

الإبراء من الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

Acquit of Custody in Algerian Family Law

*بختي حمزة طالب دكتوراه جامعة زيان

عاشور - الجلفة - الجزائر

h.bakhti@mail.univ-djelfa.dz

معيذة عيسى أستاذ دكتور

جامعة زيان عاشور - الجلفة - الجزائر

Aissa_al@yahoo.fr

مخبر التنمية الديمقراطية وحقوق الإنسان في الجزائر جامعة زيان عاشور - الجلفة -

تاريخ النشر: 2022/04/16	تاريخ القبول: 2021/10/20	تاريخ الارسال: 2020/09/30
-------------------------	--------------------------	---------------------------

ملخص:

تهدف هذه الورقة البحثية إلى التعريف بموضوع فقهي قانوني مهم، في بناء ونشأت الفرد أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد انحلالها، وهو الإبراء من الحضانة للشخص الذي اسند له الحق في حضانة الطفل الصغير ورعاية وتعليمه والقيام بتربيته والسيهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

إلا انه تطراً على الحاضن أسباب قد تكون عائق يحول دون تحقيق مصلحة المحضون، فبإبراء الحاضن من حقه في الحضانة إلى شخص آخر تكمن فيه الصفات التي من شأنها حماية حق المحضون.

الكلمات المفتاحية: الإبراء؛ المبرأ؛ الحضانة؛ أجره الحضانة.

*المؤلف المرسل: بختي حمزة

Abstract:

This research paper to introduce an important legal jurisprudential topic, In the building and origin of the individual during the establishment of the marital relations and after its dissolution, It is the acquit from custod of the person who has been assigned the right to custod of the young child, to care for and teach him, , to watch over his protection and preserve his health and morals.

However, reasons may occur to the fosterer, which may be an obstacle to achieving the interest of the child. The fosterer is absolved of his right to custody to another person in whom there are characteristics that would protect the right of the child.

Keywords: acquit ; acquit personal ; the custody; fee of nurse.

مقدمة:

الأسرة نواة المجتمع بها يرقى ويسمو فالتعاون والتماسك والمودة بين الزوجين رمز فلاح الأسرة والمجتمع كله، لكن قد تنحل هذه الرابطة التي بين الزوجين وتتشتت هذه الأسرة ويصبح كل من الزوجين أجنبي على الآخر ورابطهما الوحيد هم الأطفال الذين هم بحاجة إلى رعاية وحماية وتربية، ولا وسيلة في ذلك إلا عن طريق الحضانة التي تعتبر أهم وسيلة قانونية لحماية الطفل من الضياع.

إذا يتعين على القانون أن يعين الحاضن ويحدد له صلاحياته من رعاية وحماية وتربية، إلا أن هذا الأخير قد يتنازل ويبرئ نفسه منها (الحضانة) أو يطلب مقابل مالي لكي يقوم بها (الحضانة). فهل الإبراء من الحضانة في قانون الأسرة الجزائري جائز ؟ للإجابة على هذه الإشكالية تناولت في هذا البحث مبحثين:

المبحث الأول: حقيقة الإبراء موزعة على أربع مطالب تعريف الإبراء وتمييزه عن الألفاظ ذات الصلة به، مشروعية الإبراء وحكمه، أقسام الإبراء، وشروط الإبراء. أما المبحث الثاني: فتطرق إلى أربع مطالب أيضا ماهية الحضانة، شروط إسناد الحضانة وكيفية انتهاءها وتمديدتها وسقوطها وعودتها، الإبراء من حق الحضانة، الإبراء من أجرة الحضانة.

المبحث الأول: حقيقة الإبراء

إن البحث في حقيقة الإبراء يبدأ بتعريفه لغة واصطلاحا وقانونا تمهيدا لمعرفة الفوارق التي تميزه عن الألفاظ المشابهة له، مبينا مشروعيته وأقسامه وشروطه.

المطلب الأول: تعريف الإبراء وتمييزه عن الألفاظ ذات الصلة به .

أولا: التعريف اللغوي للإبراء: التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء¹، فيكون الإبراء هو التخليص، سواء كان من الدين أو غيره من الحقوق.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للإبراء: لقد تباينت تعاريف الإبراء عند الفقهاء اصطلاحا تبعا للخلاف الوارد بينهم، هل هو إسقاط أم تملك للحق فقط، أو هو إسقاط ونقل للملك في الوقت نفسه.

فعره المالكية: " انه نقل للملك وإسقاط للحق".

وعره الحنفية: " إسقاط الحق عن الذمة".

أما الشافعية: " تملك المدين ما في ذمته".

وعره الحنابلة: " إزالة شغل الذمة في الحكم"².

وأرى أن تعريف الإبراء هو عقد تبرعي يتنازل فيه شخص مؤهل عن حق لمن هو عليه. ثالثا: التعريف القانوني: يعتبر الإبراء تصرف قانوني تبرعي يصدر من جانب واحد وهو الدائن ومتى صدر مستوفي لكامل الشروط ينقضي به الدين وتبرا منه ذمة المدين، وهذا ما تناولته المادة 305 من القانون المدني الجزائري: " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين"³. ونجد أن الإبراء ورد في نص المادة بمعنى إسقاط الدين من الدائن بإرادته اختياريا لمصلحة المدين .

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد عبر عن الإبراء في عقود التبرعات من وصية وهبة. ولقد نصت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع". كم جاء في فحوى المادة 202 من نفس القانون: "الهبه تملك بلا عوض"⁴. وهنا ورد الإبراء بمعنى التملك بطريق التبرع، غير أن ذلك التملك منجز فورا في حال الهبة، ومضاف إلى ما بعد الموت في حال الوصية.

رابعا: الألفاظ ذات الصلة بالإبراء

1* علاقة الإبراء بالإسقاط

الإسقاط لغة: الإيقاع والإلقاء، يقال سقط اسمه من الديوان، إذا وقع، وأسقطت الحامل، أي ألفت الجنين⁵، وقول الفقهاء: سقط الفرض، أي سقط طلبه والأمر به. أما اصطلاحا: إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق، وهو قد يقع على حد في ذمة الآخر أو قبله، على سبيل المديونية كالحال في الإبراء. كما قد يقع على حق ثابت بالشرع لم تشغل به الذمة كالحق في الشفعة، ويكون بعوض وبغير عوض، فالإبراء أخص من الإسقاط فكل إبراء إسقاط وليس العكس⁶.

2* علاقة الإبراء بالعفو

قال أبو العباس عن ابن الأعرابي: " عفا يعفو إذا أعطى، وعفا يعفو إذا ترك حقاً، واعفي إذا انفق العفو من ماله وهو الفاضل عن نفقته." فنجد أن العفو له عدة معاني منها: العطاء، وترك الحق، والمسامحة في حال الإساءة⁷، وهنا نجد معنى الإبراء الذي تطبق عليه جميع المعاني السالفة الذكر. وقد نصت المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"⁸. وهنا معنى الإجازة العفو وترك الحق لطرف آخر، أي أنه أبرأه من حقه في الميراث لوارث آخر يجده معسر الحال فقيراً كان أو مسكيناً.

وهنا يكون مدلول العفو اعم واشمل من مصطلح الإبراء.

3* علاقة الإبراء بالصلح:

الصلح لغة: مصدر صالح يصالح صلحا، و الصلاح بفتح الصاد ضد الفساد، وبكسرهما المصالحة و الصلح يذكر ويؤنث وهو قطع النزاع. أما شرعاً فهو عقد به يرفع النزاع وتقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما. ومن المقرر فقهاً أن الصلح يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت. فإذا كان عن إقرار، وكانت المصالحة على إسقاط جزء من المتنازع فيه وأداء الباقي، ففي هذه الصورة يشبه الصلح الإبراء، لأنها أخذ لبعض الحق وإبراء عن باقيه. أما إن كان الصلح هنا على أخذ بدل فهو معاوضة. وكذلك الحال إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت، وتضمن إسقاط الجزء من حقه، فهو بالنسبة للمدعي إبراء عن بعض الحق، في حين أنه بالنسبة للمدعى عليه افتداء لليمين وقطع للمنازعة. وقد جعل ابن جزي من المالكية الصلح على نوعين، أحدهما: إسقاط وإبراء، وقال: هو جائز مطلقاً، والآخر: صلح على عوض، وقال فيه: هو جائز إلا إن أدى إلى حرام⁹.

المطلب الثاني: مشروعية الإبراء وحكمه

لقد تضافرت الأدلة على مشروعية الإبراء من الكتاب والسنة والإجماع، فقد صيغ على عدة معاني كالصدقة والعفو والصلح.

أولاً: من الكتاب

يعتبر الإبراء نوع من الإحسان وقربة من الله عز وجل، وقد وردت آيات قرآنية كريمة تحث على الإبراء في قول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾¹⁰ [الآية 280 سورة البقرة].

وجه الاستشهاد من الآية الكريمة قوله: "وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ" أي أن الإبراء فضيلة ، وانه صدقة ، لأن إبراء المعسر من الدين انظار، وزيادة، والإبراء سنة، و الانظار واجب ، وهنا السنة أفضل من الواجب ، ومثالهم في الوضوء ثلاثا انه أفضل من الوضوء واحدة ، مع أن الوضوء واحدة واجب، والثلاث سنة¹¹.

وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمَنَةٍ وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمَنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمَنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [الآية 92 سور النساء].¹²

أما الاستشهاد من هذه الآية الكريمة قوله تعالى: "إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا" ● وهو مستثنى من قوله "وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ"، أي أن العفو عن الدية من الصدقة، وذلك أن الصدقة إما إعطاء وإما إبراء، فالإعطاء ظاهر، والإبراء هو: أن يبرئ الإنسان شخصا مدينا من الدين ويسقطه عنه¹³.

وفي هاتين الآيتين الكريمتين حث وترغيب على الإبراء، حيث عبر عنه بلفظ صدقة التطوع.

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

وردت أحاديث نبوية شريفة تحت على الإبراء، منها ما رواه الترمذي بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من انظر معسرا أو وضع عنه أظله الله يوم القامة تحت ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله"¹⁴.

ثالثا: الإجماع

اجمع العلماء على أن مشروعية الإبراء، لذلك درسوا مسائله، وبينوا حكمه وأدلته، قال الشريبي: "الإبراء مطلوب ووسع فيه بخلاف الضمان أي (الكفالة) لأنه نوع من البر والإحسان والصلة"¹⁵.

رابعا: الحكمة من مشروعية الإبراء

تعتبر مشروعية الإبراء طريقا لينال بها المؤمن إ الأجر والثواب، وتطهير النفس من الشح والبخل، وتعويدها على الكرم والبذل والتنازل والتسامح، وهو من الأعمال البر التي تقربه إلى ربه عز وجل قال الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ

مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوَقِّ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿١٦﴾ الحشر الآية 9، ونحو ذلك من المعاني الفاضلة العظيمة، التي تدل على مشروعية الإبراء .

المطلب الثالث: أقسام الإبراء

أولاً: الإبراء باعتبار محله

*1 إبراء عام: فهو الإبراء عن كل عين ودين وحق لشخص عند شخص آخر. ويشمل كما بين الحنفية البراءة عن كل حق ، أو غير مالي كالكفالة بالنفس و القصاص وحد القذف، و البراءة عما هو بدل مالي كالثمن و الأجرة، و بدل غير مالي كالمهر.

*2 إبراء خاص: فهو ما يتناول حقاً معيناً، وحكمه انه يختص بمحله، فإذا أبرأ عن دين خاص برئ منه، أو عن دين عام كالإبراء عما لشخص عند الآخر¹⁷،

ثانياً: الإبراء باعتبار طبيعته

*1 إبراء الإسقاط: فهو يسقط الدين عن الذمة مثل: أسقطت، وحطت، وأبرات براءة إسقاط، وهي قد تكون بالنسبة للدين كله أو بعضه¹⁸.

*2 إبراء استيفاء: فهي عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه، مثل: أبرأتك براءة استيفاء، أو قبض، أو أبرأتك عن الاستيفاء، وتفيد عدم جواز المطالبة بالدين بعدئذ¹⁹. والفرق بينهما بالنسبة للرجوع على الدائن المبرئ: أن المدين المبرأ يرجع بما دفع في براءة الإسقاط، لا في براءة الاستيفاء اتفاقاً، ويتفرع عنه انه لو علق رجل طلاق امرأته بإبرائها عن المهر، ثم دفعه لها، لا يبطل التعليق، وإذا أبرأته براءة إسقاط وقع الطلاق ورجع عليها بالمهر²⁰.

المطلب الرابع: شروط الإبراء

أولاً: الصيغة

الأصل في العقود أن الصيغة إيجاب وقبول معا، وهي في الإبراء وهي في الإبراء كذلك، أما من لا يرى حاجة الإبراء إلى القبول كالحنفية هي الإيجاب فقط.

أ_الإيجاب: يأتي إيجاب الإبراء بجميع الألفاظ التي يتحقق المقصود منه، وهو التخلي عما للدائن عند المدين، شريطة أن يكون اللفظ واضحاً دالاً على سقوط الحق عن المبرأ، فيحصل بكل الألفاظ الصريحة والكنائيات المقترنة بالقرائن، بغض النظر عن كونه ورد مستقلاً أم تبعاً ضمن عقد آخر²¹.

ب_ القبول: للفقهاء في توقف الإبراء على القبول، اتجاهاً:

الاتجاه الأول: عدم حاجة الإبراء إلى القبول، وهو مذهب الجمهور الحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة، وقول ضعيف لأشهب من المالكية. وعمدة هؤلاء في رأيهم أن الإبراء إسقاط للحق، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول²²، كالعتق، والطلاق، وإسقاط الشفعة، والقصاص.

الاتجاه الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية عندهم في الراجح، وقول ثان للشافعية، تمسكا أن الإبراء ناقل للملك، وعليه فهو تمليك للمدين ما في ذمته، فيكون منة قبيل الهبة، التي يكون فيها القبول شرطاً.

ثانياً: المبرئ (صاحب الحق)

يشترط فيه أهلية التبرع التامة للتعاقد، من عقل وبلوغ، وأن يكون المبرئ غير محجور عليه لسفه أو دين، لأن الإبراء تبرع من الدائن فلا يقابله عوض من المدين²³، وبناء على ذلك يبطل إبراء الصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز، لعدم أهليته وهذا ما جاءت به قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 82: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"²⁴. وجاء في فحوى المادة 83: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء"²⁵.

ثالثاً: المبرأ (من عليه الحق)

يشترط أن يكون معلوماً ومعيناً، أي غير مجهول ومهم فمثلاً لو أقول لشخص أبرأتك أحد الدينين، لم يصح لعدم التعيين، وعدم صحة الإبراء مع الجهل، وفسره الشافعية بأن الإبراء فيه معنى التمليك²⁶، ولا يصح تمليك المجهول.

رابعاً: المبرأ منه (المحل)

وهو عبارة عن المحل الذي يخضع للإبراء، سواء كان من حقوق، أو ديون، أو أعيان:

أ_ أن لا يكون المبرأ منه عيناً: لأن العين لا تثبت في الذمة، والإبراء إسقاط، والذي يقبل الإسقاط: ما يشغل الذمم من الحقوق، فيكون من الأعيان باطلاً²⁷، فلو غصب الإنسان كتاباً، لم يصح الإبراء منه.

ويصح الإبراء من الديون، ولو كان الدين من الأعيان كالدية من الإبل مثلاً.

ويصح الإبراء من الحقوق، كالإبراء عن حق الدعوى، وإبراء الكفيل من الكفالة.

ب- أن يكون المبرأ منه موجوداً وقت الإبراء: فيبطل الإبراء من الحق قبل وجوده، كان تبرئ شخص مما سيقرضه لك، وعليه لم يجز الحنفية إبراء الزوجة زوجها من النفقة المستقبلية، ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها، لأن الإبراء إسقاط، واستدل الفقهاء لعدم صحة الإبراء من الدين قبل وجوبه لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق إلا في تملك، ولا عتق إلا فيما تملك"²⁸. والإبراء في معناهما.

خامساً: شروط الإبراء في ذاته

- أ- أن لا يكون منافي للشرع: يجب أن لا يؤدي الإبراء إلى تغيير في الحكم الشرعي،
- كالإبراء من حق الرجوع في الهبة أو الوصية خلاف ما يذكره المالكية في ذلك — والإبراء من حق السكن في بيت العدة.
- ومنه أيضاً حق الولاية على الطفل غير المميز، وعدم صحة إبراء الزوجة زوجها من النفقة المتعارف عليها، ذلك أن ما يؤدي إلى تغيير الأحكام المشروعة يعتبر باطل، وليس لأحد تغييره لأنه حكم الله.
- إذا كان الإبراء يؤدي إلى ضياع حقوق الغير، كالإبراء الصادر من الأم المطلقة عن حق الحضانة، لأنه حق للصغير، وللحاضنة أيضاً. فلا يجوز إبرأؤه²⁹.
- ب- إن يكون الحق مملوكاً: إن تصرف الإنسان في ملك غيره من غير إنابة منه، لا يصح، ولابد من سبق ملك الحق، لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق ولا عتق فيما لا يملك". أي الإبراء في معناهما³⁰.

المبحث الثاني: الإبراء من الحضانة

الحضانة هي الاعتناء بالطفل الصغير وتربيته أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد انحلالها فأوجب الشرع والقانون شروط إسنادها لمستحقها وكذلك بين كيفية سقوطها واستردادها. إلا أنه قد يبرأ من له الحق في الحضانة من حقها وحق أجرتها.

المطلب الأول: ماهية الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة لغة: الحضانة مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنته وتربيته، مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو الجنب لأن الحاضنة تضم الطفل إلى جانبها³¹.

ثانياً: تعريف الحضانة اصطلاحاً: هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه " وهذا التعريف يشمل الصغير والمعتوه والبكارة"³².

_ ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يلي: "هي حفظ الولد أي في بيته وزهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه أي من طعامه وكسوته..."³³.

أما المذهب الحنبلي: "ورد في المغني: هي حفظ الولد من الهلاك جسميا وعقليا وأخلاقيا، ولتحقيق هذه الغاية يجب أن يكون الحاضن أهلا للقيام بها مراعاة لمصلحة المحضون. أما المذهب الشافعي فعرفها: "الحضانة تربية من لا يستقل بأموره بما ينفعه عما يضره ولو كان كبيرا مجنوناً أو صغيراً، فيجد حينئذ القيام بخدمته لأنه عاجز عن خدمة نفسه"³⁴.
ثالثا: التعريف القانوني للحضانة

عرفها المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر عليه وحمايته وحفظه صحة وخلقا"³⁵.

المطلب الثاني: شروط إسناد الحضانة وكيفية انتهاءها وتمديدتها وسقوطها وعودتها.

أولا: شروط إسناد الحضانة

إن الغرض من الحضانة هو تحقيق مصلحة الطفل ودفع كل ما يضره، فلا بد من توفر عدة شروط وصفات في الحاضن لكي تتحقق أهلية الحضانة، وأي اختلال في احد هذه الشروط يحول دون إسقاط حق الحاضن في الحضانة وتنتقل إلى من يليه. واهم هذه الشروط هي:

- 1_ العقل: يجب أن يكون الحاضن عاقلا غير سفيه أو معتوه لكي تتحقق فيه ولاية غيره.
- 2_ البلوغ: ويعني أهلية الأداء التي تسمح للشخص بالقيام على شؤون نفسه حتى يتسنى له تكليفه قانونيا ليسهر على أعمال غيره .
- 3_ القدرة: يشترط في الحاضن أن يكون قادرا وباستطاعته رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، بمعنى القدرة هي القدرة الجسدية التي تمكنه بالقيام بالأعمال.
- 4_ الأمانة: يجب أن يكون الحاضن شخصا آمينا على المحضون في سلوكه وتربيته.
- 5_ الزواج: أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو أن تكون متزوجة بمحرم للصغير كعمه مثلا.
- 6_ أن تكون ذات رحم محرم من الصبي كأمه و خالته وعمته و جدته من أمه وجدته من أبيه.
- 7_ أن لا تكون مرتدة، ذلك لأن حكم المرتدة تضرب وتحبس حتى ترجع فلا يكمن أن تتفرغ لحضانة الطفل.

ثانيا: انتهاء مدة الحضانة وتمديدتها

نعلم أن للحضانة مدة تنتهي فيها وتختلف إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون." أي تسقط حق الحضانة الطفل سواء ذكرا ببلوغ سن 10 سنوات وتمدد إذا طلبت الأم ذلك إلى 16 سنة ، ويتم التمديد الحضانة تلقائيا ما لم يصدر حكم مخالف، وبعدها يصبح الطفل مخير في الانتماء إلى احد أبويه أما الأنثى فببلوغها سن الزواج وقد حدد سن ب 18 سنة³⁶، إلا أن المبدأ الذي جاء به قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/01/04 فصلا في الطعن رقم 347914 منشور بالمجلة القضائية ، العدد 1/2006، صفحة 449. وقد جاء فيه: (المبدأ : تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها). وفي قضية الحال فان الأب الطاعن رفع دعواه للمطالبة بإسقاط حضانة البنت بعد أن تجاوز عمرها 18 سنة فرفض قضاة الموضوع طلبه وأيدتهم المحكمة العليا بناء على المبدأ المذكور³⁷. و بالتالي فهي مخيرة بعد هذا السن .

ثالثا: سقوط حق الحضانة وعودته

لقد تحدث قانون الأسرة الجزائري عن أسباب سقوط الحضانة في عدة مواد وهو ما سنذكره بالترتيب:

أ_ زواج الحاضنة بغير قريب محرم، أو تنازلها عنه إذا كان تنازل الحاضن عن حقه لا يؤثر على مصلحة المحضون، إلا انه إذا كانت الأم متزوجة مع غير قريب محرم وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه فانه الحضانة لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون مع أمه.

ب_ نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري أن الحضانة تسقط إذا اختل احد شروط المنصوص عنها في المادة 62 من نفس القانون وهي عجز الحاضن على توفير الرعاية و الحماية، وافتقاره القدرة على تربيته على دين أبيه، وحفظ صحته وخلقته. كما أن الامر 05/02 ذكر أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة.

ج_ كما نصت المادة 68 من قانون الأسرة انه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة . ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة يدون عذر سقوط حقه فيها. ومثال ذلك في حالة خالة

الطفل قامت بحضانة المحضون لمدة تزيد عن سنة ثم طالب أبوه أو أمه أو جدته حق حضانة الطفل فان حق الحضانة يسقط حتما.

د_ يسقط حق حضانة الطفل إذا كان مسكن الأم المتزوجة بغير قريب محرم مع أمها أي جدة الطفل أو خالته، وهو ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.

هـ_ يسقط حق الحضانة إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي ومع ذلك تبقى السلطة التقديرية للقاضي في أن يقيمهم إذا رأى مصلحة المحضون في ذلك، وهو ما جاء في فحوى المادة 69 من قانون الأسرة. أما إذا انتقل الحاضن بالمحضون داخل القطر الجزائري فلا مجال للحديث عن السقوط.

أما فيما يتعلق بعودة الحضانة إلى صاحبها بعد سقوطه فان ذلك ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير اختياري³⁸.

المطلب الثالث: الإبراء من حق الحضانة

اختلف الفقهاء في حق الحضانة هل هو حق للحاضن؟ يمكن التنازل عنه أو أن يبرئ منه، أم هو حق للمحضون؟ فلا يجوز للحاضن أن يبرأ منه حتى لا يقع ممن لا يحق له، فهو لا يملك الإبراء منه، ونجد المسالة على رأيين:

الرأي الأول: يرى الحنفية والمالكية عندهم والشافعية والحنابلة أن الحاضنة يمكنها أن تسقط حقها من الحضانة لتنتقل إلى غيرها من النساء، لان الحضانة حق للحاضن وليس للمحضون³⁹.

أما الرأي الثاني: يرى الحنفية في قول عندهم والمالكية في قول وكذلك في مذهب احمد أن الحاضنة لا يمكنها أن تسقط حقها في الحضانة ومنهم من قال أن الحضانة حق للمحضون ومنهم من قال أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون⁴⁰، ومنهم من قال أنها حق لله تعالى فلا يقبل الإسقاط⁴¹.

أما المشرع الجزائري ففي حالة إبراء الأم حقها من الحضانة فقد اجتهد القضاء وخلص إلى عدة قرارات من المحكمة العليا أهمها:

_ التنازل عن مشروط بوجود البديل وهو ما ورد في قرار المحكمة العليا رقم 51894 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1988/12/19 وقد جاء فيه: المبدأ من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها

تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا، وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة. _ كما أن التنازل يكون مشروط وذلك بعدم الإضرار بالمحضون فقد جاء في نص القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 54353 في 1989/07/03 وقد جاء فيه : المبدأ من المقرر قانونا انه يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، فإن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أنها إسنادها إلى أبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب⁴².

المطلب الرابع: الإبراء من أجرة الحضانة.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أجرة الحضانة وهي مختلفة عن نفقة المحضون إلا أن المحكمة العليا فصلت فيه في قراراتها . لذا سنستعرض هذه الدراسة من الجانب الفقهي ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري .

للإبراء من أجرة الحضانة حالتان : حالة تكون الأم فيها هي الحاضنة، أي أنها في العصمة الزوجية أو تكون مطلقة، وحالة تكون فيها الأم ليست هي الحاضنة وهذا ما سنفصله:

أولا: إذا كانت الأم هي الحاضنة: ففي استحقاقها أجرة على حضانتها عند الفقهاء قولان: القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الأم إذا كانت في عصمة الأب أو معتدة رجعية لأب المحضون ، لا تستحق أجرة على حضانة طفلها ، إذ أن ذلك واجب عليها شرعا، كما لا يجوز أن يجتمع لها نفقتان ، نفقة الزوجية ونفقة حضانة الطفل⁴³.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الأم تأخذ أجرة حضانتها ، لأن الأم إذا امتنعت عن الحضانة لم تجبر عليها، وعند الشافعي للام أجرة المثل ، ولو وجدت متبرعة، واشترط الحنابلة أن لا تزيد عن أجرة المثل، كما اشترطوا عدم وجود متبرعة بذلك، وقاسوها على الرضاع في أحوالها⁴⁴.

إلا أن المشرع الجزائري حذا حذو المذهب المالكي في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1985/04/08 فصلا في الطعن رقم 35912 المنشور بالمجلة القضائية ، (العدد 1/1989، الصفحة 89) وقد جاء في فحواه : الحاضنة لا تستحق أجرا على الحضانة، والمجلس الذي وافق على الحكم الذي جعل على الأب 500

دينار جزائري يدفعها كأجرة للحاضنة هو خلاف للشرع و مخالف لما يجري عليه العمل القضائي، مما يعرض قراره للنقض.

إلا أن المشرع الجزائري استثنى في قرار المحكمة العليا رقم 335718 الصادر في تاريخ 2006/04/14 الحاضنة في بلد أجنبي وجاء في فحوى القرار أنه لم يخالف أية قاعدة جوهرية في الإجراءات، كما أنه لم يخالف القانون الوطني، وذلك لأن الحكم بأجرة شهرية للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أسندت حضانتهم لها ، لا يعد مخالفة جوهرية في الإجراءات ، لأن قيام الحاضنة بهذه المهمة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة وتعقيداتها ليست نفس المهمة إذا أسندت لها في وطنها وموطنها، فتخصيص نفقة أو أجرة للحاضنة مقابل قيامها (حضانة أولادها في بلد أجنبي) لا تعد مخالفة لقاعدة جوهرية حتى وإن القانون الجزائري لا ينص عليها، ومع ذلك فهي تشجع وتدفع الحاضنة للقيام بمحضونها بكل ما تملك من جهد، مما يجعل القرار الأجنبي محل الخلاف لا يتعارض والسيادة الوطنية أو القيم الوطنية⁴⁵. علما أن الحكم أجنبي ممهور بالصيغة التنفيذية.

ثانيا: إذا لم تكن الأم هي الحاضنة.

إذا لم تكن الأم هي الحاضنة فلفقهاء في استحقاقها قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن الحاضنة تستحق أجرة الحضانة إذا لم تكن أما ودليلهم :

يرى الحنفية أن الحاضنة إذا لم تكن أما للمحضون ، فإنها تستحق أجرة على حضانتها ، وهذه الأجرة من مال المحضون ، فان لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، وهي غير أجرة إرضاعه ونفقته، مع شرط عدم وجود كمتبرعة بالحضانة. فإذا وجدت متبرعة بالحضانة ، وكانت محرما للمحضون تخير الأم بين أن تمسكه متبرعة او يعطى للمتبرعة، وان لم تكن المتبرعة محرما للمحضون تقدم الأم بالحضانة ولو باجر المثل⁴⁶. يرى الشافعية و الحنابلة أن الحاضنة لها طلب الأجرة على حضانتها، فلئن أجازوها للام فجازها لغير الأم من باب أولى، وأجرة الحضانة من مال الصغير، وإلا فمن مال من تلزمه نفقته، وإن لم يكن له مال، لان الحضانة من أسباب الكفاية كالنفقة.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق اجرا أما كانت أو غير ذلك على حضانتها إلا أن تكون فقيرة فتعطى لفقرها لا جزاء حضانتها⁴⁷.

خاتمة:

من خلال هذه الورقة البحثية يمكن أن نستخلص أهم النتائج الآتية :

- _ الإبراء هو عقد تبرعي يتنازل فيه شخص مؤهل عن حق لمن هو عليه.
- _ الإبراء مشروع من الكتب و السنة و مقربة إلى الله عز وجل لينال صاحبه الأجر و الثواب
- _ الإبراء مرتبط بعدة معاني فهو يفيد الإسقاط الصلح العفو وغيرها.
- _ يشترط أن لا يؤدي الإبراء إلى ضياع حق الغير، كالإبراء الصادر عن الأم المطلقة عن حق الحضانة ، لأنه حق للمحضون و الحاضنة.

التوصيات :

- _ وجب تدريس الإبراء وأحكامه في الجامعات و المدارس لتوعية أفراد المجتمع للمساهمة في حل مشاكله، كون الإبراء وسيلة من وسائل الصلح بين المتخاصمين.
- _ يوصي الباحث المشرع الجزائري إدراج فصل في قانون الأسرة الجزائري من كتاب الرابع عقود التبرعات يحوي الإبراء وأحكامه في مسائل قانون الأسرة الجزائري.
- _ يوصي الباحث المشرع الجزائري في إعادة النظر إلى أجرة الحضانة التي تعطى للام خاصة الماكثة بالبيت نظرا لتغير ظروف الحياة وصعوبة التربية الأبناء في وقت أصبحت معظم الحاجيات ضرورية مقارنة مع العهد الفائت.

الهوامش:

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، دمشق ، سنة 1985، ص 326.

² وهبة الزحيلي، ج 5، المرجع السابق ، ص 327.

³ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

⁴ الأمر 02-05 المؤرخ في : 27 فبراير سنة 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة رقم: 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

⁵ جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، بدون طبعة، دار صادر، بيروت، ج 07، ص 319.

⁶ وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الأول طبعة 2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ص 143

⁷ محمد بن احمد بن الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، الجزء الثالث طبعة 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 2001م، ص 146.

⁸ راجع نص المادة 189 من الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون: 11-84 المتعلق بقانون الأسرة.

⁹ وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص 144.

¹⁰ سورة البقرة الآية 280.

¹¹ محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، المجلد الثالث، ط 1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1423هـ، ص 393.

¹² سورة النساء الآية 92.

¹³ محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، المجلد الثاني، ط 1، دار ابن الجوزي، الرياض، 1430هـ، ص 77.

- ¹⁴ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي وهو الجامع الكبير، المجلد الأول، ط2، دار التأصيل، بيروت، 2016م ص 350.
- ¹⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 328.
- ¹⁶ سورة الحشر الآية 9.
- ¹⁷ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 342.
- ¹⁸ انظر الرشيدى لذة عايد عشيش، اثر الإبراء في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2013/2014، ص 28.
- ¹⁹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 343.
- ²⁰ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 345.
- ²¹ وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 150.
- ²² وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 151.
- ²³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 342.
- ²⁴ راجع نص المادة 82 من الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون: 84-11 المتعلق بقانون الأسرة.
- ²⁵ راجع نص المادة 83 من الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون: 84-11 المتعلق بقانون الأسرة.
- ²⁶ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 333.
- ²⁷ وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 155.
- ²⁸ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 340.
- ²⁹ انظر عبد الله بن هادي ابراهيم الكعتلي، أحكام الإبراء في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية، 2013/2014، ص 42.
- ³⁰ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 337.
- ³¹ الإمام عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، ط1، الدار العالمية للنشر والتوزيع، ص 594.
- ³² د بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، الزواج والطلاق، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 279.
- ³³ العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة، باب الحضانة، الجزء 2، بدون طبعة، ص 425.
- ³⁴ الإمام عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة، المغنى الشرح الكبير، الجزء 9، ص ص 297-298.
- ³⁵ راجع نص المادة 62 من الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون: 84-11 المتعلق بقانون الأسرة.
- ³⁶ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- دار هومه، الطبعة الثانية 2009، ص 141.
- ³⁷ قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 347914 المؤرخ في : 04/01/2006، المجلة القضائية، العدد 01/2006، ص 449.
- ³⁸ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص ص 141-142.
- ³⁹ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات الحضانة في زواج الأجانب، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 108.
- ⁴⁰ نشوان زكي سليمان، الحضانة وشروط ممارستها، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق الموصل، المجلد 16، العدد 59، 2018م، ص 66.
- ⁴¹ نشوان زكي سليمان، مرجع سابق، ص 70.
- ⁴² قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 347914 المؤرخ في : 04/01/2006، المجلة القضائية، العدد 01/2006، ص 449.
- ⁴³ الإمام مالك بن انس، المدونة الكبرى، المجلد 2، ج 5، في حضانة الأم، مطبعة السعادة بجوار مصر القديمة 1323هـ ص 546.
- ⁴⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 337.

⁴⁵ قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 347914 المؤرخ في : 2006/01/04 ، المجلة القضائية، العدد 2006/01، ص 449.

⁴⁶ السيد سابق ، فقه السنة ، مجلد ثاني، ط 1 ، دار الفكر ، 1977م ، ص 232.

⁴⁷ الإمام مالك بن انس، المدونة الكبرى، مرجع سابق نص 546.