

Legal Security of the Foster Child The Vision of the Algerian Legislator and its Compatibility with the Tolerant Islamic Sharia Regulations

Hamadi Abdel Nour *

Lecturer Professor Department of A - University of Belhadj Bouchaib-Ein Tmouchent-Algeria

E-mail: Abdennour_13@live.fr

Revised: 10 Sep. 2021

Accepted: 23 Sep. 2021

Published: 1 Jan. 2022

Abstract: One of the most important concerns of legal legislators is the issue of establishing the legal security of the foster child. This research comes in order to highlight the legal controls on custody, and to shed light on the direction of comparative legislation, including the Algerian legislation, to ensure the achievement of legal protection for the foster child.

Keywords: Legal security- Child- The nursery -Judicial Security-Supreme court.

* Corresponding author E-mail Abdennour_13@live.fr

الأمن القانوني للطفل المحضون

رؤية المشرع الجزائري ومدى تناسبها مع ضوابط الشريعة الإسلامية السمحاء

حمادي عبد النور

أستاذ محاضر قسم أ-جامعة بلحاج بوشعيب -عين تموشنت-الجزائر

المخلص: تُعتبر مسألة تكريس الأمن القانوني للطفل المحضون، أحد أهم إهتمامات المشرعين القانونيين وتأتي ورقة البحث هذه من أجل إبراز الضوابط القانونية للحضانة ، وبسط الضوء على توجه التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري لضمان تحقيق حماية قانونية للطفل المحضون. **الكلمات المفتاحية:** الأمن القانوني-الطفل-الحضانة-الأمن القضائي-المحكمة العليا.

1 مقدمة

لقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء لقوله عز وجل:
{رو عاشروهن بالمعروف} صدق الله العظيم.

ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للالتفاف و الوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما و نقمة، بعد أن كانت نعمة و سعادة، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها، فإن كان الزواج يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة الزوجية و حفظ أعراض الناس، و إثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من هذه العلاقة إذا تبين أن الحياة والعشرة الزوجية مستحيلة نتيجة الشقاق المستمر و ذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

ومن أهم النتائج المترتبة على الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم وكيف نحافظ عليهم؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم و تدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم . وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعدد من الأحكام تتعلق بمصير الولد و حمايته ، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض.

وعليه سوف تكون مداخلتنا حول مدى تناسب رؤية التشريع الجزائري في قانونه الأسري مع أصول ومبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء في مسألة حماية حقوق الطفل المحضون وذلك في نقطتين عامتين:

الاول: تحديد الضوابط العامة للحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري كدراسة مقارنة

الثانية: كيفية حل المسائل المتعلقة بحقوق الطفل المحضون من خلال ممارسة المحكمة العليا الجزائرية باعتبارها أعلى درجة قضائية

ولكم مني سعادة الدكاترة وافر الإحترام والتقدير

المبحث الاول: تحديد الضوابط العامة للحضانة وشروطها بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري كدراسة مقارنة:

المطلب الاول: المفهوم الفقهي والقانوني للحضانة

سنتطرق في بداية المسألة لفكرة المفهوم الفقهي للحضانة وبعد ذلك نقوم بتحليل فكرة المفهوم النظامي أو القانوني للحضانة

الفرع الأول: مفهوم الحضانة فقها:

الحضانة - بفتح الحاء - هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا « تعيش الذئب في حضن الجبل أي عمقه ونقول " حضن الطائر بيضه " إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه ، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه¹. وعرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير، أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها². والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وينفعه ، والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بالوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة و وزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له أما عن تربيته ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى فقد جعلها للأُم ، وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد وماله فقد جعلها للأب.

وقد عرفها الإمام مالك بأنها: "تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء"

أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ، بما يصلحه ويقيه ما يضره "

ويرى ابن القيم أن الولاية على الطفل نوعان : نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع ، و قدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد³ .

ويرى الأستاذ صالح جمعة⁴، أنّ الولاية على النفس هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه و تزويجه ، و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات :

- أولها: ولاية الحفظ و الرعاية ، و تبدأ منذ ولادة المولى عليه حتّى بلوغه سنّ التّمييز ، و هي ما تسمى بالحضانة .

- ثانيها : ولاية التربية و التأديب و التهذيب ، و تبدأ بعد بلوغه سنّ التّمييز و استغنائه عن النّساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل ، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة .

- ثالثها : ولاية التزويج ، وهي تثبت للولي بناء على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته .

وحكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يُهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه و إنجاؤه من المهالك ، ودليل وجوب الحضانة للصغير قوله تعالى عن مريم عليها السلام :

((فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا)) صدق الله العظيم⁵

وقوله صلى الله عليه وسلم : " بحسب المرء من الإثم أن يُصَيِّعَ ما يعول "

1- فضيل سعد :شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج و الطلاق-المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر- ص 369

2- السيد سابق : فقه السنة - المكتبة العصرية- بيروت -لبنان-ص-482

3- ابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدي خير العباد - المجلد الثاني - دار الكتاب العربي- ص 123

4- صالح جمعة حسن الجبوري : الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون - الطبعة الأولى -سنة 1976 -مؤسسة الرسالة - ص 34/33

5- سورة آل عمران - الآية 37

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والخلق الجَمِّ، حتى إنّه يُكره على الإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته، كما يُكره أن يدعو على نفسه و خادمه و ماله لقوله صلى الله عليه و سلم :

" لا تدعوا على أنفسكم و لا تدعوا على أولادكم و لا تدعوا على خدمكم و لا تدعوا على أموالكم ، لا توافقوا من الله ساعة يُسأل فيها عطاءً فيستجيب له "

وروى أبو موسى عن ابن عباس أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على النبي صلى الله عليه و سلم فقال : (يا رسول الله إن لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت ، فقال :

يا ابن ساعدة لا تدعوا عليهن ، فإن البركة في البنات هنّ المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والمرّضات عند الشدة ثقلهنّ على الأرض و رزقهن على الله "6.

الفرع الثاني: مفهوم الحضانة قانونا

نصت المادة 62 من قانون الأسرة المعدل و المتمم⁷ " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " . وعرفت المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بانها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه .

كما عرفت المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته، فخلافا للقانونين السابقين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد ، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً .

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد⁸ أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية ، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية .
ومما تقدم فإنّ أهداف الحضانة تظهر فيما يلي :

أولاً: تعليم الولد

ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدريس ، وما دام التعليم إجبارياً ومجانياً فكل طفل له الحق أن ينال قدر من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي.

ثانياً : تربية الولد على دين أبيه

يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزاً ، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ، ولا ينكره عليها أبداً ، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل وذلك حسب نص المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في الفقرة الأخيرة وهذا ما أكدته المادة 62 من قانون الأسرة

6- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء العاشر - ص 296

7- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو لسنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

8- عبد العزيز سعد - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة - دار البحث - قسنطينة ص 293

ثالثا : السهر على حماية المحضون

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم ، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا و عاطفيا ، و ليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب و أن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه⁹ .

رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية

و يكون ذلك بتثنيته على حسن الخلق و تهذيبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و أن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء .

خامسا : حماية المحضون صحيا

يجب أن يلقي الطفل العناية الصحية الكاملة ، خاصة في السنوات الأولى من حياته ، و ذلك بأن يتلقى كل التلقينات اللازمة و الدورية ، و أن يُعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة

المطلب الثاني : الشروط الخاصة بالحضانة

إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن المشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى ، إذ يتساوى الرجال و النساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية و تباين في الترتيب .

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها ، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال و النساء و أخرى تختص بها النساء ، و البعض الآخر لابد من توافرها في الرجال . كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم ، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه :

((و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)) . إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة ، تتعلق بتربية الطفل و إعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل .

ولتحديد هذه الشروط غير الواردة في نص القانون فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه : ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)) .

وعلى هذا الأساس سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها ، مع الإستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا الجزائرية لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط

الفرع الأول : الشروط العامة

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء و إن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المرأة بحكم الفطرة و

التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة و من بين الشروط العامة لممارسة

الحضانة للرجال و النساء نجد :

اولا العقل¹⁰:

لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ، و يستوي في الجنون أن يكون مُطَبَّقاً أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة ، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ، و لو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة ، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه ، فقد يرد جنونها في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا .

9- أحمد نصر الجندي: النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي -دار الكتب القانونية-سنة 2006- مصر-ص 28-29

10- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الجزء الأول- الزواج و الطلاق-ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر- سنة 1999-ص 270

و لو مثلا مرة في كل سنة ، لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له ، و عليه ينبغي الابتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه و ذلك رعاية لمصلحته .

والمعتوه يأخذ حكم المجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير

و بالتالي فلا يرعى هو غيره ، و لأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون ، إذ الحضانة من الولاية ، كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة و تكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير و الأخذ بيده في شؤون نفسه فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس ، و غير العاقل لا ولاية له على نفسه ، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره¹¹ .

وإلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد ، فلا حضانة عندهم لسفيه مُبذر ، كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق . و اشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام و البرص فلا حضانة لمن به شيء من هذه المنفريات .

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس ، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه إذ هو نفسه بحاجة إلى من يرعاه و هو ما ورد في نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم التي تنص ، أنه : ((تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)) . كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا ، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته .

ثانيا البلوغ:

الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلا الكبار ، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء ، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية¹² .

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما ، إذا ادّعت البلوغ و هي ان ادّعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادّعائها ، و كون البلوغ شرط في الحاضنة ، شرط سار عليه سائر الفقهاء ، لأن الطفل محتاج إلى من يخدمه و يقوم على شؤونه ، فكيف يكون له أن يتولى شؤون غيره

و البلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة ، لأن به اكتمال الإرادة عادة

و القضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

ثالثا الأمانة على الاخلاق

الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلا لممارسة الحضانة و بيئة مصاحبة للمحضون تضمن حداً أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا أُلقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته ، و المناطق في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال ، حتى قال بعض الفقهاء : " إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلها عن الولد و لزم ضياعه نُزِعَ منها وسقطت الحضانة عنها "

وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا رجلا كان أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهوه الحرام ، في حين أن في هذه المسألة قيّد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عنده بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه فجور أمه

11- فضيل سعد :شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج و الطلاق -الجزائر-1995-ص 369

12- أحمد محمد العساف : الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة - المجلد الثاني- دار إحياء العلوم- ص 438

ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صوتا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنها غير أمنية عليه .أما الرجل الفاسق فلا حضانة له

كما أنه قيل أنّ الحضانة إذا كانت تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عليه ،فلا تكون لها حضانته إذ ليست أهلا لها

ولقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن¹³ وتكرس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته ،إذ يرى أنّ الحضانة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة لأنها غير أمينة على نفس الطفل وأدبه وخلقه ،إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها، فأسقط القضاء الحضانة عن الأم لأنّ المحيط الذي يعيش فيه الطفل غير مأمون على أخلاقه .حيث جاء في قرار المحكمة العليا : " أنّ عدم إِبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم و مراقبتهم و السهر على تربيتهم و حمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة و أنّ من المحضوضين بنتين إن تركت حضانتهم لأمهات فلا يؤمن عليهما

ويتشدد القضاء في موقفه هذا و أسقط حضانة الجدة للأم لأن الأم كانت أخلاقها فاسدة ، فكما أسقطت الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق أمها في الحضانة ، إذ كذلك الأم التي لا تقدر على تربية ابنتها لا تستطيع تربية المحضون وكبح جماحه ، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها لفقدان الثقة و الأمانة فيهما"

والقول بأنّ الحضانة ارتكبت فعلا فاحشا ، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال ، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الإقرار سيد الأدلة¹⁴

رابعا القدرة على التربية:

يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته ، إذلا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل ، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتبدير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة

إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها ويمنعها عن القيام بشؤون الصغير ولا لمتقدمة في السن تقدا يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له ، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به أو لساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل ولو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية والجو الصالح الملائم لتربيته.

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز¹⁵، وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها ، أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحضانة

13- حسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006-ص209

14-أسامة ابو الحسن مجاهد:الوجيز في قانون الإثبات-دار النهضة العربية-القاهرة-مصر-2018-ص131

15- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء7، دار الفكر، الجزائر، طبعة1، سنة 1991-ص305

وعليه فإنّ الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة على رعاية الصغير و الإشراف على تربيته و المحافظة عليه و لم يشترطوا الإبصار بل أوجبوا توافر صفات ترجع إلى المحافظة على الصغير و توفر راحته .

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في أحدها أنّ القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا أو مرض يُعجز عن القيام بشؤون التربية و على القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه و تقدير مدى عجز الحاضنة¹⁶ و جاء في قرار آخر : " أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية و الصحة فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون و لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده"¹⁷

خامسا الإسلام:

يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة ، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية و لا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى : ((و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) صدق الله العظيم سورة النساء الآية 141 فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل ، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه إلا أن الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته¹⁸ ، و كلاهما يجوز من الكافرة ، و دليلهم في ذلك ما رواه أبو داود و النسائي : أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : ابنتي - و هي فطيم - أو شبهه و قال رافع : ابنتي ، فمالت إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه

و سلم: " اللهم اهداها " فمالت إلى أبيها فأخذها، ولأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين ، لكن هؤلاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة، فقال الحنفية يبقى عندها إلى ان يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة أو يتضح أنه في بقاءه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو توعده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير وقال المالكية : إنّ المحضون يبقى مع الحاضنة إلى إنتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد¹⁹

وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشتهروا أن لا تكون مرتدة لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب و تعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت و عادت عاد لها حق الحضانة . أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم على ان يربي الطفل على دين ابيه ، و لا فرق بين المسلمة و غير المسلمة في مسألة الحضانة .

و الواضح من خلال تفحص أحكام و قرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة و الغير المسلمة في استحقاق الحضانة²⁰، كما انه أسقطت الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينه²¹

16- قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 12/30 1991

17- المجلة القضائية-قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 84/07/09 -سنة 89 -عدد 04 -ص 76

18- عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة فقها و قضاء- الزواج-دار الفكر العربي-الطبعة الأولى-سنة 1984-ص271

19- وهبة الزحيلي: المرجع السابق-ص306

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي :

أولاً: ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقریب غير محرم منه

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها:

أ - قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقاً، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى ، و هو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة : مالك و الشافعي ، و أبو حنيفة و أحمد في المشهور عنه، و حجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو : (أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثديي له سقاء و زعم أبوه أنه ينزعه مني فقال صلى الله عليه و سلم : " أنت أحق به ما لم تتكحي " ²².

فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج ، و عندها لا يكون لها هذا الحق و كذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأُم حتى تتزوج، فتسقط عنها و يدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبو بكر : إنها أحق به ما لم تتزوج ، و قد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم و كان بحضور الصحابة و لم ينكر عليه أحد ذلك ، و على حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شريح لا يختلفون فيه زماناً و مكاناً

و قيل إن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى ، وهذا الرأي أكد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري و حججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي ، وانطلق بي إلى رسول اله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله إن أنس غلام كَيْسٍ فليخدمك ، قال : فخدمته في السفر والحضر ... ، وإن أنساً كان في حضانة أمه ، ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك ، و حجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله لم تُسقط بزواجها كفالتهابنيها²³

فإن تزوجت الحاضنة بقریب محرم من الصغير مثل عمه، فإن حضانته لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة و له من صلته بالطفل و قرابته منه ما تحمله على الشفقة و رعاية حقه ، فيتم بينهما التعاون على كفالته ، و هذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه و لا يمكنها من العناية به ، و عليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم و لا الظروف المساعدة التي تتمي ملكاته²⁴ و مواهبه ، لأن الحاضنة قد أمسكته عند الأجنبي قد يبغضه و يقسو عليه و لا يؤدبه

20- المحكمة العليا الجزائرية- ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 1974/05/29

21- نشرة القضاة عدد 81- المحكمة العليا الجزائرية ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 1979/04/16 ص 108

22- مجد محدة: سلسلة قانون الأسرة -الجزء الأول الخطبة و الزواج- دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية- الطبعة 2- شهاب، سنة 1994-ص280

23- رمضان السيرنباطي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القضاء، دراسة مقارنة الأحوال الشخصية في مصر و لبنان،

منشورات حلبي الحقوقية، سنة 2000-ص88

24- حسين بوادي :حقوق الطفل في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية- دار الفكر العربي- الطبعة الأولى- القاهرة- مصر- لسنة 2005-ص43

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم على أنه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " .

وعليه يُستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي

و بقریب غير محرم ، و لقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها: " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، مما يستوجب معه نقض القرار .²⁵

و الملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور²⁶، حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون ، و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون .

و عليه و خدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها :

عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم : فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها ، و كذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانتها .

ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة : و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة و ذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة ، إذ لا بد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط .

و نشير أيضا أن الحاضنة إذا تزوجت و دخل بها زوجها ثم طُلقَت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون

ثانيا: أن تكون ذات رحم محرم من الصغير

أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون و أخته و جدته ، فلا حق لبنات العم و العممة و بنات الخال و الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ، و لهن الحق في حضانة الإناث و لاحق لبني الخال و الخالة و العم و العممة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور²⁷.

25- المجلة القضائية لسنة 1989-عدد02-قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م- ص 75

26- المجلة القضائية لسنة 1992-عدد04-المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05 - ص 58

27- سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق، طبعة3، دار هومة، الجزائر، سنة 1996-ص150

ثالثا: عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه :

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى و الضياع ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها إذا تزوجت ، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها
 و هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم :
 " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم " .
 و جاءت هذه المادة تكريسا لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل و تؤثر عليه سلبا في المستقبل .

رابعا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا :

إن امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند اعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة ، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجره الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة²⁸

الفرع الثالث الشروط الخاصة بالرجال:

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

أولاً: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى

حدد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع سنين تقاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ، و إن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة و الشهوة أعطيت له بالإتفاق ، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة ، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، و إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه²⁹

ثانيا: اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون

الأساس و المبدأ لحق الرجال في الحضانة مبني على الميراث و لا توارث بين المسلم و غير المسلم ، و ذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير مسلم ، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد بُني حق الحضانة في الرجال على الميراث³⁰.

28- عثمان حسنين بري الجعلي المالكي - سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 - وزارة الشؤون الدينية - المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 - ص 120

29- البخاري: صحيح البخاري- تحقيق و تخريج أحمد زهو و أحمد عناية- دار الفكر العربي- سنة 2004-ص330

30- سعد عبد العزيز : المرجع السابق-ص170

المبحث الثاني: كيفية حل المسائل المتعلقة بحقوق الطفل المحضون من خلال ممارسة المحكمة العليا الجزائرية باعتبارها أعلى درجة قضائية

المطلب الأول: الآثار المترتبة على إسناد الحضانة طبقا لقانون الأسرة الجزائري

إن انحلال الرابطة الزوجية ، من شأنه أن يرتب إسناد حضانة الأولاد لأحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها قانونا و شرعا ، و لعلها تكون الأم مبدئيا لكونها الأنسب و الأجدر بها ، و ينتج عن ذلك أثر تتطلبها ممارسة الحضانة ، و مراعاة مصلحة المحضون لينشأ سليما ، و يتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون ، و إضافة إلى ذلك وكون الحاضنة تبذل مجهودات مادية و معنوية مضنية في سبيل تربية المحضون ، و السهر على مصالحه .

فهل يتطلب ذلك مقابلا لها بما يعبر عنه بـ " أجرة الحضانة " ؟

كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت ، ينمو في دفئه المحضون ، تحت رعاية الحاضنة له³¹ .

وزيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه ، يفترض ابتعاده عن أحدهما ، و لمجابهة ذلك اقتضى القانون و الشرع ، من أن يحكم القاضي بحق الزيارة عند اسناد الحضانة .

تلك هي الآثار المترتبة عن الحضانة و التي سنتناولها كما يلي :

الفرع الأول: نفقة المحضون و أجرة الحاضنة

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية و كسوة و علاج ، و تربية و سكن، و كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته، و تنشئته، و تنشئة القويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، و تتجلى في نفقة المحضون ، لكن هل نفقة المحضون من شأنها أن تنطوي على مقابل لما تبذله الحاضنة من مجهودات مضنية ، في سبيل رعاية المحضون و حسن تنشئته ؟ أم أن هذه الجهود تتطلب لها مقابلا مستقلا عن نفقة المحضون ، بما يسمى بأجرة الحاضنة؟

ذلك ما سنحاول الإجابة عليه كالآتي:

أولا: نفقة المحضون

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على:

((تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن و أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة)) . وهذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام و كسوة و علاج ، و سكن و خدمة و كل ما يلزم بحسب العرف و العادة ، و هي ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس، و حسب وسع الزوج .

والنفقة تجب للفروع على الأصول ، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة و الإحتياج ، و الأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما : الزواج و القرابة³²

و بخصوص نفقة المحضون نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم على : ((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 لآفة عقلية أو بدنية ، أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب.))، و تهدف هذه المادة إلى قيام واجب الأب بالنفقة على ابنه الذي لا مال له ، و تستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد ، أما الإناث فإلى زواجهن بالدخول بهن .

31- أحمد نصر الجندي: النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي - دار الكتب القانونية- سنة 2006- القاهرة- مصر- ص115

32- حسين بوادي : المرجع السابق- ص99

كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية ، أو لسبب مزاولتهم الدراسة ، و يسقط واجب الأب في النفقة عند استغناء من قُدرت لمصلحته عنها بالكسب ، فلا تجب النفقة على الأب³³ لفائدة ابنه المزاوول للدراسة بعد أن ينهي دراسته و يستغني عن نفقة أبيه بأن يصبح له دخل من عمل أو حرفة . كما يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر .

فنستنتج هنا أنه لكي تكون نفقة من الأب على ابنه يجب أن يكون الأب قادرا ، و أن يكون الإبن محتاجا لها ، لكونه لا مال له أو لكونه صغير السن ، أو ذا عاهة أو مزاوولا لدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب .

أما البنات فيبقى واجب الإنفاق عليهن قائما إلى زواجهن و الدخول بهن، فبذلك ينتقل واجب النفقة عليهن من الأب إلى الزوج . ويبقى هذا حكم النفقة على الإبن سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار حضانة مسندة بعد انحلال علاقة الزواج .

و ينتقل واجب الأب بالإنفاق على الأبناء إلى الأم إن كان معسرا أو عاجزا عن النفقة، و هذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة بنصها على : ((في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك .))

فَنَقَلَ المشرع هنا واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة ، بأن يكون لها مال و يجدر القول هنا بأن المادة عَبرت عن اعسار الأب بكلمة " عجز " ، ويقصد بها هنا عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرد فقره و إعساره، و إلا لتعاس الأباء عن الكسب و النفقة على أبنائهم المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون ، بل إن الفقهاء يذهبون إلى حد إمكانية الحكم بحبس الأب المتعاس على كسب قوت أبنائه رغم قدرته على ذلك ، فالأصل ألا يحبس الوالد و إن علا في دَيْن لابنه و إن سَفَلَ ، إلا دَيْن النفقة، وقد ذهب فقهاء الحنفية³⁴ إلى حد تكليف الجد و العم و غيرهم من الأقربين درجة بنفقة الأبناء إن عجز عنها الأب . أما السكن أو أجرته فنصت عليه المادة 72 المعدلة بالأمر 05-02 والتي ألزمت الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .

ولتقدير قيمة النفقة : فالأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون ما حاجة إلى حكم قضائي ، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه النفقة بالحضانة ، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقيق الإنفاق عليه و قد نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي : ((يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم)) . ويظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين ، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون

في إطار احتياجات هذا الأخير من أجل رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته و تنشئته التنشئة السليمة و تحقيق الحماية له صحة و خلقا و يكون ذلك بطلبية حاجياته المعيشية من مأكّل و مشرب و كسوة و علاج ومسكن و دراسة... وما يستمد من المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري أن القاضي لما يقدر النفقة يأخذ بعين الإعتبار وسع الزوج

33- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999-ص130

34- وهبة الزحيلي:المرجع السابق ص377

كما يجب أن يراعي القاضي ظروف المعيشة و المستوى الإجتماعي ، و قد بينَ محمد صديق حسن خان هذه المعطيات على النحو التالي : ((... أقول هذا يختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة و الأحوال والأشخاص، فنفقة زمن خصب المعروف فيها غير المعروف في زمن الجذب، و نفقة أهل البوادي و المعروف فيها ما هو الغالب عندهم و هو غير المعروف من نفقة أهل المدن ، و كذلك المعروف من نفقة الأغنياء على اختلاف طبقاتهم غير معروف من نفقة الفقراء...وكذلك فالحاكم عليه مراعاة المعروف بحسب الأزمنة و الأمكنة ،

و الأحوال و الأشخاص مع ملاحظة حال الزوج في اليسر و الإعسار، و حسب المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها³⁵

كما يجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي المعايير السابقة وقد أكدت المحكمة العليا في معظم قراراتها الحديثة على وجوب إنفاق الأب على ابنه المحضون حسب حاله ولا يمكن له التذرع بشهادة عدم العمل لإعفائه من النفقة على أولاده والأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد وكذلك فإن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي .

والجدير بالذكر أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على الصندوق لضمان دفع النفقة المستحقة قانونا ، إذ يتم إنشاء هذا الصندوق في إطار قانون المالية ، على أن يجَل الصندوق محل الدائن بالنفقة و تخوّل له جميع الطرق و الوسائل القانونية المجدية و الفعالة لتحصيل المبالغ التي يكون قد دفعها للدائن الأصلي بالنفقة، و نفس الأمر موجود في التشريع الجزائري بأن استحدث صندوق النفقة³⁶

وهذا حسب قرار المحكمة العليا أهم ما جاء فيه أنه من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعي القاضي حال الطرفين وظروف المعاش ، أما الشهادة الصادرة عن البلدية والمقدمة من طرف الطاعن لا يمكن الأخذ بها كدليل على وضعيته انه عاطل عن العمل لأن هذه الشهادة تصادق فقط على إمضاء الشاهدين

ثانيا:أجرة الحضانة

إن الحضانة بما تتمثل في رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا ، يجعل منها عملا متعبا و مضنيا و شاقا بما تتطلبه الحضانة من إمكانيات و جهود مادية و معنوية و طاقة جسدية يمتدّ بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل ، و إنشاء شباب ليكونوا رجال الغد ، و التساؤل المثار هنا هو هل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحضانة ؟ أم أن ذلك البذل يكون في إطار سنّة الحياة بأننا ربّانا آباؤنا و علينا تربية أبنائنا ؟

ذلك ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي :

35-بلحاج العربي:المرجع السابق-ص150

36- قانون رقم 01/15 المؤرخ في 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة-الجردة الرسمية الجزائرية -العدد 01- سنة 2015.

أولا الحضانة لا تتطلب أجرا :

رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد 77، 78، 79 من قانون الأسرة إلا أنه لم يتطرق إلى أجره الحاضنة مما يتطلب منا حسب المادة 222 من قانون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالإطلاع على الفقه نجد أنه لم يثبت على موقف واحد بخصوص أجره الحضانة فمنهم من قال بعدم وجود مقابل أو أجر للحاضنة على حضانتها للأولاد بعد طلاق ، و منهم من قال بحقها في أجره الحضانة .

- فيرى الإمام مالك³⁷ أنه ليس للحاضنة أجره على حضانتها سواء كانت أمًا للطفل أم لا ، و بغض النظر عن حالتها المادية ، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه لفقرها و ليس لحضانتها و للمحضون على أبيه النفقة و الكسوة و الغطاء و الفراش ، و الحاضنة تقبضه منه و تنفقه على الولد، و قول " اللّخمي " و هو من فقهاء المالكية " أنّ الأولاد إذا كانوا يتامى كان للأم أجره الحضانة إن كانت فقيرة ، و الأولاد موسرين ، لأنها تستحق النفقة في أموالهم و لو لم تحضنهم " و هذا يعني أنّ الأم في هذه الحالة لا تقبض مقابلا عن حضانتها للأولاد و إنما تتلقى المال منهم لقيام واجب نفقة الفرع على الأصل لاحتياج الأخير له و يسر الأول .

ثانيا حق الحاضنة في أجره الحضانة :

يرى فقهاء الحنفية أنه تجب للحاضنة أجره إن لم تكن الزوجية قائمة بينها و بين أب الولد ، و لم تكن معتدة من طلاق رجعي، و كذلك لا تستحق أجره الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ، و تستحق النفقة من أب الطفل ، و هذا على أحد قولين مصححين في مذهب أبي حنيفة و عليه العمل و ذلك لأن هذه الأجره ليست عوَضًا خالصًا ، بل هي كأجره الرضاع للأم مؤونة و نفقة و بما أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجية

لقيامها ، أو وجود العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد ، و إنّ تعدد السبب و ما عدا هؤلاء من الحاضنات يأخذن أجره للحضانة.

وأجره الحضانة تكون واجبة في مال الولد نفسه ، إذا كان له مال ، لأن نفقته تكون في ماله و أجره الحضانة من النفقة ، ، و إن لم يكن له مال فإن أجره الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته³⁸ ، و تكون على الأب إذا كان موجودا و كان قادرا ، فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنها تجب على غيره من سائر الأقارب ، و إذا أبت الأم أن تحضنه إلا بأجره ،

37-- باديس ديابي:أثار فك الرابطة الزوجية - دار الهدى -عين مليلة -الجزائر-سنة2008، ص 79-80

38- حول أن النفقة المحكوم بها للمحضون يجب أن يراعى فيها مستوى المعيشة . مجلس قضاء سيدي بلعباس -الجزائر- 1983 /05/25 م- نشرة القضاة -سنة 1986 م - عدد 2 -ص 87

وُجِدَت مَتَبَرِّعَةٌ فَإِنَّ أُمَّةً أُولَى إِذَا كَانَتْ أَجْرَةَ الْحَضَانَةِ عَلَى الْأَبِّ ، وَ كَانَ مُوسِرًا أَوْ كَانَتْ الْمَتَبَرِّعَةُ لَيْسَتْ مِنَ الْحَاضِنَاتِ ، أَمَا إِذَا كَانَتْ الْمَتَبَرِّعَةُ مِنَ الْحَاضِنَاتِ وَ كَانَتْ أَجْرَةَ الْحَضَانَةِ عَلَى الْأَبِّ وَ كَانَ الْأَبُّ غَيْرَ مُوسِرٍ ، أَوْ كَانَتْ أَجْرَةَ الْحَضَانَةِ مِنْ مَالِ الْوَالِدِ ، فَإِنَّ الْمَتَبَرِّعَةَ أُولَى لِأَنَّ الْحَضَانَةَ لِمَصْلَحَةِ الْوَالِدِ ، وَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ الْمَحَافِظَةُ عَلَى مَالِهِ ، وَ الْمَتَبَرِّعَةُ تَنْظُرُ إِلَى مَصْلَحَتِهِ فِي الْجُمْلَةِ ، لِأَنَّهَا ذَاتُ رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، وَ أَمَا عَدَمُ الْوُجُوبِ عَلَى الْأَبِّ وَ هُوَ غَيْرُ مُوسِرٍ فَلِأَنَّ إِلْزَامَهُ بِأَجْرَةِ الْحَضَانَةِ مَعَ وُجُودِ الْمَتَبَرِّعَةِ فِي هَذِهِ الْحَالِ مُضَارَّةٌ بِهِ ، وَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَ تَعَالَى يَقُولُ : ((لَا تَضَارُ وَالِدَةً بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودًا لَهُ بِوَالِدِهِ)) ، وَ الْفَرْقُ بَيْنَ التَّبَرُّعِ بِالْحَضَانَةِ وَ التَّبَرُّعِ بِالرِّضَاعَةِ أَنَّ الْمَتَبَرِّعَةَ فِي الرِّضَاعَةِ تُقَدِّمُ فِي كُلِّ الْأَحْوَالِ قَرِيبَةً كَانَتْ أَوْ أَجْنَبِيَّةً ، سِوَاهُ كَانَتْ النِّفْقَةُ عَلَى الْأُمِّ أَمْ كَانَتْ عَلَى الْأَبِّ ، وَ سِوَاهُ كَانَ الْأَبُّ مُوسِرًا أَمْ مَعْسِرًا ، وَ أَمَا فِي الْحَضَانَةِ فَلَا يَبْدُ مِنْ أَنَّ تَكُونَ الْمَتَبَرِّعَةُ مِنَ الْحَاضِنَاتِ ، وَ لَا يَبْدُ مِنْ أَنَّ يَكُونَ الْأَبُّ غَيْرَ مُوسِرٍ ، أَوْ تَكُونَ الْأَجْرَةَ مِنْ مَالِ الْوَالِدِ .

- وَ يَلِاحِظُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْأَبُّ مَعْسِرًا ، وَ الْوَالِدُ لَا مَالَ لَهُ ، وَ لَمْ تَوْجَدْ مَتَبَرِّعَةً فَإِنَّ الْأُمَّ تَحْضِنُهُ وَ تَقْدِرُ لَهَا أَجْرَةَ وَ تَكُونُ تِلْكَ الْأَجْرَةَ وَ الْأَدَاءُ عَلَى مَنْ يَلِي الْأَبَّ مِنْ نَفَقَةِ الْوَالِدِ وَ لَكِنَّهُ يُؤَدِّيهِمَا عَلَى أَنَّهَا دِينٌ عَلَى الْأَبِّ يَأْخُذُهُ مِنْهُ إِذَا أَيْسَرَ ، أَمَا إِذَا كَانَ الْأَبُّ عَاجِزًا فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَ تَكُونُ الْأَجْرَةُ وَاجِبَةً عَلَى مَنْ يَلِيهِ فِي الْإِنْفَاقِ ، هَذَا مَا قَرَّرَهُ فَهَاءُ الْحَنْفِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْأُمِّ إِذَا طَالِبَتْ بِالْأَجْرَةِ ، وَ وَجِدَتْ مَتَبَرِّعَةً وَ كَانَ الْأَبُّ مَعْسِرًا ، وَ الظَّاهِرُ أَنَّ حُكْمَ غَيْرِ الْأُمِّ مِنَ الْحَاضِنَاتِ كَذَلِكَ إِذَا تَبَرَّعَتْ حَاضِنَةٌ وَ تَمَسَّكَتْ مِنْ هِيَ أَقْرَبُ مِنْهَا بِالْأَجْرَةِ ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَ غَيْرِهَا بِالنِّسْبَةِ لِلتَّبَرُّعِ وَ الْإِعْسَارِ

وَ نَسْتَخْلُصُ عَنْ مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ³⁹ أَنَّ أَجْرَةَ الْحَضَانَةِ هِيَ جِزَاءٌ مِنَ النِّفْقَةِ عَلَى الْمُحْضُونِ فَمَا جَاءَ عَنْهُ أَنَّ : " أَجْرَةُ الْحَاضِنَةِ لَيْسَتْ عِوَضًا خَالِصًا وَ إِنَّمَا هِيَ كَأَجْرَةِ الرِّضَاعِ لِلْأُمِّ مَوْئِنَةٌ وَ نَفَقَةٌ " ، وَ ذَلِكَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ اتِّفَاقُ عَرَفِ الْفُقَهَاءِ فِي كَوْنِ أَجْرَةِ الْحَضَانَةِ لَيْسَتْ عِوَضًا خَالِصًا وَ إِنَّمَا فِيهَا شَبَهُةٌ بِالنِّفْقَةِ ، فَنَقُولُ أَنَّ مَا يَدْفَعُ لِلْحَاضِنَةِ مُقَابِلَ مَا تَقُومُ بِهِ مِنْ عَمَلٍ هُوَ أَجْرَةٌ ، وَ إِذَا نَظَرْنَا إِلَى أَنَّ نَفَقَةَ الطِّفْلِ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ثُمَّ عَلَى أَبِيهِ وَ مِنْ جُمْلَةٍ مَا يَنْفِقُ عَلَيْهِ ، الْإِنْفَاقُ عَلَى الْحَاضِنَةِ الَّتِي حَبَسَتْ نَفْسَهَا لِأَجْلِهِ ، فَنَقُولُ أَنَّ مَا يَدْفَعُ إِلَيْهَا هُوَ نَفَقَةٌ ، فَهِيَ لَيْسَتْ نَفَقَةً خَالِصَةً وَ لَا أَجْرَةً خَالِصَةً .

- وَ بَعْدَمَا وَضَّحْنَا مَا يَخْصُ نَفَقَةَ الْمُحْضُونِ وَ أَجْرَةَ الْحَاضِنَةِ يَجْدُرُ بِنَا أَنَّ نَتَعَرَّضُ إِلَى مَسْأَلَةِ الْإِشْكَالِيَّةِ الْقَانُونِيَّةِ فِيمَا يَخْصُ سَكْنَ الْحَضَانَةِ ، وَ هُوَ الْمَكَانُ الَّذِي لَا يَبْدُ مِنْ وُجُودِهِ لِمُمَارَسَةِ حَضَانَةِ الْأَطْفَالِ .

المطلب الثاني: الإشكالات القانونية التي تثيرها مسألة سكن الحضانة

إِنَّ مَنَاطَ مَعِيشَةِ الْإِنْسَانِ أَنْ يَكُونَ لَهُ سَكْنٌ يُؤْوِيهِ وَ يَحْتَمِي تَحْتَ سَقْفِهِ مِنْ حَرِّ الصَّيْفِ وَ بَرْدِ الشِّتَاءِ ، وَ يَجِدُ فِيهِ الدَّفْعَ وَ الْحَنَانَ وَ الْأَلْفَةَ ، فَالطِّفْلُ يَتَلَقَّى مَا يَلْزِمُهُ مِنْ اِحْتِيَاجَاتٍ مَادِيَّةٍ وَ مَعْنَوِيَّةٍ ، مِنْ مَأْكَلٍ وَ مَشْرَبٍ وَ مَلْبَسٍ وَ غِذَاءٍ لَجَسَدِهِ وَ رُوحِهِ ، وَ يَحْضِنُ تَحْتَ سَقْفِ بَيْتٍ تَمَارَسُ فِيهِ الْحَضَانَةُ .

وَلِهَذَا فَقَدْ أُلْزِمَتِ الْمَادَةُ 72 الْمَعْدَلَةُ بِالْأَمْرِ 05-02 بوضوح وبصريح العبارة الأب بأن يوفر سكنا لممارسة الحضانة فيه وإلا فإنه يُكَلَّفُ بِدَفْعِ بَدَلِ الْإِجَارِ .

وَنَسْتَخْلُصُ مِنْ هَذِهِ الْمَادَةِ أَنَّ تَوْفِيرَ سَكْنٍ لِمُمَارَسَةِ الْحَضَانَةِ لَازِمٌ وَ لَصِيقٌ بِهَا ، إِذْ هُوَ الْمَجَالُ وَ الْإِطَارُ الَّذِي يَنْشَأُ فِيهِ الطِّفْلُ وَ يُرْعَى وَ يُرَبَّى وَ هُوَ الْمَكَانُ الَّذِي يُتَطَلَّبُ لِتَحْقِيقِ مَضْمُونِ الْحَضَانَةِ مِمَّا نَصَّتْ عَلَيْهِ الْمَادَةُ 62 مِنْ قَانُونِ الْأُسْرَةِ الْمَعْدَلِ وَ الْمَتَمِّ .

وَ أَكَّدَتِ الْمَحْكَمَةُ الْعُلْيَا الْمَبْدَأَ الْوَارِدَ فِي الْمَادَةِ 72 مِنْ قَانُونِ الْأُسْرَةِ الْمَعْدَلِ وَ الْمَتَمِّ بِالْإِزْمِ الْأَبَّ بِتَوْفِيرِ سَكْنٍ لِلْحَضَانَةِ أَوْ دَفْعِ أَجْرَتِهِ ، وَ ذَلِكَ بِالْقَرَارِ الصَّادِرِ عَنْ غُرْفَةِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ الَّذِي مَفَادُهُ أَنَّ : " عَدَمُ الْاسْتِجَابَةِ لَطَلْبِ الطَّاعِنَةِ فِي تَخْصِيسِ سَكْنٍ لَهَا لِمُمَارَسَةِ الْحَضَانَةِ أَوْ مَنَحِهَا مُقَابِلَ إِجَارِ سَكْنٍ ، رَغْمَ الْقَضَاءِ لَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ بِنَفَقَةِ الْعَدَّةِ وَ نَفَقَةِ الْإِهْمَالِ وَ تَعْوِيضِهَا عَنِ الطَّلَاقِ وَ الْحُكْمِ لَهَا

بنفقة الأولاد المحضونين ، إلا أنه و حسب المادة 72 من قانون الأسرة فإنه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكنا أو أجرته ، مما كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته⁴⁰

. أما فيما يخص مسألتي مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون :

عند انقضاء عدّة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية ، فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة .

والملاحظ بأنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير و لكننا نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة ، إذ تنص على أنه : " إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون " . بمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقّه في الحضانة في بلد المحضون ، و الذي يعتبر محل إقامة أبيه ، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه و زيارته و رعايته .

أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون. وتؤكد المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، والذي مفاده أنه: " من المقرر شرعا و قانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثمة فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال ، يعدّ قضاء مخالفًا للشرع و القانون و يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁴¹ .

قد تسقط الحضانة عن الأم في حالة انعدام أهليتها لذلك ، أو في حالة توفر فيها أهلية الحضانة لكن مصلحة المحضون لا تقتضي أن يعطيها لها ، فهنا تنتقل الحضانة من الأم إلى الأب وفقا للترتيب الذي جاء في قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم في المادة 64 منه .

كما أنه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمّه و يسافر به إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الحاضنة ، أما في حالة انتقال الحاضنة إليه فالسؤال المطروح هنا هو : هل يجوز للأب أو من يقوم مقامه أن يسافر بالمحضون ؟

إنّ المشرع الجزائري لم يفصّل و لم يوضّح هذه المسألة ، بينما قد اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة

أ. المالكية : لقد سوى فقهاء المالكية بين الحضانة و الولي في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تقدّر بما يزيد عن ستّ بُرد، و هو ما يعادل تقريبا 133 كلم بقصد الإقامة ، فإذا سافر الولي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة ، مسافة تبعد عن بلد الحاضنة بستّ بُرد فأكثر⁴² ، له أخذ الولد من الحاضنة بشرط أمن الطريق و أمن المكان المقصود ، و يسقط حق الحاضنة في الحضانة إذا سافرت معه ، و بالتالي فلا يسقط حقّه في الحضانة بانتقاله

40- نشرة القضاة-العدد56المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية- ملف رقم 175646 قرار مؤرخ في 25 نوفمبر 1997 ص 30

41- المجلة القضائية-العدد04-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 59013 - لسنة 1991 - ص 116

- وهبة الزحيلي:المرجع السابق-ص42392

ب . الشافعية : إلا أنّ الشافعية قد فرّقوا بين السفر لحاجة ، و بين السفر لنقله ، فإذا أراد الوليّ السّفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر ، و ذلك لما في السفر من خطورة على المحضون .

أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن في طريقه و أمن البلد المقصود له فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمّه .

ج- الحنابلة : بينما يرى الحنابلة أنّه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من ستّ بُرد و كان البلد و الطريق آمنا ، من أجل السكن ، فهنا الأب أحقّ بحضانته سواء كان الأب المقيم أم هو المنتقل لأنّ الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء و حفظ نسبهم .

د- الحنفية : يرى الحنفية أنّه إذا كان المحضون في حضانة أمّه أو غيرها فلا يجوز للأب الإنتقال به إلا برضاه ، لأنّ فترة الحضانة هذه من حقّها ، إلا إذا سقطت حضانتها و لا يوجد من يليها بالترتيب و انتقلت للأب⁴³، فإذا أراد السّفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحضون إلى بلد قريب من بلد الأم لتمكينها من رؤيته ، و إلاّ يجوز ذلك . وما نستخلصه من اختلاف الآراء أنّ السفر لا يسقط حقّ الحضانة ، و هذا عند الحنفية ، بينما يسقطها في رأي الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة) .

إذ أنّه يجب أن تتوفر في السفر راحة الصغير و مصلحته و صحّته ، فإذا كان فيه مخاطر على المحضون فلا يجوز لأيّ من الأبوين أو غيرهما السّفر به.

و تجدر الإشارة أنّ المسألة ترجع للقاضي في تقدير ذلك إذا كان الإنتقال بقصد الإستيطان دائما مراعيًا مصلحة المحضون .والجدير بالذكر الإشارة الى المادة 2/ 467 من القانون المدني التي تنص على أن:

" و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعيّن من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة " .

كما نصّت المادة 2/12 من المرسوم رقم 76-147 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجّر و المستأجر لمحلّ معدّ للسكن و تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري على أنّه : " و في حالة الطلاق ، يؤول حقّ الإيجار و حقّ البقاء بالعين المؤجّرة للزوج المعيّن من قبل القاضي طبقا لأحكام المادة 2/467 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني " . وما يستفاد من هذه المواد المأخوذة من قوانين و مراسيم مختلفة ، أنّها تهدف إلى تمكين الأم المطلقة من مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة .وقد سائر المشرع في التعديل الجديد هذه المواد بإلزامه للأب بنص صريح واضح لاليس فيه من خلال المادة 72قانون الأسرة المعدل والمتمم.

أما المادة 2/467 من القانون المدني⁴⁴ نصت على أنّه في حالة الطلاق ، يمكن للقاضي أن يُعيّن من بين الزوجين من يستفيد من حقّ الإيجار بالنظر إلى التكاليف المسندة إليه لا سيما حضانة الأولاد . و يدخل ذلك في إطار وجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة ، فمن خلال هذه المادة يمنح القاضي للزوجة حق الإيجار إن كانت حاضنة .

وفيما يخص مسألة حق الزيارة نجد إن إسناد الحضانة إلى مُستحقّها ، و الذي يكون في الغالب للأم ، باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، ممّا يؤدي به حتما إلى الإبتعاد عن والده وهذا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون ، و الزيارة على العادة لاتكون يومية ، بل يوما في عدد من الأيام ، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريبا.

و إن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها ، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج ، لأنّ هذا حقّه . فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله و يباشر شأنه .

وتتص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه : " ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". ما يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة و في أوقات و أماكن محدّدة عند الحكم بإسناد الحضانة .

وحق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون ، بل رتب عقوبات جزائية لمن يُخلّ بهذا الحق ويعبث به حسب نص المادة 328 من قانون العقوبات⁴⁵ بأنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ، و بغرامة من 20,000 إلى 100,000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قُضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالتنفيذ المعجل⁴⁶ ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة ، و كذلك كل من خطفه ممّن وُكِّلت إليه حضانته ، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعد عنه ، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، و ترداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني " وتكرّس حق الزيارة في عدّة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنه : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب ان يرى ابنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم ، و من ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر ، يكون قد خرق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

وما تجدر الإشارة إليه فيما يتعلق بحق الزيارة ، أنّ المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما ، عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه و لو لم يطلب منه أحدهما ذلك، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنّه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، و كان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدّد معنى الزيارة و الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن ، وقد جاء في فرار المحكمة العليا: المبدأ أن زيارة الوالد لإبنة المحضون عند غيره حق له و غير مرتبطة بسن معينة، وقد جاء في فرار المحكمة العليا: المبدأ أن زيارة الوالد لإبنة المحضون عند غيره حق له و غير مرتبطة بسن معينة⁴⁷

الخاتمة

كون الطفولة هي المرحلة الحاسمة في تكوين شخصية الإنسان وتحديد مستقبل الأمم لهذا كان لزاما على المشرع مواكبة هذه المخططات الإنمائية بترسانة من النصوص القانونية اعترف له من خلالها بمجموعة من الحقوق وقد جاءت هذه الأحكام موزعة على كل فروع القانون كالتشريع المدني، قانون الأسرة، الحالة المدنية، قانون الجنسية، تشريع العمل، وغيرها. وتدعيما لهذه النصوص خلق المشرع مجموعة من الآليات الداخلية، تسهر على حماية وترقية حقوق الطفل.

45- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن لقانون العقوبات المعدل والمتمم إلى غاية 2009 بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009

46- طاهر حسين- قضاء الاستعجال فقها وقضاء- دار الخلدونية -طبعة 2005-الجزائر- ص11

- المجلة القضائية لسنة 2006 - العدد 01- قرار المحكمة العليا رقم 350942 المؤرخ في 04 جانفي 2006 - ص 455 . 47

حيث يُعد الطفل من أهم الثمرات التي تنتج عن الزواج لكنه أيضا يعتبر من أصعب المشاكل التي تتجم عن فك الرابطة الزوجية لأن الضرر لا يقتصر أثره على الزوجين فقط بل يتعدى إلى الأطفال، وفي هذا الصدد كان لزاما على التشريعات أخذ هذه المسألة مأخذ الجد، فلما كان الطفل عاجز عن النظر في مصالح نفسه جعل الله عز وجل ذلك إلى من يُولى عليه، ففوض الولاية في المال والعقود للرجل لأنه أقوم وأقدر بذلك وفوض التربية للأم لأنها أشفق وأحن. وفي حالة فك الرابطة الزوجية يبقى الطفل في حضانتها.

ومن خلال عرض هذا البحث ومناقشة أفكاره توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نراها مهمة وجديرة بالإطلاع عليها ومناقشتها ودعمها:

أولا النتائج:

ولعل من أبرز نتائج البحث ما يلي:

1- إذا كان غرض الحضانة هو تحقيق الأمن بالنسبة للطفل المحضون بمعناه الشامل مادي ونفسي وروحي واجتماعي...وهذه مهمة شاقة ملقاة على عاتق القاضي، الذي هو الآخر مرتبط بمسألة ضرورة الفصل في القضايا في أحسن الأجل، فإن كان هذا المبدأ محبوب في باقي المجالات القانونية، فهو غير ذي نتيجة إذا تعلق الأمر بمصير الطفل المحضون، و منه نرى أنه من الواجب أن يلقى القاضي باعتباره حامي الطفل المحضون كامل الدعم المادي والمعنوي حتى يقوم بمهمته على أحسن وجه، و يبذل لأجل ذلك عناية الرجل الحريص، و من ذلك أن يوضع تحت تصرفه متخصصين نفسانيين، اجتماعيين و أطباء من شأنهم أن ينوّروا له الإتجاه الذي يسلكه بخصوص الطفل باعتداده على تقاريرهم في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه.

2- رأينا موقف المشرع الجزائري في إسناد الحضانة، فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أن يُربي الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة، فكيف يتمكن الأب من مراقبة تربية الطفل على دينه عندما تمنح الحضانة لأم غير مسلمة؟ نلاحظ أنه من الصعوبة بما كان أن يستطيع متابعة ابنه في هذه الحالة، و لبعده عنه و عدم التقائه يوميا به، و القول بأنّ الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة في غير محلّه كون أنّ المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة، ثم أنّ الزيارة حق، فماذا يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه؟

3- توصلنا كذلك إلى أن من الشروط العامة للحضانة مسألة الأهلية، ونعرف أن أهلية الأداء حسب القانون المدني الجزائري هي 19 سنة كاملة ما لم يوجد عارض من عوارض الأهلية

لكن هنا فيه إشكالية فلو عدنا لنص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص، أنه (تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفهية غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه).

لكن بالرجوع إلى المادة 43 من القانون المدني نجدها تنص (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)

وبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)

وبالرجوع للملكية نجدهم يشترطون الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مُبْتَر، كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق، كما أن القاضي ما ذا يطبق إذا كان السفهية في القانون المدني يعتبر ناقص الأهلية، بينما في قانون الأسرة الجزائري يعتبر عديم التمييز؟

4-مسألة تقرير مسؤولية متولى الرقابة عند إسناد الحضانة، حيث تنص المادة 1/62 من قانون الأسرة أن: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

وانطلاقاً من هذا النص فالحضانة تشمل الرقابة ، وإذا كان الأمر كذلك فإن الأم تُسأل عن أفعال ابنها المحضون الضارة على أساس المادة 134 من القانون المدني أي مسؤولية متولي الرقابة، وبالتالي نجد تملص الأب من المسؤولية !!! مع العلم أنه على قيد الحياة، بحكم أنه فقد الحراسة الكاملة، وبالتالي هي عنده متقطعة حسب أوقات الزيارة التي حددتها له المحكمة.

ثانياً التوصيات:

وبناءً على هذه النتائج، فإننا نقترح بعض التوصيات وذلك على الشكل التالي:

1- القول بأن الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في الزيارة في غير محلّه كون أنّ المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة فكيف تكون تربية الطفل ؟

نرى أنه على المشرع أن يتدخل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة ، و تربية الولد على دين أبيه

2- على المشرع الجزائري ضبط إشكالية الأهلية القانونية بين القانون المدني وقانون الأسرة حتى يتم تحقيق الأمن القانوني للطفل المحضون.

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم:
 - المراجع القانونية:
- [1] ابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدي خير العباد - المجلد الثاني - دار الكتاب العربي.
 - [2] أحمد محمد العساف : الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة - المجلد الثاني- دار إحياء العلوم.
 - [3] أحمد نصر الجندي: النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي -دار الكتب القانونية-سنة 2006- مصر .
 - [4] أحمد نصر الجندي: النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي - دار الكتب القانونية-سنة 2006-القاهرة- مصر-
 - [5] أسامة ابو الحسن مجاهد:الوجيز في قانون الإثبات-دار النهضة العربية-القاهرة-مصر-2018.
 - [6] باديس ديابي:أثار فك الرابطة الزوجية - دار الهدى -عين مليلة -الجزائر-سنة2008 .
 - [7] البخاري: صحيح البخاري- تحقيق و تخريج أحمد زهو و أحمد عناية- دار الفكر العربي- سنة 2004.
 - [8] بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الجزء الأول- الزواج و الطلاق-ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر- سنة 1999.
 - [9] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999
 - [10] حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006.
 - [11] حسين بوادي: حقوق الطفل في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية-دار الفكر العربي-الطبعة الأولى-القاهرة-مصر- لسنة 2005-
 - [12] رمضان السيرنباطي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القضاء، دراسة مقارنة الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات حلبي الحقوقية، سنة 2000.
 - [13] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق، طبعة3، دار هومة، الجزائر، سنة 1996 .
 - [14] السيد سابق : فقه السنة - المكتبة العصرية- بيروت -لبنان.
 - [15] صالح جمعة حسن الجبوري : الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون - الطبعة الأولى -سنة 1976 -مؤسسة الرسالة طاهر حسين- قضاء الاستعجال فقها وقضاء- دار الخلدونية -طبعة 2005-الجزائر .
 - [16] عبد العزيز سعد - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة - دار البحث - قسنطينة .
 - [17] عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة فقها و قضاء- الزواج-دار الفكر العربي-الطبعة الأولى-سنة 1984.
 - [18] عثمان حسنين بري الجعلي المالكي - سراج السالك لشرح أسهل المسالك ج2 - وزارة الشؤون الدينية - المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 1992 .
 - [19] فضيل سعد :شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج و الطلاق -الجزائر-1995.
 - [20] فضيل سعد :شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج و الطلاق-المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر.

- [20] محمد محددة: سلسلة قانون الأسرة - الجزء الأول الخطبة و الزواج- دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية- الطبعة 2- شهاب، سنة 1994.
- [21] وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته – الجزء العاشر.
- [22] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء7، دار الفكر، الجزائر، طبعة1، سنة 1991.
- المجالات القضائية والقرارات القضائية

قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 12/30 1991
المجلة القضائية-قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 84/07/09 -سنة 89 -عدد 04
المحكمة العليا الجزائرية- ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 1974/05/29
نشرة القضاة عدد 81-المحكمة العليا الجزائرية ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 1979/04/16
المجلة القضائية لسنة 1989-عدد02-قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م
المجلة القضائية لسنة 1992-عدد04-المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05
نشرة القضاة-العدد56المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية- ملف رقم 175646 قرار مؤرخ في 25 نوفمبر 1997
المجلة القضائية -العدد04-المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – ملف رقم 59013 -لسنة 1991
المجلة القضائية لسنة 2006 – العدد 01- قرار المحكمة العليا رقم 350942 المؤرخ في 04 جانفي 2006

• القوانين

قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو لسنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

قانون رقم 01/15 المؤرخ في 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة-الجردة الرسمية الجزائرية -العدد 01- سنة 2015.

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن لقانون العقوبات المعدل والمتمم إلى غاية 2009 بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009.