جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المقياس : حقوق الطفل

عنوان الدرس : حق الطفل في الحضانة

أهداف الدرس : معرفة حق الطفل في الحضانة وأهميتها بالنسبة له

الحجم الساعي : ساعة ونصف

السنة: أولى ماستر

الفئة المستهدفة : طلبة ماستر قانون أسرة

ملخص الدرس :

تعرف الحضانة بأنها التزام بتربية الطفل ورعايته في سن معينة ممن له الحق في ذلك أي حفظ ممن لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته مما يهلكه أو يضره، وهي أيضا القيام على تربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه وتنظيفه ونومه وتعليمه .

وعرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة على أنها رعاية الولد وتعلمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

وتثير مسألة الحضانة جملة من النقاط أهمها:

- **شروط استحقاق الحضانة و ترتيب مستحقي الحضانة.**
- **مدة الحضانة و حق الزيارة.**
- **سقوط الحضانة وحق المحضون في السكن.**

وسنتناولها تباعا من خلال هذه المحاضرة .

أولا : شروط استحقاق الحضانة وترتيب مستحقيها

01- شروط استحقاق الحضانة : على ضوء ما سبق فإن تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ومقدرة معينة ودفع كل ما يلحق به من ضرر، وفي كل ذلك يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المسطرة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يخصص لشروط استحقاق الحضانة حيزا كبيرا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الثانية من المادة 62 باشتراط الأهلية في الحاضن بنصه:"يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"، ولابد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتحديد ما يقصده المشرع بعبارة أهلا لذلك وذلك تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة ، حيث أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب توفر الحاضن على شروط أهمها البلوغ والعقل والإسلام والاستقامة والأمانة وخلو المرشح للحضانة من الأمراض العقلية والجسدية وعدم زواج المرأة الحاضنة بقريب غير محرم

02- ترتيب مستحقي الحضانة : تناول المشرع الجزائري مسألة ترتيب مستحقي الحضانة من خلال المادة 64 من قانون الأسرة التي تنص على أنه" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."، ومن خلالها يمكن استنتاج نقطتين أساسيتين وهما :

النقطة الأولى: أن النساء أولى بالحضانة وأن أم المحضون تتصدرهن وتسبقهن.

النقطة الثانية: هي مصلحة المحضون في كل ذلك.

بخصوص النقطة الأولى فترى الأستاذة "حميدو تشوار زكية" المختصة في حقوق الطفل وهي باحثة من جامعة تلمسان أنها تتماشى مع أحكام الطبيعة، والسبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى أن الشفقة والحنان اللذين تتطلبهما الحضانة تتوفر عند الأمهات.

أما فيها يخص النقطة الثانية المتمثلة في مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة فقد أقرها المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة و دون مراعاة للترتيب .

ثانيا : مدة الحضانة وحق الزيارة

01- مدة الحضانة: نص عليها المشرع الجزائري في المادة 65 من قانون الأسرة بنصها "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون" .

ويستشف من خلال هذه المادة أنه في القانون الجزائري متى بلغت المحضونة سن الزواج أي 19 سنة والمحضون 10 سنوات، وفي حالة ما إذا مددت الحضانة إلى 16 سنة فإن الحضانة تسقط بقوة القانون على أن يراعي القاضي عند الحكم بانتهائها مصلحة المحضون، والسؤال الذي يطرح هنا إذا لم يطالب بإسقاط الحضانة من أحد الزوجين بناء على هذه المادة هل يبقى المحضون لدى حاضنه؟ الإجابة في نظرنا تكون بنعم فطالما لم يطالب بإسقاط الحضانة بقي المحضون لدى حاضنه، ونحن نرى أنه كان على المشرع مساواة مدة الحضانة بمدة سقوط النفقة فيها يخص الإناث ويجعلها تسقط بالزواج لأنه من غير المنطقي والمعقول أن تشقى مثلا الأم في حضانة بنتها مدة 19 سنة، ويأتي الزوج ويطالب بإسقاط الحضانة فهذا ظلم للأم الحاضنة، وقد خالف المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في تحديد مدة الحضانة سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى.

02- حق الزيارة : إن الحكمة من إقرار الحق في الزيارة تتجلى في إنشاء علاقات عاطفية وتوطيد الروابط الأسرية اللتان تعدان ضروريتان وملحتان للنمو العاطفي للمحضون، وكذا وسيلة لرقابة الطفل من حيث صحته وتربيته وسلوكه الخلقي، وتم تقرير حق الزيارة في المادة 2/64 بقوله « على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ومن خلال نص المادة يتضح أنه على القاضي عند إصداره للحكم بمنح حق الحضانة لأحد مستحقيها يشير فيها إلى تاريخ انتهاؤها بعبارة "إلى غاية انتهاؤها شرعا"، كما يقضي في نفس الحكم على حق الزيارة، وهو حق لكلا الأبوين فللأب حق زيارة ولده، إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء، ولا يجوز لها أن تمنعه من رؤيته، كما للأم أيضا حق زيارة ولدها إذا أسندت الحضانة للأب طبقا لقاعدة مصلحة المحضون لا يجوز له أن يمنع أمه التي سقط حقها في حضانة الولد أو انتهت مدة حضانتها من رؤية ولدها، وإقحام المشرع لحق الزيارة في المادة المرتبة لأصحاب

الحق في الحضانة له دلالات وهي أن كل من ذكر في هذه المادة له حق الزيارة ولا تقتصر على الأب أو الأم فقط، وهذا ما أكده فقه القضاء الجزائري الذي جعل للأجداد حق استقبال أو زيارة أحفادهم، وهذا ما قرره المجلس الأعلى سابقا في قراره الصادر بتاريخ 1969/10/08 عندما قرر أن: "من حق الأجداد استقبال أحفادهم لزمن محدد خلال السنة دون المساس بحقوق الشخص القائم على السلطة الأبوية وبما يتفق مع مصلحة الطفل"، وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21 الذي جاء فيه بأنه "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي، كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

ثالثا: سقوط الحضانة وحق المحضون في السكن

01- سقوط الحضانة : كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى إسقاط الحضانة دعوى أصلية بخلاف دعوى إسنادها التي تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا ما تعارضت مع مصلحة المحضون، وقد تناولت المشرع الجزائري عدة حالات تسقط فيها الحضانة ومن أهمها:

أ- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون : وفي ذلك نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم...". وقد ساير المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في هذه المسألة التي تعتبر أن الحاضنة يجب أن لا تكون متزوجة بغير قريب محرم للمحضون وإلا سقطت حضانتها، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتزوجي"، والحكمة في إسقاط الحضانة عن الحاضنة بتزوجها هو أن الزوج غير المحرم يكن غالبا الكراهية للصغير، فيشعر هذا الأخير بالجفاء منه وهذا له تأثير سيء على نفسيته، هذا فضلا على أن الصغير في حالة ما إذا كانت الحاضنة هي أمه، فإنه لا يطيق أن يرى رجل آخر غير أبيه يعاشرها، أما إذا كانت

الحاضنة متزوجة بقريب محرم للصغير، كما لو كانت أمه متزوجة بعمه، فإن هذا لا يمنع من استحقاقها للحضانة لأن الزوج في هذه الحالة سيكون مشفقا على المحضون.

وترى الأستاذة حميدو زكية تشوار "أنه على المشرع الجزائري إدخال تعديل على المادة 66 من قانون الأسرة، بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة بالتزوج وجوبيا وحتميا، وإنما يقيدها باستثناءات كما فعل المشرعين المغربي والتونسي، تتمثل منها خاصة في حالة عدم وجود حاضنة للمحضون سواها أو في حالة عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له الحق في الحضانة، أو في حالة ما إذا كان الحاضن الذي يليها مرتبة غير مأمون أو عاجز أو إذا كان المحضون رضيعا لا يقبل إلا ثدي أمه "...

ب–التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا، ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/03/27 حيث جاء فيه "من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الفقهية القانونية ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"، ومن خلال المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه "يسقط حق الحاضنة... بالتنازل، مالم يضر بمصلحة المحضون" فإن المشرع اشترط في التنازل عن الحق في الحضانة أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن حضانة طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها وبصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به وهذاما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 199/04/21 الذي تضمن" من المقرر أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون ."

ج– سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة دون عذر: دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون

عذر، بمعنى أنه قد تكون هناك حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني توافر عذر مقبول، ويرجع تقدير هذا الضرر إلى السلطة التقديرية للقاضي مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/07/09 "من المقرر شرعا

وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية" ،وقد أكدت المحكمة العليا على مبدأ مراعاة مصلحة المحضون في مسألة سقوط الحق في الحضانة إذا لم يطالب به بمضي سنة، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 "من المقرر قانونا أنه في الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها يجب مراعاة مصلحة المحضون... فإن القضاة بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام المادة 68 من قانون الأسرة، وعدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد وعدم الإشارة إلى جنس الأولاد وأعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يتعين نقض القرار المطعون فيه ."

د- سقوط الحضانة بالسفر أو الإقامة في بلد أجنبي: نص المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة 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"، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري تناول السفر إلى خارج الوطن فقط ولم يتناول السفر داخل الوطن مع ما يثيره من إشكالات وخاصة أن الجزائر بلد بمساحة قارة، وكان على المشرع أن يتناول هذه النقطة لأهميتها إذ كيف يعقل أن تسافر مثلا الأم الحاضنة من العاصمة لتستقر في تمنراست والأب موجود في العاصمة فكيف يمارس هذا الأخير حق الزيارة والسلطة الأبوية، وكان على المشرع الجزائري أن يتدارك هذا الفراغ ويعيد صياغة المادة 69 ويضيف مسألة الانتقال بالمحضون داخل التراب الوطني مع تحديد المسافات المسموح بها بما يمكن الأب من حق الزيارة، أما عن مسألة الاستيطان في بلد أجنبي فإن المشرع جعلها تخضع لسلطة القاضي التقديرية في إثبات

الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن مع مراعاة مصلحة المحضون، وقد أكدت المحكمة العليا في قراراها الصادر بتاريخ 1995/11/21 أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبناءه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذلك حق الزيارة وذلك لبعد المسافة .

هـ- سكن الحاضنة بالمحضون مع من سقطت حضانته: وهي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري في مادته 70 "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"،ويستشف مما سبق أن المشرع الجزائري جعل سقوط الحضانة بمساكنة الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم .

و- سقوط الحضانة عند اختلال شروطها: يؤدي اختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري و الأمر يتعلق بالأهلية والقدرة البدنية والعقلية والجسدية وكذا الأمانة وحسن الخلق، وعلى الالتزامات المتعلقة بالحضانة من تربية وتعليم ورعاية صحية، إضافة إلى التربية على دين الأب، مع الأخذ بعين الاعتبار دائما مصلحة المحضون، ويجب على الحاضن أن يكون قادرا على القيام بشؤون المحضون ورعايته والمحافظة عليه، وذلك هو الهدف من الحضانة، فإصابة الحاضن بعجز بدني يترتب عنه حتما إسقاط الحضانة لأنه في هذه الحالة يصبح عاجزا عن القيام بمشمولات الحضانة .

والعجز البدني قد يكون مرجعه كبر السن وضعف الصحة أوالإصابة بمرض مزمن أو فقدان البصر،وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتعزيز ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي - ولما كان من الثابت- في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبناءها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ."

وفي مسألة الأمانة التي يجب أن يتحلى بها الحاضن والتي تعني عدم إتيان الفاحشة والسلوك المشين فإن فقه القضاء الجزائري قد جعلها من مسقطات الحضانة، ففي قرار

للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1984/04/09 وفي إطار الحرص على مصلحة المحضون فإنها قضت "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا ."

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1997/09/30"من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين– في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكومة عليها من اجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة ."

02–حق المحضون في المسكن: 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 وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، من خلال المادة يتضح أنه يجب على الأب توفير مسكن لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك فعليه أن يدفع بدل الإيجار أو مصاريف الكراء، ويجب أن يكون المسكن لائق لممارسة الحضانة والمقصود هنا توفره على الضروريات التي يجب أن تكون في المنزل من ماء وكهرباء، وتطرق المشرع الجزائري لى مسألة تؤدي حتما إلى تحليل ما حرم الله وهي إبقاء المطلق والمطلقة في نفس البيت، حتى ولوا انتهت عدتها، حيث نصت المادة 72 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن .

وقد ساير فقه القضاء الجزائري ما نص عليه التشريع في مسألة حق المحضون في السكن حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/05 بأن "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكنا آخرا وهذا نظرا لمصلحة المحضونين، ولما كان ثابتا – في قضية الحال– أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة أي من تاريخ صدور الحكم

بالطلاق، وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر، وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" ، ومن خلال هذا القرار يتضح أن السكن هو لمصلحة المحضون.