١

قضاء المحكمة العليا في حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي على ضوء التغيرات الاجتماعية

The SupremeCourt’sruling on the custody of a mother residing in a foreign country in light of social changes

الدكتورة رتيبة عياش
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة ٢ / الجزائر
Doctor Ratiba AYACHE
BLIDA UNIVERSITY 2
ayacheratiba@gmail.com

الملخص

تعتبر الحضانة المجال الخصب للاجتهاد القضائي، نظرا للإشكالات التي تحيط بها. والمعيار المعتمد عليه في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في إسناد الحضانة و إسقاطها هو مصلحة المحضون.

ومن أهم المسائل التي كانت محل قرارات من المحكمة العليا مسألة إقامة الأم الحاضنة في بلد أجنبي عن بلد ولي المحضون .

ومن خلال استقراء دقيق لهذه القرارات ظهر استقرار اجتهاد المحكمة العليا الصادر قبل سنة ٢٠٠٨على عدم إسناد الحضانة للأم التي تقيم في بلد أجنبي لتعذر ممارسة الرقابة والإشراف من طرف ولي المحضون، بسبب بعد المسافة، تطبيقا للمنصوص عليه في الفقه الإسلامي، إلا أن اتجاه المحكمة العليا تغير بصدور اجتهاد قضائي سنة ٢٠٠٨ ،الذي استبعد مسألة رقابة وإشراف الولي، وأسند الحضانة للأم في هذه الحالة.

و لعل السبب في ذلك هو إسناد الولاية للأم الحاضنة بموجب المادة ٨٧ /٣ من قانون الأسرة المعدل سنة ٢٠٠٥ بموجب الأمر٠٥ -٠٢ لوضع حد للمشاكل التي تعانيها الأمهات الحاضنات كما جاء في مداولات المجلس الشعبي الوطني، في الجلسة العلنية المنعقدة يوم ١٤مارس ٢٠٠٥.

الكلمات المفتاحية: الأم الحاضنة، بلد أجنبي، إقامة، ولي المحضون، رقابة وإشراف.

Abstract

Custody is considered the fertile field for judicial jurisprudence, given the problems surroundingit.

The criterionadopted in Islamic fiqh and familylaw in assigning and abolishing custodyis the interests of the child

Among the most important issues thatwere the subject of decisions from the Supreme Court was the issue of the custodial mother'sresidence in a country foreign to the country of the guardian of the child.

Through a careful extrapolation of thesedecisions, the stability of the jurisprudence of the Supreme Court issued before 2008 on not assigning custody to the mother who resides in a foreign country ; due to the impossibility of exercising control and supervision bey the guardian of the child ,due to the distance, in application of whatisstipulated in Islamicfiqh. However, the direction of the Supreme Court changedwith the issuance of a jurisprudence in 2008, whichruled out the issue of guardianship and supervision, and assignedcustody to the mother in this case.

Perhaps the reason for thisis the assignment of guardianship to the custodialmotherunder Article 3/87 of the Family Law amendedin 2005 by virtue of Ordinance 02-05 to put an end to the problemsexperienced by custodialmothers, as stated in the deliberations of the National People'sAssembly, in the public session held on March 2005 ,14.

Key words: The custodial mother, residence, a foreign country,theguardian of the child , control and supervision.

مقدمة

حضيت مسائل الحضانة برعاية تشريعية وقضائية واسعة باعتبارها المجال الخصب للاجتهاد القضائي، لأنها مرتبطة بحماية فئة هشة وحساسة في المجتمع، وهي فئة الأطفال المحضونين، رعاية لمصالحهم المادية والمعنوية، وقد أسهب الفقه الإسلامي في الحرص على مصلحة المحضون وعدم الإضرار به، كما دون المشرع نصوصا قانونية كرر فيها عبارة مراعاة مصلحة المحضون، لكونها المعيار المعول عليه فقها وقانونا في إسناد الحضانة وإسقاطها، ومنها المادة ٦٤ من قانون الأسرة التي تنص 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، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة «.[1]

ومن بين المسائل التي تثير إشكالات تطبيقية مسألة سفر الحاضنة بالمحضون إلى خارج البلد الذي يقيم فيه ولي المحضون بغرض الإقامة، وهذه المسألة لا تعد حادثة بل عرفت منذ القديم، بدليل وجود نصوص فقهية بخصوصها، كما عالجها المشرع في المادة ٦٩ من قانون الأسرة التي تنص 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»، وبالرغم من أن نص هذه المادة لم يمسه التعديل بموجب الأمر رقم: ٠٥-٠٢، إلا أن هذه المسألة على غرار بعض المسائل أحاطت بها تغيرات حياتية، نظرا للتطورات الاجتماعية الحاصلة نتيجة الانضمام إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تقوم على مبدأ المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة، وتدعو إلى سن تشريعات وطنية تحرم التمييز بين الرجل والمرأة، وتوصي باتخاذ تدابير خاصة مؤقتة للتعجيل بتحقيق تلك المساواة، واتخاذ خطوات تستهدف تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تؤدي إلى إدامة هذا التمييز .

وفي هذا الإطار نصت المادة ٠٣/٨٧ بعد تعديل قانون الأسرة رقم: ٨٤- ١١ بموجب الأمر رقم: ٠٥-٠٢ على ما يلي: «وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد».

وبناء على ما سبق تتمحور هذه الدراسة حول تسليط الضوء على أهم الاجتهادات القضائية

التي صدرت في مدى أحقية الأم المقيمة في بلد أجنبي في الحضانة، وتشمل فقط حالة الإقامة، دون السفر بغرض التجارة أو الزيارة أو النزهة وما شابهها من مسائل، وذلك من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا الصادرة في الموضوع، وتوضيح أساسها الفقهي والقانوني، سواء قبل صدور قانون الأسرة أو بعد صدوره سنة ١٩٨٤ أو بعد تعديله سنة

(١) - الأمر رقم: ٠٥ -٠٢،المؤرخ في: ٢٤/ ٠٢/ ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية،، العدد١٥، سنة ٢٠٠٥، ص ١٨ المعدل والمتمم للقانون رقم:٨٤- ١١، المؤرخ في: ٠٩ /٠٦/ ١٩٨٤، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤، سنة ١٩٨٤، ص ٩١٠.

٢٠٠٥، تأثرا بالتطورات الاجتماعية .

وتمت الدراسة بالاعتماد على المناهج الثلاث: الاستقرائي والتحليلي والمقارن، من خلال استقراء الاجتهادات القضائية، وتحليلها، ومقارنة ما جاء فيها من مبادئ بما ورد من أحكام فقهية وقانونية.

والإشكال الذي يمكن طرحه بهذا الصدد يتمثل فيما يلي: ما مدى استحقاق الأم المقيمة في بلد أجنبي للحضانة في ظل الاجتهاد القضائي بناء على التطورات الاجتماعية الحاصلة؟

وللإجابة على هذا الإشكال تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، يشمل المبحث الأول عرض الاجتهادات القضائية في حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي قبل تعديل قانون الأسرة، أما المبحث الثاني فيتضمن عرض الاجتهادات الصادرة بعد تعديل قانون الأسرة .

المبحث الأول
الاجتهاد القضائي في حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي قبل تعديل قانون الأسرة

يتضمن هذا المبحث عرض وتحليل الاجتهادات القضائية الصادرة في مسألة مدى استحقاق الحضانة للأم المقيمة ببلد أجنبي عن البلد الذي يقيم فيه ولي المحضون، قبل صدور قانون الأسرة سنة ١٩٨٤(المطلب الأول)، كما يتطرق إلى تلك التي جاءت بعد صدور قانون الأسرة وقبل تعديله بموجب الأمر ٠٥-٠٢ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي قبل صدور قانون الأسرة

إن أهم اجتهاد قضائي قبل سن المشرع لقانون الأسرة هو الصادر سنة ١٩٨٢، والذي سيتم عرضه (الفرع الأول)، وتحديد الأساس الذي استند عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاجتهاد القضائي الصادر سنة ١٩٨٢

جاء في الاجتهاد الصادر سنة١٩٨٢ ما يلي: «عن الوجه الأول المبني على الحضانة وسقوطها بسبب طول المسافة الفاصلة بين الحاضنة ووالد المحضون، فإن الشريعة الإسلامية في المذهب المالكي توجب أن تكون المسافة أقل من ستة بُرُد، فإن كانت أقل فإنه يصح لها أن تستوطن ولا يسقط حقها في الحضانة، ويشترط الفقهاء أن يكون السفر للإقامة و الاستيطان.

حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المنتقد والوثائق المقدمة أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين هي ٣٥٠ كم تقريبا، فإن ذلك يعد عائقا دون مراقبة الأب لولديه المحضونين، والذي له الحق كولي شرعي أن يشرف على ولده الصغير في كل وقت وحال، هذا ما قرره السادة الفقهاء منذ القديم والذي هو صالح لكل حال وزمان، على أن حق الحضانة هو حق قيم يمارس لمصلحة المحضون دون أي حاجز لأحد من الوالدين، وخاصة الأب الذي له حق الولاية والمراقبة اليومية والتربية والتثقيف.

ولذلك فإن بعد المسافة بصرف النظر عن سرعة المواصلات تكون سببا لنزع المحضون عن أمه كما يفسره شارح الشيخ خليل في المذهب بقوله: (وإذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي فله نزع المحضون منها، ومسافة السفر ستة بُرُد على الأقل)، وهذا مهما كانت وسائل النقل، لأن المدار والمعتبر شرعا هو إعطاء ولي المحضون الفرصة ليتسنى له الإشراف والمراقبة في كل وقت بدون انقطاع ،فهو المسئول الأول عن تربيته ومصالحه.»[1]

الفرع الثاني: أساس الاجتهاد القضائي الصادر سنة **١٩٨٢**

يستفاد من الاجتهاد السابق اعتماده جملة من الشروط و المعايير لإسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة المقيمة في بلد أجنبي تتمثل فيما يلي:

أولا: شرط الإقامة

أعمل الاجتهاد معيار الإقامة والاستيطان، أي إقامة الأم الحاضنة في بلد أجنبي عن بلد ولي المحضون شرط في إسقاط الحضانة عنها، وهذا ما نص عليه جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة و عبروا عنه بسفر النقلة و الانقطاع، والمقصود بسفر النقلة سفر السكنى في البلد المتنقل إليه، أما المقصود بالانقطاع انقطاع عن بلد الولي.[2]

ثانيا: شرط بعد المسافة

اعتبر القرار السابق بعد المسافة بين الحاضنة وولي المحضون سببا لإسقاط حقها في الحضانة، وحدد المسافة المسقطة للحضانة بستة بُرُد، وقد أعمل بذلك أحكام المذهب المالكي، حيث جاء في الإكليل شرح مختصر خليل: «في سقوط الحضانة ....أو تسافر هي سفر نقلة لا تجارة ستة بُرُد وظاهرها بريدين وهو ضعيف»،[3]حيث حدد المالكية المسافة بستة برد على أكثر في المعتمد، أو مسافة بريدين على قول، والبريد العربي **١٢** ميلا أو أربعة فراسخ، وتساوي **٢٢١٧٦** مترا، والميل **١٨٤٨** مترا، والستة بُرُد **١٣٣** كيلو مترا، بينما اكتفى الشافعية بقصد النقلة سواء كانت مسافة السفر قصيرة أو طويلة، والصحيح من المذهب عند الحنابلة التحديد بمسافة القصر، وهو قول عند الشافعية.[4]

والمسافة المذكورة في القرار السابق بين الحاضنة وولي المحضون هي **٣٥٠** كيلو مترا تقريبا، والتي تبلغ حوالي ثلاث أضعاف المسافة المنصوص عليها في المعتمد لدى الفقه المالكي (**١٣٣** كم)، والتي تعد عائقا دون مراقبة وإشراف الولي وهو الأب للولدين المحضونين، ولا يمكن الاعتداد بالتطور الحاصل في وسائل النقل و المواصلات كسبب لعدم حيلولة بعد

(١) قرار بتاريخ :٢٥/ ٠١/ ١٩٨٢، ملف رقم :٢٦٦٩٣، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة ١٩٨٢، ص ٢٥١.

(٢) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٠٧، ص٧٣٠- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،ج ١٠، ص ٦٨.

(٣) -محمد الأمير الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، ص٢٥٠.

(٤) -تأليف جماعي، المسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٧ ص٣٠٩- وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ج ٠٧ ، ص ٧٣٠-٧٣١.

المسافة دون ممارسة حق الإشراف والرقابة.

لكن الملاحظ أنه لو تم الاعتماد على المسافة المنصوص عليها فقها، سواء **١٣٣** كم حسب أحكام الفقه المالكي، أو القصر حسب الصحيح من المذهب الحنبلي، والتي تتوفر داخل البلد الواحد بين ولاياته أو محافظاته، بل تتوفر داخل الولاية أو المحافظة الواحدة إذا كانت مساحتها شاسعة ،فإن العديد من الحاضنات يفقدن حقهن في الحضانة، خاصة إذا كان مسكن ممارسة الحضانة في المكان الذي يقيم فيه أهل الحاضنة، وليس المكان الذي يقيم فيه ولي المحضون في البلد الواحد، بل قد يكون في الولاية الواحدة.

ثالثا: معيار تعذر ممارسة حق الولاية

أكد الاجتهاد القضائي السابق حق الولي في الإشراف على المحضون في كل وقت وحال ودون انقطاع، من خلال إعمال حق الولاية من رقابة وتربية وتثقيف واعتبار ذلك مقرر فقها منذ القديم والذي يبقى صالحا لكل حال وزمان، كما اعتبر هذا الاجتهاد حق الحضانة حقا قيما يراعى في إسناده مصلحة المحضون، لكن دون المساس بحق الولي في المراقبة اليومية، لأن المعتبر شرعا هو ممارسة الولاية دون انقطاع، لأن الولي هو المسؤول عن مصالح الولد وتربيته، ويظهر من ذلك أن حق الولاية أقوى من حق الحضانة .

وما جاء في القرار هو المعتمد عليه عند عامة أهل العلم، حيث جاء في جامع المسائل لابن تيمية ما يلي: « الولد مطلقا إذا تعين أن يكون في مدينة أحد الأبوين دون الآخر، وكان الأب ساكنا في مصر والأم ساكنة في مصر آخر، فالأب أحق به مطلقا سواء كان ذكرا أو أنثى عند عامة العلماء، كشريح القاضي وكمالك والشافعي وأحمد وغيرهم، حتى قالوا: إن الأب إذا أراد سفر نقلة لغير الضرار إلى مكان بعيد فهو أحق به، لأن كونه مع الأب أصلح له لحفظ نسبه وكمال تربيته وتعليمه وتأديبه، وأنه مع الأم تضيع مصلحته».[١]

لكن الملاحظ – بناء على ما سبق – أن هذا الحق الممنوح للولي مقيد بعدم قصد الإضرار، فعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: لا ضرر ولا ضرار»[٢]، لذلك قيد الحنابلة أولوية الأب بها إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل بما فيه مصلحة الولد.[٣]

وتجدر الإشارة إلى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تقييد استحقاق الأم للحضانة بكونها في بلد والد الطفل، فإذا سافر أحدهما كان الأب أحق بالحضانة، ليست بتوقيف من الشارع على ذلك، إنما هو بناء على مصلحة الطفل في كونه مع أبيه من حيث الممارسة المستمرة لولايته عليه، بل هناك من اعتبر ذلك

(١) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية، جامع المسائل، ج ٠٤، ص ٤٢٢- ٤٢٣ .

(٢) رواه ابن ماجة، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم: ٢٣٤١، ص ٤٠٠، قال الألباني: حديث صحيح بما قبله، أي الحديث الذي رواه عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قضى أن : «لا ضرر ولا ضرار»، رقم: ٢٣٤٠، وهو صحيح.

(٣) تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٧، ص ٣١٠

مخالفا للكتاب والسنة وإضرارا بالمحضون وظلما للأم الحاضنة، حيث جاء في المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ما يلي:» – وأما قولنا سواء رحل الأب أو لم يرحل– فلأنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيل الأب، فهو شرع باطل ممن قال به، وتخصيص للقرآن والسنن التي أوردنا، ومخالف لهما بالرأي الفاسد وسوء نظر للصغيريْن وإضرار بهما، في تكليف الحل و الترحال والإزالة عن الأم والجدة، وهذا ظلم لا خفاء به وجور لا شك فيه».[1]

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي بعد صدور قانون الأسرة

يتضمن هذا المطلب الاجتهاديين القضائيين الصادرين بعد سن قانون الأسرة سنة **١٩٨٤**، الذي نص في المادة **٦٩** منه 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»، وسيتم عرض كل منهما وتحديد أساسه، فالأول كان سنة **١٩٨٦**(الفرع الأول)، أما الثاني فكان سنة **١٩٩٥** (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس الاجتهاد القضائي الصادر سنة **١٩٨٦**

جاء في الاجتهاد القضائي الصادر سنة **١٩٨٦**:»حيث أن والد المحضونين يسكن بمدينة الخروب ولاية قسنطينة وأن أمهما تقيم حاليا بفرنسا.

و حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة بُرُد.

وحيث أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين– في قضية الحال تزيد بدون شك عن ألف كيلومتر، فإن ذلك يعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهما .

و نظرا لما جاء في هذا الوجه يتعين القضاء بنقض القرار المنتقد فيما يخص الحضانة...».[2]

يستفاد مما سبق أن هذا القرار كرس ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، حيث أعمل شرط بعد المسافة بين الحاضنة والولي الذي له حق الرقابة والزيارة، وحددها بأكثر من ستة بُرُد، لكن الصحيح أن المعتمد في الفقه المالكي هو تحديدها بستة بُرُد، وفي هذه القضية الأم الحاضنة مقيمة في فرنسا– وهذا يعد إشارة إلى معيار الإقامة – ووالد المحضونين مقيم في مدينة الخروب بقسنطينة في الشرق الجزائري، وبالتالي فالمسافة تزيد عن ألف كيلومتر، و اعتبر القرار أن هذه المسافة تشكل عائقا يمنع الولي من ممارسة حق الرقابة على المحضونيين، ويكون بذلك معملا لمعيار تعذر ممارسة حق الولاية الذي تم تفصيله سابقا.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار الذي جاء بعد صدور قانون الأسرة سنة **١٩٨٤** لم يستند إلى المادة

(١) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، ج ١٠، ص١٤٦.

(٢) قرار بتاريخ :٠٥/ ٠٥/ ١٩٨٦، ملف رقم :٤٠٤٢٩، نشرة القضاة، العدد ٤٤، سنة ١٩٨٨، ص١٧٩.

٦٩ منه التي نصت 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»، حيث أن المشرع منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في إبقاء حق الحاضن الذي يريد الإقامة في بلد أجنبي في الحضانة أو إسقاطها، والمعيار الذي يجب إعماله هو مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، لكن القرار أعمل ما هو مستقر عليه قضاء ولم يشر إطلاقا إلى النص القانوني المذكور أعلاه.

الفرع الثاني: أساس الاجتهاد القضائي الصادر سنة ١٩٩٥

قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة ١٩٩٥ بما يلي:« من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة أن الأم تقيم بفرنسا والأب يقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة»[1].

يستفاد من القرار السابق أنه أعمل ما هو مستقر عليه قضاء من إسقاط حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي، وفي هذه القضية هي مقيمة بفرنسا، والأب مقيم في الجزائر، وهذا يعد مانعا للولي الذي هو الأب من ممارسة حق الإشراف والزيارة نظرا لبعد المسافة، مع الإشارة إلى أن حق الزيارة هو حق مخول قانونا بموجب المادة ٦٤ من قانون الأسرة التي تنص 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»، فإذا كانت الأم هي الحاضنة فإن صاحب الأولوية في الزيارة بلا منازع هو الأب، ولا يمكنه ذلك إذا كانت الأم مقيمة خارج التراب الوطني، كما هو في قضية الحال.

وتجدر الإشارة كذلك أن هذا القرار لم يشر إطلاقا إلى نص المادة ٦٩ من قانون الأسرة المذكور أعلاه، ونحى بذلك منحى الاجتهاد القضائي الصادر سنة ١٩٨٦.

المبحث الثاني
الاجتهاد القضائي في حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي بعد تعديل قانون الأسرة

يتضمن هذا المبحث عرض وتحليل وتحديد أساس الاجتهادين القضائيين في مسألة مدى استحقاق الحضانة للأم المقيمة في بلد أجنبي عن البلد الذي يقيم فيه ولي المحضون بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر ٠٥- ٠٢، الذي أضاف فقرة ثالثة للمادة ٨٧ من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه: «وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة

(١) قرار بتاريخ :٢١/ ١١/ ١٩٩٥، ملف رقم :١١١٠٤٨، نشرة القضاة، العدد٥٢، سنة١٩٩٧، ص ١٠٢.

الأولاد»، وهما على الترتيب: الاجتهاد الصادر سنة ٢٠٠٥(المطلب الأول)، و الاجتهاد الصادر سنة ٢٠٠٨(المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس الاجتهاد القضائي الصادر سنة ٢٠٠٥

قضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة ٢٠٠٥ بالآتي نصه: «من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تستند على أساس مصلحة المحضون وحده، وأن إسنادها لأم تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة ٦٢ من قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا يكونون فعلا أخطأوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة»[1].

يستفاد من القرار السابق تصديه لقضاء المجلس الذي خالف الاجتهاد القضائي المعمول به، والمتمثل في إسقاط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد بعيد عن بلد الولي، وبالتالي بقي الاجتهاد مكرسا للمبدأ المستقر عليه من قبل من خلال تكريس الشروط المتمثلة في الإقامة في بلد أجنبي و بعد المسافة وعدم إمكانية الرقابة والزيارة، بالإضافة إلى أن هذا الاجتهاد حرص على ضرورة إعمال المبدأ الذي جاء في المادة ٦٢ من قانون الأسرة، وهو الحفاظ على دين المحضون،حيث نصت هذه المادة على أن :» الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا .

و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك «.

ولقد أكد الاجتهاد القضائي السابق أن المعيار المعول عليه هو مصلحة المحضون لوحده، وركز على ضرورة تطبيق المبدأ المنصوص عليه في المادة ٦٢ من قانون الأسرة المذكورة أعلاه، باعتبار أن مصلحة المحضون العليا والفضلى تتمثل في حفظ دينه وعقيدته الإسلامية .

وتجدر الإشارة إلى أن القرار السابق أشار إلى البلد الأجنبي، دون تحديد المقصود به بالضبط، لكن يظهر من خلال حيثيات القرار أن هذا البلد غير مسلم، وإلا لما حرص القضاء على المبدأ المنصوص عليه في المادة ٦٢ من قانون الأسرة، أي التربية على دين الأب أو الولي، مع ملاحظة أن قانون الأسرة في المادة ٦٩ منه المذكورة أعلاه أشار إلى البلد الأجنبي دون تحديد المقصود به، هل كل بلد، أو البلد غير المسلم فقط، فجاء الاجتهاد القضائي الصادر سنة ١٩٨٩ الذي حدد البلد الأجنبي بالبلد غير المسلم، بنصه :» حيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات في مسالة الحضانة، واتخذ فيها مبدأ، وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد هذا أكثر إذا ... كان كل من الأبوين مسلمين.

(١) قرار بتاريخ :١٢/ ١٠/ ٢٠٠٥، ملف: رقم ٣٣٤٥٤٣، نشرة القضاة، العدد ٦٢، سنة ٢٠٠٨، ص ٣٨١.

و كل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه.

وعليه مما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبيين المستدل بمقتضاهما حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات أمهما، وهذا ليس بقواعد النظام العام فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم فالنعي على القرار بما ورد في السبب غير مقبول «.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أن القرار الصادر سنة **٢٠٠٥** المذكور سابقا لم يطبق محتوى الفقرة الثالثة من المادة **٨٧** من قانون الأسرة التي منح المشرع بموجبها للأم الحاضنة حق الولاية على المحضونين بموجب تعديل **٢٠٠٥**، بل بقي محتفظا بتكريس الاجتهاد القضائي المستقر عليه تطبيقا للشروط والمعايير الفقهية التي تم تفصيلها آنفا.

المطلب الثاني: أساس الاجتهاد القضائي الصادر سنة ٢٠٠٨

ظل الاجتهاد القضائي مستقرا على سقوط حضانة الأم المقيمة ببلد أجنبي إلى غاية سنة **٢٠٠٨** بصدور القرار الذي قضى بما يلي:« عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، والذي جاء فيه أن المجلس لم يبرر إسناد ممارسة الحضانة بفرنسا ولم يوضح الأساس القانوني، لاسيما وأن المحكمة العليا قررت في العديد من القضايا أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة يعد مبررا لسقوط الحضانة إن كان يحول دون ممارستها بشكل عاد.

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا حضانة الأبناء للأم المطعون ضدها المقيمة لمصلحتهم، ولأنهم يدرسون بفرنسا وحيث أن هذا التسبيب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضون تكون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم، كما تنص على ذلك المادة **٦٤** من قانون الأسرة، فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه»[2].

يستفاد من القرار السابق مخالفتة لما استقر عليه الاجتهاد القضائي لحقبة من الزمن في إسقاط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد أجنبي بسبب بعد المسافة بين الحاضنة والولي، لعدم إمكانية ممارسة هذا الأخير لحقه في الرقابة والإشراف والزيارة، وهي شروط فقهية أسس عليها الاجتهاد القضائي المستقر قضاءه.

واعتبر هذا القرار أن دراسة المحضونين في فرنسا تعد سببا كافيا لإسناد الحضانة لأمهم المقيمة بفرنسا وفي ذلك مصلحة لهم، على أساس أن المعيار المعتمد في إسناد الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون تطبيقا لأحكام نص المادة **٦٤** من قانون الأسرة، لكن ما يعاب على القرار أنه لم يحدد مبدأ أو أساسا واضحا

(١) قرار بتاريخ:٠٢/ ٠١/ ١٩٨٩، ملف رقم:٥٢٢٠٧، المجلة القضائية، العدد ٠٤، سنة ١٩٩٢، ص٧٤.

(٢) قرار: بتاريخ ١٢/ ٠٣/ ٢٠٠٨، ملف رقم :٤٢٦٤٣١، مجلة المحكمة العليا،العدد٠١، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٧١.

لقضائه هذا، بل جانب الصواب بمخالفته للاجتهاد القضائي المستقر في المسألة والمستند إلى أحكام المذهب المالكي وهو موافق لرأي بقية المذاهب الفقهية، في إسقاط حق الأم في الحضانة في حالة انتقالها بالمحضون إلى بلد أجنبي بغرض الإقامة فيه لاحتياج المحضون إلى رعاية الولي.

و لعل سبب تغير اتجاه الاجتهاد القضائي في هذا القرار يرجع إلى منح الولاية للشخص الذي أسندت له حضانة الطفل تطبيقا لأحكام المادة ٠٣/٨٧ من قانون الأسرة -بموجب تعديل ٢٠٠٥- التي تنص:» وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد»، مع ضرورة الإشارة إلى أن هذا القرار لم يشر إلى هذا النص إطلاقا.

وجاء في مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم: ٠٥-٠٢ المؤرخ في: ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم: ٨٤-١١ المؤرخ في: ٠٩ يونيو ١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة :» وإعطاء القاضي الولاية إلى من تسند له الحضانة، في حالة الطلاق، ومن شأن هذا التعديل أن يضع حدا للمشاكل التي تعانيها الأمهات الحاضنات».[1]

حيث أنه بموجب الفقرة السابقة يمكن للأم الحاضنة في حالة الطلاق أن تكون ولية على أولادها القصر، بالرغم من وجود الأب وعدم حصول مانع له، والظاهر من نص الفقرة أن منح الولاية جاء عاما ليشمل الولاية على النفس والولاية على المال، لأن لفظ الولاية جاء عاما، وخالف المشرع بذلك الفقه الإسلامي في مجمله، وحتى قول أبي سعيد الإصطخري من الشافعية الذي منح للأم حق الولاية على المال بعد الأب والجد وقبل وصيهما، لكمال شفقتها، باعتبارها أحد الأبوين.[2]

ولقد أتى المشرع عند ربطه الولاية بالحضانة بحكم ليس له أصل في الشريعة ولا في الفقه الإسلامي.

وهذا ما يفسر استبعاد طرح مسألة الرقابة والإشراف الذي كان يعتد بها الاجتهاد القضائي السابق، الأمر الذي يجعل القرار الصادر سنة ٢٠٠٨ المؤسس على مراعاة مصلحة المحضون - دون تحديد أساس واضح- متناقضا مع هذا المبدأ المتمثل في مصلحة المحضون، بسبب عدم مراعاة حق الولي في الإشراف والرقابة الذي يمثل ويشكل عنصرا من عناصر مصلحة المحضون، لتحقيق التوازن النفسي للطفل.

مع ملاحظة أن الاجتهاد القضائي الصادر سنة ٢٠١٠ راعى مسألة الرقابة والإشراف حيث جاء فيه: « يبقى مكان توفير السكن مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة، ومن ثم فمادام أن الحاضن وفر المسكن في المكان الذي يقيم فيه، وهو مكان بيت الزوجية قبل الطلاق، فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير السكن في مكان آخر تختاره الحاضنة،

(١) مداولات المجلس الشعبي الوطني، الجلسة العلنية المنعقدة يوم ١٤ مارس٢٠٠٥، الجريدة الرسمية للمداولات، العدد ١٤٦، بتاريخ: ٢٨ مارس ٢٠٠٥.

(٢) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 10، ص 318.

خاصة أن المكان الأول يحقق مصلحة المحضون من باب رعاية الأب له، وتفقد أحواله، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بالقصور ويتعين معه نقض القرار» [1].

وبالبحث في الموقف الفقهي في المسألة فإن مكان ممارسة الحضانة للمطلقة هو مكان إقامة والد المحضون أو وليه، وهذا ما صرح به الحنفية ودلت عليه عبارات بقية المذاهب [2]، وهو المكان الذي ركز عليه الاجتهاد القضائي السابق، لكونه يحقق مصلحة المحضون من حيث الإشراف والرقابة من طرف الولي، في حين أسند الاجتهاد القضائي الصادر سنة **٢٠٠٨** الحضانة للأم المقيمة في بلد أجنبي، مهملا بذلك الأساس المتمثل في مراعاة إشراف ورقابة الولي والذي استقر الاجتهاد القضائي الصادر قبل سنة **٢٠٠٨** على وجوب مراعاته وذلك بإسقاط حضانة الأم المقيمة في الخارج.

وبناء على ما سبق فإن المحكمة العليا وقعت في تناقض في هذه المسألة، فكيف يركز الاجتهاد على مكان ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني بمراعاة الرقابة والإشراف سنة **٢٠١٠**، في حين يسند الحضانة لأم مقيمة في الخارج متجاهلا لهذا الأساس الذي يشكل عنصرا مهما في مراعاة مصلحة المحضون سنة **٢٠٠٨**، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى لا يخفى أن الإقامة في فرنسا تعرض دين المحضون و أخلاقة للخطر، وهذا فيه مخالفة للمبدأ المنصوص عليه في المادة **٦٢** من قانون الأسرة « وتربيته على دين أبيه «، والذي حرص على مراعاته القرار الصادر سنة **٢٠٠٥** المذكور سابقا، وهو المبدأ الذي كرسه الاجتهاد الذي حدد المقصود بالبلد الأجنبي والصادر سنة **١٩٨٩** الذي جاء فيه :» وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد هذا أكثر إذا ... كان كل من الأبوين مسلمين»، وأي مصلحة أفضل من حفظ الدين ؟

وبالبحث في الموقف الفقهي المجيز للإقامة بالمحضون في بلد أجنبي نجد أن الفقه الحنفي أجاز للأم الحاضنة المنقضية عدتها الخروج بالمحضون إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط التالية :

-أن يكون البلد الذي انتقلت إليه وطنها.

-أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد.

-ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلما أو ذميا.

فإذا تحققت هذه الشروط جاز لها السفر بالمحضون إلى هذا البلد البعيد، لأن المانع من السفر أصلا هو ضرر التفريق بين الأب وولده، وقد رضي به لوجود دليل الرضا، وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من

(١) المحكمة العليا، بتاريخ ١١/ ١١/ ٢٠١٠، ملف رقم ٥٨١٧٠٠، مجلة المحكمة العليا، العدد ٠١، سنة ٢٠١١، ص ٢٥٢.

(٢) تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية، ج ١٧، ص **٣٠٩**.

ثمرات النكاح، فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد، وبذلك كان راضيا بالتفريق، وبالتالي فليس لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها إذا لم يكن عقد النكاح قد وقع فيه، ولا أن تنتقل إلى البلد الذي وقع فيه عقد النكاح إذا لم يكن بلدها، لأنه لا يوجد دليل الرضا من الزوج، فلا بد من تحقق الشرطين، على ما ذكر محمد في الأصل، واعتبر أبو يوسف مكان العقد فقط .

أما شرط ألا يكون المكان حربيا إذا كان الزوج مسلما أو ذميا، فلما في ذلك من إضرار بالولد، لأنه يتخلق بأخلاق الكفار.[1]

و من خلال استقراء القرار وحيثياته يتضح عدم توفر الشروط المنصوص عليها في الفقه الحنفي، وخاصة الشرط الأخير، باعتبار أن الإقامة كانت في فرنسا التي تعد دار حرب بعبارة الأحناف.

خاتمة

من خلال استقراء الاجتهادات القضائية التي صدرت في مسألة حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي بعيد عن بلد ولي المحضون وتحليلها في إطار ما جاء من أحكام فقهية وقانونية، على ضوء التغيرات الاجتماعية المحيطة بها، تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أما النتائج فيمكن إجمال أهمها فيما يلي:

١- استقرار الاجتهاد القضائي الصادر قبل سنة **٢٠٠٨** على إسقاط حضانة الأم المقيمة في بلد أجنبي عن بلد الولي لتعذر ممارسة الرقابة والإشراف والزيارة من طرف الولي الشرعي على المحضون، بسبب بعد المسافة.

٢- بعد المسافة معيار فقهي أعمله الاجتهاد القضائي، على أساس أن الفقه كرس بعد المسافة دون النظر إلى كون الحاضنة والولي في نفس البلد أو في بلدين مختلفين.

٣- معيار البلد الأجنبي هو معيار قانوني وقضائي، أشارت إليه المادة **٦٩** من قانون الأسرة، وفسره الاجتهاد القضائي الصادر سنة **١٩٨٩** على أن المقصود به هو البلد غير المسلم، وأعمله الاجتهاد القضائي الصادر سنة **٢٠٠٥**.

٤- إعمال الشروط الفقهية التي استند إليها الاجتهاد القضائي في إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة المقيمة في بلد أجنبي مقيد بعدم قصد الإضرار بها من طرف الولي، وهو معيار فقهي، استنادا إلى السنة النبوية الشريفة.

٥- تقييد استحقاق الأم للحضانة بكونها في بلد ولي المحضون، ليست بتوقيف من الشارع، وإنما بناء على مراعاة مصلحة الطفل، تكريسا لحق الممارسة المستمرة للولاية.

٦- تطبيق معيار المسافة التي استند إليها الاجتهاد القضائي في إسقاط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد أجنبي والمتمثلة في **١٣٣** كيلوا مترا فأكثر وهو معيار فقهي (ستة بُرُد)، والتي تتوفر داخل البلد الواحد بل داخل الولاية الواحدة في بعض المناطق من شأنه

(١) تأليف جماعي ،الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٧ ص ٣١١.

التضييق على الحاضنة والإضرار بها في بعض الحالات.

٧- إعمال الاجتهاد القضائي الصادر سنة ٢٠٠٥ لمبدأ حفظ دين المحضون، وهو المبدأ الذي حرص عليه الاجتهاد القضائي الصادر سنة ١٩٨٩ الذي فسر عبارة البلد الأجنبي الواردة في المادة ٦٩ من قانون الأسرة بالبلد غير المسلم، وهو ما أعمله الفقه الحنفي الذي حدد الشروط التي أجاز بتوفرها للمطلقة الخروج بالمحضون لبلد بعيد ومنها ألا يكون البلد المراد التنقل إليه دار حرب.

٨- تغير اتجاه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر سنة ٢٠٠٨ بإسناد الحضانة للأم المقيمة في بلد أجنبي غير مسلم، وإعمال مبدأ مصلحة المحضون بمفهوم عام دون تحديد لأي أساس قانوني، مخالفا بذلك للمستقر عليه قضاء، ومتناقضا مع معيار مصلحة المحضون المستند إليه، لأن الإشراف والرقابة والزيارة من طرف الولي من شأنها الحفاظ على التوازن النفسي للطفل، وهي تعد مصلحة معنوية قد تفوق أهميتها المصلحة المادية البحتة.

و أما التوصيات فهي كالتالي:

١- تعديل نص المادة ٣/٨٧ من قانون الأسرة بما يتماشى مع عدم مخالفة أحكام الشرع و الفقه الإسلاميين .

٢-مراعاة حق الولاية وما يترتب عليه من ممارسة الإشراف والرقابة مع عدم الإضرار بحق الأم الحاضنة، خاصة في الحالات التي يثبت فيها قصد الإضرار أو اتصاف الأب بصفة تسقط حق الولاية عنه، فيكون في هذه الحالة من مصلحة المحضون البقاء مع أمه.

٣- تحيين المسافة المنصوص عليها فقها في إسقاط الحضانة عن الأم، بما يتلاءم مع تغير الظروف وتطورها، وبما يتماشى مع الحفاظ على مصلحة المحضون من جميع جوانبها المادية والمعنوية .

٤- ضرورة مراعاة مبدأ حفظ دين المحضون، المنصوص عنه قانونا و قضاء، الأمر الذي يتطلب الاحتياط في إسناد الحضانة داخل البلد الواحد، ناهيك عن البلد الأجنبي غير المسلم، والذي قد يتعرض المحضون المقيم فيه للاختطاف، بتهمة أن أسرته غير مؤهلة لتربيته.

المصادر والمراجع

أولا: كتب الحديث

-أبو عبد الله بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة سنن ابن ماجة حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني ،مكتبة المعارف، الرياض، طبعة ١، دون سنة.

ثانيا: كتب الفقه الإسلامي

١-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية ،بيروت، ط ٠١، سنة ٢٠٠٣، ج ١٠ .

٢- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية، جامع المسائل، تحقيق محمد عزيز شمس، إشراف بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة،

طبعة ٠١، ٢٠٠١، ج ٠٤ .

٣- تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، طباعة دار السلاسل، الكويت، ط ٠٢، ١٩٩٠، ج١٧ .

٤- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ٠١، ١٩٩٣، ج ١٠.

٥- محمد الأمير الكبير(صاحب المجموع وغيره في فقه المالكية) الإكليل شرح مختصر خليل، صححه وعلق حواشيه أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري، مكتبة القاهرة، دون ط، دون طبعة، دون سنة.

٦- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، طبعة ٢، ١٩٨٥،ج ٠٧ .

ثالثا: المجالات القضائية

١- نشرة القضاة، عدد خاص، سنة ١٩٨٢.

٢- نشرة القضاة، العدد ٤٤، سنة ١٩٨٨.

٣- المجلة القضائية، العدد ٠٤، سنة ١٩٩٢.

٤- نشرة القضاة، العدد ٥٢، سنة ١٩٩٧.

٥- نشرة القضاة، العدد ٦٢، سنة٢٠٠٨.

٦- المجلة القضائية، العدد ٠١، سنة ٢٠٠٨.

٧-مجلة المحكمة العليا ،العدد ٠١، سنة ٢٠١١.

رابعا: القوانين

- الأمر رقم: ٠٥ -٠٢، المؤرخ في: ٢٤/ ٠٢/ ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية، العدد١٥، سنة ٢٠٠٥، ص ١٨ المعدل والمتمم للقانون رقم:٨٤- ١١، المؤرخ في: ٠٩ /٠٦/ ١٩٨٤، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤، سنة ١٩٨٤، ص ٩١٠.

خامسا: مشاريع القوانين

-مداولات المجلس الشعبي الوطني، الجلسة العلنية المنعقدة يوم: ١٤ مارس٢٠٠٥، الجريدة الرسمية للمداولات، العدد ١٤٦، بتاريخ: ٢٨ مارس ٢٠٠٥.