مجلة الدراسات القانونية المقارنة

EISSN:2600-6154 **المجلد 07 / العــدد 01 (2021)، ص.ص.2117-2144** **ISSN:2478-0022**

الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية

Custody as a tool for family stability between maghreb legislations and religious origins

لعميري ياسين

LAMIRI Yassine

أستاذ محاضر ب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة

Faculty of Law and Political Science, University of Akli Mohand Oulhadj, Bouira

Email; y.lamiri@univ-bouira.dz

تاريخ إرسال المقال:2020/12/01 **تاريخ القبول:2021/04/19** **تاريخ النشر:2021/06/28**

ملخص:

عالجت هاته الورقة البحثية موضوعا حساسا له علاقة مباشرة بالأسرة والمجتمع ككل، ألا وهو الحضانة باعتبارها من المسائل الجوهرية التي تحمل بعدا قانونيا بخلفية شرعية، ذلك ما يستهدف هذا البحث بيانه؛ من خلال معالجة الأحكام القانونية للحضانة في الدول المغاربية، مع ربطها بالأصول الشرعية لكل من المذهب الحنفي والمالكي وكذا الشافعي والحنبلي؛ لمعرفة مدى فاعلية تلك الأحكام القانونية في إعادة بناء الاستقرار الأسري عن طريق الحضانة.

ليتضح أن القوانين المغاربية، عند كل من المشرع الجزائري والتونسي والمغربي، وضعت أحكاما خاصة تضبط الحضانة؛ باعتبارها من المسائل الجوهرية المؤثرة في كيان الأسرة والمجتمع، وتباينت مواقفها الشرعية بين المذاهب باستثناء المشرع المغربي، وما ينبغي التأكيد عليه هو ضرورة السهر على التطبيق الصارم للأصول الشرعية الإسلامية من خلال إدخال تعديلات مناسبة على الأحكام القانونية المتعلقة بالحضانة، ويقال ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للمشرع الجزائري.

كلمات مفتاحية:

شروط الحضانة، آثار الحضانة، تشريعات الأسرة المغاربية، مذاهب فقهية إسلامية، استقرار أسري.

Abstract:

This research studied a sensitive topic that has a direct relationship with family and society, namely custody (hadana), as one of the essential issues that has a legal dimension with a religious reference, this is what this research aims to clarify; By explaining the legal provisions for custody in the maghreb countries, as well as comparing it, with the religious origins of the Hanafi and Maliki schools, and also the Shafi'i and Hanbali schools, to discover the effectiveness of these legal provisions in the stability of the family through the custody.

المؤلف المرسل: لعميري ياسين **Email: y.lamiri@univ-bouira.dz**

maghrebian laws have set up for algerian, tunisian and moroccan legislators a special provisions which govern the right of custody (hadana); as one of the essential elements affecting the family and society, his doctrinal opinions differed according to religion, with the exception of the moroccan legislator, and what must be stressed is the need to ensure the strict application of the principles of Islamic sharia by appropriate modifications to the legal provisions relating to the right of custody, this is particularly said for the Algerian legislator.

Keywords:
Custody conditions; Custody effects; Maghreb family laws; Religious Islamic doctrines; Family stability.

مقدمة:

إن كل الدول ومهما اختلف نظامها السياسي وطابعها الديني تجعل من تحقيق الاستقرار الأسري في مجتمعاتها هدفا مباشرا ينبغي وضع السبل للوصول إليه، ذلك أنه إذا استقرت الأسرة أُستتبب وضع المجتمع، وإذا تزعزعت الأسرة انحل المجتمع وذهب كيانه الطبيعي.

من أجل ذلك عنيت الدول بوضع قانونٍ إطارٍ يضبط العلاقات الأسرية القائمة بين مجموعة من الأفراد تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة، من خلال وضع منهج سليم تسير عليه العلاقات تحت كنف الأسرة الواحدة.

ذلك ما حتم وضع قواعد قانونية ثابتة تعنى بالأسرة بشكل مباشر لتضبط المحاور الكبرى للعلاقات الأسرية بمختلف ملابساتها، انطلاقا من الميثاق الغليظ وصولا لسبل فكه ووضع حد له، فضلا على تلك المسائل الشخصية المرتبطة بمختلف أفرَّاد الأسرة أزواجا كانوا أو أولادا أو غيرهم.

ثم إن الحديث عن الحضانة يدفع بالضرورة نحو سياقها القانوني النابع من تشريع الأسرة، إذ تعتبر مسألة قانونية مُتَحَكَّمً فيها؛ لتكون بذلك أبرز المتغييرات القانونية التابعة لمتغير ثابت يتحقق جوهره بمجرد فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع.

من هنا يمكن اعتبار الحضانة من أدق الجواهر التي يثور معها مقتضى الاستقرار الأسري، وكيف لا، وهي مسألة قانونية تمخضت عن وضع غير طبيعي تعيشه العلاقات الأسرية، خاصة إذا تم توظيف عين الواقع في هذا المقام.

إن الحديث عن الاستقرار الأسري تجاوز اليوم ذلك المفهوم التقليدي المرتبط بحالة السير الطبيعي للعلاقات الأسرية، التي تأخذ منحنى تصاعدي يسير نحو الإيجاب بشكل مستمر، لتوافر سبل تحقيقه من خلال جعل القواعد القانونية الأسرية النابعة من الضوابط الشرعية الدينية مرجعا لذلك.

ليأخذ الاستقرار الأسري مفهوما جديدا يُستلهم من أصل التمكين القانوني بالدرجة الأولى وواقع الحياة العملية بفعل التطور الحاصل في المجتمع وذهنيات أفراده بالدرجة الثانية، ليصبح إدراكه مسألة مهمة حتى في ظل السير غير الطبيعي السلس للعلاقات الأسرية، تماما كما هو الشأن في الحضانة.

ذلك أنه وإن انسحبت صلة الزوجية من دائرة تلك العلاقات فإن صلة القرابة يضلها نبضها دائم، خاصة وأن أطرافا ضعيفة لا تزال تتخلل تلك الصلة، إذ أن حمايتها مقصد عريض من مقاصد تشريع الأسرة قانونا وشرعا.

من هنا يتطلع هذا البحث لمعالجة موضوع الحضانة كآلية للاستقرار الأسري من زاوية قانونية شرعية بالنظر لطبيعة مصدرها المادي، من خلال الوقوف على مختلف الملابسات التي تشكل إطارها القانوني العام في التشريعات المغاربية (التونسي والمغربي والجزائري).

سعيا لبلوغ أهداف هذه الدراسة ينبغي الانطلاق من إشكالية محورية يُعَبَر عليها من خلال السؤال التالي:**إلى أي مدى تمكنت التشريعات المغاربية من بلوغ مقصد الاستقرار الأسري من خلال ضبطها لأحكام الحضانة تَقَيُّداً بالإطار الشرعي الناظم لها؟**

تجسيد هاته الإشكالية يتطلب صياغة فرضيات تحمل دلالات تعبر عنها ولو في شكل حلول مؤقتة، إذ أن للحضانة مدلولها في أصل الوضع اللغوي وقد يستقيم معناها بذلك مع المعنى الاصطلاحي، كما قد يتباين إذا وُضع في ميزان الشرع والقانون، ونفس المقاربة تثار بالنسبة لشروط ممارسة الحضانة وكذا توابعها سواء ظهرت في شكل آثار أو مقتضيات تحيط بها.

لمعالجة هاته الفرضيات وسعيا للإجابة على إشكالية هذا الموضوع ستعتمد دراسة الحال على المنهج المقارن، من خلال جعل الأحكام القانونية النابعة من التشريعات المغاربية والأحكام الشرعية النابعة من جوهر الكتب الفقهية حدود معادلة المقارنة، مع توظيف المنهج الوصفي وقوفا على الجانب التشخيصي المفاهيمي لبعض عناصر هذا الموضوع، وقد تم تقسيمه إلى مبحثين خصص الأول لمقتضيات قيام الحضانة والثاني لتوابع الحضانة.

المبحث الأول:مقتضيات قيام الحضانة

إن الحضانة بوجه عام تعني الإشراف على المحضون في كل شؤونه المادية والمعنوية، غير أنه يجب دراسة تلك المرتكزات الأساسية التي بموجبها تقوم الحضانة قانونا ويتضح ذلك من خلال بيان أصحاب الحق في ممارسة الحضانة، وكذا الشروط اللازمة لممارستها، وذلك من خلال تخصيص مطلبين لكل منهما.

المطلب الأول:أصحاب الحق في ممارسة الحضانة

يكون من الحصيف بيان المقصود بالحضانة في الفرع الأول، قبل التطرق بالطرح لأصحاب الحق في ممارستها في الفرع الثاني.

الفرع الأول:تعريف الحضانة

إن للحضانة معناً ثابت في أصل الوضع اللغوي، وكذا معناً اصطلاحي يطفوا إلى السطح في هذا السياق، وهو ما سيعنى بالشرح والبيان في نقطتين على التوالي.

أولا–التعريف اللغوي للحضانة:

لقد عُرِّفت الحضانة لغة في عدة معاجم، وهي وإن اختلفت في أسلوب التعريف فإنها لم تحِد على مقصودها الجوهري، ويأخذ على سبيل المثال، معجم لسان العرب ومعجم مقاييس اللغة.

1–الحضانة في لسان العرب:

جاء في لسان العرب "الحُضن" ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها وفي الحديث : أنه خرج محتضنا أحد ابني ابنته أي حاملا له في حضنه[1].

2-الحضانة في مقاييس اللغة:

ومن بين ما ورد في شأن تعريف الحضانة في معجم مقاييس اللغة ما يلي: "الحاء والضاد والنون، أصل واحد يقاس وهو حفظ الشيء وصيانته، فالحُضن مادون الإبط إلى الكشح، يقال احتضنت الشيء، جعلته في حضني[2].

ثانيا-التعريف الاصطلاحي للحضانة:

لقد عرّف التشريع الحضانة، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية كان لهم موقفهم في هذا المجال.

1-تعريف الحضانة في الاصطلاح التشريعي:

إن دور المشرع هو وضع الأحكام وليس التعريف، والمشرع إذا عرف مسألة من المسائل فالأكيد أن سبب ذلك هو أهمية المسألة المعنية بالتعريف، ولقد عرّفت التشريعات المغاربية الحضانة بتعريفات متباينة.

إذ أن المشرع التونسي نظمها في الكتاب الخامس تحت تسمية "الحضانة"، ابتداء من المادة 54 إلى غاية المادة 67 من المجلة، والملاحظ أن المشرع التونسي لم يعتبر الحضانة أثر من آثار فك الرابطة الزوجية، وإنما اعتبرها مستقلة عنها مثل النفقة والعدة وحتى الزواج أو مثلما سماه المشرع التونسي بالمراكنة، أما بخصوص تعريف الحضانة فقد عرفها كما يلي:"الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"[3].

أما المشرع المغربي فقد نظَّم أحكام الحضانة في مدونة الأسرة وذلك في القسم الثاني من الكتاب الثالث الذي حمل عنوان الولادة ونتائجها من المادة 163 إلى غاية المادة 186، والملاحظ أن المشرع المغربي اعتبر الحضانة أثر من اثار الولادة وليس اثر لفك الرابطة الزوجية، ورغم ذلك فإنه كان جد موفقا في طرحه لأحكام الحضانة مقارنة بالمشرعين التونسي والجزائري، حيث أنه قسمه إلى أربعة أبواب، الباب الأول تحت عنوان "أحكام عامة"، الباب الثاني تحت عنوان "مستحقو الحضانة وتربيتهم"، الباب الثالث "شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها" أما الباب الرابع فحمل عنوان"زيارة المحضون"، أما بالنسبة لتعريف الحضانة فهي كما يلي: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه"[4].

أما المشرع الجزائري فقد نظّم الحضانة في قانون الأسرة تحت أحكام الفصل الثاني الذي يحمل عنوان "آثار الطلاق"، من الباب الثاني الذي عنوانه انحلال الزواج"، ابتداء من المادة 62 حتى المادة 72، وقد منح المشرع الجزائري للحضانة التعريف التالي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[5].

2-تعريف الحضانة في الاصطلاح الشرعي:

تعددت تعريفات الحضانة الاصطلاحية عند أصحاب المذاهب المختلفة، لكن هذا التعدد لم يؤثر على اتفاق هذه المذاهب على المعنى العام للحضانة، إذ عرَّفها فقهاء المالكية بأنها حفظ الولد والقيام بمصالحه[6].

وفي تعريف آخر عندهم هي حفظ الولد والقيام بمؤنته ومصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ أو يدخل بزوجته[7]، أما فقهاء الحنفية فقد عرَّفوا الحضانة بأنها: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"[8].

من ناحية أخرى فقد عرَّف الشافعية الحضانة بأنها: "القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عمّا يؤذيه"[9]، وفي تعريف مفسر آخر قالوا بأنها القيام بحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون وتربيته[10]، أما الحنابلة فقد عرّفوا الحضانة بأنها حفظ الصغير ونحوه عمّا يضره، وتربيته بعمل مصالحه[11].

ويُلاحظ أن الشافعية والحنابلة قد توسعوا في تعريفهم للحضانة لتشمل بالإضافة إلى الصغار الكبار العاجزين عن القيام بشؤونهم، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهبين المالكي والحنفي في تعريفه للحضانة.

كما تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يطلقون على الحضانة تسمية "الوَلاية" والمقصود بالوَلاية على الطفل هي القيام بأمر الطفل وتلبية احتياجاته كافة وتربيته، والولاية تثبت على المولود الضعيف لأنه يحتاج إلى من يقوم على غذائه وفراشه ولباسه يغذيه وينميه ويلبسه، كما يحتاج عندئذ إلى من يحميه ويرعاه، وإذا كانت أمه توليه بعنايتها داخل المنزل فأبوه يوليه بحمايته وعطفه ورعايته داخل المنزل وخارجه.

فالولاية عند الفقهاء تتداخل مع الحضانة التي يسميها الفقهاء (ولاية التربية الأولى) التي تقوم بها الأم، فهي التي تقوم على شئون وليدها منذ أن ينزل من بطنها، وهي التي تحضنه لأنها امتداد لأصل خلقه وتكوينه وتغذيته وتفيض عليه من حنانها وعطفها,حيث يكون في هذه المرحلة في رعاية أمه[12].

الفرع الثاني:مراتب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة

لقد جعل القانون مراتب ودرجات معينة لمن يمارس حق الحضانة، كما أن الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة له موقفه من المسألة.

أولا–مراتب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة في التشريع:

لقد جعل كل من المشرع التونسي والمغربي أحكاما معينة لمن له الحق في ممارسة الحضانة، ونفس الشئ بالنسبة للمشرع الجزائري، مع تبيان مراتب تلك الممارسة.

1–مراتب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة عند المشرع التونسي والمغربي:

إن المطلع على مجلة الأحوال الشخصية التونسية، يستشف أن المشرع التونسي لم يكن واضحا في تبيان من له الحق في ممارسة الحضانة، ومراتب هذه الممارسة، ومحدودية الترتيب أحيانا ويظهر ذلك من خلال النصوص التالية: "إذا امتنعت **الحاضنة** من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها "، "الحضانة من حقوق **الأبوين** ما دامت الزوجية مستمرّة بينهما"، "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيّا من الأبوين وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان

بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى **غيرهما** وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون...."[13].

كما جاء في أحكام المجلة المعدلة أنه: "إذا توفي أحد والدي المحضون فلجدّيه ممارسة حق الزيارة ويراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون ويبت في طلب الزيارة طبقا للإجراءات المقررة بالفصل المتقدم"[14].

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد كان أكثر دقة ووضوح في تبيان من لهم الحق في ممارسة الحضانة ويتضح ذلك مما جاء في المدونة وفق ما يلي:"الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت علاقة الزوجية قائمة، "إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة لتقرر من تراه صالح من أقارب المحضون أو غيرهم وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك"[15].

أما بالنسبة لمراتب أصحاب الحق في الحضانة قد خصص المشرع المغربي بابا ثانيا بعنوان: "مستحقي الحضانة وترتيبهم"، ومن بين ما جاء ضمن أحكام هذا الباب ما يلي:"تخول الحضانة للأم ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناءا على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية مع جعل سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة "[16].

2-مراتب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة عند المشرع الجزائري:

لقد كان المشرع الجزائري ينص في قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي:"**الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك** وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[17]؛ بمعنى أن أصحاب الحق في الحضانة كانوا ا في السابق مرتبين كما يلي:**الأم، الجدة لأم، الخالة أي أخت الأم، الأب الجدة لأب، ثم بقية الأقارب.**

أما حاليا فأصبح المشرع ينص على أنه : "**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**، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[18]، بمعنى أن الترتيب الحالي لأصحاب الحق في ممارسة الحضانة أصبح كما يلي:**الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة أي أخت الأم، العمة أي أخت الأب، الأقربون درجة**، وعند انعدامهم فالمشرع أخذ بمبدأ، أن **القاضي ولي من لا ولي له.**

يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن أصحاب الحق في الحضانة وفقا للقانون عديدون ولهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة والقانون أيضا، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة فدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم، ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون، لذلك من الضروري بحث المسألة في الشريعة.

ثانيا-مراتب أصحاب الحق في ممارسة الحضانة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

اختلف الفقهاء في ذلك خلافاً واسعاً متشعباً مبسوطاً في المراجع الفقهية، ونكتفي بالإشارة إلى بعض هذه الأقوال الفقهية، حيث يجعل الفقهاء الحضانة للعصبات بدءً بالأصول ومنع الفقهاء الحضانة عن الفروع، حيث يستحيل

أن يكون هؤلاء أولياء للطفل فليس له فروع[19]، وعموما جعل الفقهاء الأصل في حضانة الصغار ذكورا أو إناثا أنها للنساء؛ لأنهن أرفق وأشفق وأهدى إلى تربية الصغار وأصبر على القيام بأمورهم، فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال.

وأول من يستحق حضانة الطفل أمه، فهي أحق من غيرها بحضانة طفلها، قال إبن قدامى في هذا الشأن:"وهذا قول يحي الأنصاري والزهري، والثوري ومالك والشافعي، وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم أحدا خالفهم"[20]، وقال إبن القيم: "ودلّ الحديث على أنه إذا قدمه الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق به من الأب ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها"، ودليل ذلك ما روي: "أن امرأة قالت يا رسول الله :إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"أنت أحق به إن لم تنكحي"[21].

ولأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه حكم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعاصم ابنه لأمه أم عاصم، وقال: "ريحها وشمها ولطفها خير له منك حتى يشّب ويختار لنفسه"[22].

وعلى وجه الخصوص اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في ترتيب القرابة لأصحاب الحضانة على النحو الآتي:

1-عند الأحناف والمالكية:

بالنسبة للأحناف فإنه يلي الأم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم الخالة، في رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية أخرى أن الخالة مقدمة على الأخت لأب، واختار هذه الرواية محمد وزفر.

وتقدم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم الخالة لأم بالنسبة للأم والتي هي الأخت الشقيقة لأم الأم، ثم أخت أم الأم لأمها، ثم أختها لأبيها، ثم خالة الأب فتقدم خالة الأب التي هي الأخت الشقيقة لأم الأب، ثم أخت أم الأب لأمها، ثم أختها لأبيها، ثم عمة الأم التي هي أخت أب الأم الشقيقة، ثم أخته لأمه ثم أخته لأبيه، ثم عمة الأب التي هي أخت أب الأب الشقيقة ثم أخت أب الأب لأمه، ثم أخته لأبيه، فإن لم يكن للولد الصغير امرأة من محارمه النساء فالحضانة للعصبات على حسب ترتيبهم في الإرث[23].

أما عند المالكية فإنه إن لم توجد أم المحضون فالحضانة لأم الأم، ثم أم الأب، ثم خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم أم أب المحضون، ثم أب المحضون، ثم أخت المحضون، ثم عمته ثم عمة أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، فإن لم يوجد أحد ممن ذكر فتثبت الحضانة للوصي الشامل للذكر والأنثى، ثم لأخ المحضون، ثم للجد من جهة الأب الأقرب فالأقرب، ثم ابن أخ المحضون، ثم العم، ثم إبنه، فإن لم يوجد أحد ممن ذكر فالحضانة للمعتق عصبته، ويشترط دائما في الحاضن الذكر أن يكون محرما للمحضون[24].

2-عند الشافعية والحنابلة:

إن لم توجد الأم فإن القريبات من المحارم عند الشافعية هن: الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ ثم العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي والحنفي.

أما الحنابلة فيرتبون القريبات الحاضنات بدءا بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، فالخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، فالعمة، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه ولا حضانة لعمات الأم مع عمات الأب لأنهن يدلين بأبي أم وهو من ذوي الأرحا، وعمات الأب يدلين بالأب وهو من أقرب العصبات، ثم أخواته، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه[25].

المطلب الثاني:الشروط اللازمة لممارسة الحضانة

بعدما تم الوقوف على مقصود الحضانة في جوهرها وكذا التعرف على أصحاب الحق في ممارستها، سيتم بيان الشروط الواجب توافرها لممارسة الحضانة، ويتراوح ذلك في الحقيقة بين النص التشريعي والأصل الشرعي على حد موافق أهل الفقه.

الفرع الأول:شروط ممارسة الحضانة في التشريع

اشترط كل من المشرع التونسي والمغربي شروطا معينة في من يمارس الحضانة، نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري، وهو ما سيعنى بالشرح والبيان في نقطتين على التوالي.

أولا-شروط ممارسة الحضانة عند المشرع التونسي والمشرع المغربي:

لكل من المشرع التونسي والمغربي موقف من هاته الشروط، فينبغي حينئذ تخصيص نقطة مستقلة لكل منهما حتى تكون الصورة أكثر جلاء.

1-شروط ممارسة الحضانة عند المشرع التونسي:

بيّن ذلك المشرع التونسي بلباقة عندما نص في مجلة الأحوال الشخصية على أنه:"يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرّما للمحضون أو وليّا له أو يسكت من له الحضانة مدّة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنّها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في ان واحد، كما نص على أنه:"إذا كانت مستحّقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يُتِّم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه، ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة[26].

2-شروط ممارسة الحضانة عند المشرع المغربي:

جاء في المدونة المغربية للأسرة ما يلي:"شروط الحاضن:-الرشد القانوني لغير الأبوين، الاستقامة والأمانة القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه، عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده، إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضر بالمحضون، سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه"[27].

ثانيا-شروط ممارسة الحضانة عند المشرع الجزائري:

لم يصرح المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلا بشرط واحد ووحيد في من يمارس الحضانة وذلك حينما نص على أنه:"...ويشترط في الحاضن أن يكون **أهلا** للقيام بذلك"[28].

من هنا قد يتساءل سائل حول نوع الأهلية التي اشترطها المشرع، هل هي الأهلية الواردة في القانون المدني التي مفادها أن من بلغ سن الرشد وكان متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية[29]، أم الأهلية بمعناها الفقهي العام التي تعني القدرة والمكنة والاستطاعة، في نفس الوقت قد يتساءل سائل حول بقية الشروط غير الأهلية؟ في غياب النص الصريح يجب الاستناد إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل في حالة غياب النص إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:شروط ممارسة الحضانة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة في شروط ممارسة الحضانة، بين الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة.

أولا- شروط ممارسة الحضانة عند الحنفية والمالكية:

اتفق فقهاء الحنفية على شروط محددة ينبغي توافرها لثبوت حق ممارسة الحضانة، ونفس الشيء بالنسبة الفقهاء المالكية.

1-بالنسبة للحنفية:

اتفق الأحناف أنه يشترط في الحضانة عدة أمور منها:

-أن لا ترتد الحاضنة فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة فإن تابت رجع لها حقها.

-أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة، أو كانت محترفة حرفة دنيئة كالرقص فإن حقها يسقط.

-أن لا تتزوج غير أبيه (والد الصغير) فإن تزوجت سقط حقها، إلا أن يكون زوجها رحمًا للصغير، كأن يكون عمًا له، فإن تزوجت أجنبيا سقط حقها فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة.

-أن لا تترك الصبي بدون مراقبة، خاصة إذا كانت أنثى تحتاج إلى الرعاية، فإن كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طوال الوقت وتهمل في تربية صغيرتها، فإن حقها يسقط بذلك.

-أن لا يكون الاب معسرا وامتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة، وقالت عمته أنا أربيه بغير أجرة فإن لها ذلك ويسقط حق أمه في الحضانة.

-أن لا تكون أَمَةً، فإنه لا حضانة لها ولا يُشترط الإسلام؛ فالذمية لها حق حضانة وليدها، كما أجمعوا على ضرورة العقل في الحضانة[30].

2-المالكية:

اتفق المالكية على الشروط التالية وهي:

-العقل، فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق بعض الأحيان ولا لمن به خفة عقل أو طيش.

-القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة للعاجز كامرأة بلغت سن الشيخوخة، أو رجلا هرما، إلا أن يكون عندها ما يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما ومثلهما الأعمى والأخرس والأصم والمريض والمقعد.

-أن يكون للحاضن مكان يمكن حفظ البنت فيه، فإذا كان في جهة غير مأمونة فإن حضانته تسقط.

-الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق يشرب الخمر ومشتهر بالزنا وغير ذلك.

-ألا يكون الحاضن مصابا بمرض معدي يخشى على الطفل منه.

-أن يكون رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال الصغير إن كان له مال.

-الخلو من زوج دخل بها إلا إذا تزوجت بمحرم أو علم من له حق الحضانة بعدها بتزوجها وسكت مدة عام بلا عذر فإن حضانته تسقط بذلك.

ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلما ذكرا كان أو أنثى، فإن خيف على الولد ضمت حضانتها إلى المسلمين ليراقبوه ولا ينزع منه الولد، وإن كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون عنده من يحضن من الإناث ولا يستطيع أن يحضن غير محرم بنتا مطيقة للوطء[31].

ثانيا-شروط ممارسة الحضانة عند فقهاء الشافعية والحنابلة:

اتفق الشافعية والحنابلة على الشروط التالية:

1-الشافعية:

اتفق الشافعية على عدة شروط منها:

-أن يكون الحاضن عاقلا فلا حضانة للمجنون، إلا إذا كان جنونه قليلا نادرا، كيوم واحد في السنة كلها.

-الحرية، فلا حضانة لرقيق

-الإسلام، فلا حضانة لكافر على مسلم، أما حضانة الكافر للكافر والمسلم للكافر فهي ثابتة.

-العفة، فلا حضانة لفاسق ولو تارك صلاة أو تاركة صلاة.

-الأمانة فلا حضانة لخائن في أمر من أموره.

-شرط الإقامة في بلد المحضون، إذا كان مميزا.

-أن لا تكون الحاضنة أم الصغير متزوجة بغير محرم فإن تزوجت بمحرم كعمه فلا تسقط حضانتها[32].

2-الحنابلة:

كانت شروط الحضانة عند الحنابلة كما يلي:

-أن يكون الحاضن عاقلا، فلا حضانة لمجنون.

-أن لا يكون رقيقا، وجوب حريته.

-أن لا يكون عاجزا كأعمى لعدم حصول المقصود به ومثل الأعمى ضعيف البصر.

-أن لا يكون أبرص، أجزم، وإلا سقط حقه في الحضانة.

-أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي عن الطفل، فإن كان غير أجنبي كجده وقريبه فإن لها الحضانة[33].

والخلاصة أن اختلاف المذاهب حول تحديد الشروط لم يكن إلا لدافع واحد وهو حماية الطفل ورعايته وتوفير السبل التي من شأنها أن تنشأ تنشئة صحيحة تحقيقا لمقتضى عام لا يخرج على مقصد الاستقرار الأسري[34].

المبحث الثاني:توابع الحضانة

إذا توافرت مقتضيات الحضانة المقررة قانونا والثابتة شرعا لاسيما الشروط الواجب توافرها في مستحقي الحضانة مع مراعاة الترتيب اللازم، يترتب على الحضانة توابع من وجهة نظر قانونية نابعة من أصول شرعية فقهية يثبت في إطارها مقصد الاستقرار الأسري، سواء بالنسبة للآثار التي تنتج عن الحضانة أو الحالات التي ينبغي معها وضع حد للحضانة مراعاة لمصلحة أطراف العلاقة القانونية تحقيقا لمقصد الاستقرار دائما.

المطلب الأول:آثار القانونية المترتبة عن الحضانة

بعد حدوث المفارقة بين الزوجين، فالأكيد أن الحضانة سيتم إسنادها إلى أحد الطرفين، بتوافر الشروط السابق ذكرها، ومن ثمة ترتب الحضانة آثارها المتمثلة في الحقوق والالتزامات لكل من المحضون له والحاضن، مع العلم أن حقوق كل منهما هي التزامات للطرف الآخر، وعلى هذا الأساس سيتم بحث التزامات المحضون له، والتزامات الحاضن في فرعين مستقلين.

الفرع الأول:التزامات المحضون له

تتمثل التزامات المحضون له الذي عادة يكون الأب في الالتزام بالنفقة الذي يمتد إلى ما بعد فك الرابطة الزوجية، والالتزام بتوفير مسكن لممارسة الحضانة باعتباره أبرز حق يجسد بحق أحد علامات الاستقرار الأسري.

أولا- الالتزام بالنفقة:

أبان القانون من خلال التشريعات المغاربية على أحكام معينة تتعلق بالالتزام بالنفقة،كما أن الفقه الشرعية على المذاهب الأربعة أبان على حقيقة في هذا المجال تحتاج إلى من يجلوها.

1-الالتزام بالنفقة في التشريع:

بالنسبة للمشرع التونسي بيَّن حكم هذا الالتزام في إطار أحكام مجلة الأحوال الشخصية التي ورد فيها ما يلي: "مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون..."[35].

الواضح أن المشرع التونسي جعل القاعدة العامة في الالتزام بالنفقة، أنها تقع على عاتق المحضون نفسه إذا كان له مال، وفي حالة عدم وجود ذلك تقع على الأب.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص على ما يلي:"أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة، لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية أو في عدة من طلاق رجعي"[36].

واضح أن المشرع المغربي يميز بين نفقة الحضانة التي تجب على المحضون له، والنفقة العامة الملقاة على عاتقه، وكأنه أراد أن يجعل للمحضون مركز من النفقة يختلف على مركزه وهو بين والديه قبل الفراق.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فإن الغريب في الأمر أنه لم ينص في قانون الأسرة ضمن أحكام الحضانة على التزام المحضون له بالنفقة، ومن ثمة يفهم ضمنيا، أن هذا الالتزام يخضع لأحكام النفقة المقررة كالتزام طبيعي في ظل سريان الرابطة الزوجية، إذ تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[37].

لقد جعل المشرع للعرف والعادة مناط في هذا المقام لأنه قد يُضم إلى النفقة حسب العرف والعادة أمورا غير الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وهذه الأمور تختلف حسب الأفراد والمناطق والمشرع الجزائري عندما اعتبر العرف كان على صواب لكي لا يحصر النفقة في ما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل كل ما من شأنه أن ينصب مصلحة المحضون.

وباعتبار النفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل، لأنها تصون حياته وتوفر له الحماية والرعاية فقد أدخلها المشرع من باب اللزوم، وهو ما يتضح من فحوى النص: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عليها بالكسب"، كما أنه:"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[38].

وبالتالي نفقة الولد المحضون تخضع للقاعدة المبينة في نص المادة 75 أعلاه بمعنى تجب على الأب المحضون له وبالنسبة الذكر المحضون إلى حين بلوغه سن الرشد والأنثى إلى حين زواجها والدخول بها بعد الزواج، كما أنه إذا كان للمحضون مال ينفق به على نفسه فلا تجب النفقة حينئذ على أبيه، وفي حالة عجز هذا الأخير ينتقل الالتزام إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك.

أما إذ ثبت عجز الأم هي الأخرى، فيمكن أن يجبر الضرر للمحضون وينفذ الالتزام الملقى أصلا على المحضون له واستثناء على الحاضن، عن طريق ما يسمى بصندوق النفقة، باعتباره آلية مستحدثة من بين اهم مقاصدها الكبرى تحقيق الاستقرار الأسري.

إذ تثبت الاستفادة من احكام صندوق النفقة إذا تعذر التنفيذ الكلي او الجزئي للأمر أو الحكم القضائي الذي يلزم المحضون له بالنفقة وذلك بسبب امتناعه أو عجزه أو عدم معرفة محل اقامته[39].

2-الالتزام بالنفقة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

هناك من المسائل ما أتفق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص النفقة، وهناك المختلف حوله، إذ اتفقوا على وجوبية النفقة واستدلوا على ذلك من القران والسنة والإجماع، فمن القران بدليل قوله تعالى: ﴿...وَإِنْ كُنّ أُولاَتِ أَحمَالٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَ حَتَى يَضَعْنَ حَمْلَهنَ...﴾[40].

أما من السنة النبوية الشريفة فمما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترميذي:"أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة بن ربيعة امرأة أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف"[41]، وأما من الإجماع فقد قال ابن المنذر : "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم".

من ناحية ثانية فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول متى يكون الرجل مدينا بالنفقة فالحنفية يرون أن النفقة الواجبة للزوجة تثبت إذا لم يؤدها الزوج لها مع وجوبها، وقد لا تكون دينا عليه أصلا وقد تكون دينا ضعيفا وقد تكون دينا صحيحا، أما الشافعية والحنابلة فيعتبرون النفقة الواجبة على الزوج دينا عليه، وهو ملزم بتأديتها متى طالبت بها الزوجة، سواء طالت المدة أو قصرت[42].

في حين أن المالكية يعتبرون النفقة واجبة، بشرطين العقد والتمكين من الاستمتاع على المشهور في المذهب، فلا تجب النفقة في حالة النشوز عندهم[43].

ثانيا-الالتزام بتوفير مسكن لممارسة الحضانة:

على غرار سابقه من الالتزام، فإن للالتزام بتوفير مسكن لممارسة الحضانة أحكامه الخاصة من الناحية التشريعية، ومن الناحية الشرعية وهو ما سيعنى بالشرح والبيان في نقطتين على التوالي.

1-الالتزام بتوفير المسكن في التشريع:

نص المشرع التونسي في شأن هذا الالتزام على أنه:"....وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون...ويترتب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجبه، وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب، وعند إلزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار، ولا يحول حق البقاء الممنوح للحاضنة ومحضونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون إمكانية التفويت فيه بعوض أو بدونه أو رهنه شريطة التنصيص على هذا الحق بسند التفويت أو الرهن، ويمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكنى الحاضنة إن طرأ تغيير في الظروف والأحوال وتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقا لإجراءات القضاء ألاستعجالي وعليها عند البت في ذلك تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون، وتبقى القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة بخصوص سكنى الحاضنة ومحضونها قابلة للمراجعة طبقا للإجراءات المقررة لها" [44].

الأصل أن يوفر لها مسكن لممارسة الحضانة إذا لم تكن تملك مسكنا، وإلا يسكنها في مسكن يملكه شريطة دفع بدل الإيجار حسب إمكانيات الأب وما يقضي به العرف، ولا يحول ذلك دون تمكين الأب المحضون له من التصرف في المسكن الذي يملكه بالبيع أو غيره، ويمكن للقضاء مراجعة الحكم المتعلق بسكن الحضانة عينا كان أو أي شكل بدل إيجار إذا ما طرأت ظروف معينة يرى القاضي معها وجوب المراجعة تحقيقا لمصلحة المحضون.

أما المشرع المغربي فقد نص في شأن هذا الالتزام على ما يلي:"تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها على النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما، يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه..."[45].

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو المشرع المغربي، إذ أنه اعتبر أن الأصل هو إلزام المحضون له بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، والاستثناء هو دفع بدل الإيجار، فالمهم توفير مسكن يسهل الرعاية والتربية في ظروف ملائمة[46].

ويتضح ذلك مما جاء في النص:"في حالة الحكم بالطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار..."[47]، ويلزم الأب بدفع بدل إيجار السكن بغض النظر عن صفة الحاضنة، سواء كانت أما أو غيرها ممن يستحقونها، كونها ممثلة قانونية للطفل المحضون في استحقاق تلك الأجرة[48].

2-الالتزام بتوفير مسكن الحضانة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

المشهور عند فقهاء المالكية أن السكن واجب على الأب فيما يخص المحضون ما لم يكن لهذا الأخير مال والحاضنة، إذا لم يكن لها مسكن، وعلة هذا الوجوب أن السكن من النفقة، فتجب على من تجب عليه النفقة بالأصل وهو الأب بحسب الحال والظرف، وهو ما يتضح مما ورد في الشرح:[والسكنى أي بالاجتهاد كما قال الشيخ، أي فيما يخصها ويخص الولد، فما يخص الولد ففي ماله او على أبيه، وما يخصها فعليها، قال المتيطي فيما يلزم الأب للولد:وكذا يلزمه الكراء لمسكنه هذا هو القول المشهور المعمول به في المذكور في المدونة وغيرها، سحنون :ويكون عليه من الكراء على قدر ما يجتهد وقال يحي بن عمر:السكنى على قدر الجماجم، وقال في التوضيح:إن السكنى على الأب وهو مذهب المدونة خلافا لابن وهب، وقوله "والسكنى أي بالاجتهاد" أي فيما يخص الطفل وما يخصها][49].

والظاهر أن ذلك هو المختار مما اتفق عليه فقهاء الحنفية ومما أجمع عليه جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة، إذ تجب أجرة السكن على الأب للصغير وللحاضن وحتى للخادم إذا احتاج الصغير إليه[50].

الفرع الثاني: التزامات الحاضن

في مقابل الالتزامات المفروضة على المحضون له، تفرض التزامات على الحاضن، تتراوح في مجملها بين نوعين من الالتزامات، الالتزام بالتمكين من الزيارة والالتزام برقابة المحضون، وذلك ما سيتم تناوله في نقطتين.

أولا-الالتزام بتمكين المحضون له من الزيارة:

يكون من اللائق بحث جوهر هذا الالتزام في صلب النصوص التشريعية للدول المغربية، وكذا في أصل الأحكام الشرعية على ضوء مواقف أهل الفقه.

1-الالتزام بالتمكين من الزيارة في التشريع:

بالنسبة للمشرع التونسي فقد ضبط أحكام هذا الالتزام عندما نص صراحة ما يلي: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهّده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه، ويبت قاضي الأسرة في طلب ممارسة حق الزيارة طبقا للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل "، كما أكد على أنه:"إذا توفي أحد والدي المحضون فلجدّيه ممارسة حق الزيارة ويراعي قاضي الأسرة في ذلك مصلحة المحضون، ويبت في طلب الزيارة طبقا للإجراءات المقررة بالفصل المتقدم"[51].

أما المشرع المغربي فقد نظم الالتزام بالزيارة في الباب الرابع ابتداء من المادة 180 إلى غاية المادة 186 ومما جاء في هذه المواد ما يلي:"لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستزارة المحضون"، كما ورد ما يلي:"يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة "، "وفي حال عدم اتفاق الأبوين تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة، وتضبط الوقت والمكان ..."[52].

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد نص على هذا الالتزام في إطار نصه على الالزام بتوفير مسكن الحضانة وذلك وفقا للصيغة التالية:"...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[53].

فلما كانت الحضانة رابطة معنوية تكون الأم من حيث الأصل ملزمة بها، فلا شك أن الرعاية والإشراف والمشاهدة من أهم المسائل المعنوية التي يتوجب على الأم عدم حرمان الولد منه، وعليه فليس لها منع الأب من أداء هاته الواجبات المعنوية التي بعاتقه تجاه ابنه والتي تشكل حقا له تجاه طليقته، وتدق هاته المسألة مع وجود الفرقة فتكون أكثر أهمية للطفل، فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من مصلحة للصغير[54].

2-الالتزام بالتمكين من الزيارة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

يرى المالكية أن للأم زيارة أولادها الصغار كل يوم مرة، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ هذه السن، فله زيارة ولده من فترة لأخرى[55].

بينما قال الحنفية إذا كان الولد عند الحاضنة فلأبيه حق رؤيته بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة، أو لانتهاء مدة الحضانة فلأمه رؤيته بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم والحد الأقصى كل أسبوع مرة، هذا إذا لم يبلغ سن البلوغ، أما إذا بلغ فيمنح له الخيار بين أبويه وإن أراد منعهما والانفراد فله ذلك[56].

ويرى الشافعية أن الولد إذا اختار أبوه حاضنه فلأمه حق الزيارة فلا يمنعها الأب منها لئلا يكون قاطعا للرحم ولا يمنعه من زيارتها لئلا يكلفها الخروج لزيارته، ومدة الزيارة مرة في العادة لا كل يوم، أما إذا اختار أمه فيمكث عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه دينا ودنيا وإذا كان الولد أنثى فتمكث عند أمها ليلا ونهارا وللأب حق زيارتها على العادة ولا يطلب إحضارها إليه، أما إذا اختارهما الولد معا فتجرى القرعة بينهما وإن لم يختر فالأم أولى بحضانته وللأب حقً بزيارته[57].

وقال الحنابلة مثل قول الشافعية إذا اختار الولد أباه كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمريضه إذا مرض، وإن اختارها كان عندها ليلاً، وعند أبيه نهاراً ليؤدبه ويعلمه[58].

ثانيا–الالتزام بالرقابة:

يقع على عاتق الحاضن التزام قانوني مدني، يسمى الالتزام بالرقابة، يتضح جوهره بالرجوع لأحكام القانون المدني، وليأخذ القانون المدني الجزائري كنموذج في هذا السياق، حيث أنه تلتزم الأم الحاضنة برقابة الولد المحضون، باذلة في ذلك عناية الرجل الحريص، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام تترتب في ذمتها مسؤولية مدنية.

1–أساس قيام الالتزام بالرقابة:

تقوم مسؤولية الأم الحاضنة على أساس المسؤولية على فعل الغير، والخطأ فيه مفترض، وذلك طبقا لما جاء ضمن أحكام القانون المدني الجزائري التي تضمنت النص على ما يلي:"كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير فعله الضار..." [59]، ولما كان الحاضن (الأم أولى بالحضانة) ملتزما قانونا برقابة المحضون، من خلال تربيته وتوجيه سلوكه حتى لا يسبب أضرارا للغير، فإن الاخلال بذلك يوجب قيام المسؤولية[60].

2–شروط قيام مسؤولية الأم الحاضنة:

يشترط توافر أركان المسؤولية التقصيرية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فبالنسبة للخطأ فيشترط فيه أن يصدر بإهمال من الأم الحاضنة في التزامها برقابة للمحضون، وأن يترتب على ذلك إلحاق ضرر من المحضون للغير، والضرر يجب أن يكون مؤكد ومحقق ومباشر أي مس بحق مشروع للغير، أما العلاقة السببية فتكون مفترضة فإذا ثبت وجود الخطأ التقصيري من جانب الأم الحاضنة وثبت تحقق الضرر، فالعلاقة السببية هنا تكون مفترضة.

يتمثل الأثر القانوني المترتب على قيام مسؤولية الأم الحاضنة في التعويض الذي يكون عينيا أو ما يقوم مقامه، وأجاز المشرع الجزائري التعويض على الضرر المادي أو على الضرر المعنوي، مع الإشارة إلى أن الأم الحاضنة يمكنها أن تتخلص من المسؤولية إذا أثبتت أنها قامت بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو تم القيام بهذا الواجب بما يلزم من العناية[61].

المطلب الثاني:انقضاء الحضانة

تنقضي الحضانة إما بانتهاء مدتها أو بسقوطها إذا توافرت موجبات لذلك، وهو ما سيتم بحثه في فرعين على التوالي.

الفرع الأول:انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها

سيتم بحث هاته المسألة من الناحية القانونية وفقا لما هو ثابت في التشريعات المغاربية، وكذا من الناحية الشرعية وفقا لما ذهب إليه اهل الفقه.

أولا–انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها في التشريع:

تم ضبط هاته المسألة من الناحية القانونية في مختلف التشريعات المغربية، سواء بالنسبة للمشرع التونسي والمغربي، أو بالنسبة للمشرع الجزائري.

1–انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها عند المشرع التونسي والمغربي:

من خلال تفحص النصوص المنظمة لأحكام الحضانة في إطار مجلة الأحوال الشخصية التونسية لا يظهر أي نص يتحدث على نهاية الحضانة ببلوغ المحضون سن معينة تحقيقا لمقتضى الانتهاء بالمدة.

أما المشرع المغربي فقد نص في خصوص هاته المسألة على ما يلي:"تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد السواء بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشر أن يختار من يحضنه من أبيه وأمه وفي حالة عدم وجودهما يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده شريطة ألا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي وفي حالة عدم الموافقة يرفع الأمر إلى القاضي ليبت وفق مصلحة القاصر"[62].

مع العلم أن سن الرشد القانوني عند المشرع المغربي محدد بثمانية عشرة سنة كاملة، ويتضح ذلك مما ورد عنده وفقا للنص التالي:"سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"[63].

2–انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها عند المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في هذا المقام على ما يلي:"تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 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"[64].

يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد حدد سن انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات، أما بالنسبة للأنثى فببلوغها سن الزواج، وبالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة فقد حدد المشرع الجزائري سن زواج المرأة بـ 19 سنة.

السؤال المطروح بالنسبة لمدة حضانة الأنثى، لماذا ربطه المشرع بسن الزواج أي 19 سنة، ولم يجعله مقترن بالدخول بعد الزواج؟ كما هو الشأن بالنسبة للنفقة التي تنتهي عند الأنثى بالدخول بعد الزواج، مع العلم أن كل من الحضانة والنفقة من آثار فك الرابطة الزوجية حسب المشرع الجزائري.

مع ملاحظة أنه يمكن تمديد مدة حضانة الذكر، شروط أن تكون الحاضنة هي الأم، دون سواها و ألا تكون الأم الحاضنة قد تزوجت مرة ثانية، وأن تقدم طلب التمديد إلى المحكمة المختصة، وهي في الواقع محكمة مكان ممارسة الحضانة.

ثانيا–انقضاء الحضانة بانتهاء مدتها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في تحديد مدة انتهاء حضانة المحضون سواء كان ذكر أو أنثى، فكان لأهل فقه كل مذهب موقفه.

1-بالنسبة للمالكية والحنفية:

يرى المالكية بأن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه أما حضانة الأنثى فتنتهي بالدخول أي حتى اقترانها، وذلك ما لخصه صاحب القوانين ببين مفاده: [حضانة الذكر بالبلوغ زد والأنثى بالدخول عُد] [65]، وليس ببلوغها سن الزواج كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، أما الحنفية فقد حددوا انقضاء حضانة الذكر ببلوغه سن السبع أو تسع سنوات أما بالنسبة للأنثى فتنقضي حضانتها ببلوغها سن التسع سنوات أو إحدى عشرة سنة[66].

2-بالنسبة للشافعية والحنابلة:

يرى الشافعية أنه إذا بلغ الصبي ذكرا أم أنثى سن التمييز بينهما فتنقضي حضانتهما[67]، أما بالنسبة للحنابلة يرون أن انقضاء مدة الحضانة للذكر بالرشد والأنثى حتى تتزوج[68].

ما يلاحظ من خلال ما سبق ذكره هو اختلاف المذاهب الأربعة في تحديد انقضاء مدة الحضانة بالنسبة للمحضون سواء كان ذكر أم أنثى، وبالرجوع إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، يلاحظ أن المشرع قد خالف المذاهب الأربعة في تحديده سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر أم الأنثى وذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم العليا.

الفرع الثاني:انقضاء الحضانة بسقوطها

من الناحية الشرعية ولما استوجب أهل الفقه، ضرورة توافر جملة من الشروط فيمن يريد ممارسة الحضانة -وفقا لما سبق ذكره أعلاه-فإن حالات سقوطها تثب بالمقابل لتخلف تلك الشروط، مما يجعل الخوض في ذلك ضرب من ضروب التكرار، ومن هنا سيتم دراسة مقتضيات سقوط الحضانة من الناحية القانونية في التشريعات المغاربية.

أولا-انقضاء الحضانة بسقوطها عند المشرع التونسي والمغربي:

تبنى كل من المشرعين أسبابا مخصوصة في باب سقوط الحضانة على من سبق وأن أسندت له ويتضح ذلك من خلال البحث ضمن أحكام المجلة التونسية والمدونة المغربية.

1-انقضاء الحضانة بسقوطها عند المشرع التونسي:

جاء في المجلة التونسية للأحوال الشخصية ما يلي: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها".

كما جاء:"من انتقل لها حق الحضانة بسبب غير العجز البدني بالحاضنة الأولى لا تسكن بالمحضون مع حاضنته الأولى إلا برضى ولي المحضون وإلا سقطت حضانتها".

بالإضافة إلى النص التالي:"يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة تكليف غيره بها "[69].

الملاحظ أن المشرع التونسي لم يأخذ بعين الاعتبار السبب القاهر كعذر يفضي لعدم سقوط الحق في الحضانة، كما أنه لم يفصل في مقتضيات تحقق أسباب السقوط، غير أن محكمة التعقيب تولت ذلك في العديد من القرارات[70].

2-انقضاء الحضانة بسقوطها عند المشرع المغربي:

جاء في المدونة المغربية ما يلي:"...إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه".

كما جاء :"زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:

-إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون،

-إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون".

ومن باب الاستثناء لا تسقط الحضانة على الحاضنة حتى وغن تزوجت في حالات تتضح من فحوى النص:"زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها في الأحوال الاتية:1-إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها،

-إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم،

-إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون،

-إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون...".

كما تسقط بالتقادم وواضح ذلك من صريح النص:"سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة "[71].

ثانيا-انقضاء الحضانة بسقوطها عند المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري على أسباب سقوط الحضانة كما نص على عودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها وعلى هذا الأساس سيتم التطرق لهذا الموضوع وفق نقطتين أساسيتين تخصص النقطة الأولى لأسباب سقوط الحضانة في حين تخصص النقطة الثانية إلى عودة الحضانة وذلك في حالة زوال سبب سقوطها.

1-أسباب سقوط الحضانة:

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أو جبه القانون، فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع والتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه وإن أخل بالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها عنه، وذلك للأسباب التالية:

أ- التزويج بغير قريب محرم:

جاء في حقيقة النص:"يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم"[72]، ويعني هذا أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة وذلك بقوة القانون وهذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، فإذا قام الأب، أو غيره ممن لهم حق الحضانة من الأشخاص الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة، برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق حضانة الأم فإن المحكمة ستستجيب حتما لطلبهم هذا وتقضي بإسقاط حقها في الحضانة وتمنحها إلى غيرها سواء الأب أو غيره ممن لهم الحق في ذلك وقام بطلبها.

ب–التنازل:

نص المشرع على هذا السبب وفقا لما يلي:"يسقط حق ألحضانة...بالتنازل ما لم يضر بذلك بمصلحة المحضون"[73]، فقد أقر المشرع في نص هذه المادة على أن للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة لكن قيد هذا الحق بشرط أساسي وهو أن لا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون فإذا كان ذلك التنازل في غير صالح المحضون رفض القاضي طلبها هذا مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة ومادامت مصلحة المحضون متعلقة بها.

ج–اختلال أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن:

لقد أورد المشرع في قانون الأسرة النص التالي:"تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[74].

يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أضاف حالة أخرى إذا توفرت سقط حق الحاضن أو الحاضنة في ممارسة حقها في رعاية المحضون، وهذه الحالة تتعلق بتخلف أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن ليكون أهلا لممارسة حقه؛ ومعنى هذا أن هذه الشروط كانت متوفرة فيه عندما أسندت له حضانة الطفل بموجب حكم قضائي، وبالتالي فالقاضي عند إسناد الحضانة لذلك الشخص قد راعى توفر كل الشروط الواجبة وأنه في نفس الوقت أخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، ولكن ثبت فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل موجبا لسقوط حضانتها غير أنه يجب عليها أن تكون قادرة على أن توفر للمحضون كل عناصر الرعاية والتربية والحماية المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة.

د–التقادم:

ورد في هذا الإطار ما مفاده أنه:"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[75]، معنى ذلك إذا وقع طلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند والدهم دون أن تطلب أمهم أو من يليها كالخالة مثلا حضانتهم في مدة تزيد عن السنة فإنه لم يعد من حق الأم ولا من حق من يليها أن يطالبوا بحقهم في الحضانة أمام المحكمة، أي أنه من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام ابتداء من تاريخ نشوء حقه فيها (تاريخ الحكم بفك الرابطة الزوجية)، وذلك بدون عذر سقط حقه فيها، ويبقى الطفل المحضون عند أبيه وذلك حتى بلوغه السن القانوني لانقضاء الحضانة، أو سقوط الحضانة من الأب بسبب الوفاة مثلا أو سبب شرعي أخر.

هـ– المساكنة:

جاء في قانون الأسرة ما يلي :"إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"، كما جاء:"تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"[76].

يتضح من المادة 69 إنه إذا ثبت وأن قام الحاضن بالسكن مع المحضون في بلد اجنبي أي غير البلد الذي يوجد فيه مسكن الزوجية دون إذن من القاضي، فإن ذلك مناط يدار عليه حكم إسقاط الحضانة عنه كما يستنتج من المادة 70، أن هناك عدة عناصر وجب توفرها للتقرير بسقوط حق الحضانة، فأول هذه العناصر يتمثل في الأشخاص الموكل لهم بموجب حكم قضائي حضانة الطفل المحضون ويتعلق الأمر بكل من الجدة والخالة أخت أم المحضون، فإذا تخلف هذا العنصر أي صفة الحاضن لا يمكن تطبيق هذه المادة.

أما العنصر الثاني فيتمثل في أن تأتي هذه الخالة أو الجدة إلى منزل الأم ومعها المحضون فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة ودائمة، لأنه لو جاءت زائرة أو لتقيم إقامة مؤقتة كقضاء عطلة الصيف مثلا، أو كانت تسكن بجوار أم المحضون لما أمكن الإدعاء بسقوط حضانتها، أما العنصر الثالث فمفاده أن تكون أم المحضون متزوجة وأن يكون زوجها شخص أجنبي عن المحضون أي لا علاقة له به ولا تربطه به أي قرابة محرمية.

فإذا توفرت كل هذه العناصر في نفس الوقت أي أن تكون الحاضنة الجدة أو الخالة وأن تنتقل للعيش مع أم المحضون وأن تكون هذه الأخيرة متزوجة بغير قريب محرم للمحضون، فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانون، ويحق لمن تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه.

والجدير بالذكر أن طلب إسقاط حق الحاضن في الحضانة لجميع الأسباب المذكورة وجب أن يرفع من طرف أحد مستحقيها من أصحاب الدرجات الأخرى، فإذا قضت المحكمة بإسقاط حق الحضانة وجب أن تسندها إلي الشخص الذي رفع دعوى إسقاط الحضانة، ولكن وجب في كل الأحوال على القاضي عند النطق بالحكم أن يراعي مصلحة المحضون.

2-عودة الحضانة إلى مستحقيها:

نص المشرع الجزائري في هذا الإطار على مايلي:"يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"[77]، فإذا كان للشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته وضمان حمايته والعناية بصحته وخلقه وتعليمه، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله.

من هنا وجب التمييز بين حالتين، الأولى تتمثل في سقوط حق الحضانة بسبب تطبيق قاعدة قانونية وليس لطالب الحضانة أي دور في سقوطها أي أن هذا السقوط سببه غير اختياري، وهي الحالة التي إذا زال فيها سبب سقوط الحضانة تمكن الحاضن من استرجاع حقه فيها، أما الحالة الثانية للسقوط هي الحالة التي تسبب فيها مستحق الحضانة بتصرفه في ذلك ويعتبر تصرف اختياري، بناء على رغبته، وحينئذ فإن حق الحضانة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه، إذ أن مثل هذا السقوط كان مترتبا عن تنازله الصريح أو إهماله إذ يعتبر تنازلا بمفهوم المادة 68 من قانون الأسرة.

وعليه فإن الأم أو الخالة أو الأب أو غيرهم من مستحقي حق الحضانة لا يمكنهم أن يستفيدوا من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة؛ أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط إذا كان حقهم هذا قد سقط بسبب تنازلهم

أو بسبب عدم المطالبة بذلك خلال المهلة القانونية المحددة بسنة، باستثناء حالة إذا كان عدم المطالبة بحق الحضانة له مبرر شرعي.

خاتمة:

تم من خلال هذا البحث دراسة الحضانة من منظور قانوني وشرعي، من خلال بيان مقتضياتها وكذا توابعها، وبعد معالجة الموضوع تم التوصل إلى مجموعة النتائج التالية:

-اهتمت التشريعات المغاربية؛ في كل من تونس والمغرب والجزائر، بالحضانة باعتبارها من المحاور الأساسية التي تشكل التشريع الأسري بصفة عامة.

-أبان المشرع التونسي على تجربة فريدة في هذا الإطار من خلال وضع أحكام قانونية خاصة للحضانة في إطار القواعد الثابتة في مجلة الأحوال الشخصية.

-غير بعيد عن تجربة المشرع التونسي، كشف المشرع المغربي على ضبطٍ لأحكام الحضانة، أقل ما يقال عليه أنه واضح المعالم، خاصة وأنه حصر أحكام الشريعة الإسلامية التي يُلجأ إليها عند غياب النص في المذهب المالكي.

-ضبط المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة وجعل لها ملابسات تجمع ما بين الطابع المستقل في الأحكام، والمشترك مع قواعد أخرى تتطلب مقاربة مع أحكام الحضانة، لاسيما في باب النفقة سواء في إطار السير العادي للعلاقة الزوجية أو بعد وضع حدٍ لها، من خلال توظيف أحكام قانون صندوق النفقة.

-تمثلت الأحكام القانونية المشتركة بين كل من المشرع الجزائري والتونسي والمغربي في عدة عناصر انطلاقا من مدلول الحضانة وبيان مراتب أصحاب الحق في ممارستها، فضلا على شروط تلك الممارسة، وصولا للآثار المترتبة على الحضانة؛ والتي ظهرت في صورة التزامات للمحضون له، تعبر بوجه آخر على حقوق للحاضن والمحضون، دون نسيان تلك المقتضيات التي يتم معها وضع حد للحضانة، فمنها ما يأتي عليها بشكل نهائي ومنها ما يوقفها بشكل مؤقت، في ظل بقاء مكنة استرجاع ممارسة حق الحضانة بعد سقوطها، وفي خضم كل ذلك ظهرت بعض الاختلافات بين التشريعات في مسائل جزئية دقيقة لا تخل بالمقصود العام للحضانة.

-بالعودة إلى الأصول الشرعية النابعة من فقه المذاهب الأربعة المشهورة من مالكية وحنفية وشافعية وحنابلة، يتضح أن المواقف اختلفت في بعض المسائل الدقيقة للحضانة كبعض شروط ممارستها ومراتب أصحاب الحق فيها، وكذا الأحكام المتعلقة بانتهائها، بينما جعلت من المفهوم العام للحضانة ومن مقصد حماية ومراعاة مصلحة المحضون ذكرا كان أو أنثى قاسما مشتركا لها.

أخيرا يجب التأكيد على جملة من المسائل تظهر في شكل مقترحات توصل إليها هذا البحث، تظهر باختصار فيما يلي:

-ضرورة أن تحرص التشريعات المغاربية على توحيد رؤية الاقتباس القانوني من أحكام الشريعة الإسلامية في باب الحضانة، وبصفة خاصة بالنسبة للمشرع التونسي والجزائري؛ وذلك تسهيلا للعمل القانوني نظريا وتطبيقيا؛ بمناسبة التصدي لمختلف دعاوى الحضانة والتي قد تثير من المسائل ما يتطلب أحكاما شرعية فقهية.

-ضرورة أن تحرص وزارة العدل الجزائرية على تكوين القضاة في الجانب الشرعي عموما، والأصولي الفقهي خصوصا.

-يقترح على المشرع الجزائري تعديل مضمون المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه، وذلك بتقييد الإحالة وجعلها محصورة على مشهور المذهب المالكي، اقتداء بالمشرع المغربي من حيث أصل الإحالة، مع إدخال تعديلات جوهرية على أحكام الحضانة في قانون الأسرة، لتكون بذلك نابعة من الفقه المالكي، تحقيقا لمقصد لم الشمل واستقرار الأسرة الجزائرية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا-القرآن الكريم.

ثانيا-النصوص القانونية:

- الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30.

- الأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15، المؤرخة في 2005/02/27.

- القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 24، المؤرخة في 1984/06/12.

- القانون 01/15، المؤرخ في 2015/01/04، المتضمن قانون صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 01، المؤرخة في 2015/01/07.

- الأمر العلي المؤرخ في 1956/08/13، المتضمن إصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخ في 1956/08/17.

- الظهير الشريف رقم 01.04.22، المؤرخ في 2004/02/03، بتنفيذ القانون رقم 70.03. المتضمن إصدار مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5184، المؤرخة في 2004/02/05.

ثالثا-المعاجم:

- ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء 13، دار صادر، لبنان، دون سنة.

- بن زكرياء بن فارس، معجم مقاييس اللغة، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2011 م.

رابعا-الكتب:

1-كتب الحديث:

- أبو داوود السّجستاني، سنن أبي داوود، الجزء 03، الطبعة 01، دار الرسالة العلمية، سوريا، 2009 م.

- الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الطبعة 01، دار طوق النجاة، لبنان، 1422 هـ.

- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، الجزء 07، الطبعة 02، المكتب الإسلامي، لبنان، 1983 م.

2-كتب الفقه العام:

- الحسني الطرازي، المرأة وحقوقها في الإسلام، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1984 م.

- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء 01، الطبعة 01، دار النهضة العربية، لبنان، 1967 م.

- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء 11، الطبعة 04، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1984 م.

- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، الطبعة 01، دار الرائد العربي، لبنان، 1980.

- سمير عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، الطبعة 01، دار المنار، مصر، 1989 م.

-عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة 02، درا القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990 م.

عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع فقه الأسرة العدة الرضع والنفقات، المجلد 05، الطبعة 01، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2010 م.

- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م.

- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الطبعة 01، دار طليطلة، الجزائر، 2011 م.

3-كتب الفقه على المذاهب الأربعة:

أ-كتب الفقه الحنفي:

- أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 04، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986 م.

- بن همام الحنفي، شرح فتح القدير، الجزء 03، الطبعة 01، المطبعة الكبرى الآمرية، مصر، 1316 هـ.

- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 05، دار عالم الكتاب، السعودية، 2003 م.

- علاء الدين الحصكفي الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002 م.

ب-كتب الفقه المالكي:

- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك إلى فقه إمام الأئمة مالك، الطبعة 02، دار الفكر، لبنان، دون سنة.

- أحمد الدردير ، الشرح الكبير، الجزء 02، دار إحياء الكتب العربية، لبنان، 1119 هـ.

- الشنقيطي الأنصاري، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، الطبعة 01، مكتبة دار الزمان، السعودية، 2003 م.

-عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، دون سنة.

ج–كتب الفقه الشافعي:

– محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء 09، الطبعة 03، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991 م.

– محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 03، الطبعة 01، دار المعرفة، لبنان، 1997 م.

– شهاب الدين الرملي، فتح الرحمان بشرح زبد ابن رسلان، الطبعة 01، دار المناهج، السعودية، 2009 م.

د–كتب الفقه الحنبلي:

– منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع الجزء 03، مطبعة السعادة، السعودية، 1977 م.

– بن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير، الجزء 24، الطبعة 01، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1996م.

رابعا–المقالات:

– بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 19، العدد 01، 2019 م، الجزائر.

– حاج شريف خديجة، حاج بن علي محمد، مسؤولية متولي الرقابة على الأفعال الضارة للمحضون في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 06، العدد 01، 2020 م، الجزائر.

خامسا–الرسائل الجامعية:

– زهية مرابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير)، القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 م.

– كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، (رسالة ماجستير في القانون الخاص)، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، 2015 م.

الهوامش:

[1] ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء 13، دار صادر، لبنان، دون سنة، ص. 122.

[2] بن زكرياء بن فارس، معجم مقاييس اللغة، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2011 م، ص.250.

[3] الفصل 54، من الأمر العلي المؤرخ في 1956/08/13، المتضمن إصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخ في 1956/08/17، ص.1547.

[4] المادة 163 فقرة 01، من الظهير الشريف رقم 01.04.22، المؤرخ في 2004/02/03، بتنفيذ القانون رقم 70.03. المتضمن إصدار مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5184، المؤرخة في 2004/02/05، ص.435.

[5] المادة 62 فقرة 01، من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 24، المؤرخة في 1984/06/12، ص.913.

[6] أحمد الدردير ، الشرح الكبير، الجزء 02، دار إحياء الكتب العربية، لبنان، 1119 هـ، ص.526.

[7] أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك إلى فقه إمام الأئمة مالك، الطبعة 02، دار الفكر، لبنان، دون سنة ص.205.

[8] محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء 05، دار عالم الكتاب، السعودية، 2003 م، ص.252.

[9] محي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء 09، الطبعة 03، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991 م، ص.98.

[10] محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 03، الطبعة 01، دار المعرفة، لبنان، 1997 م، ص.592.

[11] منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع الجزء 03، مطبعة السعادة، السعودية، 1977 م، ص.246.

[12] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، الطبعة 01، دار الرائد العربي، لبنان، 1980 م، ص.11.

[13] الفصول 55، 57، 67، من مجلة الأحول الشخصية التونسية، السابق ذكرها.

[14] الفصل 66 مكرر، من نفس المجلة.

[15] المادتين 164، 165، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[16] المادتين 171، 172، من نفس المدونة.

[17] المادة 64، من قانون 11/84، السابق الذكر.

[18] المادة 64، المعدلة بالمادة 16، من الأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم للقانون 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15، المؤرخة في 2005/02/27، ص.22.

[19] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.91.

[20] بن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير، الجزء 24، الطبعة 01، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1996 م، ص.456.

[21] أبو داوود السّجستاني، سنن أبي داوود، الجزء 03، الطبعة 01، دار الرسالة العلمية، سوريا، 2009 م، ص.588.

[22] عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، الجزء 07، الطبعة 02، المكتب الإسلامي، لبنان، 1983 م، ص.154.

[23] أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 04، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986 م، ص.ص.41-42. وبن همام الحنفي، شرح فتح القدير، الجزء 03، الطبعة 01، المطبعة الكبرى الآمرية، مصر، 1316 هـ، ص.ص.314-316.

[24] أحمد الدردير، المرجع السابق، ص.ص.527-528.

[25] سمير عقيي، الحضانة في الفقه الإسلامي، الطبعة 01، دار المنار، مصر، 1989 م، ص.28.

[26] الفصلين 58، 59، من مجلة الأحول الشخصية التونسية، السابق ذكرها.

[27] المادة 173، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[28] المادة 62 فقرة 02، من قانون 11/84، السابق الذكر.

[29] المادة 40، من الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، ص.

[30] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 04، الطبعة 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م، ص.522.

[31] المرجع نفسه، ص.523.

[32] المرجع نفسه، ص.ص.522-523.

[33] المرجع نفسه، ص.523.

[34] الحسني الطرازي، المرأة وحقوقها في الإسلام، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1984 م، ص.45.

[35] الفصل 56، من مجلة الأحول الشخصية التونسية، السابق ذكرها.

[36] المادة 167، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[37] المادة 78، من قانون 11/84، السابق الذكر.

[38] المادتين 75، 76، من نفس القانون.

[39] المادة 03، من القانون 01/15، المؤرخ في 2015/01/04، المتضمن قانون صندوق النفقة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 01، المؤرخة في 2015/01/07، ص.08.

[40] سورة الطلاق، الآية 06.

[41] الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الطبعة 01، دار طوق النجاة، لبنان، 1422 هـ، ص.79.

[42] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة 02، درا القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990 م، ص.114.

[43] عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، دون سنة، ص.299.

[44] الفصل 56، من مجلة الأحول الشخصية التونسية، السابق ذكرها.

[45] المادة 168، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[46] غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الطبعة 01، دار طليطلة، الجزائر، 2011 م، ص.151.

[47] المادة 72، من الأمر 02/05، السابق الذكر.

[48] بوقرة أم الخير، حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 19، العدد 01، 2019 م، الجزائر، ص.72.

[49] أحمد الدردير، المرجع السابق، ص.528.

[50] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء 11، الطبعة 04، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1984 م، ص.315.

[51] الفصلين 66، 67، من مجلة الأحول الشخصية التونسية، السابق ذكرها.

[52] المواد من 180-182، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[53] المادة 64، من الامر 02/05، السابق الذكر.

[54] زهية مرابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير)، القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 م، ص.64.

[55] أحمد الدردير، ص.737.

[56] علاء الدين الحصكفي الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، الطبعة 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002 م، ص.256.

[57] شهاب الدين الرملي، فتح الرحمان بشرح زبد ابن رسلان، الطبعة 01، دار المناهج، السعودية، 2009، ص.ص.860-861.

[58] بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.486.

[59] المادة 134 فقرة 01، من الأمر 58/75، السابق الذكر.

[60] حاج شريف خديجة، حاج بن علي محمد، مسؤولية متولي الرقابة على الأفعال الضارة للمحضون في التشريع الجزائري، مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد 06، العدد 01، 2020 م، الجزائر، ص.75.

[61] المادة 134 فقرة 02، من نفس الأمر.

[62] المادة 166، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[63] المادة 209، من نفس المدونة.

[64] المادة 65، من قانون 11/84، السابق الذكر.

[65] الشنقيطي الأنصاري، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، الطبعة 01، مكتبة دار الزمان، السعودية، 2003 م، ص.168.

[66] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.323-324.

[67] بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء 01، الطبعة 01، دار النهضة العربية، لبنان، 1967 م، ص.559.

[68] عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع فقه الأسرة العدة الرضع والنفقات، المجلد 05، الطبعة 01، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2010 م، ص.ص.339-340.

[69] الفصول 61، 63، 64، من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السابق ذكرها.

[70] لأكثر تفصيل راجع، كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، (رسالة ماجستير في القانون الخاص)، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي 2015 م، ص.ص.103-104.

[71] المادة 173، والمواد من 174-176، من مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[72] المادة 66 فقرة 01، من قانون 11/84، السابق الذكر.

[73] المادة 66 فقرة 02، من نفس القانون.

[74] المادة 67، من الأمر 02/05، السابق الذكر.

[75] المادة 68، من قانون 11/84، السابق الذكر.

[76] المادتين 69، 70، من نفس القانون.

[77] المادة 71، من نفس القانون.