

الإسم: فاطيمة

اللقب: سماعيل

الرتبة: أستاذة مساعدة (أ) جامعة الشلف

البريد الإلكتروني: smaine.fatima@gmail.com

الملتقى الدولي حول التطوير التشريعي لأحكام الأسرة في الدول العربية

نص المداخلة

محور المداخلة: الحماية القانونية للمرأة و الطفل في قوانين الأسرة

موضوع المداخلة: الحماية القانونية للمحضون في مرحلة ما بعد الطلاق قراءة في

الأحكام الفقهية و القانونية المتعلقة بالحضانة في قوانين الأسرة العربية

تعيش المجتمعات العربية تفككا أسريا مما أدى إلى ارتفاع نسبة كبيرة للطلاق الأمر الذي أدى إلى ظهور آفات اجتماعية خطيرة. خاصة إذا كان هذا الطلاق قد خلف أطفال باعتبارهم ضحية سوء تفاهم الزوجين و بالتالي يثير الطلاق مسألة الحضانة (أي لمن تسند الحضانة بعد الطلاق).

كما عرف القانون الحضانة على أنها رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و تسند الحضانة بعد الطلاق إما للأم أو الأب وفقا لما نص عليه قانون الأسرة الجزائري و القوانين العربية، و تكون خلال مدة زمنية معينة تختلف باختلاف الجنس (ذكر، أنثى) و لابد أن يتوافر في الحاضن شروط تأهله للحضانة.

أما الحضانة في الشرع فقد طرحت على الرسول عليه الصلاة و السلام عندما جاءت امرأة و قالت له: يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و حجري له حواء، و ثدي له سقاء، و أن أباه طلقني و يريد أن ينتزعه مني فقال لها رسول اله صلى عليه وسلم " أنت أحق به مالم تتزوجني".

الحضانة تختلف إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى سواء الفقه أو القانون حددا سن الحضانة و مدتها، و متى سقوطها، لقاء المحضون و عدم تسليمه، نفقة الحضانة و غيرها.

هذا ما جاءت به قوانين الأسرة العربية و الشرع حماية المحضون في إطار القانون و الفقه من خلال الشريعة الإسلامية و الأحاديث النبوية و المذاهب الفقهية. إذن كيف حمت قوانين الأسرة العربية المحضون مقارنة بالأحكام الفقهية من أحاديث نبوية؟ باعتبار الأولى سابقة للثانية. للإجابة على التساؤل نقسم بحثنا:

1/ المحضون في الفقه و ظل قوانين الأسرة العربية؟

2/ مدى تأثر قوانين الأسرة العربية بالأحكام الشرعية للمحضون؟

المبحث الأول: المحضون في ظل الفقه و قوانين الأسرة العربية

حظي المحضون بعناية من قبل الشرع (الفقه) و القانون في ظل قوانين الأسرة العربية من خلال الكتاب و السنة و المذاهب الفقهية إلى جانب القوانين التي اهتمت بوضعية المحضون بعد الطلاق و ميزت بين ما إذا كان المحضون ذكرا أم أنثى، و متى تنتهي هذه الحضانة و كدى تعريف الحضانة لغتا و فقها و قانوننا و من يستحقها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغتا

الحضانة لغتا (بفتح الحاء و كسرهما) مأخوذة من الحضن، و هو ما دون الإبط إلى الكشح و حضن الشيء جانباه، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، و حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها و قامت بتربيته، و تسمى حينئذ حاضنته (1).

الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها

عبارة عن قيام بحفظ الصغير، أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز، و لا ينتقل بأمره و تعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا، و دينيا و خلقيا، كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة و الاضطلاع بمسؤوليتها.

كما عرف الشافعية الحضانة " بأنها تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه و يقيه عما يضره و لو كان كبيرا مجنونا، كأن يتعهد بغسل جسده و ثيابه و ذهنه و كحله و ربط الصغير إلى العهد و تحريكه لينام". (2)

أما فقهاء الأحناف عرفوا الحضانة " إن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم و القيام بحوائجهم، جعل الشارع و لاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة و التصرف يستدعي قوة الرأي، و جعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن و ذلك مع الشفقة، و قدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، و الظاهر أن الأم أحق و أشفق من الأب على الولد فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحمله الأب، و في تفويض ذلك إليها منفعة للولد(3).

الفرع الثالث: تعريف الحضانة قانونا

أولا قانون الأسرة الجزائري:

عرف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في الفقرة الأولى من المادة 62 بنصه مايلي: " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا". (4)

تناول المشرع الجزائري الحضانة في الفصل الثاني تحت عنوان أثار الطلاق، و يقصد بالحضانة هو تربية الولد (ذكر أو أنثى) تربية حسنة و حمايته من كل آذى و الحفاظ على صحته من الأمراض ووقايته منها.

ثانيا قانون الأسرة المغربي:

تناول المشرع المغربي الحضانة في مدونة الأسرة في المادة 163 " الحضانة حفظ الولد مما قد يضره و القيام بتربيته و مصالحه. على الحاضن، أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون و سلامته في جسمه و نفسه، و القيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، و في حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المضرور " (5).

ثالثا قانون الأسرة التونسي

عرف قانون الأسرة التونسي الحضانة في الفصل 54 من الكتاب الخامس "الحضانة حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته" (6).

يلاحظ أن التعاريف المذكورة أعلاه عرفت الحضانة و التي من خلالها تسعى لحماية المحضون و المحافظة عليه و تربيته تربية حسنة باعتباره غير قادرا على القيام بذلك.

هناك بعض القوانين العربية لم تعرف الحضانة و إنما دخلت مباشرة في شروط الحضانة و متى تسقط مثالها القانون السوري الذي تضمن الحضانة في الكتاب الخامس من الفصل 54 إلى الفصل 67 (7) و القانون الكويتي من المادة 189 إلى المادة 199 (8) و القانون الأردني من المواد 170 إلى 186 (9).

المطلب الثاني: أساس شرعية حق الحضانة

أشارت مسألة الحضانة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم في حادثة مشهورة عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن امرأة جاءت إلى الرسول الله صلى الله عليه وسلم في حادثة شهيرة عن عمر ابن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن ولدي هذا كان بطني له و عاءا، و حجري له حواءا، و ثدي له سقاءا، و أن هذا يريد أن ينزعه مني.

فقال صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تتزوجي" (10) و لما خاصم عمر بن الخطاب أم عاصم بشأن ولده بين يدي أبوبكر الصديق رضي الله عنهما و أراد أن يأخذ ابنها عاصما منها، فشكته إلى أبي بكر الصديق، فأخذ الطفل من عمر و أعطاه إلى أمه، و قال له ربحها و مسحها و ريقها خير له من الشهد عندك يا عمر" (11).

يلاحظ من خلال هاتين الحادتين الأولى في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم و الثانية في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه أن موضوع الحضانة أثر من خلال الأساس الذي من خلاله يتم تحديد الحاضن.

باعتبار أن الرسول صلى الله عليه وسلم أسندها إلى الأم وفق للرواية المذكورة أعلاه باعتبار الأم أولى بحضانة ابنها نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط الأم بمولودها و ابنها و قربها منه و قدرتها على رعايته في أعوامه الأولى و نفس الأمر طبق على عمر بن الخطاب رضي الله عنه عند ما طلق أم عاصم.

الفرع الأول: الفقه:

1/ المذهب المالكي:

يرى أن استحقاق الحضانة يكون لأقارب الصغير من إناث و ذكور أما أحقهم فهي الوالدة ثم أم الوالدة أي الجدة ثم الحالة الشقيقة ثم الحالة لأم ثم خالة الأم ثم عمه الأم ثم أم الوالد أي الجدة ... ثم تنتقل إلى الوالد و جهة الوالدة تقدم على جهة الوالد، إذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح لحضانة الصغير، ثم بعد تنتقل إلى الوصي سواء كان ذكرا، أو أنثى (12).

2/ المذهب الحنفي:

أما حنفية فقد رأوا أن الحضانة تثبت للأقارب من النساء قبل غيرهم من الرجال. فالوالدة أحق من غيرها و تتقدم على سواها، سواء تزوجت بعد الطلاق أم لم تتزوج. ثم تليها في المرتبة الثانية أمها أي الجدة بشرط أن تكون متزوج بجده و في حالة العكس تنتقل الحضانة بعد الأم إلى الأب (13).

الفرع الثاني: حق الحضانة في قوانين الأسرة العربية

نصت معظم قوانين الأسرة العربية على الأشخاص الذين لهم حق الحضانة و هذا التحديد جاء وفق ترتيب محدد و معين.

أولا: قانون الأسرة الجزائري:

حدد قانون الأسرة الجزائري من لهم الحق في الحضانة وفق الترتيب الآتي في المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

عكس ما كان موجود في قانون الأسرة القديم قبل تعديل 2005 الذي كان يضع الأب في المرتبة الثالثة بعد الجدة لأم، و هذا حماية المحضون بعدما تسقط الحضانة من الأم فوالده أولى به من الغير من الأقارب، و هذا راجع لما كان يعيشه المحضون من ضياع و قهر لدى سارع المشرع إلى تعديل قانون الأسرة و إعادة الترتيب باعتبار لديه أحن عليه من الغير.

ثانيا: مدونة الأسرة المغربية

نص قانون الأسرة المغربي في الباب الثاني من القسم الثاني تحت عنوان مستحقو الحضانة وترتيبهم في مادته 171 " تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة" .

يلاحظ أن المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري حدد مستحقو الحضانة بقوة القانون هم الأم، الأب، ثم لأم الأم، دون هؤلاء يتم اختيارهم من قبل المحكمة التي لها صلاحية اختيار الأنفع.

ثالثاً: قانون الكويتي

تعرض المشرع الكويتي إلى الحق في الحضانة في المادة 189 من الباب الخامس في عدة فقرات نصت الفقرة (أ) من المادة سابقة الذكر " حق الحضانة للأم، ثم لأمها و إن علت، ثم للخاله، ثم خاله الأم، ثم عمة الأم، ثم جدة لأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم عمة الأب، ثم خاله الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت، بتقديم الشقيق، ثم لأم، ثم لأب في الجميع."

أما الفقرة (ب) من نفس المادة "إذا لم يوجد مستحق للحضانة من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى الوصي المختار، ثم الأخ، ثم الجد العاصب، الجد الرحمي، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه، بتقديم الشقيق، ثم لأم، ثم لأب، متى أمكن ذلك".

يلاحظ على المشرع الكويتي أنه حدد مستحقو الحضانة على سبيل الحصر في الفقرتين (أ) و (ب) على عكس المشرع الجزائري و المغربي، لكونه ركز على الأم و أقارب إن لم يوجد ننتقل إلى الأب و أقاربه، و بهذا يكون قد وسع من مستحقو الحضانة.

رابعاً: قانون الأسرة الأردني

تطرق المشرع الأردني إلى موضوع الحضانة في الفصل الثالث من الباب السادس تحت عنوان الحضانة و الضم و المشاهدة في المادة 170 " الأم النسبية أحق بحضانة ولدها و تربيته حال قيام الزوجية و بعد الفرقة ثم بعد الأم ينتقل الحق لأمها ثم لأم الأب ثم للأب ثم للمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية".

يلاحظ أن المشرع الأردني حدد مستحقو الحضانة في الأم، ثم أم لأم، ثم أم لأب، ثم الأب، بقوة القانون و جعل الأب في المرتبة الأخيرة و في حالة عدم وجود هؤلاء تقوم المحكمة بتعيين الحاضن من أقارب المحضون و يتم ذلك من خلال القرائن التي يراها لصالح المحضون من خلال السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثالث: شروط الحضانة وأسباب سقوطها

لممارسة الحضانة لابد من توافر شروط قانونية في الحاضن سواء كان من الأصول أو الفروع أو من تعيينهم المحكمة.

الفرع الأول: شروط الحضانة

أولاً: قانون الأسرة الجزائري

اشتراط المشرع الجزائري في الحاضن لممارسة حضانته على أكمل وجه وفق لما جاء في تعريفه الحضانة (المادة 62 فقرة 1) أن يكون أهلاً لذلك وفق لنص المادة 62 فقرة 2 "و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

ثانياً: قانون الأسرة المغربي

اشتراط المشرع المغربي في الباب الثالث من القسم الثاني تحت عنوان شروط استحقاق الحضانة في المادة 173 محددًا بذلك شروط الحاضن بنصه "شروط الحاضن

- الرشد القانوني لغير الأبوين،
- الإستقامة و الأمانة،
- القدرة على تربية المحضون و صيانتهم و رعايتهم ديناً و صحة و خلقاً و على مراقبة تدرسه،
- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175 بعده.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانته و انتقلت إلى من يليه".

يلاحظ من خلال استقراء المادة 173 قانون مغربي، أنه حدد شروط ممارسة الحضانة على سبيل الحصر و التي من خلالها يمكن للحاضن ممارسة حضانته، كما جاء في آخر المادة أنه في حالة تغير وضعية الحاضن تسقط عنه الحضانة و ذلك حرصاً منه على مصلحة المحضون و التي عبر عنها مشرعنا بكلمة " أهلاً لممارسة ذلك" فجاءت الكلمة شاملة و عامة.

ثالثا: قانون الأسرة الكويتي

نص المشرع الكويتي في قانون الأسرة على شروط استحقاق الحضانة التي يجب توافرها في الحاضن وفقا للمادة 190 فقرة (أ) بنصها " يشترط في مستحق الحضانة، البلوغ، و العقل، و الأمانة، و القدرة على تربية المحضون، وصيانتهم صحيا، و خلقيا". كما اشترط في المادة 190 فقرة (ب) "يشترط في الحاضن أن يكون محرما للأنثى، و عنده من يصلح للحضانة من النساء".

حدد المشرع الكويتي الشروط الواجب توافرها في الحاضن كنظيره المغربي من بلوغ سن الرشد، سلامة العقل و القدرة المادية و الجسمانية لممارسة الحضانة. بحيث لا يمكن ممارسة الحضانة من قبل شخص عاجز و هذا ما جاء في قرار بتاريخ 1984/07/09 وجوب توفر شروطها، تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق و هذا ما جاء في قضية أن الحاضنة كانت فاقدة البصر و هي عاجزة عن ممارسة الحضانة (17).

رابعا: قانون الأسرة الأردني

أما المشرع لأردني حدد بدوره شروط ممارسة الحضانة في المادة 171 فقرة (أ) " يشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغا، عاقلا، سليما من الأمراض المعدية الخطيرة، أمينا على المحضون، قادرا على تربيته و صيانتهم دينيا و خلقا و صحة و أن لا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه و أن لا يسكنه في بيت مبغضيه أو يؤذيه و أن لا يكون مرتدا".

يلاحظ أن المشرع الأردني على غرار التشريعات العربية السابقة الذكر أنه تعرض إلى لم تتعرض له وهو "سليما من الأمراض المعدية" و شرط الديانة (أن يكون مسلما) و لتطبيق شرط سلامة الجسد يستلزم فحص و تحاليل طبية، و هذا كله لمصلحة المحضون و حمايته.

يستخلص من التشريعات العربية أنها كلها متحدة في حماية المحضون و رعاية و الحفاظ عليه و تربيته و السهر على راحته إلى حين بلوغه السن المحدد وفق كل تشريع مع التفرقة فيما إذا كانت المحضونة ذكرا أو أنثى.

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة

بتوافر الشروط السابقة الذكر تتم الحضانة إلا أنه هناك عيوب تشوب المحضون إما أثناء ممارسة الحضانة أو قبلها مما يؤدي إلى سقوط الحضانة عن المحضون، و لقد تعرضت التشريعات العربية المذكورة سابقا على سبيل المثال إلى أسباب سقوط الحضانة.

أولاً: قانون الأسرة الجزائري

تعرض قانون الأسرة إلى أسباب سقوط الحضانة في المادة 66 ق أ " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" هنا تسقط الحضانة في حالة تزوج الحاضنة (ما نص عليه القانون من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق أ ج) بغير محرم بالنسبة للمحضون مثال كأن تتزوج بأخ زوجها، أو يتنازل الحاضن أو الحاضنة عن الحضانة بمحض إرادتهما.

كما نص أيضا في المادة 67 ق أ ج "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه" و هو نفسه تعريف الحضانة كما لا يمكن لعمل المرأة أن يكون سببا لسقوط الحضانة و هذا كله مراعاة لمصلحة المحضون. تسقط الحضانة عن صاحبها أي من كان له الحق فيها و لم يطلبها لأكثر من سنة بدون عذر (68 ق أ ج)، إلى سقوطها عن الجدة لأم أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير محرم، إذن نستخلص أنه تسقط حضانة الجدة لأم أو الخالة متى سكنت هذه الأخيرة مع أم المحضون التي تزوجت بزوج غير محرم للمحضون (المادة 70 ق أ ج).

ثانياً: قانون الأسرة المغربي

تسقط الحضانة في قانون الأسرة المغربي وفق المواد الآتية: 174 و 175

و176.

تنص المادة 174 ق أ م " زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون،
- إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون".

تنص المادة 175 ق أ م " زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

- 1- إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها،
- 2- إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم،
- 3- إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون،
- 4- إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون.

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب."

يلاحظ في المادتين 174 و 175 ق أ م أنه تسقط الحضانة بالزواج، لكن فرق بينهما إذا كانت الحاضنة الأم أو غيرها المنصوص عليهم قانوناً. إذا كانت الحضانة لغير الأم تسقط حضانتها بمجرد زواجها بغير قريب محرم للمحضون أو نائباً شرعياً له و في حالة ما إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون دون الأخذ بعين الاعتبار سن المحضون.

أما المادة 175 ق أ م حددت حالات عدم سقوط الحضانة رغم زواج الأم الحاضنة و ذلك بأخذ عامل السن لدى المحضون و الذي لا تعدى عمره 7 سنوات، إذا كان مصاب بعاهة هنا أمه فقط هي الأولى و أقدر على تحمل ولها المحضون. على عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي لم يحدد سن معين لسقوط حضانة الأم في حالة زواجها بل أسقط حضانتها بمجرد زواجها بغير قريب محرم دون الأخذ ضابط سن المحضون أو حالته الجسمية.

كما نص في المادة 176 ق أ م " سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانتها إلا لأسباب قاهرة".

ثالثاً: قانون الأسرة الكويتي

تناول المشرع الكويتي أسباب و حالات سقوط الحضانة في المادة 191 ق أ ك " أ- إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون، و دخل بها الزوج، تسقط حضانتها.

ب- سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة - بلا عذر - بعد علمه بالدخول، يسقط حقه في الحاضنة و ادعاء الجهل بهذا الحكم لا يعد عذرا".

نفس ما سار عليه كل من القانون الجزائري و المغربي سكوت من كان له الحق في الحضانة لمدة زمنية معينة و المحددة في هذه التشريعات بسنة يسقط حق المطالبة بها بعد ذلك.

المبحث الثاني: مدى تأثير قوانين الأسرة العربية بالفقه

مما سبق ذكره فيما يخص القواعد القانونية التي نصت عليها قوانين الأسرة العربية في موضوع الحضانة سبقها في ذلك الفقه و تأثرت به القوانين.

المطلب الأول: إسناد الحضانة و سقوطها

وفقا للقوانين الأسرة العربية أسندت الحضانة بعد الطلاق للأُم بشرط أن تكون أهلا لذلك أي ليست بها عاهة تعيقها من القيام بالحضانة مالم تتزوج متأثرا بالمذاهب الفقهية.

الفرع الأول: المذهب المالكي

يستحق الحضانة أقارب الصغير من إناث و ذكور، أما أحقهم به الوالدة ثم أم الوالدة أي الجدة، ثم الخالة الشقيقة ثم خالة الأم ثم عمّة الأم ثم أم الوالد أي الجدة... ثم تنتقل إلى الوالد، و التي من جهة الوالدة تقدم على التي من جهة الوالد. و إذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح لحضانة الصغير. ثم بعد هؤلاء تنتقل الحضانة إلى الوصي سواء كان ذكرا أو أنثى.

الفرع الثاني: المذهب الحنفي

يرى الحنفية أن الحضانة تثبت للأقارب من النساء قبل غيرهن من الرجال. فالوالدة أحق من غيرها و تقدم على سواها، سواء تزوجت بعد طلاق أم لم تتزوج. ثم تأتي أمها من بعدها أي جدة الصغير. و اشترطوا في الجدة أن تكون صالحة للحضانة، و أن لا تحتضن الصغير إذا لم تكن متزوجة بجده. ففي هذه الحالة تنتقل الحضانة إلى والد الصغير. فإذا كانت جدته أي أم أمه قد ماتت أو تزوجت بغير محرم انتقل حق

الحضانة لوالدة الأب. فإذا ماتت أو ماتت أو تزوجت بغير محرم انتقل حق الحضانة لوالدة الأب. فإذا ماتت أو تزوجت انتقل الحق للأخت الشقيقة... فإذا لم يكن للصغير امرأة من أهلها لمذكورات انتقلت الحضانة إلى عصبته من الرجال، فيقدم الوالد ثم الجد و إن علا... أما الأنثى فإن حق الحضانة يكون للأصلح منهم، و إن تساوا في الصلاحية حضنها الأسن منهم (17).

تسقط الحضانة بزواج الحاضنة من أجنبي و هذا شرط عند الأحناف و المالكية و الحنابلة و الشافعية و الزيدية و الجعفرية، معنى ذلك إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي فليس لها حق في الحضانة و سبب ذلك أن الزواج أسقط حق استحقاقها للحضانة فالرسول صلى الله عليه و سلم قال للمرأة " أنت أحق به مالم تنكح " و أبو بكر رضي الله عنه قال لعمر - رضي الله عنهما - إن أم عاصم أحق بحضانة ولدها من عمر لأن ريحها و فراشها خير للولد حتى يشب أو تتزوج، و لم ينكر أحد من الصحابة هذا الرأي فالحضانة وجدت لحماية المحضون و زواج الحاضنة سوف يشغلها عنه و هذا ما أخذت به قوانين الأسرة العربية (18).

الفرع الثالث: المذهب الشافعي

يرى الشافعية أن الأم أحق بحضانة ولدها، ثم تأتي أمها و إن علت بشرط أن تكون وارثة، ثم الأب، ثم أمه، ثم أم أمه و إن علت بشرط أن تكون وارثة، ثم الأقرب من الإناث، ثم الأقرب من الذكور.

الفرع الرابع: المذهب الإمامية

يرى الإمامية أن حق الحضانة يعطى للأم، يليها الأب و إذا توفى الأب أو أصيب بالجنون بعد تواليه الحضانة و الأم مازالت على قيد الحياة تعود إليها الحضانة حتى و لو كانت متزوجة من أجنبي. و حالة فقدهما معا تنتقل الحضانة إلى الجد لأب... (19) و هو رأي الحنابلة.

يلاحظ أن قانون الأسرة هو أيضا أخذ بالترتيب المعمول به أعطى الحضانة للأم ثم يليها الأب و هذا جديد ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في المادة 64 ق أ ج.

يلاحظ أن الشريعة الإسلامية أوجبت الحضانة على محارم الطفل من النساء في الدرجة الأولى، لتمييزهم بالحنان و الشفقة و الصبر على رعاية الأطفال في مراحل حياتهم و بهذا يثبت حق الحضانة بقوة القرابة و لما كان النساء فيهن رفق و قوة و عاطفة أكثر من الرجال، جعل الشارع لهم حق الحضانة (20).

المطلب الثاني: مدة و شروط الحضانة

تناول الفقهاء مدة الحضانة و شروطها و فق المذاهب الفقهية المختلفة، المالكية، الحنفية، الحنابلة و الشافعية.

الفرع الأول: المذهب المالكي

تناول مذهب المالكية مدة الحضانة مفرقا بذلك بين الذكر و الأنثى، تستمر حضانة الذكر إلى البلوغ، أما الأنثى إلى حين زواجها و يكون هناك دخول فعلي، و إن طلقت قبل الدخول عادت إلى أمها إلى حين أن تتزوج و يدخل بها (21). يلاحظ أنه لم يحدد سن البلوغ و هو 10 سنوات و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في المادة 65 منه على أنه تنقضي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات و يجوز تمديدتها إلى 16 سنة أما الأنثى ببلوغها سن الزواج.

الفرع الثاني: المذهب الحنفي و الشافعي

أما الحنفية الحضانة تستمر للذكر إلى سبعة سنوات و يقول البعض تسعة، أما الأنثى تستمر الحضانة إلى بلوغها سن تسعة سنوات ثم تنتقل إلى والدها، أما الذكر فالأب أولى بحضانتها بعد السابعة.

الفرع الثالث: المذهب الشافعي و الحنبلي

أما الشافعية يقولون أن الحضانة تستمر لمستحقها إلى حين بلوغ سن التمييز و هو سبعة سنوات ثم بعد ذلك يغير بين أحد أبويه سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى. أما الحنابلة يرون أن مدة الحضانة للمحضون سواء ذكرا أو أنثى تستمر إلى سبعة سنين ثم يخير المحضون بين أبويه و هناك من يقتصر التخيير على الذكر دون الأنثى و هذه الأخير تبقى في حضانة والدها إلى أن تتزوج (22).

يلاحظ أن المشرع الجزائري تأثر بالفقه باعتبار قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية و سار على نهجها و كدى التشريعات العربية الأخرى.

خاتمة

الحضانة موضوع ذو أهمية كبرى لما يلعبه من دور مهم في المجتمع، و الملاحظ أن الشريعة الإسلامية تعرضت لهذا الموضوع بإسهاب، و أن جل القوانين العربية جاءت متضمنة لأحكام الشريعة الإسلامية بمختلف الآراء الفقهية و وفق الترتيب السابق الذكر.

إلا أن المحضون في الحياة الإجتماعية وفقا لتعريف الحضانة من الناحية الشرعية أو القانونية ينقصها التطبيق من الناحية التطبيقية، نجد معظم المحضونين خاصة إذا كانت الأم لا تعمل يعانون من الجانب المادي مما ينعكس سلبا على تربيته التربية الحسنة.

كما في معظم الأحيان يكون الأب معسرا ماديا و الأم لا تعمل، إذا ما العمل في هذه الحالة؟

فيبقى المحضون مهملا و في عوز لأبسط الحاجات و يبقى الضحية الأولى لكل المشاكل التي يعاني منها الأبوين.

إذا لابد من وضع هيئة لمراقبة هذا المحضون، و إيجاد البديل في حالة إعسار الوالد الذي ينجر عليه عدم دفع مبلغ النفقة و مما ينجر عن ذلك من عواقب سلبية تنعكس على أخلاقه و تؤدي في أغلب الأحيان إلى انحراف هذا المحضون.

قائمة المراجع

- 1) عبدالكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر المعرفة الرباط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ص 395.
- 2) عبدالكريم شهبون، نفس المرجع، ص 395.
- 3) أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات مصر، الطبعة الأول 2009، ص 150.
- 4) قانون الأسرة الجزائري، منشورات بيرتي، طبعة جديدة 2010/2009.
- 5) مدونة الأسرة المغربي، صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010.
- 6) قانون الأسرة التونسي، divanerb2.com

- (7) قانون السوري، www.syrianbar.org
- (8) قانون الأحوال الشخصية، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل، الطبعة الأولى 2011.
- (9) قانون الأحوال الشخصية الأردني.
- (10) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 150.
- (11) العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة، كنوزالحكمة، 2013، ص 271.
- (12) العربي بختي، نفس المرجع، ص 272.
- (13) العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة، 2013، ص 272.
- (14) القانون الجزائري، المرجع السابق.
- (15) القانون المغربي، المرجع السابق.
- (16) القانون الأردني، المرجع السابق.
- (17) القانون الكويتي، المرجع السابق.
- (18) العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة، ص 272.
- (19) أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 155.
- (20) عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 407.
- (21) عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 407.
- (22) العربي بختي، نفس المرجع، ص 262.
- (23) العربي بختي، نفس المرجع، ص 263.

