.

المنارة للاستشارات
www

تعارضت مصالح الطفل فيما بينها أو مصلحته ومصلحة غيره، وهذا مع مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية العامة والخاصة والجزئية للحضانة، سواء في إسنادها أو ترتيب مستحقيّها، وفي تقنين التنازل عن الحضانة.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لحقّ الحضانة: الحضانة حق أم التزام؟

ارتبط الخلاف حول طبيعة الحضانة إن كانت حقاً للحاضن أم للمحضون بالاختلاف حول شرح حديث المرأة التي قالت لرسول الله – ﷺ-: "إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ-:" أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي وفي لفظ : مَا لَمْ تَزَوَّجِي"(١).

عالج الفقه الإسلامي القديم التنازل عن الحضانة تحت مسمّى "الإسقاط"، حيث جاء في رد المحتار "ثمّ رأيت بخط بعض العلماء: وعن المفتي أبي السعود: مسألة في رجل طلّق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقّها من الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ الجواب: نعم لها ذلك فإنّ أقوى الحقّين في الحضانة للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقّها فلا تقدر على إسقاط حقّه أبدا"(٢).

وقد قال الناظم:

الحقّ للحاضن في الحضانة وحال هذا القول مستبانـــة

لكونه يسقطها فتسقـــط وقيل بالعكس فما إن تسقط(٣).

(١) الحديث أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) والدارقطني (٤١٨)، والحاكم (٢/٢٠٧)، وأحمد (٢/١٨٢)، وحسّنه الألباني في إرواء الغليل، حديث رقم ٢١٨٧.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، (١٩٩٢)، ج٠٣، ص٥٥٩.

(٣) أي أنّهم اختلفوا في الحضانة هل هي حقّ للحاضن؟ وعليه إذا أسقطها سقطت، لأنّ كل من له حقّ إذا أسقطه يسقط قيل إنّها حقّ للمحضون، وهو مراده بالعكس وعليه فلا تسقط إن أسقطها. محمد الفاسي ميارة، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام (شرح ميارة)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج٠١، ص٢٦٩.

المنارة للاستشارات
www

وعليه كان الخلاف حول إسقاط الحضانة والتنازل عنها، ومدى إمكانية الإجبار عليها، لذا سنوجز عرض الخلاف الفقهي حول طبيعة الحضانة (الفرع الأول)، ونبرز ما استقرّ عليه القانون الجزائري والإماراتي حول هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلاف الفقهي حول طبيعة الحضانة:

اختلف الفقه الإسلامي حول طبيعة الحضانة إن كانت حقاً للحاضن (أولاً) أو حقاً عليه، أي حقاً للمحضون (ثانياً)، وتوسّط فريق بأنّها حقّ للحاضن في حالة المنازعة وحقّ عليه في حالة عدم المنازعة (ثالثاً)، وجعلها آخرون حقاً لله تعالى والمحضون (رابعاً)، في حين يميل الفقه المعاصر إلى اعتبارها حقاً للحاضن والمحضون معاً (خامساً).

أولاً: الحضانة حقّ للحاضن:

المشهور في المذهب المالكي أنّ الحضانة حقّ للحاضن، حيث يشير صاحب الشرح الكبير إلى الخلاف في المذهب المالكي حول عودة الحاضن عن إسقاط الحضانة بقوله:" إذا أسقطت الحاضنة حقّها منها لغير عذر بعد وجوبها لها ثمّ أرادت العود لها فلا تعود بناء على أنّها حقّ للحاضن، وهو المشهور، وقيل: تعود بناء على أنّها حقّ للمحضون"(١). وهو قول عند الأحناف، حيث جاء في رد المحتار: " اختلف في الحضانة، هل هي حقّ الحاضنة، أو حقّ الولد؟ فقيل بالأول فلا تجبر إذا امتنعت ورجّحه غير واحد، وعليه الفتوى"(٢). وهذا ما كان يأخذ به القانون المغربي قبل صدور الظهير الملكي المؤرخ في ١٨/ ١٢/ ١٩٥٧(٣).

(١) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون طبعة، دون تاريخ، ج٠٢، ص٥٣٢.

(٢) ابن عابدين المرجع السابق، ج٠٣، ص٥٥٩.

(٣) زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، (٢٠٠٥)، ٤٦٣.

المنارة للاستشارات

www

ثانياً: الحضانة حق للمحضون:

كان جانب من الفقه الحنبلي[١] يرى أنّ الحضانة حقّ للحاضن، فتكون لمصلحة الأم ثمّ يخيّر الذكر ببلوغه سن السابعة في حين تنتقل حضانة البنت إلى الأب تلقائياً عند بلوغها هذه السن، وقد كان القضاء السعودي يأخذ بهذا التوجّه فتنتقل حضانة البنت إلى الأب ببلوغها سن السابعة، غير أنّ موقف القضاء السعودي – بمرجعيته الحنبلية– بدأ يتحوّل إلى القول بأنّ الحضانة حق للمحضون[٢].

وهذا الرأي أخذ به بعض الحنفية، حيث جاء عند ابن نجيم :" الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه، فتارة يحتاج إلى من يقـوم بمنفعة بدنه في حضانته، وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر. وجعل كل واحد منهما إلى من أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد؛ لأنهما أبصر وأقوم في التجارة من النساء، وحق الحضانة جعل إلى النساء؛ لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت"[٣].

ثالثاً: الحضانة حق للحاضن في حالة المنازعة، حقّ عليه في حالة عدم المنازعة:

يميّز ابن القيّم في طبيعة الحضانة بين حالة المنازعة عليها وحالة عدم المنازعة، ويستدل بحديث "أنت أحق به ما لم تنكحي" أن فيه دليلاً على أن الحضانة حق للأم، ويعرض الخلاف هي للحاضن أم عليه؟ وما يتفرّع عن ذلك من إمكانية التنازل عنها على قولين، فإن كانت حقاً للحاضن فلا يجب عليه خدمة الولد أيام حضانته إلا بالأجرة، وإن كانت حقاً عليه وجب خدمته مجاناً، ويوضّح موقفه بقوله : "والصحيح أن الحضانة حق لها وعليها إذا احتاج

(١) شمس الدين الحنبلي، كشف اللثام شرح عمدة الأحكام، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، (٢٠٠٧)، ج٠٦، ص٥٨.

(2) https://www.moj.gov.sa/ar-sa/ministry/versions/Pages/Modona.aspx

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٠٤، ص١٨٠، نقله أبو البصل، المرجع السابق، ص١١. نورة المطلق، حضانة الجدة في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، (٢٠١٠)، العدد ٩١، ص٢٩٢.

المنارة للاستشارات
www

الطفل إليها ولم يوجد غيرها، وإن اتفقت هي وولي الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصود أن في قوله ﷺ أنت أحق به دليلاً على أن الحضانة حق لها"[1].

وأخذ بعض الحنفية[2] نفس النهج عندما حاولوا التوفيق بين أقوال المذهب من خلال جعل الحضانة حقاً للحاضنة لا تجبر عليها إذا لم تتعيّن لها الحضانة، لأن المحضون حينئذٍ لا يضيع حقّه لوجود من يحضنه غيرها، وهي حقّ للمحضون فتجبر إذا تعيّنت الحضانة لها، وذلك متوقف على عدم وجود غيرها لا في حالة وجوده.

رابعاً: الحضانة حقّ لله تعالى وللمحضون:

الحضانة حقّ لله تعالى في قول عند بعض المالكية، حيث أورد صاحب البهجة في شرح التحفة النظم المذكور سابقاً، وعلّق عليه بقوله: " كونه يعود على الحاضن أيّ إنّما كان حال هذا القول بيّناً لكون الحاضن إذا أسقط الحضانة بعوض الخلع أو بغير عوض أصلاً فإنّها تسقط، ولو كانت حقاً للمحضون أو حقاً لله أو لهم ما سقطت بإسقاطه... وقيل الحقّ لهما وهو اختيار الباجي وابن محرز، واستظهره الشارح، وقيل الحقّ لله تعالى وعليهما فلا تسقط"[3].

وهو قول أيضاً لبعض الإباضية، حيث ذكر محمد بن أطفيش في عرضه للمذاهب حول الحضانة بقوله:" وَاخْتَلَفُوا فِي الْحَضَانَةِ هَلْ هِيَ حَقٌّ لِلْحَاضِنِ ؟ فَتَسْقُطُ إذَا أَسْقَطَهَا كَسَائِرِ الْحُقُوقِ إذَا أَسْقَطَهَا صَاحِبُهَا، وَقِيلَ : لِلْمَحْضُونِ فَلَا تَسْقُطُ إنْ أَسْقَطَهَا، قَالَ الْعَاصِمِيُّ : الْحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الْحَضَانَهْ وَحَالُ هَذَا الْقَوْلِ مُسْتَبَانَهْ بِكَوْنِهَا يُسْقِطُهَا فَتَسْقُطُ وَقِيلَ بِالْعَكْسِ فَمَا إنْ تَسْقُطُ وَقِيلَ : حَقٌّ لَهُمَا، وَقِيلَ : للهِ – سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى – فَلَا تَسْقُطُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ بِإِسْقَاطِ الْحَاضِنِ فَعَلَى أَنَّهَا حَقٌّ لِلْحَاضِنِ لَا تُجْبَرُ الْأُمُّ لِلْوَلَدِ، وَعَلَى أَنَّهَا حَقٌّ لِلْوَلَدِ تُجْبَرُ عَلَيْهِ لَا الْعُذْرُ، وَاخْتِيرَ

(١) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مطبوعات الحلبي، مصر، طبعة ٠٢، ج٠٤، ص١٢٩.

(٢) ابن عابدين المرجع السابق، ج٠٣، ص٥٥٩.

(٣) أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٩٩٨)، ج٠١، ص٦٤٥.

المنارة للاستشارات

www

أَنَّهَا حَقٌّ لَهُمَا، وَيُنَاسِبُهُ اطِّرَادُ الْفُرُوعِ الْوَارِدَةِ عَلَيْهِمَا"[١].

وعلى هذا القول لا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن أو المحضون، وعلى القاضي منحها لمستحقّها ويجبر المتنازل عنها.

خامساً: الحضانة في الفقه المعاصر حق للحاضن والمحضون معاً:

يتّفق الفقهاء المعاصرون أنّ الحاضنة حقّ للحاضن (الأم أصالة) والمحضون معاً، وهو ما أكّده المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث في قراره بتاريخ ٠٣/ ٠٧/ ٢٠٠٥ أنّ الحضانة فرض عين في حق أحد الوالدين أو أقربائهما ضمن أولويات مذكورة في كتب الفقه الإسلامي، فإن لم يوجد من تجب عليه الحضانة أو وجد ولكنه امتنع لأي سبب، فإن الحضانة تصبح فرض عين على المسلمين، كما ورد في هذا القرار ما يستدلّ به على طبيعة الحضانة، حيث نصّ على ما يلي: "**خامساً** :الحضانة حق مشترك بين الأم والولد، فلها أن تتنازل عن حقها بشرط عدم ضياعه، ولا تجبر عليها إلا إذا ترتب على تركها ضياع مصلحة المحضون"[٢].

ويضيف الأستاذ أبو البصل أنّ الحضانة حق للحاضن والمحضون والولي والمجتمع (حق الله) ممثّل بالحاكم أي النيابة العامة[٣]، يكاد يجمع الفقهاء المعاصرون على أنّ الحضانة حقّ للحاضن والمحضون في نفس الوقت[٤]، وخلاصته أنّ الحضانة حقّ والتزام، فهي حقّ للحاضن والتزام في مواجهته (أي حقّ للمحضون)، فالحضانة من الحقوق المشتركة التي تجمع بين حقّ الحاضن وحقّ المحضون، وهو ما تأثّرت به قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة.

(١) محمد بن أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، دار الفتح، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، (١٩٧٢)، ج١٣، ص٤٣٢.

(٢) قرار المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث رقم ٦٦ (٥/١٥)، صادر بتاريخ ٢٠٠٥/٠٧/٠٣، الدورة الخامسة عشرة، استانبول، تركيا. (٢٠١٧/٠٧/١٥) https://www.e-cfr.org

(٣) عبد الناصر بن موسى أبو البصل، حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص١٤.

(٤) محمد بن أحمد الصالح، مستحقو الحضانة، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www

والذي يترجّح عندي -والله أعلم- أنّ الحضانة حقّ مشترك للحاضن والمحضون، فحديث الباب أقرّ بالأحقيّة للأم وبحث فقهاؤنا ترتيب الاستحقاق، أي أنّ في الحضانة حقوقاً وليس حقاً واحدا، أمّا بكونه حقاً أيضاً للمحضون ففيه جمع بين الأدلة المذكورة في هذا الباب، ومع ذلك فإنّ الربط بين اعتبار الحضانة حقاً مشتركاً وبين منع التنازل عنها مطلقاً لا يستقيم من ثلاثة أوجه:

- ما من حقّ للعبد إلا وكان لله فيه نصيب، وعلى مبدأ أنه متى كان حق الله في حق من الحقوق منع التنازل لامتنع التنازل عن كل الحقوق، أمّا الحقوق التي لا تقبل التنازل فهي حقوق الله الخالصة أو الحقوق المشتركة التي يكون حقّ الله فيها المعتبر والمغلّب[1].
- حق الحضانة حق مشترك يحمي القانون والقاضي حقّ المحضون وحقّ الله فيه، أمّا حقّ الحاضن فهو قابل للتنازل (وهو قول الجمهور[2]) ولو لم يكن من الحقوق المالية، وعليه لا يقبل التنازل عن الحضانة إلاّ عند القائلين بأنّها حقّ للمحضون فقط أو أنّها حقّ للمحضون ولله تعالى.
- التنازل عن الحضانة لا يعني التصرّف فيها، فليس للحاضن منحها لشخص معيّن

(١) يقول الشاطبي في الموافقات في المسألة التاسعة عشرة: "ومن هنا يقول العلماء : إن من التكاليف " ما هو حق لله خاصة"، وهو راجع إلى التعبد، وما هو حق للعبد، ويقولون في هذا الثاني: "إن فيه حقاً لله"، كما في قاتل العمد إذا عفي عنه ضرب مائة وسجن عاماً، وفي القاتل غيلة إنه لا عفو فيه، وفي الحدود إذا بلغت السلطان فيما سوى القصاص كالقذف والسرقة لا عفو فيه وإن عفا من له الحق، ولا يقبل من بائع الجارية إسقاط المواضعة ولا من مسقط العدة عن مطلق المرأة، وإن كانت براءة رحمها حقاً له، وما أشبه ذلك من المسائل الدالة على اعتبار التعبد وإن عقل المعنى الذي لأجله شرع الحكم ؛ فقد صار إذاً كل تكليف حقاً لله، فإن ما هو لله؛ فهو لله، وما كان للعبد ؛ فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله؛ إذ كان لله أن لا يجعل للعبد حقاً أصلا"، دار ابن القيم، الرياض، ٢٠٠٣، ص٥٢٩. كما أوردت الموسوعة الفقهية الكويتية عنوان: " الحقوق كلها فيها حق لله وحق للعبد ....الخ"، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ١٨، ص١٩.

(٢) راجع في تفصيل ذلك: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، ج٠٤، ص ص ٣٥٩ – ٣٦٦.

المنارة للاستشارات

www

بذاته، إنّما هي إسقاط لحقّه فقط، وعليه يؤول الحقّ في هذه الحالة لمستحقّيها حسب الترتيب المعمول به فقهاً وقانوناً.

الفرع الثاني
الطبيعة القانونية للحضانة في القانون الإماراتي والجزائري

مهما تنوّعت النصوص القانونية وتعدّدت مصادرها التاريخية والفقهية، تبقى مصلحة المحضون الركيزة الأساسية في إسناد الحضانة أو إسقاطها، بحيث لا تختلف الطبيعة القانونية للحضانة في القانون الإماراتي (أولاً) عنه في القانون الجزائري (ثانياً).

أولاً: الطبيعة القانونية للحضانة في القانون الإماراتي:

من خلال النصوص الخاصة بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي يمكن أن نستنتج أنّ الحضانة حقّ مشترك بين المحضون والحاضن، وذلك للأدلة التالية:

- تعتبر المادة ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أنّ حضانة الطفل حقّ يثبت للأم ثم للمحارم من النساء- وتؤكّد في الفقرة الثانية منها على انتقال هذا الحقّ، كما تعتبر المادتان ١٥٢ و ١٥٣ من نفس القانون أنّ الحضانة حقّ يسقط في حالات محدّدة، ويعود هذا الحقّ بزوال سبب السقوط.
- تؤكّد المادة ١٥٥ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على تعدّد أصحاب الحقّ في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون عندما يكونون في درجة واحدة، بمعنى أنّ الترتيب الوارد موضوع أصلاً في مصلحة المحضون، فلا يجوز تقديم أصحاب الحقوق في الحضانة على عكس الترتيب المذكور ما لم يكونوا في درجة واحدة، فيتم إعمال قاعدة الأصلح للمحضون.
- التأكيد في عديد النصوص على أنّ القواعد المتعلّقة بالحضانة متوقفة على مصلحة المحضون[1]، والتي يرجع فيها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون تعقيب من

(١) راجع المواد: ١٤٣ و١٥٦ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

المنارة للاستشارات
www

المحكمة الاتحادية الإماراتية متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله[1].

غير أنّ المحكمة الاتحادية العليا في قرارها بتاريخ ١٧/ ٠١/ ٢٠١٢ اعتبرت أنّ الحضانة حقّ لله تعالى وللمحضون دون الحاضن[2].

وفي قرارات سابقة ولاحقة على هذا القرار اعتبرت نفس المحكمة أنّ الحضانة حقّ مشترك للأب والحاضن والمحضون، وهذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها ثبتت كلّها، أمّا إذا تعارضت كان حقّ المحضون مقدّماً على حقّ غيره[3].

ما يلاحظ على هذه القرارات أنّها جمعت بين حقّ الأب والحاضن والمحضون، فالأب إمّا أن يكون حاضناً أو غير حاضن، ففي الحالة الأولى تكون الحضانة حقاً مشتركاً بينه وبين المحضون ولا داعي لتكرار أنّها حقّ له وللحاضن، أمّا في الحالة الثانية فأعتقد أنّ للأب الولاية

(١) قرار م إع، طعن رقم ٣٠٨ لسنة (٢٠١٠)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١١/٠٢/١٥. قرار م إع، طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٠١٠، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٠/٠٦/٠٨. قرار م إع، طعن رقم ٥٩ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/٠٥/٢٨. قرار م إ ع، طعن رقم ٣٠ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/٠٤/٠٩. قرار م إع، طعن رقم ٥٤٧ لسنة ٢٠١٣، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠١/٢١. قرار م إ ع، طعن رقم ٢٠٣ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/٠٣/٢٥. قرار م إع، طعن رقم ٦١٦ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٣/٠٤. قرار م إع، طعن رقم ١٤٣ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٣/١٧. قرار م إع، طعن رقم ٦٢٣ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٣/١٨. قرار م إع، طعن رقم ٥٣٣ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٥/٠٦. قرار م إع، طعن رقم ٤٣٩ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٦/٠٣. قرار م إ ع، طعن رقم ٢١ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٩/٣٠. قرار م إ ع، طعن رقم ٣٧٤ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥. قرار م إع، طعن رقم ٢٤٩ لسنة (٢٠١٥)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٥/١٢/٠٨.

(٢) قرار م إع، طعن رقم ٤٧٣ لسنة (٢٠١١)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٢/٠١/١٧.

(٣) قرار م إع، طعن رقم ٥٥٥ لسنة (٢٠٠٩)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٠/٠٢/٢٣. قرار م إع، طعن رقم ٢٩٣ لسنة (٢٠١٢)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٥. قرار م إع، طعن رقم ٣٢ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/٠٦/١١. قرار م إع، طعن رقم ٤٣٩ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٦/٠٣. قرار م إع، طعن رقم ٢٠٦ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١٠/١٤.

المنارة للاستشارات
www

لا الحقّ في الحضانة لأنّها حقّ أصيل للأم ولا تنتقل للأب إلاّ بعد سقوطها، ولا أرى له حيّزاً من حقوق الحضانة إن كانت الأم هي الحاضن، كما يمكن أن يكون الأب متوفياً أو مفقوداً أو غائباً، فكيف يمكن أن نقول إنّ الحضانة حقّ مشترك بين الأب والحاضن والمحضون؟

لذا يمكن أن نعتبر الحضانة في القانون الإماراتي حقاً مشتركاً أيضاً وحقّ المحضون فيها أقوى، لكن هل لصاحب هذا الحقّ أن يتنازل عنه في هذه المنظومة؟ هذا ما نحاول الإجابة عنه لاحقاً.

ثانياً:الطبيعة القانونية للحضانة في القانون الجزائري:

تنصّ المادة ٦٦ من قانون الأسرة الجزائري صراحة على سقوط حق الحاضن بالزواج بغير القريب المحرم وأجازت التنازل عنها، وتنصّ المادة ٦٨ من نفس القانون صراحة على سقوط الحق في الحضانة بمرور مدة تزيد عن سنة، فكلا النصين يبرز أنّ للحاضن حقاً، في حين تشير المواد ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٩ من قانون الأسرة الجزائري إلى أنّ مصلحة المحضون تعتبر المعيار النهائي في إقرار أو إسقاط حق الحاضن(١).

هذان النصّان مؤشران على أنّ الحضانة حقّ للحاضن والمحضون معاً، وحق المحضون (مصلحة المحضون) أقوى، أيّ أنّ الحضانة حق للحاضن مقيّد بمصلحة المحضون، وقد أيّد هذا التوجّه قرار المجلس الأعلى (سابقاً) بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ١٩٦٨ (قبل صدور قانون الأسرة سنة ١٩٨٤) الذي نصّ على ما يلي:" الحضانة حقّ وواجبات في آن واحد"، فإن كان فيه حقّ للحاضن ففيه واجبات للحاضن، أي حقوق للمحضون، وهو ما سار عليه أيضاً قرار المحكمة العليا بتاريخ ٠٣/ ٠٧/ ٢٠٠٢ الذي نصّ على ما يلي:" .. فضلاً على أنّ الحضانة ليست حقاً للحاضنين فقط، وإنّما حقّ للمحضون أيضاً"كما هو مقرّر في الفقه والاجتهاد القضائي(٢).

فالحضانة في القانون الجزائري حقّ للحاضن والمحضون معاً، غير أنّ حقّ المحضون فيها أقوى.

(١) زكية حميدو، المرجع السابق، ص٤٦١.

(٢) م ع، قرار رقم ٢٧٤٢٠٧، بتاريخ ٠٣/٠٧/٢٠٠٢. ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١١٠.

المنارة للاستشارات
www

المبحث الثاني
تقييم موقف القانون الإماراتي والجزائري في التنازل عن الحضانة

رغم ما سبق ذكره من أنّ القانون الإماراتي والجزائري ينهلان من نفس المنبع، إلاّ أنّ النصوص القانونية والتطبيقات القضائية لم تكن على نفس النهج، حيث إنّ القانون الإماراتي في جانب منه يمنع التنازل عن الحضانة وإن كانت بعض النصوص تجيزه ضمنياً (المطلب الأول)، أمّا القانون الجزائري فقد أجاز صراحة التنازل عن الحضانة ومنح سلطات واسعة للقاضي أسفرت عن وجود معايير متداخلة في تقدير مصلحة المحضون (المطلب الثاني).

المطلب الأول
التنازل عن الحضانة في القانون الإماراتي:
منع جزئي وجواز ضمني

بالرجوع للنصوص القانونية، يمكن أن نستقرئ توجّهين في موقف القانون الإماراتي من إجازة التنازل عن الحضانة: أحدهما يمنع التنازل عن الحضانة (الفرع الأول)، أما الآخر فيجيز التنازل عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول
التنازل عن الحضانة في القانون الإماراتي

تنص المادة ١١٠من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنّ:" الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها. يصحّ في مسمّى بدل الخلع ما تصحّ تسميته في المهر، ولايصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد وحضانتهم"، فهذا النصّ أجاز الخلع لكنّه منع أن يكون بدل الخلع إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم، فالتنازل عن الحضانة في مقابل الخلع مرفوض تماماً في القانون الإماراتي.

المنارة للاستشارات
www

وهو ما أكّده قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بتاريخ ١٧/ ٠١/ ٢٠١٢[١] الذي اعتبر أنّ القضاء الإماراتي مستقّر على عدم جواز الخلع بالتخلّي عن نفقة الأولاد أو حضانتهم، ومرجعهم في ذلك رأي الحنفية وبعض فقهاء المالكية في مسألة الخلع لأنّ الحضانة ليست حقاً للحاضن فلا يقبل تنازله عنها أو أن يصالح بها، كما أنّ الفقه القائل بجواز التنازل عن الحضانة على اعتبار أنّها حقّ للحاضن اشترط في ذلك ألاّ يخشى منه الضرر للمحضون، وفي قرار آخر أكّدت المحكمة العليا الاتحادية أنّه:" إن كان من الثابت أن الطاعنة عندما طلقها زوجها تنازلت له عن حضانة ولديها منه، وسلّمتهما إليه على أساس أنها تريد الزواج بآخر، إلا أن تنازلها يعد متعلقاً بحق غيرها لأن الحضانة كما ذهب بعض الفقهاء –حق للمحضون أو لله تعالى، وبالتالي لا يسقط حقّ الحاضن في الحضانة بالتنازل"[٢].

لكن هل يؤخذ النص السابق وهذه القرارات القضائية بالعموم أم تخصّص بحالة الخلع؟ أي هل منع التنازل عن الحضانة مطلق في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أم أنّ هذا المنع خاص بحالة كان التنازل بدلاً عن الخلع؟ وهل يُستفاد من ذلك منع التنازل عن الحضانة مطلقا في القانون الإماراتي؟

من خلال صراحة النص والقرارات القضائية، وتفريعاً عمّا سبق ذكره حول طبيعة الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الإماراتية، يمكن أن نقدّم بأنّ الحضانة حقّ لله تعالى وللمحضون، ولا يجوز التنازل عنها، بل اعتبرت في بعض القرارات أنّ التنازل عن الحقوق المادية المتعلّقة بالحضانة (أجرة الحضانة) كعوض عن الخلع غير جائز[٣]، ولعلّ أهمّ قرار يؤيّد منع التنازل عن الحضانة مطلقاً ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٢٥/ ١١/ ٢٠١٤ عندما اعتبرت تنازل الأم عن الحضانة والتفريق بين الإخوة الصغار باطل شرعاً وقانوناً لمخالفته النظام العام[٤].

(١) طعن قرار م إع، طعن رقم ٤٧٣ لسنة (٢٠١١)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٢/٠١/١٧.

(2)www.albayan.ae

(٣) قرار م إع، طعن رقم ٤٨٨ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٥/١٣.

(٤) قرار م إع، طعن رقم ٣٧٤ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥.

المنارة للاستشارات
www

الفرع الثاني
التوجّه نحو جواز التنازل عن الحضانة في القانون الإماراتي

باستقراء قواعد الأحوال الشخصية الإماراتية، يمكن أن نتوقف عند حدّ منع التنازل عن الحضانة في حالة الخلع فقط، فمن الناحية الشكلية ورد النصّ المذكور أعلاه في باب الخلع، حيث أجاز الخلع بشرط ألا يكون العوض تنازلها عن النفقة أو الحضانة، ولم يرد في باب الحضانة ما يجيز أو يمنع التنازل عن الحضانة، حيث لم يُدرج التنازل عنها في أسباب سقوط الحضانة[1]، وكذلك قرارات المحكمة الاتحادية العليا السابقة قد وردت بخصوص التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، وهي مسألة لا تقيّد التنازل عن الحضانة لأسباب أخرى، بل قد يتنازل مستحقّ الحضانة عنها لأسباب شخصية أو مادية لا تتعلّق بفك الرابطة الزوجية، وما يؤيّد ذلك من الناحية الشكلية ما ورد في قرار رئيس محاكم دبي رقم (٠٣) لسنة ٢٠١٠ بشأن لائحة الإشهادات والتوثيقات في إمارة دبي الصادر بتاريخ ٠٤/٠١/ ٢٠١٠ ما يلي:" لإصدار الإشهاد أو توثيق المستند يجب تقديم طلب للقسم وفقاً للشروط التالية: ... – إثبات الحضانة والتنازل عنها"[2]، أي أنّ القرار يشترط في الملف المذكور تقديم ما يثبت التنازل عن الحضانة.

أمّا من الناحية الموضوعية: فتنصّ المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على سقوط حقّ مستحقّ الحضانة إذا سكت عن المطالبة بها مدّة ٠٦ أشهر من غير عذر، فالنصّ ميّز بين حالة العذر (كإبرام اتفاق مع الزوج)[3] التي تمنع مستحقّ الحضانة من المطالبة بها فلا

(١) تنصّ المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي :"يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:

١. إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين (١٣٤) و (١٤٤).
٢. إذا استوطن الحاضن بلداً يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته.
٣. إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر.
٤. إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني".

(٢) المادة الرابعة من القرار رقم ٠٣ لسنة (٢٠١٠).

(٣) ومن ذلك أيضاً اختطافه الأولاد خارج البلاد، ومحاولاتها بالطرق الودية استرجاع المحضونين. طعن قرار

المنارة للاستشارات
www

يمنعها ذلك من المطالبة بالحضانة متى زال العذر، وبين سكوت مستحقّ الحضانة دون عذر[١]، فتسقط الحضانة ويعتبر في حكم المتنازل عنها[٢].

وما يؤكّد هذا التوجّه أيضاً اعتبار القضاء الإماراتي أنّ تكرار مغادرة الأم لمسكن الزوجية دون عذر وترك الأولاد مع أبيهم لفترات زمنية طويلة يعدّ تنازلاً منها عن حضانتهم، لأنّ ذلك دليل على اختلال شروط الأمانة والرفق المتطلبتين في الحاضن لأنّ مدار الحضانة على مصلحة المحضون، وعند تحقّقها وجب المصير إليها[٣]. فهذا القرار صريح في أنّه يمكن القيام ببعض الأعمال التي يستنبط منها تنازل الحاضن عن الحضانة ولو لم يكن ذلك بموجب اتفاق بين الطرفين.

بل إنّ فريقاً من محققي المذهب المالكي يجيزون للحاضنة إسقاط حقها في الحضانة مقابل مال تتصالح عليه مع زوجها، فقد سئل ابن رشد المالكي عن رجل طلق امرأته وله منها ولد تحضنه فواطأت زوجها -أبا الصبي- على أن أسقطت الحضانة بعوض أخذته هل ينفذ هذا العقد بينهما أم لا؟ فأجاب بما يلي: "تصفحت سؤالك هذا، ووقفت عليه، والذي رأيت فيما سألت عنه على منهاج قول مالك الذي نعتقد صحته أن ذلك جائز، لأن الحضانة حق للأم إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته، وإنما جاز عند مالك وأصحابه رحمهم الله إذا خافت المرأة نشوز زوجها عليها وخشيت مفارقته إياها أن تترك له حقها الذي أوجب الله لها عليه في أن لا يؤثر عليها من سواها من أزواجه على مال يعطيها إياه، بدليل قول الله عز وجل:(وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح

م إع، طعن رقم ١٨٣ لسنة (٢٠٠٩)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠٠٩/١١/١٠.

(١) قرار م إع، طعن رقم ٥٧ لسنة (٢٠٠٩)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠٠٩/١٠/١٣. قرار م إع، طعن رقم ٣٦٢ لسنة (٢٠١٥)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٥/١١/٢٤.

(٢) اعتبرت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية أنّ القانون قد أخذ بقول الجمهور في عدم التمييز بين المانع الاختياري والمانع الاضطرار المعمول به في الفقه المالكي في الرجوع للمطالبة بالحضانة. المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص٢٦٧.

(٣) قرار م إع، طعن رقم ٢٠٦ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١٠/١٤.

المنارة للاستشارات
www

خير). جاز أن تترك له حقها في حضانة ولدها منه على مال يعطيها إياه إذ لا فرق في المعنى بين الموضعين"، وقال الشيخ محمد عليش في (فتح العلي المالك): "وأما إذا أسقطت الحضانة بعد وجوبها فذلك لازم لها وسواء أسقطت ذلك بعوض، أو بغير عوض.، وخلاصة الأمر أنه لا مانع شرعاً من الاتفاق على تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة مقابل مال تأخذه من مطلقها"[1].

فالمالكية خاصة أجازوا تنازل الأم عن الحضانة في مقابل حصولها على الطلاق، أيّ أنّ إسقاط الحضانة قام مقام مبلغ الخلع، وهذا بناء على أنّ الحضانة حقّ للحاضن، فخوف المرأة من نشوز زوجها أو إعراضه قد يكون مبرراً لتنازلها عن الحضانة، أيّ أنّ تجنّب الضرار بين الزوجين قد يتم تفاديه من خلال التنازل عن الحضانة، أي قد يكون التنازل في مصلحة المحضون حسب وجهة نظر الحاضن، أو قد يكون تعسّفاً منه ضدّ مُستقبِل المحضون، كما يمكن أن تتنازل الحاضنة غير الأم للأم بعد زوال سبب السقوط، ومثاله: أن تمرض الأم أو تتزوّج، فتنتقل الحضانة لأمّها مثلاً، وبعد شفائها أو حل الرابطة الزوجية تتنازل لها الحاضنة عن الحضانة، فيكون لها حقّ الحضانة من جديد[2]، وعليه فالبقاء على الأصل يجعل من التنازل عن الحضانة هو الإباحة، بالإضافة إلى النصوص التي تعتبر التنازل الضمني ذا أثر شرعي وقانوني أمام المحاكم الإماراتية.

نميل إلى نتيجة مفادها أنّ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي صريح في منع التنازل عن الحضانة كعوض عن الخلع، ويجيز التنازل عن الحضانة فيما عدا ذلك ولو بشكل ضمني، وهو عكس ما ذهب إليه القانون الجزائري الذي أجازه صراحة ومنح سلطات واسعة للقاضي في تقدير مصلحة المحضون كقيد على التنازل دون ضبط المعايير التي يمكن الرجوع إليها بهذا الصدد.

(1)https://ar.beta.islamway.net/fatawa

(٢) راجع المادة ٥٦٥ من ملخّص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية للأستاذ محمد محمد بن عامر، مكتبة المنهاج، جدة، السعودية، طبعة ثالثة، (١٩٩٦)، ص٢٦١.

المنارة للاستشارات

www

المطلب الثاني
التنازل عن الحضانة في القانون الجزائري:
سلطات واسعة ومعايير متداخلة

تسبّب اهتزاز مقومات الأسرة الجزائرية في كثرة المنازعات المتعلّقة بالأحوال الشخصية، فتكونت كتلة من الاجتهادات والقرارات القضائية، حيث فرضت المحكمة العليا رقابتها على تقدير القضاة لمصلحة المحضون، وهو ما طرح التساؤل إن كانت هذه المصلحة من مسائل الواقع أم القانون، وما ينجرّ عن ذلك من سلطة المحكمة العليا في الرقابة عليها؟

لقد اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية مصلحة المحضون مسألة واقع لا يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا إلا من خلال التسبيب والمعايير التي يستند عليها للكشف عن هذه المصلحة، حيث يكون القاضي ملزماً بإبراز المعايير التي اعتمد عليها في تحقيق مصلحة المحضون(١)، وما لم يسببّ حكمه تسبيباً كافياً مبنياً على المعايير التي اعتمد عليها فإنّه يعرّض قراره للنقض والإبطال(٢).

فالمحكمة العليا اعتبرت أنّ القضاة بما لهم من صلاحية وسلطة مطلقة في تقدير فهم الوقائع وأدلتها الواقعية والقانونية، وبحث الدلائل والمستندات المقدمة وموازنة بعضها بالبعض الآخر، وترجيح ما اطمأنّوا إلى ترجيحه منها، فإنّهم ملزمون رغم ذلك بإيراد الأسباب الكافية والسائغة التي تبرز وتبيّن ذلك، وهم أيضاً مقيّدون بمراعاة المصالح وبأسباب كافية وواضحة(٣).

والقاضي في تقديره مصلحة المحضون عند التنازل عن الحضانة يمكن أن يجتهد في الاعتماد على المعايير المستنبطة من الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية (الفرع الأول)، كما

(١) م ع، قرار رقم ٤٢٤٢٩٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٠٢/١٣، مجلة م ع، (٢٠٠٨)، عدد٠١، ص٢٦٧.
(٢) م ع، قرار رقم ٣٦٤٨٥٠، بتاريخ ٢٠٠٦/٠٥/١٧، مجلة م ع، (٢٠٠٧)، عدد ٠٢، ص٤٣٧.
(٣) م ع، قرار رقم ٦٣٥٢٨٩، بتاريخ ٢٠١١/٠٩/١٥، غير منشور. ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١١٦.

المنارة للاستشارات
www

يمكنه أن يستعين بالخبرة الفنية والمساعدة الاجتماعية ممّا يؤثّر على حجية الأحكام القضائية في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول
المعايير القضائية لتقدير مصلحة المحضون في التنازل عن الحضانة

بالرجوع لاجتهادات وقرارات المحكمة العليا الجزائرية، يمكن استنباط عدّة معايير لتحديد مصلحة المحضون، ويمكن حصرها في: معيار حماية أخلاق المحضون (أولاً)، معيار السن الحرجة (ثانياً)، معيار الوضعية الصحية الحرجة (ثالثاً) معيار التعسّف في التنازل عن الحضانة (رابعاً)، معيار التفسير الضيّق لمجال التنازل (خامساً).

أولاً: معيار حماية أخلاق المحضون عند التنازل عن الحضانة:

اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية أنّ بقاء البنات مع أمّهن للصلة الوثيقة بينهنّ ومراعاة سنّهنّ لا يعني أن يؤسسّ القضاة قرارهم على أساس عاطفي للعلاقة الموجودة بين البنات وأمّهنّ متى كانت هذه الأخيرة سيّئة السمعة، فسوء خلق الأم (المحكوم عليها في جريمة زنى) يحرمها من الحضانة ولو كانت العلاقة وطيدة بينها وبين بناتها، والقرار القاضي بخلاف ذلك يكون معرّضاً للنقض[1].

يفيد هذا القرار أنّ حماية أخلاق ودين الأولاد من البيئة والرفقة السيّئة أولى من مصلحة توفير العطف والحنان والتناغم بين الأم وبناتها، كما يمكن أن نبرّر ذلك بأنّ الأم التي لم تستطع حفظ نفسها لا يمكن أن تحفظ بناتها، وقد لا نكون مغالين إذا اعتبرناها لم تراع مصلحة المحضون عندما سمحت لهم بالعيش في بيئة غير صالحة.

كما أكّدت المحكمة العليا أنّ القرار القاضي بإبقاء الأطفال مع الأم رغم ثبوت سوء أخلاقها، ورغم موافقة الأب (التنازل الضمني على الحضانة) على بقائهم مع الأم، يعتبر

(١) م ع، قرار رقم ٥٣٥٧٨، بتاريخ ١٩٨٩/٠٥/٢٢، المجلة القضائية، (١٩٩١)، عدد٠٤، ص٩٩. م ع، قرار رقم ١٧١٦٨٤، بتاريخ ١٩٩٧/٠٩/٣٠، ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١٠٦.

المنارة للاستشارات
www

مخالفاً للمبادئ القانونية والقضائية التي تكرّس مصلحة المحضون قبل أيّة مصلحة أخرى، ولو كانت هذه المصلحة تحقيق أمل استمرار العلاقة الزوجية لمدة من الزمن قبل الطلاق بناء على عفو الزوج[1]، بل اعتبرت في قرار آخر أنّ قيام الزوج بعملية سرقة وانتحال صفة الغير يمسّ بشرف الأسرة، وعليه تمّ إسناد الحضانة للأم رغم تنازلها عنها في دعوى التطليق، وهذا لمصلحة المحضون[2].

يتّضح من هذين القرارين أنّه رغم تنازل صاحب الحق في الحضانة إلاّ أنّ القضاة رأوا أنّ مصلحة المحضون تكمن في بقائه معه لأنّ الطرف المتنازل له سيّئ السمعة، فهي بذلك تؤكّد على تقديم حفظ الدين على العطف والرعاية النفسية، مع التأكيد على الاجتهاد في تحقيق هذه العناصر أيضاً، أي مدى إمكانية توفير العطف والرعاية النفسية إلى جانب حفظ الدين والأخلاق.

غير أنّ قضاء المحكمة العليا، وفي قرارات لاحقة غير متعلّقة بالتنازل، لم يراعوا هذا المبدأ حين أسندوا الحضانة للأم المحكوم عليها بجريمة زنا، وأيّدوا القرار القاضي بأنّ مصلحة المحضون تجعل من الأم أحقّ بالحضانة من غيرها، مؤسسين قرارهم على أنّ الطفلة صغيرة لا تستغني عن خدمة النساء[3].

وممّا يستفاد من هذا القرار أنّ القضاة اعتمدوا على معيار مصلحة الطفلة المبني على حاجتها لخدمة النساء، ويمكن نقد هذا القرار أنّ خدمة النساء غير محصورة في الأم، بل يمكن توفيره من خلال أي أنثى أخرى حاضنة، بل يمكن حتى من خلال الأنثى المرافقة للحاضن الذكر، وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا بتاريخ ١٩/ ١٢/ ١٩٨٨ تحت مسمّى الحضانة غير المباشرة[4].

(١) م أع، قرار رقم ٢٦٢٢٥، بتاريخ ١٩٨١/١٢/١٤. ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١٠٦.
(٢) م ع، قرار رقم ٥٨١٢٢٢ بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٤، م م ع، (٢٠١١)، عدد ٠١، ص٢٤٨.
(٣) م ع، قرار رقم ٥٦٤٧٨٧، بتاريخ ٢٠١٠/٠٧/١٥، م م ع، (٢٠١٠)، عدد٠٢، ص٢٦٢.
(٤) المجلس الأعلى للقضاء سابقاً، قرار رقم ٥١٨٩٤، بتاريخ ١٩٨٨/١٢/١٩، المجلة القضائية، ١٩٩٠، عدد ٠٤، ص٧٠.

المنارة للاستشارات
www

ثانياً: معيار السن الحرجة في تقدير مصلحة المحضون:

تعتبر مصلحة المحضون حجر الزاوية في منح وإسقاط الحضانة وعليه فمراعاة القاضي للترتيب الوارد في المادة ٦٤ من قانون الأسرة الجزائري دون البحث عن الأجدر بالحضانة ومراعاة مصلحة المحضون يعرّض قراره للنقض، وهذا ما أكّده قرار المحكمة العليا عندما نقض القرار الذي راعى الترتيب المذكور أعلاه دون مراعاة مصلحة البنتين وسنّهما الذي يعتبر معياراً لتقدير خطورة منح الحضانة لطرف أو لآخر(١)، وهو ما أكّده قرار المحكمة العليا بتاريخ ١٠/ ٠٣/ ٢٠١١ الذي أيّد قرار المجلس المستند لمصلحة المحضونة في بقائها مع جدتها (المقيمة معها منذ وفاة الأم طيلة سنتين)، وبالتالي حرمان الأب من الحضانة رغم أنّه الأولى بالحضانة حسب الترتيب الوارد في المادة ٦٤ من قانون الأسرة الجزائري، ورغم أنّ التقرير الاجتماعي المعدّ من مصلحة الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح انتهى إلى منح الحضانة للأب لتعويض حنان الأم المفقود(٢).

تفيد هذه القرارات أنّ معيار السنّ والمرحلة العمرية الحرجة التي يمرّ بها الأولاد (والبنات خاصة) تعتبر معياراً مهمّاً جدّاً في نظر قضاة المحكمة العليا، ويتم من خلاله تقدير مصلحة المحضون، ويكون القضاة -تحت رقابة المحكمة العليا- ملزمين بمناقشة هذه المسألة قبل منح الحضانة، وإلاّ اعتبروا مقصّرين في تسبيب قراراتهم، ممّا يعرّضها للنقض والإبطال.

وقد أكّدت المحكمة العليا الجزائرية هذا التوجّه في قرارها الصادر بتاريخ ١٣/ ٠٢/ ٢٠٠٢ الذي أوضح أنّ إجبار الأم على ممارسة الحضانة رغم تنازلها عنها يكون مقيّداً بسن الولدين ومدى إمكانية استغنائهما عنها، وأنّ هذا التنازل لا يضرّ بهما تطبيقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٦٦ من قانون الأسرة الجزائري(٣).

(١) م ع، قرار رقم ٤٩٧٤٥٧، بتاريخ ١٣/ ٠٥/ ٢٠٠٩، م م ع، ٢٠٠٩، عدد ٠١، ص٢٩٧.
(٢) م ع، قرار بتاريخ ٦١٣٤٦٩ بتاريخ ١٠/ ٠٣/ ٢٠١١، م م ع، (٢٠١٢)، عدد٠١، ص٢٨٥.
(٣) م ع، قرار رقم ٢٨٢١٥٣، بتاريخ ١٣/ ٠٢/ ٢٠٠٢، المجلة القضائية، (٢٠٠٤)، عدد ٠١، ص٢٧٥.

المنارة للاستشارات
www

أي أنّ الأم لها الحرية في التنازل عن الحضانة، غير أنّ هذا الحق مقيّد بمصلحة الطفل المحضون من حيث السن، ومدى إمكانية استغنائه عنها، سواء كان ذلك من حيث الرعاية الجسدية كفترة الرضاعة مثلاً أو الرعاية النفسية كمرحلة ما بعد الفطام.

ثالثاً: معيار الوضعية الصحية الحرجة عند التنازل عن الحضانة:

أخذت المحكمة العليا في بعض قراراتها بمصلحة المحضون مراعية في ذلك ظروفه الصحية حتىّ ولو كانت الأم قد تنازلت عن الحضانة، حيث اعتبرت أنّ زواج الأم بغير قريب محرم يعتبر تنازلاً منها عن الحضانة، لكن وبالنظر للظروف الصحية التي تعاني منها البنت، حيث ثبت من خلال الوثائق الطبية أنّ البنت مريضة مرضاً مزمناً، وتحتاج إلى رعاية أكثر لا تتوفّر إلاّ من خلال عناية الأم فقط، ولأنّ الأب ملزم بالخروج للعمل ومزاولة مهامه، وعليه فإسناد الحضانة لهذا الأخير يعرّض القرار للنقض(١).

يتّضح من خلال هذا القرار أنّ قضاة المحكمة العليا اعتبروا الزواج بغير القريب المحرم تنازلاً ضمنياً من الأم عن الحضانة على اعتبار أنّها تعلم مسبقاً بمضمون المادة ٦٦ من قانون الأسرة الجزائري التي تحرمها من الحضانة في هذه الحالة، واستنتجت أنّه من خلال إقدامها على الزواج مع العلم بسقوط الحضانة يعتبر تنازلاً عنها، وفي حقيقة الأمر لا يمكن تقبّل ذلك على إطلاقه وتفسيره على هذا الوجه، وهذا ما يستفاد من القرار نفسه، حيث إنّ الأم لم تتنازل عن الحضانة (على فرضية علمها بحكم النصّ السابق)، بل اجتهدت في اللجوء للقضاء للحصول عليها، وهو ما أكّده هذا القرار عندما أسند لها الحضانة لاعتبارات مصلحة المحضون، وبالتالي يمكن أن تجتمع الحضانة مع الزواج بغير القريب المحرم، وعليه لا يعتبر دائما الزواج بغير القريب المحرم تنازلاً عن الحضانة(٢).

(١) م ع، قرار رقم ٥٤٣٥٣، بتاريخ ١٩٨٩/٠٧/٠٣، المجلة القضائية، (١٩٩٢)، عدد٠١، ص٤٥.

(٢) وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، حيث لا تسقط الحضانة مطلقاً حسب المادة ١٤٤ منه، إنّما يشترط أن يكون مدخولاً بها وألاّ تقدّر المحكمة أنّ مصلحة المحضون في البقاء مع الحاضنة، فالسلطة التقديرية للقاضي في تقدير سقوط الحضانة من عدمه، وقد أخذ بالمذهب الحنفي في هذه المسألة. راجع المذكرة

المنارة للاستشارات
www

وفي اتجاه مغاير، اعتبرت المحكمة العليا في قرار لاحق أنّ مسألة مراعاة مصلحة المحضون تكون في حالة التنازل فقط، وليس في حالة الزواج بغير قريب محرم، حيث إنّه في هذه الحالة يسقط حقّها في الحضانة تلقائياً، ولا صلاحية للقضاة في تقدير مصلحة المحضون التي يمكن إعمالها فقط في حالة التنازل(١).

فالمحكمة العليا في هذا القرار قد ناقضت أحكام القرار السابق من جهة، ومن جهة ثانية ميّزت بين التنازل الصريح والتنازل الضمني (الزواج بغير القريب المحرم)، حيث اعتبرت أنّ تقدير مصلحة المحضون تكون فقط في حالة التنازل الصريح أمّا في حالة التنازل الضمني فلا صلاحية للقاضي لإعمال سلطته التقديرية.

رابعاً: معيار التعسف في التنازل عن الحضانة:

إذا كان القانون قد سمح للحاضن بالتنازل عن الحضانة فإنّ ذلك مقيّد بعدم التعسّف في استعمال هذا الحق، أي مضّارة الطرف الآخر كقصد إلحاق الضرر به في قيامه بالحضانة والتربية.

وقد ورد في توصيات ندوة المجمع الفقهي الإسلامي بتاريخ ١٥/ ١٢/ ٢٠١٤ حول أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة أنّ: "التعسف في استعمال حق الحضانة يقصد به: استعمال حق الحضانة المشروع على وجه غير مشروع مما فيه إضرار بالمحضون أو بالطرف الآخر وهو ممنوع شرعاً، سواء أكان الحاضن هو الأب، أم الأم، أم غيرهما ؟،وسواء أكان المتضرر الطرف الآخر، أم المحضون نفسه؟، والأصل فيه قوله تعالى: (لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ). فهذه الآية أصل جامع في النهي عن أنواع التعسف كافة. من صور التعسف في استعمال حق الحضانة:

- المطالبة بحق الحضانة، أو التنازل عن هذا الحق؛ بقصد الإضرار بالطرف الآخر.

الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(١) م ع، قرار رقم ٦٩٣٩٣٦ بتاريخ ٢٠١٢/٠٩/١٣، م م ع، (٢٠١٣)، عدد ٠١، ص٢٥٣.

المنارة للاستشارات

www

- السفر بالمحضون، أو الهروب به، أو إخفاؤه بقصد الإضرار بالطرف الآخر.
- منع الطرف الآخر من زيارة المحضون، أو رؤيته، أو الاتصال به، أو الحديث إليه.
- استعمال حق الزيارة في أوقات لا تلائم الحاضن أو المحضون.
- منازعة الأب في الحضانة؛ لإسقاط حق النفقة الواجبة عليه.
- إيغار الحاضن صدر المحضون على أقاربه"[1].

وقد طبّقت المحكمة العليا الجزائرية هذه الأحكام في قرارها الصادر بتاريخ ١٩/ ١٢/ ١٩٨٨ عندما اشترطت ألاّ يكون التنازل مضراً بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها فذلك يعد مخالفة لأحكام الحضانة، وتعامل معاملة نقيض قصدها[2].

وما يستفاد من هذا القرار أنّ قضاة المحكمة العليا طبقوا قاعدة "التعسف في استعمال الحق" المتعارضة ومصلحة المحضون، فعدم وجود حاضن يقبل الحضانة، يجعل من الأم ملزمة بقبول الحضانة، ممّا يؤكّد أنّ الحضانة حقّ للحاضن والمحضون معاً، غير أنّ مصلحة المحضون تغلّب على أيّة مصلحة أخرى.

فمتى تنازل أحد الأطراف عن الحضانة بقصد الإضرار بالطرف الآخر كمنعه من الزواج مثلاً، أو تعجيزه عن ممارسة حياته بشكل طبيعي يمكن معاملته بنقيض مقصوده، وتحميله الحضانة كالتزام وليس كحقّ.

خامساً: التفسير الضيّق لمجال التنازل:

إذا تنازلت الزوجة عن كامل حقوقها المتعلقة بالطلاق، فإنّ تفسير هذا التنازل لا يعدو

(1) http://feqhweb.com/vb/t19976.html (20/06/2017)

(٢) المجلس الأعلى للقضاء (سابقاً)، قرار رقم ٥١٨٤٩، بتاريخ ١٩/ ١٢/ ١٩٨٨، المجلة القضائية، (١٩٩٢)، عدد ٠٤، ص٧٥.

المنارة للاستشارات
www

أن يمسّ حقوقها الخاصة لا الحقوق المتّصلة بالأولاد الذين لهم الحق في النفقة والمسكن، فالعبارات العامة في عقد أو حكم التنازل لا تمسّ بأيّ حال حقّ المحضون في المسكن رغم أنّه حقّ مشترك بينهما، وعليه فتفسير عبارات التنازل يجب أن يكون تفسيراً ضيّقاً خاصّاً بحقوقها الشخصية لا يضرّ بمصلحة المحضون في السكن[1].

فهذا القرار يؤكّد على أنّ التنازل عن الحضانة يجب ألاّ يضرّ بحقوق المحضون المشتركة مع حقّ الحاضن، ومن باب أولى حقوق المحضون الخاصّة، لأنّ الزوجة ورغم حقّها في التنازل عن الحضانة إلاّ أنّ ذلك خاص بحقوقها الشخصية المحضة لا الحقوق المشتركة.

الفرع الثاني
اعتماد القاضي على الخبرة الفنية والمساعدة الاجتماعية وحجية الأحكام القضائية

يمكن للقاضي في تقديره لمصلحة المحضون الفضلى في التنازل عن الحضانة أن يعتمد على الخبرة الفنية والمساعدة الاجتماعية (أولاً)، ولأنّ طبيعة التنازل متوقفة على ظروف مؤقتة قابلة للتغيير، فقد فرضت خصوصية على طبيعة الأحكام القضائية المتعلّقة بالتنازل عن الحضانة من حيث الحجية (ثانياً).

أولاً: الاستعانة بالخبرة الفنية والمساعدة الاجتماعية في تقدير مصلحة المحضون عند التنازل عن الحضانة:

يمكن للقاضي في إطار تطبيق مصلحة المحضون نظرياً على الواقع الاستعانة بالخبرة الفنية والمساعدة الاجتماعية، سواء كانت من خلال أطباء نفسانيين أو فيزيولوجيين للتأكّد من الوضعية الصحية والنفسية للطفل المحضون، كما يلجأ القاضي في إطار التحقّق من الوثائق المقدّمة من طرف المتنازعين حول الحضانة للخبرة القضائية، حيث سجّلنا في القرارات السابقة اعتماد القاضي على الوثائق المتعلّقة بصحة المحضون، والتي قدّر على أساسها إسناد

(١) م ع، قرار رقم ٣٨٤٥٢٩ بتاريخ ٢٠٠٧/٠٤/١١، م م ع، (٢٠٠٨)، عدد ٠٢، ٢٩١.

المنارة للاستشارات
www

الحضانة للأم رغم تنازلها عن الحضانة، وهذا خدمة لمصلحة المحضون[١].

كما يمكنه إجراء تحقيق للاطلاّع على الوضع الاجتماعي للعائلة، ومن قبيل ذلك اللجوء للتحقيق الأمني، وهو ما من شأنه أن يعطيه صورة عن البيئة التي سيعيش فيها المحضون، وقد رأينا تأثير سمعة الحاضن على قرار إسناد الحضانة، بالإضافة إلى إمكانية اللجوء إلى المصالح الإدارية المختصّة والتربوية للتأكّد من الظروف التي سيقرّر من أجلها قبول أو عدم قبول التنازل عن الحضانة.

كما يمكن للقاضي الاستعانة بالشهود من الوسط العائلي أو من الجيران، حيث تسمح هذه الوسائل بتوفير معلومات دقيقة حول الوضع العائلي والوسط الاجتماعي الذي سينتمي إليه الطفل المحضون.

ورغم أنّ مسألة لجوء القاضي للمساعدة الاجتماعية وللتحقيق الاجتماعي تناقضت فيها قرارات المحكمة العليا من حيث الجواز[٢] والوجوبية[٣]، إلاّ أن تأثير نتيجة هذه المساعدة والتحقيق تبقى غير إلزامية للقاضي إلاّ من حيث تسبيب قراره ومناقشة هذه التقارير[٤]،الناحية العملية ثبت تأثير تقارير الخبراء والمساعدين الاجتماعيين على قرارات القضاة المختصين[٥].

(١) نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، (٢٠٠٩)، ص٨١.

(٢) المجلس الأعلى للقضاء (سابقاً)، قرار رقم ١٧٤٨١، بتاريخ ١٩٧٩/٠١/١٥. ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١٢٠. م ع، قرار رقم ٦٥٠٠١٤ بتاريخ ٢٠١١/١٠/١٣، م م ع، (٢٠١٢)، عدد ٠١، ص٣١٣.

(٣) قرار رقم ٢٢٨٠٤٧، بتاريخ ١٩٩٩/٠٩/٢١، غير منشور. ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١١٩.

(٤) م ع، قرار رقم ٣٣٢٣٢٤ بتاريخ ٢٠٠٥/٠٧/١٣، نشرة القضاة، (٢٠٠٦)، عدد ٥٩، ص٢٣٦.

(٥) في دراسة قام بها "إيرن تيري" سنة ١٩٩١ اتّضح أنّه من بين ٧٠٠ حالة طلاق اعتمد القضاة على ٨٣ بالمائة من مضمون التقارير التي توصّل إليها التحقيق الاجتماعي.

المنارة للاستشارات
www

ثانياً: تقدير مصلحة المحضون وتأثيره على حجية الحكم المتعلّق بالتنازل عن الحضانة:

إذا صدر حكم من القاضي في إسناد الحضانة فهل يمكن الرجوع عن هذا الحكم؟ أي ما مدى حجية الأحكام القضائية المؤسّسة في إسناد الحضانة على التنازل من أحد الأطراف؟

الأصل في الأحكام أنّها تحوز حجية الشيء المقضي به، فلا ترفع الدعوى من طرف نفس الأشخاص بنفس الصفة حول نفس الموضوع أمام نفس الجهة القضائية، غير أنّه بالنسبة لمسألة الحضانة يمكن التراجع عنها من طرف الحاضن المتنازل، فلضرورة حالة المحضون ومصلحته الخاصة، فإنّ تنازل الأم لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة لها ورفع دعوى الرجوع عن الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلّب ذلك، فهي مرهونة بعدم تغيّر الظروف التي تمّت فيها، ممّا يؤثّر على المركز الشرعي أو القانوني لأحد الطرفين سلباً أو إيجاباً[1].

غير أنّ هذا الترخيص استثناء خاص يجب حصره وتقييده بشروط معيّنة، وهو ما يأخذ به قضاء المحكمة العليا الجزائرية الذي منع الأم المتنازلة عن الحضانة من الرجوع عن التنازل، ما لم يكن التنازل خارجاً عن إرادتها[2]، أو كان التنازل بموجب اتفاق بين الزوجين عند الطلاق[3]،

(١) م ع، قرار رقم ٢٢٠٤٧٠ بتاريخ ١٩٩٩/٠٤/٢٠، ذكرته عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص١١٠. قرار م إ ع، طعن رقم ٣٠ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/٠٤/٠٩. قرار م إ ع، طعن رقم ٣٩١ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/١٢/١٠. قرار م إ ع، طعن رقم ١٥٤ لسنة (٢٠٠٨)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠٠٩/٠٣/٣١. قرار م إ ع، طعن رقم ٤٧٣ لسنة (٢٠١١)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٢/٠١/١٧. قرار م إ ع، طعن رقم ١١٨ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٣/٠٤/٢٣. قرار م إ ع، طعن رقم ٤٣٩ لسنة (٢٠١٣)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/٠٦/٠٣. قرار م إ ع، طعن رقم ٣٧٤ لسنة (٢٠١٤)، أحوال شخصية، جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥.

(٢) المجلس الأعلى للقضاء (سابقاً)، قرار رقم ٥٣٣٤٠ بتاريخ ١٩٨٩/٠٣/٢٧، المجلة القضائية، (١٩٩٠)، عدد٠٣، ص٨٥.

(٣) م ع، قرار رقم ١٣٨٩٤٩ بتاريخ ١٩٩٦/٠٧/٠٩، م ق، (١٩٩٦)، عدد ٠١، ص٧٣. ذكره كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، (٢٠١٥)، ص١١٣.

المنارة للاستشارات

www

كما يقيّد ذلك في جميع الأحوال بمصلحة المحضون التي هي الأساس في دعوى الحضانة[1].

ويمكن التمثيل على ذلك بعدم قدرة الحاضنة على توفير العيشة الملائمة للمحضون في البداية فتتنازل عنه، غير أنّ تغيّر ظروفها المادية يسمح لها بالمطالبة بالرجوع عن التنازل، كما أنّ مسألة زواجها بغير القريب المحرم قد تزول بحدوث الطلاق من الزواج الثاني، وعموماً أيّ سبب كان في التنازل عن الحضانة قابل للزوال يسمح للحاضن المتنازل عن الحضانة بالرجوع عنه، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول دعوى الرجوع أو رفضها بناء على مصلحة المحضون.

غير أنّ المحكمة العليا تناقضت في حصر وتقدير هذه الأسباب:

ففي قرارها بتاريخ ١٩/ ٠٤/ ١٩٩٤ اعتبرت أنّه من المقرر قانوناً أنّ الحقّ في الحضانة يعود لصاحبه إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، حيث نصّ على ما يلي:" ولمّا كان ثابتاً في قضية الحال أنّ الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعدّ تصرّفاً رضائياً اختيارياً، والقضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعدّ مخالفة للقانون"[2]، أيّ أنّها قصرت حقّها في الرجوع على حالة التنازل غير الاختياري فقط.

أمّا في قرارها الصادر بتاريخ ٢١/ ١١/ ٢٠٠٠ فقد اعتبرت أنّه:" من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبّين أن المطعونة ضدّها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة ٧١ من قانون الأسرة طبّقوا صحيح القانون"[3].

هذا ما يؤكّد عدم استقرار قضاة المحكمة العليا على معايير واضحة في تقرير مصلحة المحضون والحالات التي يسمح فيها بالرجوع عن التنازل عن الحضانة.

(١) م ع قرار رقم ٢٥٧٧٤١ بتاريخ ٢٣/٠٥/٢٠٠١، م ق، (٢٠٠٣)، عدد ٠١، ص٣٦٣. نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص١٤٧.

(٢) م ع قرار رقم ١٠٢٨٨٦ بتاريخ ١٩/٠٤/١٩٩٤، م ق، عدد ٥٥، ص٩٢.

(٣) م ع قرار رقم ٢٥٢٣٠٨ بتاريخ ٢١/١١/٢٠٠٠، م ق، عدد ٠٣، ص١١٢.

المنارة للاستشارات
www

الخاتمة

اتّفق كل من القانون الإماراتي والجزائري على أنّ الحضانة حقّ مشترك بين الحاضن والمحضون، وأوضح القانون الإماراتي حقّ الله فيها، ومن حسنات القانونين حفاظهما على المصدر التشريعي الذي يسمح بالاجتهاد فيما لم يرد فيه نصّ.

لم يسمح القانون الإماراتي صراحة بالتنازل عن الحضانة في حالة كان من مشتملات الخلع، ولم يتعرّض لإمكانية التنازل عن الحضانة خارج هذه الحالة، لذا فضرورة النصّ صراحة على إباحة التنازل (حتى ولو أبقى حالة الخلع كاستثناء) بشروط وقيود قد يكون من مصلحة الأسرة ومصلحة الطفل المحضون معاً.

تبيّن ألاّ تعارض بين تنازل الحاضن عن الحضانة وبين مصلحة المحضون، فقد تكون مصلحة المحضون بعد الفرقة الزوجية في بقائه مع الأب أو غيره، وقد تكون مصلحته في بقائه مع الأم (الحاضن)، بل قد يكون التنازل عن المحضون مقبولاً حتّى كبدل للخلع متى كان في ذلك مصلحة الأسرة والمحضون معاً، أمّا إذا تعارضت المصلحتان فيجب التوفيق بينهما لا أن تقدّم مصلحته على مصلحة الأسرة، ويعمل في ذلك بتدرّج المصالح ودرء المفاسد.

مصلحة المحضون ذات مفهوم ذاتي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي التي تختلف من شخص لآخر، وما ينجم عنه من اختلاف الأحكام القضائية حول نفس الوقائع وفي ظل نفس الظروف، دليل على أنّ مصلحة المحضون يجب أن تكون مقيّدة لسلطة القاضي، لأنّ في الشروط والقواعد الموضوعية لاستحقاق الحضانة تقدير شرعي (بنص الشارع) لمصلحة المحضون.

لقد لاحظنا الاختلاف البيّن في توجّه قرارات المحاكم العليا في مراحل زمنية متعدّدة، فمعظم القرارات التي تمّ التعرّض لها في مسألة الحضانة شهدت تطوراً نحو تطبيق المفاهيم الدولية لحماية الطفل، حتى ولو تعارضت هذه الأخيرة مع مقاصد الشريعة الإسلامية، في

المنارة للاستشارات
www

حين كانت القرارات في مرحلة زمنية متقدمة أقرب لتكريس الأحكام الشرعية وتحقيق مقاصدها، كما لاحظنا أيضاً في بعض القرارات طول مدة النزاع حول إسناد الحضانة حيث وصلت إلى ١٠ سنوات، وهو ما يغيّر في طبيعة النزاع المعروض، فعلى القضاة مراعاة مصلحة المحضون وقت الفصل في الدعوى وليس وقت رفع الدعوى، وإن كان ذلك على حساب القواعد الإجرائية.

إنّ القضاة ملزمون قانوناً أمام المحاكم العليا بتسبيب أحكامهم، وبتبيان المعايير التي اعتمدوا عليها في تقديرهم لمصلحة المحضون، إلاّ أنّ ذلك غير كاف عملياً، بل يجب عليهم احترام ترتيب المصالح، حيث لاحظنا فعلاً في بعض القرارات أنّ القضاة استندوا إلى مصلحة المحضون –من وجهة نظرهم–، غير أنّه كان من الواجب عليهم مراعاة تدرّج هذه المصالح، فحماية مصلحة دين وأخلاق المحضون أولى من حماية مصلحته العاطفية التي تكون في درجة أعلى من مصلحته المادية، لذا نوصي بما يلي:

أولاً: مصلحة المحضون قد تكون مقدّرة بنصّ الشارع: شروط الحاضن، حالات السقوط، بما في ذلك التنازل عن الحضانة، وفي هذه الحالات لا مجال لاجتهاد القاضي.

ثانياً: تقييد سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون عند التنازل عن الحضانة بوضع المعايير والضوابط (القانونية و/ أو القضائية) وفق مقاصد الشريعة الإسلامية.

والله أعلم.

المنارة للاستشارات
www

قائمة المراجع

المراجع العربية:

أ. القوانين والأنظمة:

١. القانون رقم ٨٤/ ١١ المؤرخ في ٠٩/ ٠٦/ ١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون ٠٥/ ٠٩ المؤرخ في ٠٤/ ٠٥/ ٢٠٠٥ (ج ر رقم ٤٣ صادرة بتاريخ ٢٢/ ٠٦/ ٢٠٠٥، ص٠٤).

٢. القانون الاتحادي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به، (سلسلة التشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة ؛ ٢) قسم الدراسات والبحوث –معهد دبي القضائي، دبي، ط ٠٣، (٢٠١٧).

٣. المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، عدد ٢٦، أفريل (٢٠٠٦).

ب. الكتب والمقالات والرسائل الجامعية:

١. الشاطبي، الموافقات، دار الفكر، دمشق، سوريا، (١٩٨٠)، ج٠٢.

٢. جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دمشق، ٢٠٠٣.

٣. حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، دار قتيبة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٩٩٢).

٤. راجع نعمان جغيم، دراسة في الإشكالات المتعلقة بالمقاصد الشرعية الخمسة، مجلة جامعة السلطان الشريف علي الإسلامية، العدد ٠٤، (٢٠١٥).

٥. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، (٢٠٠٥).

٦. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، (٢٠٠٥).

المنارة للاستشارات

www

٧. عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (٢٠٠٦).
٨. عبد الناصر بن موسى أبو البصل، حق الحاضن في الحضانة ووسائل تنفيذه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة المنظمة من طرف المجمع الفقهي الإسلامي وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، ١٥/ ١٢/ ٢٠١٤.
٩. عزيزة حسيني، مصلحة الطفل، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١ – يوسف بن خدة، (٢٠١٤).
١٠. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة، (١٩٩٣).
١١. كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، (٢٠١٥).
١٢. محمد الحبيب بن الخوجة، محمد الطاهر بن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة الإسلامية ج٠٢: بين علمي أصول الفقه والمقاصد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (٢٠٠٤).
١٣. محمد بن أحمد الصالح، مستحقو الحضانة، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة المنظمة من طرف المجمع الفقهي الإسلامي وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، ١٥/ ١٢/ ٢٠١٤.
١٤. محمد بن إبراهيم البقوري، ترتيب الفروق وتلخيصها والاستدراك عليها، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (٢٠٠٣).
١٥. محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، الطبعة الأولى، (١٩٩٨).
١٦. مصطفى بن كرامة الله مخدوم ، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، دار إشبيليا، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٩٩٩).
١٧. نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، (٢٠٠٩).

المنارة للاستشارات
www

١٨. نورة المطلق، حضانة الجدة في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، (٢٠١٠)، العدد ٩١.

المراجع الأجنبية:

1. Daniel C. Schuman, beyond the best Interests of the child by Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit, family law quarterly, Vol. 8, No. 3 (Fall 1974), p347 http://www.jstor.org/stable/25739099 (05/09/2017)
2. Groupe de travail « intérêt supérieur de l'enfant » Rapport d'étape, www.fondationenfance.org/wpcontent/uploads/2016/10/ddd_maintien_liens_familiaux_choix_residence_ separations_parentales.pdf (05/09/2017)
3. http://ejustice.gov.ae/downloads/latest_laws2016/union_law_3_2016_children_rights.pdf (15/08/2017)
4. J. Goldstein, A. Freud, A.J Solnit, Dans l'intérêt de l'enfant et Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant, traduit et présenté par L. Séailles, édition ESF, 1983.
5. Jane Fortin, Cildren's rights and the developing law, Cambridge university press, Second Edition, (2005)
6. Thomas Dumortier, l'intérêt de l'enfant: les ambivalences d'une nootion "protectrice", la revue des droits de l'homme, n=°03, (2013). https://revdh.revues.org/189#bodyftn34 (15/10/2017)

المنارة للاستشارات

www

Copyright of Journal of Sharia & Law is the property of United Arab Emirates University, College of Law, Sharia & Law Journal and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

www.manaraa.com