

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د.مولاي الطاهر - سعيدة -
قسم العلوم القانونية و الإدارية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس

بمعنوان:

الحضارة بين الشريعة و القانون

تحت إشراف الأستاذ

- عياشي بوزيان

من إعداد الطالب:

- نجادي قويدر

السنة الجامعية 2009 - 2010

المقدمة:

عند المالكية تعرف بأنها: "صيانة العاجز و لقيام بمصالحه و الشافعية قالوا "عنها" هي حفظ من لا يستقل بأموره و تربيته بها يصلحه و يدفع عنه الضرر بغسل جسده و ذهنه و كحله و ربطه في العهد و تحريكه لقيام...".

من خلال التعريفات السابقة، ندرك أن الصبي لبنية ضعيفة تحتاج إلى الرعاية و الاهتمام إذ هو صغير عاجز عن تدبير شؤونه سواء ما تعلق بماله أو نفسه إذ يحتاج إلى من سقف إلى جانبه حتى يشتد عوده إلى سن معينة.

هذه الرعاية تتوفر بوجود الوالدين الذين يؤمنان هذا ما ذكر بعيد المنال خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية و المقصود بذلك الطلاق.

و عندها، نجد الطفل نفسه بين مفترق الطرق، و حماية له قام المشرع الجزائري بسن نصوص قانونية تكفل له ذلك و هذا من خلال قانون الأسرة الذي يعالج فيه موضوع الحضانة من المادة 62 إلى المادة 72.

و قد عالج هذا القانون مختلف الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة، التي تعتبر من أهم الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عنها من حيث تربيتهم، رعايتهم و حفظهم، و بالرجوع إلى المواد المتضمنة لهذا الموضوع يتجلى لنا أن المشرع الجزائري حاول من خلالها ضبط كل الجوانب المنظمة له، و قد سائر في ذلك الاتجاه الدولي الذي يسير نحو الاهتمام أكثر فأكثر بالطفولة و هذا ما تبينه المواثيق الدولية التي تقر بالمصلحة الفضلى للطفل، و يعتبر الأولاد، ضحايا فك الرابطة الزوجية أكثر شرائح المجتمع المستحقة للاهتمام و العناية نظرات لمأساة التي يعيشونها أثناء و بعد انفصال الوالدين، و هذا ما يجعل موضوع الحضانة موضوعا ذو أهمية بالغة يستحق دراسة دقيقة و معمقة.

و عليه و بما أنّ الحضانة تقوم من يوم ازدياد الطفل، لكن لا تقوم بمصلحتها إلا من يوم الفرقة، إذ يكون حق ممارسة الحضانة مصدره التنازع بين الوالدين أو بين أقارب الطفل، فلهذا كله سنجيب عن الإشكاليات التالية:

1 - فماذا نعني بالحضانة؟

2 - ما هي الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن؟ و إلى أي كرف ستؤول مهمة رعاية الأطفال؟.

3 - و هل إسناد الحضانة لغير الأب يعني إعفاؤه من التزاماته؟.

4 - ما هي المعايير القانونية المسقطة للحضانة في الحالات المختلفة و في حال انتقال الحاضنة من البلد الأصلي إلى

غيره من الوجهة القانونية و الفقهية؟

5 - كيف يتم ترتيب من تسند لهم الحضانة في مختلف المذاهب الفقهية؟ و ما موقف قانون الأسرة الجزائري فغي هذا

الترتيب؟ و ما هي مبرراته؟ .

6 - ما مصير الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة في رأي القانون و الفقه الإسلامي؟

للإجابة على كل هذه التساؤلات، سنعالج الموضوع وفق فصلين أولاهما يتناول مفهوم الحضانة و سنقسمه بدوره

إلى ثلاثة مباحث فالأول سنخصصه لتعريف الحضانة و ذكر خصائصها، اما في المبحث الثاني فسنتناول الشروط الواجب

توفرها في الشخص الحاضن و في المبحث الثالث سنحدد من خلاله مكان ممارسة هذه الحضانة و كذا حق الزيارة.

أما الفصل الثاني فسنتناول من خلاله أحكام الحضانة و سنقسمه بدوره إلى أربعة مباحث فالمبحث الأول سنحدد

من خلاله مستحقي هذه الحضانة ثم في مبحث ثاني مدتها و انقضائها ثم تمديدها وفق تطبيق مصلحة المحضون.

أما في المبحث الثالث فسننتقل إلى سقوط حق الحضانة حسب الأسباب الواردة في قانون الأسرة الجزائري و

أخيرا في المبحث الرابع إلى نفقة المحضون و أجره الرضاع.

أهمية الموضوع:

1) حماية الطفل الذي تلقى صدمة من طلاق والديه بواسطة الحضانة، إذ يؤدي هذا إلى نتائج سلبية عليه و كذا عدم

الاستقرار و الطمأنينة، إذ لا يستطيع أن ينمو و يتطور في جو طبيعي دون الحضانة.

2) كفل هذا الطفل من التمزق و الانحلال الشخصي و التعقد من جواء تمزق كيانه الأسري.

3) حمايته من الانحراف و دجه في مجتمعه ليعيش من جديد.

4) توفير طريقة لإدماج الأطفال الذين يعانون من صدمات و مشاكل داخل المجتمع و ذلك بتوفير الرعاية و الحنان و

الاستقرار و الطمأنينة و تخلق التوازن داخل المجتمع و ذلك لمنع الجريمة و التصدي للانحراف بوجه عام.

5) جعل الطفل المحضون بفضل الرعاية و الحنان عضوا نافعا لنفسه و كذا لمجتمعه، و حماية الطفل تعني حماية

المجتمع.

• الهدف من الموضوع:

- إظهار أهمية الحضانة بالنسبة للطفل
- بيان لا صلح للطفل في ما يختص بالحضانة.
- توضيح الأحكام القانونية و الشرعية المتعلقة بالموضوع "الحضانة"

الفصل الأول: مفهوم الحضانة

من بين الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، و التي تطرح بكثرة على مستوى محاكمنا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى، بل نستطيع القول أنها من أهم تلك الآثار نجد الحضانة التي لا خصوصا بالنظر إلى العواقب المترتبة عن إسنادها لطرف دون الآخر و ذلك لأنها تتعلق بمصير الأولاد الناجمين عن رابطة الزواج و تربيتهم و رعايتهم ، و بالنظر إلى أهمية هذا الموضوع سنحاول الأولاد الناجمين من خلال هذا الفصل ضبط تعريف الحضانة مع تحديد خصائصها و من تم تبيان الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي تسند إليه و مكان ممارستها.

المبحث الأول: تعريف الحضانة و خصائصها

من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى تعريف الحضانة فقها ثم قانونا ، و بعده سنقوم بذكر خصائصها.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

الحضانة بفتح الحاء يعني ضم الشيء إلى الحضان و هو جانب الشيء فنقول مثلا حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه و عند الإنسان تطلق على عملية النحو التي تظهر في ضم الأم ابنها إلى صدرها و هي تعنقه و تلتصق به، فتعطي هذه الكلمة معنا في ضم الشيء و حفظه¹.

الفرع الأول: الحضانة فقها

يميز و لا يرى السيد سابق² أن الحضانة هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يستقل بأموره، و تعده بما يصلحه، و وقايته مما يؤذيه و يضره، و تربيته جسميا و عقليا و نفسيا كي يقوى على النهوض بتابعيات الحياة و الاضطلاع بمسؤولياتها.

أما الأستاذ مروك نصر الدين³ فيرى أن من واجبات الحاضن اتجاه المحضون رعايته و تعليمه و القيام بمتطلباته و تربيته و حفظ صحته و لذلك يجب على من تسند له الحضانة أن يعلم بهذه الواجبات و أن يقوم بها كاملة غير منقوصة.

¹ راجع المنجد في اللغة و الإعلام ص 139 العمود الثالث.

² أمطر السيد سابق فقه السنة، مجلد الثاني، دار الفكر 1977، الطبعة الأولى، ص 288.

³ الأستاذ مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الاجتماعية ، ص 36.

ويرى الشيخ أبو زهرة أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات الأولى ولاية التربية و الولاية الثانية هي ولاية على

النفس و الولاية الثالثة هي الولاية على ماله إذا كان له مال.

أما الولاية الأولى و هي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء و هي ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية

الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ففي هذه المدة الحرجة في حياته لا يمكن له الاستغناء عن وجود النساء إلى جانبه.

و عموما فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أن الحضانة هي تربية الطفل و حفظه هي تربية الطفل و حفظه

في كل ما يحيط بحياته و القيام على مصالحه، إضافة إلى الطفل الصغير نجد كل شخص لا يستقل بأموره حتى و إن كان

كبيرا كالمجنون أو المعتوه و فئة المتخلفين عقليا فحتى و إن كانوا متقدمين في السن فإن عمرهم العقلي لا يتعدى السبع سنوات أو أقل.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في قانون الأسرة:

خلافًا لبعض القوانين العربية، عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقًا من أهدافها في نص

المادة 62 من هذا القانون "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه

صحة و خلقًا و يشترط في الحاضن أن يكون اهلا للقيام بذلك" و حسب الأستاذ سعد عبد العزيز⁴ فغن التعريف الوارد

في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها و ذلك لشموليته على أفكار لم

يشملها غيره من القوانين العربية حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و

الخلقية و التربوية و المادية.

فمن خلال التعريف المعطى في المادة 62 من قانون الأسرة للحضانة يمكن استخراج أهدافها و التي تتمثل في

تعليم الولد و المقصود بذلك أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته و إمكانيته الذهنية و قدرته العقلية و استعداده

الفطري و النفسي مادام التعليم مجانيا، أما المقصود بتربية الولد على دين أبيه هو أن يربي الولد على مبادئ و قيم الدين

الإسلامي، و لما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائز فإن القاضي

⁴ أنظر عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة، ص 293.

يمنح الحق الحضانة للام غير المسلمة و لا ينكره عليها أبدا فهي كالمسلمة⁵ و نجد كذلك أنه من واجبات الحاضنة السهر على حماية المحضون فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل حفظ الطفل من الناحية الخلقية أي تهذيبه إعداده لأن فردا صالحا وكذا الحفاظ على أشكالها وكذا بالفرنسية رغم أنها متداولة كثيرا، فقد **Garde** و الجدير بالملاحظة أن كلمة "حضانة" لا تقبل كلمة في كل المواد **HADANA** المتعلقة بالحضانة ما عدا في المادة 62 حيث وضعت كلمة في القانون الفرنسي هي تكفل مادي للطفل و هي عنصر من عناصر « **Garde** » فالحراسة **Garde** السلطة الأبوية التي تنتقل مع انتقال الطفل للطرف المتحصل على الحراسة⁶.

المطلب الثاني: خصائص الحضانة

بعد تناولنا للتعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحضانة في نص المادة 62 قانون أسرة و إعطاؤه شرح موجز عنها وجب علينا و كنتيجة حتمية التطرق إلى خصائص الحضانة، فهل هي من النظام العام؟ بمعنى هل للأم الحق في التنازل عن دورها هذا أم هي ملزمة بذلك؟ فكل هذه المسائل سنحاول الإجابة عنها وفق ما يلي:

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب فإن الحضانة لا تسقط عنها مادامت قد استوفت كل الشروط و كانت أهلا لممارستها و قد تجبر على حضانتها إذا تنازلت عنها حتى إن لم تتوفر فيها الشروط كاملة⁷ ما عدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها.

و قد يكون تنازل الأم على حضانة طفلها مقابل خلع نفسها و الخلع اتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض⁸، و مقابل الخلع قد يكون قيميا أو مثليا أو منفعة مقدرة بمال فكل ما صح أن يكون مهر صح أن يكون بدل خلع، إذا خلعت المرأة نفسها مقابل تنازلها عن حضانة طفلها فعن الخلع يظل صحيحا و تبقى حضانتها مستمرة لأنها ليست حقا خالصا للأم بل و هي حق للطفل فيبطل الشرط و يبقى الاتفاق قائم.

⁵ أنظر الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة 1950، ص 404.

⁶ Dictionnaire Petit Larousse illustré 1984. P447.

⁷ أنظر المحكمة العليا، ملف رقم 11029، قرار بتاريخ 1974/05/29.

⁸ المحكمة العليا، قرار رقم 35، ملف رقم 26709، نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982، ص 260.

و حتى و إن كان مقابل التنازل عن الحضانة صلح و ليس خلعاً، كان تتصالح الزوجة مع زوجها على أن تترك له

الطفل فإن هذا لا يصح لأن الصلح يكون على ما تمنحه و الحضانة حق غيرها⁹، أي هو حق خالص للطفل.

الفرع الثاني: الحضانة لا تلزم الحاضنة

مقابل ذلك، هناك رأي يرى أن الحضانة حق للحاضنة لها أن تتنازل عنه في أي وقت شأت و ذلك لقوله صلى الله

عليه و سلم "أنت أحق به ما لم تنكحي" دليل على أن الحضانة حق للأم فلها أن تتنازل عن هذا الحق متى شأت ذلك.¹⁰

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66 قانون الأسرة حيث اعتبر أن الحاضنة الحق في التنازل عن

حضانتها لكنه قيد ممارسة هذا الحق مع مراعاة مصلحة المحضون أي أنه إذا كان هذا التنازل بضر بمصلحة المحضون

فلا يحق لها أن تتنازل عنها، و التنازل هذا يكون باللفظ الصريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة

صراحة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق، و قد يكون التنازل ضمناً و ذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة

كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة، و من قبيل التنازل أيضاً إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور

الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته و الاعتداد بالسقوط لا يكون إلا إذا حل دور الحاضن في

الحضانة.

و ما يجب ذكره هو أن الشخص المتنازل عن الحضانة لا يمكنه استرجعها لأن التنازل من الأسباب الاختيارية

للسقوط.¹¹

⁹ المحكمة العليا، قرار رقم 17، ملف رقم 26549 نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982، ص 243.

¹⁰ أنظر الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 408.

¹¹ محكمة عليا، قرار رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05 م.

الفرع الثالث: الحضانة حق مشترك

الحضانة حق مشترك أي أنّها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه و من يحفظه و يقوم على شؤونه و يتولى تربيته، و كذا لأمه حق الاحتفاظ به و احتضانه لقوله صلى الله عليه و سلم "أنت أحق به ما لم تنكحي" أي أن للأم الحق كذلك في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته.

و هكذا إذا تخلت الأم عن حضانة طفلها فإن ذلك لا يسقط إلا حقها و يبقى حق الطفل قائما ، و منه فإنّها تجبر عن حضانته إن كانت أصلح للطفل و لم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها و تنازلها هذا لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيض قصدها.¹²

¹² محكمة عليا، ملف رقم 51894 بتاريخ 19/12/1988م.

بالرجوع إلى المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري و المنظمة لموضوع الحضانة يمكن استخلاص شرطين أوردهما المشرع الجزائري بصفة ضمنية و ذلك في المادتين 66 و 69 من نفس القانون و اللذان حسب رأينا يمكن اعتبارهما قيدين على حق الحاضنة فغي استحقاق الحضانة.

و من جهة أخرى نجد أن المشرع ذكر في نص المادة 62 قانون الأسرة " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" بمعنى أنه ترك الأمر لتقدير القاضي فيما يخص بقية الشروط، و على هذا الأساس سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق في المطلب الأول إلى الشروط الوارد ذكرها في قانون الأسرة و في المطلب الثاني إلى الشروط التي لم ينص عليها المشرع الجزائري و التي نرى أنه من الواجب توفره في الشخص التي ستسند إليه الحضانة و ذلك اللجوء إلى نص المادة 222 قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وفق ما يلي:

المطلب الأول: الشروط الوارد ذكرها في قانون الأسرة الجزائري

من خلال دراستنا للمواد المتضمنة لموضوع الحضانة نلاحظ أن المشرع وضع شرطين أساسيين و جب توفرهما في الشخص الذي قد تسند إليه الحضانة و هذه الشروط الواردة في قانون الأسرة حتى و إن لم يحددها المشرع صراحة إلا أننا نعتقد أنها مهمة ووجب الأخذ بها كشرط من الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن و إلا سقطت الحضانة عنه رغم توفره على بقية الشروط الأخرى و هذا ما سنوضحه وفق مايلي:

الفرع الأول: عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون

إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون فلا حضانة لها و هذا ما جاء في نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها "يسقط حق الحاضنة بتزوج بغير قريب محرم...."، هذا يعني أن المشرع الجزائري قد أورد شرطا لاستحقاق أم الطفل للحضانة .

و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة بالذات بين من يرى أن الحضانة لا تسقط مطلقا عن الحاضنة بسبب زواجها بأجنبي أو بقريب للمحضون كالإمامان الأحسن البصري و أبي احمد بن حزم.

و ذلك على عكس الغمام الشافعي الذي يرى أن الزواج الحاضنة مسقط لحضانتها مطلقا سواء كان الزوج قريب
الطفل أو غريب عنه.

أما المالكية و الحنفية فيرون أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا تزوجت، إلا إذا كان زوجها قريبا محرما للولد
كأن تتزوج بعم الولد مثلا و هذا هو موقف المشرع الجزائري في نص المادة المذكورة أعلاه.
و الجدير بالذكر أن المشرع قد خص هذه المادة بام الطفل دون سواه أي أن هذا الشرط متعلق بها فقط.

الفرع الثاني: عدم الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي

ورد في نص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد
أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه...." فالمشرع لم يجعل الحضانة تسقط بمجرد سفر
الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي بل اشترط نية الاستيطان به في بلد أجنبي و هذا ما يعني الإقامة الدائمة أو لمدة غير
محددة.

فإن كان الإمام مالك يرى أنه ليس للحاضنة أن تنتقل بالمحضون سواء كانت أمه أو غيرها إلا إذا توفرت شروط
و هي أن لا تكون المسافة الفاصلة بين مكان الانتقال و إقامة الأب أو الولي تفوق مائة و عشرون كيلومتر و أن يكون
سفرها للتجارة و ليس للإقامة، في حين أن أغلب الفقهاء يرون أن التنقل بالمحضون لمسافة تزيد عن ستة (06) برد أي
ما يعادل 120 كلم مسقط الحضانة.¹³

و السبب في إسقاط الحضانة عن الشخص الموكلة له بموجب حكم قضائي لا تكمن في الاستيطان به في بلد
أجنبي بل في إبعاد المحضون عن وليه الشرعي، فإن كان أبويه يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته
و لن يسقط حق الحاضن و ذلك لوجود أم و أب المحضون في نفس المكان مما يسهل حتما التكفل به على أحسن وجه
مراعاة حقوقه، و قد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أنه متى كان من المقرر قانونا و شرعا أن الحضانة تسند لأحد
الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية
المعروفة في الحضانة.

¹³ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 43594 بتاريخ 1986/09/22، نشرة القضاء، العدد 44.

و السبب في إسقاط الحضانة عن الشخص الموكلة له بموجب حكم قضائي لا تكمن في الاستيطان به في بلد أجنبي بل في إبعاد المحضون عن وليه الشرعي، فإن كان أبويه يقيمان في نفس البلد الأجنبي فإن ذلك لن يضر بمصلحته و لن يسقط حق الحاضن و ذلك لوجود أم و أب المحضون في نفس المكان مما يسهل حتما التكفل به على أحن وجه و مراعاة حقوقه، و قد جاء في اجتهاد المحكمة العليا أنه متى كان من المقرر قانونا و شرعا أن الحضانة تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمّا أو أبا فإنّ سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة¹⁴

المطلب الثاني: الشروط المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية

إن المشرع الجزائري لم يفرد فصلا محددًا أو مادة معينة للحدّث بشكل واضح عن كل الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي تسند إليه حضانة الطفل عند الحكم بالطلاق مما يؤدي بنا مباشرة إلى الاستنجد بالاجتهادات التي جاء بها الأئمة و الفقهاء المسلمين و ذلك عملا بأحكام المادة 222 قانون أسرة التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد عليه نص، و بالتالي فإنّه يمكننا أن نقول أنّه يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكره كان أو أنثى إضافة إلى الشروط السالفة الذكر ما سيأتي ذكره فيما يلي:

الفرع الأول: البلوغ و العقل

فلا حضانة لمعتوه أو مجنون فكلاهما لا يستطيع القيام بتدبير شؤونه، فلا نفوض له أمر تدبير شؤون غيره لأنّ "فاقد الشيء لا يعطيه" و الجنون المتقطع يقوم مقام الجنون المتصل مخافة إيقاع الضرر بالمجنون، فلا يمكن شرعا و لا قانونا إسناد الحضانة إلى مجنون أو معتوه و لو كان ممن يستحقها و يطلبونها بالإضافة إلى التمتع بالقوى العقلية و البدنية، يجب أن تكون الحاضنة بالغة أي راشدة و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة¹⁵ لأن الصغير و لو كان مميزا في حاجة إلى من يتولى أمره و يحفظه فلا يتولى هو أمر غيره.

الفرع الثاني: القدرة و الأمانة.

القدرة هي إمكانية القيام بشؤون المحضون، و عليه فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر و لا لمریضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها عن القيام بشؤونه و لا لمتقدمة في السن تقدا يحوجها إلى رعاية الغير لها و لا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة

¹⁴ أنظر المحكمة العليا، قرار رقم 56597 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية عدد 3 سنة 1991.
¹⁵ انظر المادة 40 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري.

المغادرة له بحيث يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل و إحاق الضرر بهن و أو للقاطنة مع مريض مرضا معديا أو مع من

يبغض الطفل و لو كان قريبا له، بحيث لا تتوفر له الرعاية الكافية و لا الجو الصالح¹⁶

فمن المقرر في الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ

المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير حق ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي¹⁷.

أما الأمانة فنعني بذلك أن يكون الحاضن امينا على خلق المحضون، أي أميناً في خلقه و في سلوكه مع

المحضون و أميناً في الاهتمام به و رعاية مصالحه لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون طول النهار و طرفاً من الليل أو

لا يهتم به و لا يرعاه و يتركه يخالط أصحاب السوء لا يكون أميناً و لا قادراً على الحضانة.

و كذا الحاضنة الفاسقة أو العاهرة أو شاربة خمر لا تعتبر أمينة على المحضون و قد تشدد المشرع و القضاء في

ذلك لأن الأمر يتعلق بمصلحة الطفل و الاحتفاظ به صحياً و عقلياً.

¹⁶ أنظر المحكمة العليا، قرار رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 04 ص 76.

¹⁷ المحكمة العليا، نفس المرجع.

جاء المادة 62 قانون أسرة أن الطفل يربي على دين أبيه و لا فرق بين المسلمة و غير المسلمة في مسألة

الحضانة، حيث يرى الإمام مالك أن الإسلام ليس شرطاً في الحضانة و غير المسلمة كالمسلمة في ولدها و هي أحق به.

أما الإمام أحمد فيرى أن لا حضانة للكافرة و ذلك لأنّ الله لم يجعل ولاية للكافر على المؤمن، قال الله تعالى "و

لن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلاً"¹⁸ و لأنّه يخشى على دينه من الحاضنة لحرصها أن تنشئه على دينها و تربيته

على هذا الدين و يصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه و هذا أعظم ضرر يلحق بالطفل فعن حديث الرسول صلى الله عليه

و سلم قال " كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه" و على كل فإنّ القضاء الجزائري

تمسك بموقف الإمام مالك و سوى بين الأم المسلمة و غير المسلمة في استحقاق الحضانة¹⁹.

و قد يسقط القضاء حضانة الأم الغير مسلمة إذا رأى أن تصرفاتها قد تؤدي إلى الأضرار بالطفل المحضون.

¹⁸ سورة النساء، الآية 149.

¹⁹ المحكمة العليا، ملف رقم 11029، قرار بتاريخ 1974/05/29.

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مكان ممارسة الحضانة أي المقر الذي تتم فيه رعاية الطفل المحضون، و كل الجوانب المتعلقة بها أي حق الزيارة للوالد أم كان أو أب الذي لم تسند إليه هذه الحضانة، أو كلاهما معا إذا أسندت لطرف آخر غيرهما، ثم سنتطرق إلى مدى ارتباط حق الزيارة بالسلطة الأبوية أي كيفية ممارسة الأب لسلطته على طفله المحضون إذا لم تسند إليه حق حضانته ووجوده عدن غيره و مدى ارتباط هذه السلطة بحق الزيارة وفق مايلي:

المطلب الأول: مقر الحضانة

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه "نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا و أن تعذر فعليه اجرتة".

يستشف من نص المادة 72 المذكورة أعلاه، أنه إذا كان للمحضون مال فأجرة السكن من ماله الخاص و أن لم يكن له مال فيجب على الأب أن يوفر له مسكنا، أما إذا لم يكن قادرا على توفير المسكن للطفل المحضون كما هو الحال في وقتنا هذا نتيجة لأزمة السكن فوجب عليه أن يدفع أجرة السكن.

و اوضحت المادة 52 فقرة 2 من قانون الأسرة أنه "إذا كانت حاضنة و لم يكن ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج، و يستثنى من القرار بالمسكن مسكن الزوجية غذا كان وحيدا، إن المواد السالفة الذكر لم تنكر حق الحاضنة في مسكن يؤويها مع أطفالها، لكنّه قيد هذا الحق بشروط معينة و هي كالاتي:

1) أن تكون الأم حاضنة أي أنه قد صدر في حقها حكما نهائيا يسند إليها حضانة الأطفال.

2) أن لا يكون للحاضنة ولي يقبل إيواها مع أطفالها فإن كان لها أب أو أخ إلخ يقبل استقبالها في بيته فإن زوجها

يصبح غير ملزم بتأمين المسكن²⁰.

3) أن يكون للزوج السابق أكثر من مسكن، أما إذا كان وحيدا فالمسكن الذي سبق للحاضنة (الزوجة) أن أقامت به على

اعتبار أنه بيت الزوجية لا يمكن أن يكون محل نزاع بين الأب و الحاضنة (الأم) إذا كان الزوج لا يملك غيره، أو إذا كان

محل سكنه الوحيد²¹ و إذا ثبت أن للزوج أكثر من سكن حكم القاضي بأحده للحاضنة.

فإذا توفرت كل هذه الشروط السالفة الذكر فإنّ الزوج مجبرا على أن يوفر للام الحاضنة على الأقل أجره السكن إن لم

يكن في وسعه توفير مسكن للطفل، فيقوم بإيجار سكن خاص للحاضنة لممارسة الحضانة فيه على نفقته و ذلك في

مصلحة الطفل المحضون.

المطلب الثاني: حق الزيارة

لقد نصت المادة 74 من قانون الاسرة في فقرتها الثانية على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم

بحق الزيارة" و عليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى أم أو غيرها

أن يحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون و ذلك في أوقات و أماكن محددة، و إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو

غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة المحضون لمرات معينة و في أوقات و أماكن محددة، فما يمكن

ملاحظة هو أنه على القاضي عندما يقضي بالطلاق و إسناد الحضانة إلى احد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد

الوالدين أو لهما معا بحق الزيارة²².

و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزيارة هي رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و

التعليمية و الصحية بين يدي حاضنته و ليس للزائر أن يأخذ المحضون و يتجول به من حي لآخر²³

إلا أنّ الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه و الوقوف على أمره، إذ لا بد من توطيد علاقة

الزائر بالمحضون و تمتينها خاصة إذا كان الزائر هو الأب نفسه أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها، و الزيارة ليست قائمة

على هوى الحاضنة و الزائر و إنما هي أمر منظم يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيًا في

²¹ أنظر المحكمة العليا، ملف رقم 73949، قرار بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية سنة 1994، عدد 01، ص 49.

²² أنظر عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون أسرة جزائري، ص 296، دار هومة، طبعة ثالثة.

²³ عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 297.

ذلك مصلحة المحضون²⁴ و إذا اتفق الطرفان على مواعيد الزيارة و كيفية ممارستها و رأى القاضي في ذلك مصلحة المحضون قام باحترام موقفهما.

و على القاضي أن يراعي عند حكمه بزيارة المحضون سنة و ظروفه الصحية و النفسية²⁵ و الملاحظ هو أن المشرع أوجب على القاضي عند إسناده للحضانة لطرف أو لآخر أن يقضي حتماً لأحد الوالدين أو لهما معا في حالة إسناده حضانة الطفل للغير بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه حتى و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك، و القانون بموقفه هذا يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه "لا يجوز للقاضي أن يحكم بماله يطلبه الخصوم".

و رغم أهمية الزيارة و المتمثلة في رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و التعليمية و الصحية و الحلقية، فإنه من الأباء من لا يمنحها الاهتمام اللازم فيتخلون عنها أحيانا و يطالبون بها أحيانا أخرى و قد يتخلون عنها نهائيا متجاهلين ما يمكن أن يتركه ذلك من شرخ في نفسية الطفل، و من جهة أخرى قد تمتنع الحاضنة عن تسليم المحضون و تقف دون ممارسة الأب أو الوالي حقه في زيارة الطفل، و قد يمتنع الزائر عن إعادة الطفل إلى حاضنته بعد انتهاء مدة الزيارة و يعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات و المتعلقة بتحويل المحضون و إبعاده عن مكان حضانته.

و مادام الأمر هكذا كان على المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة و أن يحدد الحالات التي يمكن للقاضي إن توفرت أن يقضي بسقوطها، إضافة إلى ذلك فإنّ المشرع الجزائري عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة دون طلب و دون رقابة مسبقة منه، يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة و مضرة بالمحضون، و ذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بحق الزيارة حدود اصطحابه إلى أماكن غير لائقة²⁶ مثلا فحسب رأينا كان اللياقة و يصر على أخذ المحضون معه و من الأجدر على المشرع عندما ألزم القاضي بمنح حق الزيارة تلقائيا إلى أحد الوالدين أن يضع ضوابط لذلك و أن يحدد الحالات التي تسقط بموجبها هذا الحق و لأنه وجب أن يراعي أولا و أبدا مصلحة المحضون.

المطلب الثالث: مدى ارتباط حق الزيارة بالسلطة الأبوية

²⁴ المحكمة العليا، ملف رقم 59784 قرار بتاريخ 1990/04/16.

²⁵ المحكمة العليا، ملف رقم 71727 ، قرار بتاريخ 1991/04/23م.

²⁶ أنظر عبد العزيز سعد، نفس المرجع ، ص 296.

نصت المادة 134 من قانون المدني الجزائري على أنه "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الوقاية بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار، و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" و تحدد المادة 135 من نفس قانون في فقرتها الأولى الأشخاص الذين يتولون رقابة الفئات المذكورة أعلاه بنصها "يكون الأب و بعد وفاته الام مسؤولا عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرين الساكنون معهما....".

المادة 135 المذكورة أعلاه تجعل الأب المسؤول الوحيد عن الأفعال التي يتسبب فيها ابنه إضرار بالغير و ذلك ما دامه يسكن معه، لكن الطلاق هو فك الرابطة الزوجية و بالتالي فإن أسندت الحضانة للام و بالتالي انتقل الطفل للعيش معها فإنه في هذه الحالة يسقط شرط المساكنة، و بالتالي تسقط مسؤولية الأب لانعدام الشرط و إن كان ذلك يتحقق مع الأم إلا أن الأب مازال على قيد الحياة²⁷، و بالتالي فمن مع اولالدين يسأل في هذه الحالة إذا تسبب الطفل في الأضرار بالغير؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد "أن المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه هذا المحضون بالغير مدة وجود لديه و إذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة و أخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى، و نتج أن تصرف المحضون تصرفا غير شرعي ألحق ضرار بالغير فإن المسؤول عن تعويض مثل هذا الضرر سوف لا يكون هو الحاضن بالضرورة و إنما المسؤول هو الشخص الذي استعمل الحق في الزيارة المحكوم له بها، و الذي وقع الضرر وقت أن كان المحضون تحت سلطته و رقابته و نعتقد أن مثل هذا يمكن اعتباره سببا من أسباب سقوط حق الزيارة"²⁸

الأستاذ عبد العزيز سعد، قسم المسؤولية عن الأفعال الضارة للمحضون حسب ما إذا كان عند من أسندت له الحضانة أو ما إذا كان وقت إلحاقه ضرر بالغير رفقة أحد الوالدين الذي له حق الزيارة، فهذا الطرح يكون الأستاذ قد خالف حسب رأينا نص المادة 135 من القانون المدني و ذلك بإعفاء الأب جزئيا من مسؤوليته عن أفعال ابنه المحضون و ذلك إذا كان على قيد الحياة، فإذا أسندت حضانة الطفل لأمه و منح حق الزيارة للأب فإنّ هذا الأخير حسب الأستاذ

²⁷ أنظر حسينة عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير سنة 2000.

²⁸ عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 297، 298.

عبد العزيز سعد مسؤول إلا عن الأفعال الضارة التي يلحقها ابنه المحضون رفقته أي متى كان معه، و هذا حسب رأينا قد جانب الصواب لأن نص المادة 135 من القانون المدني جاءت واضحة و لا تقبل أي تفسير لأنّ تفسير يكون في حالة غموض النص فمداً الأب على قيد الحياة و رغم انتفاء شرط المساكنة فإنه مسؤولاً من الأفعال الضارة التي يلحقها ابنه المحضون بالغير، و لا تنتقل هذه المسؤولية للأم الحاضنة إلا بعد وفاة الأب، فإذا كانت الحضانة موكلة لشخص آخر غير الأب فإنه لا يمكن اعتبار ذلك مانع لممارسته لولايته على طفله و بالتالي مراقبته، و المسافة الفاصلة بين محل سكن المحضون و محل إقامة وليه لا يجب أن تتجاوز المسافة المقررة شرعاً و في هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22.09.1986²⁹ مفاده "من المستقر فقهاً و قضاءً أن بعد المسافة الفاصلة الحاضنة و صاحب الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضون لا يكون أكثر من ستة برود"، و ما يؤكد على أن إسناد الحضانة لغير الأب أي الأم المحضون مثلاً و منح حق الزيارة للأب لا يعتبر إعفاء هذا الأخير من مسؤوليته عن الأفعال الضارة التي يمكن أن يقوم بها ابنه المحضون قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21.11.1995 و الذي نص على أنه "أن الإقامة بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها و إسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة لبعده المسافة"³⁰.

إن قضاة الأحوال الشخصية عندما اعتبر الرقابة حق خالص للأب قد تأثر بفقهاء الشريعة الإسلامية عندما جعلوا ولاية الأب مستمرة رغم انتقال الطفل للعيش مع أمه بموجب حضانتها له، و أقرروا حق الأب أو الوالي في الإطلاع الدائم و المستمر على حالة الطفل دون أي عائق أو حاجز. تكون المسافة الفاصلة بين مكان إقامة الطفل حسب رأينا إن هذا الطرح صحيح لكن عندما لا المحضون و إقامة الأب كبيرة لتمكينه من الإطلاع على شؤونه و حالته و لو خارج أوقات الزيارة، فهذه المهام هي مضمون السلطة الأبوية التي لا يمكن للأب لأي حال من الأحوال أن يتنصل منها مادام على قيد الحياة و كامل الأهلية.

²⁹ قرار المحكمة العليا بتاريخ 22/09/1986، ملف رقم 430594، نشرة القضاة، العدد 44.

³⁰ قرار المحكمة العليا بتاريخ 21/11/1995، ملف رقم 111048، نشرة القضاة، العدد 52.

الفصل الثاني: أحكام الحضانة

بعد تطرقنا في الفصل الأول لمفهوم الحضانة و الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي ستسند إليه مهمة رعاية الطفل المحضون و تعرضنا لمكان ممارسة هذه الحضانة، و مدى ارتباط الزيارة بالسلطة الأبوية، سنتناول في هذا الصيف و كنتيجة حتمية لدراستنا إلى الأشخاص التي نص القانون على استحقاقهم لحق الحضانة و مدتها و انتهائها و تمديدها مع محاولة تحديد مفهوم "مصلحة الطفل المحضون" و حالات سقوطها و مدى علاقتها بالنفقة.

المبحث الأول: أصحاب الحق

لقد جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة الأم ثم الجدة الأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن أصحاب الحق في وفقا للقانون عديدون و لهم مراتب و درجات محددة في الشريعة و القانون أيضا، غير أنّ القانون ذكر بعضهم و رتبهم درجة فدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم، و دون تحديد درجة قرابتهم من المحضون، و لهذا سنحاول من خلال هذا المبحث و استنادا إلى القانون و قواعد الشريعة الإسلامية أن نعطي توضيح شاملا لمستحقي الحضانة و ذلك مع احترام الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون أسرة، بدءا بالأم و من يليها ثم الانتقال إلى جهة الأب و من يليه ثم الأقربون درجة و أخيرا من يراه القاضي أصح و ذلك وفق ما يلي:

المطلب الأول: الأم و من يليها من أقاربها

و إذا كان المشرع الجزائري قد توقف عن الجدة لأم فحسب فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية و كذا بعض القوانين

العربية لم تتوقف عندها بل تتعداها إلى جدة الأم و جدة أمها تطبيقاً للقاعدة: أم الأم و إن علت"

و الملاحظ هو أن نفس الشروط الواجب توفرها في أم الأم بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي،

و انتقال حضانة الطفل الأجنبي إلى جدته يكون بقرار من القاضي³¹.

بعد الجد لأم تأتي الجدة لأب ثم تليها الخالة أي أخت الأم الشقيقة، و قد أخذ بذلك في نص المادة 64 قانون

الأسرة، لأنّه من المفروض أن تكون شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه و في ذلك روى البراء بن عازب أن النبي صلى

الله عليه و سلم قضى في ابنة حمزة لخالتها و قال: "الخالة أم" و قد كان ذلك عندما اختصم علي - فأسلمها - رضي

الله عنه في أيهم يخضن ابنة حمزة - رضي الله عنهم - و جعفر و زيد بن حارثة رسول الله صلى الله عليه و سلم لخالتها

و قال "الخالة أم" و خالتها هي زوجة جعفر.

تم تأتي النسوة التي هي قريات الأم من بعدها لأنهن أرحم إلى المحضون، فإذا سقطت الحضانة عن الأم لزوجها

بأجنبي أو لأي سبب من الأسباب السقوط أو حتى لوفاها، تلتها في المرتبة من تدلي إليها بقرابة مباشرة، و هي أمها لأنها

أقرب و أكثر شفقة على المحضون من غيرها³² و إذا كان المشرع في المادة 64.

قد توقف عند الأم فحسب فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية و منه بعض القوانين العربية³³ لم تتوقف عندها بل تتعداه

إلى جدة الأم و جدة أمها تطبيقاً للقاعدة "أم الأم و إن علت".

و الملاحظ هو أن نفس الشروط الواجب توفرها في الأم هي نفس الشروط الواجب توفرها في أم الأم بالإضافة

إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، و انتقال حضانة الطفل إلى جدته يكون بقرار من القاضي³⁴، بعد

الجدة تأتي أخت الأم الشقيقة إما أم الأب تأتي مرتبتها في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأم مباشرة و قد أخذ بذلك

في نص المادة 64 من قانون الأسرة، لأنّه من المفروض أن تكون شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه و في ذلك روى

³¹ أنظر عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة، دمشق، ص 218..

³² أنظر أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، الإسكندرية، منشأة المعارف 1997، ص 224.

³³ أنظر المادة 139 من القانون الكويتي.

³⁴ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09.

البراء بن عازب "أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في ابنة حمزة لخالتها و قال " الخالة أم" و قد كان ذلك عندما إختصم علي فأسلمها - رضي الله عنه - في أيهم يحضن ابنة حمزة - رضي الله عنهم - و جعفر و زيد بن حارثة رسول الله لخالتها و قال " الخالة أم" و قد كان ذلك عندما أختصم علي فأسلمها - رضي الله عنه - في أيهم يحضن ابنة حمزة - رضي الله عنهم - و جعفر و زيد بن حارثة رسول الله لخالتها و هي زوجة جعفر.

و ما تجدر الإشارة إليه و هو أن الخالة الشقيقة تقدم على التي الأم و التي الأم على التي لأب فجانب الأمومة مفضل دائما على أن تتوفر في الخالة الشروط المحددة أنفا.

المطلب الثاني: الأب و من يليه من أقاربه

لقد رتبت المادة 64 دائما أب المحضون بعد الأم مباشرة و ان كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق الحضانة عند الإمامين مالك و أبو حنيفة، و إن كانت الحضانة من حق الأب بعد الأم و قريبتها فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته خاصة إن كان الولد فطيما³⁵.

تم تأتي مرتبة الجدة لأب بعد الجدة الأم حسب ترتيب قانون الأسرة و يبدو أن المشرع لم يتأثر بالمذهبيين الحنبلي و الشافعي اللذان يقدمان أم الأب على الأب خلافا للمذهبيين المالكي و الحنفي اللذان لا يقدمان أم الادب على الأب على الأب نفسه.

و كما تكون الحضانة لأم الأب ، تكون لأمها وجدتها عملا بقاعدة "الأم و غن علت" إذا توافرت فيهن الشروط و رغم المادة 64 توقفت عند الأم فحسب.

ما نلاحظه هو أن المادة 64 من قانون الأسرة جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة و ذلك بقولها ".... ثم الأقربون درجة.... دون ذكرهم أو تحديدهم و من ثم نلجأ إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية و ذلك في حالة غموض أو غياب نص ما في أمر محدد و بالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص، لكنهم متفقون على التصنيف التالي:

الفرع الأول: القربيات من المحارم

لقد اختلف المذاهب الأربعة في ترتيب هذه القربيات فالمذهب المالكي يرتب القربيات من المحارم ابتداء من الأخت و تقدم الشقيقة التي لأم و تليها التي لأب³⁶ و إذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة و بعضهم رجح بنا الأخ على بنات الأخت³⁷.

أما المذهب الحنفي فيرتب القربيات الحاضنات بداية بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي الذي يرتب الخالة بعد الأم، ثم بنات الإخوة ثم عمات المحضون فخالات الأم، ثم خالات الأب ثم عمات الأم فعمات الأب و تقدم دوما الشقيقة على التي لأم و التي لأم على الأخت لأب³⁸.

أما المذهب الحنبلي فقد قام الأم و أمهاتها و الأب و أمهاته فالجد و أمهاتها ثم الأخوات بدءاً بالشقيقة فالخالة فالعمة ثم خالات الأم ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه ثم بنات أخواته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته ثم بنات أخواته ثم بنات أعمامه ثم بنات أعمام أبيه³⁹ و أخيراً المذهب الشافعي الذي و كما متعارف عليه الأم أولى بحضانة ابنها ثم أم الأم و إن علت بشرط أن تكون وارثة، أما عن القربيات من المحارم فهن الأخت ثم بنت العمة ثم بنت العم ثم بنت الخال و تقدم الشقيقات على غيرهن و التي لأب على التي

لأم⁴⁰.

الفرع الثاني: العصبات من المحارم من الرجال

³⁶ أنظر عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة، دمشق، ص 218.

³⁷ أنظر الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 406.

³⁸ أنظر الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 474.

³⁹ أنظر الصابوني، مرجع السابق، ص 218 و 219.

⁴⁰ أنظر الصابوني، المرجع السابق، ص 220.

العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، و العاصب إذا كان رجلا فلا يكون إلا عاصبا بنفسه و هذا حسب المادة 152 من قانون الأسرة التي كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة الذكر " و قياسا على الميراث فإنّ حضانة الولد تعود نصت " لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم، و قد حددت المادة 153 من قانون الأسرة هذا الصنف حسب أربع جهات أولها جهة البنوة ثم جهة الأخوة و أخيرا جهة العمومة.

و بناء على ما تقدم فإن ترتيب هذه الفئة يكون بناء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث و ولاية النكاح⁴¹.

الفرع الثالث: المحارم من الرجال غير العصبية

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة المحضون من محارم أو العصبات من المحارم من الرجال أو لم يكن أهلا للقيام بممارسة الحضانة انتقل هذا الحق إلى محارم المحضون من غير العصبية و هم على النحو الآتي الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم النخال الشقيق فالخال لأب فنخال لأم⁴².

⁴¹ انظر أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 219.
⁴² أنظر السيد سابق، مرجع السابق، ص 335.

المطلب الرابع: من يراه القاضي أصلح للمحضون.

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها، و ذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلاً لذلك، نص المشرع في المادة 64 من القانون الأسرة على القاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون و لو كان من الأقارب الذين ليست لهم حق الحضانة مثل ابن العم⁴³، فعلى القاضي في غموض نص المادة السالفة الذكر التي اكتفت بالنص على أن القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون دون تحديدهم و لا ذكر مراتب استحقاقهم أن يرجع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة و التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية و أن يبحث في الكتب الفقهية و على اختلاف أنواعها في ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة من غير المذكورين في قانون الأسرة، و ذلك على اختلافهم، و هذا ما سيؤدي حتماً إلى التضارب الأحكام في هذا الشأن لعدم وجود ترتيب لهؤلاء المستحقين و لكن ذلك لن يكون له تأثير لأنّ القاضي سيعاين في كل الأحوال مصلحة الطفل العليا.

⁴³ انظر الصابوني، المرجع السابق، ص 223.

المبحث الثاني: انقضاء مدة الحضانة و تمديدها مع مراعاة مصلحة المحضون

بعد تطرقنا في المبحث السابق إلى ترتيب مستحقي الحق في الحضانة حسب ما ورد في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، ارتأينا أن نتطرق في هذا المبحث إلى انقضاء مدة هذه الحضانة بالنسبة للمحضون سواء كان ذكر أم أنثى و ذلك حسب ما ورد في نص المادة 65 من قانون الأسرة جزائري و إمكانية تمديدها للطفل المحضون و ذلك في حالة ما إذا كان التمديد في صالحه، إذ على القاضي عند الحكم بتمديد هذه الحضانة أن يراعي في كل الأحوال المصلحة العليا للطفل المحضون وفق ما سنوضحه بتطرقنا أولاً إلى حاجة انقضاء مدة الحضانة ثم حالة تمديدها و أخيراً ربط حالة التمديد بمراعاة قاعدة مصلحة المحضون وفق ما يلي:

المطلب الأول: انقضاء مدة الحضانة

جاء من نص المادة 65 من قانون الأسرة: "تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن

الزواج...."

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد سن انقضاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه العشر سنوات، ويفهم من ذلك أن يحق ذلك أنه يحق لأحد الوالدين عند الحكم بطلاقهما أن يطالب بحضانة ولدهما إلا في حالة ما إذا كان سنه يقل عن العشر سنوات أما بالنسبة للأنثى فنصت المادة على أنه تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج، و بالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة فقد حدد المشرع الجزائري سن زواج المرأة بـ 18 سنة.

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في تحديد مدة انتهاء حضانة المحضون سواء كان ذكر أو أنثى، فالإمام مالك يرى بان حضانة الذكر تنتهي ببلوغه أماً حضانة الأنثى فتنتهي بالدخول أي حتى اقترانها و ليس ببلوغها سن التسع سنوات و هو حسب رأينا غير متطابق مع الواقع إذ أنه سواء كان الأمر يتعلق بالذكر أم بالأنثى فالسن المحدد بالنسبة لانقضاء حضانتها لا يتماشى مع حاجياتها الماسة لمن يحضنها و يتولى شؤونهما.

أما بالنسبة للفقهاء الحنبلي فيرى أن انقضاء مدة الحضانة للصبي أي سواء ذكر أم أنثى هو نفسه و قد حدد بسن السبع سنوات أما الفقه الشافعي فيرى أنه إذا بلغ الصبي ذكر أم أنثى سن التمييز بينهما فتنتضي حضانتها.

ما يلاحظ من خلال ما سبق ذكره هو اختلاف المذاهب الأربعة في تحديد إنقضاء مدة الحضانة بالنسبة للمحضون سواء كان ذكر أم أنثى ، و بالرجوع إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري ، نرى أن المشرع قد خالف المذاهب الأربعة في تحديد سن الانقضاء الحضانة بالنسبة للذكر أم الأنثى و ذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم العليا ، فالمشرع اجتهد في هذا المجال و ذلك تماشيا مع الظروف التي يعيشها مجتمعنا و صعوبة الوضع الاجتماعي و حسب رأينا فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذه المادة هو الأقرب للصواب إذا ما أخذنا بعين الاعتبار اختلاف الزمان و تطور الظروف المعيشية و قساوة الحياة ، فمن غير المعقول أن تنقضي حضانة الطفل ببلوغه السبع سنوات سواء كان ذكر أم أنثى و خصوصا في حالة هذه الأخيرة أين تكون في أمس الحاجة إلى مصاحبة النساء و معاشرتهن .

المطلب الثاني: تمديد مدة الحضانة

و للقاضي أن يمدد جاء في الشطر الثاني من نص المادة 65 من قانون الأسرة " بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية "

من خلال تحليلنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد استثناء عن القاعدة التي تقضي بانتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه العشر سنوات إذ نص على أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضنته من سن العشر سنوات إلى غاية بلوغه السادس عشر سنة و ذلك ما في حالة ما انتهت المدة القانونية لحضنته و طلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديدها له و ذلك في حالة توفر شرطين و هما :

الشرط الأول: أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها.

الشرط الثاني: أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون معنى ذلك أنه إذا قضت المحكمة حين فصلها في موضوع الطلاق بإسناد حضانة الطفل المحضون لأمه، و كان سنه لا يتجاوز مثلا السبع ثم بلغ سن العشر (10) سنوات و بالتالي انتهت المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 65 من قانون الأسرة، جاز لها أن تطلب من هيئة المحكمة تمديد مدة هذه الحضانة و إبقاؤه عندها إلى أن يبلغ سن السادسة عشر من عمره، أما في حالة عدم مطالبتها بتمديد مدة الحضانة فإنها تسقط منها كما سنوضحه حين تطرقنا إلى أسباب سقوط الحضانة.

و الملاحظة من خلال نص المادة 65 من قانون الأسرة هو أن المشرع الجزائري و قد أعطى الحق في المطالبة بتمديد مدة الحضانة إلا في حالة ما إذا كانت الحضانة قد أسندت لأم المحضون فقط و هذا إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية " و لكن اشترط عليها في هذه الحالة عدم.... حينما نص على أن زواجها ثانية برجل ليس ذي محرم للمحضون.

كما يستخلص بمفهوم المخالفة من نص المادة 65 المذكورة أعلاه أنه لا يجوز لا للأم و لا لغيرها طلب تمديد أجل حضانة الأنتى مطلقا.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق هو أن السبب الذي خفض من أجله سن حضانة الذكر إلى أقل من الأنتى هو أن الذكر يفضل عدم عشرة النشاء و يستغني عن خدماتهن ابتداء من سن الاحتلام (المراهقة) لأنه يأخذ في الركون إلى تقليد الرجال و تظهر عليه علامات الرجولة بينما الفتيات على خلاف ذلك فكلما ازداد سنها كلما ازدادت حاجتها إلى عشرة النساء.

منا يلاحظ كذلك هو أن المشرع الجزائري أغفل عند ضبطه لموضوع الحضانة أن يتحدث عن وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة و عموما بالرجوع إلى نص المادة 222 ق أسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء المسلمين جاءت مختلفة فمنهم من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع و ليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو إلى الأم و منهم من يقول بأن المحضون مخير و له الحق في أن يلجأ إلى أي الوالد يستأنس إليه.

المطلب الثالث: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون أو الطفل قاعدة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية، فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، و المشرع اخذ بها دون أن يحدد لها معنا عاما و مجردا.

فقاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل من حيث السن و الحاجيات و المحيط الذي يتربع فيه، كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها و إلى تعقيدها أيضا.

و ما يمكن قوله هو أن قاعدة مصلحة الطفل قاعدة مرنة و مطاطة تتأقلم مع الظروف الزمنية، فهي تختلف من

زمان إلى آخر و من مكان إلى آخر و خاصة من طفل لآخر.

و يظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر إلى حد بقاعدة مصلحة المحضون شأنه شأن القوانين الحديثة إلا أنه لم يفتح الباب على مصرعيه كما فعلت بعض التشريعات العربية، بل جعل القاعدة أداة يرجع إليها القاضي كلما رأى في ذلك ضررا، و لذلك نص في المادة 65 من القانون الأسرة على الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في قبول أو عدم قبول طلب تمديد حضانة المحضون إذا كان ذكرا، فالقاضي بذلك يعتبر الحامي الأول للطفل المحضون فإذا رأى أنه يقبله لطلب الحاضنة بتمديد حضانة طفلها ضررا له رفض ذلك الطلب و لكن وجب عليه أن يعلل سبب رفضه⁴⁴.

فقاعدة مصلحة المحضون كما سبق و ذكرنا هي قاعدة في نفس الوقت ذاتية تتعلق بكل طفل على حدى و هي كذلك قاعدة مرنة و مطاطة و بما أنّ المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا لهذه القاعدة فهذا يفتح المجال لكل قاضي أن يعبر عن هذه القاعدة حسب قناعاته الفكرية و طريقتة في التربية و حسب رأينا هذا ما سهل و سيسهل حتما عمل القضاة، فبعد تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع الجزائري حرية تقدير ظروف كل طفل على حدى طريقة المعيشة و حسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم، فمثلا حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية، فقاعدة مصلحة المحضون تختلف من مكان إلى آخر و من زمان إلى آخر.

المبحث الثالث: سقوط الحق في الحضانة و عودتها

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة و نظمها في خمس مواد من المادة 66 إلى غاية المادة 70 منه، و نص في المادة 71 عن عودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها و لهذا ارتأينا أن تطرق لهذا الموضوع وفق ثلاث مطالب أساسية ففي المطلب الأول نتطرق إلى أسباب سقوط الحضانة ثم نتقل في المطلب الثاني إلى عودة الحضانة و ذلك في زوال سبب سقوطها و في المطلب الثالث إلى كيفية ممارسة دعوة إسقاط الحق في الحضانة وفق ما يلي:

المطلب الأول: أسباب سقوط الحق في الحضانة

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه و إنما هو أداء أو القانون، فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع و التزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون سن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 من قانون الأسرة و إن اخل بالالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة و جب إسقاطها منه فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما هي أسباب سقوط الحق في الحضانة؟ و انطلاقا من ذلك فإن حق الحضانة يسقط بسبب من الأسباب التالية:

الفرع الأول: سقوط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم

لقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري "يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم. و يعني هذا أن كل زوجة و قع طلاقها من زوجها بحكم قضائي و أسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة و ذلك بقوة القانون و هذا بمجرد زواجها أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون، فإذا قام الأب، أو غيره ممن لهم حق الحضانة المحضون من الأشخاص الذي ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة، برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق الحضانة الأم فإن المحكمة ستستجيب حتما لطلبهم هذا و تقضي بإسقاط حقها في الحضانة و تمنحها إلى غيرها سواء الأب أو غيره ممن لهم الحق في ذلك و قام بطلبها.

نصت المادة 66 من قانون الأسرة السالفة الذكر عن سبب آخر من أسباب سقوط الحق في الحضانة بالتنازل ما لم يضر بذلك بمصلحة المحضون "فقد أقر المشرع... الحضانة و ذلك بنصها على أنه" في نص هذه المادة على أنّ للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة لكن قيد هذا الحق بشرط أساسي و هو أنّ لا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون فإذا كان ذلك التنازل في غير صالح المحضون رفض القاضي طلبها هذا ما دامت تتوفر فيها الشروط القانونية و الشرعية للحضانة و ما دامت مصلحة المحضون متعلقة بها⁴⁵ و قد جاء في هذا الصدد عن المحكمة العليا "أن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأنّ حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون..."⁴⁶

ففي حالة إسناد الحضانة إلى الأم أو الخالة أو الأب أو غيرهم ممن لهم الحق فيها، و أثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة أمام القاضي و طلب إسقاط حقه في تلك الحضانة فإن القاضي عند إصدار حكمه في القضية و جب أن يضع صوب عينيه دائما و أبدا مصلحة المحضون و إن كان ذلك التنازل سيضر بمصلحته أم لا.

الفرع الثالث: سقوط حق الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن

لقد أورد المشرع في نص المادة 67 من قانون الأسرة على أنه "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

يستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أضاف حالة أخرى إذا توفرت سقط في الحاضن أو الحاضنة في ممارسة حقها في رعاية المحضون، و هذه الحالة المذكورة في نص المادة 67 السابقة الذكر تتعلق بتخلف أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن ليكون أهلا لممارسة حقه، و معنى هذا أن هذه الشروط كانت متوفرة فيه إذ أسندت له حضانة الطفل بموجب حكم قضائي، و بالتالي فالقاضي عند إسناد الحضانة لذلك الشخص قد رعى توفر كل الشروط الواجبة و أنّه في نفس الوقت أخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، و لكن ثبت فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه دون رعاية و لا حماية و لا تعليم و لا تربية، و في هذا الصدد

⁴⁵ أنظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 298.

⁴⁶ المحكمة العليا، ملف رقم 23456، قرار بتاريخ 2000/02/22.

أقرت المحكمة العليا على وجوب توفر كل شروط الحضانة و تخلف أحدها يؤدي إلى إسقاط هذا الحق كتخلف شرط

القدرة⁴⁷

و الجدير بالذكر أن طلب إسقاط حق الحاضن في الحضانة وجب أن يرد من طرف أحد مستحقيها من أصحاب

الدرجات الأخرى، فإذا قضت المحكمة بإسقاط حق الحضانة وجب أن تسندها إلى الشخص الذي رفع دعوى إسقاط

الحضانة و لكن وجب في كل الأحوال على القاضي عند النطق بالحكم أن يراعي في كل الأحوال مصلحة المحضون.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو حالة ما إذا أسندت الحضانة لأم المحضون و كانت هذه

الأخيرة عاملة أو موظفة، فما هو موقف القانون في هذه المسألة؟ أي كيف يمكن لها أن تقوم بعملها و برعاية المحضون

في نفس الوقت؟ إن قانون الأسرة قد أغفل أن يتحدث على هذه الحالة لكن هناك من تطرق إلى هذه المسألة و من بينهم

الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى " أن الحاضنة العاملة أو الموظفة يجب أن تكون قادرة على أن توفر للمحضون كل

عناصر الرعاية و التربية و الحماية المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء بعملها المباشر أو بواسطة الغير،

و إذا عجزت عن ذلك فسوف تفقد حقها في الحضانة حتى و لو كانت لا تمارس أي وظيفة أو أي عمل مأجور".

و حسب رأينا فإن ما جاء به الأستاذ عبد العزيز سعد هو الأقرب إلى الصواب، فصعوبة الحياة اليومية و الظروف

الاجتماعية القاسية قد تؤدي بالحاضنة إلى الخروج للعمل للحصول على مكسب رزق يمكنها من توفير ظروف معيشية

أفضل للمحضون، و قد تلجأ إلى تركه في دور من دور الحضانة لقضاء يوم كامل و لكن وجب عليها أن تحرس على أن

يتم التكفل به على أحسن وجه و توفير له الرعاية اللازمة إضافة إلى حراسته و التأكد من سلامته.

الفرع الرابع: سقوط حق الحضانة بالتقادم

جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه "إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدة تزيد عن سنة بدون

عذر سقط حقه فيها"، ما يعاب على نص هذه المادة أنه لم يبين صفة مستحق الحضانة إذ و كما سبق ذكره و التطرق إليه

في المبحث الأول من هذا الفصل فإن أصحاب الحق في الحضانة رتبهم المشرع الجزائري حسب درجة استحقاقهم و

ذلك لتعدددهم و هذا ما يضيفي نوع من الغموض على هذا النص، و حسب الأستاذ عبد العزيز سعد⁴⁸ فإنه في حالة ما إذا

⁴⁷ المحكمة العليا، ملف رقم 33921، قرار بتاريخ 1984/07/09.

⁴⁸ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 301.

تخلى مستحق الحضانة بالأسبقية عنها ضمناً و لم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة فإنّ حقه فيها سيسقط بقوة القانون و لا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة".

معنى ذلك إذا وقع طلاق بين الزوجين و بقي الأولاد عند والدهم دون أن تطلب أمهم أو من يليها كالخالة مثلاً حضانتهم في مدة تزيد عن السنة فإنّه لم يعد من حق الأم و لا من حق من يليها أن يطالبوا من لم يطلب حقه في بحقهم في الحضانة أمام المحكمة، و هذا ما ورد في الشريعة الإسلامية أي أنّ الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط في حقه فيها، ويبقى الطفل المحضون عند أبيه و ذلك حتى بلوغه السن القانوني لانقضاء الحضانة أو سقوط الحضانة من الأب بسبب الوفاة مثلاً أو سبب شرعي آخر.

كذلك إذا بلغ المحضون سن العاشرة يعتبر قد وصل إلى مرحلة تسمح للأب أو لغيره طلب إسقاط الحضانة، ما لم تتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات فإذا انتهت السنة الحادية عشر سقط حق الحاضن في الاحتفاظ و ذلك لعدم مطالبة بتمديد مدة الحضانة كما سبق و أن تطرقنا إليه في المبحث الثاني.

الفرع الخامس: سقوط حق الحضانة بالمساكنة

جاء في نص المادة 70 من قانون الأسرة: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم

المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"

من خلال تحليلنا لنص المادة 70 المذكورة أعلاه، نستنتج أنّ هناك عدة عناصر و جب توفرها لتطبيق هذه المادة

و للتقرير بسقوط حق الحضانة، فأول هذه العناصر يتمثل في الأشخاص الموكّل لهم بموجب حكم قضائي حضانة الطفل

المحضون و يتعلق الأمر بكل من الجدة الأم و الخالة أخت الأم المحضون فإذا تخلف هذا العنصر أي صفة الحاضن لا

يمكن تطبيق هذه المادة، أما العنصر الثاني فيتمثل في أن تأتي هذه الخالة أو الجدة إلى منزل الأم و معها المحضون

فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة و دائمة، لأنّه لو جاءت زائرة أو لتقيم إقامة مؤقتة كقضاء عطلة الصيف مثلاً

"أو كانت تسكن بجوار أم المحضون لما أمكن الإدعاء بسقوط حضانتها، أما العنصر الثالث فمفاده أن تكون أم

المحضون متزوجة و أن يكون زوجها شخص أجنبي عن المحضون أي لا علاقة له به و لا تربطه به أي قرابة محرمة فإذا

توفرت كل هذه العناصر المذكورة أعلاه في نفس الوقت أي أن تكون الحاضنة الجدة أو الخالة و أن تنتقل للعيش مع أم المحضون و أن تكون هذه الأخيرة متزوجة بغير قريب محرم للمحضون فإن حق الخالة أو الجدة يسقط بقوة القانون، و يحق لمن تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية من غيرهما ان يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحد منهما و إسنادها إليه.

و حسب الأستاذ عبد العزيز سعد فإن المشرع الجزائري لم يبين قصده من حصر سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الخالة أو الجدة لأم دون غيرهما، ثم أنه سكت عن جعل هذا السبب نفسه كسبب من أسباب السقوط في الحالة العكسية و هي الحالة التي تكون فيها أم المحضون مطلقة من زوج ثاني أو متوفي عنها زوجها و تنتقل لسبب من الأسباب الاقتصادية أو الاجتماعية فتسكن مع أختها أو أمها التي تقوم بحضانة ابنها هي، كما أن المشرع سكت عن الحالة التي يقضي فيها بالحضانة إلى أم الأب و تكون تسكن في مسكن الأب نفسه سكنا دائما قبل الحكم بالحضانة و بعده⁴⁹ ونحن نشاطر الأستاذ عبد العزيز سعد في هذا الطرح لأن المشرع بسكوته هذا أضحى نوع من الغموض على الأسباب و الدوافع التي أخذ بها الحصر هذه المادة على الجدة و الخالة لأم.

المطلب الثاني: عودة الحضانة إلى مستحقيها

لقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أن "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري" و مع ذلك فإنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة و سلب منه هذا الحق أو يسقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه أو غير قادر على رعايته و ضمان حمايته، و العناية بصحته و خلقه و تعليمه، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب منه حق الحضانة من أجله.⁵⁰

من ذلك وجب علينا أن نميز بين حالتين، الأولى تتمثل في سقوط حق الحضانة بسبب تطبيق قاعدة قانونية و ليس لطالب الحضانة أي دور في سقوطها أي أن هذا السقوط سببه غير اختياري، و هي الحالة التي إذا زال فيها سبب

⁴⁹ أنظر عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 302 و 303.

⁵⁰ أنظر عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 302 و 303.

سقوط الحضانة تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة، أما الحالة الثانية للسقوط هي الحالة التي تسبب فيها مستحق الحضانة بتصرفه في ذلك و يعتبر تصرف اختياري، و سنوضح هاتين الحالتين وفق مايلي:

الفرع الأول: سقوط حق الحضانة الغير الاختياري

و المقصود في هذه الحالة بالسقوط الغير الاختياري هو توفر أحدج أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و ما يليها من قانون الأسرة جزائري و التي أدت إلى إسقاط حق الحضانة ممن كانت موكلة له بموجب حكم قضائي، وعليه فإذا كان حق الأم في حضانة ولدها إسقاط حق الحضانة ممن كانت موكلة له بموجب حكم قضائي، و عليه فإذا كان حق الأم في الحضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون فإنّ هذا الحق سيعود إليها حتما إذا هي طلقت أو توفي زوجها و لم تتزوج من شخص عن المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون و كانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه فإنّها تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية منصوص عليها في نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري، و تسقط منها الحضانة بموجب حكم قضائي و لن تعود إليها اي إما الجدة لأم أو الخالة إلا إذا انتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدا عنها نوع ما، منه يمكن القول أنّه إذا كان السقوط غير اختياري فإنّه يحق للحاضن استرجاع حقه إذا زال سبب السقوط، و في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا أنّه "أن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط و دون الود على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أنّ لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون أسرة مخالفة للقانون و قصور في التسبب⁵¹، و كذلك في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/05 جاء فيه "من المقرر قانونا أنّه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري و من ثم فإنّ القضاة بما يخالف المبدأ يعد المخالفة للقانون"⁵².

الفرع الثاني: سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة كما سبق ذكره ناتج عن تصرف مستحق الحضانة و بناء على رغبته و اختياره، فغن حق الحضانة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان مثل هذا السقوط مترتبا عن تنازله الصريح أو إهماله و ذلك بعدم مطالبته بحقه في الحضانة، و يعتبر ذلك تنازلا وفق المادة 68 من قانون الأسرة، و عليه فإنّ الأم أو الخالة أو

⁵¹ المحكمة العليا، قرار رقم 252308 بتاريخ 2000/11/21.

⁵² المحكمة العليا، قرار رقم 58812 بتاريخ 1990/02/05.

الأب أو غيرهم من مستحقي حق الحضانة لا يمكن لأحدهم أن يستفيد من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط إذا كان حقهم هذا قد سقط بسبب تنازلهم أو بسبب عدم المطالبة بذلك خلال المهلة القانونية المحددة بسنة، باستثناء حالة إذا كان عدم المطالبة بحق الحضانة له مبرر شرعي، و بالتالي فإنه لا يجوز لأحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره، و في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/06/25 أنه "عدم الرد على الدفع قصور في الأسباب متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها و كان من المقرر قانونا كذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم من أدلة و أبدى من طلبات و دفع في الدعوى فإنّ هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسيب و مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة فإنّ قضية الموضوع بعدم ردهم على الدفع التي تمسك بها الطاعن و خاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام القضائي جرى على أنّه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة و بعد ردهم أيضا على دفع الأب الطاعن المتعلق بسكن الجدة مع ابنتها أم البنت المحضونة يشكل قصورا واضحا في التعليل و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار في الطعن في هذا الشأن⁵³.

و تجدر الإشارة أنّه مهما يكن من أمر فإن عودة الحق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا تكون إلا بموجب حكم من المحكمة.

الفرع الثالث: سقوط الحضانة بسبب انحراف أو فسق الحاضن

إذا كان الحاضن فاسق أو منحرف، فهذا سيؤدي حتما إلى فسوق المحضون، و هذا ما اتفق عليه معظم الفقهاء في الشريعة الإسلامية أي اتفاقهم على عدم صحة حضانة الفاسق (المنحرف).

فقد اتفق كل المذاهب الأربعة على أنّه: "لا حضانة لفاسق لأنّه غير موثوق به في أداء⁵⁴

⁵³ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 33636 ، بتاريخ 1984/06/25، المجلة القضائية سنة 1989، العدد 3.

⁵⁴ المفتي ابن قدامة، المجلد التاسع، دثار الكتاب العربي، مصر الصفحة 305.

الواجب من الحضانة و لا حظ للولد في حضانته " لأنه ينشأ على طريقته".

و عليه فإنّ الهدف النبيل المقصود من الحضانة هو رعاية و حفظ الطفل فكيف يمكن اسناد هذه المهمة لمن هو ليس أهلا لذلك بل يمثل كونه يمثل خطر على نفسه و على غيره.

المطلب الثالث: دعوى سقوط حق الحضانة

لقد تطرق المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة إلى تعريف الحضانة و ذلك عن طريق ذكر أهدافها ثم أضاف و اشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك، أي أن يكون الحاضن سواء رجل أو امرأة عاقلا، راشدا و أمينا على خلق المحضون و سلوكه و تربيته على دين أبيه و أن يكون الحاضن قادرا على تأمين حاجيات المحضون المادية و المعنوية خاصة منها المتعلقة برعايته و الحفاظ على سلامته و الوقوف على مصالحه و قد سبق لنا أن تطرقنا إلى ذلك في الفصل الأول، ثم انتقل المشرع في نس المادة 66 من قانون أسرة و ما يليها إلى التطرق إلى أسباب الحق الشخص الموكل له الحق في الحضانة بموجب حكم قضائي و قد سبق و أن اشرنا إلى ذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

و هذا ما يؤدي بنا إلى القول أن دعوى سقوط حق الحضانة عنم كانت قد أسندت إليه بموجب حكم قضائي يمكن رفعها من طرف أي شخص تتوفر فيه الشروط القانونية و الشرعية لرفع هذه الدعوى، و ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة و يكفي للشخص الذي يطالب بإسقاط حق الحضانة أن يستند إلى احد الأسباب المذكورة في المادة 66 و ما يليها من قانون الأسرة كزواج الحاضنة بأجنبي غير محرم للمحضون أو الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي أو كانت الحاضنة جدة أو خالة و سكنت مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي إلى غير ذلك من الأسباب المحددة بموجب القانون، أو يسند إلى انتفاء احد الشروط الواجب توفرها في الحاضن كانحراف الحاضن أو فقد أهليته أو عدم القدرة على تكفل الحاضن بالمحضون وقد جاء في هذا الصدد في القرار المحكمة العليا على انه " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان ثابت في قضية

الحال أن الحضانة فاقدة البصر وهي بدالك عاجز عن القيام بشؤون أبنائها و من ثم فإن قضاة الاستثناء بإسنادهم حضانة الأولاد لهما وهي على هذا الحالة حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية⁵⁵

و يشترط في طالب إسقاط حق الحضانة أن يطالب في نفس الوقت إسنادها إليه هو نفسه بعد أن يكون قد قدم للمحكمة أسباب سقوط الحضانة على غيره و شروط إسنادها إليه شخصيا حيث لا يجوز لأحد أن يطلب للمحكمة إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير⁵⁶ و ذلك لأنه لا يحق له أن يعبر عن إرادة غيره أو يجبر غيره على ممارسة حق شخصي خالص، و يجب على القاضي في كل الأحوال أن يراعي المصلحة الفضلى للطفل.

⁵⁵ المحكمة العليا، ملف رقم 33921، قرار بتاريخ 1984/07/09.

⁵⁶ أنظر عبد العزيز سعد، المرجع سابق، ص 370.

إن نفقة الولد واجبة على الأب كمبدأ عام، و لا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا ما لا يمكن أن ينفق منه على نفسه و ذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا طبقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "يجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال" و نجد نفس الحكم كذلك في نص المادة 72 من نفس القانون التي تنص على أن "نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده" و في حالة عجز الأب تجب النفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة، و ذلك وفق نص المادة 76 من نفس القانون التي نصت على أنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك" و يستشف من نص هذه المادة أنه إذا كان الأب عاجز على الكسب و كان فقيرا فإنه يعتبر في حكم المعدوم و حينئذ يؤمر بها من تجب عليه نفقة الصغير بعد الأب و هي الأم و لها أن تعود على الأب أن ظهر يسره لأنه يعتبر مدينا لها بها⁵⁷.

بعد أن وضحنا مدى أهمية النفقة و أحقية الصغير لها و جب علينا أن نتطرق أولا إلى شروط استحقاقها ثم إلى كيفية تقديرها و أخيرا مدة وجوبها و سقوطها وفق ما يلي:

المطلب الأول: شروط استحقاق النفقة

الطلاق يحدث نظاما جديدا تتحدد فيه علاقة الطفل بوالديه و تتضح فيه واجبات كذلك و من بين هذه الواجبات كذلك و من بين هذه الواجبات النفقة على الطفل المحضون، و لكن لاستحقاق هذه النفقة يشترط في المنفق و المنفق عليه شروط ارتأينا أن نوضحها فيما يلي:

الفرع الأول: أن يكون المحضون محتاجا

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أن "نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده

أن يهيئ له سكنا و أن تعذر فعليه أجرته".

من خلال تحليلنا لنص المادة 72 السالفة الذكر نلاحظ أن المشرع قيد مسألة إنفاق الأب عن ابنه المحضون

بعدم إمكانية هذا الأخير القيام بنفسه ماديا، بمعنى عدم توفر لدى المحضون أموال تمكنه من التكفل باحتياجاته، فإذا كان

لديه مال أعفى الأب من الإنفاق على ابنه⁵⁸ و هذا ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 75 من قانون الأسرة بقوله

"تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...."

فالشرط الأول إذن لاستحقاق النفقة هو عدم وجود لدى المحضون ما يمكنه من اقتناء حاجيته المادية و توفير

سكن له.

الفرع الثاني: أن يكون المنفق ميسورا

بمعنى أن يكون لأب مال يمكنه من التكفل باحتياجات المحضون اليومية و بمفهوم المخالفة، إذا تعذر على

الأب الإنفاق على المحضون و كان معسرا فهنا في هذه الحالة يعفى من هذا الالتزام و ينتقل إلى من تجب عليه نفقة

الأولاد في حالة عجز الأب و هي الأم و ذلك وفق ما نص عليه المشرع في نص المادة 76 من قانون الأسرة بقوله "في

حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

فإذا كان الأب عاجزا على الكسب و كان فقيرا فإنه يعتبر في حكم المعدوم و حينئذ يؤمر بها من تجب عليه

نفقة الصغير من بعده و هي الأم، و لكن لها أن تعود عليه إن ظهر يسره لأنه يعتبر مدينا لها و ذلك لأن مسؤولية الاتفاق

على الأولاد تعود إليه بالدرجة الأولى.⁵⁹

⁵⁸ أنظر أحمد فراج حسين، مرجع السابق، ص 263.

⁵⁹ أنظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 225.

الفرع الثالث: أن يكون المنفق عليه غير قادر على الكسب

نصت المادة 75 من قانون الأسرة "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

يستشف من نص هذه المادة أن الوالد ملزما على الاتفاق على المحضون إذا كان ذكرا إلى غاية بلوغه سن الرشد و بالرجوع إلى نص المادة 40 من قانون المدني فإن سن الرشد محدد بـ 19 سنة، و تستمر في حالة الذكر حتى إنهاء دراسته إذا كان يزاول دراسات عليا و ذلك لعدم إمكانية مزاوله للدراسة و العمل لكسب القوت من جهة أخرى، و تستمر أيضا في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية و هذا يأخذ حكم عديم الأهلية أو ناقص الأهلية، أو آفة بدنية و هنا يأخذ حكم المعوق ووجب التكفل به لعدم إمكانيةه على القيام بشؤونه المادية.

أما بالنسبة للفتاة، فقد نصت المادة المذكورة أعلاه على أنها تستحق النفقة إلى أن تتزوج و يدخل بها، فإذا كانت حضانة الفتاة تسقط ببلوغها سين الزواج فإن نفقتها لا تسقط إلا إذا تزوجت و دخل بها. فهذه الحالة الوحيدة التي تسقط فيها نفقتها و ذلك لأن ذلك الالتزام ينتقل من عاتق أبوها إلى زوجها و يلتزم بها هذا الأخير.

أما إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي فنلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بما جاء به الإمام مالك و كذا الإمام أبو حنيفة، إذ يرى الإمام مالك أن نفقة الطفل واجبة على الأب بالنسبة للذكر حتى يبلغ عاقلا قادرا على الكسب و بالنسبة للأنثى حتى يدخل بها زوجها.

أما الإمام الشافعي فيرى على أنه "ينفق الأب على ولده حتى يبلغ المحيض و الحلم، ثم لا نفقة له عليه و يستوي في ذلك الذكر و الأنثى.

أما في الفقه الحنبلي فنه لم ينص على مدة معينة، و إنما اقتصر على ذلك "بقوله إن الولد الضعيف يلزم أباه الغني أن ينفق عليه".

نصت المادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

معنى ذلك أنّ المشرع قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كأجر للنفقة و لم يقيد المشرع أو يلزمه بشيء إلا مراعاة حال كل واحد من الطرفين، و قد ذهبت المحكمة العليا في هذا السياق حينما نصت على أنّه "من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج"⁶⁰.

أي أنّ القاضي عندما يقدر النفقة يقدرها بحسب حال الزوج عند الحكم، فإنّ كان فقيرا تكون النفقة تتماشى و ظروفه المعيشية و إذا كان غنيا كانت النفقة حسب قدرته المعيشية كذلك⁶¹ و للقاضي عنصرين أساسيين لتقدير قيمة النفقة إذا أخذ بهما كانت مهمته سهلة فالعنصر الأول هو حال الزوج أثناء الحكم بالنفقة أما العنصر الثاني فهو الظروف المعيشية و على كل فإن النفقة الذي يحكم بها القاضي و يمنحها لطالها لا يقبل منه مراجعتها إلا بعد مرور سنة كاملة ابتداء من تاريخ و تقريرها و الحكم بها و هذا ما جاءت به المادة المذكورة أعلاه.

المطلب الثالث: تاريخ استحقاق النفقة و سقوطها

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى تاريخ استحقاق النفقة أي بداية سريانها ثم تنتقل إلى دراسة أسباب سقوطها سواء بقوة القانون أو لسبب آخر وفق ما يلي:

الفرع الأول: تاريخ استحقاق النفقة

نصت المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

يتبين من خلال دراسة نص هذه المادة أن قانون الأسرة قد وضع حدا لكل التعجيلات التي كانت تطرأ بشأن التاريخ بداية استحقاق النفقة المطلوب الحكم بها، فالיום أصبح من الواجب على القاضي كقاعدة عامة ألا يحكم للزوجة بكل ولا بعض ما تستحقه و تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة بل يجب عليه أن يحكم لها بما تستحقه هي أو

⁶⁰ المحكمة العليا، قرار رقم 51715 الصادر بتاريخ 16/01/1989، المجلة القضائية، سنة 1992 عدد 2 55.

⁶¹ أنظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 227.

أولادها الذين أخذتهم معها دون إرادة زوجها في حدود ما بعد رفع الدعوى، و ابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة ضبط المحكمة إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى و لا لما بعد صدور إلا في حالة التي يتضمن فيها الحكم القاضي بالطلاق و إسناد حق الحضانة إلى المطلقة حيث يجوز في مثل هذا الحال الحكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة و المحاكمة ثم تفصل فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع.

لكن استثناء من هذه القاعدة العامة التي لا تسمح باستحقاق النفقة إلا من تاريخ طلبها لرفع الدعوى بشأنها أمام القضاء، فإن المادة 80 المذكورة أعلاه التي أقامت هذه القاعدة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لعدة شهور سابقة إذا طلبتها الزوجة و إستجاقها شرعا، و ذلك عن مدة سنة واحدة فقط ترجع إلى ما قبل رفع الدعوى من أجل طلب النفقة و لي من أجل طلب النفقة و ليس من أجل سبب آخر، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة لمدة تتجاوز السنة و إلا اعتبر حكمه مخالف للقانون⁶².

الفرع الثاني: سقوط حق النفقة

لقد نصت المادة 75 من قانون الأسرة على أنه "تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال" و معنى هذا النص هو أنه إذا أصبح للولد سواء ذكر أو أنثى مال عن طريق هبة أو غيرها، و كانت هذه الأموال كافية وحدها لتوفير حاجياته و متطلباته فإنّ حقه في النفقة من مال أبيه يسقط، و يصبح من واجبه هو أن ينفق على نفسه من المال الذي دخل في ذمته، ولقد جاء كذلك في نفس نص المادة 75 قانون الأسرة على وجوب استمرار حق النفقة إلى غاية بلوغ الذكر سن الرشد و بلوغ الفتاة سن الزواج و الدخول بها، باعتبار أن حق الأولاد في النفقة من مال آبائهم لا يمكن أن يستمر إلى مالا نهاية له، بل يجب ان يقف هذا الحق عند حد من عمر الولد.

و تطبيقا لنص هذه المادة فإنّ الولد الذي يبلغ سن الرد و هو 19 سنة ، و يكون قادرا على الكسب و غير مريض و لا مزاول للتعليم يسقط حقه في النفقة من مال أبيه، و كذلك الحال بالنسبة إلى البنت التي تتزوج حيث يسقط حقه في النفقة من مال أبيها و ينتقل إلى مال زوجها من يوم زفافها و الدخول بها إلى بيت الزوجية.

⁶² أنظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 229.

و إذا ظل الأب ينفق على أولاده بعد بلوغهم سن الرشد ، أو بعد تزوج البنات منهم رغم انقضاء حقهم فيها فإنّ ذلك يعتبر تبرأ منه، و لا يجوز له الرجوع عليهم بما كان قد أنفقه و تبرع به.

المطلب الرابع: أجره الرضاع

بتفحصنا لقانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم ينص على أجره الرضاع، وعليه و طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، و في هذا الصدد نجد قوله سبحانه و تعالى " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"⁶³ و قال أيضا "فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ..."⁶⁴.

و عليه و استنادا إلى ما جاءت به هاتين الآيتين الكريمتين إذا ما حدث و طلبت الأم بأجره الرضاع فإن القاضي عليه ان يستجيب لطلبها هذا و حتى و إن لم ينص المشرع صراحة في قانون الأسرة على ذلك و يستند في ذلك إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، و عند الحكم لها بأجره الرضاع يكون ذلك لمدة سنتين فقط و ذلك طبقا لآية الكريمة، أما بعد تجاوز الطفل الحولين فإن أجره الرضاع تسقط.

و حسب رأينا و بالقياس على النفقة فإن أجره الرضاع تكون من مال الصبي إذا كان له مال، و إلا فمن مال الأب إذا كان موسرا اما إذا كان معسرا فيجب على الأم إرضاعه مجانا.

⁶³ الآية 223 من سورة البقرة.

⁶⁴ الآية 6 من سورة الطلاق.

الخاتمة

في ختام دراستنا لموضوع الحضانة محاولة الإلمام بكل جوانبهن و يتضح لنا جليا أنه رغم المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري لضبط كل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع الحساس وجود بعض الثغرات، فالمشرع الجزائري لم يضبط تعريف للحضانة، و اكتفى بذكر أهدافها و هذا ما أدى بنا إلى اللجوء إلى التعاريف الواردة في الكتب الفقهية، أضف إلى ذلك أن المشرع لم ينص على خصائص الحضانة و لا على الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي ستسند إليه الحضانة و يشترط في الحاضن أن... الأولاد مكثفيا بالنص في المادة 62 فقرة 02 من قانون الأسرة على " يكون أهلا لذلك". فحسب رأينا كان من الأجدر أن يخصص مادة لتناول تلك الشروط خاصة و أنه كما سبق ذكره أن الموضوع يتعلق بمصير أطفال قد لا يتعدى أعمارهم بضعة سنوات.

كذلك قيد المشرع تطبيق تقريبا كل المواد المتعلقة بالحضانة بمبدأ مصلحة الطفل و لكنّه لم يعطي مفهوما لهذا المبدأ و ترك ذلك لتقدير القاضي الفاصل في النزاع، و هذا ما قد يؤدي إلى وجود عدة تأويلات فكل قاضي له مفهومه الخاص، فكان من الأجدر ضبط مفهوم لهذا المبدأ و ذلك لتفادي التطبيق الخطأ له و الناجم عن التفسير الشخصي، خصوصا و أن القاضي مقيد به.

و ما لفت انتباهنا كذلك هو أن سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر و المحدد بـ 10 سنوات غير كافي حتى و أن منح المشرع حق تمديد هذا السن إلى 16 سنة في حالة ما إذا كان الحاضن هو أم المحضون و لم تتزوج ثانية، فالسن غير كاف و أضف إلى ذلك قيد هذا الحق بأم المحضون فقط، فما هو الحال إذ أسندت الحضانة إلى غير أم المحضون؟ فحسب رأينا الجدر هو الرفع من سن الانقضاء أو أن لا يقيد حق التمديد بأم المحضون فقط و ذلك لتفادي الأضرار بالطفل الذي يكون قد تعود على العيش مع الحاضن.

و ما يلاحظ كذلك بالنسبة إلى هذه المسألة أنه لم ينضم الحالة التي تنقضي فيها الحضانة للذكر، فما مصير هذا الطفل هذا الطفل بعد بلوغه سنة 10 سنوات أو 16 سنة إذا كانت الأم هي الحاضنة و طلب الأب مثلا أخذ الطفل

للعيش معه، فما هي الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة؟ و هل يبقى الطفل مع الحاضن أو ينتقل للعيش مع

أبيه أو أمه في حالة ما إذا كانت الحضانة مسندة لغير الأم؟

و عليه فيمكن تدارك ذلك بضبط قواعد لهذه المسألة بصفة دقيقة لا ندع مجالاً للتأويل أو بتمديد سن الحضانة

لذكر إلى حين بلوغه سن 19 سنة أي سن الرشد المدني حتى يتسنى له مواجهة الحياة بكل جدارة و ثقة بعيداً عن الوقوع

في المتاهات التي تحيط بالشباب من مختلف الآفات الاجتماعية و ذلك لأنّ الحضانة تهدف إلى حماية المحضون و

تنشئته على قواعد أساسية متينة تجعل منه انسان عاديا بعيدا عن الاختلالات النفسية المؤدية إلى السلوكات الضارة.

و لذلك و نظرا لحساسية و أهمية موضوع الحضانة و لكل ذلك فعلى الجهات المختصة أن تكون صارمة في هذا

المجال بتحديد التزامات الحاضنة و أب المحضون لأننا بصدد فئة هشة من المجتمع لا يجوز التسامح في قضاياها لأنّ

الأطفال هو أمان و مستقبل الأمة و الوطن.

قائمة المراجع

- الشيخ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة 1950.
 - الصابوني عبد الرحمن: شرح الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة - دمشق.
 - العربي بالحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية.
 - العربي بالحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية.
 - أحمد فراج حسني: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب - الإسكندرية، منشأة المعارف
- 1997.**
- السيد سابق: فقه السنة، مجلد ثاني، دار الفكر 1977 (طبعة أولى).
 - عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار الهومة.
 - الدكتور مروت نصر الدين: قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق ، دار الهلال للخدمات الاجتماعية.
 - الأستاذ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في القانون الاجتماعي ن طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية.
 - فضل سعد: شرح قانون الأسرة الاجتماعي ، في الزواج و الطلاق ، الجزء الأول، 1986، الجزائر.
 - الإمام عبد الرحمن الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى إحياء التراث العربي.
 - ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد المجلد الثاني، دار الكتاب، بيروت - لبنان.
 - د. رمضان الشرنباحي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية - طبعة 2001 - الدار الجامعية، مصر.
 - محاضرات: أ.د صحراوي ، جامعة مولاي الطاهر سعيدة.

المجلات القضائية

- المجلة القضائية عدد 03 ، سنة 1993
- نشرة القضاء العدد 44.
- المجلة القضائية العدد 03، سنة 1989.

- المحلة القضائية العدد 02، سنة 1997.
- نشرة القضاء، العدد 52.
- المحلة القضائية العدد 03، السنة 1991 م.

القوانين

- أمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- قانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

قائمة الملاحق

- ❖ حكم رقم 2003/362 صادر عن محكمة سكيكدة، يتعلق برفع مبلغ النفقة المقررة للأطفال المحضونين.
- ❖ حكم رقم 2003/137 الصادر عن محكمة سكيكدة، يتعلق بإسقاط حقا الحضانة عن الأب و إسنادها إلى أم المحضون.
- ❖ حكم رقم 2003/128 صادر عن محكمة سكيكدة، يتعلق بمنح مسكن الزوجة للأم الحاضنة لممارسة الحضانة قانونا و إلزام بدفع بدل الإيجار المسكن المخصص لممارسة الحضانة.
- ❖ حكم رقم 2002/232 صادر عن محكمة سكيكدة، يتعلق بتحديد اوقات حق الزيارة الممنوحة أم البنت المحضون مع إسناد الحضانة للأب.
- ❖ حكم رقم 2002/213 صادر عن محكمة سكيكدة، يتعلق بمنح حق الزيارة و تحديد أوقاتها لأب البنت المحضون.
- ❖ رخصة خروج من التراب الوطني صادر عن رئيس محكمة بئر مراد راييس ممنوحة للبنت المحضونة للسماح لها بالخروج من التراب الوطني.
- ❖ حكم رقم 2003/ 1095 صادر عن محكمة بئر مراد راييس، يتضمن إسقاط حق الحضانة عن اتلام الحاضنة و إسنادها إلى الأب المحضون.
- ❖ حكم رقم 2003/374 الصادر عن محكمة بئر مراد راييس، يتضمن منح حق الحضانة لأم و منح حق الزيارة للأب مع تحديد أوقاتها.

الفهرس

- المقدمة: ص 01
- الفصل الأول: مفهوم الحضانة ص 03
- المبحث الأول: تعريف الحضانة و خصائصها ص 03
- المطلب الأول: تعريف الحضانة ص 03
- المطلب الثاني: خصائص الحضانة ص 05
- المبحث الثاني: شروط ممارسة الحضانة ص 08
- المطلب الأول: الشروط الوارد ذكرها في القانون الأسرة الجزائري ص 08
- المطلب الثاني: الشروط المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ص 10
- المبحث الثالث: مكان ممارسة الحضانة ص 13
- المطلب الأول: مقر الحضانة ص 13
- المطلب الثاني: حق الزيارة ص 14
- المطلب الثالث: مدى ارتباط حق الزيارة بالسلطة الأبوية. ص 16
- الفصل الثاني: أحكام الحضانة..... ص 19
- المبحث الأول: أصحاب الحق في الحضانة ص 19
- المطلب الأول: الأم و من يليه من أقاربه ص 20
- المطلب الثاني: الأب و من يليه من أقاربه ص 21
- المطلب الثالث: الأقربون درجة ص 22
- المطلب الرابع: من يراه القاضي أصلح للمحضون ص 24

المبحث الثاني: انقضاء مدة الحضانة و تمديدها مع مراعاة مصلحة المحضون	ص 25
المطلب الأول: انقضاء مدة الحضانة	ص 25
المطلب الثاني: تمديد مدة الحضانة	ص 26
المطلب الثالث: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون	ص 28
المبحث الثالث: سقوط الحث في الحضانة و عودتها	ص 30
المطلب الأول: أسباب سقوط الحق في الحضانة	ص 30
المطلب الثاني: عودة الحضانة إلى مستحقيها	ص 35
المطلب الثالث: دعوى سقوط الحق في الحضانة	ص 38
المبحث الرابع: نفقة المحضون و أجره الرضاع	ص 40
المطلب الأول: شروط استحقاق النفقة	ص 40
المطلب الثاني: تقدير النفقة	ص 43
المطلب الثالث: مدة النفقة و سقوطها	ص 43
المطلب الرابع: أجره الرضاع	ص 45
الخاتمة	ص 46
المراجع	ص 48