الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا.

د.ة/ ربيحة إلغات

تمهيد:

إن من أهم الآثار القانونية لانحلال رابطة الزواج؛ وضع الطفل عند من هو أقدر على حضانته، أو عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه. والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة والتوجيه السليم، وتسند مهمة القيام بها عادة إلى النساء. وهي أيضا عامل مادي يتصف بصفتين متقابلتين ومتكاملتين هما: كون الحضانة حقا وكونها واجبا. فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن.

ولهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه سينتج عن ذلك مباشرة حق الزوجة الأم في طلب الحكم بحضانة ولدها الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على أمه بشأن حضانته، وينشأ مقابل ذلك واجب يتعلق بحضانتها للولد الصغير كمبدأ عام لقوله عليه الصلاة والسلام: « ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته». ولقد تم بحث هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

ـ تمهيد

ـ المبحث الأول: مفهوم الحضانة

ـ المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة

ـ المطلب الثاني: تعريف الحضانة اصطلاحا

ـ المطلب الثالث: حكم الحضانة

ـ المطلب الرابع: التعريف القانوني للحضانة

ـ المبحث الثاني: مراتب الحاضنين

ـ المطلب الأول: ترتيبهم في نظر القانون

ـ المطلب الثاني: ترتيب الحاضنين عند الفقهاء

ـ المبحث الثالث: حق زيارة المحضون

ـ المبحث الرابع: شروط الحضانة

ـ المبحث الخامس: صاحب الحق في الحضانة

ـ المطلب الأول: من السنة

ـ المطلب الثاني: من الإجماع

ـ المطلب الثالث: المعقول

ـ المطلب الرابع: الحضانة هل هي حق للحاضنة أو حق للصغير؟

ـ المبحث السادس: مدة الحضانة

ـ المبحث السابع: نفقة المحضون وسكناه

ـ المبحث الثامن: سقوط الحضانة

ـ المطلب الأول: الزواج المختلط وأثره على الحضانة

ـ المطلب الثاني: عودة الحضانة إلى مستحقيها.

تعريف الحضانة لغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها هي مأخوذة من الحضن وهو الجنب، وذلك لأن الحاضنة ترد إليه الصبي، ومنه الاحتضان؛ وهو احتمال الشيء وجعله في الحضن كما تحتضن المرأة ولدها، يقال: حضن الصبي يحضنه حضنا وحضانة أي رباه وحفظه، وسميت الحضانة بذلك لما فيها من معاني التربية والحفظ للصبي والقيام على شؤونه[1].

تعريف الحضانة إصطلاحا:

عرفها ابن عرفة بقوله:« هي حفظ الولد في مبيته ومؤونته وطعامه وملبسه ومضجعه وتنظيف جسمه»[2].

عرفها الأحناف: بأنها عبارة عن حفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤديه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا ودينيا وخلقيا كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة الاضطلاع بمسؤوليتها[3].

وعرفها الشافعية: بأنها تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيرا مجنونا كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير إلى المهد وتحريكه لينام[4].

عرفها الحنابلة الحضانة نوع الولاية وعلى الإناث أن يقمن بها بأنهن أشفق وأهدأ إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال، فإذا بلغ الطفل سنا معينة كان الحق في تربية للرجل لأنه الأقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء[5].

وتتطلب الحضانة الحكمة والإنتباه واليقظة والصبر حتى أنه يكره للإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته كما يكره أن يدعو على نفسه أو خادمه وماله، لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا تدعوا على أنفسكم ولا تدعوا على أولاكم ولا تدعوا على خدمكم ولا تدعوا على أموالكم لتوافق من الله ساعة يدعو فيها عطاء فيستجيب له»[6]، وروى أبو موسى عن ابن عباس أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على الرسول عليه الصلاة والسلام فقال:

يا رسول الله إن لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت فقال: يا ابن ساعدة لا تدعو عليهن فإن البركة في البنات هن المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرضات عند الشدة، ثقلهن على الأرض ورزقهن على الله[7].

حكم الحضانة:

من أجل المحافظة على بدن الصغير وعقله ودينه فهي فرض كفاية، لكن إذا تخلى عنها جميع من تجب عليهم فإنها تصبح فرض عين لئلا يتعرض الطفل إلى التهلكة. وقد استقر الفقهاء على أن الحضانة حق للمحضون.[8]

التعريف القانوني للحضانة:

نصـت المادة 62 من قانون الأسرة الأمر 0502 المؤرخ في 27 ـ 2ـ 2005 الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[9].

وعرفت المادة 121 من القانون الموريتاني الحضانة بأنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ولا تترتب عليها ولاية. ونفس التعريف تقريبا نجده في القانون المغربي حيث نصت المادة 163 الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه[10].

وعرفها الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيان بتربيته. أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد تحاشى تعريف الحضانة.

وتجدر الملاحظة بأن تعريف قانون الأسرة الجزائري على الرغم من احتوائه على أحد أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف لاسيما شموليته بأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق أوانحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي

تضمنها التعريف، وأن تراعي تبعا لذلك حاجيات المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه[11].

قضية ج أ ضد ك م حضانة إسنادها إلى أم فاسدة خرق القانون المادة 62 من قانون الأسرة من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاث للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها قد خرقوا القانون ومتى ثبت ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ملف رقم 53578 قرار بتاريخ 22ـ5ـ1989 م ق 4 91 ص 99.

قضية ن أ ضد ف ب حضانة إسنادها إلى أم تقيم في بلد أجنبي مخالفة للقانون المادة 62 ق أ أحكام الشريعة الإسلامية متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءا مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه ملف رقم 59013 قرار بتاريخ 19ـ2 1990 م ق 4 91 ص 117.

ومن ثم فإن الحضانة حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة المحضون ولقد نقضت المحكمة العليا حكما أسندت الحضانة فيه لأم تدين بالمسيحية وثبت أنها تربي الولد على دينها م ع غ أ ش في 16ـ4ـ 1979 ملف رقم 19287 ن ق 1981 عدد 2 ص 108[12].

ترتيب الحاضنين في القانون:

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها الحياة في المراحل الأولى من عمر الأطفال. وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين فإن قانون الأسرة في المادة 64 قبل التعديل أعطى الأولوية للأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب فالأقربون درجة[13].

فالملاحظة الأولى التي نبديها هي أن القانون في التعديل الجديد كان أقرب إلى المعيشة في المجتمع الجزائري لأن أغلبية الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع الأبوين من جانب الزوجة. ولهذا ينبغي عند إسناد الحضانة مراعاة هذه المسائل المستمدة من الواقع، والطفل دائما بعد الأبوين تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين وبالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها عنها إلى الجدات هو أمر منطقي تماما.

وإذا استثنينا الأم والتي لها الأولوية لورود نص في الموضوع فإن الأفراد الآخرين كان ترتيبهم من باب الاجتهاد بالرأي. وإعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيرا لأنه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما لذلك تقدم الجدة للأم وللأب على الخالة لخبرتهما، زيادة على أن القانون قد تحدث عن الخالة والعمة ولم يذكر ما إذا كانت متزوجة أم غير متزوجة، صغيرة أم كبيرة وهو أمر مهم في موضوع الحضانة. وهناك اعتبار مادي ومصلحي وهو أن إسناد الحضانة للجدة للأب يفيد بإطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر، كما أن مسألة النفقة وتوفير السكن قد لا تطالب بها الجدة خصوصا إذا كانت قادرة على ذلك وكان الأب قليل الدخل أو لا يقوى على توفير مسكن مستقل لممارسة الحضانة بسبب أزمة السكن، ونحن بهذا القول لا نقصد حرمان الأم لأن لها الأولوية قبل غيرها وما عدا ذلك يرتب على سبيل الاختيار وليس على سبيل الإلزام. وتسند الحضانة من بعد الأم لمن كان أقدر وأخلص بالنظر إلى رغبة الحاضن واستعداده وقدرة الأب على تحمل تبعات الحضانة والنفقة ومسكن وغيرها.

فمثلا: لو تنازعت الجدة للأم والجدة للأب في الحضانة بعد إسقاطها عن الأم لسبب من الأسباب وتبين بأن الجدة لأم تطلب توفير السكن زيادة على النفقة في حين أن الجدة لأب لا تطلب إلا النفقة، بل قد تتنازل عن طلب النفقة إذا كانت قادرة عليها إضافة إلى كون الزوج عاجزا عن توفير السكن المستقل لممارسة الحضانة بسبب الدخل المحدود أو بسب مسؤولياته الأخرى. فنعتقد هنا أنه من المصلحة إسناد الحضانة للجدة لأب حتى لا يضار

الزوج مع عدم قدرته على تحمل تبعات الحضانة بصورة كاملة. والمهم أن يبحث القاضي عن الشخص والمكان الملائمين لإسناد الحضانة أو أن لا يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير مع التوخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع.

أما القانون المغربي فقد رتب الحاضنين على النحو التالي المادة 71 تخول الحضانة للأم ثم الأب ثم لأم الأم فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون،إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع إيجاب توفير السكن اللائق بالمحضون من واجبات النفقة[14].

من تحليل نص هذه المادة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين في المادة 64 ق أ حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة ولا للنظام العام، بل يجوز للقاضي بأن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل ليس إلى الترتيب المذكور في القانون فقط، بل عليه أن يراعي مصلحة الطفل المحضون. فإذا حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وتنازعا حول حضانة الولد، ومن يكون له الحق في الحضانة فللقاضي أن يقوم بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يسند إليه حضانته حتى ولو أدى ذلك إلى القفز درجة أو درجتين بحيث يمكن إذا تنازعا أم الطفل وأبيه وخالته وجدته فالحكم لهذه الأخيرة إذا كانت الرعاية الصحية والخلقية والتربوية تتوفر لدى جدته لأبيه ولا تتوفر لدى أمه أو أبيه أو خالته وهذا على خلال آراء فقهاء المسلمين الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جانب النساء على جانب الرجال اعتمادا على أن النساء أكثر حنانا وشفقة من الرجال وأكثر صبرا وتحملا لمشاكل الأطفال. روي أن امرأة جاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام وقالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وأن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها أنت أحق به ما لم تتزوجي[15].

الإشكال الذي قد يطرح ليس هو مشكل التنازع بين ذوي حق في حضانة الولد أمه وجدته لأمه وخالته وأبيه وأم أبيه. وإنما هو مشكل عدم التنازع ، وبعبارة أخرى هو المشكل

الذي قد ينشأ عندما يحكم القاضي بالطلاق وتتخلى الأم عن حضانة ولدها ويعجز الأب عن عدم توفير الشروط الضرورية اللازمة لحضانة الطفل ولم يتقدم أحد من الأشخاص ممن لهم الحق في الحضانة في الدرجة الثانية سواء من النساء أو من الرجال، فينتج عن ذلك سؤال عسير الجواب وهو هل يجوز للقاضي إستنادا على ما منحه القانون من سلطة تقديرية مطلقة لمصلحة المحضون أن يجبر أحد ذوي الحقوق في الحضانة على أحذ هذا الطفل والقيام بعنايته ورعاية مصالحه رغما عنه.

الحقيقة أن قانون الأسرة لا يجيب على هذا السؤال ولا يساعدنا بالتالي على إيجاد حل لمثل هذا المشكل القليل الظهور، فإنه مع ذلك يقع كثيرا ويعرفه قضاة الأحوال الشخصية كثيرا في حياتهم العملية والتطبيقية.

وفي كثير من الأحيان عندما تقضي المحكمة بطلاق المرأة بخطأ منها أو بخطأ من زوجها تلقي بطفلها في المحكمة ثم تتركه وتذهب إلى أهلها وهي بذلك تحاول أن تغيظ مطلقها وتضعه في حرج لعله يندم ويراجعها، أو يتراجع عن قرار طلاقها.

أما الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية بعد أن ناقشوا الحضانة أهي حق للأم وواجب عليها أم هي حق للولد؟ توصلوا إلى اتفاق على أن الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من حقوق الأسرة ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حال يوجد فيها من يحضن الطفل بدلا منها. وتوصلوا إلى اتفاق أيضا على أن الحضانة من جانب آخر هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به، ويمكن أن تجبر على حضانته في كل حالة لا يوجد فيها من يحضنه من غيرها، أو يوجد ولكنه يمتنع، أو لا تتوفر فيه شروط ضمان مصلحة الطفل. لكن ما العمل إذا كانت الأم ستجبر على الحضانة بسبب امتناع غيرها من الحاضنين أو لعدم توفر الشروط القانونية فيهم إذا كانت هي نفسها لا تتوفر فيها الشروط القانونية للحضانة كأن تكون متزوجة من غير ذي محرم أو تسكن في مكان بعيد عن مكان الأب أو تسكن خارج التراب الوطني. فنعتقد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون

الأسرة يسمح لنا بأن نقول أنه يجب في مثل هذه الحال على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة، حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة كالتي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون[16].

قضية ب.خ ضد ج أ من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية والقانونية.

ولما كان قضاء الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية المادة 64 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة.

ملف رقم 52221 قرار بتاريخ 13_3_1983 المجلة القضائية هي عدد1 1993 ص 48.

قضية خ.ع ضد خ.ع من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون وإعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية قد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن.

ملف رقم 153640 قرار بتاريخ 18_2_1997 م.ق 97 عدد 1 ص 39.

ترتيب الحاضنين عند الفقهاء:

رتب الأحناف الحاضنين على النحو التالي: الأم، الجدة لأم، الجدة لأب، الأخوات، الخالات، بنات الأخت، بنت الأخ، العمات، العصبات بترتيب الإرث ذوو الأرحام إذا انعدمت العصبة.

عند المالكية: الأم، الجدة لأم، الخالة، الجدة لأب وإن علت، الأخت، العمة، بنت الأخ، الوصي الأفضل من العصبة.

عند الشافعية: الأم، الجدة لأم، الجدة لأب، الأخوات، الخالات، بنات الأخت، بنات الأخ، العمات، العصبات في ترتيب الإرث.

عند الحنابلة: الأم، الجدة لأم، الجدة لأب، الجد، أمهات الجد، الأخت الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، الخالة الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، العمات، خالة الأب، عمة الأب، بنت الأخ، بنت عم الأب، باقي العصبة الأقرب.

ملاحظة: إذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة من درجة واحدة كان ذلك لأصلحهم وأقدرهم على ذلك، فإن تساووا قدم أكبرهم سنا[17].

حق زيارة المحضون:

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على ترتيب الحاضنين ثم ذكرت على القاضي بعد أن يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

يفهم من نص هذه المادة أن القاضي إذا حكم بالطلاق بين الزوجين وإسناد حضانة الأولاد إلى الأم عليه أن يحكم بحق الزيارة للأب لمرات معينة وأوقات وأماكن محددة. أما إذا أسندت الحضانة للأب أو غيره فللقاضي أن يحكم بحق الزيارة للأم بالكيفية التي قررت للأب من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه أحد منهما ذلك حفاظا ومراعاة لمصلحة المحضون بحيث لا يمكن لمن قضي له بحق الزيارة أن يأخذ الصغير إلى مكان آمن يتجوّل به طيلة اليوم كله، أو طيلة أيام العطل المدرسية والأعياد الدينية والوطنية إلا برضا الحاضن حتى لا ينهك الصغير ويضره، وإلا سيعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 628 من قانون العقوبات.

ويمكن الإشارة إلى أن المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحق هذا المحضون. وإذا جاء أحد الأبوين المحكوم له بحق الزيارة وأخذ المحضون إلى أماكن متعددة ونتج عن تصرف المحضون تصرفا غير

شرعي ألحق ضررا بالغير فإن المسؤول عن تعويض مثل هذا الضرر لا يكون هو الحاضن بالضرورة، وإنما المسؤول هو من كان له حق الزيارة لأن الضرر وقع تحت سلطته ورقابته ويمكننا أن نقول أن هذا يعتبر سببا من أسباب سقوط حق الزيارة[18].

يمكننا القول أن حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من خلاف حاد وطلاق وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات.

فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسّف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشّأن إذا أسندت الحضانة للأب. فبالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل والأعياد، إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم حق الزيارة حتى تشمل هذه الأخيرة لوقت قصير، وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية إذ من خلالها يتعود الطفل على العيش مع الأبوين. وفي الحقيقة فإن جل الأحكام القضائية التي اطلعنا عليها لم نجد الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة. وكثيرا ما يحدث النزاع بسببها زيادة على أن الأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذّر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع أو كل شهر لظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه. ولذلك تمنينا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين والصغار ماديا ومعنويا ليصبح نص المادة 64 يشمل عبارة حق الزيارة وحق

الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرّف أوذاك[19].

شروط الحضانة:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتناول شروط الحضانة، ولم يخصص لها أية فقرة أو مادة معينة تتحدث عن الشروط التي يمكن توفرها في الشخص الذي تسند إليه المحكمة حضانة الطفل الصغير. أما المادة 62 من قانون الأسرة بعد أن عرفت الحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بترتيبه على دين أبيه والسهر على حمايته صحة وخلقا، فنصت: ويتشرط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك، أي أن يكون قادرا ماديا وقانونيا على توفير كل هذه الأمور لمصلحة المحضون مما يحفزنا على التوجّه إلى الاستدلال بالقواعد العامة التي تضمّنها قانون الأسرة المادة 222 من قانون الأسرة للاستدلال بآراء الفقهاء في مجال شروط الحضانة إذ يمكننا القول يمكننا القول يشترط فيمن تشترط فيه الحضانة:

1ـ أن يكون شخصا عاقلا، لأنه لا يمكن شرعا ولا قانونا إسناد الحضانة إلى مجنون، أومعتوه ولو كانوا ممن يستحقونها ويطلبونها.

2ـ أن يكون رشيدا: لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير وهو نفسه في حاجة إلى رعاية وعناية.

3ـ أن يكون قادرا: ونعني بالقدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا وضمان السهر على تربيته وتعليمه.

4ـ أن يكون شخصا أمينا: ومعنى ذلك أن يكون الحاضن أمينا على المحضون في خلقه وسلوكه مع المحضون، وأمينا في الاهتمام به ورعاية مصالحه. لأن الحاضن الذي يغيب على المحضون طيلة النهار وطرفا من الليل ولا يهتم به ويتركه يخالط أصدقاء السوء لا يكـون أمينا ولا قـادرا على الحضـانة سواء كـانت الأم أو الأب أو غيرهما[20].

صاحب الحق في الحضانة:

أولى الناس بحضانة الصغير أمه وقد ثبت ذلك بالسنة والإجماع والمعقول.

أما السنة: روي عن عبد الله بن عمر بن العاص أن إمرأة جاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام وقالت له إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وصدري له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال عليه الصلاة والسلام أنت أحق به ما لم تتزوجي.

أما الإجماع: روي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته جميلة وكان له منها ولد ثم نشب الخلاف بينه وبينها بشأن حضانة ولده عاصم وكل منهما يريد أن يضمه إليه. فلما رفع النزاع إلى أبي بكر الصديق قضى بأن يبقى الولد مع أمه، وقال لعمر بن الخطاب خلي بينه وبينها، ريقها ومسّها ومزحها خير له من الشهد عندك يا عمر. وكان هذا بحضور الصحابة ولم يحدث أن كرهوا أحد منهم[21].

أما المعقول: فلأن الصغير عاجز عن النظر في أموره جعل الإسلام الولاية عليه لأبيه لقوة رأيه وقدرته على الإنفاق عليه. وجعل الحضانة للأم لأنها أشفق على الصغير وأقدر على تحمل خدمته وأجدر على القيام برعايته في مراحل حياته الأولى.

الحضانة هل هي حق للحاضنة أو حق للصغير:

اختلف الفقهاء في كون الحضانة حق للحاضنة أو حق للصغير، فذهب بعض الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنها حق الحاضنة ولاحتمال عدم قدرتها فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت في ذلك بأن لم يوجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال رعاية لحقه. وذهب البعض الآخر من الحنفية[22] إلى أنها حق للصغير وتجبر الأم على حضانته حتى لا يضيع حق الولد. وهو أحد أقوال المالكية[23]، وصح عن المالكية أن الحضانة حق للحاضن والمحضون وليست حق خالص لواحد منهما ويرون أن حق المحضون أقوى.

والأصح أن حق الحضانة مشترك بين الصغير والحاضنة، فليس حقا خالصا للصغير وليس حقا خالصا للأم. كل ما في الأمر أن حق الصغير أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه، وأنه يجب العمل بها بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة.

فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير ذلك لأن من حق الولد أن يعنى به والده منذ ولادته، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه، وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجبا على الأم لأنها أقدر على هذا من الأب. وقد تفرع على كون الحضانة حقا للحاضنة والولد الأحكام التالية:

1/ إن الحاضنة أمّا كانت أو غيرها إذا أسندت لها الحضانة ولم يوجد غيرها أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة لكنه لم يرض بحضانة الصغير أجبرت عليها مراعاة لحق الطفل وحفظ له من الضياع.

2/ أن الحاضنة إذا لم تتعيّن للحضانة لا تجبر عليها، لأن الحضانة حقها ولا ضرر على الصغير بامتناع الحاضنة عن القيام بها لوجود من يحل محلها فيكون لها الحق في الامتناع عنها.

وتكون الحاضنة متعيّنة إذا لم يوجد للصغير سوى الأم والجدة أو العمة من ذوات المحارم، وتكون غير متعيّنة إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة مثل الأم والخالة والجدة والعمة.

3/ أن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة ويعطيها لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي، لأن في أخذه تفويت لحق الحاضنة، ومن المبررات أن تكون الحاضنة الأقل مرتبة متبرعة بالحضانة. صاحبة الحق في الحضانة، ولو كان ما تطلبه أجر المثل.

4/ يجب على المرضعة إذا لم تكن حاضنة للولد أن تقوم بإرضاعه عنه الحاضنة حتى لا يفوت حقها في الحضانة.

5/ إذا أراد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير، لا يجوز له ذلك لأن في نقله تفويت لحق الحاضنة في الحضانة.

6/ إذا رغبت الأم لها حق الحضانة في مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال تأخذه منه كان هذا الشرط باطلا مراعاة لحق الولد، لأن في ذلك تفويتا لحق الصغير في الحضانة وإسقاطه وتفويتا لحق من يلي الأم في الحضانة وهي تملك إسقاط حق غيرها.

7/ إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده كان الخلع صحيحا والشرط باطلا، لأن وجود الصغير عند أمه زمن الحضانة أنفع له وهو حق له فلا يجوز للأم الاتفاق على إسقاط حق غيرها[24].

مدة الحضانة:

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الأمر 05-02 المؤرخ في 27/ 2/ 2005. تنقضي مدة حضانة الذكر لبلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

قضية ش.ب ضد ع.خ تأييد الحكم القاضي بالطلاق وإسناد الحضانة للأم طعن بالنقد لأن الأبناء المحضونين تجازوا سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب رفض الطعن. إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا خرقوا المادة 65 من ق أ ملف رقم 123889 قرار بتاريخ 24/ 10/ 1995 ن ق عدد 52 ص 111 فنص هذه المادة يفيد بأن انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه سن العاشرة والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة طبقا لنص المادة 7 من ق أ و الإبقاء على إمكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد. والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون. والنص هنا لم يشر إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهو رغبته في الانتقال فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوّده

على العيش مع أمه لفترة طويلة وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين الأمرين وهما: إما تطبيق النص القانوني فالحكم بانتهاء حضانة الأم بالتالي يعود الطفل إلى العيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش معه، وإما الأخذ بعين الاعتبار رفض الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته[25].

وعندما نحاول تحليل هذه المادة نجدها تتضمّن قاعدتين أساسيتين أولهما تتعلق بانقضاء مدة الحضانة وانتهائها بحكم القانون. وثانيها تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم من المحكمة.

فبالنسبة للقاعدة الأولى المتعلقة بانقضاء الحضانة أو إيقافها بحكم القانون.

إن المدة التي يمكن أن يتخاصما خلالها الحاضنون على حق الحضانة للطفل الصغير هي المدة التي لم يكن فيها الطفل الذكر قد بلغ العشر سنوات من عمره. والمدة التي لم تكن فيها البنت قد بلغت سن الزواج وهي السن المحددة في المادة 7 من ق أ بـ 19 سنة.

ومعنى ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الولد سن العاشرة وتبلغ البنت سن 19 سنة لم يعد للأب ولا للأم حق التنازع على حضانة أي واحد منهما. ولم يعد يحق لأي واحد من الوالدين الرجوع إلى المحكمة للمطالبة بالقضاء بحق الحضانة للولد أو البنت لأنهما في هذه السن لم يعودا يحتجان إلى من يحضنهما كأطفال صغار وإنما يبقيان يحتجان إلى من يرعاهما ويهتم بمستقبلهما من حيث الإنفاق والتربية والتوجيه نحو الطريق المستقيم والتعليم.

أما بالنسبة للقاعدة الثانية المتعلقة بتمديد مدة الحضانة بقرار من المحكمة بناء على طلب الحاضن فإننا نرى أنه استثناء من هذه القاعدة أنه يجوز للقاضي أن يقضي في هذه القاعدة بتمديد مدة الحضانة للود الذكر من عشر سنوات إلى 16 سنة إذا انتهت المدة القانونية للحضانة وطلب الحاضن من المحكمة تمديدها بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هي الأم نفسها، وبشرط أن لا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذو محرم للمحضون.

وبعبارة أخرى أكثر وضوحا إذا كانت المحكمة قد حكمت لأم الطفل بحق الحضانة وعمره خمس سنوات فلما بلغ العاشرة من عمره وانتهت المدة القانونية لحضانتها له فإن من حقها أن تطلب من المحكمة تمديد مدة الحضانة وإبقائه عندها إلى أن يبلغ 16 عشرة من عمره وتتمكن من إيصاله إلى بر الأمان وإلى محطة الاعتماد على النفس مع مراقبة بسيطة من الأب والأم.

أما بشأن الحاضنين من غير الأم فلا يجوز لهم طلب تمديد أجل انتهاء الحضانة. كما لا يجوز للأم ولا لغيرها طلب تمديد أجل انتهاء حضانة البنت مطلقا.

وقد أغفل المشرع الجزائري مسألة هامة وهي وضعية المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة.

إن آراء الفقهاء التي نرجع إليها حسب المادة 222 من قانون الأسرة جاءت مختلفة بين من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع وليس للمحضون الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو إلى الأم. وهناك من الفقهاء من يرى بأن المحضون مخيّر وله الحق أن يلجأ إلى أي الوالدين يستأنس إليه.

كما أن قانون الأسرة سكت عن المرأة العاملة التي تغيب عن منزلها طيلة النهار ولا تعود إلا آخر اليوم وهي منهكة متعبة وتترك الطفل عند جارتها أو خادمة مقابل أجرة للقيام بشؤون المنزل وبحراسة الطفل وإطعامه، أو تتركه في إحدى دور الحضانة ومهما يكن من أمر فإننا نعتقد بالنسبة للوضعية الأولى أنه من حق كل واحد من الذكر أو البنت بعد نهاية الحضانة أن يختار العيش في مسكن أحد الوالدين الذي يستأنس إليه ويشعر بأن مصلحته بجانبه ولكن يبقى من حق الأب الإشراف على حياتهما ومراقبة تصرفاتهما وضمان ما يجب ضمانه لتأمين مستقبلهما وحسن تربيتهما بما في ذلك حق تزويجهما في الوقت المناسب وفقا للشروط التي يقرّرها القانون.

أما بالنسبة للوضعية الثانية أن الحاضن الموظفة يجب أن تكون قادرة على أن توفرّ للمحضون كل عناصر الرعاية والتربية والحماية المنصوص عليها في المادة 62 م ق أ سواء

بإشرافها شخصيا أو بواسطة الغير. وإذا عجزت ستفقد حقها في الحضانة حتى ولو كانت لا تمارس أية وظيفة أو أي عمل مأجور[26].

نفقة المحضون وسكناه:

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الأمر 05ـ02 المؤرخ في 27/ 2/ 2005 في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك عليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

هذا النص لم يتكلمّ على النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به، وفي حقيقة الأمر النفقة تكون على الأب لأنه هو المسؤول عن المحضون، وإنما تكلمّ عن توفير السكن وأجرته ولم يبيّن ما إذا كانت أجرة السكن المستقل الذي يؤوي الأطفال مع أمهم. ولم يتضمن النص ما إذا كانت الحاضنة تسكن عند والديها هل يجب عليه دفع الأجرة أم لا ؟ بالنظر إلى النص نجده يشير في حالة عدم وجود مسكن يتوجّب عليه دفع الأجرة لاستئجار مسكن ممارسة الحضانة أو يدفع بدل الإيجار ويبدو هذا هو الأصح والأفضل الأم خاصة إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه، لأن توفير السكن المستقل وإن كان يحقّق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم. ومطالبة الزوجة المطلقة لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها ولذلك لا بد من صياغة نص بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن المستقل فإن تعذّر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان هذا السكن مع أبويها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.

ونصت الفقرة الثانية من المادة 72 على أنه تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلّق بالسكن. وهذا الإجراء أُستحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ هذا الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة بعد انتهاء العدة مسكنا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن الحضانة[27].

سقوط الحضانة:

نص قانون الأسرة على أسباب سقوط الحضانة ورتبها ما بين المواد 66ـ70 منه، وتحدث عن سبب عودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها في المادة 71.

نصت المادة 66 من قانون الأسرة: يسقط حق الحاضنة بالتزوّج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

قضية س.ب ضد هـ.ع المصادقة على الحكم القاضي بإسناد الحضانة للأم ورفض طلب الحضانة للجدة للأب لعدم التأسيس طعن بالنقض لكون الأم تزوجت بأجنبي عن المحضون رفض الطعن. إن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرّر طبقا للمادة 66 من ق أ ملف رقم 102 886 قرار بتاريخ 19/ 4/ 1996 ن ق عدد 51 ص 92.

يفهم من هذه المادة أن أسباب سقوط الحضانة هي:

1ـ التزوج بغير قريب محرم وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه فيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة لأنه ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه. وإن المحكمة ستحكم حتما بسقوط حق الحضانة عنها وتمنحه إلى غيرها سواء كان الأب نفسه أو غيره وذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد.

من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأب فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان ذلك

استوجب نقض القرار المطعون فيه ملف رقم 54353 قرار بتاريخ 3/ 7/ 1989م ق عدد 1 1992 ص 45

قضية ر.ن.د ضد ع.م من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن ملف رقم 189234قرار بتاريخ21/ 4/ 1998 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص سنة 2001 ص 195.

2 ـ إن من أسباب سقوط الحضانة التي نصت عليها المادة 66 من ق أ تنازل الحاضنة قانونيا عن حقها في حضانة الصغير وهذا يعني أنه إذا سبق للمحكمة بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو الخالة أو الجدة أو الأب وأثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص آخر من أصحاب حق الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة الصغير فإن حقه حتما سيسقط بحكم القانون، وأن الحكم الذي سيصدر عن المحكمة بشأن إسقاط الحضانة.

في مثل هذه الحالة بناء على طلب لأن حق الحضانة هو حق مقرر بالسقوط وليس منشئ له. مع الملاحظة أن القانون إذا كان قد أقر سقوط حق الحضانة بسبب التنازل عنها فإنه قد قيّده بشرط أن لا يضر ذلك بمصلحة المحضون، لأنه إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون، لأنه إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها ما دامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة ما دامت مصلحة المحضون متعلقة بها[28].

هناك مسألة أخرى نراها من الأهمية بمكان وهي كون الأب يتوفى والحضانة مسندة للأم، فإذا تزوجت الأم الحاضنة بغير قريب يسقط حقها في الحضانة وهنا قد يتضرر المحضون فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيبتعد عنها، كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه بسبب الحضانة إذا كانت متمسكة بحضانة ولدها. ولدقةّ الموضوع وحرصا على

مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهّد من يريد الزواج بها بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير، رعاية الأب لابنه وهذا جائز ولو تحت عنوان الكفالة.

وإذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة مطالبة حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم ولهذه الأسباب نرى ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 من قانون الأسرة على النحو التالي: يمكن للقاضي إسناد الحضانة لأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير بشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه[29].

3ـ نصت المادة 67 من ق أ: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها لممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. فإذا أسندت الحضانة بقرار قضائي إلى أحد مستحقيها قانونا وثبت فيما بعد أن هذا الشخص قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون، بحيث يكون قد تركه دون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية فإنه لا يعد أهلا للحضانة وللمحكمة أن تحكم بسقوط حقه إذا طلبها أحد المستحقين من الدرجة الأخرى.

يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في كل حكم تحكمه بسقوط الحضانة وتقارن بين الفوائد التي تعود على الصغير في حالة بقائه مع حاضنه الأول وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره.

4ـ نصت المادة 68 من قانون الأسرة إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد على سنة بدون عذر سقط حقه فيها. إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضى على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون ولا يطلب من المحكمة إذا قدمت دعوى بالقضاء إلى أن يقر هذا

السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة لذلك فإذا وقع الطلاق بين الزوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم أو خالتهم حضانتهم حتى مضى على هذه الحال أكثر من سنة فلم يعذ من حق الأم ولا من حق أمها أو غيرهما أن يطالبوا أمام المحكمة بحقهم في الحضانة. وسيبقى الأب هو الحاضن والقانوني لأنه في مثل هذه الحال لم يعد هناك في مثل هذه الحال من يستحق هذه الحضانة إلا إذا توفي وسقط حقه بالوفاة[30].

قضية ح.م ضد ر.ب من المقرر قانونا بأنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة أسندت لها حضانة أبنائها الأربعة بأحكام مع الحكم على والدهم بتوفير سكن لممارسة الحضانة وبعد مماطلة المطعون ضده الأب في عدم توفير السكن أصبح يدفع بكون الطاعن لم تسع في تنفيذ ممارسة الحضانة مدعيا أنه يمارس الحضانة الفعلية فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من ق. أ وعدم إستيعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يتعيّن نقض القرار المطعون ملف رقم 222655 قرار بتاريخ 18/ 5/ 1999 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 185 .

5ـ نصت المادة 69 من قانون الأسرة: إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون. إن تقرير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي إنطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية[31].

6ـ نصت المادة 70 من قانون الأسرة: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة من غير قريب المحرم.

من تحليل أحكام هذه المادة بإمكاننا أن نستنتج أن هناك عدة عناصر يجب توفرها للحكم بهذه المادة ولتقرير سقوط حق الحضانة. يتمثل العنصر الأول من لسقوط الحضانة بسبب

السكن مع أم المحضون أن تكون الحاضنة قانونا هي واحدة من إثنتين: خالة المحضون الشقيقة أو جدته لأمه.

ويتمثّل العنصر الثاني لضرورة تطبيق هذه المادة أن تأتي هذه الخالة أو هذه الجدة في منزل الأم ومعها المحضون فتقيم معها في نفس المسكن إقامة مستمرة، لأنها لو جاءت زائرة أو لتقيم إقامة مؤقتة لقضاء العطلة مثلا أو كانت تسكن بجوارها في عمارة واحدة لما أمكن الإدعاء بسقوط حضانتها.

أما العنصر الثالث الذي يجب توفره كأحد عناصر هذا السبب أن تكون الأم متزوجة ومع الزوج لا تربطه بالمحضون أية قرابة من القرابات المحرمية[32].

من مسقطات الحضانة ثبوت ارتكاب فاحشة أو جريمة الزنا وذلك خوفا على المحضون وهي المسائل التي لها الأهمية الكبيرة.

من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا إنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 ق أ ملف رقم 171684 قرار بتاريخ 30/ 9/ 1997.

الزواج المختلط وأثره على الحضانة:

من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة بحيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ومنها المادة 62 من ق أ المتعلقة بالتربية على دين أبيه في حالة الزواج المختلط إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب أو زواج الأجانب غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية ثم أسلمت الزوجة وبقي الزوج على ملّته فوقع الطلاق فلم تسند الحضانة؟ عند إسنادها للأم فكف تربى الطفل على دين أبيه وهو غير مسلم؟ لا شك أن هذه المسائل وغيرها من قضايا المسكن والنفقة وحق الزيارة تعد من العقبات الأساسية في قضايا الزواج المختلط ذلك لسبب اختلاف قوانين الدول[33].

عودة الحضانة إلى مستحقيها:

نصت المادة 71 من قانون الأسرة يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري. يفهم من نص هذه المادة أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية كأن يكون غير قادر على ضمان تربية المحضون على دين أبيه، أو غيره قادر على رعايته أو ضمان حمايته والعناية بصحته وخلقه وتعليمه فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توافر لديه السبب الذي كان ينقصه والذي سلب منه حق الحضانة من أجله. فإذا كان حق الأم في الحضانة سقط عنها بسبب زواجها من شخص أجنبي عن المحضون فإن هذا الحق يعود إليها حتما إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعده. وإذا كانت الحاضنة الخالة أو الجدة لأم وسقط حقها في الحضانة بسبب سكناها بالمحضون مع أمه المتزوجة بأجنبي عنه ثم سقط عنها هذا الحق بموجب حكم من المحكمة فإن حقها في الحضانة سيعود إليها إذا طلقت أم المحضون أو توفي عنها زوجها، أو تمكنت من السكن في مسكن مستقل عن سكن أم المحضون وبعيدا عنها. هذا إذا كان سبب سقوط الحضانة عن مستحقيها ناتج عن تطبيق قاعدة قانونية وليس لطالبي الحضانة أي دور في سقوطها.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف من مستحقي الحضانة وبناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة سوف لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان مثل هذا السقوط مترتبا على تنازله الصريح والطوعي، أو مترتبا عن إهماله الإرادي لحقه في الحضانة مدة أكثر من عام وأن مصلحة المحضون متوفرة لدى غيره وعليه فإن الأم أو الخالة أو أم الأم أو الأب أو غيره من الرجال أو النساء لا يمكن لأحدهم أن يستفيد من أحكام المادة 71 من ق أ إذا كان الحق في الحضانة سقط بسبب التنازل عنها أو بسبب عدم طلب الحضانة خلال المدة القانونية المحددة في المادة 68 ق أ دون أي مبرر شرعي.وبالتالي فإنه لا يجوز لإحداهن بأي حال من الأحوال أن تطلب من المحكمة أن تعيد إليها حقها في الحضانة إذا كانت قد قررت التراجع عن التنازل، أو قررت أن تطلبها بعد منحها لغيرها[34].

المصادر والمراجع:

1ـ الدردير أبو البركات أحمد بن محمد ـ الشرح الصغير على أقرب المسالك الإمام مالك ـ دار المعارف مصر.

2ـ الكاساني ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ دار الكتاب العربي بيروت لبنان 1982.

3ـ الخطيب الشربيني محمد بن أحمد ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

4 ـ البهوتي منصور بن يونس كشاف ـ كشاف القناع على متن الإقناع تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال ـ دار الفكر بيروت 1402هـ .

5 ـ عبد الله بن أحمد المقدسي المعروف بابن قدامة ـ المغني ـ ط 1 دار الفكر بيروت لبنان 1405 هـ .

6ـ مصطفى السيوطي الرحيباني ـ مطالب أولي النهي في غاية المنتهى ـ المكتب الإسلامي دمشق سوريا 1961.

7 ـ عبد الكريم شهبون ـ شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ـ دار المعرفة للنشر والتوزيع الرباط.

8 ـ وهبة الزحيلي ـ الفقه الإسلامي وأدلته ـ ط 3 دار الفكر دمشق 1409هـ 1989.

9ـ ناصر سلمان وسعاد سطحي ـ أحكام الطلاق ـ دار الفجر للطباعة والنشر.

10ـ محمد الأمين الشهير بابن عابدين ـ حاشية رد المحتار الدر المختار شرح تنوير الأبصار ـ دار الفكر بيروت سنة 2000م.

11ـ العيش فضيل ـ قانون الأسرة مدعم باجتهادات بقضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005.

12 ـ بن شويخ الرشيد ـ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ـ ط 1 دار الخلدونية 1429هـ 2008م.

13 ـ عبد العزيز سعد ـ الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ـ ط 1 دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة 1986.

14 ـ بلحاج العربي ـ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ـ ط 3 ديوان المطبوعات الجامعية.

15 ـ حرنان عبد الرحمن ـ الحضانة في القانون الجزائري رسالة ماجستير 1978.

16 ـ دلاندا يوسف ـ قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ـ دالا هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2005.

17 ـ الغوثي بن ملحة ـ قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ـ ط1 ديوان المطبوعات الجامعية .

18 ـ ابن الجوزي الغرناطي ـ القوانين الفقهية دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

19 ـ القاضي هبد الوهاب أبو محمد البغدادي ـ المعونة على مذهب عالم المدينة ـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

20 ـ مجد الدين أبو البركات ابن تيمية ـ المحرر في الفقه ـ ط 2 مكتبة المعارف الرياض السعودية 1404هـ ـ 1984.

21 ـ ابن منظور ـ لسان العرب ـ ط1 دار صادر بيروت لبنان سنة 2000م.

22 ـ محي الدين بن شرف النووي ـ المهذب ـ دار الفكر بيروت 1997.

23 ـ بلحاج العربي ـ قانون الأسرة خلال40 سنة 1966 ـ 2006 ـ ط3 ديوان المطبوعات الجامعية 2007.

24 ـ تقية عبد الفتاح ـ الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي أطروحة دكتوراه إشراف الغوثي بن ملحة 2006ـ 2007.

25 ـ مالك بن أنس الأصبحي ـ المدوّنة ـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

26 ـ أحمد الغندورـ الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت ـ ط 1 مكتبة الفلاح الكويت 1972.

27 ـ محمد الكشبورـ أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة ـ ط 1 مطبعة النجاح الدار البيضاء المغرب 2004.

28 ـ مجلة الأحوال الشخصية التونسية ـ منشورات المطبعة الرسمية التونسية 2010 م.

29 ـ محمد بن القاسم الرصاع ـ حدود ابن عرفة ـ المكتبة العلمية.

الهــوامش

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، مادة حضن 2/ 910،911.

2- حدود ابن عرفة ص 230. راجع: الدردير أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك دار المعارف بمصر 2/ 756.

3- الكاساني بدائع الصنائع دار الكتاب العربي بيروت 1982 4ـ40 راجع محمد الأمين ابن عابدين حاشية رد المحتار الدر المختار شرح تنوير الأبصار دار الفكر بيروت سنة 2000م 2/ 56.

4- الخطيب الشربيني محمد بن احمد مغني المحتاج إلى معرفة دار الكتب العلمية بيروت 3ـ 452 راجع البهوتي منصور بن يونس كشاف القناع دار الفكر بيروت 1402 5/ 576 .

5- عبد الله بن احمد المقدسي ابن قدامى المغني دار الفكر بيروت ط1 1405 هـ7ـ 612 السيوطي الرحيباني مطالب أولي النهي في غاية المنتهى المكتب الإسلامي دمشق 1960 3ـ249 راجع كشاف القناع مرجع سابق 5ـ 576 .

6- معني المحتاج 3ـ464.

7- رواه مسلم وأبو داود عن جابر بن عبد الله .

8 - عبد الكريم شهبون شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية دار المعرفة للنشر والتوزيع الرباط 1ـ 397 راجع وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر دمشق ط3 1409ـ1989 7ـ 718 راجع ناصر سلمان وسعاد سطحي أحكام الطلاق دار الفجر للطباعة والنشر ص 228 .

9- العيش فضيل قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005.

10 - بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية دار الخلدونية ط1 1429 هـ 2008 م ص 255.

11 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة ط1 1986 ص 253ـ 254 راجع بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ط3 ديوان المطبوعات الجامعية 1ـ 370 وراجع حرنان عبد الرحمان الحضانة في القانون الجزائري رسالة ماجستير 1978 راجع دلاندا يوسف قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا دالا هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2005ص 64.

12- الغوثي بن ملحة قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ط 1 ديوان المطبوعات الجامعية 1ـ 131.

13- بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة المعدل ص 255.

14- بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ص 256ـ 257.
15- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 254.
16- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 255ـ 256.
17 - ابن الجوزي الغرناطي القوانين الفقهية دار الكتب العلمية بيروت لبنان ص 229 وراجع القاضي عبد الوهاب أبو محمد البغدادي المعونة على مذهب عالم المدينة دارالكتب العلمية لبنان 2ـ942 وراجع المدونة 2ـ258ـ 259 وراجع المهذب 3ـ 169ـ170 وراجع مجد الدين أبو البركات ابن تيمية المحرر في الفقه على المذهب الحنبلي ط 2 مكتبة المعارف الرياض السعودية 1404 هـ 1984م 2ـ 119 راجع وهبة الزحيلي الفقه الإسلامية وأدلته مرجع سابق 7ـ 722.
18 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري بتصرف يسير ص 257ـ258.
19 - بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل مرجع سابق ص 269.
20 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 383 راجع ناصر سلمان وسعاد سطحي أحكام الطلاق ص 230 راجع عبد الفتاح تقية مباحث في قانون الأسرة ص 265.
21 - أحمد الغندور الأحوال الشخصية ص 591.
22- ابن عابدين حاشية رد المحتار الدر المختار مرجع سابق 2/ 877.
23- الحطاب مواهب الجليل مرجع سابق 4/ 216 راجع أحمد الغندور الأحوال الشخصية ص 592.
24 - عبد الفتاح تقية مباحث في قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 266/ 267 راجع وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق 7ـ 718ـ 719 راجع عبد الكريم شهبون شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية 1/ 396.
25- بن شويح الرشيد شرح قانون الأسرة المعدل ص 257/ 258. الغوثي بن ملحة قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ص 132/ 133.
26- عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة ص 258ـ 260 راجع بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 1/ 385.
27- بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ص 259 / 260 راجع محمد الكشبور أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة ط 1 مطبعة النجاح الدار البيضاء المغرب 2004 ص 86 / 87 وراجع عبد الفتاح تقية مباحث في قانون الأسرة الجزائري ص 271.
28 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 260/ 261.

29- بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة المعدل ص 262 .

30 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 261/ 662.عبد الفتاح تقية الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي أطروحة دكتوراه إشراف الغوثي بن ملحة 2006ـ2007 ص 199.

31- بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 1/ 189.

32 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 262/ 263.

33 - بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ص 263.

34 - عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 264 راجع بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 1ـ 390.