تاريخ استلام المقال: 2018/02/28	تاريخ المراجعة: 2018/03/01	تاريخ القبول: 2018/03/19

مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري

The Interest of the Child in Contemporary Jurisprudence and the Algerian Family Law

L'Intérêt de l'Enfant dans la Jurisprudence Contemporaine et la Lois de la Famille Algérien

أ.د/ محفوظ بن صغير

كلية الحقوق – جامعة محمد بوضياف - المسيلة

hsbenseghir@gmail.com

ملخص:

يعتبر موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق وما تختص به من مسائل وأحكام، وخصوصا التعديلات الجديدة التي أدخلت على موادها في قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 مجالا للاختلاف الفقهي فيها، إلا أنه لا يخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية، إذ لا يعدو أن يكون خلاف في طريقة تكييف وتطبيق بعض الجزئيات.

الكلمات المفتاحية: مصلحة المحضون، الاجتهاد الفقهي المعاصر ،قانون الأسرة.

Abstract:

The issue of custody is one of the an effects of divorce and its special issues and provisions, in particular the new amendments to the articles of the Algerian Family Code under Ordinance No. 20-05, is an area of jurisprudential difference, but it does not depart from the general principles and rules of Islamic law. There is a difference in the method of adaptation and application of certain particles.

Key words: The interests of the child- contemporary jurisprudence- family law.

Résumé:

La question de la garde en tant qu'effet du divorce et de ses dispositions, en particulier les nouvelles modifications des articles du Code algérien de la famille par l'ordonnance n ° 20-05, est un domaine jurisprudentiel, mais ne déroge pas aux principes et règles généraux de la loi islamique. Il y a une différence dans la méthode d'adaptation et d'application de certaines particules.

Mots clés: Les intérêts de l'enfant- la jurisprudence contemporaine- le droit de la famille.

مقدمة:

يعتبر موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق وما تختص به من مسائل وأحكام، وخصوصا التعديلات الجديدة التي أدخلت على موادها في قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 مجالا للاختلاف الفقهي فيها، إلا أنه لا يخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية، إذ لا يعدو أن يكون خلاف في طريقة تكييف وتطبيق بعض الجزئيات، وذلك راجع لطبيعة وأسباب اختلاف الفقهاء،كمسألة سقوط حق الحضانة بالنسبة للحاضنة العاملة، ومسألة انتقال الحضانة وترتيب مستحقيها، ومسألة مسكن الحاضنة. إلا أن المشرع الجزائري قد خرج في بعضها عما نص عليه الفقهاء سلفا، مما يستوجب التعرض لها كونها تمس أحد القضايا المطروحة بصورة مستمرة على القضاء.

وقد تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة في مواده من 62 إلى 72 بموجب الأمر 05-02 الذي ألغى المادة 63، وأخضع بعضا من مواد الحضانة للتعديل. حيث جعل الأب أولى بحضانة الولد بعد الأم وفقا للمادة 64، كما أكد على حق المرأة الحاضنة في العمل وفقا للمادة 67، وفي المادة 72 ألزم الأب بتوفير سكن ملائم للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وبالرغم من ذلك يبقى هذا التعديل محل نقاش إذا ما قورن بما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وخصوصا ما نص عليه التعديل الجديد من خلال محاولته الموازنة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة، من ذلك ما يتعلق ببعض مسائل الحضانة كانتقالها إلى الأب مباشرة بعد الأم، وكون عمل المرأة لا يعد سببا لسقوط الحضانة عنها، وجعل السلطة التقديرية للقاضي مراعاة لمصلحة المحضون فيما يتعلق بإسناد الحضانة عند سفر الحاضن، وبقاء الحاضنة في مسكن المطلق إلى غاية تنفيذه للحكم القضائي المتعلق بالسكن. إلى غير ذلك مما سنعرض له من خلال بيان ما قرره فقهاء الشريعة في اجتهاداتهم في مسائل الحضانة، مع إبراز وجهة نظر المشرع الجزائري في ذلك. ويكون ذلك على النحو الآتي:

المحور الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

عني الإسلام بالفرد منذ نعومة أظفاره، بل قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة والنبت الحسن. ذلك أن الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير، ولهذا نبه النبي (ص) إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة، فقال"كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهوِدانه، أوينصرانه، أويمجسانه"[1]. فكانت للحضانة في الإسلام أهمية خاصة؛ لخطورتها البالغة؛ لذلك أوجبها الإسلام على الأب أو من ينوب عنه في حال الوفاة أو العجز. وتزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما يفترق الزوجان، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة، ولانحرافات مثيرة، إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، ويتقيا الله في أنفسهما وأولادهما، ويقدما مصلحة الأولاد على حظوظ النفس.

وسيتم تناول ذلك من خلال ما يأتي:

أولا: تعريف الحضانة وحكمها

1- تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

أ- في اللغة: مأخوذة من الحضن، وهو الجنب أو الصدر، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته[2].

ب- في الاصطلاح: تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها[3].ولم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة، حيث عرفتها المادة 62 بأنها:"رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف[4].

2- حكمها

كفالة الطفل وحضانته واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، ولا مخالف في ذلك[5].

3- حق الحضانة

لكل من الحاضن والمحضون حق في الحضانة، فهي حق للحاضن؛ بمعنى أنه لو امتنع عن الحضانة لا يجبر عليها، لأنها غير واجبة عليه، ولو أسقط حقه فيها سقط، وإذا أراد العود وكان أهلا لها عاد إليه حقه عند الجمهور؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان، وهي حق للمحضون بمعنى أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه أو لم يوجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، عينت الأم للحضانة وتجبر عليها، لذلك قال الجمهور لو اختلعت الزوجة على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع وبطل الشرط [6]. غير أن المالكية-في غير المشهور- يرون: أن الحاضن إذا أسقط حقه في الحضانة دون عذر بعد وجوبها سقط حقه، ولا يعود إليه الحق بعد ذلك لو أراد، ومقابل المشهور يعود إليه حقه بناء على أنها حق المحضون[7].والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا: حق الحاضنة وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليها، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره. وبناء على هذا تترتب الأمور الآتية[8]:

1- أن الحاضنة تجبر على الحضانة إذا تعينت لها، بأن لا يكون هناك حاضنة غيرها، أو رفضها من يليها في استحقاقها.

2- إذا لم تتعين الحاضنة للحضانة لا تجبر عليها.

3- إذا اختلعت الأم من زوجها على أن تترك ولدها المحتاج إلى الحضانة عند الأب كان الخلع صحيحا، ولا يسقط حق الأم في الحضانة إذا كان في سقوطها ضرر يلحق المحضون.

4- لا يجوز للأب أن ينزع المحضون من صاحبة الحق في الحضانة إلا لمبرر شرعي.

5- إذا كان الصغير يرضع من غير الحاضنة فعلى المرضع أن ترضع الصغير عند الحضانة.

ثانيا: مدة الحضانة

نصت المادة 65 على أنه:"تنقضي مدة حضانة الذكر 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 يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة

المحضون".وعلى ذلك فإن حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة، والمقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال[9]، وانتهاء حضانة النساء للصغار حال افتراق الزوجين مختلف فيه بين المذاهب على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى الحنفية أن حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين، وبه،يفتى، وقيل تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين، وبه،يفتى، وقيل إحدى عشرة سنة. وسبب التفرقة بين الذكر والأنثى هو أن الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت أحوج إلى تعلم آداب النساء، والتخلق بأخلاقهن، وخدمة البيت، والأم أقدر على ذلك بعد البلوغ أو الحيض[10].

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه، وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور، وأما حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها[11].

الرأي الثالث: ذهب الشافعية[12] والحنابلة[13] إلى أن سن الحضانة يمتد إلى التمييز، وهو سبع أو ثمان سنوات، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى؛ لأن النبي (ص) خير غلاما بين أمه وأبيه في سن التمييز[14]، ولأن المميز أعرف بحظه ومصلحته، فيرجع إليه، ولا تخير الفتاة عند الحنابلة؛ لأن الحظ والحفظ في كيانها عند الأب[15]. واشترط الحنابلة لتخيير الغلام شرطين: أن يكون الأبوان وغيرهما أهلا للحضانة، وألا يكون الغلام معتوها، فإن كان معتوها، كان عند الأم، ولم يخير، لأنها أحق بكفالة ولدها المعتوه[16]. وإذا انتهت مدة الحضانة ضم الولد إلى ولي النفس من أب أو جد لا لغيرهما، ويظل للأب أو الجد الحق في إمساك الصبي حتى يبلغ، فيخير بين أن ينفرد بالسكن أو يسكن مع أي أبويه شاء، إلا إذا بلغ سفيها غير مأمون على نفسه، فيضمه الأب إليه لدفع الفتنة أو العار، ولتأديبه إذا وقع منه شيء، ولا يلزم الأب بالنفقة على الابن بعد البلوغ إلا أن يتبرع، فإن بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابنا أم بنتا. وأما الفتاة فيضمها الأب أو الجد إذا كانت بكرا، وكذا إذا كانت ثيبا يخشى عليها الفتنة، فإن كان لا يخشى عليها الفتنة، وكانت ذا خلق مستقيم وعقل سليم وصارت مسة (بلغت سن الأربعين) فلها أن تنفرد بالسكن حيث شاءت، ولا يلزم الأب بالإنفاق على الفتاة إذا رفضت السكن معه، أو متابعته بغير حق[17].

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، مع ملاحظة أن اشتراط النص " أهالم تتزوج ثانية"، يفهم منه أن مجرد زواج الأم ثانية -ولو لم يكن هذا الزاج قائما- كاف لعدم تمديد حضانتها لولدها إلى سن السادسة عشرة. غير أنه أغفل الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها بقوة القانون. والحكم الفقهي في هذا الخصوص أنه يعود إلى الأب، وليس للمحضون حق الخيار في أن يختار الأب أو الأم على رأي الحنفية والمالكية، لأنه لا قول له ولا يعرف حظه، وقد يختار من يلعب عنده، وذهب الشافعية والحنابلة إلى تخييره إذا كان مميزا[18].

موقف القضاء

جاء في القرار المؤرخ في 1995/10/24:"إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[19].

وجاء في القرار المؤرخ في 1989/3/13:"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف-في قضية الحال- قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة 64 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[20].

ثالثا: مكان الحضانة

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه:"إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".ومؤدى هذا أن ثبوت الحق في الحضانة في حالة سفر الحاضن سفر نقلة -كما يقول المالكية- متروك أمر تقديره لقاضي الدعوى- مع مراعاة مصلحة المحضون- ولذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ

1990/2/19 بأنه:"من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون، والقيام على تربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقضه"[21]. كما قضت به أيضا في القرار المؤرخ في 1989/12/25 بأنه:"في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"[22].

وهنا تطرح مسألة سقوط الحضانة بسبب سفر المرأة، فوفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري، فإنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، أما انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة. وعلى هذا لم يفرق المشرع في الاستيطان خارج الوطن بين الحاضن والحاضنة، بقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها إلى القاضي.

رابعا: سقوط الحضانة واستعادتها

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه:"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".فتسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها[31]، وملخص ذلك فيما يأتي:

- سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد.
- ضرر في بدن الحاضن، كالجنون والجذام والبرص، وهو محل اتفاق بين المالكية والحنابلة وغيرهم.
- الفسق أو قلة الدين والصون، بأن كان غير مأمون على الولد لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق عليه.
- تزوج الحاضنة و دخول زوجها بها، إلا أن تكون جدة الطفل زوجة لجده، أو تزوج الأم عمّا له، فلا تسقط الحضانة لوجود المحرمية، و هذا متفق عليه.
- اختلاف الدين، وذلك عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية[32]، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، ومثله مذهب

الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر[33]، والمشهور عند المالكية والحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى[34]، فلا يشترط الإسلام فيها إلا أن تكون مرتدة، لأنها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة كما يقول الحنفية. أما غير المسلمة -كتابية كانت أو مجوسية – فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، ما لم يعقل المحضون الدين أويخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها، ويضم إلى أناس من المسلمين، لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا ينزع منها، وإنما تضم الحاضنة لجيران المسلمين ليكونوا رقباء عليها[35].

1- سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

قال ابن القيم: واختلف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال[36]:

أحدها: سقوطها به مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهذا مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة وأحمد في المشهور عنه. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم وقضى به شريح .

والقول الثاني: أنها لا تسقط بالتزويج بحال ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات البعل وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري وهو قول أبي محمد ابن حزم .

القول الثالث: أن الولد إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها وإن كان ذكرا سقطت وهذه إحدى الروايتين عن أحمد -رحمه الله- نص عليه في رواية مهنا بن يحي الشامي فقال: إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها. قيل له والجارية مثل الصبي ؟ قال: لا، الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين. وعلى هذه الرواية فهل تكون عندها إلى سبع سنين أو إلى أن تبلغ ؟ على روايتين. وعن أحمد أن الأم أحق بحضانة البنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ .

والقول الرابع: أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقوال.

أحدها: أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد.

الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد بأن يكون جدا للطفل وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد، فهذا تحرير المذاهب في هذه المسألة.

وجاء في "روضة الطالبين" للنووي في فقه الشافعية: في شروط الحاضنة:"فلو نكحت أجنبيا سقطت حضانتها؛ لاشتغالها بحقوق الزوج، فلو رضي الزوج لم يؤثر؛ كما لا يؤثر رضا السيد بحضانة الأمة؛ فقد يرجعان؛ فيتضرر الولد"[37].

غير أن المالكية قد وضعوا لسقوط حضانة المرأة عند زواجها بأجنبي القيود الآتية[38]:

1- عدم سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فأكثر، فإن سكت هذه المدة الطويلة بعد علمه بالزواج عد سكوته رضى بإسقاط حقه. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 68 التي نصت على أنه:"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

2- وجود مرضعة للطفل غير حاضنته إذا كان الطفل رضيعا وقبل ثديها.

3- وجود حاضن للطفل تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الحضانة.

4- أن لا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على الطفل المحضون من قبل أبيه أو من قبل القاضي.

5- إذا لم تفارق الحاضنة زوجها بطلاق أو موت الزوج قبل أن يطالب من يليها بحقه في الحضانة، فإن مات الزوج أو طلق قبل مطالبة صاحب الحق في الحضانة، فإن الحضانة تستمر للحاضنة التي كانت متزوجة، لأن العذر الذي يسقط حضانتها وهو الزواج قد زال بطلاقها، والولد لا يزال معها فتستمر على حقها.

2- رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه:"يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".فيعود حق الحاضنة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة، إذا زال ذلك العذر[39]، وذلك في الحالات الآتية وفق مذهب المالكية الذين يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري[40]:

1- العذر الذي لا يقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض أو عدم وجود اللبن، فإذا زال عنها ذلك استحقت الولد مرة أخرى، إلا أن تتركه بعد زوال العذر سنة فأكثر.

2- سفر الولي بالمحضون وانتقاله به إلى بلد آخر، فإنه إذا ترتب عليه سقوط الحضانة لعدم رغبة الحاضنة في الانتقال معه، ثم رجع الولي بالمحضون إلى بلده الأول رجع الحق للحاضنة من جديد.

3- سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، فإذا رجعت كان لها الحق في الولد.

وعلى هذا فإن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب المالكي في هذه المسألة حين فرق بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري في سقوط الحضانة.

المحور الثاني: أحكام الحضانة وفق التعديل الجديد

يتناول هذا المحور على الخصوص المواد القانونية المتعلقة بالحضانة، وهي بالتحديد المواد: 64 و67 و72 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك على النحو الآتي:

أولا: الأولى بالحضانة عند اجتماع الرجال والسناء

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن:"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.."[41].

أي أن الحضانة تكون مباشرة للأب بعد الأم، بعد عدول المشرع عن مذهب الجمهور، وبخاصة المذهب المالكي في ترتيب الحواضن كما كانت عليه المادة 64 قبل تعديلها. ومنه لا بد من الوقوف عند مسألة انتقال الحق في الحضانة بعد الأم إلى الأب مباشرة لمعرفة ما استند إليه المشرع فيما ذهب إليه[42].

1- الأم أولى بالحضانة

الحضانة تكون للنساء والرجال من المستحقين لها، إلا أن النساء يقدمن على الرجال؛ لأنهن أشفق وأرفق، وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[43]. فتكون حضانة الولد للأبوين إذا كان النكاح قائما بينهما، فإن افترقا فالحضانة للأم بالاتفاق[44]؛ لما ورد أن امرأة جاءت إلى النبي (ص) فقالت : يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله (ص):" أنت أحق به ما لم تنكحي"[45].

وجاء في المبسوط:"اعلم أن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم، والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى

الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوة الرأي، وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الأم أحنى وأشفق من الأب على الولد، فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحمله الأب، وفي تفويض ذلك إليها زيادة منفعة للولد"[46]. وجاء في المغني:"الأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت وهو قول الجمهور"[47]. وهذا ما أخذ به قانون الأسرة في المادة 64 التي نصت على أن:"الأم أولى بحضانة ولدها".

على أن الفقهاء قد اتفقوا في الجملة على أن الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة إذا كملت الشرائط فيها، فإذا عدمت بأن تزوجت من أجنبي أو قريب غير محرم، أو سقط حقها في الحضانة بأي سبب من أسباب سقوطها، فإنها تنتقل إلى الجدة لأم - وإن علت- فإن لم تكن -بأن كانت ميتة أو متزوجة بغير محرم منه- فالحضانة إلى أم الأب -على خلاف بينهم في تقديم الخالة والأخت عليها-[48] ثم إلى من يليها من مستحقيها من النساء[49]. والأصل في تقديم الجدة لأم ما جاء في الموطأ عن يحي بن سعيد عن القاسم بن محمد قال:" كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصما، ثم فارقها عمر -رضي الله عنه- فركب يوما إلى قباء، فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياه أباه، فأقبل حتى أتيا أبا بكر-رضي الله عنه- فقال عمر: هذا بعضي، وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر: خلِّيا بينه وبينها؛ فإن ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر"[50] قال أبو بكر ذلك والصحابة حاضرون متوافرون، فلم ينكر ذلك أحد ولم يعارضه عمر، قال مالك: وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك[51].

2- انتقال الحضانة من الأم إلى الأب وفقا لقانون الأسرة

إن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في موضوع الحضانة بمختلف مسائلها إنما يهدف بالأساس إلى حماية مصلحة المحضون، ويتجلى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي، والتي تقضي بما يضمن تحقيق المصلحة للمحضون بالدرجة الأولى، ومثال ذلك استثناء سقوط الحضانة بالنسبة للحاضنة العاملة إذا كان في عملها ما يفوت على المحضون رعايته والعناية به، وكذا من خلال الحكم بالنسبة لمكان الحضانة التي تكون حسبما تقتضيه مصلحة المحضون بغض النظر عن الحاضن، وكما في مسألة انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة، من خلال المادة 64 والتي نصت

على أن:"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب..مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك". حيث يفهم من هذا كله أن المشرع قد احتفظ في ترتيب الحاضنين بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة للخالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأنها ضمان مصلحة المحضون[52].وقد استند المشرع فيما ذهب إليه من جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة -فيما يبدو- إلى ما ورد في فقه الحنابلة، حيث جاء في المغني:"ولا يشاركها -أي الأم في الحضانة- في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه"[53].

وجاء في موضع آخر منه:"عن أحمد روايتين إذا عدمت الأم. الأولى: أن أم الأم وإن علت أولى بحضانته وهو المشهور، والثانية: أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته"[54].

وجاء في موضع آخر منه أيضا:"وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان: أحدهما تنتقل إلى الأب؛ لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها. والثاني: تنتقل إلى أمهاتها وهو أصح، لأن الأب أبعد"[55].

وعلى هذا يمكن القول بأن المشرع قد أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنابلة في هذه المسألة، إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال.كما استند إلى ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/2/18أنه:"من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"[56].وكذا القرار المؤرخ في 2001/2/12:"إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون"[57].

ثانيا: سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة

نصت الفقرة الثانية من المادة 67 على أنه:"ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[58].حيث استدرك المشرع النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية (المضافة) من هذه المادة، من خلال ما أكدته المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 2000/7/18:" من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[59].

وبناء على هذا أكد المشرع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها[60]، ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة. واحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[61]. وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/7/3:" عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"[62].

وهذا الرأي له ما يسانده من وجهة نظر الفقه الإسلامي في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة. فقد اهتم الفقه الإسلامي بمصلحة المحضون، وجعل له الأولوية في كل ما يرجع عليه بالنفع، ويدفع عنه الضرر، فاشترط في الحاضنة كونها خلية متفرغة، حتى لا تنشغل بحقوق الغير عن حق المحضون في الرعاية والتربية، والاهتمام بكل ما يلزمه من عناية وخدمة. ولذلك جعلوا زواج الحاضنة بأجنبي من مسقطات حقها في الحضانة لانشغالها بحقوق الزوج، وقياسا على ذلك فإن خروج المرأة للعمل بالمفهوم الحديث (الموظفة)، يسقط حق الحضانة بالنسبة لها -وبخاصة من تعمل طوال أيام الأسبوع.

حتى وإن لم ينص الفقهاء القدامى على ذلك صراحة، كون المسألة لم تكن مطروحة لديهم بشكلها المعروف حاليا، إلا أن ما يفهم من خلال تتبع نصوصهم في هذا الشأن أنهم يجعلون عمل المرأة عائقا يحول دون استحقاقها الحضانة. وعلى هذا فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون. حيث يرى الحنفية[63] والحنابلة[64] أنه يجب على الحاضنة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب بحيث يلحق تقصيرها الضرر به في جسمه وسلوكه أو تسببت في إضاعة مصالحه، فإن هذا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة.

ويلحق بتقصير الحاضنة كثرة خروجها من البيت على وجه يؤدي إلى إضاعة المحضون، فقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير. جاء في المبسوط:"وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت"[65]، وجاء في الفتاوى الهندية:"ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة"[66]. وفي روضة الطالبين:" الشرط الخامس كونها فارغة خلية"[67].

واختلفوا في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة:

أ- فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة، بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو مغسلة[68].

ب- ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنها في الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائما. وعلى هذا فعمل المرأة يجب أن ينظر إليه من خلال أداء الحقوق والواجبات الأسرية، وممن قال بهذا الرأي مصطفى شلبي، و عبد الرحمن الصابوني.[69]

ج- أما الشيخ أبو زهرة فقد ذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة، إلا أنه ذهب إلى أن تقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي[70].

د- ويرى محمد عقلة سقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير، ويبرر رأيه بأن الواقع العملي يثبت الأثر السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر وضياع الناشئة[71].

والذي أراه في هذه المسألة القول بعدم سقوط حق الحضانة بمجرد عمل المرأة، إنما يمكن النظر إلى طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى تفريط في حق المحضون فأرى سقوط حقها في الحضانة،كما يجب أيضا ضرورة مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية عند دراسة أثر العمل وعدم الاقتصار على الجوانب المادية فقط، فإن العلماء عندما تحدثوا عن الحضانة تطرقوا لتأديب المحضون ورعايته وتعليمه والقيام بمصالحه، ولا شك أن من أعظم المصالح مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية والتربوية للمحضون.ولا بد من التنبيه في هذا المقام إلى أنه ما دام المشرع يتجه إلى تشجيع خروج المرأة للعمل، فيكون بالضرورة عليه مراعاة قوانين العمل -المعمول بها- لظروف المرأة الحاضنة وتقليص ساعات عملها بما لا يتعارض مع واجبها الأسري بحضانة صغارها. فمشاركة المرأة في الحياة العامة يجب ألا يؤثر سلبيا على واجباتها الأسرية، لأن تربية الجيل الجديد وتشكيل شخصيته يعد من أهم وظائف الأم، فإذا ما غابت هذه الوظيفة فإن المتوقع هو وجود جيل يعاني أبناؤه من خلل عاطفي ونفسي ووجود جيل متفكك الأسر متقطع الروابط.ومن هنا يمكن القول أنه في جميع الحالات التي تكون عليها الحاضنة يجب تقديم ومراعاة مصلحة المحضون، كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري وأكدته الاجتهادات القضائية المستندة أساسا إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وذلك لأن حق المحضون أولى وأوكد من حق الحاضن، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة ما لم تتحقق وتتأكد مصلحة المحضون.

ثالثا: مسكن الحاضنة أو بدل الإيجار

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه:"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"[72]. حيث يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة على خلاف ما ورد النص عليه في المادة 52 قبل تعديلها من خلال عبارة"مع محضونيها". والذي يفهم منها أن شرط استحقاق السكن أن تكون حاضنة لأكثر من واحد. كما يظهر أيضا أن المشرع قد أغفل عمدا النص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر، وذلك عكس مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 قبل تعديلها:"تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت انحرافها".

كما أنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق، وكذا الحكم عند الفرقة باللعان[73].

على أن النفقة والسكن للمحضون واجبة على من تجب عليه نفقة الولد في الجملة عند جمهور العلماء، وإنما اختلفوا في سكنى الحاضنة نفسها، قال ابن عابدين بعد ذكره خلاف فقهاء الحنفية في ذلك:"والحاصل أن الأوجه لزوم أجرة المسكن على من لزمه نفقة المحضون، فإن السكن من النفقة، لكن هذا إن لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها، فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه". وقال أيضا:"فينبغي أن يكون هذا توفيقا بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل"[74].

والخلاف عند المالكية كما قال الدردير في حاشيته على مختصر خليل:"إنما هو فيما يخص الحاضنة من المسكن، وأما السكنى فيما يخص المحضون فعلى الأب اتفاقا. ومذهب المدونة الذي به الفتوى أنه على الأب للمحضون والحاضنة معا، ولا اجتهاد فيه. وقيل تؤدي الحاضنة حصتها من الكراء. قال سحنون سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد. ويكون عليه من الكراء على قدر ما يجتهد الحاكم. والمشهور أن على الأب السكنى وهو مذهب المدونة خلافا لابن وهب القائل أن أجرة المسكن على الحاضنة، وعلى المشهور قال سحنون تكون السكنى على حسب الاجتهاد"[75]. وجاء في النوادر لأبي زيد القيرواني:"قال ابن القاسم فيمن طلق امرأته وله منها ولد، فإن كان ملِيا فعليه أن يخدم، والسكنى عليه وعليها، وقال أيضا فيمن طلق امرأته وله منها ولدان: أنه ليس عليه لهما إلا النفقة، وليس عليه أن

يكتري لهما. وسئل أشهب عمن طلق امرأته وله منها ولد يلزمه كراء منزل لولده، قال: نعم، وقال ابن القاسم: وإن لم يكن له ما ينفق على ولده منها إلا دارا، فإن كان فيها فضل، وإلا فلا نفقة عليه"[76].

وأما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة، فمن تجب عليه نفقة الحاضنة يجب عليه إسكانها[77].حيث جاء في نهاية المحتاج:"ومؤنتها -ومنها السكنى- على من تلزمه نفقتها"[78]. ويتحصل من مجموع أقوال الفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أوجه: وجه يقضي للحاضنة المطلقة بالسكنى مطلقا، وفق ما جاء في المدونة، ووجه آخر يقضي لها بعدم وجوب المسكن للحاضنة على رأي ابن وهب، والوجه الثالث أن لها ذلك إذا لم يكن لها مسكن، وهذا هو الأرجح عند فقهاء الترجيح في المذهب الحنفي على رأي ابن عابدين[79]؛ لأن المتتبع لعبارات الفقهاء يجدها تكاد تتفق حول إعداد المسكن للحاضنة التي لا تملك مسكنا، وأما التي لها مسكن، فلا يلزم المطلق بإسكانها وهو الراجح في مذهب الحنفية والمالكية، وهذا الذي مال إليه من المعاصرين الشيخ أبو زهرة والسيد سابق ومصطفى شلبي ومحمد بلتاجي وغيرهم[80].

وعلى هذا فجملة الملاحظات التي يمكن إبداؤها بشأن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 72 التي نصت على أنه" تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فهي كالآتي:

أولا: إن النصوص الفقهية الواردة في هذه المسألة، وخاصة وفق مذهب الحنفية المالكية كما هو قول ابن عابدين" لكن هذا إن لم يكن لها مسكن"، صريحة في الكلام عن الحاضنة التي ليس لها مسكن، وهي التي على الأب سكناها هي ومحضونها، أما المشرع فلم يقيد حق الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية بهذا القيد المهم، إنما أطلق القول بأنه للمطلقة الحاضنة هذا الحق، ولم يفرق -كما ذهب إلى ذلك الفقهاء- مع أن هذا التفريق مهم جدا في الحالات التي يكون للمطلقة مسكن آخر غير مسكن مطلقها، حيث يعفي ذلك الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في استطاعته الحصول على غيره.

ثانيا: أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحضانة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيرا كان أو كبيرا. ومما

لا شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد انتهاء الصلة بينها وبين الزوج، فإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية باعتباره من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق له أو لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة على ما كانت عليه قبل التعديل، وهو الأمر الذي عليه جمهور الفقهاء[81].

ثالثا: لا يمكن تصور بقاء المطلقة في بيت مطلقها بعد صدور حكم الطلاق، إذ أصبحت بذلك أجنبية عليه، فكيف يعقل بقاؤهما في بيت واحد إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن الذي عادة ما تطول مدة تنفيذه. ولا تسمى حينئذ بيت الزوجية؛ لأن الزوجية لم تعد قائمة، بل تسمى بيت مطلقها.

وقد فصل الرملي ذلك وهو في سياق الحديث عن سكنى المعتدة من طلاق بائن بقوله:"و لو كان في الدار حجرة سكنها أحدهما، وسكن الآخر الحجرة الأخرى من الدار، فإن اتحدت المرافق -كمطبخ ومستراح- اشترط محرم، وإن كان في الدار بيت- يقصد حجرة واحدة- فإنه لا يجوز له أن يساكنها ولو مع محرم؛ لأنها لا تتميز من المسكن بموضع إلا إذا بنى بينهما حائلا، وبقي لها ما يليق بها سكن جاز، وإلا بأن لم تتحد المرافق بل اختصت كل من الحجرتين بمرافق فلا يشترط المحرم إذ لا خلوة"[82].وعلى هذا فإرادة المشرع غير واضحة في هذه المسألة، إذ يلزم من ذلك إما توفير سكن مستقل لها عن مسكنه إذا توفر لديه مسكن آخر-وهذا على خلاف الغالب- وإما أن يتخلى لها عن مسكنه الوحيد، فيقع بذلك المطلق في الضيق والحرج، وهذا تجاوز كبير لم يقل به أحد من الفقهاء.

وحل هذه الإشكالية يكمن في تقديري:

أولا: في سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الاستعجال، وهذا ما استدركه المشرع من خلال نص المادة 57 مكرر:"يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"[83].

ثانيا: إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها إطلاقا، فهنا تقدم مصلحة المحضون، وتبقى الحاضنة في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. أما إن كان لها مسكن خاص أو أهل تأوي إليهم، فإنها تمكث في بيتها

أو في بيت أهلها وتستحق بدل الإيجار منذ انتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب الحكم القضائي، هذا إن تعذر عليه توفير سكن ملائم للحاضنة قبل تنفيذه للحكم القضائي.

فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة، لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم بإيجابه. وقد سئل ابن حجر الهيثمي عن الأم الحاضنة إذا طلبت أجرة المسكن الذي تحضن فيه أولادها هل يجب على الأب استئجار المسكن أو لا، وهل تسقط حضانتها إذا لم يكن لها مسكن أم لا، وهل يدخل في مؤنة الحضانة أجرة المسكن أم لا؟ فأجاب بقوله:" الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب فالإسكان عليه، وإلا فليس لها إلا أجرة الحضانة فتستأجر منها مسكنا إن شاءت ولا تسقط حضانتها بعدم ملكها أو نحوه لمسكن"[84].

كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة القاصر التي لا يكون بمقدورها الانفراد بسكن مستقل عن أهلها، وحتى لو أمكنها قانونا فإن العرف والواقع يأبيان ذلك، لما قد ينجر عنه من مفاسد قد تلحق الحاضنة وتضيع بذلك مصلحة المحضون.

خاتمة:

يتلخص مما سبق دراسته في هذا البحث ما يلي:

- أصبح من حق الأب حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم بالمادة 64، بغية تحصيل التوازن بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، حتى ولو كان الأساس في ذلك ضعيف.
- بقاء الأم و الأبناء في بيت الزوجية في انتظار القرار الفاصل فيما يخص السكن بالمادة 72.
- إلزام الزوج بضمان بيت محترم لأبنائه و أمهم الحاضنة أو تأجير سكن لهم بالمادة 72.
- لا يشكل عمل المرأة سببا في إسقاط حقها في الحضانة بالمادة 67.

الهوامش:

1- الإمام مالك: الموطأ، كتاب الجنائز، باب جامع الجنائز، حديث رقم:646، 329/1. الترمذي: كتاب القدر، باب ما جاء كل مولود يولد على الفطرة، حديث رقم:2138، 447/4. أبو داود: كتاب السنة، باب في الذراري المشركين: حديث رقم: 4714، 58/5-60.

2- المعجم الوسيط: ص 182.

3- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 40/4. أبي عبد الله الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص324. الشربيني: مغني المحتاج،592/3.

4- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 390/1. عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 139.

5- ابن قدامة: المصدر نفسه، 412/11.

6- انظر، السرخسي: المبسوط، 169/6. الشربيني: مغني المحتاج 596/3. ابن قدامة:المصدر نفسه، 427/11.

7- انظر، الغرياني: الفقه المالكي وأدلته، 167/3.

8- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 719/7. أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 151.

9- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 693/5.

10- السرخسي: المبسوط، 207/5-208. الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 566/1. الكاساني:بدائع الصنائع، 42/4.

11- الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 165/3.

12- الشيرازي: المهذب، 168/3.

13- ابن قدامة: المغني، 415/11.

14- لحديث أبي هريرة قال : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ - وأنا قاعد عنده - فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عنبة ، وقد نفعني ، فقال النبي ﷺ : استهما عليه فقال زوجها : من يحاقني في ولدي ، فقال النبي ﷺ :"هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به. النسائي: كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين و تخيير الولد، حديث رقم:5660، 292/5.

15- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/ 698.

16- ابن قدامة: المصدر نفسه، 417/11.

17- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 566/1.

18- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 598/3-599. ابن قدامة: المصدر نفسه، 415/11. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 743/7.

19- ملف رقم 123889: نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 111.

20- ملف رقم 52221: المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 48.

21- ملف رقم 59013: المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 117.

22- ملف رقم 56597: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص 61.

23- جاء في الفقرة الثانية من المادة 62:"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، حيث أغفل المشرع ذكر الأوصاف المتعلقة بشروط أهلية الحاضن، مما يستدعي الرجوع إلى الشروط المقررة في الفقه الإسلامي، وهي: البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا، والأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، وعدم زواج الحاضنة بأجنبي أو بغير قريب محرم. انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 391.

24- الشربيني: مغني المحتاج، 595/3. البهوتي: الروض المربع، ص 629.

25- الكاساني: بدائع الصنائع، 42/4.

26- الكاساني: المصدر نفسه، 42/4. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 161/3-162.

27- الدردير: الشرح الكبير، 529/2. السرخسي: المبسوط، 171/6. عبد الله الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، 16/4.

28- ابن القيم: زاد المعاد، 454/5-455.

29- النووي: روضة الطالبين، 506/6.

30- انظر، الدردير: المصدر نفسه، 530/2. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 166/3-167.

31- لم يفرق الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في عود الحضانة إذا كان سبب سقوطها اضطراريا أو اختياريا طبقا لقاعدة "إذا زال المانع عاد الممنوع". ابن قدامة: المغني، 427/11. الموسوعة الفقهية، 313/17.

32- انظر،الدردير: الشرح الكبير، 532/2-533. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 168/3. الموسوعة الفقهية، 313/17.

33- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..".

42- لا يتسع المقام لذكر ترتيب المستحقين للحضانة من النساء والرجال،انظر في ذلك:ابن قدامة:المغني،11/ 422 وما بعدها. عبد الله الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، 14/4-15. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 162/3 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 719/7 وما بعدها.

43- الكاساني: بدائع الصنائع، 41/4. السرخسي: المبسوط، 207/5.

44- انظر، ابن القيم: زاد المعاد، 535/5. الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، 564/1-565.

45- الدارقطني: كتاب النكاح، باب الحضانة، حديث رقم 3808. 468/4.

46- السرخسي: المصدر نفسه، 207/5.

47- ابن قدامة: المغني، 413/11.

48- إذا اجتمعت أم الأب والخالة، فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك وأبي ثور، وروي عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب، وهو قول الشافعي في القديم، والصحيح عند الحنابلة أن الأم لأب مقدمة على الخالة. ابن قدامة: المغني، 422/11. الشربيني: مغني المحتاج، 592/3.

49- ليس معنى كون الحضانة لأحد الوالدين خلو الطرف الآخر عن رعاية المحضون ومباشرة مصالحه التي يجب عليه القيام بها أو التي يحتاج إليها المحضون، وكذلك ليس معنى كون الحضانة للجدة -سواء أكانت لأم أو لأب- انفضاض يد الوالدين عن حقهما في رعاية المحضون والنصح له والقيام بمصالحه التي لا يقوم بها إلا هما، وكذلك بعد انتهاء سن الحضانة واختيار المحضون لالتحاقه بأحد أبويه.

50- الإمام مالك: الموطأ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، حديث رقم:2230 ، 317/2.

51- الباجي: المنتقى، 149/8.

52- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 140.

53- ابن قدامة: المغني، 414/11.

54- ابن قدامة: المصدر نفسه، 11/ 426.

55- ابن قدامة: المصدر نفسه، 11/ 427.

56- ملف رقم 135640: المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص 39.

57- ملف رقم 256629: المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 421.

58- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه. غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

59- ملف رقم 245156: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

60- هذا الموقف من المشرع يدل على الاتجاه السياسي في تعزيزه لحرية المرأة في العمل، وطريق إلى تحقيق مساواتها بالرجل في مختلف مناحي الحياة الاجتماعية والسياسية، كما يلحظ هذا الاتجاه من خلال المادة 19 من قانون الأسرة التي تجيز لها اشتراط العمل أو الاستمرار فيه، وبناء على تخلف شرطها بعد الزواج، فلها الحق في طلب التطليق بناء على الفقرة التاسعة من المادة 53. غير أن الدور الحقيقي للمرأة لا يظهر أثره إلا في تربية النشء، وكفاية الولد من الرعاية والعناية وعاطفة الأمومة التي يفتقر إليها الولد في دار الحضانة بعيدا عن أمه لفترة طويلة.

61- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 142.

62- ملف رقم 274207: المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 262.

63- انظر، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 565/1-566.

64- انظر، الهوتي: الروض المربع، ص 629-630.

65- السرخسي: المبسوط، 207/5.

66- الشيخ نظام: المصدر نفسه، 566/1.

67- النووي: روضة الطالبين، 506/6.

68- ابن عابدين: رد المحتار، 603/3.

69- شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 764. الصابوني: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط9، 1983، ص 279.

70- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 407.

71- محمد عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، ط 2، 1990، 370/3.

72 - عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

73 - يسقط حق الحاضنة في المسكن إذا اختلعت من زوجها على أن يكون البدل الذي تلتزم الزوجة بدفعه هو بدل إيجار المسكن أو نفقتها على الولد -كما سبقت الإشارة إلى ذلك- وأما في حالة التطليق فالضرر واقع بالمرأة ويوجب لها التعويض، ويكون من حقها كذلك المسكن إذا كانت حاضنة، ويختلف الأمر في اللعان بأن نفى المطلق أبوته لابنه وانتفى النسب فلا نفقة ولا سكنى. انظر، العمراني: البيان في مذهب الشافعي، 25/10. ابن قدامة: المغني، 405/11.

74 - ابن عابدين: رد المحتار، 562/3.

75 - الدردير: الشرح الكبير، 533/2-534.

76 - أبو زيد القيرواني: النوادر والزيادات، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1999، 58/5-59.

77 - العمراني: البيان في مذهب الشافعي، 230/11-232. ابن قدامة: المغني، 402/11.

78 - الرملي: نهاية المحتاج، 225/7.

79 - ابن عابدين: رد المحتار، 562/3.

80 - انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 410.السيد سابق: فقه السنة، 221/2. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 769. محمد بلتاجي: دراسات في الأحوال الشخصية، ص 196 وما بعدها.

81 - انظر، الماوردي: الحاوي الكبير، 478/11. ابن قدامة: المغني، 372/11 وما بعدها.

82 - الرملي: نهاية المحتاج، 163/7.

83 - مضافة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

84 - ابن حجر الهيثمي: الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، 216/4.