مجلة الدراسات القانونية المقارنة

EISSN:2600-6154 **المجلد 04 / العـــدد: 02 (2018)، ص 07- 26** **ISSN:2478-0022**

مراعاة مصلحة الطفل المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

Taking Care Of The Interest Of Child In Custody According To Islamic Shari'a And The Algerian Family Law

الدكتور: حيدرة مُحَمَّد

أستاذ محاضر (أ) بكـلـيـة الـحقوق والـعلـوم السيـاسيـة، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم – الجزائر

Email: haidra.m@live.fr

تاريخ ارسال المقال: 2018/09/05 ***تاريخ القبول:2018/10/04*** ***تاريخ النشر:2018/12/12***

ملخص:

يعتبر الطفل أول شخص يتأثر بالفرقة بين الزوجين، وذلك بسبب ضعف حاله، وحاجته إلى من يرعى مصالحه ويقوم على شؤونه، ولأجل هذا شرعت الحضانة التي ينتقل الطفل بمقتضاها إلى العيش مع أحد والديه أو مع غيرهما من أفراد قرابته، وذلك وفقا لأحكام خاصة، بحسب ما تقتضيه مصلحته.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام عديدة تنظم مسائل الحضانة، مراعية فيها مصلحة الطفل المحضون في جميع الأحوال، باعتبارها محور القضية، وتبعها قانون الأسرة الجزائري، وسار عليها القضاء تفسيرا وتطبيقا، سواء عند الحكم بإسناد الحضانة أو عند الحكم بإسقاطها، وفقا للمعايير التي استنبطها من النصوص التشريعية، ومقاصد التشريع.

وفي هذا المقال بيان لبعض الجوانب من مراعاة مصلحة المحضون من خلال أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: حماية الطفل ؛ حضانة الطفل ؛ مصلحة الطفل المحضون ؛ مراعاة المصلحة.

Summary:

The child is considered the first person affected by the separation between the spouses, because of his weakness and his need for those who care for his interests and manages his affairs. Therefore, the Islamic Shari'a came in many provisions regulating custody issues, taking into account the interests of the child in all cases, as the focus of the case, followed by the Algerian family law, and the judiciary in the interpretation and application of Legal texts, whether when the custody is assigned or when the custody is to be dropped, in accordance with the criteria derived from the legislative texts and the purposes of the legislation.

In this article, a statement of some aspects of the best interests of the child by the Islamic Shari'a and the provisions of the Algerian family code and the Jurisprudence in this area.

Keywords: *Child Protection, Child custody, interest of child in custody, Taking care of the interest.*

مقدمة

تعد الحضانة أهم أثر من آثار الفرقة بين الزوجين، نظرا لارتباطها بذُرِّيَّةٍ ضِعافٍ محتاجين إلى من يكفلهم ويرعى مصالحهم، وهي مَهَمَّةٌ من أعظم المهن وأخطرها، لأنها تتعلق بأغلى وأعز ما يملك الإنسان وهم أولاده، زينة حياته وفلذات كبده، ولهذا وضعت الشريعة الإسلامية ومن بعدها قانون الأسرة الجزائري أحكاما تنظم قضايا الحضانة، جبراً للضرر الحاصل للمحضون بفراق أحد والديه أو كليهما، ومن ثَمَّ وجب تعويضه بضمانات شرعية وقانونية تكفل له الحياة الكريمة، وذلك بمراعاة مصلحته في جميع الأحوال، وهي مصلحة تكررت في جميع مسائل الحضانة بناء على أن الحضانة حق للمحضون لا للحاضن أو أنها حق لهما وحقه الغالب.

ونظرا لارتباط مسائل مراعاة مصلحة المحضون بالجانب التشريعي وبالجانب التطبيقي، واختلافها من قضية لأخرى، فإن حصرها من الصعوبة بمكان، ولذلك انتقيت في هذا البحث بعضاً من مسائل الحضانة لأبين من خلالها كيف أولت الشريعة الإسلامية ومن بعدها قانون الأسرة الجزائري عناية كبيرة لمصلحة المحضون، سواء عند إسناد الحضانة أو عند إسقاطها. وقد قمت باستعراض هذه المسائل وفقا لما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، مدعِّمًا المواد القانونية بالاجتهادات القضائية التي تفسر نصوص القانون وتتولى تطبيقه، باعتبار المحاكم أوسع ميدان لبيان هذه القضايا وتطبيقاتها.

وقد قسمت الموضوع إلى مبحثين، خصصت الأول منهما لمراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، من حيث شروط الحاضن (المطلب الأول)، وترتيب مستحقي الحضانة (المطلب الثاني)، ومدة الحضانة وحق الزيارة (المطلب الثالث)؛ أما المبحث الثاني فكان لمراعاة مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة، وقد بحثت فيه زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون (المطلب الأول)، وتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة (المطلب الثاني)، وسفر الحاضن أو استيطانه في بلد أجنبي (المطلب الثالث).

المبحث الأول: مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

لا تسند مهمة الحضانة لأي شخص مهما كان قريبا من المحضون، ما لم يكن حريصا على مراعاة مصلحته، ومن أجل لا بد من أن يتحقق فيه أمران؛ الأول استيفاؤه لشروط استحقاق الحضانة (المطلب الأول)، والثاني أن لا يوجد من هو أولى منه بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط استحقاق الحضانة:

يشترط في الحاضن مجموعة من الشروط تؤهله للقيام بمهمة الحضانة على أحسن وجه، وهي أول مظهر من مظاهر مراعاة مصلحة المحضون.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أهم الشروط الواجب توافرها في الحاضن، واختلفوا في بعض الشروط بحسب اجتهادهم في تحري مصلحة المحضون، غير أن أكثر المذاهب توسعا في هذه الشروط هو المذهب المالكي، ولذا سأذكر الشروط وفق هذا المذهب وأشير إلى غيره في الهامش[1]:

1 – العقل: فلا حضانة لمجنون، ولو كان يفيق في بعض الأحيان، وكذا من به خفة أو عته.

2 – الكفاءة: فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون، كالمرأة المسنة، أو العاجزة؛ إلا أن يكون عندها من النساء من تقدر على الحضانة.

3 – الأمانة في الدين: فلا حضانة لفاسق.

4 – أمن المكان: فلا حضانة لمن كان بيته مأوى للفساق، أو كان مجاورا لهم، بحيث يخشى منهم على المحضون، وبخاصة إذا كان المحضون أنثى.

5 – الرشد: فلا حضانة لسفيه، لئلا يتسلط على مال المحضون فيهلكه.

6 – السلامة من الأمراض الخطيرة، كالجذام ونحوه.

7 – عدم سفر الولي عن المحضون مسافة القصر، وهي مسافة ينقطع بها خبره.

8 – عدم سفر الحاضنة سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد آخر.

ويضاف إلى هذه الشروط شرطان آخران يخصان الذكر الحاضن، سواء أكان الأب أو غيره، وهما:

9 – أن يكون عنده من يمكنه حضانة الصغير من الإناث –ولو بأجرة–؛ لأن الرجال لا صبر لهم على رعاية الصغار.

10 – أن يكون محرما للأنثى المطيقة التي يحضنها.

ويزاد للمرأة الحاضنة شرطان أيضا:

11 – أن لا تسكن مع من سقطت حضانتها، كأن تسكن الجدة مع الأم التي سقطت حضانتها بالزواج.

12 – أن لا تكون متزوجة أصلا، أو تكون غير مدخول بها، فإن دخل بها الزوج سقطت حضانتها.

ويلاحظ أن هذه الشروط التي ذكرها الفقهاء إنما هي لأجل رعاية الصغير والعناية به على أكمل وجه، ولعل أهم شرط منها، والذي كان محل اتفاق وتفصيل من جميع الفقهاء الأمانة، ومعنى الأمانة أن يكون الحاضن مأمونا في نفسه، ولو كان أبا أو أما[2]، والمقصود بها حفظ الدين[3]، فالحاضنة لا بد أن تكون أمينة على المحضون في نفسه ودينه، فإن هي ضيعت هذا الواجب وأهملته، كانت متعدية على حق المحضون، ولزم انتزاع المحضون منها، ودفعه إلى من هو أولى وأقدر على تعاهده ورعايته.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لم يفصل قانون الأسرة الجزائري في شروط استحقاق الحضانة، وإنما اكتفى إجمالا باشتراط الأهلية في الحاضن، حيث جاء في الفقرة 02، من المادة 62 ما يلي: "... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[4]، ونصت الفقرة الأولى من المادة 67 على أن اختلال شرط من شروط استحقاق الحضانة يعتبر مسقطا لها، حيث إن مصلحة المحضون تضطرب حتما باختلال أحد الشروط. وحيث إن قانون الأسرة لم يبين شروط أهلية الحاضن، فإنه يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة 222 منه[5]، كما يستشف من اجتهادات المحكمة العليا أن شروط أهلية الحاضن لا بد فيها من مراعاة ما يلي:

أولا – أن تكون وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وحيث إن قانون الأسرة لم يبين شروط أهلية الحاضن، فإنه يحيل على أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 منه، ومن ثَمَّ جاء قرار المجلس الأعلى أن إسناد الحضانة لمن لا يقدر على حفظ المحضون يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، وخطأ في تطبيق القانون، وبناء عليه نُقِضَ القرار القاضي بإسناد الحضانة إلى الجدة مع كونها فاقدةً للبصر، لأنها عاجزة عن القيام بشؤون الأبناء[6].

ثانيا – الأصل ثبوت الأهلية للحاضنة، وانعدامها لا يثبت إلا بدليل قطعي، ولهذا قررت المحكمة العليا أن محضر مصالح الأمن لا يعتبر دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة، بل هي مجرد معلومات لا يمكن الاعتماد عليها، وإن مسألة مهمة مثل الحضانة تستلزم الإثبات بشهادة الشهود، كما أن مراعاة مصلحة المحضون تقتضي الاستعانة بمرشدة اجتماعية، قصد معرفة الجهة التي تليق بمصلحة الطفل[7]. وفي قضية أخرى نقضت المحكمة العليا الحكم القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم بدعوى مرضها العقلي، لأن الشهادة الطبية المقدمة ضد الأم لم تصدر عن طبيب مختص[8].

ثالثا – أن يراعى في الشروط مصلحة المحضون في كل الأحوال، وذلك ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري، وبناء على ذلك قرر المجلس الأعلى أن إسناد الحضانة إلى الأم مع ثبوت فساد أخلاقها يعد خرقاً للقانون، لأن من شروط الحاضن أن يكون أمينا، لضمان سهره على رعاية المحضون صحةً وخلقاً[9]، وفي قضية أخرى أيدت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس بإسناد الحضانة إلى الأم رغم أنها أُدِينَت بارتكاب جريمة الزنا بموجب قرار جزائي نهائي، مُعَلِّلَةً قرارها بأن الفقرة الأخيرة من المادة 67 من قانون الأسرة تنص على

وجوب مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، وأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها عند والدتها، لأنها لا تزال طفلة صغيرة لم تستغنِ بعدُ عن خدمة النساء[10].

وثمة مسألة أخرى تخص مصلحة المحضون، وهو عمل المرأة الحاضنة، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 67 ما يلي: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[11]. وبحسب هذه الفقرة، فإن المبدأ العام هو أن عمل المرأة الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة، ولكن استثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن المرأة العاملة إذا كان في عملها ما يخل بمصلحة المحضون[12].

والناظر في هذه المسألة يظهر له أن (مراعاة مصلحة المحضون) –وهي جملة تكررت في أغلب المواد الخاصة بالحضانة– تدل على أنها محور القضية، وما دام الأمر كذلك فإن أي أمر أو حال يتعارض مع مصلحة المحضون، وجب أخذه بعين الاعتبار، وإسقاط الحضانة بسببه؛ سواء تعلق بعمل المرأة أو بغيره، ومن هنا يتبين أن الفقرة التي تتحدث عن عمل المرأة زائدة، لأن القاضي ملزمٌ بتحري مصلحة المحضون في كل الأحوال، وذلك من خلال النظر في عمل المرأة في حد ذاته، وهل يتنافى ومصلحة المحضون أم لا، وهو أمر في غاية الأهمية، يستلزم من القاضي فحصا دقيقا للقضية، والاستعانة بكل الطرق القضائية من تحقيقٍ ومعاينةٍ وإجراء خبرة، لكي يتوصل من خلال ذلك كله إلى نتيجة تكون لمصلحة المحضون، ومن ذلك طبيعة عمل المرأة، ووقته، ومسافة مقر العمل عن منزل الحضانة، ومدة غياب المرأة في عملها، وغير ذلك من الملابسات التي تفيد في موضوع القضية، وهذا بلا شك يجعل الأحكام القضائية تختلف من حاضنة لأخرى، ولو كان لهما العمل نفسه[13]، فحكم المرأة التي تشتغل بالتجارة، ومتجرها يقع في بيتها الذي تقيم فيه مع المحضون، يختلف حتما عن التاجرة التي تعمل بعيدا عن بيتها، وتتنقل باستمرار هنا وهناك لأجل عقد الصفقات وجلب السلع؛ والممرضة التي تداوم بالليل يختلف حكمها عن تلك التي تعمل بالنهار، وهكذا يكون لكل حالة حكمها الخاص بها والذي لا يقاس على حالة أخرى.

المطلب الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة

لا تسند الحضانة لكل شخص يطلبها، ولو توفرت فيه الشروط التي سبق ذكرها، بل لا بد من مراعاة الترتيب في استحقاق الحضانة، بحيث لا تسند لشخص إلا إذا عُدِم من هو أولى منه بالحضانة.

الفرع الأول: ترتيب مستحقي الحضانة في الفقه الإسلامي

لكل مذهب فقهي طريقته في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم بحسب مراعاتهم لمصلحة المحضون[14]، فعند **الحنفية** تكون الحضانة للأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، وتقدم الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، وعند **المالكية** الحضانة حق للوالدين معا حال قيام الزوجية؛ أما الأم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فالحضانة حق لها لا ينازعها غيرها فيه، فإن لم توجد الأم انتقلت الحضانة إلى أمها، ثم إلى جدة الولد لأمه، ثم إلى جدة الأم، ثم إلى خالة الولد المحضون أخت أمه، ثم إلى خالة أمه، ثم جدته أم أبيه، ثم أم أمه، ثم أم أبيه، ثم تنتقل حضانة الولد إلى

أبيه، ثم أخته، أي أخت الولد المحضون، ثم إلى عمة الولد، فعمة أبيه، فخالته. وفي انتقالها بعد ذلك إلى بنت أخ المحضون أو بنت أخته أقوال في المذهب، والأظهر أن الحضانة تكون للأكفأ منهن، فإذا لم يوجد أحد ممن ذكر، فإن الحضانة تثبت للوصي ذكرا أو أنثى، ثم لأخ المحضون شقيقا كان أو لأم أو لأب، ثم للجد من جهة الأب الأقرب فالأقرب، ثم ابن أخ الولد المحضون، ثم عمه، ثم ابن عمه. وفي جميع هؤلاء الحاضنين يقدم الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب، فإن تساووا قدم أكثرهم صيانة للمحضون وشفقة عليه؛ أما **الشافعية** فالحضانة عندهم للأم ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث وإن علون، ثم أم الجد وجداته، ثم أم أب الجد وجداته، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الإخوة، وفي كل الحواضن يقدم الشقيق، ثم الذي لأم ، ثم الذي لأب، وعند **الحنابلة** الأم ثم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الجد الأقرب فالأقرب، ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم العمة، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمة الأم، ثم عمة الأب، ثم بنت الأخ وبنت الأخت، ثم بنت العم وبنت العمة، ثم بنت عم الأب، ثم بنت عمة الأب، ثم لباقي العصبات، الأقرب فالأقرب، ثم لذوي الأرحام، ثم للحاكم[15].

والغرض من هذا الترتيب إسناد الحضانة لمن يفترض فيه الحرص أكثر على رعاية المحضون وصيانته، فَرُوعِيَ في هؤلاء الحاضنين الأقرب فالأقرب إلى المحضون، ويقدم الشقيق على سواه لأنه يدلي بقرابتين، ويليه الذي لأم، ثم الذي لأب، وكان أكثر الحاضنين من النساء لأنهن أقدر وأصبر على هذه المهمة الشاقة، كما أنه عند تنازع حاضنين في الدرجة نفسها يقدم الأكثر شفقة وصيانة للصغير.

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

كان قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 ينص في المادة 64 منه على أن الحضانة تسند للأم، ثم لأم الأم، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وقد عدلت هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، فأسندت الحضانة إلى الأم أوّلاً، ثم إلى الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع وجوب مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

والظاهر أن الاجتهاد الجديد الذي انتقل بمقتضاه مركز الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة كان بسبب تغير واقع المجتمع والأسرة الجزائرية، ذلك أن الأسر اليوم تعيش أغلبها حياة مستقلة عن الأصول، خلافا لما كان سائدا من قبل حيث كانت العائلة الكبيرة تحتضن كل الأسر الصغيرة، ويتربى الأولاد في كنف الآباء والأجداد، والأعمام والعمات، وربما الأخوال والخالات، فلا تجد الجدات صعوبة في حضانة أحفادهن، وتقديم واجب الرعاية لهم، أما اليوم، فإن أغلب الجدات يعشن وحيدات في بيوتهن، وهنّ مع الكبر والضعف والمرض أحوج إلى من يرعاهن ويقوم على شؤونهن، بعد أن تفرق عنهم الأبناء والبنات، ولذلك يكون إسناد حضانة الأطفال إليهن ضربا من التكليف بما لا يطاق، ومن هنا، كان التشريع الجديد اجتهادا مبنيا على تغير الواقع، وهو اجتهاد يعضده مذهب الإمام ابن قيم الجوزية، الذي استعرض آراء الأئمة في هذه المسألة، وناقشها مطولا، واستغرب تقديم قرابة الأم على الأب، فقال:

"... فكيف تقدم قرابة الأم على الأب نفسه وعلى قرابته، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل وأرعى لمصلحته من قرابة الأم؟ ... فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها، ... وهذا أيضا في غاية البعد ومخالفة القياس"[16].

على أن احترام هذا الترتيب للحواضن ليس من النظام العام، بل هو مرهون بمدى مراعاة مصلحة المحضون، فمتى وجدت هذه المصلحة أسندت الحضانة للشخص، ومتى فقدت سلبت منه وانتقلت إلى من يليه في الرتبة إذا كان يحقق مصلحة المحضون، وقد أكدت هذا المحكمة العليا بقولها: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون"[17]، وجاء في قرار آخر: "... مدار الحضانة مصلحة المحضون، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق.أ، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[18].

المطلب الثالث: مدة الحضانة وحق الزيارة

تحدد مدة الحضانة بالنظر إلى الغرض منها، وإذا كانت حضانة الذكر تعني حفظه والقيام بشؤونه، فإن فترة حضانته ينبغي أن تمتد إلى يتمكن من ذلك بنفسه، فإن الأنثى تمتد حضانتها لبلوغها سن الزواج، وخلال هذه المدة يكون حق زيارة المحضون مضمونا للطرف الآخر.

الفرع الأول: مدة الحضانة وحق الزيارة في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء المذاهب في هذه المسألة، فالأحناف يرون أن حضانة الذكر تمتد إلى غاية أن يمكنه أن يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويتوضأ وحده، وأما الأنثى فتنقضي حضانتها بالبلوغ، وعللوا التفريق بين الذكر والأنثى رغم مخالفته للقياس بأن الأنثى وإن استغنت عن التربية إلا أنها بحاجة إلى تعلم تدبير البيت، والأم على ذلك أقدر وأكفأ[19].

والمشهور في مذهب المالكية، استمرار حضانة الذكر إلى البلوغ، والأنثى إلى غاية زواجها ودخول الزوج بها[20]؛ والشافعية جعلوا الحضانة إلى سن التمييز، وهو غالبا سبع سنين أو ثمان تقريبا؛ أما ما بعد التمييز إلى البلوغ فهو عندهم كفالة[21]؛ وأما الحنابلة، ففي مذهبهم أن الغلام إذا بلغ سبع سنين خير بين أبويه، ويكون مع من اختار منهما، وإذا بلغت البنت سبع سنين، فالأب أحق بحضانتها[22].

فسبب اختلافهم في تقدير مدة الحضانة اختلافهم في الوقت الذي تتحقق فيه مصلحة المحضون بأن يستقل عن الحاضن، ويمكنه الاعتماد على نفسه في شؤونه.

أما الزيارة، فهي حق مضمون شرعا للمحضون باتفاق الفقهاء، وعلى الحاضن أن يتيح للطرف الآخر هذا الحق، إما داخل بيته، أو بأن يخرج له المحضون ليراه خارج البيت، ولا يمنع الحاضن من الذهاب إليه إن أراد، ما لم يكن في ذهابه إليه ضرر[23].

الفرع الثاني: مدة الحضانة وحق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 65 منه على ما يلي: "تنقضي حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

ويفهم من نص هذه المادة أن الأصل في حضانة الذكر أن تمتد إلى بلوغه العاشرة من العمر، وهي السن التي يستطيع فيها الطفل الاعتماد على نفسه في الشؤون البسيطة، ويمكن للقاضي أن يحكم بتمديدها إلى سن السادسة عشرة بثلاثة شروط: الأول أن تكون الحاضنة هي الأم، والثاني أن لا تكون الأم قد تزوجت ثانية، والثالث أن يكون ثمة مصلحة يراها القاضي في حكمه بتمديد فترة الحضانة.

أما الأنثى فتنقضي حضانتها باكتمال أهليتها للزواج، وذلك ببلوغها سن التاسعة عشرة، الذي حددته المادة 07 من قانون الأسرة، وهذا زيادة في الحرص على تربية البنت وتنشئتها وإعدادها للحياة الزوجية، وهو مظهر آخر من مظاهر مراعاة مصلحة المحضون، فإذا بلغت البنت هذه السن فإن حضانتها تسقط بقوة القانون، وبذلك صدرت عدة قرارات عن المجلس الأعلى والمحكمة العليا[24].

وجدير بالذكر أن القاضي حينما يحكم بإسناد الحضانة، فإنه ملزم بأن يحكم بحق الزيارة ولو لم يطلب منه ذلك، وإلا كان حكمه معيبا، وفي هذا خروج من المشرع عن القاعدة القانونية التي تفيد أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم[25]، وإنما ذلك رعاية لمصلحة المحضون، بالمحافظة على مشاعره وتوطيد صلة القرابة بينه وبين رحمه، مما يسهم في بناء شخصيته، وجعلها سوية ومتوازنة وقوية[26].

المبحث الثاني: مراعاة مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة

إذا كان إسناد الحضانة لا ينبني إلا على مراعاة مصلحة المحضون، فإن إسقاط الحضانة عمن استحقها من قبل آكد في مراعاة هذه المصلحة والحفاظ عليها، سواء في الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري، وهو ما سنبينه في هذا المبحث من خلال ثلاث مسائل: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون (المطلب الأول)، وتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة (المطلب الثاني)، واستيطان الحاضن في بلد أجنبي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

يعتبر زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون من مسقطات الحضانة، سواء في الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون في الفقه الإسلامي

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الأم الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون[27]يسلب منها الحق في الحضانة[28]. قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم[29]، ولأن الولد يلحقه الضرر بتكرّه

الزوج له، وضجره به، والأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعاهده، لأنها المرأة إذا تزوجت اشتغلت بخدمة زوجها وطلب مرضاته عن حضانته، فيلحقه الجفاء والمذلة[30].

وتسقط الحضانة عن الأم عند الحنفية، والشافعية[31]، والصحيح من مذهب الحنابلة بمجرد العقد عليها؛ وعند المالكية تثبت الحضانة للأم ما لم تتزوج ويدخل بها الزوج، فإذا دخل، بطلت حضانتها [32].

غير أن هذا الحق يعود إلى الحاضنة متى خلت من زوج، بأن طلقت أو توفي زوجها؛ وعند الحنابلة يعود الحق في الحضانة فور وقوع الطلاق، سواء أكان بائنا أم رجعيا، ودون انتظار العدة، بسبب زوال المانع، وهو المذهب عند الشافعية، وقال الحنفية والمزني من الشافعية: إن الحق في الحضانة يعود فور وقوع الطلاق البائن، أما الطلاق الرجعي فلا يعود فيه الحق في الحضانة إلا بعد انتهاء العدة؛ وأما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري، كالمرض أو الحج، فتعود بشفاء الحاضنة من مرضها، أو رجوعها من الحج، وبين زوال الحضانة لسبب اختياري، كتنازل الحاضنة عن الحضانة، أو زواجها من غير قريب محرم، فلا يعود لها الحق فيها بزوال سبب السقوط، وذلك بناء على أن الحضانة حق للحاضن، وهو المشهور في المذهب، وقيل: يعود الحق في الحضانة بناء على أن الحضانة حق للمحضون[33].

الفرع الثاني: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون في قانون الأسرة الجزائري

يسقط الحق في الحضانة بتزوج الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون في قانون الأسرة الجزائري، وهو ما عبرت عنه المادة 66 من هذا القانون بالزواج بالقريب غير المحرم، ويفهم منه أن الزواج بمحرم قريب لا يسقط حقها في الحضانة، والعلة في ذلك انشغالها عن المحضون، وتضييع مصالحه، وهو ما ورد في العديد من الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن[34].

ويسري هذا الحكم على كل حاضنة تزوجت بأجنبي عن المحضون لوجود العلة نفسها، ولأن الحضانة إذا سقطت عن الأم لهذا السبب فأَوْلَى أن تسقط عن غيرها؛ لأن نص المادة 66 لم يستثن الأم الحاضنة، ولم يفرق بين حاضنة وأخرى.

غير أن هذا الحق في الحضانة يعود متى زال سبب سقوطه غير الاختياري، وذلك ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". ولم توضح هذه المادة معنى السبب غير الاختياري، كما لم تفرق بينه وبين السبب الاختياري. وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة[35]، وجدنا الفقه المالكي يفرّق بين سقوط الحضانة بسبب اختياري، وهو ما كان بإرادة الشخص، كزواج الحاضنة، أو تنازلها عن الحضانة، وسقوطها بسبب غير اختياري، كالمرض والعجز، وأن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب السقوط الاختياري دون غيره[36].

لكن الاجتهاد القضائي يفسر سبب السقوط غير الاختياري تفسيرا مخالفا للفقه المالكي، ويجعله السبب الذي لا يكون للحاضنة يدٌ فيه، مع بقاء الرغبة لديها في إبقاء المحضون في حضانتها، ويجعل زواج الحاضنة بأجنبي عن

المحضون من هذا القبيل، فإذا زال هذا السبب بطلاقها أو وفاة زوجها، فإنه يحق لها أن تطلب إسناد الحضانة إليها من جديد، بخلاف ما لو تنازلت عن الحضانة بمحض إرادتها، وهو سبب اختياري، فإنه لا يحق لها في هذه الحال أن تطالب بعودة هذا الحق إليها[37].

المطلب الثاني: تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة

التنازل عن الحق في الحضانة إما أن يكون حقيقيا وإما أن يكون ضمنيا يفهم من تصرفات الحاضن، فالحقيقي أن تسند الحضانة إلى شخص يستحقها ويتنازل عنها لمن بعده؛ أما التنازل الضمني فيكون في حال تخلي مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة كاملة بغير عذر، مع علمه بأحقيته فيها.

الفرع الأول: تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة في الفقه الإسلامي

ذهب فقهاء المالكية إلى أن الحاضنة إذا تنازلت عن الحضانة، فإن حقها فيها يسقط، سواء تنازلت بعوض أو بغير عوض، وأنها لو تنازلت لشخص آخر، لا تنتقل الحضانة إليه، وإنما تنتقل لمن يليها في الرتبة، لأن هذا الحق انتقل إليه بمجرد التنازل، فلا تملك أن تعطيه للغير، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة[38].

وأما التنازل الضمني، فيكون بثبوت حق الحضانة للشخص، ويسكت عن أخذ المحضون أو المطالبة بحقه في الحضانة مدة طويلة قدرها الفقهاء بسنة كاملة. ومثال ذلك أن تتزوج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون، ولا يطالب الأب بأخذ الولد منها، فإنها إذا خلت من زوج بعد ذلك بطلاق أو وفاة، يسقط حق الأب في أخذ الولد؛ لأنه ترك حقه أول الأمر، فيعد هذا تنازلا ضمنيا عنه.

ومثاله أيضا أن تسقط الحضانة عن الأم لعذر، كمرض ألزمها الفراش مدة طويلة، ثم زال العذر واستعادت عافيتها، لكنها لم تطالب بحقها في الحضانة مدة سنة، فإن حقها يسقط، بخلاف ما لو كانت جاهلة أنها أحق بالحضانة، ثم طالبت بها، فإنها في هذه الحال تسند إليها، وتعذر بجهلها[39]، وإنما عذرت الحاضنة بجهلها هنا لأن هذا الأمر مما لا يعرفه العوام.

الفرع الثاني: تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

وردت هذه المسألة في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، ونصها: "يسقط حق الحاضنة ... بالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون". وبحسب هذه المادة، فإن الحاضنة إذا تنازلت عن الحضانة، سقط حقها فيها، لكن ذلك مشروط بعدم المساس بمصلحة المحضون، فإن وقع التنازل منها، وكان في انتقال الحضانة إلى من يليها في الرتبة محافظة على مصلحة المحضون، قُبِل منها التنازل، وإلا تعينت الحضانة في حقها ولم تسقط.

وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى في قضية أمٍّ حاضنة تنازلت عن حضانة ابنتها المريضة للأب، حيث قرر المجلس أن هذا التنازل لا يلتفت إليه لأنه يضر بالبنت، وذلك بناء على المادة 66 من قانون الأسرة المذكورة، واستنادا إلى شهادة طبية تثبت مرض الطفلة مرضا مزمنا تحتاج فيه إلى رعاية الأم، لاسيما ملازمتها بالمستشفى، وهو ما لا يمكن للأب أن يوفره لها، بالنظر إلى ظروف عمله[40].

المطلب الثالث: سفر الحاضن أو استيطانه في بلد أجنبي

الأصل أن يستقر الحاضن مع محضونه في بلده، لكنه قد يقرر أن يسافر بالمحضون، أو يهاجر ليستوطن في بلد أجنبي، وهي مسألة عالجتها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: سفر الحاضن أو استيطانه في بلد أجنبي في الشريعة الإسلامية

ذهب المالكية إلى أن انتقال الحاضنة إلى بلد يبعد عن مقر الأب وأولياء المحضون مسافة القصر يسقط حقها في الحضانة، وقد قدرت هذه المسافة باثنين وسبعين ميلا؛ أما المسافة القريبة – وهي التي لا ينقطع بها خبر المحضون عن الأب وأوليائه – فلا يسقط بها هذا الحق[41]، وهو مذهب الشافعية والحنابلة؛ وعللوا رأيهم هذا بأن مهمة الأب حفظ النسب والتأديب، ولا يمكن لأحد أن يقوم مقامه، وبناء على ذلك فإن المحضون إذا لم يكن في بلد الأب ضاع[42].

وأما السفر القريب، وهو ما كان دون مسافة القصر، أو السفر للنزهة أو التجارة وغيرها، فلا يسقط به حق الحضانة عند المالكية والحنابلة؛ لأن الأم أشفق على الصغير. وأضاف الحنابلة أن سفر الحاضنة إذا كان لقضاء حاجة لا للإقامة، فإن الحضانة تكون للمقيم منهما، سواء كان السفر قريبا أم بعيدا، لأن في السفر إضرارا بالمحضون، وفي إبقائه مع أحدهما حفاظ عليه من مشقة السفر، وإن كان السفر لقضاء حاجة لا للإقامة فالمقيم منهما أحق بالولد، لتجنيب المحضون مشقة السفر، وهو قول الشافعية[43]؛ وأما الحنفية فقالوا: إذا أرادت الحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلد آخر، فإن كان هذا البلد هو الذي كان الأب قد عقد عليها فيه، فليس له أن يمنعها – ولو بعدت المسافة – إلا أن يكون في السفر خطر على المحضون، وأما إذا كان البلد المقصود غير البلد الذي وقع فيه العقد، فله منعها من السفر إليه، إلا أن تكون المسافة قريبة، بحيث يمكن للأب زيارة المحضون والعودة إلى أهله أو قريته في اليوم نفسه[44].

الفرع الثاني: سفر الحاضن أو استيطانه في بلد أجنبي في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

ويفهم من هذا النص أن الحاضن الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي، يرجع أمره إلى القاضي ليقرر إبقاء الحضانة له، ومن ثَمَّ يمكنه أن يصطحب معه الطفل المحضون إلى البلاد الأجنبية، أو يقرر إسقاط الحضانة عنه، ومن ثَمَّ يمنع من اصطحاب المحضون معه، وهذا بناء على ما يتبين للقاضي من المصلحة التي قد تكون في سفر المحضون خارج البلاد أو تكون في بقائه ببلاده.

وبناء على ذلك، قررت المحكمة العليا أنه يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم[45].

وجاء في قرار للمحكمة العليا أن إقامة الأم بفرنسا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها، لأنه يتعذر على الأب المقيم في الجزائر الإشراف على أبنائه وزيارتهم بسبب بعد المسافة[46].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أن قضاة الموضوع أخطؤوا في تطبيق القانون، وابتعدوا عن مقاصد الشريعة الإسلامية حينما حكموا بإسناد الحضانة إلى الأم التي تسكن عند أهلها في فرنسا، ذلك أن الحضانة حينما تسند لأي شخص يجب أن تكون لمصلحة الأطفال الصغار، وفقا لما تنص عليه المادة 62 من قانون الأسرة، وكان الواجب على الأم أن تحضن أطفالها في الجزائر، ليكونوا تحت رقابة الأب وتكون زيارته لهم ممكنة[47].

وقد أحسن المشرع الجزائري، إذ لم يحدد مسافة معينة في هذه المسألة، ذلك أن سفر الحاضنة أو انتقالها بالمحضون في وقتنا الحالي ينبغي أن يراعى فيه جملة من الأمور لم تكن موجودة من قبل، فمن جهة نجد أن وسائل النقل تنوعت وتعددت، مما سهل التنقل لمسافات طويلة في وقت قصير، لكن في المقابل يعيش الأطفال في هذا الزمان فتنا وآفات خطيرة، مثل المخدرات، والإنترنت، والانحلال الخلقي، والتجنيد في الشبكات الإجرامية وغيرها، وهذا الوضع يتطلب أن يكون الطفل المحضون تحت إشراف ورقابة صارمة من الولي، **ومن هنا** يكون من مراعاة مصلحة المحضون أن لا يتقيد القاضي بمسافة معينة تفصل بين الأب والمحضون ليحكم بإسقاط الحضانة عمن أوكلت إليه، وإنما عليه أن يتحرى مصلحة المحضون ومدى قدرة الأب على متابعته والقيام بمهمة الإشراف والرقابة عليه.

خاتمة:

توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج العامة والخاصة أهمها:

أولا – النتائج العامة:

1 – مراعاة مصلحة المحضون هي مدار مسائل الحضانة كلها، فحيثما وجدت تلك المصلحة وجب على القاضي مراعاتها والحكم بمقتضاها.

2 – مراعاة مصلحة المحضون غير منضبطة، فهي تختلف من محضون لآخر، ولكن قاضي الأحوال الشخصية يستدل عليها من خلال ظروف وملابسات كل قضية، ولذلك قد نجد اختلافا في الأحكام القضائية الخاصة بالمحضون رغم تشابه الوقائع في الظاهر.

3 – ينظر إلى مصلحة المحضون من خلال معيارين؛ معيار مادي يتمثل في الرعاية المادية والصحية، والمتمثلة في المأكل والمشرب واللباس والعلاج وغيرها، ومعيار معنوي يتمثل في الحنان والعاطفة ورعاية الجوانب النفسية والروحية، وهذه الأمور لها مجالات تتدرج فيها من الضروري إلى الحاجي ثم التحسيني، ولأجل هذا وضع المشرع لهذه المصلحة الخطوط العريضة، ممثلة في المواد القانونية، وترك التفاصيل لاجتهاد قضاة الموضوع ليتحروا مصلحة المحضون حيثما وجدت، ويصدروا أحكامهم وفق ما تقتضيها، وذلك من خلال تكراره لعبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" في مواد الحضانة.

4 – مصلحة المحضون لا تكون خالصة دائما، بل إنها تكون في معظم الأحيان مرتبطة بمصلحة الغير، كالزيارة والنفقة والمسكن وغيرها.

ثانيا – النتائج الخاصة:

1 – مسألة ترتيب الحواضن قدم فيها المشرع الجزائري الأب وجعله الأولى بها بعد الأم مراعاة لمصلحة المحضون، نظرا لتغير الظروف الاجتماعية للأسرة، وهو ما ذهب إليه الإمام ابن قيم الجوزية.

2 – بعض مسائل الحضانة بحاجة إلى إعادة النظر فيها وفق معطيات الواقع المعيش، وذلك مثل الاجتهاد في تحديد البعد عن المحضون بمسافة القصر، وأقترح أن يكتفى بالقدرة على الرقابة والإشراف.

3 – من باب مراعاة مصلحة المحضون النص على مسائل خاصة، مثل سكن المحضون، وأجرة الحضانة، وغيرها.

4 – نقترح في مسألة عمل المرأة أن تحذف الفقرة الخاصة به، ويكتفى بإعمال قاعدة مراعاة مصلحة المحضون مثلما هو العمل عليه في القضاء.

المراجع:

أولا – الكتب:

1 – ابن القيم (شمس الدين مُحَمَّد بن أبي بكر)، زاد المعاد في هدي خير العباد. مؤسسة الرسالة، بيروت، ط26، 1992.

2 – ابن الهمام (كمال الدين مُحَمَّد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط.

3 – ابن حزم (أبو مُحَمَّد بن سعيد)، المحلى. إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط 1352 هـ.

4 – ابن عابدين (مُحَمَّد أمين بن عمر)، رد المحتار على الدر المختار. دار الكتب العلمية، د.ت.ط.

5 – ابن قدامة (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد)، المغني، ويليه الشرح الكبير. دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط.

6 – ابن نجيم (الإمام زين الدين بن إبراهيم الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط.

7 – الأنصاري (الإمام زكريا بن مُحَمَّد السنيكي المصري)، أسنى المطالب. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط.

8 – الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط.

9 – البجيرمي (سليمان بن مُحَمَّد بن عمر)، حاشية البجيرمي على الخطيب. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996.

10 – بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.2000

11 – البهوتي (منصور بن يونس بن صلاح الدين)، كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط.

12 – البهوتي (منصور بن يونس)، الروض المربع شرح زاد المستنقع. مؤسسة الرسالة، د.ت.ط.

13 – التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة. دار الوعي، الجزائر، ط2، 2010.

14 – جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.

15 – الحاج مُحَمَّد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح نظم ابن بادي لمختصر خليل. دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007.

16 – الحطاب (أبو عبد الله مُحَمَّد بن عبد الرحمن المغربي)، مواهب الجليل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.

17 – الخرشي (أبو عبد الله مُحَمَّد بن عبد الله)/ شرح مختصر خليل. دار الفكر، د.ت.ط.

18 – خليل (خليل بن إسحاق المالكي)، مختصر خليل. دار الشهاب، باتنة، الجزائر، د.ت.ط.

19 – الدسوقي (شمس الدين مُحَمَّد بن عرفة)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية، د.ت.ط.

20 – الزحيلي (الدكتور وهبه)، الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، ط2، 1985.

21 – الزيلعي (الإمام عثمان بن علي بن محجن)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د.ت.ط.

22 – السرخسي (الإمام أبو بكر مُحَمَّد بن أحمد)، المبسوط. دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1989.

23 – الشافعي (الإمام مُحَمَّد بن إدريس)، الأم، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ط

24 – الشربيني (شمس الدين مُحَمَّد بن أحمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. المكتبة التجارية الكبرى، ط1955.

25 – الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم الفيروزابادي)، المهذب في فقه الشافعي. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995.

26 – الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، الفقه المالكي وأدلته. مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2002.

27 – الغزالي (أبو حامد الغزالي)، الوسيط في المذهب. دار السلام، ط1، 1997.

28 – الكاساني (أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1974.

29 – الكشناوي (أبو بكر بن حسن)، بدر الزوجين ونفحة الحرمين. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د ت. ط.

30 – مالك (الإمام مالك بن أنس الأصبحي)، المدونة. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.

31 – المرداوي (علاء الدين بن سليمان بن أحمد)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط.

32 – المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط.

33 – النووي (الإمام يحي بن شرف)، روضة الطالبين. دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003.

34 – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية. ذات السلاسل – الكويت، ط2، 1990، ج17، ص. 314.

ثانيا – الرسائل الجامعية:

– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة –دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية–، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014.

ثالثا – القوانين:

– قانون الأسرة رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 2005/02/27.

الهوامش:

(1) – الدسوقي (شمس الدين مُحَمَّد بن عرفة)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار إحياء الكتب العربية، د.ت.ط، ج2، ص. 529، الكشناوي (أبو بكر بن حسن)، بدر الزوجين ونفحة الحرمين. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د ت ط، ص- ص. 248-249، الحاج مُحَمَّد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح نظم ابن بادي لمختصر خليل. دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007، ج3، ص – ص. 236-238، **وعند الأحناف** يشترط في الحاضنة أن تكون حرة، بالغة، عاقلة، أمينة، قادرة، وأن تخلو من زوج أجنبي، وكذا في الحاضن الذكر سوى الشرط الأخير. يراجع: ابن عابدين (مُحَمَّد أمين بن عمر)، رد المحتار على الدر المختار. دار الكتب العلمية، د.ت.ط، ج3، ص – ص. 555-556، **وعند الشافعية** يشترط في الحاضن الحرية، والعقل، والأمانة، والإسلام، وأن تخلو الحاضنة من زوج أجنبي، وأن تكون الحاضنة مرضعا للطفل، وأن لا يكون بالحاضن مرض مزمن، كالفالج، بحيث يشغله عن نظر المحضون وتدبر أموره، وأن يخلو من الأمراض المنفرة، كالجذام والبرص، وأن لا يكون أعمى، وأن يكون رشيدا، وأن لا يكون مغفلا، وأن لا يكون صغيرا. يراجع: الشربيني (شمس الدين مُحَمَّد بن أحمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. المكتبة التجارية الكبرى، ط1955، ج3، ص – ص. 454-456، **وعند الحنابلة** يشترط في الحاضن الحرية، وعدم الفسق، والإسلام، والعقل، والقدرة فلا حضانة لعاجز، كأعمى ونحوه، والصحة، فلا تثبت لمريض يتعدى ضرره للمحضون كالجذام، وأن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن المحضون، إلا إذا رضي أبو المحضون بذلك، ورضي زوجها. يراجع: ابن قدامة (الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد)، المغني، ويليه الشرح الكبير. دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط، ج8، ص. 191. البهوتي (منصور بن يونس بن صلاح الدين)، كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، ج5، ص – ص. 499-500.

(2) – الخرشي (أبو عبد الله مُحَمَّد بن عبد الله)، شرح مختصر خليل. دار الفكر، د.ت.ط، ج4، ص. 212.

(3) – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص. 528.

(4) – قانون الأسرة رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 2005/02/27.

(5) – تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(6) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، القرار رقم 33921، المؤرخ في 1984/07/09، ج1، ص ص. 304-306.

(7) – المرجع نفسه، القرار رقم 245123، المؤرخ في 2000/07/18، ج3، ص ص. 1224-1225.

(8) – المرجع نفسه، القرار رقم 265727، المؤرخ في 2002/02/13، ج3، ص ص. 1193-1195.

(9) – المرجع نفسه، القرار رقم 53578، المؤرخ في 1989/05/22، ج1، ص ص. 519-521.

(10) – المرجع نفسه، القرار رقم 564787، المؤرخ في 2010/07/15، ج3، ص ص 1505-1508.

(11) – الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 1984/06/09.

(12) – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة –دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية–، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص. 458.

(13) – ذكر علماء الحنفية أن الأم لا تستحق الحضانة إذا كانت غير مأمونة، بأن تخرج من البيت كل وقت، وتشتغل عن الولد، وتتركه ضائعا؛ ذلك أن الولد في حكم الأمانة عندها، ومضيع الأمانة لا يستأمن. وأضافوا: إن المناط في إسقاط الحضانة عن المرأة العاملة هو ضياع الولد، ولهذا قالوا: إن الحاضنة لو كانت صالحة، كثيرة الصلاة، قد استولى عليها محبة الله تعالى وخوفه، حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه، انتُزِع منها. يراجع: الزيلعي (الإمام عثمان بن علي بن محجن)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د.ت.ط، ج3، ص. 7. ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص – ص. 557- 558، كما قررت المحكمة العليا أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية. يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم 274207، المؤرخ في 2002/07/03، ج3، ص – ص. 1232-1233.

(14) – الزحيلي (الدكتور وهبه)، الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، ط2، 1985، ج7، ص – ص. 719- 720.

(15) – الكاساني (أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1974، ج4، ص. 41، خليل (خليل بن إسحاق المالكي)، مختصر خليل. دار الشهاب، باتنة، الجزائر، د.ت.ط، ص. 167، الحطاب (أبو عبد الله مُحَمَّد بن عبد الرحمن المغربي)، مواهب الجليل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ج5، ص – ص. 595-596، الغزالي (أبو حامد الغزالي)، الوسيط في المذهب. دار السلام، ط1، 1997، ج6، ص. 243، البهوتي (منصور بن يونس)، الروض المربع شرح زاد المستنقع. مؤسسة الرسالة، د.ت.ط، ص – ص. 628-629.

(16) – ابن القيم (شمس الدين مُحَمَّد بن أبي بكر)، زاد المعاد في هدي خير العباد. مؤسسة الرسالة، بيروت، ط26، 1992، ج5، ص. 442 وما بعدها.

(17) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم 89672، المؤرخ في 1993/02/23، ج2، ص – ص. 1065- 1066.

(18) – المرجع نفسه، القرار رقم 613469، المؤرخ في 2011/03/10، ج3، ص – ص. 1592- 1595.

(19) – السرخسي (الإمام أبو بكر مُحَمَّد بن أحمد)، المبسوط. دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1989، ج5، ص. 207.

(20) – الحاج مُحَمَّد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح نظم ابن بادي لمختصر خليل. دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007، ج3، ص. 234.

(21) – النووي (الإمام يحيى بن شرف)، روضة الطالبين. دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003، ج6، ص. 509، البجيرمي (سليمان بن مُحَمَّد بن عمر)، حاشية البجيرمي على الخطيب. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ج4، ص. 475.

(22) - ابن قدامة/ المغني، ج8، ص. 192.

(23) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية. ذات السلاسل – الكويت، ط2، 1990، ج17، ص. 314.

(24) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم 52221، المؤرخ في 1989/03/13، ج2، ص – ص. 644-646.

(25) – يضاف إلى هذا أن حق الزيارة يضمن لأقارب الطفل الاطمئنان عليه، والتواصل معه، والإشراف والرقابة على أحواله، وخاصة إذا كان المعني بالزيارة الأم أو الأب.

(26) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم 52221، المؤرخ في 1989/03/13، ج2، ص – ص. 644-646؛ والقرار رقم 347914، المؤرخ في 2006/01/04، ج3، ص – ص. 1332-1333.

(27) – أما إذا تزوجت الحاضنة من قريب محرم للمحضون، كعمه، وابن عمه، وابن أخيه، فإن حقها في الحضانة لا يسقط؛ لأم الزوج القريب له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاون مع أمه على كفالته. يراجع: د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 728.

(28) – يرى الإمام ابن حزم الظاهري أن زواج الأم لا يسقط حقها في الحضانة، سواء تزوجت أو لم تتزوج. واستدل بأن الرضاعة تثبت للرضيع مدة عامين بقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ سورة البقرة، الآية 233، ومن ثَمَّ لا يجوز أخذه منها، ومن جهة أخرى ضعف الإمام ابن حزم الأدلة التي اعتمدها الجمهور في إسقاط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون. يراجع: ابن حزم (أبو مُحَمَّد بن سعيد)، المحلى. إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط 1352 هـ، ج10، ص. 323.

(29) – مالك (الإمام مالك بن أنس الأصبحي)، المدونة. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج2، ص. 258، السرخسي، المبسوط. ج5، ص.210، الشافعي (الإمام مُحَمَّد بن إدريس)، الأم، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج5، ص.99، ابن قدامة، المغني. ج8، ص.194.

(30) – السرخسي، المبسوط، ج5، ص.210، ابن نجيم (الإمام زين الدين بن إبراهيم الحنفي)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط، ج4، ص.183، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص. 42، الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط، ج6، ص. 186، الخرشي، شرح مختصر خليل. ج4، ص. 213، ابن قدامة، المغني. ج8، ص.194، الأنصاري (الإمام زكريا بن مُحَمَّد السنيكي المصري)، أسنى المطالب. دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط، ج3، ص. 448.

(31) – حتى لو رضي الزوج الأجنبي بحضانة الأم لطفلها، فإنها تسقط؛ لأنه قد يرجع فيتضرر الولد. يراجع: الشربيني، مغني المحتاج. ج3، ص. 455.

(32) – ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم الحنفي)، البحر الرائق. ج4، ص 183؛ الباجي، المنتقى. ج6، ص. 186، الشافعي، الأم. ج5، ص – ص. 99-100، ابن قدامة، المغني. ج8، ص – ص. 194-195، المرداوي (علاء الدين بن سليمان بن أحمد)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط، ج9، ص. 425.

(33) – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية. ج17، ص. 314، التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة. دار الوعي، الجزائر، ط2، 2010، ج4، ص – ص. 888 – 889.

(34) – م.ع.غ.أ.ش، 1986/01/13، ملف رقم: 39559، غير منشور. وم.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05، ملف رقم: 40438، م.ق، ع 2، 1989، ص. 75. يراجع: بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2000، ص. 364.

(35) – وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(36) – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية، ج17، ص 314، التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة. ج4، ص – ص. 888 – 889، البهوتي، الروض المربع. ص. 629.

(37) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم58812، المؤرخ في 1990/02/03، ج2، ص – ص. 623-625؛ والقرار رقم 201336، المؤرخ في 1998/07/21، ج2، ص – ص. 1072-1073؛ والقرار رقم: 252308، مؤرخ في 2000/11/21، ج2، ص – ص. 992-993.

(38) – الغرياني (الصادق عبد الرحمن)، الفقه المالكي وأدلته. مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2002، ج3، ص. 170، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار. ج5، ص. 258، النووي، روضة الطالبين. ج5، ص. 508، البهوتي، الروض المربع، ص. 629.

(39) – الحطاب/ مواهب الجليل، ج5، ص ص 598 – 602، والغرياني/ الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص 168.

(40) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم 54353، المؤرخ في 1989/07/03، ج2، ص – ص. 565-566.

(41) - الحطاب، مواهب الجليل. ج5، ص – ص. 599 - 600.

(42) - الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم الفيروزابادي)، المهذب في فقه الشافعي. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، ج3، ص. 169، البهوتي، الروض المربع، ص – ص. 629-630.

(43) – التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة. ج4، ص – ص. 890 – 891، البهوتي، الروض المربع. ص – ص. 629-630، الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي، ج3، ص. 169.

(44) - ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، ج4، ص. 337.

(45) – يراجع: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. القرار رقم 426431، المؤرخ في 2008/03/12، ج3، ص – ص. 1447-1449.

(46) – المرجع نفسه، القرار رقم 111048، المؤرخ في 1995/11/21، ج2، ص – ص. 860-861.

(47) – المرجع نفسه، القرار رقم 59013، المؤرخ في 1990/02/19، ج2، ص – ص.623-625؛ والقرار رقم 201336، المؤرخ في 1998/07/21، ج2، ص – ص.1072-1073؛ والقرار رقم: 252308، مؤرخ في 2000/11/21، ج2، ص – ص.992-993.