السّلطة التّقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

The discretionary authority of the judge in deciding the interests of the child in light of the jurisprudence of the Supreme Court

عادل عيساوي[1]

[1]كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس(الجزائر)

aissaoui_adel@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 2019/07/26 تاريخ قبول المقال:2020/10/13 تاريخ نشر المقال : ديسمبر/2020

الملخص

تُعتبر الحضانة وسيلة ضرورية لرعاية المحضون بعد انفصال الوالدين، ولذلك حرص قانون الأسرة الجزائري على تنظيمها من خلال العديد من المواد التي بيّنت تفاصيلها، والتي نصّت على ضرورة مُراعاة مصلحة المحضون، وعملت المحكمة العليا وفق وظيفتها الاجتهادية على معالجة هذه المسألة بما للقاضي من سُلطات في تقريرها، دون تعيين لحدود هذه السـلطة التي تمسّ العديد من الجوانب الخاصّة بالمـحضون حرصا على تحـقيق مصلحته.

غير أنّ قراراتها شابها التّناقض في العديد من المواضِع من خلال سُلطة القاضي التي قد تصل إلى حدّ التعسّف في إعطاء الحـضانة أو إسقاطـها، الأمر الذي يؤدّي إلى الإضـرار بمـصلحة المـحضون عوضًا عن حمايتها.

الكلمات مفتاحية: مصلحة المحضون، الحضانة، الحاضن، قاضي شؤون الأسرة، المُرشدة الاجتماعية.

Abstract

Nursery is a necessary means to care for the child after the separation of parents, the Algerian Family Code was therefore keen to organize it through many articles which gave details, which stipulated the need to take into account the interests of the child, Therefore, the Supreme Court, in accordance with its jurisprudential function, has dealt with this issue with the judge's authorities in its report, Without specifying the limits of this authority, which affect many aspects of the child in order to achieve his interest.

However, its decisions were contradictory in many places through the authority of the judge, which may amount to arbitrariness in giving or dropping Nursery, Which is detrimental to the interests of the child rather than protecting her.

Keywords: the interests of the child, nursery, incubator, family affairs judge, social guidance.

المؤلف المرسل: عادل عيساوي، الإيميل: aissaoui_adel@yahoo.fr

المقدمة

يُراعى في مُمارسة الحضانة تحقّق مصلحة المحضون على اعتبار أنّها الهدف الأساس من سنّ المواد النّاظمة لها، والتي جاءت صياغتها مُشتملة دائما على ضرورة تحقّق هذه المصلحة بصرف النّظر عمّن يتولاّها.

غير أنّ النّص القانوني برغم صراحته في بعض المواضع، إلاّ أنه بالمُقابل جاء فضفاضا ومُحتمِلاً للتّأويل، تاركا الأمر للقاضي بما له من سلطة تقديرية تتجلى في تقرير جميع التفاصيل المتعلقة بالحضانة، فعملت المحكمة العليا على معالجة مسألة الحضانة من خلال العديد من قراراتها بُغية توضيحٍ أكثر لدور قاضي شؤون الأسرة في تقرير مصلحة المحضون، التي تضلّ غامضة بين مُضيّقٍ ومُوسّعٍ لها في ظلّ عدم وضوح معالم سلطة القاضي في هذا الشّأن، ولذلك كان موضوع:"السّلطة التّقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا" بحثا في القرارات العديدة للمحكمة العليا التي حاولت إظهار الجوانب التّطبيقية للنّص القانوني، وتبيينٍ لمدى قُدرة قاضي شؤون الأسرة على ضبط هذه المصلحة لما له من سُلطةٍ، والتي قد تصل في العديد من الحالات إلى التعسّف.

من هذا المنطلق يتدخّل القاضي في إطار سلطته التقديرية من أجل تقرير مسائل جوهرية للحضانة، ينبغي أن تصبّ كلّها في تحقيق مصلحة المحضون من غير إفراط ولا تفريط، على اعتبار سكوت النّص القانوني عن العديد من الجزئيات التي أصبحت مُشكِلا يؤرّق المُتنازعين حول الحضانة، ولذلك تبرز مدى أهمية سلطة القاضي التقديرية باعتباره المقرّر لهذه المصلحة من خلال ضبط كل التّفاصيل المرتبطة بها.

في إطار منح القاضي هذه السلطة الغير واضحة المعالم قد تحدث تجاوزات قد تؤدي إلى الإضرار بمصلحة المحضون، وتولّد آثارا عكسية عوض الحرص على حمايتها، فكانت اجتهادات المحكمة العليا كمحاولة من أجل تبيين هذه الحدود المطّاطة التي ينبغي ضبطها من خلال العديد من القرارات التي شابها التّناقض في العديد من المرّات، وتأثيرها على مصلحة المحضون رغم سعي المحكمة العليا لتوحيد الاجتهاد القضائي بصورة عامة في المجال الأسري ولا سيما في مادة الحضانة.

يبرز الدّور المحوري للقاضي في نطاق سلطته التقديرية في الحفاظ على حقوق المحضون، وتحقيق التوازن بين الأطراف الفاعلة في هذا المجال، لا سيما تقرير حق الزيارة في مقابل الحضانة، فتصدّت المحكمة العليا للعديد من الجزئيات التي تنبني عليها مصلحة المحضون، وهو ما يمثّل رهانا حقيقيا في مدى التّوافق مع النّص التّشريعي، ويمكن طرح الإشكال التّالي: ما مدى نجاعة ضمانات حماية مصلحة المحضون في القانون الجزائري على ضوء تحديات الممارسة القضائية للنصوص التشريعية؟، ويتفرّع عن هذا التّساؤل أسئلة فرعية هي:- هل كان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بخصوص تبيين معالم السلطة التقديرية للقاضي كافيا للحفاظ على مصلحة المحضون؟، -هل تتحقّق مصلحة المحضون في كل الحالات التي يتدخل فيها القاضي بما له من سلطة تقديرية؟.

تقتضي طبيعة الموضوع الاعتماد على المنهج التّحليلي، من خلال عرض كلّ جزئية تضمن تحقيق مصلحة المحضون في نطاق القرارات المتعدّدة للمحكمة العليا ومناقشتها من حيث ثباتها، أو تناقضها، وتماشيها مع النّص القانوني، ويمكن معالجة هذه التّفاصيل وفق خطّة تتضمّن سلطة القاضي التقديرية في تقرير مصلحة المحضون في نطاق الشّروط العامة للحضانة(المطلب الأول)، ومُراعاة مصلحة المحضون من خلال السلطة التقديرية للقاضي في ضبط مستحقّي الحضانة (المطلب الثاني)، فضلا على التطرّق للسلطة التقديرية للقاضي في تقرير حقّ الزّيارة والسّكن المخصّص للحضانة(المطلب الثالث)، والحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون من خلال التّنازل عن الحضانة وسقوطها (المطلب الرابع).

المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في تقرير مصلحة المحضون في نطاق الشروط العامة للحضانة.

يجب أن تتوفر في من يتولى الحضانة صفات معيّنة ينبغي أن تكون محل اعتبار في ممارسة الحضانة، ولعلّ تعريف المشرّع الجزائري للحضانة بموجب المادة 62 من قانون الأسرة قد أعطى بعض الملامح لما يجب أن يتحلّى به الحاضن من شروط عامّة، فنصّت على:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويُشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"[1]، وتتنوّع أهلية الحاضن بين ما هو مادي وما هو معنوي، وينبغي أن تصبّ كلّ المُحدّدات لتولّي هذه المهمّة التي يسهر القاضي بما له من سلطة تقديرية على تقصّيها في مصلحة المحضون، ولذلك يجب أن يؤخذ بالحسبان الشّروط المادية لتولّي الحضانة وضرورة تماشيها ومصلحة المحضون(الفرع الأول)، وأيضا الشّروط المعنوية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقرير القاضي لمصلحة المحضون من خلال الشّروط المادية لتولي الحضانة.

ينبغي في كل الأحوال مُراعاة مصلحة المحضون في جميع المسائل والشّروط التي تفرضها الحضانة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الذي نصّ على:"من المُقرّر قانونا وشرعا بأنّ الحضانة يُراعى في إسنادها توفّر مصلحة المحضون، وهذه يقدّرها قضاة الموضوع"[2]، رغم غموض المعنى العام لهذه المصلحة، التي تضيق وتتّسع بحسب الحال، إلاّ أنّ لديها بعض الشّروط، ولذلك وفي إطار هذه الشّروط المادية لا بدّ من مُراعاة قُدرة الحاضن على تولي هذه المهمّة، وظهور مدى أهمية الدّور الذي تلعبه المساعدة الاجتماعية في تقدير الظّروف المادية للحضانة.

أولا: تحقّق القاضي وفقا لسلطته التقديرية من قُدرة الحاضن على تولّي الحضانة.

إنّ مسألة إسناد الحضانة أمر مهمّ، فحتى تحظى الحاضنة بهذا التّكليف وجب عليها أن تتوفّر على الحدّ الأدنى من الشروط المادية ولاسيما الكفاية؛ بمعنى القدرة الجسمانية على القيام بكل مُتطلبات المحضون، فلا حضانة لعاجز عن القيام بأعبائها كالعجوز والمريض[3]، وليس من الضّروري تحديد الموانع التي تحول دون تولّي الحضانة واقتصارها، بل إنّها متروكة لتقدير القاضي بما له من سلطة

تقديرية، وبمعنى أدقّ أنها ليست محصورة دون غيرها وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا:"وحول الوجه المتّخذ كوسيلة للنّقض، لقد اشترط الشّارع في الحاضنين عدّة شروط والكفاية والصحّة، فلا حضانة لعاجز ذكرا أو أنثى لِكِبَرٍ سنٍّ أو مرضٍ لا يقدر معه على القيّام بشؤون المحضون لأنّه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده. وفي هذا المعنى يقول الشّيخ خليل في باب الحضانة:" وشرط الحاضن ذكرا أو أنثى العقل والكفاية"... فالمريض الضّعيف القوة لا حضانة له وكذا الأعمى والأصمّ والأخرس والمُقعد، والحاضنة هنا فاقدةٌ للبصر ومن ثمّ فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وبإسناد قُضاة القرار المطعون فيه حضانة الأولاد إليها وهي على تلك الحال قد حادوا عن الصّواب، وخالفوا القواعد الشّرعية مُخالفة يتعيّن معها نقض قرارهم فيها وحدها دون سواها"[4].

كما ينسحب نفس الحُكم على الشّيخوخة أو المرض أو العاهة[5]، وكلّ ما يمنع من القيام بمهمّة الحضانة، وهو ما ترجمته المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على:"لأنّ الجدّة للأم كبيرة السنّ ومريضة، ومصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع أبيه لأنّ فكّ الرّابطة الزّوجية وليس بالطّلاق- رفض. إنّ القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مُبرّرا بسبب شرعي. إنّ إسناد حضانة الطّفل لجدّته للأم يُعتبر تطبيقا للقانون"[6].

ويظهر وجه آخر لابد من مُراعاته ضمن الجوانب المادية للمحضون من خلال إسناد الحضانة، مُمثّلا في نفقة المحضون، حيث أنّ ذلك من الحقوق التي يقرّرها القانون ويحميها، لاسيما أنّه لم يبلغ سنّ الرّشد أو غير قادر على الكسب بسبب الصّغر أو التّعليم[7]، وينبغي على القضاة أن يأخذوا بالحسبان التأكد من استفادة المحضون من النّفقة المُقرّرة على أبيه تحقيقا لمصلحته، حيث أنّ الأمر يقتضي التمعّن بما يتلاءم ومصلحة المحضون خاصّة إذا ظهر لهم سوء نية الأب بالتهرّب من النّفقة من خلال طلبه إسقاط الحضانة على الأم وضمّ الأولاد إليه، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على:"إنّ قُضاة المجلس بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الطّاعنة قد سهوا أنّ المطعون ضدّه كان هدفه التهرّب من الإنفاق دون مُراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخصّ الحضانة أو البنات بالنّسبة للنّفقة يكونون قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة"[8].

وتجدر الإشارة إلى أنّ دور قاضي شؤون الأسرة يُعتبر جوهريا في تحرّي مدى تحقّق المصلحة المادية للمحضون أثناء إسناد الحضانة أو إسقاطها، وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على:"إنّ إسقاط الحضانة عن الأم، وإسنادها للأب، دون التحقّق من ظروف المحضونين ومُراعاة مصلحتهم يُعدّ قصورا في التّسبيب"[9].

إنّ مراعاة الجوانب المادية لمصلحة المحضون هي حقّ خاص به، وليس للحاضنة أن تستغني عنه أو تتنازل عنه أيّا كان دافعها سيما في إطار تفاهمها مع طليقها، على أساس أن ذلك هو من صميم الإضرار بحقوق المحضون، وهو ما شمله قرار المحكمة العليا بنصّه على:"لكن حيث أنّ قضاة الموضوع استندوا في أسباب القرار المنتقد على أساس أنّ الطّاعنة تنازلت عن كافة حقوقها المُنجّرة عن الطّلاق

بموجب الحُكم القاضي بذلك...ومن ثمّ لا يحقّ لها المُطالبة بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار وهو أمر صحيحٌ بالنّسبة للحقوق المُتعلقة بها شخصيا لكن لا يمكن أن يمتدّ تنازلها فيما يخصّ حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار طبقا للمادة 72 و78 من قانون الأسرة باعتبارها لصيقة بهم..."[10].

ثانيا: دور المُرشدة الاجتماعية في تقدير الظّروف المادية للحضانة.

إن مفهوم مصلحة المحضون يبقى غامضا طالما أنّ ليس له معايير ضابطة، ولذلك كان للقاضي سلطة تقديرية تتماشى وحال المحضون، فكان تقدير الظّروف المادية التي ينبغي أن تتوفّر في الحضانة سواء من خلال الحاضنين وكذا المحيط الذي يعيش فيه المحضون هي من صميم عمل قاضي شؤون الأسرة، وللإحاطة بهذه المهمّة يستعين القاضي بالمُرشدة الاجتماعية لإثبات مصلحة المحضون[11].

من خلال سلطة القاضي التقديرية، وبناء على تقرير المُرشدة الاجتماعية فإنّه يتّخذ ما يراه ضروريا ويتلاءم ومصلحة المحضون، ففي صورة الحُكم بعدم تحقّق المصلحة المنشودة يستعين بهذا التّقرير دعما لذلك، وهو ما رأته المحكمة العليا من خلال قرارها التّالي:"يستعين القاضي، في الحُكم بعدم تحقّق مصلحة المحضون، بتقرير مساعدة اجتماعية. حيث أنّ القرار المطعون فيه فعلا جاء مشوبا بالقصور ومُخالفة القانون وخاصة المادة 64 من قانون الأسرة وذلك لكون الطّاعنة أشارت عند إقامتها لهذه الدعوى ضدّ المطعون ضدّه إلى أنّ الطّفل محلّ النّزاع مُهملاً، ولا راعي له لأنّ أباه يقيم ببلدية تازولت قرب مدينة باتنة في حين أنّ الطّفل محلّ النّزاع في قضيّة الحال يُقيم بدائرة أريس وعند عمة له مُهملا ولا يتمتّع بأي رعاية، حيث أنّ القرار المُنتقد لم يُجب الطّاعنة على هذا الدّفع، وكان من المفروض التأكد من صحة أو عدم صحّة ادّعاء الطّاعنة بتعيين مُرشدة اجتماعية تزور الطّفل بمكان إقامته..."[12]، فواضح مدى مُراعاة مصلحة المحضون المادية من خلال التطرّق إلى بُعدِ المسافة الموجودة بين المحضون وأبيه التي جعلت الولد مُهملا، ويكون تقدير ذلك بناء على تقرير المُرشدة الاجتماعية الذي يعدّ وسيلة يستأنس بها القاضي في الحُكم بعدم تحقّق مصلحة المحضون.

ففي إطار السلطة التقديرية للقاضي فبإمكانه الاعتماد على العديد من الوسائل التي يراها ضرورية ومُجدية في تشخيص مصلحة المحضون، والتي تعدّ مهمّة المُرشدة الاجتماعية إحدى صورها، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على:"إذا كان من المُقرّر قانونا أنّ الحضانة تُستحقّ بانحلال الرّابطة الزّوجية بالطّلاق أو بالوفاة، فإنّ على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مُرشدة اجتماعية"[13]، وهو ما يكشف بجلاء عن مدى ضبابية حدود مصلحة المحضون التي يسعى القاضي بما له من سلطة في تحقيقها بحسب حالة كل محضون.

كما تظـــهر مدى حرية القاضـــي في نطـــاق سلطته التّـــقديرية في عدم الاعتمـــاد على المُرشدة

الاجتماعية ، لاسيما إذا كانت له وسائل أخرى تُغنيه عن ذلك كالوثائق المُثبِتة لمصلحة المحضون، وهو ما تبنّاه القرار التالي:"...لكن حيث أنّ قضاة المجلس غير مُلزمين باللجوء إلى مُساعدة اجتماعية، مادام أنّهم استندوا إلى وثائق موجودة بالملف كما يظهر من الأسباب التي أوردوها"[14]، وهذا قد يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم الاطّلاع على الظّروف الحقيقية للمحضون للوقوف على مصلحته، وهو ما تسببّ فيه تناقض قرارات المحكمة العليا، التي أشارت سلفا إلى الاعتماد على المرشدة الاجتماعية.

الفرع الثاني: تقرير القاضي لمصلحة المحضون من خلال الشّروط المعنوية لتولي الحضانة.

يتولى قاضي شؤون الأسرة مُراعاة الجوانب المعنوية التي تتحقّق معها مصلحة المحضون، فيبذل ما يلزم من تحقيقٍ بهدف الوصول إلى تحديد هذه المصلحة، ومُراعاة الجوانب المعنوية للقائمين على الحضانة، وإلاّ كان عمله عُرضة للنّقض، وهو ما شمله القرار الذي نصّ على:"لكن حيث أنّ العامل الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في مثل هذه الدعوى، هو مُراعاة مصلحة المحضون أولا وأخيرا وأنّ قضاة الموضوع لمجلس قضاء البليدة لم يُبرزوا أين تكمن هذه المصلحة، ودون إبراز كذلك أو الأخذ بعين الاعتبار– عامل– وجود الطّفل (محل النّزاع) عند الطاعن مدّة تفوق الثّلاث سنوات وكان بإمكان قضاة الموضوع الاستعانة بمُرشدة اجتماعية في هذا الموضوع ولما قضى قضاة الموضوع السّالف ذكرهم دون العمل بما أشير إليه أعلاه فإنّ قضاءهم المطعون فيه جاء مشوبا بالقصور، ممّا يجعله عرضة للنّقض والإبطال وإحالة القضية وطرفيها لنفس المجلس للنّظر فيها من جديد"[15].

أولا: مُراعاة اتّحاد الدين بين المحضون والحاضنة.

إنّ من بين أهمّ الجوانب المعنوية التي ينبغي مُراعاتها هي الحرص على المحافظة على الدّين الإسلامي للمحضون بما يتوافق والمادة 62 من قانون الأسرة، واستقامة مُتولي الحضانة أيّا كان جنسه ومركزه الذي ينبغي أن يكون أهلا لذلك.

لقد بيّنت المادة 62 من قانون الأسرة أهم الجوانب التي يجب مراعاتها وبذلها لتحقيق مصلحة المحضون بمناسبة ممارسة الحضانة، وخاصة لمّا يتعلّق الأمر بوحدة الدّين الإسلامي للحاضن مع دين أبيه[16]، وهو ما تبنّته العديد من قرارات المحكمة العليا، حيث نصّ أحدها على:"حيث متى اكتسبت المطعون ضدّها الجنسية الفرنسية دون أن ترتدّ عن الدّيانة الإسلامية، ولا يوجد لدى الجهة القضائية ما يُفيد تخلّيها عن الدّين الإسلامي، فإنّ ذلك لا يُسقِط حقّها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة"[17].

بالمقابل فإنّ المحكمة العليا أشارت إلى أنّ للقاضي وفي نطاق مصلحة المحضون إسناد الحضانة للأم ولو كانت كافرة، غير أنّه إذا خِيفَ أن تفتِنه عن دينه وأصبح مُميّزا انتُزِع منها، وفقا للقرار الذي نصّ على:"من المُقرّر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلاّ إذا خيف على دينه"[18]، وهو ما يعتبر مُسايرة لرابطة العاطفة بين المحضون وأمه مع الحرص على دينه.

كما أنّه إذا تيقّن القاضي بما له من سلطة سعي الحاضـــنة إلى جعل المحـــضون يخرج عن الدّين

الإسلامي إلى المسيحية، فذلك سبب لسحب الحضانة منها في سياق الحفاظ على مصلحته، وهو ما تبنّاه القرار:"لقد ثبت من أوراق ملف القضية أنّ الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشّهادات على التّمسيح في الملف لكن المجلس مع هذا المُبطل للحضانة أقرّها للأم مع أنّ الطّاعن تقدّم بطلب إسقاطها ولم يُجبه المجلس على ذلك. لهذا استوجب النّقض"[19].

ثانيا: استقامة الحاضن أثناء تولي الحضانة.

يحرص القاضي أن يتولى الحضانة شخص مُستقيم، والاستقامة تشمل العديد من النّواحي كون الحاضن مسؤولا على تولي أمور المحضون، ولذلك ينبغي أن يكون بالغا وعاقلا[20]، وعلى ذلك ينبغي أن تكون الحاضنة خالية من الأمراض النّفسية لأنّها ستتحمل مهمّة شاقة تستدعي قوة ذهنية مُعتبرة، ويخضع إثبات ذلك للمختصّين وعدم الاكتفاء بإدخال الزّوج زوجته لمصحة الأمراض العقلية كسبب لإسقاط الحضانة عنها تحقيقا لمصلحة المحضون، وهو ما أخذ به القرار الذي نصّ على:"... أنّ تشخيص الطّاعنة لم يكن من قبل طبيب عقلي نفسي بسيكياتري، وإنّما كان من قبل طبيب مُختصّ في أمراض الأعصاب الذي لا يمكنه أن يُصدر حكما على القدرة العقلية لفرد ما طالما أنّه غير مخُتصّ بالعمل الذي يقوم به الأخصائيون في علم النّفسي الإكلينيكي فيما يتعلّق بتحديد الأمراض العقليّة النّفسية. ولمّا كان ذلك وكان القرار المطعون فيه أقام قضاءه بإلغاء الحُكم المستأنف وبإسناد حضانة الأولاد إلى الأب رغم عدم ثبوت المرض العقلي، فإنّه يكون قد خالف القانون فضلا عن انطوائه على فساد في الأساس"[21].

كما يجدُر بالحاضنة أن تكون مُلتزمةً أخلاقيا وحسنة السّلوك[22]، ولذلك فإنّ جريمة الزّنا الثّابتة في حقّها تُعتبر من مُسقِطات الحضانة مُراعاة لمصلحة المحضون الذي ينبغي أن تكون حاضنته قدوة له، وهو ما أشار إليه القرار:"من المُقرّر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزّنا من أهمّ المسقطات للحضانة مع مُراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبيّن– في قضية الحال– أنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزّنا، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصّة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخصّ حضانة الأولاد الثلاثة"[23]، بل إنّ المنع من تولي الحضانة يمكن أن يمتدّ إلى الجدّة التي كانت سلبية إزاء سُلوك ابنتها المُنحرف والتي هي حاضنة، وهو ما جاء به القرار:"متى كان من المُقرّر شرعا أنّ سقوط حقّ الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرّفاتها فإنّه يسقط أيضا حقّ أمّها في مُمارسة الحضانة لفقد الثّقة فيهما معاً. وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدّتهما لأم بعد إسقاط هذا الحقّ عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتّخاذ وسائل غير شريفة لتُرغم زوجها على طلاقها"[24].

يتجسد تناقض قرارات المحكمة العليا من خلال صدور قرار غريب يُعدّ تمرّدا على القيم الإسلامية والأخلاقية، حيث أعطى الحضانة لأمٍّ ثبت ارتكابها لجريمة الزّنا، بحجّة أنّ ابنتها لا تستغني عن خدمة النّساء، وهذا أمر مرفوض لأنّه كان بالإمكان إسناد الحضانة لحاضنة أخرى تتّسم بالاستقامة، ويمكن أن يكون هذا القرار تشجيعا على الرّذيلة حيث نصّ على:"حيث أنّ الطّاعن يعيب على قضاة المجلس

مُخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدّها بالرّغم من ارتكابها لجريمة الزّنا...مُراعاة مصلحة المحضون، وأنّ مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحقّ بها، ذلك أنّها طفلة صغيرة لم تستغنِ عن خدمة النّساء، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بالمُصادقة على الحُكم المُستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقا سليما..."[25].

إنّ تناقض قرارات المحكمة العليا يُعدّ سببا لتقويض فكرة مراعاة مصلحة المحضون عوض التّمكين لها بخلق أساس ثابت، ويظهر ذلك من خلال صدور عديد القرارات بسحب الحضانة من الأم المُدانة بجريمة الزّنا، وصدور قرار آخر يعطيها لها رغم إدانتها، وكان من الأليق وحفاظا على أخلاق المحضون إسنادها لامرأة أخرى غيرها ما دامت المحضونة صغيرة لا تستغني عن خدمة النّساء عوض إسنادها لامرأة سيئة الخُلق، حفاظا على مصلحة المحضون.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في ضبط مستحقّي الحضانة.

يحرص القاضي من خلال الحكم بإسناد الحضانة بما تقتضيه مصلحة المحضون النّظر إلى المعيار الشّخصي لمُستحقّي الحضانة، من حيث التّرتيب الذي نصّت عليه المادة 64 من قانون الأسرة، ومدى الخضوع لأحكام هذه المادة تغليبا لمصلحته، حيث جاءت في سياق التّعديل الذي شمل قانون الأسرة بنصّها على:"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدّة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مُراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة"[26]، ولذلك تحظى الأم بالأولوية في نيل حقّ الحضانة ومدى تطبيق هذا المبدأ (الفرع الأول)، ومدى مُراعاة ترتيب الحاضنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تطبيق مدى أحقية الأم بالحضانة تحقيقا لمصلحة المحضون.

تعتبر الأم أولى بحضانة ولدها بعد الفُرقة بوفاة أو طلاق لشفقتها عليه[27]، وأنّ جعل الأم على رأس مُستحقّي الحضانة جاء حتى بعد تعديل قانون الأسرة، لما لها من أهمية مادية ومعنوية في تحقيق مصلحة المحضون، حيث حافظت الأم على أحقيتها في صدارة مستحقي الحضانة.

أولا: أولوية حضانة الأم تحقيقا لمصلحة المحضون.

يستجيب القاضي بما له من سلطة تقديرية تصبّ في تكريس المبدأ الذي يجعل من تميّز الأم دون غيرها بقدرة عاطفية على تولي الحضانة من حيث الحنان والعطف، وهي مُحدّدات ينبغي مراعاتها، وهو ما ترجمه القرار الذي نصّ على:"حيث من المستقرّ عليه قانونا أنّ الأم أحقّ بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها من الصّبر والوقت والحنان والعطف والرّاحة ما لا يمكن أن يتوفّر لدى غيرها من أقارب الطفل..."[28]، ولذلك فإنّ ما يُعتدّ به من معلومات ولاسيما محضر تحقيق الأمن ليس سببا جوهريا لإسقاط الحضانة عنها وفقا للقرار التّالي:"حيث أنّ قضاة الموضوع أسندوا حضانة الولدين للمطعون ضدّه بناء

على محضر التّحقيق الذي أجرته مصالح الأمن بطلب من المحكمة والمتضمّن عدم صلاحية الطّاعنة (الأم) لممارسة الحضانة"[29].

حفاظا على مصلحة المحضون يحرص القاضي على أن لا تتجزأ الحضانة، أي قسمتها بين الأم وغيرها حفاظا على مصلحة المحضون، وفقا للقرار الذي نصّ على:"...أنّ الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرّر كما في قضية الحال، فإنّ الأولاد الأربعة هم صغار وضمّهم لأمّهم أولى وأحقّ وهذا مُلائم للمصلحة التي يُراعيها الشّرع في هذا الباب..."[30].

كما أنّ القاضي لا يعتدّ برأي المحضون لخياره البقاء مع أبيه لنزع الحضانة عن أمّه وهذا تحقيقا لمصلحته، وفقا للقرار الذي نصّ على:"...وأنّ الأخذ بعين الاعتبار رفضهما في الالتحاق بأمّهما خاطئ ما دام أنّهما قاصران ولا يُعتدّ بإرادتهما، الأمر الذي جعلهم يعرّضون قرارهم للنّقض والإبطال"[31].

فلا طائل من سماع المحضون مادامت المصلحة تقتضي بقاءه مع الأم صاحبة الأولوية في الحضانة وفقا للقرار:"إنّ سماع الأولاد المحضونين والنّظر في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد، لأنّ الشّرع يُعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية، كما أنّه ليس هناك نصّ يلزم القضاة بسماع الأولاد في هذا الموضوع"[32].

فضلا على أنّ عمل المرأة ليس حائلا على مُمارستها للحضانة مادام ذلك يصبّ في مصلحة المحضون، إذ لا يُعدّ ذلك سببا على حرمانها منها وفقا لما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة:"ولا يمُكن لعمل المرأة أن يُشكّل سببا من أسباب سقوط الحقّ عنها في ممارسة الحضانة"، وهو ما زكّاه قرار المحكمة العليا:"عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقّها في حضانة أولادها ما لم يتوفّر الدّليل الثّابت على حرمان المحضون من حقّه في العناية والرّعاية"[33].

ثانيا: تدخل القاضي في إمكانية عدم إسناد الحضانة للأم صونا لمصلحة المحضون.

في بعض الأحيان وتحقيقا لمصلحة المحضون يمكن أن يُنتزع من الأم هذا الحق الأصيل بها، إذا ما حدثت بعض المسبّبات والعوارض، حيث قد يتولاّها الأب لعاطفته كذلك على أولاده[34]، حيث يجدُر بالأم أن تُبقي المحضون على دين أبيه وإلاّ انتزعت منها حضانته، وهو ما أشار إليه القرار:"من المُقرّر شرعا أنّ الأم تستحقّ حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم"[35].

كما أنّه بوفاة الأم وتحقيقا لمصلحة المحضون يمكن منح الحضانة للأب لدوره الفعال في رعاية أولاده وفقا للقرار:"إسناد حضانة جميع الأبناء إلى الوالد الحاضن، بعد وفاة الزّوجة الأم، إعمال لمبدأ عدم تجزئة الحضانة"[36]، وجدير بالذّكر أنّه في حال عدم تحقّق مصلحة المحضون في بقائه مع أمّه وفق أسباب جوهرية تراها المُرشدة الاجتماعية، فإن للقاضي أن يُسقطها عنها ويمنحها للأب، وهو ما جاء به القرار:"من المستقر عليه قضاء أنّ الحضانة تمُنح حسب مصلحة المحضون. ولمّا كان ثابتا في قضية الحال أنّ الحضانة أسندت إلى الأب مُراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المُرشدة الاجتماعية

التي تؤكّد ذلك فإنّ قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التّقديرية فقد طبّقوا القانون"[37].

وإذا رأى القاضي تفريطا من الحاضنة في المطالبة بحقّها في تولي الحضانة، تاركة ولدها دون رعاية للغير لتولي المسؤولية لاسيما الأب، فتُعامل على أنّها غير أمينة عليه ولا تمُنح لها الحضانة وهو ما أشار إليه القرار:"...فإنّ مجلس القضاء سبّب قراره تسبيبا كافيا في إسناد الحضانة إلى الأب، فأشار إلى أنّ الولد عاش مع أبيه وتركته أمه طوال أربع سنوات من دون أن تُطالب بهذا الحق، والصبي قد بلغ ثمانية أعوام فأصبح في حاجة إلى رعاية أبيه ومُراقبته أكثر من أمّه التي لا يُعرف لها مقرّ ثابت فلهذا يجب ردّ هذا الوجه"[38]، وهذا يعدّ من قبيل ردع من يتهاون في تولي مهمّة نبيلة كالحضانة.

الفرع الثاني: محورية دور القاضي في مدى مُراعاة ترتيب الحاضنين تحقيقا لمصلحة المحضون.

وضعت المادة 64 من قانون الأسرة ترتيبا لمستحقّي الحضانة، مع الإشارة أنّ للقاضي عدم مُراعاة هذا التّرتيب حيث أنّ المعيار في اختيار الحاضن هو مُراعاة مصلحة المحضون[39]، حيث يمكن أن تنتقل الحضانة إلى غير الأم ومخالفة الترتيب الوارد، وهو ما يُعتبر خروجا عن النّص وخلق جملة من التناقضات قد تؤثّر على نفسية المحضون ومن ثمّ الإضرار بمصلحته عوض حمايتها.

أولا: تحقيق مصلحة المحضون بتطبيق ترتيب الحاضنين وفقاً لنصّ المادة 64 من قانون الأسرة.

سايرت المحكمة العليا الإطار العادي الذي حدّده النّص القانوني الخاص بمُستحقي الحضانة وفقا للتّرتيب القانوني لأنّه يهدف لحماية المحضون، وهو ما تبنّته من خلال القرار:"من المُقرّر قانونا أنه لا يمكن مُخالفة التّرتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنّسبة للحاضنين إلاّ إذا ثبت بالدّليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرّعاية للمحضون"[40]، على أن يكون إسناد الحضانة لأحد المذكورين في المادة السالفة مُؤسَّسا وفقا للقرار:"يُسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين، مستعينا بمرشدة اجتماعية، إلى من يستحقّها حسب مصلحة المحضون"[41].

فضلا على اشتراطها أن يتّصف الحاضن بجُملة من القيود حتى يستحقّ تولي هذه المهمّة، كما هو الشّأن بالنّسبة للجدّة التي يجدر بها أن تكون خالية من الزّواج، كما أشار إليه القرار:"من المُقرّر شرعا أنّه يشترط في الجدّة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير مُتزوجة وألاّ تسكن مع ابنتها المُتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون..."[42].

كما أن إسناد الحضانة إلى الجدّة لأمّ ينبغي أن يكون مُرتبطا بتحقّق المصلحة، وبالمفهوم المُخالف فإنّه وبانتفاء المصلحة يمكن سحب الحضانة، وفقا للقرار:"يجب عند إسناد الحضانة للجدّة من الأم، تبيان معايير مصلحة المحضون"[43]، وهذا من صميم عمل القاضي بما له سلطة تقديرية، فلا إسناد للحضانة ما لم توجد مصلحة للمحضون التي تختلف و حالة المحضون.

بل ذهبت المحكمة العليا إلى أنّ عدم مُراعاة التّرتيب ينبغي تأسيسه، وبخاصة الاعتماد على دور المُرشدة الاجتماعية التي قد يكون رأيها مُوجّها للقاضي في معرفة الأحقّ بالحضانة تحقيقا لمصلحة

المحضون، وفقا للقرار:"من المُقرّر قانونا أنّه لا يجوز مخُالفة التّرتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلاّ إذا ثبت بالدّليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة. ولمّا ثبت – في قضية الحال– أنّ قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المُطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطّرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم. فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرّضوا قرارهم للقصور في التّسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[44].

وينطوي التّرتيب الوارد في سياق المادة 64 من قانون الأسرة على أسباب الفرقة الزّوجية دون تمييز، وفقا للقرار:"تُطبّق المادة 64 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة (أمر02/05)، على حالة الطّلاق والوفاة"[45].

من خلال هذه القرارات يتّضح بما لا يدع مجالا للشك سير قرارات المحكمة العليا على مبدأ مراعاة الترتيب الوارد في المادة القانونية المبيّنة لترتيب الحاضنين، وإظهار مدى جدية مُهمّة المرشدة الاجتماعية في تحرّي من الأليق بتوليها، رغم وجود قرار سابق يجعل من فكرة الأخذ برأيها أمرا اختياريا للقاضي، وهذا تناقض يمسّ بمصلحة المحضون.

ثانيا: تدخل القاضي في تقرير نسبيّة التقيّد بترتيب الحاضنين تحقيقا لمصلحة المحضون.

في مقابل اتّجاه المحكمة العليا بخصوص احترام ترتيب الحاضنين الوارد في المادة القانونية، فإنّ التّرتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة ليس مُطلقا، حيث يمُكن تجاوزه متى تحقّقت مصلحة المحضون، وهو ما يعكس بجلاء إمكانية وقوع ظُلمٍ على أحد مُستحقي الحضانة في ظلّ السّلطة التّقديرية الفضفاضة للقضاة في تبيّن وتقصّي مصلحة المحضون، ولا أدلّ على ذلك القرار الذي نصّ على:"تُراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس التّرتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة . يخضع تقدير مصلحة المحضون، للسلطة التّقديرية لقضاة الموضوع"[46]، وهو مُناقَضة لروح النّص القانوني واجتهاد خارج صراحة المادة السّالفة الذّكر، لذلك يمكن عدم حصر الحاضنين بهذه الطّريقة مادام أنّ التّرتيب قد لا يُراعى أمام تحقيق مصلحة المحضون.

كما أنّه بموجب هذا القرار فالعبرة بما نصّ عليه الحكم القضائي وليس ما جاء في نصّ المادة 64، وذلك ثابت من خلال العديد من الأحكام التي تجسّد الممارسة القضائية في هذا الشأن، تحت غطاء حماية مصلحة المحضون، وفي هذا تأثير على المحضون الذي سيكون حتما محلّ نزاع بين كل من يدّعي أحقيته في تولي الحضانة بموجب الترتيب الوارد في النّص القانوني.

وينبغي على القضاة إذا ما خالفوا التّرتيب المنصوص عليه في المادة 64 أن يحرصوا على تحقّق مصلحة المحضون، والأهم من ذلك تبيينها من خلال أحكامهم و تسبيبها وهو ما أشار إليه القرار:"حيث أنّ نصّ المادة 64 من قانون الأسرة وإن ذكر ترتيب الحاضنين، إلاّ أنّه لم يجعل حصرا يقتضي الإتّباع

في كلّ الحالات، بل جعل ذلك مرهونا بمصلحة المحضون التي يجب مُراعاتها في المقام الأول وفي جميع الحالات، وهو ما أسّس عليه قضاة مجلس قضاء باتنة قضاءهم وأبرزوا ذلك في حيثياتهم المُرتكزة على الوثائق المُقدّمة قائلين بأنّ المحضونة منذ طلاق أمّها وهي عند جدّها ومن جهة الأم وذلك تحقيقا لمصلحتها وحفاظا على استقرارها، ومن ثمّ فإن قضاة مجلس قضاء باتنة قد طبّقوا صحيح القانون"[47].

إنّ هذا الجانب الآخر من اتجاه المحكمة العليا في معالجة مسألة ترتيب الحاضنين، يُثير جدلا حقيقيا حول جدوى ترتيبهم بنص صريح في قانون الأسرة مادامت تمّت مخالفته بموجب قرار، فالأحرى هو تبني الترتيب المنصوص عليه قانونا، وفي حالة عدم العمل به يجب تضييق هذه الحالات لأبعد الحدود وتسبيبها تسبيبا دقيقا تحت طائلة نقض الأحكام بهدف الحفاظ على مصلحة المحضون، وليس خلق تناقض بين القرارات عوضا عن توحيد الاجتهاد القضائي الذي يُعتبر من أهم الأدوار المنوطة بالمحكمة العليا باعتبارها أعلى الجهات القضائية.

المطلب الثالث: السّلطة التقديرية للقاضي في تقرير حقّ الزّيارة والسّكن المخصّص للحضانة.

يظهر دور القاضي في نطاق سلطته التقديرية بعد إسناد الحضانة إلى أحد مستحقّيها في الحكم بالزّيارة، ويكون ذلك خلال العطل والمناسبات للمحافظة على الصّلة بين المحضون ووالده أو والدته وإخضاعه لرقابته ورعاية شؤونه[48]، ولذلك ينبغي مُراعاة سلطة القاضي في الحكم بالزّيارة لمصلحة المحضون(الفرع الأول)، ومراعاة السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ضوابط سكن الحضانة لتحقيق مصلحة المحضون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في الحكم بالزّيارة تحقيقا لمصلحة المحضون.

ينبغي على القاضي وفقا لسلطته أن يحكم بالزيارة التي تُعتبر حقّا موازيا للحضانة، لأنّ المحضون يحتاج لزيارة الطّرف الآخر أيّا كان، سيما الأب، حتى لا يحسّ المحضون بنقص عاطفي، وحفاظا على مصلحته، ولذلك يحرص القضاة على الحكم بها في حكم الطّلاق وتحديد أيامها ومواقيتها.

أولا: تجلي سلطة القاضي في وجوبية الحُكم بحقّ الزّيارة.

من المنطقي جعل أمر الزّيارة واجبا، ويظهر ذلك من خلال المادة 64 من قانون الأسرة، حيث ينبغي أن ينال هذا الحقّ الوالد على الأقل مرّة كلّ أسبوع، مُراعاة لعاطفته تجاه أبنائه وتحقيقا لمصلحة المحضون، وأنّ الحُكم بأقل من ذلك يُعدّ تعسّفا، وفقا للقرار الذي نصّ على:"متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة، فإنّه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحقّ ترتيبا مرِنًا وفقا لما تقتضيه حالة الصّغار فمن حقّ الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرّة في كلّ أسبوع لتعهّدهم بما يحتاجون إليه والتّعاطف معهم. ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حقّ زيارة الأب مرّتين كلّ شهر يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[49].

كما يحرص القاضي على توجيه الأطراف بما يخدم مصلحة المحضون فيما يخصّ الزيارة تحت طائلة العقوبة الجزائية، فعلى مُتولّي الحضانة أن يُسهّل مهمّة الطّرف الآخر في الزّيارة، وأن لا يمنعه منها بداعي الانتقام، حفاظا على علاقة المحضون به وتحقيقا لمصلحته، وهو ما شمله القرار:"من المستقرّ عليه فقها وقضاء أنّ حقّ الشّخص لا يقيّد إلاّ بما قيّده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حقّ لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يُسهّل على الآخر استعماله على النّحو الذي يراه بدون تضييق أو تقيّد أو مُراقبة..."[50].

على أن لا تكون الزّيارة محصورة فقط على الوالدين، وإنّما على المعنيين بالحضانة وفقا للقرار:"من المُقرّر شرعا أنّه كما تجب النّفقة على الجد لابن الابن يكون له حقّ الزّيارة أيضا. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزّيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد، وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النّفقة يكون له أيضا حقّ الزّيارة..."[51]، وأيضا:"...وحيث أنّ قانون الأسرة لم يفرّق بين من يستحقّون الحضانة وبين من لهم حقّ الزّيارة، بل أوجب على القاضي عند الحُكم بالحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة دون تفريق بين الخالة أم الأم وغيرهما"[52].

وينبغي عدم ربط حقّ الزّيارة ببلوغ المحضون سنّا معيّنا حفاظا على مصلحته وفقا للقرار:"فضلا عن تحديدهم لحقّ الزّيارة عند بلوغ المحضون سنّ 4 سنوات رغم أنّ الشّخص لا يُقيّد إلاّ بما قيّده القانون، وزيارة الأب حقّ لابنه بمجرّد إسناد الحضانة لغيره، وليست مقيّدة أو مرتبطة بمدّة معيّنة"[53].

ثانيا: دور القاضي في تذليل مُعوّقات الحُكم بحقّ الزّيارة.

يمكن أن تعترض حقّ الزّيارة بعض العقبات التي يمُكن أن تؤثر فيه ولا تجعله يتمّ على الوجه الأكمل، وقد أخذت المحكمة العليا ببعض الآراء الفقهية، ولاسيما مسألة البعد بين الحاضنة وصاحب حقّ الزّيارة، وهو ما تبنّاه قرارها الذي نصّ على:"بُعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حقّ الزّيارة والرّقابة بمسافة البرود الستّة المُقرّرة عند الفقهاء الأقدمين لا يمنع استعمال ذلك الحقّ بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنّقل"[54].

حفاظا على مصلحة المحضون ينبغي على الحاضنة أن لا تُسافر بالمحضون سفر نقلة حتى لا يسقط بالمقابل حقّ الأب في الزّيارة، وهو ما أشار إليه القرار:"من المُقرّر قانونا وشرعا أن الحضانة تُسند على أساس مصلحة المحضون، وأنّ إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يُعدّ خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي"[55]، وأيضا لا يمكن إسناد الحضانة لأم تقيم خارج الجزائر حتى لا يتمّ تفويت حقّ الزّيارة على الأب تحقيقا لمصلحة المحضون وفقا للقرار:"إنّ إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنّه يتعذّر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزّيارة وذلك لبعد المسافة"[56]، وهو ما يتناسق مع نصّ المادة 69 من قانون الأسرة.

يجسّد هذا الطّرح المنطقي لقرارات المحكمة العليا ضرورة التّضييق على السفر بالمحضون أو التّنقل به، لأنّ في ذلك اعتداء على حق الزيارة التي هي بالأساس موجودة لجعل المحضون بين والديه دون امتداد أثر انفصالهما إليه، فتكون الزيارة في مقابل الحضانة، حتى يشعر بالاستقرار النفسي والبدني.

غير أنّ المحكمة العليا بإصدارها لقرارات أخرى وفي تعدٍّ صارخ على حقّ الأب في الزّيارة فقد نصّ قرار على إمكانية إسناد الحضانة لأمّ تقيم خارج الإقليم الوطني تحقيقا لمصلحة المحضون، وبالتالي حرمان الأب من حقّ الزّيارة، وهو ما ذهب إليه القرار:"يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مُراعاة لمصلحتهم"[57].

كما ينبغي أن لا تتمّ الزّيارة في بيت الحاضنة على أساس أنها أضحت أجنبية على الأب بعد الطّلاق حفاظا على الضّوابط الشّرعية وفقا للقرار:"من المُقرّر شرعا أنّه لا يصحّ تحديد ممارسة حقّ الزّيارة للزّوج في بيت الزّوجة المطلّقة. ومتى تبيّن– في قضية الحال– أنّ قضاة الموضوع قد حدّدوا مكان حقّ الزّيارة للطّاعن ببيت المطعون ضدّها فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشّرع والقانون لأنّ المطعون ضدّها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطّاعن"[58].

إنّ التناقض الذي وقعت فيه المحكمة العليا مُجافٍ للصّواب من خلال السّماح بنقل المحضون للخارج، وحرمان الأب من الزيارة وهو ما من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون لا أن يحميها، الأمر الذي يستدعي ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي فيما يخص الحضانة حفاظا على مصحة المحضون.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ضوابط سكن الحضانة لتحقيق مصلحة المحضون.

تظهر سلطة القاضي في تأكده من أن تتمّ الحضانة في أحسن الظّروف، ويتحقّق ذلك بتوفير سكن لممارستها، حتى يكون المحضون في مكان يقيه من التشرّد والضّياع.

أولا: تدخل القاضي لتحديد مسؤولية توفير السّكن الخاص بالحضانة.

يتولى الأب المسؤولية في توفير سكن الحضانة كما أشارت إليه المادة 72 من قانون الأسرة:" في حالة الطّلاق، يجب على الأب أن يوفّر لمُمارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة"، وإذا كان للمحضون مال فسكنه من ماله وفقا لقرار المحكمة العليا الذي نصّ على:"من المستقرّ عليه قانونا أنّ نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلاّ فعلى والده أن يُهيئ له سكنا، وإن تعذّر فعليه أجرته..."[59]، ولا يُعتبر منح سكن الزوجية لممارسة الحضانة مساسا بحق الملكية وفقا للقرار:"لا يُعدّ خرقا لأحكام المادة 467 من القانون المدني إذا حكم القضاة بتخصيص السّكن الزّوجي للحاضنة مُعلّقين ذلك على شرط عدم ملكية الزّوج للمحلّ المتنازع عليه ولا يعدّ ذلك مسّاسا بالملكية"[60].

يبقى هذا الواجب ملقى على عاتق الأب حتى لو كانت الأم الحاضنة عاملة، وهو ما تبنّاه القرار:"ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بالحُكم ببدل الإيجار للمطعون ضدّها رغم أنّها عاملة لكون أنّ أجرة سكن ممارسة الحضانة تكون على الوالد طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة طبقوا

صحيح القانون"[61].

ينسحب نفس المبدأ ليصل إلى بقاء الأب مُلزما بتوفير السّكن أو دفع بدل إيجاره حتى لو كان للأم سكن وفقا للقرار: "لا يُعفى الوالد من توفير السّكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النّفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"[62]، ويثبت هذا الحقّ حتى بإقامتها عند أهلها، كما أشار إليه القرار:"إقامة الحاضنة عند أهلها لا يُسقِط الحقّ في مطالبة الولد بالسّكن أو أجرته"[63]، ويكون فرض بدل الإيجار بداية من تاريخ الحُكم بإسناد الحضانة، وهو ما أشار إليه القرار:"بدل إيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحُكم الفاصل في الحضانة"[64].

كما أنّ عدد المحضونين ليس مُسقطا لهذا الحق، فيلتزم الأب به حتى لو كان المحضون واحدا تحقيقا لمصلحته وفقا للقرار:"السّكن حقّ للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنّه من عناصر النّفقة"[65]، وتُعتبر الحاضنة صاحبة هذا الحقّ بما أنّه يصبّ في رعاية وتحقيق مصلحة المحضون وفقا للقرار:"من الثابت قانونا أنّ للحاضنة، الحقّ في السّكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة"[66]، وأنّ توفير الأب لسكن ملائم للحضانة يحول دون مُطالبتها ببدل الإيجار وفقا للقرار:"توفير سكن ملائم للأم لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار"[67]، على أنّ ممارسة الحضانة خارج الجزائر تُسقط حقّ الحاضنة في طلب بدل الإيجار وفقا للقرار:"الحُكم ببدل إيجار سكن ممارسة الحضانة، مقيّد بمُمارستها في الجزائر. لا يكون الأب ملزما بتوفير السّكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مُقيمة خارج الإقليم الوطني"[68].

وأعطى القانون الحقّ للحاضنة بالبقاء في بيت الزّوجية، حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي الخاص بسكن الحضانة، ولاسيما إذا كان له مسكن ثانٍ، وفقا للقرار:"للحاضنة الحقّ في البقاء في مسكن الزّوجية متى ثبت أنّ للزّوج مسكنا آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضون"[69].

ثانيا: دور السّلطة التقديرية للقاضي في تحديد مكان تواجد سكن الحضانة.

اشترط القانون أن تكون الحضانة مُحافِظةً على مصلحة المحضون ولاسيما في حياته الدينية الإسلامية، ولذلك لابد من مُراعاة مكان حضانته خشية المساس بعقيدته وفقا للقرار:"متى كان من المُقرّر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تُراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمّ فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصّغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدّ قضاء مخالفا للشّرع والقانون"[70]، ولذلك فإنّ سقوط الحضانة قد يرتبط بإقامة الحاضنة خارج الجزائر وفقا للقرار: "تسقط الحضانة بسبب بُعدِ المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر"[71].

كما أنه يتمّ إسناد الحضانة للمقيم من الوالدين في الجزائر وفقا للقرار التّالي:"متى كان من المُقرّر شرعا وقانونا أنّ الحضانة تُسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا فإن سكن الوالدين

معا، في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشّرعية المعروفة في الحضانة"[72].

بالمقابل إذا كان والدا المحضون يقيمان في الخارج، فلا يمكن منع المحضون من الالتحاق بهما، وهو ما تبنّته المحكمة العليا في القرار:"الحُكم تلقائيا بمنع المحضون، المُسنَدة حضانته لأمه، من السّفر، من الجزائر إلى بلد أجنبي، حيث يقيم والداه بصفة قانونية، خطأ في تطبيق القانون"[73].

وحرصا على تحقيق مصلحة المحضون ينبغي أن يكون السّكن في نطاق بيت الزّوجية أو بيت أهل الحاضنة، حتى لا يخلق ذلك مشكلة مع الزّيارة، وضمان خضوع المحضون للرقابة والعناية، وفقا للقرار:"يتحدّد مكان سكن ممارسة الحضانة، إمّا بمكان تواجد بيت الزّوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة"[74].

المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون من خلال التّنازل عن الحضانة وسقوطها.

تُعتبر عملية إسناد الحضانة لمُستحقّيها نسبية، فقد تنتقل إلى الغير وفق ضوابط معيّنة، وينبغي في كلّ الأحوال مُراعاة مصلحة المحضون من خلال تدخل القاضي في ضبط التّنازل عنها (الفرع الأول)، وكذا ضرورة أخذ بعين الاعتبار مصلحته بسبب سقوطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل القاضي في ضبط التّنازل عن الحضانة وضمان عدم الإضرار بالمحضون.

في إطار الحفاظ على مصلحة المحضون يحرص القاضي على تتبع جميع التفاصيل الخاصة بالحضانة، لا سيما التّنازل عنها الذي ينبغي أن يكون في حال حدوثه غير مضرّ بالمحضون، وأن يأتي من مستحقّي الحضانة بمُراعاة الإجراءات التي يقتضيها القانون[75]، ويجب على الكلّ مُراعاة ذلك عوض التنصّل من المسؤولية.

أولا: اعتبار التّنازل عن الحضانة في حكم المعدوم في حال الإضرار بمصلحة المحضون.

ضَبَط المُشرّع التّرتيب بخصوص الحاضنين، فجعل الأم هي الأولى بحضانة ابنها، غير أنّه يمكنها التّنازل عنها لغيرها ما لم يضرّ بمصلحة المحضون، وهو ما ذهبت إليه المادة 66 من قانون الأسرة بنصّها على:"يسقط حقّ الحاضنة بالتزوّج بغير قريب محرم، وبالتّنازل عليها ما لم يضرّ بمصلحة المحضون"، وهو ما تبنّته المحكمة العليا من خلال القرار:"تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضرّ بمصلحة المحضون"[76].

للقاضي وحفاظا على مصلحة المحضون قبل إقرار التّنازل عن الحضانة أن يتأكد من وجود من يتولّى عنها هذه المهمّة، وإلاّ كان تنازلها مرفوضا وفقا للقرار:"من المُقرّر شرعا وقانونا أنّ تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجدوا فإنّ تنازلها لا يكون مقبول وتُعامل مُعاملة نقيض قصدها ومن ثمّ فإن القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ مُخالفا لأحكام الحضانة"[77].

كما أنّ للقاضي وفقا لما له من سلطة أن يتأكد أن المحـــضون يحتاج إلى رعاية أمّه، وإلاّ فلا

معنى لتنازلها عن حضانته، وهو ما أخذ به القرار:"ولما كان ثابتا–من قضية الحال– أنّ قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحُكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أنّ الشّهادات الطبية تُثبت أنّ البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة"[78].

فضلا على أنّه يمكن إبقاء الحضانة لطالب التّنازل عنها إذا ثبت ضرر المحضون، وفقا للقرار:"من المُقرّر قانونا أنّه لا يُعتدّ بالتّنازل عن الحضانة إذا أضرّ بمصلحة المحضون. ومن ثمّ فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مُراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبّقوا صحيح القانون"[79]، وإذا طلبت الأم التّنازل عنها في دعوى التّطليق وثبت ضرر المحضون، فإنّها تبقى حاضنة له وفقا للقرار:"تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه، بالرّغم من تنازلها عنها في دعوى التّطليق، بسبب الحُكم على الزّوج، لارتكابه جريمة مُخلّة بشرف الأسرة"[80].

ثانيا: دور القاضي في استعادة الحضانة بعد التّنازل عنها.

يستطيع من تنازل عن الحضانة الرّجوع للمُطالبة بها، ذلك أنّ التّنازل لا يُعتبر نهائيا، وفقا للقرار:"إنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يُعتبر نهائيا لأنّ حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرّجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة"[81].

يظهر دور القاضي في إمكانية رفض طلب استعادة الحضانة بعد التّنازل عنها، حيث قد لا يحظى بالقبول كنوع من العقوبة جرّاء التّفريط في هذا الواجب الإنساني المقدّس، وهو ما رأته المحكمة العليا في قرارها:"من المُقرّر فقها وقانونا أنّ المُتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يُقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية"[82].

الفرع الثاني: دور القاضي في إسقاط الحضانة ومُراعاة مصلحة المحضون.

يمكن للقاضي إسقاط الحضانة مع مُراعاة المصلحة، حيث قد تتعرّض الحضانة لعوارض تجعل من استمرار مُتولّيها أمرا صعب التّحقيق، ومُتعارضا مع مصلحة المحضون.

أولا: سلطة القاضي في تقرير ضوابط إسقاط الحضانة وضمان عدم مساسها بمصلحة المحضون.

يتولى القاضي إسقاط الحضانة في عدة حالات؛ كأن تتزوّج الأم بقريب غير محرم بالنّسبة للمحضون، وهو ما عالجه القرار:"يسقط حقّ الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم"[83]، فهي صاحبة أولوية في تولي الحضانة، غير أنّ هذا الحقّ ينتهي بزواجها بقريب غير محرم وفقا للقرار: "إذا كان القانون قد أعطى التّرتيب الأول للأم في حضانة أولادها، إلاّ أنّه نصّ أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تمّ زواجها بغير قريب محرم"[84].

كما يراعي القاضي مدة سنة واحدة للمُطالبة بتولي الحضانة وفقا للقرار:"إنّ المبدأ الذي استقرّ عليه الاجتهاد القضائي هو أنّ الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحقّ في خلال السنة.

وبناء على ذلك فإنّ القضاة لما أسندوا الحضانة للجدّة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرّضا للبطلان"[85].

تجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان الزّوجان يقطنان في الخارج، فلا طائل من سقوط الحضانة لتعارض ذلك مع مصلحة المحضون، وفقا للقرار التالي:"لا تسقط الحضانة، بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"[86].

كما أشارت المادة 65 من قانون الأسرة إلى انقضاء الحضانة ببلوغ الذكر سن العاشرة، وإمكانية تمديدها لسنّ السادسة عشر، وبالنسبة للأنثى لحين بلوغها سن الزّواج، ما لم تتزوج الحاضنة ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما، وهو ما تبنّاه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على:"إنّ لقضاة الموضوع الحقّ في تمديد الحضانة بالنّسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزّوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[87].

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تقرير إسقاط الحضانة.

يجدُر بقاضي شؤون الأسرة تقصّي مصلحة المحضون أثناء الحُكم بإسقاط الحضانة، ولاسيما إذا ما لمس سوء نية للتحايل على التهرّب من الواجبات، وهو ما شمله القرار:"إن قضاة المجلس بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الطاعنة قد سهوا أنّ المطعون ضدّه كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مُراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة يكونون قد خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة"[88].

ووفقا لمسؤوليته في الحفاظ على مصلحة المحضون، عليه أن يدرس سبب إسقاطها دراسةً عميقةً، وأنّ البواعث التي دفعته لذلك جديّة وهو ما أخذ به القرار:"من المُقرّر شرعا أنّ إسقاط الحضانة لا يكون إلاّ لأسباب جدية وواضحة ومُضِرّة بالمحضون ومُتعارضة مع مصلحته ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشّرعية في غير محلّه. ولما كان ثابتا–في قضية الحال– أنّ المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمّه باعتبار أنّ الأب لم يُثبِت إهمال الأم لولدها يكون قد طبّق القانون تطبيقا صحيحا"[89].

ويتحمل القاضي المسؤولية في الرّد على الدّفوع المُتعلقة بإسقاط الحضانة، تحقيقا لمصلحة المحضون وفقا للقرار:"إنّ القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرّد على الدفع المُثار من طرفها فيما يخصّ طلاقها من غير قريب محرم رغم أنّ لها حقّ العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة. يُعدّ مخالفة للقانون وقصور في التسبيب"[90]، فبزوال سبب سقوطها تعود للأم الحضانة وهو ما تبنّاه القرار:"من المُقرّر قانونا أنّه يعود الحقّ في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مُخالفا للقانون. لمّا كان من الثابت–في قضية

الحال– أنّ الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإنّ المجلس لمّا قضى بإسناد الحضانة إليها بالرّغم من أنّ زواجها بالأجنبي يُعدّ تصرّفا رضائيا واختياريا يكون قد خالف القانون"[91].

كما أنّه ليس للقاضي أن يجعل من عمل المرأة الحاضنة سببا في إسقاط الحضانة عنها وفقا للمادة 67 من قانون الأسرة، ووفقا لما قضت به المحكمة العليا:"عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقّها في حضانة أولادها ما لم يتوفّر الدّليل الثابت على حرمان المحضون من حقّه في العناية والرّعاية"[92]، خاصّة إذا أثبتت الحاضنة عدم استغناءها عن حضانة والدها صونا لمصلحته، كما نصّ عليه قرار المحكمة العليا:"إنّ الحُكم برفض دعوى الزّوج الرّامية إلى إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسّك هذه الأخيرة بحقّها في الحضانة يُعتبر تطبيق سليم للقانون"[93].

الخاتمة:

عالجت المحكمة العليا مسألة الحضانة في العديد من المواضِع، محُاولةً الاجتهاد في تبيين مصلحة المحضون وفقا لما جاء به النّص التّشريعي، وقد ظهر عدم التّطابق بين بعض القرارات وما جاء به قانون الأسرة، على أساس أنّ النّص القانوني جاء فضفاضا تاركا المُهمّة للقاضي بما له من سلطة تقديرية في تقدير مصلحة المحضون، التي وبحسب الإطّلاع جاءت في بعض الأحيان مُتناقضة، ومتعسّفة، ومضّرة في بعض المواضع لمصلحة المحضون عوض حمايتها، ويمكن إجمال أهم النّقاط التي تمّ التوصّل إليها من خلال أهم النّتائج والاقتراحات على النّحو التّالي:

أولا: أهمّ النّتائج.

1– أشارت قرارات المحكمة العليا إلى ضرورة مُراعاة شروط مادية ومعنوية في الحاضن، فالمادية تتعلّق بالقدرة والسّلامة الجسدية من كل ما من شأنه التّفريط في رعاية المحضون، وأمّا المعنوية فعالجتها المحكمة العليا بنوع من التّناقض لاسيما مسألة مُراعاة الدّين الإسلامي، وإسناد الحضانة للأم المُدانة بالزّنا حرصا على مصلحة المحضون.

2– تتحقّق مصلحة المحضون بإسناد حضانته لأمّه والتي قد لا تنالها في بعض الحالات، مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانية عدم مُراعاة ترتيب الحاضنين الوارد في قانون الأسرة، ما يُمثّل خرقا للنّص القانوني.

3– ينبغي بالموازاة مع إسناد الحضانة أن يُحكم بحقّ الزّيارة التي تهدف إلى حفظ المحضون في جوّ عاطفي، والتي تقتضي ممارسة الحضانة في الجزائر، وقد أقرّت المحكمة العليا الحضانة للأم المُقيمة في الخارج، وفي ذلك منعٌ للأب من حقّ الزّيارة التي تخدم مصلحة المحضون.

4 – تضمّن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ضرورة مُراعاة مصلحة المحضون أثناء التّنازل عن الحضانة أو سقوطها، مع إمكانية استرجاعها بزوال السّبب الغير اختياري، حيث كانت المعالجة مناقضة للنّص القانوني الصّريح.

ثانيا: أهمّ الاقتراحات.

1– ضرورة تبيين معالم مصلحة المحضون والحدّ من سلطات القاضي في ضبطها، من خلال عدم إسناد الحضانة لأمّ زانية، ومُراعاة التّرتيب الوارد في قانون الأسرة، فضلا على عدم إسناد الحضانة للمُقيم خارج الإقليم الوطني، لأنّ ذلك هو هضم لحقّ الطّرف الآخر في زيارة المحضون.

2– ينبغي توحيد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسألة الحضانة خاصة ما تعلّق بتناقضات عديدة، ولاسيما ما تعلّق بمصلحة المحضون، وعدم ترك التوجّه التّغريبي يطغى على قراراتها، وهو ما ولّد عداوة بين الفاعلين في مجال الحضانة وأدى إلى الإضرار بمصلحة المحضون، خاصّة النّفسية والسّلوكية عوض حمايتها.

3– يحسُن العمل الدؤوب على تفعيل الرّقابة على من يتولى الحضانة من طرف القضاء باستعمال كلّ الوسائل المُتاحة قانونا، تحقيقا لمصلحة المحضون وإعطائه الأولوية القصوى حفاظا على عدم تأثّره بظروف الحضانة لاسيما فرقة الأبوين، ومعاقبة كلّ مقصّر في هذا الشّأن وخاصّة المنع من الزيارة.

4– عدم الخروج عن إطار الشّريعة الإسلامية أثناء تبنّي الاجتهادات القضائية، لأنّ فيها علاجا لمسائل مُستجدّة لم يُعالجها قانون الأسرة، خاصّة أنّه أحال إلى أحكامها في ظلّ القصور التّشريعي، وعدم الانسلاخ عن الثوابت القويمة للأمة.

الهوامش

1–القانون رقم (84–11) المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمّم، الصادر في 09 يونيو 1984، (الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984)،ص 913 و 914.

2– المحكمة العليا– غرفة الأحوال الشّخصية – قرار غير منشور مؤرخ في 1991/06/18 ملف رقم 75171– (أنظر: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمباديء المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966–2006، ديوان المطبوعات الجامعية،2007، ص353).

3– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دارالبصائر للنشر والتوزيع، ط2، حسين داي، الجزائر، 2010، ص 206.

4– المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشّخصية– قرار صادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33921– (المجلة القضائية لسنة 1984 عدد 2. ص 421).

5– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، بن عكنون، الجزائر، 2005.

6– المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشّخصية– قرار صادر بتاريخ 1979/12/23 ملف رقم 178086– (النشرة القضائية عدد 56. ص 33).

7– تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2008، ص 139.

8– المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشّخصية– قرار صادر بتاريخ 2001/02/12 ملف رقم 257693– (المجلة القضائية لسنة 2002 عدد 2. ص 436).

9– المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشّخصية– قرار صادر بتاريخ 2003/05/21 ملف رقم 302428– (المجلة القضائية لسنة 2003 عدد 2. ص 285).

10– المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشّخصية– قرار صادر بتاريخ 2007/04/11 ملف رقم 384529– (المجلة القضائية لسنة 2008 عدد 2. ص 291).

11– عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائيّة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، ص 194.

12– المحكمة العليا–غرفة الأحوال الشّخصية– قرار صادر بتاريخ 2005/05/18 ملف رقم 330566– (المجلة القضائية لسنة 2005 عدد 1. ص 301).

13- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2005/11/16 ملف رقم 337176- (نشرة القضاة لسنة 2010 عدد 65. ص 319).

14- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2011/10/13 ملف رقم 650014- (المجلة القضائية لسنة 2012 عدد 1. ص 313).

15- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2006/05/17 ملف رقم 364850- (المجلة القضائية لسنة 2007 عدد 2. ص 437).

16- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ج1 ص 391.

17- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2008/09/10 ملف رقم 457038- (المجلة القضائية لسنة 2008 عدد 2. ص 315 و 316).

18- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1989/0/13 ملف رقم 57221- (المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 1. ص 48).

19- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1979/04/15 ملف رقم 19287- (نشرة القضاة لسنة 1981 عدد 2. ص 108).

20- المصري مبروك، الطّلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2010، ص511.

21- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/02/13 ملف رقم 265727- (المجلة القضائية لسنة 2002 عدد 2. ص 433 و 434).

22- لحسين بن شيخ آث ملويا، المُرشد في قانون الأسرة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط2، 2015، ص 202.

23- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1997/09/30 ملف رقم 171684- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 169).

24- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1984/01/09 ملف رقم 31997- (المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 1. ص 73).

25- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2010/07/15 ملف رقم 564787- (المجلة القضائية لسنة 2010 عدد 2. ص 262).

26- الأمر رقم (05-02) المتضمّن تعديل قانون الأسرة الجزائري الصّادر في 27 فبراير 2005، (الجريدة الرسمية، رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005)، ص22، الموافق عليه بموجب القانون (05-09) الصّادر في 04 مايو 2005، (الجريدة الرسمية، رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005).

27- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4، دمشق، سوريا، 1998، ج 10 ص44.

28- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2006/06/14- ملف رقم 540.(أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرجع السابق. ص 213).

29- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 2000/07/18 ملف رقم 245123- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 254 و255).

30- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1984/04/02 ملف رقم 32594- (المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 1. ص 78 و 79).

31- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2007/12/12- ملف رقم 1180. (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرجع السابق. ص 215).

32- المحكمة العليا-غرفة القانون الخاص- قرار صادر بتاريخ 1970/10/21 - (نشرة القضاة لسنة 1972 عدد 1. ص 58).

33- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/07/03 ملف رقم 274207- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 263).

34- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 390.

35- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار صادر بتاريخ 1979/04/16 ملف رقم 19287- (نشرة القضاة لسنة 1981 عدد 2. ص 108).

36- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2001/12/26 ملف رقم 274683- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 2. ص 347).

37- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1997/02/18 ملف رقم 153640- (المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 1. ص 39).

38- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1972/11/18 - (نشرة القضاة لسنة 1972 عدد 1. ص 67).

39- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 205.

40- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1993/02/23 ملف رقم 89672- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 166).

41- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2006/05/17 ملف رقم 364850- (المجلة القضائية لسنة 2007 عدد 2. ص 437).

42- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1988/06/20 ملف رقم 50011- (المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 2. ص 57).

43- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2008/02/13 ملف رقم 424292- (المجلة القضائية لسنة 2008 عدد 1. ص 267).

44- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 ملف رقم 179471- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 172).

45- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2009/09/06 ملف رقم 511644- (المجلة القضائية لسنة 2010 عدد 1. ص 228).

46- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2011/03/10 ملف رقم 613469- (المجلة القضائية لسنة 2012 عدد 1. ص 285).

47- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2006/10/11- تحت رقم 743.(أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 214).

48- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 182.

49- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/04/16 ملف رقم 59784- (المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 4. ص 126).

50- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/04/30 ملف رقم 79891- (المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 1. ص 55).

51- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189181- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 192).

52- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2001/01/2 ملف رقم 258479- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 2. ص 302).

53- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2006/01/04 ملف رقم 350942- (المجلة القضائية لسنة 2006 عدد 1. ص 459 و 460).

54- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1970/10/18 - (نشرة القضاة لسنة 1972 عدد 1. ص 67).

55- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 334543- (نشرة القضاة لسنة 2008 عدد 62. ص 381).

56- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1995/11/21 ملف رقم 111048- (نشرة القضاة لسنة 1997 عدد 52. ص 102).

57- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2008/03/12 ملف رقم 426431- (المجلة القضائية لسنة 2008 عدد 1. ص 271).

58- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/12/15 ملف رقم 214290- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 194).

59- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1996/02/16 ملف رقم 215272- (المجلة القضائية لسنة 2000 عدد 1. ص 181).

60- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1982/02/22 ملف رقم 26997- (نشرة القضاة لسنة 1982 عدد خاص. ص 277).

61- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189260- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 213).

62- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/07/31 ملف رقم 288072- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 278).

63- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/05/08 ملف رقم 282052- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 272).

64- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2005/06/15 ملف رقم 3331833- (المجلة القضائية لسنة 2005 عدد 1. ص 315).

65- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/03/1 ملف رقم 276760- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 267).

66- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2005/07/13 ملف رقم 339617- (نشرة القضاة لسنة 2008 عدد 63. ص 343).

67- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2010/09/16 ملف رقم 566381- (المجلة القضائية لسنة 2010 عدد 2. ص 268).

68- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2011/05/12 ملف رقم 622754- (المجلة القضائية لسنة 2012 عدد 1. ص 304).

69- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1999/06/15 ملف رقم 223834- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 225).

70- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/02/19 ملف رقم 59013- (المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 4. ص 117).

71- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2001/12/26 ملف رقم 237526- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 258).

72- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 65797- (المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 3. ص 61).

73- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2007/11/14 ملف رقم 408248- (المجلة القضائية لسنة 2011 عدد 1. ص 244).

74- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2010/11/11 ملف رقم 581700- (المجلة القضائية لسنة 2011 عدد 1. ص 252).

75- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 519.

76- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/02/13 ملف رقم 282153- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 275).

77- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1988/12/16 ملف رقم 51894- (المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 4. ص 20).

78- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1989/07/03 ملف رقم 54353- (المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 1. ص 45).

79- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189234- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص. ص 175).

80- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2010/10/14 ملف رقم 581222- (المجلة القضائية لسنة 2011 عدد 1. ص 248).

81- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 235456- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 1. ص 280).

82- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2011/05/12 ملف رقم 622754- (المجلة القضائية لسنة 2012 عدد 1. ص 304).

83- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2005/05/18 ملف رقم 331058- (المجلة القضائية لسنة 2005 عدد 2. ص 383).

84- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2005/07/13 ملف رقم 341320- (نشرة القضاة لسنة 2008 عدد 62. ص 385).

85- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1979/02/05 ملف رقم 19303- (نشرة القضاة لسنة 1981 عدد 1. ص 77).

86- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/05/08 ملف رقم 282033- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 2. ص 363).

87- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1995/10/24 ملف رقم 123889- (نشرة القضاة لسنة 1997 عدد 52. ص 111).

88- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2001/02/12 ملف رقم 257693- (المجلة القضائية لسنة 2002 عدد 2. ص 436).

89- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1988/11/07 ملف رقم 50270- (المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 3. ص 48).

90- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2000/11/21 ملف رقم 252308- (المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 2. ص 284).

91- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/02/05 ملف رقم 58812- (المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 4. ص 58).

92- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/07/03 ملف رقم 274207- (المجلة القضائية لسنة 2004 عدد 1. ص 263).

93- المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية- قرار صادر بتاريخ 2002/10/23 ملف رقم 295996- (نشرة القضاة لسنة 2006 عدد 57. ص 219).