كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

ماستر الأسرة في القانون المغربي و المقارن

الفوج الأول

الفصل الأول

المادة : الولادة ونتائجها

الإشكالات الفقهية والقانونية والقضائية للحضانة شروطا واستحقاقا وسقوطا

تحت إشـــراف:

الأستاذ : عادل حاميدي

إعداد الطلبة الباحثين:

- **عائشة أوفقير**
- **حليمة انبيري**
- **عبلا اولعربي**

الســنــة الجـامعيــة

2016 -2015

مقدمـــة

اعتنت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بالأسرة ورسمت لها الطريق السوي حتى يدوم الصفاء وتستمر الألفة والمحبة بين أفردها،وحتى يعيش الأبنـــاء كـــذلك فـــي أحضان الآباء حياة كريمة ومستقرة مصداقا لقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكـــم مـــن أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"[1]

فحفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له أثر فعال في ســـلوك أبنـــائهم وحســـن تربيتهم وتوافقهم العقلي، غير أن التماسك والمودة والرحمة و التفاهم الذين هـــم دعامـــة الرابطة الزوجية ليس بالأمر الهين، فقد تعصف مشا كل الحياة ببناء الأسرة وتؤدي إلـــى التنافر فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج.

تكون نتيجته انحلال الرابطة الزوجية التي تعتبر الحضانة أحد أهم الآثار المترتبة عنها لارتباطها بالأطفال باعتبارهم رمز هذه الحياة واستمراريتها،فقد حث الإسلام الأسرة والمجتمع على الاهتمام بشؤونهم ورعاية حقوقهم والإحسان إليهم حين التعامل معهم،وهذا ما عملت أغلب التشريعات الوضعية على تحقيقه على أرض الواقع.فنظمت-الحضـــانة- مجمل أحكامها من شروط و استحقاق ثم أسباب السقوط وغيرها من الأحكام تصب جلها في اتجاه مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فالحضانة تعد من المســـائل التـــي تطـــرح بشأنها جملة من الإشكالات المتعلقة بشروطها واستحقاقها ثم موجبات سقوطها لارتباطهـــا وجودا وعدما بمصلحة المحضون.

[1] - سورة ا لروم الآية 21

أهميـــة الموضـــــوع:

تتجلى أهمية الموضوع في كون الحضانة مؤسسة تحمي الطفل وتدفع عنه المشقة وحمايته في السن التي يكون فيها عاجزا عن تلبية متطلباته حتى يصير قادرا على خدمـــة نفسه وتحمل أعبائه.

إشكالية الموضوع :

ماهي أهم الإشكالات الفقهية والقانونية والقضائية المتعلقـــة بالحضـــانة شـــروطا واستحقاقا وسقوطا؟

المنهج المعتمـــــد:

اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع منهجا استنباطي تحليلي ومقارن.

التصميم المعتمد:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة سنعتمد التصميم التالي:

المبحـــــث الأول : تعريف الحضانة شروطها وأصحاب الحق فيها.

المبحـــــث الثاني: أسباب سقوط الحضانة و دور القضاء في حماية مصلحة المحضون.

المبحث الأول :

تعريف الحضانة شروطها وأصحاب الحق فيها

إن الحضانة بشكل عام هي وضع الطفل هي وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة، ومن هنا فإن الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي والوضعي بالطفولة،وعليه سنحاول في هذا المبحث أن نعرف الحضانة ونحدد سندها الشرعي(المطلب الأول) وشروط ممارستها وأصحاب الحق فيها(المطلب الثاني)

المطلب الأول : تعريف الحضانة وسندها الشرعي

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على مفهوم الحضانة من الناحية اللغوية و الاصطلاحية (الفقرة الأولى) وسنحدد سندها الشرعي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تعريف الحضانة

الحضانة في اللغة مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وتعني الضم،و يقال حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحه،والحضانة اسم منه لأن الحاضنة تضم الطفل إلى صدرها[2].

أما الحضانة في الإصطلاح الشرعي: فتعني القيام بتربية الطفل ورعايته وتدبير كافة شؤونه من طعام وملبس ونوم والاهتمام بنظافته[3].وقد عرفها الإمام مالك بأنها "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء "[4] أما الشافعية فعرفوا الحضانة على أنها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره[5].

---

[2] محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة،أحكام الزواج الطبعة الأولى 2004 ص 253

[3] محمد الأزهر،نفس المرجع نفس الصفحة

[4] الإمام مالك المدونة الكبرى،ص318

[5] حاشية ابن عبدين ص 560

ومنه يتضح أن الغاية من الحضانة هي توفير الحماية للمحضون من المخاطر التي من شأنها الإضرار به نفسيا وجسديا .

وهذا ما عبر عنه المشرع المغربي في مدونة الأسرة من خلال المادة 163 التي تنص على : " أن الحضانة حفظ الولد مما قد يضره و القيام بتربيته ومصالحه. وعلى 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 المحضون " .

والحضانة بهذا المفهوم هي حفظ الولد ورعايته والقيام بمصالحه المادية والمعنوية وحمايته مما قد يضره عموما إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني .

الفقرة الثانية: السند الشرعي للحضانة

إن السند الشرعي للحضانة نجده أساسا في القرآن الكريم والسنة،

فمن الكتاب قول الحق سبحانه :" **إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله فرجعناك إلى أمك كي تقر عينها ولا تحزن"**[6]

وقوله جل جلاله: "**وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون12 فرددناه إلى أمه كي تقرعينها ولا تحزن ولتعلم أن وعد الله حق ولكن أكثرهم لا يعلمون."**[7]

ومن السنة النبوية: "**ما رواه عبد الله بن عمر من أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء**

[6] سورة طه،الآية 40
[7] سورة القصص،الآية 12،13

وثدي له سقاء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :أنت أحق به ما لم تتزوجي،"[8]

المطلب الثاني شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها

نظرا لما للحضانة من أهمية لا متناهية في بناء أجيال المجتمع، فقد استوجب الأمر الحرص على احترام الشروط الواجب تحققها في المسندة إليه الحضانة (الفقرة الثانية) دون أن تُغفل الشروط الواجب تُحققها في المسندة إليه(الفقرة الأولى)

الفقرة الأولى: شروط الحضانة

اعتبارا لدور ومكانة حضانة الأبناء في المجتمع، وأثرها على تربية وبناء شخصية الطفل،فقد أوجب المشرع المغربي شروط لابد من توفرها في شخص الحاضن وهي المنصوص عليها في المادة 173 من المدونة والمتمثلة في:

أولا – الرشد القانوني لغير الأبوين :

يشترط في الحاضن غير الأبوين بلوغ سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة **209** من مدونة الأسرة، و هو 18 سنة شمسية كاملة، طبقا لما هو منصوص عليه في المادة **206** بمعنى أن يكون كامل الأهلية.

ولعل المشرع لم يشترط هذا الشرط في الأبوين، اعتبارا و انسجاما مع مقتضيات المواد ا**20** و **21** من مدونة الأسرة التي تسمح بزواج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، و مراعاة مع المادة **22** التي تنص على أن " **المتزوجان يكتسبان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ...** " ومن بين هاته الأثار الحق في الحضانة.[9]

[8] أخرجه أحمد وأبو داود البيهقي

[9] محمد الشافعي،الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة،الطبعة الأولى،ص،206-207

ثانيا –الاستقامة والأمانة

ومعناها أن يكون الحاضن مستقيما في سلوكه ودينه و أخلاقه ، وأن تكون تصرفاته سوية حتى لا يتأذى المحضون و يتأثر بسلوك الحاضن وأخلاقه أو بفسقه،لذلك لا تقبل الحضانة من العاهر أو شارب خمر لانعدام الأمن ،وهذا ما جاء في أحد قرارات محكمة النقض "من شروط الحضانة والحاضنة الاستقامة والأمانة التي أصبحت غير متوفرة في الطاعنة لإدانتها بحكم نهائي من أجل الفساد"[10].لذلك فالاستقامة تفيد السلوك الحسن والقيم النبيلة.[11]

ثالثا – القدرة على تربية المحضون و صيانته و رعايته دينا و صحة و خلقا و على مراقبة تمدرسه :

استلزم المشرع في هذا الشرط ي أن يكون الحاضن قادرا على القيام بجميع مستلزمات المحضون، بأن يكون صحيح الجسم، وتجدر الإشارة أن كبر السن بدون عجز لا يعتبر إخلالا بشرط القدرة ،وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها حيث قضت بأن كبر سن الجدة في النازلة دون عجز لا يبرر إسقاط الحضانة[12]،وهو في اعتقادنا توجه صائب مادامت سالمة من الأمراض المعدية، و لها من الإمكانيات المادية والمعنوية ما يجعلها تتكفل برعاية المحضون دينا و صحة و خلقا و تمدرسا.

[10] قرار عدد 456 بتاريخ 2006/07/12 .منشور بمؤلف ذ محمد بفقير مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي.

[11] محمد الأزهر ،مرجع سابق ص 267

[12] قرار صادر بتاريخ 26 مارس 1984 مجلة القضاء والقانون عدد 135 ص 183 أورده د محمد الشافعي في كتابه الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة ص 300

رابعا – عدم زواج طالبة الحضانة الا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175:

يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون غير متزوجة بأجنبي عن الطفل ويستمد هذا المقتضى شرعيته في قول المصطفى صلى الله عليه وسلم "**أنت أحق بهم الم تنكحي**" إلا أن هذا الشرط مطلق حيث أنه يستبعد الحاضنة المتزوجة سواء كان الزوج أجنبيا أو قريبا محرما للطفل[13].إلا أن بعض فقهاء المالكية والحنفية فقد أجازوا حضانة النساء المتزوجات بأزواج تربطهم علاقة قرابة بالأطفال وهذا ما أخذ به المشرع المغربي من خلال المادة 174 من مدونة الأسرة .أما في ما يتعلق بزواج الحاضنة الأم فيشترط في المحضون أن تكون له حاجة بها كأن يكون صغير السن أو به إعاقة. وهذا ما نص عليه المشرع من خلال المادة 175 من المدونة.

والرأي في ما نعتقد أن المشرع المغربي عليه أن يعيد النظر في المادتين 174 و 175 باعتبارها تؤسس للتميز و اللامساواة بين المطلق وطليقته إذ لا مبرر لتقيد حق النساء وخصوصا الأم من حقها في الحضانة بعلة أنها متزوجة بأجنبي، والحق أن الأب كذلك يتزوج بأجنبية. والواقع أثبت أن هذه الأخيرة غالبا ما تبغض ابن الزوج و تقسو عليه وتؤذيه أكثر من الزوج الأجنبي. وبذلك يكون من الحيف العمل بهاتين المادتين في ظل مدونة أكدت في ديباجتها على مبدأ المساواة.

الفقرة الثانية: أصحاب الحق في الحضانة

تعتبر مرحلة ما بعد إنفصام العلاقة الزوجية المرحلة التي يبدأ فيها الشقاق حول حضانة الأطفال ,لكون هذه الأخيرة كانت مشتركة بين الأب والأم،إلا أنه في هذا الوضع لا يمكن للطفل إلا أن يكون مع أحد أبويه.

[13] ذعبدالعزيز هدوي الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي الطبعة الأولى 2014 ص 106

ويرجع في تحديد أحقية حضانة الطفل بحسب فئته العمرية ،فإذا كان في مراحله الأولى فهنا تكون الأم أولى بحضانته،لأنها الأشفق والأهدى إلى التربية والرعاية،وأصبر على القيام بها وأشدُ ملازمة وارتباطا بالطفل من الرجل في هذه المرحلة.

وفي ذلك ما رواه عبد الله بن العاص:" **إن امرأة قالت يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء,وثدي له سقاء,وحجري له حواء,وأن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني فقال رسول الله أنت أحق به ما لم تنكحي,"**

وروي كذلك عن عمر رضي الله عنه كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منه ولده عاصما فرآه في الطريق وأخذه,فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاها إياه وقال لعمر:**"ريحها ومسها وريقها خير من الشهد عند"**.[14]

وفي نفس الصدد يقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

وصرفها إلى النساء أليق ** لأنهن في الأمر أشفق

وهذا لأن الأم هي المدرسة الأولى للطفل ، و بالتالي لها التأثير البالغ في حياته النفسية و استقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه، و استقامة سلوكه ، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي و العقلي، وهي كذلك منبع العطف و الحنان ، و مجرى الحب و الشفقة ، كل ذلك يجعل الأم أولى بحضانة ابنها من أي شخص آخر، فإذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك[15].

وعلى نفس النهج سارت أغلب قوانين الأسرة لدول المغرب العربي عندما خولت الحضانة للأم.فحسب مقتضيات المادة 171 من مدونة الأسرة,تخول الحضانة:**"للأم ثم للأب,ثم لأم الأم,"**

---

[14] محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي بالقاهرة 1950 ص475

[15] بن عصمان نسرين إيناس،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر قانون الأسرة المقارن،موضوع "مصلحة الطفل في القانون الجزائري،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان سنة 2008_2009 ص 29

وكنظيره المغربي ينص قانون الأسرة الجزائـــري فـــي المـــادة 64: " **علـــى أن الحضانة حق للأم ثم الأب ثم الجدة لأم ..**"

وبالتالي تأتي مرتبة الأب في استحقاق الحضانة بعد الأم مباشرة بخلاف ما ذهـــب إليه فقهاء المالكية، فالقاعدة في هذا المذهب تقول: بأن الحضانة للأم وقرابتها من أصول الإناث يقدَمن على الأب وقرابته ثم الأب وقرابته فإذا انعدمت القرابات انتقلت إلى الـــولي ثم إلى العصبات.[16]

نفس النهج تقريبا سار عليه المشرع الموريتاني في قانون أحواله الشخصية ,فقد جاء في المادة **123**,"بأنه **إذا انفكت العصمة فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثـــم أم أمه ثم جدة أمه لأم ثم....الأب.**"[17] ليأتي الأب في الرتبة الحادية عشـــر فـــي اســـتحقاق الحضانة .

في اعتقادنا هناك نوع من الإجحاف في حـــق الأب لحضـــانة ولـــده خاصـــة أن المحضون أكثر ارتباطا بأبيه من باقي النساء سواء من جهته أو من جهة أمه.بالنظر إلى التراجع الكبير الذي أصبحت تعرفه الأسرة التقليدية الممتدة,بعد أن كانت حتى نهاية القرن العشرين تتعايش فيها ثلاثة أجيال فأكثر تحت سقف واحد. لكن لا ننكر كذلك أن ما كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في المادة 99 في أن الأم لأم أولى بالحضانة بعد الأم مباشرة يخدم في كثير من الأحيان مصلحة المحضون حيث تكون أكثر رحمـــة وشفقة عليه من الأب الذي تقل عنايته بشؤون الطفل إذا ما تزوج بامرأة أخرى.

وبالعودة إلى الفقرة الثانية من المادة **171** من مدونة الأسرة :" **فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحـــد الأقـــارب الأكثر أهلية** "

---

[16] فاطمة عبد الصمد الحمادي ،رسالة بعنوان "أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي،كلية العلوم الإسلامية قسم فقه وأصول سنة 2002 ص22

[17] الفصل 123 من القانون الموريتاني.

وهنا تتضح نية المشرع من خلال تخويله للمحكمة صلاحية اختيار الحاضن من الأقارب الأكثر أهلية بعد مراعاة ما فيه مصلحة المحضون.

ليبقى الإشكال المطروح بهذا الخصوص هو في حالة الزواج المختلط والذي أصبح ظاهرة شائعة داخل مجتمعاتنا الإسلامية وبشكل مطرد،ونخص بالذكر الحديث عن الحالة التي نكون فيها أمام مرجعيتين مختلفتين الأولى إسلامية والأخرى علمانية،فبالرجوع للشروط المتطلبة لاستحقاق الحضانة هي: "القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا... "

فبما أن الأم أولى بالحضانة من غيرها،وفي هذه الحالة تكون غير مسلمة.ألا يخاف على المحضون من أن ينشأ على غير دين أبيه ؟

هذا ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بخريبكة.[18] أيدى حكما قضى بإسقاط حضانة الأم عن بنتها التي لم تبلغ بعد ثلاث سنوات وإسنادها للأب مع النفاذ المعجل وتحميلها الصائر.

وعللت المحكمة قرارها بأن الطاعنة أودعت البنت في مؤسسة بالديار الإيطالية حسب الثابت من وثائق الملف وأن من شأن ذلك المساس بتربيتها الدينية التي تعتبر **شرطا لاستحقاق الحضانة عملا بالمادة 173 من مدونة الأسرة ومن جهة فإن كون البنت صغيرة وعمرها ثلاث سنوات لا يمنع من إسقاط الحضانة عنها لأن هذا المانع مرتبط بالحالة التي تتزوج فيها الحاضنة حيث لا تسقط حضانتها إلا ببلوغ المحضون السبع سنوات, بينما في نازلة الحال فان الحاضنة أخلت بشروط الحضانة وخصوصا الرعاية الدينية مما كانت معه أسباب الاستئناف غير مؤثرة في الحكم المستأنف الذي حالف الصواب ولزم تأييده.**

[18] قرار رقم2012/508 ملف عدد 422/2012 صدر بتاريخ 01/11/2012 منشور.

بالنظر إلى ما حكمت به محكمة خريبكة في اعتقادنا فيه خرق لقاعـــدة " مراعـــاة المصلحة الفضلى للطفل" وذلك بحرمان الطفل من أمه في مرحلة يبقـــى وجودهـــا معـــه الأفضل و الأصلح له دون أي شك.

فالأصلح للطفل هو بقاءه مع أمه خاصة وأنه في سن صغير لا يستوعب معه الدين والتوجهات الدينية لأن التربية في هذه المرحلة تقتصر فقط على العناية به والحرص على رعايته وقضاء حاجياته الضرورية.

وبالتالي نجد أنفسنا أمام إشكال يكون معه الحل هو تنازل الأب عن حضانته للطفل في السنوات الأولى من عمره لأمه والاقتصار على تتبع أموره وتقوية صلته بـــه كمـــا سيكون الحال لو لم يتم هذا الانفصال والحد من الحقد والرغبة في الانتقام التي تتولد غالبا بين المنفصلين بعد الطلاق ويكون ضحيتها الأطفال،وإلا فيبقى القضاء الفاصل في النزاع وترجيح مصلحة المحضون حسب ظروف كل حالة.

المبحث الثاني

أسباب سقوط الحضانة و دور القضاء في حماية مصلحة المحضون

إن مدار الحضانة في مدونة الأسرة مرهون بمراعاة المصلحة الفضلى للطفل المحضون وذلك أثناء تقدير شروطها و موجبات سقوطها التي تختلف من نازلة إلى أخرى تجعل القاضي يخرج عن نطاق بعض النصوص القانونية من جهة ويُعمل أخرى من جهة ثانية. وهذا كله إعمالا لقاعدة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

و لأجله سنتناول أسباب سقوط الحضانة **(المطلب الأول)** و دور القضاء في حماية مصلحة المحضون **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:أسباب سقوط الحضانة

تسند الحضانة من حيت المبدأ إلى الأم إذا توفرت الشروط الموجبة لذلك كما سبق الحديث عنه، إلا أنه في غيابها يصبح أمر إسقاطها أمرا لا محيد عنه، ولذلك سيكون موضوع حديثنا عن أسباب هذا السقوط.

الفقرة الأولى.أسباب سقوط الحضانة

تسقط الحضانة لعدة أسباب إذا اختل شرط من الشروط التشريعية أو الفقهية . فقد اشترط المشرع في الحاضن شرط الاستقامة والأمانة أي أن يكون الحاضن أمينا على المحضون[19] وتسقط الحضانة في غياب هذا الشرط، بحيث إذا اتضح أن الحاضنة امرأة فاسقة أو تمارس الدعارة أو تم الحكم عليها من أجل جناية السرقة الموصوفة أو بسبب الخيانة الزوجية أو التحريض على الفساد فتحرم من الحضانة .

[19] محمد الكشبور ،الوسيط في شرح مدونة الأسرة ،إنحلال ميثاق الزوجية ،الطبعة الثالثة 1436،2015 ص 507

وفي هذا الإطار جاء قرار للمجلس الأعلى الذي قضى بأن: " الاستقامة شرط لممارسة الحضانة وجريمة التحريض على الفساد مسقطة للحضانة "[20]

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى على أنه"بخصوص طلب سقوط الحضانة فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها عدم صلاحية الطالبة للحضانة بعد إدانتها جنحيا بالخيانة الزوجية فإنها تكون قد طبقت مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 173 من مدونة الأسرة تطبيقا صحيحا "[21]

وفي نفس الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى : " إن الاستقامة والأمانة يجب توفرهما في الحاضن طبقا للمادة 173 من مدونة الأسرة ،والمحكمة لما استنتجت من الحكم الجنائي عدد 01/23 القاضي بإدانة الطاعنة بالحبس من أجل جناية السرقة الموصوفة دليلا على سوء سلوكها يخشى معه على المحضونين إذا بقيا عندها بحيث يتأثرا بأفعالها ، ورتبت على ذلك الحكم بنزعهما منها وإسقاط حضانتها عنهما تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الأدلة وشرط الإستقامة وأقامت شرطها على أساس "[22]

أما بالنسبة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو نائب شرعي له ، فإنه يسقط الحق في الحضانة على المحضون إلا إذا كان وليا شرعيا له إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى على أن "الزواج بالأجنبي يسقط الحق في الحضانة حتى لو كان هذا الأجنبي كفيلا للحاضنة في حال صغرها إلى أن تزوجت فالكفيل الأجنبي ليس من الأقارب الذين لا يؤثر الزواج بهم في حق الحضانة "[23]

---

[20] قرار صادر بتاريخ 2005/04/20 تحت عدد 414 في الملف عدد 04/637 محمد بفقير ،مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي،الطبعة الثانية 1432 ،2011 ص 226

[21] قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14/ 2005/9 تحت عدد 18 في الملف الشرعي عدد 05/485 أورده محمد بفقير مرجع سابق ص 226

[22] قرار صادر بتاريخ 2006/07/12،تحت عدد 456 في الملف عدد 06/1299 أورده محمد بفقير مرجع سابق 226

[23] قرار صادر بتاريخ 84/3/26 تحت عدد 247في الملف عدد 95332 ،أورده

وفي المقابل جاء [24]قرار لمحكمة النقض قضى بعدم سقوط حضانة الأم بزواجها بأجنبي غير محرم إذا كان من شأن إسقاط حضانتها التأثير سلبا على نفسية المحضون الأمر الذي ثبت بشهادة طبيب مختص.

من هنا يتضح أن العمل القضائي يرجح دائما مصلحة المحضون عند تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة نظرا لاختلاف كل نازلة عن الأخرى.

ما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار هو أنه يجب المطالبة بإسقاط الحضانة عن الحاضنة إذا ما تزوجت يجب أن يتم قبل مرور سنة،إذ أن السكوت عن المطالبة بها لمدة تزيد عن السنة بعد العلم بالبناء يسقط حق الحضانة على من يطالب بها إلا في حالة وجود أسباب قاهرة ،ومدة السنة التي اشترطها المشرع تطبق على الأم وغير الأم وتحتسب من تاريخ العلم بالبناء أي دخول الزوج بزوجته الحاضنة سواء كانت أم أو غيرها. و سقوط الحضانة هنا لا يسري على الأب سواء كان متزوجا أم لا[25].

وفي هدا الإطار جاء قرار للمجلس الأعلى:" سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة. والعبرة بتاريخ العلم بالبناء وليس بتاريخ العقد " وجاء في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالعيون:"عدم علم من له الحق في الحضانة بسقوطها لزواج الحاضنة لا يسقط حقه رغم مرور أجل السنة "[26]

ويستثنى من ذلك إذا كان بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم، أو إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات أو يلحقه ضرر من فراقها.

---

[24] قرار محكمة النقض عدد :598 المؤرخ في 2008/12/31 في الملف عدد 2008/1/2/371، من موقع الاجتهاد القضائي للأستاذ محمد أزوكاغ

[25] محمد الشافعي ،الطلاق ولتطليق في مدونة الأسرة ،الطبعة الأولى ،المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيد مراكش ص218

[26] قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالعيون بتاريخ 1999/7/4 في الملف المدني عدد 03/ 00 محمد بفقير المرجع السابق ص235

وإذا كان زواج الأم بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة فنفس الشـــيء بالنسبة للحاضنة غير الأم وهذا ما جاء في أحد قــرارات المجلــس الأعلــى "إن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها ولو كانــت أمــا للمحضــون فبالأحرى غيرها"[27]

وفي نظرنا أن هذا القرار غير مسعف بالنسبة للحاضنة غير الأم إذ تكون ملزمــة بالزواج بقريب للمحضون أو نائبه الشرعي .

وفيما يخص انتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان إلى آخر داخل المغرب لا يسقط الحضانة مبدئيا ، إذ تسقط إذا تبين للمحكمة ما يوجب ذلــك مراعــاة لمصلحة المحضون، كما أن الإنتقال بالمحضون خارج المغرب بموافقة نائبه الشرعي لا يسقط الحضانة، لكن في حالة عدم وجود هذه الموافقة يــؤدي إلــى ســقوط الحضــانة، وللمجلس الأعلى قرار في هذا الشأن "ذلك أنه عملا بمفهوم المخالفة للمادة 178 المحــتج بخرقها فإنه إذا كان انتقال الحاضنة للإقامة من مكان لآخر داخــل المغــرب لا يســقط حضانتها ،فإن استيطان الحاضنة ببلد خارج المغرب يسقط حضانتها، والمحكمة التي تبث لها أن الأب الطالب عاد إلى المغرب، وأن الحاضنة بمعيــة محضــونها ظــلا يعيشــان بالخارج واستبعدت الطلب بعلة مراعاة مصلحة هذا الأخير وحده دون تقدير مصلحة والده الذي من حقه العودة إلى وطنه،وذلك لا يبرز حرمانه من ممارسة حقوقــه علــى ولــده المكفولة قانونا تكون قد خرقت القانون ولم تركز قضاءها على أســاس ممــا يعــرض قرارها للنقض بهذا الخصوص كذلك "[28]

إلا أن مدونة الأسرة لم تتطرق إلى مسألة بقاء الحضانة مع محضــونها بالخــارج ورجوع النائب الشرعي إلى أرض الوطن وهنا يطرح التساؤل :هل بقاء الحاضــنة مــع محضون يؤدي إلى سقوط الحضانة ؟ في هذا الإطار جاء قرار للمجلــس الأعلــى :"أن

---

[27] قرار صادر بتاريخ 92/5/12 عدد 498 في الملف عدد 90/6096 ،محمد بفقير مرجع سابق ص231

[28] قرار صادر بتاريخ 2011/8/23 عدد 434في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/35،نشرة قرارات محكمة النقض ،السلسلة 3،2012،الجزء 10

الطاعن النائب الشرعي أصبح يعيش بالمغرب ولم يوافق على إقامة ابنته مع حاضنتها بفرنسا والمحكمة لما ردت طلبه الرامي إلى إسقاط حضانتها بعلة أنه هو الذي انتقل من المهجر إلى أرض الوطن وليست الحاضنة ، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا"[29]

وفي حالة إذا طلب الحاضن من النائب الشرعي السفر بالمحضون إلى الخارج ورفض هذا الأخير وكانت هناك ظروف تستوجب السفر يمكن له أن يطلب من قاضي المستعجلات أن يصدر أمرا بالإذن له، لكن لا يتم هذا الأمر إلا بوجود شرطين: الأول التأكد من الصفة العرضية للسفر،والثاني التأكد من عودة المحضون إلى المغرب حسب المادة 179 من مدونة الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن ممارسة التجارة مبدئيا لا تسقط الحضانة عن الأم وهذا ما كرسه المجلس الأعلى في قرار له :"مجرد عمل الحاضنة أو ممارستها لمهنة ما لا يسقط حضانتها من حيت المبدأ ،ما لم يثبت الأب أن في ذلك العمل ضررا يصيب المحضون".[30]

في رأينا أن هذا القرار حقيقة هو قرار صائب لأنه لا يجب سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة بسب ممارسة مهنة ما لأنه في بعض الأحيان قد لا تكون ميسورة وتحتاج إلى العمل لتلبية متطلبات الحياة لأنه لا يمكن للحاضنة مع محضونها أن يكتفيا بما يقدمه الأب من أجرة الحضانة وأجرة السكن أو ما يقدمه الأب له بصفة عامة.

أما بالنسبة لشرط الدين فلا يطرح إشكالا في حالة إتحاد الدين فالحضانة تسند للأم بقوة القانون إذا توفرت الشروط الموجبة لذلك.إلا أن الإشكال يثار في حالة إن كانت الأم تدين بدين غير دين المحضون حيث لا تسند الحضانة للأم غير المسلمة، إذ ذهب بعض الفقه إلى أنه لا حضانة للكافرة على الصغير المسلم,وحجتهم في ذلك أن الحضانة ولاية

[29] قرار صادر بتاريخ 15 أكتوبر 2008 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 20 ،2009
[30] قرار صادر بتاريخ 28 مارس 2000 ،أورده محمد الشافعي المرجع السابق ص 219

والله لم يجعل ولاية الكافر على المسلم ومخافة على المحضون من تربيته على دين غيـــر دين أبيه.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن شرط الدين غير مشترط بالنسبة لـــلأم لأن الهدف من الحضانة هو الشفقة والحنان.[31]

الفقرة الثانية : سقوط الحضانة كتدبير وقائي أو التنازل عنها

تسقط الحضانة كتدبير وقائي طبقا لمقتضيات الفصل **88** من القـــانون الجنـــائي[32] والذي ينص على أنه يجب على المحكمة أن تصدر حكما بسقوط الولاية الشرعية علـــى الأولاد في الحالة التي يرتكب فيها أحد الأصول جناية أو جنحة تضر بأبنائهم القاصـــرين باعتبار أن الحضانة جانب من الولاية الشرعية على الأولاد.وفي هذا الصدد جـــاء فـــي حكم صادر عن المحكمة الإبتدائية بمراكش " حيث أدلى المدعي بحكم إبتـــدائي صـــدر بتاريخ **1997/02/13** في الملف الجنحي عدد **97/526** قضى بإدانة المدعى عليها بثلاثة أشهر موقفة التنفيذ من أجل جناية الضرب والجرح ضد قاصر بواسطة السلاح وأن الحكم قد تم تأييده استئنافيا بمقتضى القرار الإستئنافي عدد **1997/11/13427**

وحيث أنه انطلاقا مما ذكر أعلاه وخاصة الحكم القضائي بإدانة المدعى عليها من أجل المنسوب إليها والذي تبين من خلاله أنها قد أضرت بالإبن المحضون مهدي ، ارتأت المحكمة وفقا لما تقتضيه مصلحة المحضون، إسقاط حضانة الأم الحاضنة فاطمة وإسنادها لوالده "[33]

---

[31] محمد الشافعي،مرجع سابق ،ص 222

[32] الفصل 88 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكما من أجل جناية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالحبس ارتكبها أحد الأصول على أولاده القاصرين ،إذا تبث لديها وصرحت بمقتضى نص خاص بالحكم أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني .وهذا السقوط يمكن أن يشمل جميع حقوق الولاية أو بعضها ،كما يسوغ أن يكون مقصورا على بعض الأولاد أو على واحد فقط

[33] حكم صادر بتاريخ 2008/01/17 ،عدد 104 في الملف رقم 06/8/2111 ،قرار منشور

وفي حالة اختلال شرط من الشروط الموجبة للحضانة،فالأمر يحتـــاج إلـــى رفـــع دعوى قضائية يكون موضوعها طلب الحكم بإسقاط الحضانة عنه بالاستناد إلى الأسباب الموجبة لذلك ،واقتناع المحكمة بذلك إذ لا يمكن تصور أن الحاضن يتخلى عن الحضانة تلقائيا. [34]

وتُرفع دعوى إسقاط الحضانة من كل ذي مصلحة ومن النيابة العامة حسب المادة 177 من مدونة الأسرة إذ نصت على أنه "يجب على الأب و أم المحضون والأقـــارب وغيرهم ،إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجباتها للحفاظ على حقوقه،بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة"

أما في حالة الاستعجال فيمكن تقديم طلب إلى قاضي المستعجلات يرمي إلى عزل المحضون عن الحاضن إلي حين صدور حكم في الموضوع بشـــرط أن يثبـــت أن بقـــاء الوضع على ما هو عليه فيه ضرر بليغ يصيب المحضون.

أما فيما يخص التنازل عن الحضانة، فإن الراجح في الفقـــه أن الحضـــانة حـــق للحاضن ويمكن له التنازل عنها إذا ثبت له هذا الحق لأن التنازل عـــن الحضـــانة قبـــل وجودها ليس له أي أثر. وبذلك يمكن للحاضن سواء كان أما أو أبا أو غيرهمـــا التنـــازل عن الحضانة بعد أن أسندت له، ولا يمكن له أن يتنازل عنها إلا لمن يليه في الترتيب إذا توفرت فيه الشروط.والمشرع المغربي لم يتطرق لهذه الحالة لا فـــي مدونـــة الأحـــوال الشخصية الملغاة ولا في مدونة الأسرة. لكن نجد القضاء المغربي أخذ بها. وفـــي هـــذا الصدد جاء قرار للمجلس الأعلى "أن تنازل من له الحق في الحضانة يلزمه،إذا تنازلـــت الأم عن الحضانة فإنها تنتقل إلى من يليها"[35]

وفي نفس الإتجاه صدر حكم عن قسم قضاء الأسرة بمراكش الذي جاء في إحدى حيثياته: "وحيث أنه بالرجوع إلى الراجح والمشهور في الفقه المالكي الذي يحيـــل عليـــه

[34] محمد الكشبور ،الوسيط في شرح مدونة الأسرة ،مرجع سابق ص538
[35] قرار عدد 562 ،بتاريخ 2006/10/4 ،ملف شرعي عدد 2006/1/2/143

المشرع فيما لا نص فيه طبقا للمادة 400 من المدونة، فإنه من الجائز التنازل عن الحضانة ،شريطة أن يكون المتنازل قد تبث له الحق في الحضانة وأن يتم التنازل لمن يليه في الترتيب"[36]

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان تنازل الأم عن الحضانة فيه ضرر للمحضون كما لو كان رضيعا لم يقبل غير ثدي أمه، فتلزم بحضانته إلى حين زوال ذلك الضرر.ويمكن استرجاع الحضانة بعد سقوطا أو التنازل عنها طبقا لمقتضيات المادة 170 من مدونة الأسرة حيت تنص على أنه "تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها و يمكن للمحكمة إن تعيد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون".

بمعنى أنه بمجرد زوال المانع الذي يمنع من القيام بالحضانة فيمكن لمن سقطت عنه استرجاعها، والمشرع المغربي لم يعد يميز في ظل مدونة الأسرة بين العذر الاختياري والعذر غير الاختياري كما كان في المادة 100 في ظل مدونة الأحوال الشخصية التي تربط استرجاع الحضانة بزوال المانع غير الاختياري.

وتبقى هذه المسألة غير مطلقة إذ أن المشرع قد منح للمحكمة الحق في إعادة النظر في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون،وذلك من أجل حمايته لأن مصلحة الطفل الفضلى تسمو على مصلحة باقي الأطراف. ولذلك سنحاول من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث أن نعرض لدور القضاء في حماية المصلحة الفضلى للطفل.

المطلب الثاني دور القضاء في حماية مصلحة الطفل المحضون

تكريسا وتدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص القانون الجنائي المغربي على بعض الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة، باعتبار هذا التنصيص يعد أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها وتنفيذها،وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون.

[36] حكم عدد 2036 صادر بتاريخ 24/11/08، ملف شرعي عدد 2036

وعليه سنتناول هذا الموضوع بالحديث عن جريمة مخالفة أحكام الحضانة (الفقــرة الأولى) كيفية تقدير القاضي للمصلحة الفضلى للطفل (الفقرة الثانية).

الفقــرة الأولى: جنحة عدم تقديم طفل

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربيــة الحديثة،فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة،وكان ساري بها العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه الصحابة رضوان الله عنهم.[37]

ومن المواقف الإسلامية ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضــي الله عنهما، فقد روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما،فرآه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق رضي الله عنه،فأعطاها إياه وقال لعمر:

" **ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك.**"[38]

ولا شك في أن المشرع المغربي استقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية لذلك نجد المادة 400 تحيلنا على أحكام المذهب مالك إذا لم نجد نصا قانونيا في مســألة ما.

فمن خلال استقراء المواد 163 إلى 186 من مدونة الأسرة نجد أن المشرع مــن خلالها يؤكد على الإشراف الفعلي للقضاء على حسن تطبيق أحكــام الحضــانة وإنــزال الجزاء على من يخالفها.كما يتضح من مقتضيات الفصل 477 من القانون الجنائي الــذي ينص على أنه " إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصــفة مؤقتــة،فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من لــه الحــق فــي المطالبــة

[37] فاطمة عبد الصمد الحمادي، الحضانة في أحكام الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الجزائري رسالة في الدراسات المعمقة سنة 2012 ص 40

[38] محمد ابو زهرة الأحوال الشخصية دار الفكر العربي بالقاهرة، سنة 1950 ص 475

بذلك،وكذلك إذا اختطفه أو غرر به ... أو اختطفه ممن عهد إليه بحضـــانته،فإنه يعاقـــب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائة وعشرين إلى 1000 درهم. "[39]

وكما يتضح فإن الفصل 477 يقتضي إعماله أن يكون هناك حكم نهائي قضى لأحد الأطراف باستحقاق الحضانة أو أمر قضائي صادر عن قاضي التوثيق في إطار تحديـــد التزامات الطلاق.ومنها تحديد الأيام التي يسمح فيها للأب (أو الأم) بزيارة أولاده.خاصـــة وأن علاقة الأب بولده تعد أقوى رابطة بين بني البشر مثل علاقة الأم بولدها،الشيء الذي يتعين معه حتما حماية هذه العلاقة تلقائيا بشتى الوسائل المدنية والزجرية.[40]

أولا: عدم تقديم الطفل المحضون.

في هذه الحالة يمتنع من بيده الحضانة عن تسليم المحضون لأحد أبويه الذي يرغب في زيارة ولده لأن غير الحاضن من الوالدين يكون له الحق في المطالبـــة بذلك،وهكـــذا يعتبر الحاضن الممتنع عن تقديم الطفل لغير الحاضن من الوالدين فـــي الفتـــرة المحـــددة للزيارة مرتكبا لجنحة عدم تقديم طفل.[41]

وهي الصورة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 328 من قـــانون العقوبـــات الجزائري.ومؤدى نص المادة هو أنه " يعاقـــب بـــالحبس والغرامـــة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من له الحـــق في المطالبة "حيث أنه في هذه الحالة يلجأ الأب مباشرة للضابطة القضائية (أو بأمر مـــن النيابة العامة) التي ترافقه فورا عند الحاضنة لتسليم الطفل لأبيه قصد الزيارة،وإذا رفضت فإنه يتم تحرير محضر بالإمتناع حتى تكون التهمة ثابتة في مواجهتها[42]. ونفس المقتضى نص عليه القانون التونسي رقم 1962-22 المؤرخ في 24 ماي 1962.

---

[39] الفصل 477 من القانون الجنائي المغربي

[40] ذ/ خالد بنيس قوانين الأسرة بين الواقع و التشريع طبعة 1993 مطبعة المعارف الجديدة ص 77، 78

[41] خالد بنيس مرجع سابق ص 81

[42] خالد بنيس مرجع سابق ص 83

وهذا في اعتقادنا توجه صائب ذهبت إليه معظم التشريعات العربية ضمانا لحق الطرف الذي لم تسند إليه الحضانة اتجاه إبنه،وفي ربط علاقة معه و الإطمئنان عليه وتتبع أموره لما فيه من مصلحة للمحضون نفسه يحس فيه باهتمام كلا أبويه به له رغم انفصالهم.

وتجدر الإشارة إلى الحالة التي تمنع فيها الحاضنة من تسليم المحضون للأب قصد زيارته على أساس أنه مازال في سن الرضاعة بعلة أنه يحتاج إلى الرضاعة ومزيدا من العناية، فيعمد الأب إلى تقديم طلب يرمي من خلاله إلى إسقاط الحضانة على اعتبار أن الحاضنة أخلت بواجبها في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة،استنادا إلى المادة 184 من مدونة الأسرة.

ففي هذه الحالة يظهر أنه يجب ترجيح مصلحة الطفل المحضون،التي تقتضي بقاءه مع الأم قصد إرضاعه في ظروف تضمن نموه في ظروف طبيعية،خاصة إذا كان الأب لا يتوفر على من يقوم بذلك مع مراعاة ملابسات كل قضية على حدة.[43]

ثانيا: الامتناع عن إرجاع المحضون لحاضنه.

يتعلق الأمر بالحالة التي يمتنع فيها الأب أو (الأم) الذي تسلم المحضون من الحاضنة أو من (الحاضن) من إرجاعه لها بمجرد انتهاء الفترة المحددة للزيارة،فيصبح حينئذ مرتكبا لجنحة عدم تقديم طفل لمن له الحق في المطالبة بذلك (أي إرجاع المحضون إليه).

وهنا تجدر الإشارة إلى أن الأم أو الأب الذي يمتنع عن إرجاع الطفل لحاضنه خلال الفترة المحددة للزيارة لا يعتبر مرتكبا لهذه الجريمة.فقد تطالب الأم الحاضنة من مطلقها أن يرجع لها المحضون بعد مرور يوم واحد من تسليمه له رغم أن فترة الزيارة تدوم لمدة يومين متصلين من كل أسبوع.

[43] ذ/ عبد المجيد العزوزي قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الندوة الجهوية الثانية 8-9 مارس 2007 ص 326_ 327

يتطلب قيام هذه الجريمة توفر الركن المادي لها،والذي يستلزم وجوبا أن يكون هناك امتناع صريح ورفض ثابت من خلال محضر رسمي يعد خصيصا لهذا الغرض ويستمع فيه لأحد الأبوين الذي تسلم المحضون خلال الفترة المحددة للزيارة وامتنع عن إرجاعه لحاضنته.[44]

وهذا من وجهة نظرنا سيكون سببا في نشوب خلافات جديدة بين الأبوين ستكون له آثار سلبية لا محالة على نفسية المحضون، [45]ويستحسن في مثل هذه الأحوال إصلاح المشكل بالحسنى بين طرفي النزاع مع الحفاظ على حقوق كل واحد منهما،ودون حرمان المحضون أو غير الحاضن من حق الزيارة ولو جزئيا،عملا بقول سيدنا عمر رضي الله عنه "**ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا،فإن فصل القضاء يورث الضغائن**"

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

اتضح لنا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار،حيث أن تطبيق أحكام الحضانة استحقاقا أو سقوطا رهين بمراعاة هذه المصلحة.غير أن تحقيق هذه الأخيرة أسندت فيه المهمة للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون.

فقد أوضح صاحب الجلالة محمد السادس في خطابه الذي ألقاه بمناسبة افتتاح الدورة الأولى للبرلمان في السنة التشريعية 2003-2004 والذي أعلن فيه جلالته عن الخطوط العريضة لهذا القانون حيث أشار إلى قيامه بتوجيه رسالة إلى وزير العدل تضمنت ما يلي:

"....وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة مهما تضمنت من عناصر الإصلاح فإن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل،وعصري وفعال،لاسيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها ولكن بالأحرى

[44] ذ/ خالد بنيس مرجع سابق ص 81
[45] خاد بنيس مرجع سابق ص 86

إلى انعدام قضاء أسري مؤهل،ماديا وبشريا،و مسطريا، لتـــوفير كـــل شـــروط العـــدل والإنصاف،مع السرعة في البت في القضايا،والتعجيل بتنفيذها..."

وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالها يُقدر ويصدر حكمه ومن ذلك :

1. **التحقيق و المعاينة :** للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع ســـواء الاب أو الام ، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون كما له في ذلـــك الاعتمـــاد علـــى الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الاثبات حتى يســـتطيع تكـــوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

2. **الاستماع إلى أفراد العائلـــة :** للقاضي ان يطلب حضور أقارب الخصوم و كل من تربطه علاقة بالمحضون ، لأن من شأن ذلك كله أن يساعد القاضي في تـــرجيح رأيه، و هذا عملا بما هو منصوص عليه في المادة 171 [46] من مدونة الاسرة.

3. **الاستعانة بمتخصصين في مجال الاطفال** من مساعدين اجتماعيين و أطباء تبقى مساعدتهم في هذا الإطار عونا للقاضي في معرفة الأصلح للطفل.

وتأكيدا لكل ما سبقت الإشارة إليه نستذل بقرار للمجلس الأعلى[47]: عدد 598 بتايخ 2008/12/31 حيث جاء في أوراق الملف الصادر عن محكمة الاســـتئناف طلـــب الأب إسقاط حضانة إبنه عن أمه بدعوى زواجها من أجنبي، فأجابت المدعية بواسطة دفاعهـــا أن الأب لم يزر إبنه منذ أن كان عمره سنة ونصف تقريبا و لم يربط معه علاقة الأبـــوة من حنان و مراقبة و إنفاق ... و ان فراقه عن أمه الحاضنة سوف يلحـــق بـــه ضـــررا جسيما لأنه عاش طيلة سبع سنوات معها ولم يعاشر والده و ذلك يجد سنده في المـــادتين

[46] مادة 171 من مدونة الأسرة " ...فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون..."

[47] قرار محكمة النقض عدد 589 المؤرخ في 2008/12/31 ملف شرعي عدد 2008/1/2/371 من موقع الإجتهاد القضائي للأستاذ أزوكاغ

175 و 186 من مدونة الأسرة و التمست رفض الطلب، و أرفقت جوابها بشاهدة طبية لطبيب اختصاصي في الأمراض النفسية.

وبعد انتهاء الإجراءات قضت المحكمة بإسقاط حضانة الأم عن إبنها وتسليمه لأبيه، ليطعن في القرار من قبل المدعية و بعد إجراء بحث بين الطرفين بحضور الابن، قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إسقاط حضانة الأم عن ولدها و الحكم برفض الطلب.

وهذا هو القرار الذي تم نقضه من طرف المدعي بدعوى المخالفة الجوهرية للقانون طبقا لما نصت عليه المادة 175 من مدونة الأسرة، كما أنه على المحكمة أن تستعين بمساعدة اجتماعية للتأكد من صحة أقوال الطفل و الإطلاع على أحواله طبقا لمقتضيات المادة 172 من مدونة الأسرة و أنها حينما كونت قناعتها مع طفل صغير تكون قد عللت قرارها تعليلا خاطئا يوازي انعدامه.

لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ثبت لها بواسطة البحث الذي قامت به أن مصلحته عند والدته رغم زواجها بأجنبي للارتباط المثين الموجود بينهما و الاعتناء به في جميع مناحي حياته الصحية و التربوية و التعليمية و النفسية، لاسيما أن المطلوبة في النقض استدلت بشهادة طبية صادرة عن طبيب مختص في الأمراض النفسية تؤكد على أن فراق الابن عن أمه سوف يؤدي به إلى أعراض نفسية تؤثر على حياته مستقبلا.

ومن تم اعتمدت المحكمة كل ذلك وصرحت في تعليل قرارها بأن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار استنادا إلى المادة 186 من مدونة الأسرة التي تنص على أن المحكمة تراعي مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذه المدونة الخاصة بهذا الباب تكون قد ردت على دفوع الطاعن وعللت قرارها بما فيه الكفاية و ما بالنعي غير قائم على أساس.

و الرأي فيما نعتقد أن ما ذهب إليه قرار محكمة النقض صائب بخصوص عـــدم إسقاط حضانة الأم عن إبنها، وهي بهذا تكون حققت مصـــلحة المحضـــون خاصـــة وأن محكمة الدرجة الثانية التي أصدرت قرارها اعتمدت جميع الوسائل الممكنة مـــن معاينـــة وتحقيق مع طرفي النزاع وحتى مع المحضون،ثم شهادة الطبيب المختص كلها إجراءات ساعدت القاضي في تكوين قناعته التامة وترجيح مصلحة المحضون وجعلها فـــوق كـــل اعتبار.

وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة هو تحقيق المصلحة الفضـــلى للطفـــل،وعلى الرغم أن السلطة الكاملة التي يتمتع بها قاضي الأسرة فـــي إصـــدار الأحكـــام المتعلقـــة بالحضانة إلا أنه يصعب عليه في بعض الأحيان اختيار الحكم الصائب.

خاتمة

إن دراستنا لموضوع "الإشكالات الفقهية والقانونية والقضائية للحضـــانة شـــروطا واستحقاقا وسقوطا" أسفرت بنا إلى الوصول إلى الخلاصات التالية :

أولا : أن المشرع المغربي أولى أهمية بالغة للمحضون أثناء تنظيمـــه لمؤسســـة الحضانة التي تعد من أهم آثار انفصام العلاقة الزوجية. فقد أتى بعدة مستجدات تصب في منحى مراعاة واعتبار مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

ثانيا: إن اهتمام المشرع بمصلحة المحضون لم يقف عند إقرارها عنـــد تنظيمـــه للنصوص القانونية بل تعداه لإسناد مهمة تفعيلها وترجمتها على أرض الواقع إلى مؤسسة القضاء إذ أن المتصفح للماد المتعلقة بالحضانة يجدها لا تخلو من الرقابة القضائية فيمـــا يتعلق بإسنادها أو إسقاطها.

ثالثا: إن القاضي **الأسري** في إعماله للمقتضيات المتعلقـــة بالحضـــانة يتمتـــع بسلطة تقديرية واسعة في إســـناد الحضـــانة وإســـقاطها مراعـــاة فـــي ذلـــك مصـــلحة المحضون.رغم ذلك أبانت بعض الممارسات القضائية عن بعض القصور.

لذلك نقترح:

- ✓ إعادة النظر في مضمون المادة 171 المتعلقة بترتيب مستحقي الحضـــانة إذ نرى أن الجدة لأم أولى من الأب بالحضانة باعتبارها أكثر شفقة بالمحضون.

- ✓ يجب على القاضي باعتباره الحامي لمصلحة المحضون أن يوظف مختلف الوسائل التي ستمكنه من اتخاذ القرار الصائب والذي تكون فيه مصلحة المحضون فـــوق كل اعتبار،حيث نجد اغفال بعض القضاة لدور المساعدين الإجتماعيين والمتخصصين في مجال الأطفال من أطباء نفسانيين لما لهم من دور لا شك في أنه سيساعد القاضي علـــى تكوين قناعته في من يستحق اسناد الحضانة إليه .

- ✓ إذا كان سفر الأم خارج أرض الوطن يعتبر سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، فيجب إعادة النظر في حالة سفر الأب خارج الوطن وترك المحضون مع زوجته الثانية باعتبارها نفس الحالة ويجب أن ترتب نفس الأثر لما في ذلك من عدم مراعاة مصلحة المحضون.

- ✓ اعادة تفعيل دور النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضايا الأسرية،لأن هذا الدور الكبير الممنوح لها فيه ضمان وحماية للمحضون لكنه ظل ضعيفا بالمقارنة مع الهدف المتوخى والمنشود،والسبب راجع لقلة الآليات اللوجيستيكية التي تساعدها على القيام بواجبها.

لائحـــة المراجع المعتمدة:

المصـــــــــــادر

- ✓ القرآن الكريم .

الكتـــــب

- ✓ محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة،أحكام الزواج الطبعة **الأولى 2004**
- ✓ محمد الشافعي،الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة،الطبعة الأولى
- ✓ محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي بالقاهرة
- ✓ محمد الكشبور ،الوسيط في شرح مدونة الأسرة ،إنحلال ميثاق الزوجية ،الطبعـــة الثالثة 1436-2015.
- ✓ محمد بفقير ،مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي،الطبعة الثانية ،2011
- ✓ خالد بنيس قوانين الأسرة بين الواقع و التشريع طبعة 1993 مطبعـــة المعـــارف الجديدة.
- ✓ عبد المجيد العزوزي قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلـــى النـــدوة الجهوية الثانية 8-9 مارس 2007.
- ✓ عبد العزيز هداوي الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأســـرة والتشريع الإسلامي الطبعة الأولى 2014

الرسائل :

- ✓ بن عصمان نسرين إيناس،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر قانون الأسرة المقارن،موضوع "مصلحة الطفل في القانون الجزائري،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان سنة 2009_2008 .
- ✓ فاطمة عبد الصمد الحمادي ،رسالة بعنوان "أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي،كلية العلوم الإسلامية قسم فقه وأصول سنة 2002.

الفهرس

مقدمـــة.....1

المبحث الأول : تعريف الحضانة شروطها وأصحاب الحق فيها.....4

المطلب الأول : تعريف الحضانة وسندها الشرعي 4

الفقرة الأولى: تعريف الحضانة.....4

الفقرة الثانية: السند الشرعي للحضانة 5

المطلب الثاني شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها 6

الفقرة الأولى: شروط الحضانة 6

أولا – الرشد القانوني لغير الأبوين 6

ثانيا –الاستقامة والأمانة.....7

ثالثا – القدرة على تربية المحضون و صيانته و رعايته دينا و صحة و خلقا و على مراقبة تمدرسه 7

رابعا – عدم زواج طالبة الحضانة الا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175:.....8

الفقرة الثانية: أصحاب الحق في الحضانة.....8

المبحث الثاني: أسباب سقوط الحضانة ودور القضاء في حماية مصلحة المحضون .. 13

المطلب الأول:أسباب سقوط الحضانة..... 13

الفقرة الأولى.أسباب سقوط الحضانة..... 13

الفقرة الثانية : سقوط الحضانة كتدبير وقائي أو التنازل عنها 18

المطلب الثاني:دور القضاء في حماية مصلحة الطفل المحضون 20

الفقــرة الأولى: جنحة عدم تقديم طفل..... 21
أولا: عدم تقديم الطفل المحضون..... 22
ثانيا: الامتناع عن إرجاع المحضون لحاضنه..... 23
الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون..... 24
خاتمة..... 28
لائحة المراجع المعتمدة..... 30
الفهرس 32