الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي

عيســـــى حـــــــداد
أستاذ مكلف بالدروس كلية الحقوق
جامعة باجي مختار -عنابة

الملخص:

تخص هذه الدراسة مسألة الحضانة، والأهمية التي يوليها لها القانون والاجتهاد القضائي، لحماية المحضون من الناحية النفسية، والأخلاقية، والاجتماعية، في حالة انفصال الوالدين.

ولعل هذه الأهمية تزداد مع التزايد المفرط لنسبة الطلاق في بلادنا في السنوات الأخيرة. نتيجة لتعقد سبل الحياة، مما يؤثر على البناء الاجتماعي لكون المحضون يعد لبنة فعالة في جيـــل الغـــد.

Résumé :

Cette étude porte sur le droit de garde et l'importance que lui accorde la loi et la jurisprudence pour sauvegarder le coté psychique, moral et social de l'enfant après la séparation de ses parents.

Et peut –être l'importance est donnée au droit de garde vu l'augmentation extraordinaire des cas de divorce qu'a connu notre pays dans les dernières années résultant de la complexité du mode de vie qui influe négativement sur la société du fait que l'enfant est considéré comme le pilier essentiel de la future génération.

الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي

توطئة:

بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق تترتب آثار مادية وغير مادية على الحضانة إذا كان هناك أبناء وبوجودهم تحدث مشاكل لا محالة بين الأبوين المنفصلين حول كيفية التكفل بهؤلاء الأبناء، ومن جملة هذه المشاكل النفقة على الأولاد، حسب حالة كل واحد منهم. وكذلك مسالة السكن الذي يأويهم إلى غاية نهاية سن الحضانة. و رغم وجود نصوص قانونية تعالج هذه المسالة يبقى هذا العلاج قاصرا عما يتطلبه الواقع، حتى بعد التعديل الذي أدخل على قانون الأسرة.

وكنا نعتقد أن التعديل سيضع حدا للكثير من الإشكالات، وبالتالي التقليل من الاجتهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا. ولكن ما حدث هو العكس، لأن النص القانوني في حالة التطبيق يصطدم بواقع إجتماعي صعب وهذا ما نحاول تبيانه من خلال دراستنا هذه لمسألة الحضانة التي تمس كيان الأسرة والمجتمع، ولكن قبل التعرض لهذه الحالات التي لم يرد في شأنها نص قانوني، علينا أن نعرف الحضانة وشروطها ومن هو الأحق بها وتبيان ما عالجه المشرع وما يحتاج إلى معالجة مع إظهار مزايا المعالجة، ومعرجين على ما يجب علاجه في المستقبل بتعديل قانون الأسرة لأن المبدأ المتعارف عليه يجب أن يكون النص في خدمة المجتمع لا عالة عليه، معنى ذلك أن المشرع مدعو مرة أخرى إلى تعديل قانون الأسرة لسد الثغرات التي تكون محل جدل ونقاش وقد يكون الأولاد هم الضحية لذلك.

أولا: تعريفها لغة:

الحضانة (بفتح الحاء) هي ضم الشيء إلى الحضن في قولنا تعيش الذئاب في حضن الجبل أي في عمقه ونقول حضن الطائر بيضه إذا ضمه تحت جناحيه وعند الإنسان يطلق على المرأة التي تضم ولدها إلى صدرها وهي تعتنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه[1].

ثانيا: تعريفها شرعا:

هي تربية الصغير ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة من تدبير شؤونه من طعام وملبس وتنظيف ووقاية من ما يعرضه إلى الهلاك[2]، والأصل أن الأم أحق بحضانة المولود من غيرها، مع إشراف الأب والقيام على الشؤون الأخرى للأسرة، حتى في الظروف غير العادية كأن تكون الأم مطلقة فهي أحق بحضانة طفلها من الأب لأنها أقدر على خدمته والقيام بموجبات حضانته.

وإذا كانت الحضانة حقا للأم دون الأب فقد اختص القياس أن يكون للنساء أولا دون الرجال واقتصر أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، ولا تثبت الحضانة لامرأة من النساء إلا إذا كانت محرمية لأن القرابة المحرمية هي التي تناط بها الحقوق والواجبات بأكثر الأمور الشرعية، ولأنها أوثق وأعطف ولذلك كانت سببا في تحريم الزواج.

وقد قال الكساني "أن مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة وتقدم فيها الأقرب فالذي يليه من هؤلاء الأم، ثم أم الأم وإن علت أم الأب[3].

المبحث الأول:

الشروط العامة للحضانة

استقر الفقه والقضاء على أن الحضانة تتعلق بها حقوق ثلاثة هي:

أولا: حق المحضون.

ثانيا: حق الحاضنة.

ثالثا: حق الأب أومن يقوم مقامه إذا اجتمعت هذه الحقوق الثلاثة وأمكن التوفيق بينها تثبت كلها، وإن تعارضت كان حق المحضون مقدما على غيره لأن مدار الحضانة على نفع المحضون وحفظه[4].

وعلى هذا الأساس يمكن تحديد هذه الشروط طبقا للقواعد العامة واعتمادا على المادة 222 من قانون الأسرة التي تعتمد على مسألة الإحالة لأنه بالرجوع إلى قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده لا نجد نصا يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضنة ما عدا نص المادة 62 التي أشار فيها المشرع إلى أهلية الحاضن[5]، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد الشروط العامة للحاضنة أو الحاضن في:

أولا البلوغ:

البلوغ ليس المقصود به البلوغ الطبيعي للإنسان المعروف بالحيض عند المرأة والإمناء عند الرجل، وإنما المقصود هو أهلية الأداء التي تسمح للشخص بتسيير شؤونه بنفسه ليتسنى له القيام بشؤون غيره، والسهر على مصالحه والمحافظة عليه.

ثانيا العقل:

العقل هو الإدراك وبه يعرف الإنسان ما يقدم عليه، لذا قد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من قانون المدني الجزائري[6] لكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته، فيصبح هو

ذاته في حاجة إلى وصي أو ولي يدير شؤونه فيستحيل إسناد الحضانة إليه طالما أنه فاقد للعقل الذي هو أساس التكليف وبه يسير أموره وأمور غيره.

ثالثا القدرة:

وتتوافر القدرة على الحضانة عندما تتضح سلامة الحاضن جسميا فلا يكون مصابا بعاهة تمنعه من القيام بشون المحضون فلا يمنح حق حضانة الولد لو كان الحاضن أعمى، أو كان مشلولا وإن كانت هذه الحالات تبقى فيها السلطة التقديرية للقاضي لمراعاة مصلحة المحضون وما يقدمه الحاضن من ضمانات بها يقنع القاضي لمنح حق الحضانة له.

رابعا الأمانة:

هي أن لا يخشى منها على الطفل فلو اتضح أنها امرأة فاسقة أو أنها تحترف الدعارة وجب حرمانها من حق الحضانة لأن أحد جوانب الحضانة يكون غير متوفر وهو الأخلاق، وإن كان بعض الفقهاء يربط هذا السبب بسن المحضون فتكون المرأة بهذا الوصف غير مؤهلة لنيل حق الحضانة وإن نالته وجب إسقاطه عليها لعدم توافر شرط الأمانة[7].

خامسا إتحاد الدين:

لا يشترط في الحاضنة أن تكون متحدة العقيدة مع المحضون فالكتابية تصح حضانتها لأنها تقوم على أساس عنصر شفقة الأم وحنانها، وهو مفترض في الحاضنة أمّا كانت أو غيرها، وهذا يكفي لتحقيق مصلحة الصغير وللاطمئنان على أنه في يد أمينة تحافظ عليه وتعمل على مصالحه ورغم عدم وجود نص في قانون الأسرة يشير إلى شرط إتحاد الدين بالنسبة للمرأة إلا أن الاجتهاد القضائي قضى بأحقية الأم حتى وإن كان الاختلاف في الدين[8] شريطة ألا تلقنه مبادئ دينها وإن ثبت ذلك وجب لولي المحضون إسقاط الحضانة على الأم إلا أن تمتعها بهذا الحق مرتبط مع شرط الإقامة في التراب الوطني "الجزائر".

المطلب الأول:

شروط حضانة الرجال

فإذا انتقلت الحضانة إلى الرجال فيتعين توافر الشروط العامة التي أشرنا إليها، وهي أن يكون الحاضن بالغا، عاقلا، قادرا على أعباء الحضانة، أمين على تربية المحضون، زيادة على ذلك يشترط في الحاضن أن يكون متحدا مع المحضون في الدين، غير أن الشفقة التي تقوم عليها حضانة النساء غير متوفرة هنا كما أن أحق الرجال في الحضانة مبني على الحق في التوارث ولا توارث بين المختلفين دينيا[9]. لأن الحضانة نوع من الولاية ولا تجور ولاية غير المسلم على المسلم[10].

المبحث الثاني:

أصحاب الحق في الحضانة وتحديد أولويتهم

جاء المشرع بترتيب جديد بعد تعديل المادة 64 بالنص على أن تكون "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة من جهة الأم، ثم الجدة من جهة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة[11] "بهذا النص يكون المشرع غير مراتب المستحقين للحضانة باستثناء الأم التي تبقى الأولى بحضانة ولدها وحضانة الأم سندها حديث رسول الله (صلعم) حين جاءته امرأة تشتكي فعل زوجها الذي حرمها من حضانة إبنها فقالت "يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني"، فقال رسول الله (صلعم) "أنت أحق به ما لم تنكحي". وكذلك أيضا ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه حين فصل في النزاع الذي رفع إليه بين عمر بن الخطاب ومطلقته إذ كان عاصم في حضانتها ولكن عمر أراد

بين عمر بن الخطاب ومطلقته إذ كان عاصم في حضانتها ولكن عمر أراد حرمانها منه فذهب إليها ومسك الغلام وأخذ يجذبه من بين يديها التي راحت تلتصق به هي الأخرى فتجاذباه حتى بكى فرفع أمرها إلى أبي بكر الذي قال في جمع من صحابة رسول الله (صلعم) يخاطب عمر بن الخطاب "ريحها، ومسها، ومسحها خيرا له من الشهد عندك يا عمر"[12] فهذا تأكيد على حق المرأة في حضانة إبنها، فالأم حقيقة أحب الناس إلى الطفل وأرحم من غيرها.

ولولا ذلك ما ورد عن الرسول (صلعم) أنه سئل من قبل أحد الصحابة قائلا لرسول الله (صلعم) من أحق الناس بصحبتي يوم القيامة، قال أمك ثم قال من؟ قال أمك... الخ. وجاء في حديث آخر، أنه سئل عن أقرب الناس إليه فقال "أمي، ثم من قال أمي، ثم من قال أمي، قيل ثم من قال أبي" فلا حق في حرمان المحضون من أقرب الناس إليه إلا إذا تعذر ضمان ذلك الحق. كما ورد أيضا في القول المأثور "الجنة تحت أقدام الأمهات" .

المطلب الأول:

مراتب المستحقين للحضانة

بعد هذا التعديل لقانون الأسرة والذي مس نص المادة 64 الخاصة بالحضانة تقوم عملية تحديد مراتب المستحقين للحضانة على معايير مختلفة منها ما يخص النساء، ومنها ما يخص الرجال، فالأساس الذي تسند إليه عملية تحديد المستحقين من النساء فهو القرابة المحرمية التي تعتبر قرينة على وجود الشفقة والرحمة والعطف في الحاضنة نحو المحضون. ولذلك كان الحق فيها بدون منازع هي الأم التي لا رحيم إلى ولدها منها في كافة المخلوقات [13].

ومع هذا التعديل بعد الأب نلاحظ جهة الأم مقدمة على جهة الأب[14]، أما جهة الرجال فان الحضانة تثبت للوارث فمن لم يكن وارثا للمحضون فلا يملك عليه حق الحضانة وتتحدد درجاتهم وفقا لدرجة الإرث.

المطلب الثاني:

حكم حضانة المرأة العاملة

كان عمل المرأة محل خلاف في مسالة إسناد الحضانة من عدم إسنادها لها وهذا الخلاف مصدره غياب النص التشريعي الذي يفصل في هذه الحالة وكان عمل المرأة لا يطرح إشكالا في المجتمع الجزائري في السنوات الأولى لاسترجاع السيادة الوطنية لأن هذا المشكل لم يطرح بشدة، وإن كان دخول المرأة عالم الشغل مقتصرا فقط على القطاعات التي لا يكون سببا في بعدها عن محضونها مثل التعليم، والطب...الخ.

ولكن مع تطور المجتمع والتقدم العلمي أصبحت المرأة تدرس في كل التخصصات إلى جانب الرجل واقتحمت عالم الشغل في كل المجالات جنبا إلى جنب مع الرجل من هنا ظهر عمل المرأة كمشكل لمنع إسناد الحضانة إليها لأن الحضانة تكون للطفل منذ ولادته ولا نعرف أي وقت يقع الانفصال فيه بين المرأة والرجل، ونحن نعلم أن المحضون يحتاج إلى أمه بدرجات متفاوتة حسب عمره أوسنه.

ولهذا كان عمل المرأة سببا في منع الأم من الحضانة وخاصة عند غياب النص لمعالجة هذه النقطة وأضحى محل نزاع في مسألة الحضانة.

فهل عمل المرأة يعد سببا مانعا للحضانة أم لا ؟ مما جعل المحكمة العليا تصدر كثيرا من القرارات في هذه المسالة جميعها يصب في سياق أن عمل المرأة لا يعد سببا لعدم أحقية الأم في الحضانة وهذا له ما يبرره.

ولعل هذا ما دفع بالمشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة الى النص على أن عمل المرأة لا يعد سببا كافيا لمنع الحضانة، وإن كان المشرع له ما يبرر ذلك والرد على القول بأن الأم قبل الطلاق إن كانت عاملة فإنها تلجأ عند خروجها للعمل بوضع الابن في دور الحضانة، أو تأجير امرأة تسهر على تربية ولدها. وهذا ما نص عليه في قانون الأسرة[15]،

معنى هذا أن عمل المرأة قد لا يكون سببا لمنع ممارسة الحضانة وقد يكون العكس، لأن المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي.

ومعنى ذلك، إذا كانت المرأة تقوم بعمل خارج البيت كامل اليوم قد يسقط حقها في الحضانة إذا ثبت فعلا تقصيرها في القيام بواجبات الحضانة تجاه المحضون لأن غيابها طوال اليوم يعرض المحضون للضياع، وهذا مرتبط بسن المحضون، وبمنح القاضي هذه السلطة يكون المشرع قد وضع حدا لهذه المسألة لأن المؤهل الوحيد للفصل هو القاضي.

المبحث الثالث:

ســـــكن الحاضنة

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي والوسط القانوني لارتباط مصير مسكن الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشكلة حول توفير مسكن الحاضنة، والأمر زاد تعقيدا بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل ابنتهم المطلقة وأولادها. وأمام هذا الوضع تعددت المنازعات التي تمثل صراعا بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية على السكن لكن قبل معرفة سكن الحاضنة علينا أن نعرف ما هو مسكن الزوجية، هو ليس بالضرورة منزلا أو شقة في عمارة وإنما قد يكون جزءا من المنزل المستقل(مثلا فيلا) تبعا للظروف التي تختص بها الزوجة والزوج وأولادهما حال الزواج، وهذا هو المقصود بمسكن

الزوجية لان تحديد مفهوم مسكن الزوجية يحل الكثير من المشاكل، لأن ما ينطبق على مسكن الزوجية ينطبق على مسكن الحاضنة، معنى ذلك أنه لا يحق للحاضنة أن تشترط مسكنا لممارسة الحضانة أحسن من الذي عاشت فيه مع زوجها قبل الطلاق أو أن الزوج قد هيأ لها مسكنا لممارسة الحضانة لا تتوفر فيه أدنى شروط الحياة بل لابد أن يكون لائقا بها مع محضونها.

والمسكن اللائق بها في تعريف الفقهاء "هو المسكن الملائم لحال الزوجين المستقل الحال من سكن الغير المستوفي للمرافق بين جيران صالحين تأمن فيه الزوجة (المطلقة) على النفس والمال[16].

وبهذا يكون سكن الحاضنة هو نفسه مسكن الزوجية من حيث الدرجة. بالإضافة إلى ذلك نجد المشرع نص صراحة على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن[17].

ولكن قبل التعرض للموقف القانوني علينا أن نعرف موقف الفقه الإسلامي باختصار من أحقية المرأة الحاضنة وعدم أحقيتها في السكن، وهذا ما نعالجه في الآتي:

المطلب الأول:

موقف الشريعة الإسلامية من سكن الحاضنة

سبق القول بأن المشرع الجزائري ينهل من الشريعة الإسلامية في معظم نصوص قانون الأسرة بل قنن أحاديث نبوية وجعلها صلب نصوصه لهذا يقتضي منا البحث في الشريعة الإسلامية من أجل أحقية وعدم أحقية الحاضنة في السكن وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية نجد أن المذهب الحنفي يقر بأحقية الحاضنة في السكن إذا لم يكن لها سكن كما ألزم الأب بأن يوفر سكنا للحاضنة. وإذا كان هذا

هو موقف الفقه الإسلامي من حق المرأة الحاضنة في سكن يأويها هي وأبناؤها ومن خلال تعرضنا لموقف الشريعة فما هو الموقف القانوني؟

المطلب الثاني:

الموقف القانوني من سكن الحاضنة

بعد تعرفنا على موقف الشريعة الإسلامية من سكن الحاضنة نجد المشرع الجزائري أخذ بما أقره الفقه الإسلامي وسايره وأكده بأن الأم الحاضنة لها أحقية في السكن إلا أن مسألة السكن في القانون الجزائري مرت بمراحل هي:

المرحلة الأولى:

لم يكن الاهتمام منصب على سكن الحضانة كما هو حاليا والسبب في ذلك أن الطلاق يكاد يكون من الممنوعات ويعزى الأمر أن المجتمع الجزائري كان يعتمد على الصلح[18] في حل الخلافات الزوجية خاصة إذا كان لهم أبناء بالإضافة إلى ذلك أن رئيس القبيلة أو العرش أو الجماعة أو كما هو معروف عند الإباضية (بمجلس العزابة) كان لها دور كبير في حل مسائل الأحوال الشخصية لكن مع تطور المجتمع بدأ الأمر يتغير وبدأ المشرع يولي اهتماما كبيرا لهذه المسألة وأول نص قانوني ظهر ضمن المنظومة التشريعية هو نص المادة 467 التي خص بها المشرع أن الأحق بالسكن هو الحاضن للأبناء دون أن يفرق بين ما إذا كان الرجل هو الذي احتفظ بالأبناء بعد الطلاق أم الأم ويعد هذا النص نقطة تحول في مسألة سكن الحاضنة رغم صدوره في ظل النظام الاشتراكي[19].

المرحلة الثانية:

بعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع في المجال الاقتصادي والاجتماعي والتفكك الأسري وارتفاع نسبة الطلاق بدأ اهتمام المشرع بمسالة

السكن في أول نص تشريعي لقانون الأسرة، حيث أفرد المشرع نصا خاصا بسكن الحاضنة لكن هذا الحق قيد بشرط وهو:

أولا: أن يكون المطلق له أكثر من سكنين وأن يكونا باسمه، لكن عند وضع هذا النص مجال التطبيق أصبح من الصعب تطبيقه لعدم قدرة المطلقة على إثبات ذلك، هذا من جهة ومن جهة أخرى أزمة السكن التي ضربت أطنابها لا يمكن لأي فرد أن يملك أكثر من سكنيين إلا استثناء، مما جعل الأمر صعب التطبيق مع ازدياد نسبة المطلقات بحيث أصبح الأبناء عرضة للتشتت والتشرد، وأصبحت المحاكم عاجزة عن التصدي لحل هذا المشكل بما فيها المجالس القضائية هي الأخرى لم تكن لها القدرة على معالجة هذا المشكل، مما دفع بالمتقاضين إلى طرح الإشكال على المحكمة العليا، التي حاولت معالجة هذا الوضع آخذة موقفا مغايرا للمحاكم والمجالس القضائية بإقرارها مبادئ قضائية واضعة حدا لهذا الأمر منها أن المطلق ملزم بتوفير السكن بل الأبعد من ذلك أعطى حقا للمطلقة إن وجدت سكنا وقدمت وصل الإيجار، حكم على المطلق أن يدفع بدل الإيجار وهذا حفاظا على مصلحة الأبناء طبقا لما ينص عليه القانون، بل الأكثرمن ذلك أصبح القضاء في بعض الحالات يمنح للمطلقة بدل الإيجار بدون وصل الكراء شريطة أن تثبت أنها حاضنة.

المرحلة الثالثة:

بعد الوضع السابق أثناء تعديل قانون الأسرة وضع المشرع نصا خاصا جاعلا فيه حدا لكل اجتهاد أو تفسير حيث نص صراحة "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. معنى ذلك الأب أصبح ملزما بتوفير السكن للحاضنة وبمجرد

التفكير في الطلاق عليه التفكير في سكن الحاضنة إذا كان لها أبناء ويعلم أنها تطلب حضانتهم.

المبحث الرابع:

شروط توفير السكن للحاضنة

لا يحق للمطلقة أن تطلب توفير سكن لها إلا إذا كانت حاضنة أي لها أولاد من زوجها المطلق والشروط هي:

أولا: أن تتوفر فيها شروط الحضانة.

ثانيا: أن يكون لها أولاد.

ثالثا: أن يكون الأبناء في سن ممارسة الحضانة.

رابعا: أن لا يكون لها سكن مستقل خاصا بها، أي تملك سكنا باسمها أو تحصلت عليه بعقد إيجار من الدولة باسمها أيضا، وإذا توافرت هذه الشروط أصبح من حق المرأة الحاضنة أن يوفر لها المطلق سكنا سواء كان طلاق المرأة قد حصل بإرادة الزوج المنفردة أو قد يكون الطلاق بالتراضي أم كان تطليقا بناء على طلب الزوجة طبقا لما ينص عليه القانون لأن المبدأ العام حضانة الأولاد تكون للأم ما لم تحرم منها لسبب من الأسباب القانونية، لذلك كأن تتنازل عنها صراحة.

ويزول حق البقاء في السكن بزوال السبب وهو سقوط الحضانة بقوة القانون أو بحكمه.

المطلب الأول:

حالات سقوط الحضانة

الأصل العام إذا تمت الفرقة بين الزوجين وطلبت المطلقة حق الحضانة فيمنحها القانون ذلك إذا توافرت الشروط المطلوبة.

لكن هناك حالات تحدث بعد حصولها على الحضانة أوهناك حالات قد تمنعها من ذلك وهذه الحالات منها ما فصل فيها المشرع ومنها مالم يفصل فيها بنص حتى بعد التعديل بقي الأمر على حاله رغم أن التعديل مس بعض النصوص الخاصة بالحضانة وهذه الحالات هي:

المطلب الثاني:

الزواج

إذا طلقت المرأة وتحصلت على الحضانة جرى العرف على أن المرأة إذا فارقت زوجها وهي صغيرة السن تطمح في إعادة الزواج إذا كانت أسباب الفرقة خارجة عن إرادتها أو كانت لأسباب موضوعية إلا أنها حين يسعفها الحظ في إعادة الزواج فإنها تفقد حقها في الحضانة طبقا لما ينص عليه القانون[19] لكن هذا الزواج الذي يعد سببا في إسقاط الحضانة يجب أن نفرق بين ما إذا كان الزواج بمحرم للمحضون أم غير محرم له فإذا كان محرم له فهو لا يسقط حقها في الحضانة. وسند هذا النص القانوني حديث الرسول (صلعم) يخاطب امرأة رفعت أمرها اليه فقال لها: "أنت أحق به ما لم تتزوجي" وفي رواية أخرى "أنت أحق به ما لم تنكحي"[20] وهو حديث يسقط حق الحاضنة بمجرد الزواج إلا أن الإمامين (أبا حنيفة ومالكا) قررا تخصيص الحديث وأسرفا آثاره إلى الزواج بالأجنبي هو الذي يسقط حق الحاضنة في حضانة الصغير بنكاحها غير محرم له وذلك لأن زوجها يتضرر عادة من الصغير فيشعر بالجفاء منه وهذا له تأثير سيئ على نفسيته.

المطلب الثالث:

تجزئة الحضانة

يقصد بتجزئة الحضانة هو اقتصار طلب الأم في الحضانة على الإناث دون الذكور أو العكس أو تختار الأصغر سنا، فيما تمتنع عن حضانة الآخرين رغم أن ذلك من حقها وعند عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة ومن أجل المحافظة على الأبناء ودون التفرقة بينهم والمحافظة على ترابطهم عالجت المحكمة العليا هذه المسألة وأصدرت فيها قرارا[21] بعدم تجزئة الحضانة للأم إن كان لها الحق فيها وهو عدم السماح لها باختيار من تحضن من الأبناء، وهذا القرار في نظرنا صائب من أجل الحفاظ على الأبناء خاصة أنهم في مرحلة صعبة من أطوار العمر من الناحية النفسية والاجتماعية ولهذا تعد تجزئة الحضانة سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم رغم أحقيتها في ذلك.

المطلب الرابع:

بعد المسافة بين الحاضنة وأب المحضون

سبق القول أن القاضي إذا حكم بإسناد الحضانة يحكم بحق الزيارة إلى ولي المحضون مرة في الأسبوع على الأقل، زيادة على الأعياد الدينية والوطنية، لأن هذه الزيارة بمثابة الرقابة أيضا.

لكن المسألة تطرح في حالة بعد المسافة بين مقر الحاضنة وسكن ولي المحضون فهذه الحالة لم يعالجها المشرع بنص قانوني لكن القضاء عالج هذه الوضعية بناء على نص المادة 222 التي تحيل بدورها في حالة غياب النص الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقر سقوط الحضانة عن الأم إذا كان بعد المسافة1000 كلم، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها " مما استقر عليه الفقه أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على

الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".[22]

المبحث الخامس:

مرحلة انتهاء الحضانة

كل قضية لها بداية ونهاية ومن هذه القضايا فإن كانت في بداية الأمر من حق الأم إذا طلبتها وإلزام الأب شرعا وقانونا بتحمل المسؤولية من نفقة وتهيئة سكن يأوي الأبناء والحاضنة حسب ظروف الحال قد نجد هذه الحضانة لها نهاية وبما أن قانون الأسرة ينهل من منابع الشريعة الإسلامية فعلينا أن نبين إنتهاء الحضانة من الناحية الشرعية والقانونية .

المطلب الأول:

موقف الشريعة الإسلامية

تبدأ هذه السن بمجرد الولادة كما هو واضح لا يحتاج إلى بيان، ولكن انتهاء هذه السن هو محل خلاف بين الفقهاء والقاعدة العامة في هذا الشأن أن انتهاء سن الحضانة مرتبط بمدى استغناء الصغير عن خدمة الحاضنة.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن حضانة الفتى تنتهي ببلوغه سن السابعة[23] وحضانة الفتاة تنتهي ببلوغها سن التاسعة وهو قول أبو حنيفة، وفي رواية أخرى الأم أحق بحضانة البنت حتى تبلغ والابن حتى يأكل ويشرب وحده دون الاعتماد على غيره، ثم يكون عند الأب، وعند الإمام مالك الأم أحق بالولد الذكر أو الأنثى حتى يبلغ وقال ابن حزم الظاهري، إن الأم أحق بحضانة الولد الصغير حتى يحتلم، والبنت حتى تبلغ المحيض.

المطلب الثاني:

موقف المشرع الجزائري

حدد المشرع الجزائري مدة انتهاء الحضانة بقوة القانون أو بحكمه كما يلي:

أولا: تنتهي الحضانة بقوة القانون لكل من البنات والأبناء.

أ. **البنت:** تنتهي ببلوغها سن الزواج[24] وهذا ما جاء في صلب المادة 65 من قانون الأسرة " تنتهي حضانة البنت ببلوغ سن الزواج"[25] لكن قد تنتهي حضانة البنت قبل هذا السن في حالة ما إذا تزوجت بناء على إذن مسبق وقد يستعمل الأب هذه الطريقة إذا كانت هي الوحيدة المحضونة عند أمها من أجل استرجاع السكن الممنوح للحاضنة أو يتنصل من دفع أجرة السكن إن كان مستأجرا، وهنا يفهم أن ليس لها الحق في السكن إلا في حالة الحضانة وتعد تابعة للأبناء لا متبوعة.

ب. **الابن** : تنتهي حضانة الابن ببلوغه 10 سنوات طبقا لنص المادة 65، لكن المشرع منح سلطة تقديرية للقاضي لتمديد مدة الحضانة إلى 16 سنة أي سن التمييز المدني المنصوص عليه في المادة 42 من القانون المدني والذي تم تعديله وأصبح بموجبه سن التمييز 13 سنة إذا كان هذا التمديد فيه مصلحة للمحضون، لكن تلجأ الأم إلى هذه الطريقة من أجل البقاء مدة أطول في السكن بحجة بقائه عندها أصلح له. لكن الإشكال المطروح على أي أساس يعتمد القاضي في تمديد الحضانة لأن المادة 65 من قانون الأسرة التي تمنح للقاضي حق التمديد إلى غاية 16 سنة، ومن هنا كان لزاما على القاضي أن يبحث عن سند آخر لأن 16 سنة كان هو سن التمييز في القانون المدني، وهذا السند أزيل بتعديل المادة 42 على أن سن التمييز في الشريعة الإسلامية يتراوح طبقا للمذاهب الفقهية بين 7 و 9 سنوات وليس 16 سنة...

ولذا يمكن القول بأن الاعتماد على نص المادة 65 أصبح يطرح إشكالا آخر ومن هنا أصبح المشرع مدعوا مرة أخرى إلى تعديل هذه النصوص لإزالة التعارض وإن لم يفعل ذلك سيفتح الباب من جديد لطرح الكثير من الإشكالات.

المطلب الثالث:

ضرورة الحكم القضائي بانقضاء الحضانة

الحضانة لا تتحصل عليها الأم إلا إذا أعربت صراحة عن إرادتها و تمسكت بها أمام القضاء بأنها ترغب في الحصول عليها لأن القاضي مطلوب منه الالتزام بالطلب القضائي من جهة وكذلك مطالب بمراعاة مصلحة المحضون الذي يقرر له القانون حماية خاصة، وكذلك الأمر نفسه في حالة انتقال الحضانة إلى غير الأم فالراغب في الحصول عليها هو الآخر ملزم بتقديم طلب إلى الجهات القضائية المختصة من أجل الحصول عليها.

وإذا كان هذا هو حال الحصول عليها فالأمر نفسه في حال إنقضاء سن معينة يحددها النص التشريعي بل تنتهي الحضانة بحكم قضائي صادر في هذا الشأن ويكون مقررا لا منشئا، وكذلك الحال بالنسبة لسقوط الحضانة ففي جميع الحالات لابد من الحصول على حكم قضائي بانقضاء الحضانة. ويعد هذا الحكم كمرحلة أولية للمطالبة باسترداد السكن الذي كان يأوي الحاضنة مع محضونيها، أو عدم دفع بدل الإيجار إذا كان الأب مؤجر سكن لها[26].

نطلب استرداد السكن وعدم دفع أجرته بحجة أن الأبناء إنتهت حضانتهم بقوة القانون أو بحكمه ليس ذلك بحجة ما لم يكن هناك حكم قضائي بذلك وعليه لا يمكن للقاضي أن يفصل في سكن الحاضنة أو أجرته إذا قام نزاع بشأنهما بين الحاضنة وأب المحضون ما لم يفصل في أمر انتهاء الحضانة طبقا لما ينص عليه القانون أو بسقوطها إذا توفر سبب من أسباب سقوطها.

الخلاصة:

أن المشرع قد عالج مسألة الحضانة خلال تعديل قانون الأسرة محاولا تقديم بعض الحلول لهذه المسألة فاصلا بها بنصوص قانونية ومخففا على الأجهزة القضائية عبء الخوض في المسائل الاجتهادية ومن هذه الحلول:

أولا: حدد من هم أولى بحضانة الأولاد بعد الأم إذ يحل الأب مباشرة بعدها ولعل هذا النص يجعل الأب يتحمل المسؤولية الكاملة في حماية أبنائه بعد فك الرابطة الزوجية.

ثانيا: السكن ألزم القانون المطلق إن كان له أبناء بتهيئة سكن للحاضنة، إما بتهيئة سكن من طريق الإيجار أو يدفع لها بدل الإيجار وخاصة عندما شدد المشرع ومنح حق إبقائها في بيت الزوجية مع محضونها إلى أن يهيئ لها سكنا لائقا بها.

ثالثا: فصل في عمل المرأة الذي كان محل خلاف بين من جعله سببا لسقوط حق الحضانة ومن جعله العكس لهذا وضع المشرع نصا صريحا بأن لا يكون عمل المرأة سببا في حرمانها من حقها في الحضانة وذلك تشجيعا لها على مساهمتها في التنمية الاقتصادية للدولة بما تملكه من قدرة على ذلك في مجال تخصصها.

رابعا: اختصاص القضاء الإستعجالي:

تماشيا مع ما تقره الشريعة وما تنص عليه القوانين الداخلية والمواثيق والاتفاقات الدولية وتوصي به جمعيات حماية الطفولة وطنيا ودوليا وما ينص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مجال حماية الأطفال من الضياع والتشرد، والإهمال، وكل ما يمسهم صحيا، ونفسيا واجتماعيا. استحدث المشرع نصا جديدا خاصا بكيفية الإجراءات واختصاص القضاء الإستعجالي في مجال ما يخص الأبناء من نفقة وحضانة، وسكن، وزيارة[27].

وهذا كله لحماية الأبناء وأمهاتهم الحاضنات عندما يكونوا في حاجة ماسة إلى ما سبق ذكره فيمكنهم الحصول عليها بمجرد تقديم طلب بسيط وهو ما يعرف بالعريضة للقاضي الإستعجالي فهذا يعد إجراءا جديدا لصالح الأبناء في نصوص قانون الأسرة لأن الأصل في مسألة الاختصاص تكون ضمن النصوص الإجرائية الشكلية المعروف بقواعد التنظيم القضائي وليس النصوص الموضوعية، لكن المشرع باستحداثه لهذا النص نفهم أن هدفه هو المحافظة على هذه الفئة، لأن الحصول على هذه الحقوق أمر يتطلب السرعة وعدم التأجيل والتأخير فيها لهذا بسط هذا الإجراء ليكون في صالح الأبناء وخدمتهم في أقل وقت ممكن، وبقدر ما كان يحمل التعديل من إيجابيات سبق ذكرها فهو لا يخلو من نقائص نذكرها في الملاحظات التالية:

أولا: أهمل المشرع في نظرنا جانبا مهما يتعلق بالحضانة بالنسبة للأولاد إذا كانوا معوقين فقد ينتهي سن الحضانة لكن لا يجد العناية الكافية من قبل الأب أو مع من يعيش ولهذا كان على المشرع أن يفرد نصا خاصا في حالة ما إذا كان الولد أو البنت في حالة إعاقة مع إعطاء السلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر حالة الإعاقة مسترشدا عند اللزوم بالمختصين حتى تكون حماية أضمن لهذه الفئة، ويقدر مدى بقاء الولد أو البنت مع الأم، وإلزام الأب في الاستمرار بدفع النفقة لأن الأب قد يمتنع عند انتهاء سن الحضانة.

ثانيا: النفقة: نجد المشرع قد حدد نهاية النفقة ببلوغ الابن سن الرشد ما لم يكن سبب الاستمرار متوفرا مثل الدراسة،هنا كان على المشرع أن يمدد إلزام الأب باستمراره في النفقة مدة معينة بعد بلوغ سن الرشد، هذا في الحالة العادية للمحضون نظرا لشبح البطالة وانعدام فرص الحصول على مناصب الشغل، أما إذا كان هذا الابن معاقا فالأب يبقى ملزما بالنفقة على الابن.

ثالثا: المشرع لم يضع نصا للابن الذي انتهت حضانته دون إخوته، وخاصة إذا كان أكبرهم، وقد ينتهي سن الحضانة بالنسبة إليه ويبقى مع إخوته، وقد لا يبادر الأب بأخذه مع عدم استمراره في النفقة عليه وبالتالي يثقل كاهل الحاضنة من حيث النفقة لأن الواقع عكس ما ينص عليه القانون ففي كثير من الحالات نجد الابن تنتهي حضانته وهو ما زال مستمرا في العيش مع إخوته الذين مازالوا في حضانة أمهم.

رغم التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على جملة من نصوص قانون الأسرة والتي منها ما يتعلق بالحضانة، وهدفه في هذا حماية الأبناء من الضياع والتشرد بعد فك الرابطة الزوجية بين الأبوين إلا أننا نرى أنه بالرغم من ذلك تبقى هذه الحماية غير كافية ولهذا فنحن نطالب المشرع بالتدخل مرة ثانية عن طريق إجراء تعديل آخر للنصوص المتعلقة بالأبناء لأنهم جيـل الغـــد.

الهوامش والمراجع:

(1) أنظر: المنجد في اللغة والإعلام ط20، دار الشروق بيروت 1969، ص 139.

(2) أنظر: يوسف قاسم (حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1988، ص 402) .

(3) أنظر: الشيخ محمد بن علي (الشوكاني) نيل الاوطارجـ/ 7، دار الجيل بيروت (د-ت) ص 367.

(4) أنظر: د. بدران أبو العينين بدران، "حقوق الأولاد بين الشريعة والقانون" مؤسسة الشباب الجامعية القاهرة، سنة 1987، ص64.

(5) أنظر: المادة 62 من قانون الأسرة.

(6) أنظر: المادة 40 من القانون المدني الجزائري .

(7) أنظر: قرار رقم 53578 بتاريخ 22 ماي 1989، المحكمة العليا، مجلة عدد 4 سنة 1991، ص141 .

(8) غير أن المرتدة لا يتصور أن تكون حاضنة لأن ردتها عن الإسلام تستوجب تطبيق العقوبة المقررة لذلك شرعا وإذا كان فسقها يسقط حق الحضانة فمن باب أولى ردتها عن الإسلام والعياذ بالله، أنظر:أحمد يوسف،"أحكام الزواج والفرقة(دراسة فقهية)"، مكتبة الزهراء القاهرة(د-ت)، ص 293.

(9) أنظر: الأستاذ عيسى حداد "الوجيز في المواريث"، منشورات جامعة باجي مختار عنابة سنة2003 ص60 ، أنظر: د. عبد المجيد مطلوب" أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي"، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1984،ص 404.

(10) قال تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " سورة النساء الآية-141.

(11) أنظر: المادة 64 قبل التعديل(الأم أحق بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة).

(12) نقلا عن: د. محمد مصطفى شلبي،" أحكام الأسرة في الإسلام" (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية بيروت سنة 1983، ص 765.

(13) كما يقول المثل الشعبي " إذا جعت فاذهب إلى أخوالك وإذا ظلمت فاذهب إلى أعمامك" لأن الخال أرحم بإبن أخته من العم بإبن أخيه إلا إذا تعلق الأمر بحمية في الدفاع عن اللقب المشترك بين أفراد العائلة.

(14) أبو الأسود الدؤلي وزوجته يختصمان : إختصم أبو الأسود وزوجته في ولد لهما، وتحاكما إلى زياد بن أبية والي البصرة

قال زياد: ما خطبكما.

فقالت المرأة: خصمان اختصما في ولدهما.

قال زياد: فلتدل المرأة أولا بحجتها.

فقالت أصلح الله الأمير، هذا ابني كان بطني وعاءه، وحجري فناءه، وثديي سقاءه، أكلؤه إذا نام وأحفظه إذا قام، فلم أزل كذلك سبعة أعوام، فحين أملت نفعه،ورجوت دفعه، غصبه مني قهرا.

فقال زياد: وأنت يا أبا الأسود ماهي حجتك وما هو جوابك ؟

فقال أبو الأسود: أصلحك الله أيها الأمير، فأنا حملته قبل أن تحمله، ووضعته قبل أن تضعه.

فقالت المرأة: لقد صدق أيها الأمير، ولكن حمله خفا وحملته ثقلا، ووضعه شهوة ووضعته كرها.

قال زياد: والله لقد وازنت بين الحجتين فما وجدت لك عليها من سبيل .

(15) **أنظر: المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري.**

(16) أنظر: د. عمر عبد الله " أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية " سنة 1978، ص 118 .

(17) أنظر: المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.

(18) أنظر: الأستاذ عيسى حداد محاضرة بعنوان (الصلح في التشريع الجزائري) مقدمة للملتقى الوطني المنعقد في 14 مارس 2004 بكلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة.

(19) أنظر: المادة 467 من القانون المدني الجزائري.

(20) أنظر: د. مصطفى محمد شلبي، المرجع السابق، ص 767.

(21) أنظر: قرار 2549 بتاريخ 02 أفريل 1984، المحكمة العليا، مجلة قضائية عدد 89، ص 77.

(22) أنظر: قرار رقم 43594، بتاريخ 22 سبتمبر 1986، المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 4، ص41 .

(23) ربط أبو حنيفة انتهاء الحضانة بسن التمييز وهو السن المقدر بسبع سنوات بالنسبة للذكر، بينما الفتاة جعل انتهاء الحضانة بتسع سنوات وهي بداية البلوغ للبنت.

(24) أنظر: المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

(25) أنظر: المادة 65 من القانون نفسه.

(26) أنظر: محمد حسين منصور"مسكن الزوجية بين إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة(د-ت)، ص 63 .

(27) تنص المادة 57 من قانون الأسرة بقولها: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة، والزيارة والسكن".