الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

Child custody in the Algerian family code

تاريخ الارسال: 2019/11/12	تاريخ القبول: 2019/12/25	تاريخ النشر: 2020/01/08

*ط.د. بن داود حنان
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
Hanenebendaoud10@yahoo.com

أ.د. بن عمار محمد
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

ملخص :

إن الحضانة تعتبر من أهم المواضيع التي لقيت إهتماما كبيرا من قبل الشريعة الإسلامية و كذا في مختلف التشريعات. فهي تشكل إحدى أهم الوسائل التي بموجبها يمكن العناية و الحرص على حماية حقوق المحضون و السير على مصالحه، فمدارها تحقيق مصلحة المحضون و النفع له بالدرجة الأولى.

فالحضانة هي تربية و حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه و ذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه ونومه في سن معينة، من أجل ذلك كانت الحضانة لمن هو أشفق وأقدر و أصبر على تحل المشاق بسبب الولد و من هو أفرغ للقيام بخدمته.

إن القانون إشترط أهلية معينة للحضانة، بمعنى أن تتوافر في الحاضن البلوغ و العقل على صيانة الولد صحة و خلقا، و البلوغ شرط يمنع القاصر أن يكون حاضنا لأنه في حاجة إلى من يكفله والعقل يمنع المجنون و المعتوه أن يكون حاضنا لأنه يخشى منه على المحضون. لكن إذا حدث و أن إختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون في خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن و تسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا إستوفى كل الشروط.

الكلمات المفتاحية : الحضانة ؛ الطفل ؛ المصلحة ؛ العناية.

***المؤلف المرسل : داود حنان**

Abstract:

Childcare is one the topics that have received the most attention in Islamic sharia as well as in different legislations, as it is one of the most importat ways to ensure and safeguard children's rights. The rights and interests of the child in custody, is then primarily the result of the custody interest.

Because of this lack of discernment, the guard thus ensures the education and protection of the one who cannot take care of himself and protect himself from anything that my harm him.

This guard thus allows him to watch over his affairs to ensure his food, his clothes, and his sleep at a certain age, which has meant that custody of the child is attributed to him who is more merciful, more apt and more patient to assume the difficulties and attributed to the one who has the most time to serve him.

The law thus requires a certain aptitude for the care of the child; the guardian must therefore meet the conditions of majority, reasoning, experience in the maintenance of health as for morality and majority. The majority in this case, forbidding the minor this custody, because he himself is in need of being put under sponsorship, and reason to prevent the crazy to assume this burden. However, in case of nonobservance of these conditions, the interest of the child placed in custody, would be to drop the guardian of this charge and to give the child to keep to another person who meets all the aforementioned confessions.

Keywords: custody ; child ; interest ; care.

مقدمة:

يعدّ المحضون أي الطّفل برعم الحياة، وغدا حقه في هذه الحياة حقّا أساسيا يتفرّع منه العديد من الحقوق تحميه و تحيطه بالأمان لغاية تأهيله جسديا، عقليا، نفسيا وإجتماعيا لتولي زمام أموره والتعرف على واجباته نحو مجتمعه و نحو الآخرين. و بالرّغم من الأهمية المتميّزة الّتي يحضى بها الطفل في عالمنا اليوم و ما يستقطبه من إهتمام عالمي واسع بسبب ما يلاقيه أطفال العالم من إنتهاكات خطيرة[1] لحقوقهم ينبغي التعرّف في هذه الدّراسة إلى معرفة أهمية الحضانة بالنسبة للطفل المحضون و توضيح الأحكام القانونية المتعلقة بها لذلك تواجهنا الإشكاليات الآتية: ما المقصود بالحضانة؟ ماهي الشّروط الواجب توافرها لصحتّها؟ من هم الأشخاص الذين تجب عليهم الحضانة؟ وماهي الحالات التي تسقط فيها الحضانة؟ و هل إذا ما سقطت هل يمكن للحاضن أن يسترجعها؟

للإجابة على هذه الإشكاليات إرتأينا أن نتبع المنهج التحليلي و ذلك بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الأول الإطار المفاهيمي للحضانة و شروطها وأصحاب الحق فيها أما المبحث الثاني نتعرض لآثار الحضانة أما في المبحث الثالث نتعرض إلى سقوط الحضانة وعودتها بعد سقوطها.

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للحضانة و شروطها و أصحاب الحق فيها

تعتبر الآثار التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبناءهم من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى، و تتمثل هذه الأخيرة في الحضانة. ولدراسة هذا المبحث لابد من تقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الإطار المفاهيمي للحضانة أما في المطلب الثاني نتناول شروط الحضانة و أصحاب الحق فيها.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة

سنتناول في هذا الإطار كل من مفهوم الحضانة، و مفهوم الطفل المحضون.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة

لفهم معنى الحضانة يجب التطرق أوّلا إلى مفهومها اللغوي ثمّ التعرّض إلى مفهومها الإصطلاحي و في الأخير نتعرّض إلى مفهومها القانوني.

أولا : مفهوم الحضانة لغة

الحضانة لغة هي ضمّ الشيء إلى الحضن، و الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الصّدر، والعضدان و ما بينهما و جانب الشيء و ناحيته، و على هذا فالحضانة ضمّ الطّفل إلى الصّدر أو الجنب[2]. والحضانة مصدر الحاضن و هي التّربية[3].

ثانيا: مفهوم الحضانة إصطلاحا

هي تربية الولد لمن له حقّ الحضانة، أو هي تربية و حفظ من لا يستقلّ بأمور نفسه عمّا يؤذيه لعدم تميزه كطفل و كبير ومجنون، وذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نومه، وتنظيفه وغسل ثيابه في سنّ معينّة و نحوها[4]، و الحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكنّ الإناث أليق بها لأنّها أشفق و أهدى إلى التّربية، و أصبر على القيام بها، و أشدّ ملازمة للأطفال، ففي المرحلة الأولى تثبت للأم أو من يحل محلها من النساء و تسمى ولاية الحضانة أو ولاية التربية الأولى، أما في المرحلة الثانية فتثبت للأب ويطلق عليها ولاية الحفظ و الرعاية[5].

ثالثا: مفهوم الحضانة قانونا

جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادّة 62 على أنّ:" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السّهر على حمايته وحفظه صحّة وخلقا.
و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."
إنّ القانون يعرّف الحضانة بأنّها رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، والسّهر على حمايته و حفظه صحّة وخلقا.

الفرع الثاني: مفهوم الطفل المحضون

كلّ ما يمكن أن نقوله أنّه ذلك المخلوق الّذي يعبّر عنه بالطّفل، هذا الأخير إستحوذ على مكانة بالغة من الإهتمام، و شغل فكر الكثير من المفكّرين و الفقهاء في شتّى الدّراسات، فكان محلّ عدّة مؤلّفات، منها ما وصفته، و منها من قسّمته و منها ما حدّدت سنّه، و لهذا فقد عرف الطّفل عدّة مفاهيم.

1- مفهوم الطّفل لغة

معنى كلمة طفل لغويا و من حيث الإشتقاق أو المصدر، كلمة (الطفل) مشتقة من الكلمة اللاتينية infans و التي تعني (الذي لا يتكلم)[6].

الطّفل بكسر الطّاء مع تشديدها يعني الصّغير من كلّ شيء، فالصّغير من النّاس أو الدّواب طفل، و الصّغير من السّحاب طفل، و اللّيل في أوّله طفل، و أصل لفظه طفل من النّعومة. والطّفل إنسان في سنّ الطّفولة[7] و هو المولود مادام ناعما.

لا تطلق كلمة طفولة إلاّ على الكائنات الحيّة، فلا يمكن أن نقول طفل سيّارة أو طفولة شارع، أو طفل منضدة لكن يمكننا أن نقول طفل بشري، فالكائنات الحيّة طفولة تبدأ مع مولدها وظهورها، أمّا الجماد فلا طفولة له[8].

2- مفهوم الطّفل في الشّريعة الإسلامية

تولّي الشريعة الإسلامية إهتماما بالغا للطّفل يبدأ قبل خروجه من بطن أمّه في مرحلة تكوين الجنين و تنتهي بالبلوغ[9].

يمكن تعريف الطّفل في الفقه الإسلامي كما يلي:" الإنسان منذ لحظة صيرورته جنينا في رحم أمّه حتّى البلوغ، فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ مثل الإحتلام والقذف بالنّسبة للذّكر، أو الحيض و الحمل بالنّسبة للأنثى يظلّ الإنسان طفلا حتّى بلوغه سن 15 عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين.[10]

3- مفهوم الطّفل قانونا

إنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد بنصّ صريح معنى الطّفل، إلاّ أنّ مفهومه ينبثق من عدّة نصوص قانونية فحدّد سن الرشد ب 19 سنة كاملة[11] و مادون ذلك فهو:

- إما عديم الأهلية، فاقد التّمييز لصغر السن حسب المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري[12] و المادة 42 من القانون المدني الجزائري[13].

- أو ناقص الأهلية بحسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري[14]. بالتالي فإن الحد الأقصى لمرحلة الطفولة حسب التشريع الجزائري هو ما قبل إتمام 19 سنة كاملة، لكن المنطق يقضي عدم التسليم بهذا الحدّ، حيث لا يمكن لمن كان يبلغ 18 سنة و363 يوما وهو عندئذ طفل أن يصبح راشدا بين عشية و ضحاها عندما يكمل 19 سنة.

بعد أن تعرضنا في المطلب الأول إلى الإطار المفاهيمي للحضانة سنتعرض في المطلب الثاني إلى شروط الحضانة و أصحاب الحق فيها.

المطلب الثاني: شروط الحضانة و أصحاب الحق فيها

الفرع الأول: شروط الحضانة

لا تثبت الحضانة إلاّ لمن كان أهلا بتوافر شروطها رجلا كان أو إمرأة و إن تقدّمت حضانة النّساء على حضانة الرّجال.

1- مفهوم الشّرط

أولا: مفهوم الشّرط في الفقه

الشّرط بسكون الرّاء هو إلزام الشّيء و إلتزامه، و الشّرط بفتح الرّاء هو العلامة و يجمع على أشراط، و منه أشراط السّاعة أي علاماتها[15].

ثانيا: مفهوم الشّرط في الإصطلاح

هو ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته. أو هو ما يتوقّف عليه وجود الشّيء، و ليس مؤثّرا فيه و لا موصلا إليه.[16]

2- الشّروط العامّة في الرّجال و النّساء

ذكر قانون الأسرة الجزائري شرط واحد للحضانة و ذلك في الفقرة الثانية من المادّة 62 منه الّتي تنص على أنّه:"...و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". إلاّ أنّ إستعمال المشرّع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة تشملها هذه الكلمة[17] يمكن إجمالها فيمايلي:

أ-الأهلية:

الأهلية لغة هي الصلاحية للأمر أو صلاحية الشخص لصدور الأمر عنه و طلبه منه. أما إصطلاحا فيقصد بها الصلاحية التي يتمتع بها الشخص لأجل إكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات، و القيام بالأعمال القانونية التي من شأنها أن تكسب القائم بالتصرف حقا أو تحمله إلتزاما[18]. فالأهلية بهذا المفهوم هي المحرك الأساسي للنشاط القانوني للشخصية[19].

ب- البلوغ :

الحضانة لا يتحمل تباعاتها إلاّ الكبار، و غايتها لا تتحقّق بغير ذلك، و لا خلاف في الفقه على إشتراط البلوغ حتّى تتوافر أهلية الحضانة[20]. بذلك فإنّ الحاضن يشترط فيه أن يكون بالغا، لأنّ الحضانة ولاية، و هذا شرط محلّ إتّفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية[21]، كما لا يختلف القانون في تطلّب هذا الشرط لأنّه من شروط الأهلية[22].

قال الأستاذ فضيل سعد، بأنّ البلوغ المشترط في الحاضن يعني به أهلية الأداء، و هي 19 سنة، لأن الشخص فيها يكون قادرا على شؤون نفسه[23].

ت- العقل :

يشترط في الحاضنة أن تكون عاقلة، و ذلك رعاية لمصلحة المحضون[24] لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شؤون الصغار لعدم معرفتها ما ينفعها، بل يخشى الضرر منها فلا تكون أهلا للحضانة[25]. و هذا الشرط يتماشى والمنطق، فالعقل هو الإدراك، و به يعرف الشخص ما يقدم عليه، لذا قد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري، لكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية.

فلا حضانة لمجنون ومعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما فضلا عن رعاية شؤون غيرهما، وإشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه[26] مبذر لئلا يتلف مال المحضون[27].

ث- خلو المرشح للحضانة من الأمراض النفسية :

يشترط لإستحقاق الحضانة و رعاية لمصلحة المحضون أن يكون الحاضن خاليا من كل مرض نفسي. فإن كان المرشح تكتنفه إضطربات نفسية تسلبه إدراكه العقلي كان غير أهل للحضانة.

ج- القدرة و الكفاءة :

يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه و صحته، فرعاية الطفل والإعتناء بشؤونه، و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية و مادية[28]. فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون[29].

ح- الأمانة في الخلق :

نستشف شرط الأمانة في الخلق من تنسيق الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة حينما عرفت الأولى الحضانة على أنها السهر على حماية الولد و حفظه خلقا، و إشترطت الثانية في الحاضن أن يكون أهلا لذلك.

خ- إتحاد الدين :

لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء أكان رجلا أو إمرأة، لأن الردّة تبيح دم المرتد، و هو محكوم عليه بالموت إن أصرّ على الردة بعد الإستتابة فلا ولاية له على غيره.[30]

3- الشروط الخاصة بالنساء :

تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية، تستجيب مع واقع الحياة، وتوافق تكوين المرأة و الحاجات الطبيعية للصغار.

يشترط في المرأة الحاضنة بالإضافة إلى الشروط العامة مايلي:

أ-شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم:

إن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة أنها نصت في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل، ما لم يضر مصلحة المحضون".

ب- الإستقامة في السلوك :

فيشترط في الأم الحاضنة أن تكون مستقيمة في سلوكها، فإذا كانت مستهترة سقطت حضانتها، و في غير الأم يشترط العدالة، فإن كانت سيئة السلوك، بحيث يخشى على الولد منها، فلا حضانة لها لأن في صحبتها ضياع الولد[31].

ت- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للطفل:

يقصد بذلك أن تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأمه، أخته و جدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، و لا بنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية[32]. ولهن الحق في حضانة الإيناث و لا حق لبني الخال و العم و العمة في حضانة الإيناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[33].

ث- ألا تقيم في بيت من يبغضه و لو كان قريبا له:

لقد نصت المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

ج- ألاّ تكون إمتنعت عن حضانته و الأب معسر:

يسقط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجانا عند إعسار الأب، ووجود متبرعة بالحضانة و طلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا، و لا يعول على طلب المتبرعة بجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه و هو معسر[34].

ح- عدم الإستطان بالمحضون في بلد أجنبي:

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد عالج مسألة إنتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه:" 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".

4- الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل و الأمانة و الإستقامة شروط خاصة بالرجال فقط و هي:

1 - أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان أنثى.

2- أن يكون عند الحاضن من أب و غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة.

3- إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون، لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم و غير المسلم.

إذا ما توافرت كل هذه الشروط في مستحق الحضانة فإن الحضانة تسند إليه و لكن مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، و كذا مع مراعاة الترتيب القانوني لمستحقيها.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة

أحدث المشرع الجزائري تغيير في المادة 64 بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05-02 إذ نصت على مايلي:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

الجديد الذي حمله هذا التعديل بإيجاز هو أنه جعل الأب مباشرة بعد الأم، ثم درجة الجدة لأب قبل الخالة.

لكن ما نلاحظه هو أن المشرع أضاف في المادة المذكورة أعلاه عبارة:" ... مع مراعاة مصلحة المحضون..." فهذا دليل على أن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام، و يمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها.

على هذا الأساس جعل المشرع ترتيب مستحقي الحضانة موجها للقاضي فمتى رأى مصلحة المحضون قضى بذلك إستجابة لنص المادة 64 من قانون الأسرة و له الخروج على هذا الترتيب.

بعد أن بينا في المبحث الأول الإطار المفاهيمي للحضانة سنبين في المبحث الثاني آثار الحضانة .

المبحث الثاني: آثار الحضانة

لدراسة هذا المبحث لابد من تقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول نفقة المحضون و أجرة الحضانة أما المطلب الثاني نتناول سكن الحضانة و حق الزيارة.

المطلب الأول: نفقة المحضون و أجرة الحضانة

سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول نفقة المحضون أما الفرع الثاني نتناول أجرة الحضانة.

الفرع الأول: نفقة المحضون

1- مفهوم النفقة

النفقة مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك، يقال: نفقت الدابة تنفق نفوقا أي ماتت ونفقة الدراهم أي نفذت و نفقة السلعة أي راحت[35].

النفقة من الإنفاق و هو الإخراج و لا يستعمل إلا في الخير، و جمعها نفقات، و هي ما ينفقه الإنسان على عياله، وهي في الأصل تكون من الأموال[36].

إن القانون لما عرف النفقة لم يحدد طبيعتها و إنما جاء ببعض مشتملاتها و ألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة الجارية بين الناس[37]، حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أنه:" تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، والسكن و أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

إن المشرع لما أضاف عبارة"... و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة" فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.

2- شروط وجوب النفقة

يشترط لوجوب النفقة ما يلي:

أ- أن يكون الإبن فقيرا لا مال له[38]، و يترتب على ذلك بأنه إذا كان الإبن موسرا لا تجب له النفقة لعدم حاجته إليها سواء كان الإبن صغيرا أو كبيرا قادرا أو عاجزا عن الكسب.

ب- أن يكون الإبن عاجزا عن الكسب، أي أنه لا يمكنه إكتساب معيشته، و العاجز عن الكسب قد يكون صغيرا، لم يبلغ بعد الكسب و قد يكون كبيرا يحول بينه و بين العمل، و قد يكون طالب علم[39]، و قد تكون أنثى لأن مجرد الأنوثة يعتبر سببا من أسباب العجز عن الكسب[40] موجب للنفقة على الأب إلا إذا كان لها زوج.

ج- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق، فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب[41]. و هذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول.

و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و يسقط بالإستغناء عنها بالكسب".

ت- نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب أو عدم وجوده بحيث يرى بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة " عجز"، و المقصود بها عدم القدرة التامة على الإسترزاق، لا لكونه فقيرا أو معسرا. و هو بهذه الحالة يعفى من الإنفاق على أولاده، فتنتقل النفقة بقوة القانون إلى الأم و هذا بتحقق شروط معينة، كما أنه في حالة عجز الأب وعدم قدرة الأم على النفقة مع عجزه أو مع وجوده فهنا تنتقل إلى الأصول حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه:" تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث".

3- تقدير النفقة و تاريخ إستحقاقها

أولا: تقدير النفقة

الأصل أن ينفق الأب على إبنه المحضون دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند إمتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها إلا بتحقق الإنفاق عليه. و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

القاضي وحده الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغا معينا كما أنه ليس للأب أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو بنفسه،

ومع ذلك بإمكان الأب إذا كان مقتدرا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء و لكن ليس له أن يمنحه أقل من ذلك.

ثانيا: تاريخ إستحقاق النفقة

نصت المادة 80 من قانون الأسرة على أنه:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

إن إستحقاق النفقة يكون إما بالإتفاق بين الطرفين أو بمقتضى حكم قضائي.

1- إستحقاق النفقة بموجب الإتفاق

هذا المعمول به عادة بحيث أن المدين بالنفقة و مستحقها يتفقان على كيفية أداء النفقة، مقدارها، و مدتها، و يجوز أن يحل الغير محل المدين بها، و حكم الإتفاقات التي تتعلق بالنفقة هو حكم الإلتزامات المدنية.

2- إستحقاق النفقة عن طريق القضاء

إذا إمتنع من تجب عليه النفقة يتعين اللجوء إلى القضاء، فالنفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى. فالأصل أن النفقة أمر ضروري مستعجل و لا يسكت عليه لمدة طويلة. فإذا لم تستعمل الحاضنة حقها في طلب نفقة الأبناء و مضى على ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم فيها إلا في حدود سنة.

إذا قدر القاضي النفقة و قضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصانا إلا بمرور سنة من تاريخ الحكم السابق[42]. وهذا ما جاءت به المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري و مقتضى إعادة النظر في النفقة أن الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقريرها غير ثابتة بل تتغير و تتطور، و لا تكون مراجعة النفقة تلقائيا بل بناء على طلب قضائي[43].

على القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي إعتمد عليها في تقديره للنفقة لأول مرة وعلى المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها من أجل الحصول عليها.

إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه، فيمكن للحاضنة أن تلجأ اليوم إلى ما يعرف

بصندوق النفقة الذي نص عليه المشرع في القانون 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة. و ذلك بعد أن كان مزعما أن يكون في إطار تعديل قانون الأسرة، وقد جاء القانون مكونا من أربع فصول: أحكام عامة، إجراءات الإستفادة من المستحقات المالية، أحكام عامة، و أحكام نهائية.

الفرع الثاني: أجرة الحضانة

إن الحضانة هي خدمة الطفل فهو عمل مشروع يمكن تقييمه بالمال، فيخول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرعا. و أجر الحضانة له شبه بالنفقة و شبه بالأجرة، فله شبه بالنفقة لأنه من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، و له شبه بالأجرة لأنه يعطي للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه وتربيته[44].

بعد إستقرائنا للنصوص التشريعية في قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يتطرق لأجرة الحضانة و لم يعرفها، و بالمقابل نجد المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني حيث نصت على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

بعد أن تعرضنا في المطلب السابق إلى نفقة المحضون و أجرة الحضانة سنتعرض في هذا المطلب إلى سكن الحضانة و حق الزيارة.

المطلب الثاني: سكن الحضانة و حق الزيارة

سنقوم بدراسة كل من حق المحضون في السكن و الزيارة.

الفرع الأول : حق المحضون في السكن

من خلال ما جاء في التعديل الوارد على قانون الأسرة، إضافة إلى ما إستقر العمل به قضائيا من خلال إجتهادات المحكمة العليا تتضح جليا نية المشرع في أن مسكن الحضانة هو حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى. فلولا وجوده في ظل العلاقة الزوجية المنفكة لما إستحقت الحاضنة تقريرها الحق فيه.

إنطلاقا من ذلك سيقع التطرق إلى مفهوم سكن الحضانة و مواصفاته و إلى موقف القانون الجزائري من سكن المحضون.

أ- مفهوم سكن المحضون و مواصفاته :

أولا: مفهوم سكن المحضون

1- التعريف اللغوي للسكن

السكن في اللغة من سكن، و هو من السكون ضد الحركة، و سكن الشيء يسكن سكونا إذا ذهبت حركته. و السكن هو كل ما سكنت إليه و إطمأنيت به من أهل و غيره والسكن أيضا سكن الرجل في الدار[45].

2- التعريف الإصطلاحي للسكن

عرف الفقهاء السكن بأنه المسكن و هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان، و المكان الذي يعده لسكناه حتى و لو لم يكن فيه، و هو مستودع أسراره و مكان راحته، كما عرف على أنه:" كل مكان يتخده الشخص لنفسه على وجه التوقيف أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذن منه".

بذلك فالسكن يعطي معنيين مختلفين أحدهما مجرد و هو ربط الشخص قانونا بمكان معين بحيث يصير هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه، و الآخر ملموس، و يقصد به مكان السكنى الحقيقي للشخص، أي الموضع الذي يقيم فيه، وهو بالأحرى المكان أو الموضع الذي يتحقق فيه السكن[46].

3-- **التعريف القانوني للسكن**

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لسكن الحضانة بل إكتفى بالإشارة إليه في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، و إن تعذر ذلك عليه فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم الأب بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة إلا أنه قد أخطأ عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن[47].

ثانيا: مواصفات سكن المحضون

من خلال المادتين 72 و 78 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع تطرق لمسألة السكن وإعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة، و من بينها نفقة الأب على أبناءه المحضونين، لكنه لم يتطرق إلى مواصفات محددة يجب توافرها في هذا المسكن، و قد إكتفى في المادة 72 بالقول:"... سكنا ملائما للحضانة...".

و حتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه يجب أن تتوفر في **مسكن الحضانة شروط** و هي كالآتي:

أ: أن يكون مسكن الحضانة مناسبا

يشترط أن يكون المسكن الذي يوفره الزوج بغرض الحضانة أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة على حد سواء، فإن كان مناسبا للمحضون تمكنت الحاضنة فيه من أدائها لواجباتها نحو محضونها على أكمل وجه. و يكون مسكنا ملائما إذا زود بالمنقولات اللازمة للمعيشة، و لا يتصور إلزام الحاضنة و لو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة و إلا كانت الحضانة عبئا كبيرا.

للحاضنة إذا رفض الأب القيام بهذا الإلتزام أن تقوم بتزويد المسكن بالمنقولات اللازمة للمعيشة و إستفاء الثمن من الأب أو إقامة دعوى ضده لطلب لزامه بتنفيذ إلتزامه عينيا[48].

ب: أن يكون مسكن الحضانة مستقلا

المقصود بالمسكن المستقل هو المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، وبالتالي فيجب أن يكون المسكن مستقلا بمرافقه، و على ذلك فإن المطلق عليه أن يختار بين أن يترك مسكنه و بين أن يهيء مسكنا أخر مستقلا و مناسبا، ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى إستقلال مسكن الحضانة و مناسبته للمحضون والحاضنة[49].

الجدير بالملاحظة أن تقدير ملائمة السكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع، وفي حالة رفض الحاضنة المسكن المهيأ لها لا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، و عليه فإذا قام الأب بتوفير بدل الإيجار فهل يجب عليه أن يتقيد بشروط السكن؟ ليس في نص المادة 72 إجابة على هذا التساؤل، أي أنه لم يحدد شروطا للسكن المؤجر، و عليه فالمشرع مطالب بإستدراك النقص في هذا النص.

ب- موقف القانون الجزائري من سكن المحضون

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

لإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقيم فيه هي و محضونها يجب توافر الشروط الآتية:

1 - أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون.

2- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار.

الفرع الثاني: حق الزيارة

لما كانت الحضانة مستحقة شرعا للإنسان بقصد الحفاظ على الولد و حسن رعايته تأتي الرؤية بعد ذلك لتكون حقا لمن تسند إليه مسؤولية الحضانة.

أ- تعريف حق المحضون في الزيارة

أولا: لغة

تأتي بمعنى مجيء شخص آخر لرؤية الطفل و البقاء معه مدة معينة، أو إستقبال الزائر.

ثانيا: إصطلاحا

قد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية ووالتربوية[50].

ب- ممارسة حق رؤية المحضون في القانون الجزائري

عند إنفصال الزوجين و إنضمام الطفل إلى حاضنته يحق لأبيه رؤية طفله و ذلك من خلال مواعيد دورية محددة. فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي و تربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من مصلحة الصغير[51].

و إذا كانت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قد رتبت أصحاب الحضانة فهي نصت على أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا للأب بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات محددة. و إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أوغيره عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة[52].

بعد أن تعرضنا في المبحثين السابقين إلى مفهوم الحضانة و شروطها و أصحاب الحق فيها و الآثار المترتبة عنها فإننا سنتعرض في المبحث الموالي إلى سقوطها و عودتها بعد سقوطها

المبحث الثالث : سقوط الحضانة و عودتها بعد سقوطها

سنقوم بدراسة هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول سقوط الحضانة أما في المبحث الثاني إلى عودتها بعد سقوطها.

المطلب الأول : سقوط الحضانة

لقد أخذ كل من الفقه و القانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون و لهذا عددوا شروط معينة يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يكون أهلا لهذه المهمة، و كذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية ورعاية صحية و خلقية و حفظ. لكن إذا حدث و إن إختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون تكون خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن وتسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا إستوفى كل الشروط.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، و هذا ما سيتم بيانه فيمايلي:

الفرع الأول : أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الأسرة الجزائري

تسقط الحضانة عن الحاضن إذا فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 كالقدرة على الرعاية و الحفظ، كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.

1- إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري في شطرها الأول على أنه:" تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

فإذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية و تربية المحضون على دين أبيه، و حفظ صحته سقط حقه في الحضانة، مع أخذ رأي المحكمة في هذه الحالة.

كما تعتبر جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/9/30 بأنه:" من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"[53].

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، و لكن إحتياطيا ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، و هذا يعني أنه حتى و لو كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب السقوط كمبدأ عام، فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية و غيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.

2- عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة طبقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 68 من قانون الأسرة على أنه:" إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

لم تبين المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري الوقت الذي تحسب فيه السنة الموجبة لسقوط الحضانة[54]، إلا أنه و بالرجوع إلى القرار القضائي المؤرخ في 19 جويلية 1984 نجده يقضي بأنه:" من المقرر شرعا و على ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

و لما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب الذي صدر في 1975/5/20، و أن الجدة لأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980، حيث طالبت بممارسة الحضانة، فإن قضاة الإستأناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب، وبإسنادها للجدة لأم، أخطئوا في قرارهم هذا و خالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي"[55].

مما يؤكد من أن السنة تحسب من إستصدار الحكم مما جاء في القرار المؤرخ في 25 جوان 1984 بقضائهم أنه:" إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها"[56].

الفرع الثاني : أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وعليه فحسب هذه المادة تسقط الحضانة بالتزوج بأجنبي أي بغير قريب محرم و بالتنازل عنها[57].

1- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

ما يلاحظ من موقف المشرع الجزائري أنه من خلال المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري أنه أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم للمحضون، و للقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، و عليه دائما أخذها بعين الإعتبار.

لكن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الإستثناءات أهمها:

- عدم وجود من يلي الأم في الحضانة أو يكون غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى إنقضاء سنة كاملة.
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض[58].

لكن إذا إختارت المرأة الزواج بأجنبي غير محرم عن المحضون، فهل يعد هذا تنازلا إختياريا أم غير إختياري عن الحضانة؟ و هل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري.

2- التنازل عن الحضانة

أجاز المشرع الجزائري للحاضنة التنازل عن الحضانة و لكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون[59].

كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها:" من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون"[60].

يشترط في التنازل عن الحضانة الشروط الآتية:

1- إستصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة، بإستثناء البنت إذا بلغت سن الزواج فإن حضانتها تنتهي بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.

2- أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها و هذا شرط بديهي فلا يملك إستعمال الحق إلا مستحقه، و لما كانت الحضانة غير قابلة للتجزئة إلا بموجب مبرر شرعي كان النزول عنها غير قابل للتجزئة[61].

3- أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضرا بمصلحة المحضون.

4- لا يمكن التنازل عن الحضانة إلا إذا وجد حاضن آخر.

الفرع الثاني: أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 69 و 70

جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة و يقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، و هي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 70 من قانون الأسرة حيث نصت على أنه:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

المطلب الثاني: عودة الحضانة لمستحقها بعد سقوطها

إذا أسقط المستحق للحضانة حقه فيها، ثم أراد العودة إليها أو أسقطت نتيجة طروء مانع يمنع منها، ثم زال هذا الطارئ فهل من حق الحاضن العودة إلى الحضانة أم لا؟

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري".

الفرع الأول : عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها غير إختياري

المقصود في هذه الحالة توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و مايليها في قانون الأسرة الجزائري.

المشرع الجزائري تكلم عن حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة إلى الحاضن:

الحالة الأولى: ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي زوجها ولم تتزوج من شخص غريب عن المحضون[62].

أما **الحالة الثانية:** هي ما إذا كانت الحضانة موكلة للخالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، و كنت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 70 و لن تعود إليها الحضانة إلا إذا إنتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدا عنها.

الفرع الثاني : عدم عودة الحضانة إذا كان سبب سقوطها إختياري

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة و ذلك بإرادته المنفردة، و في هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد و الأساس و هو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، و تكون هذه الحاضنة غير متهيأة للحضانة مما يتوجب رفض الطلب[63].

ولا يسري على الأم وحدها و إنما المستحقين للحضانة من الخالة أو الأب و غيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري، أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط، و هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في

1989/2/27 أنه:" من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها إسترجاع الأولاد"[64].

إلا أن هناك إستثناء يمكن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، و هو وجود مبرر شرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد 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.

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

الخاتمة:

إزاء الأهمية البالغة لوجوب حماية المحضون من التشرد و الضياع و توفير مستوى معيشي مقبول له، تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي من خلاله جاء فيه بضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون، فشمل هذا التعديل ما يلي:

-إعتبار عمل المرأة حق لها و لا يمكن أن يكون سببا لسقوط الحضانة عنها، و هذا تماشيا منه مع تشجيع مشاركة المرأة في سير العجلة الإقتصادية للبلاد بخبراتها وإمكانياتها، و مع إرتفاع النساء العاملات.

-فيما يتعلق بشروط إستحقاق الحضانة إكتفى المشرع بعبارة " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك" حسب المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، فهو لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضن، و ترك ذلك للقاضي ليبحث عنها في مصادر الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فكان الأحرى به أن يحددها ليضمن التطبيق السليم و كذا ليسهل المهمة على القاضي، و ليضمن أفضل تحقيق لمصلحة المحضون.

كما أنه في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري عندما عدد مستحقي الحضانة جاء بعبارة " ثم الأقربون درجة" و لم يبين ما المقصود بها و لا من هم الأقربون درجة إلى المحضون في نصوص قانون الأسرة. و هذا يعني أنه في حالة عدم وجود الأقربين درجة أو عدم كفاءة أي منهم للحضانة فلمن تسند الحضانة؟ بما أنه لم يبين أشخاصهم فعلى

القاضي تولي ذلك بالرجوع دائما إلى مصادر الشريعة الإسلامية، و هو لم يحدد له المذهب الذي يتبعه بإختلاف المذاهب في ذلك.

كما أنه في هذه المادة ترك العبارة غامضة، فلم يحدد معناها ولا المكان الذي تجري فيه و لا الزمان،

و إذا جاء المشرع بنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل بغية حماية المحضون و حفظه ووقايته من الآثار الإجتماعية و النفسية التي تلحق به بعد الطلاق بسبب عدم وجود مسكن يأويه، إلا أن هذا النص جاء معيبا و قاصرا من عدة جوانب يمكن تلخيصها في مايلي:

من خلال هذه المادة منح المشرع حق السكن للمطلقة الحاضنة دون سواها من الحاضنات. كما أنه لم يحدد مواصفات سكن الحضانة و إكتفى بعبارة " الملائمة"، و لم يحدد كذلك المكان الذي تمارس فيه الحضانة و لا المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة و بين صاحب الحق في الزيارة.

و بالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة التي تنص على:" و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" تطرح مشكل إمكانية الجمع بين أجنبيين إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن و مرت فترة العدة وهو أمر غير مقبول شرعا.

الملاحظ أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون"، و هذا يعني أن الحضانة تقوم على مبدأ مهم و هو " مصلحة المحضون"، وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن المشرع لم يورد أي تعريف لها و لا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها.

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه ما زالت تعتريها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها.

الهوامش:

[1]- أنظر، زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، طبعة 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008، صفحة 46.

2- أنظر، أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، طبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 - 2009، صفحة 45.

3- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون، طبعة 1، الإسكندرية، 2011، صفحة 15.

4- أنظر، عبد القادر بن حرز اللّه، الخلاصة في أحكام الزّواج و الطّلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، طبعة1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، صفحة 356.

-Cite par, Roula el – Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L. G. D. J. 5 Paris, 2002, page 61.

Françoise Dekeuwer-Défossez, les droits de l'enfant, Paris : que sais-je.1993, page 93.-6

7- أنظر، بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطّفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكّرة لنيل شهادة ماجستير، قانون أسرة مقارن، جامعة تلمسان، 2008- 2009، صفحة 14.

8- أنظر، حسين عبد الحميد أحمد رشوان، الطّفل دراسة في علم الإجتماع، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، صفحة 1.

9- أنظر، خالد مصطفى فهمي، حقوق الطّفل و معاملته الجنائية في ضوء الإتّفاقيات الدولية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، صفحة 9.

10- بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السّابق، صفحة 17.

11- تنصّ المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنّه:" كلّ شخص بلغ سن الرّشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرّشد تسعة عشر سنة كاملة".

12- تنص المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " من لم يبلغ سن التّمييز لصغر سنّه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

13- تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية ، من كان فاقد التّمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

14- تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه:" كل من بلغ سن التّمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرّره القانون".

15- أنظر، عبد المطّلب عبد الرزّاق حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، صفحة 29.

16- عبد المطّلب عبد الرزّاق حمدان، المرجع السّابق، صفحة 30.

17-أنظر، نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، طبعة 1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، صفحة 104.

18- أنظر، محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المنشورات الدولية، الجزائر، 2000، صفحة 75-76.

19- أنظر، عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، جزء 2، طبعة 3، دار الكتب الوطنية، مصر، 1995، صفحة 189.

20- أنظر، محمّد كمال الدّين إمام، أحكام الأسرة الخاصّة بالفرقة بين الزّوجين و حقوق الأولاد، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، صفحة 149.

21- أنظر، أبو الفرج عبد الرّحمن إبن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933، صفحة 178.

22-أنظر، خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون، دراسة في الشريعة الإسلامية، طبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، صفحة 171.

23- أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، جزء 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، صفحة 371.

24- أنظر، وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، صفحة 726.

25- أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة 4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1983، صفحة 763.

26- يعرف السفه لغة بأنه الجهل في أمور النفقات، و إصطلاحا هو حالة الشخص الذي يتصرف في ماله خلافا ما يقتضيه الشرع و العقل، و هو الذي يبذر في ماله تبذيرا لا يقع من العقلاء الراشدين. مقتبس عن، مصطفى السباعي، و عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، طبعة 5، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، 1977، صفحة 27.

27- أنظر، التواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، جزء 4، طبعة 2، دار الوعي، الجزائر، 2010، صفحة 879.

28- عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الإجتهاد القضائي، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية، الجزائر، 2005، عدد 2، صفحة 186.

29- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008، صفحة 390.

30- محمد سمارة، المرجع السابق، صفحة 390.

31- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، صفحة 40.

32- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، صفحة 360.

33- أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، طبعة 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، صفحة 408.

34- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، صفحة 222.

35- أنظر، محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج و الطلاق، بدون طبعة، دار الفكر، الأردن، 2008، صفحة 108.

36- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، جزء 7، طبعة . 2، دار الفكر، دمشق، 1985، صفحة 65.

37- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، الكتب القانونية، مصر، 2003، صفحة 162-163.

38- أنظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، صفحة 320، محمد إبراهيم محمد صباح، الإمتناع الإرادي عن الواجبات المالية وأثره في الفقه الإسلامي، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، صفحة 446.

39- إذا كان الولد مشتغلا بالتعليم، و كان طلب العلم يشغله عن الكسب وجبت نفقته على أبيه و لو كان قادرا على الكسب والعمل، فلو ألزم طلبة العلم بالكسب لتعطل سير نهضة الأمة وفات عليهما كثيرا من المصالح، مقتبس عن عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، طبعة 1، دار الثقافة، عمان، 2007، صفحة 289.

40- زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون دار نشر، مصر، 1972، صفحة 319.

41- أنظر، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، صفحة 53، إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015، صفحة 77.

42- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، صفحة 163.

43- نعيمة تبودوشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2000، صفحة 323.

44- أنظر، عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصة، جزء 2، طبعة 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، صفحة 194.

45- أنظر، إبن منظور، لسان العرب، جزء 3، طبعة 1، دار صادر، بيروت، 1997، صفحة 311.

46- أنظر، بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002، صفحة 2.
47- بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، صفحة 121.
48- أحمد إبراهيم عطية، المسؤولية المدنية للمعلم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، صفحة 215.
49- أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، صفحة 215.
50- حميدو زكية، المرجع السابق، صفحة 196.
51- أنظر، زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، صفحة 64.
52- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1996، صفحة 296.
53- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/9/30، ملف رقم 171684، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، صفحة 169.
54- أنظر، عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014، صفحة 166.
55- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/7/19، ملف رقم 32829، مجلة قضائية، 1990، عدد 1، صفحة 60.
56- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/6/25، ملف رقم 33636، مجلة قضائية، 1989، عدد 3، صفحة 45.
57- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزء 1، طبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، صفحة 388.
58- أنظر، محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2004، صفحة 113.
59- عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة الوادي، 2014-2015، صفحة 182.
60- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/4/21، ملف رقم 189234، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، صفحة 175.
61- عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، صفحة 164.
62- أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، بدون طبعة ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، صفحة 141.
63- أشار المالكية إلى أنه إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم زال ذلك، و أرادت أن يعود إليها حقها في الحضانة فالمشهور عندهم: أنها لا تعود إليها، بناء على أن الحضانة حق للحاضن، فلا تعود بزوال المانع. و قيل: تعود بناء على الحضانة حق للمحضون.
متى يصح بقاء الطفل مع الحاضنة رغم زواجها بأجنبي؟
1- أن تكون وصية على خلاف في هذا الوجه:
2- أن يكون الطفل رضيعا لا يقبل غيرها، و يقبل غيرها، لكن لم ترض بإرضاعه إلا في بيتها، فلا ينزع الطفل عن أمه.
3- إذا كان زوجها أرفق به من الأجنبية يسلم إليها.
4- إذا كان من تؤول إليه الحضانة بعد الأم غير مأمون أو عاجزا عن القيام بالحضانة.
5- إذا لم يكن للولد قرابة لا من الرجال و لا من النساء.
6- إذا كان الأب عبدا و الأم حرة تسلم إليها.
64- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/2/27، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، 1990، عدد 3، صفحة 85.