مجلة آفاق علمية ISSN: 1112-9336
المجلد: 13 العدد: 02 السنة 2021 ص 499 - 518

تاريخ الإرسال: 2020/10/15 تاريخ القبول: 2021/03/14
تاريخ القبول: 2021/04/30

السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

The Discretionary Power of the Judge in Taking into Account the Interest of the Child in Custody in the Algerian Family Law

د. جمال غريسي،
جامعة الوادي ، ghressi83@gmail.com

الملخص:

يعالج هذا المقال الذي تم تسليط الضوء فيه على السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون، استنادا على النصوص القانونية والاجتهادات القضائية المتعلقة بمسائل الحضانة.

حيث أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لقاعدة مصلحة المحضون، وذلك راجع لصعوبة هذا الأمر المتعلق بالأسرة والآثار المترتبة عليها، وإنما أشار إليها من خلال تحديده أسس ومعايير تهدف إلى تحقيق هذه المصلحة والمتمثلة في الرعاية والتربية والتعليم بالإضافة إلى حماية وحفظ جميع حقوق المحضون.

وبالرجوع إلى الواقع نجد أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال مراعيا مصلحة المحضون باعتبارها الضابط الرئيسي عند اسناد الحضانة، وقد أحسن المشرع صنعا في ذلك لأن إعمال القاضي لهذه القاعدة في أحكامه يكفل حماية كافية للطفل.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية، القاضي، مصلحة المحضون، قانون الأسرة الجزائري.

Abstract:

This study investigates the discretionary power of the judge in taking into account the interest of the child in custody, based on the legal texts and jurisprudence related to custody matters. Meanwhile the Algerian legislator did not give an accurate definition of the principle of the welfare of the child in custody, due to the difficulty of this matter related to the family and its implications, but rather referred to it by defining the foundations and criteria aimed at achieving this interest represented in care, education and learning, as well as protecting and preserving all the rights of the child in custody. With reference to reality, we find that the Algerian legislator has given the judge a wide discretionary power in this field, taking into account the interest of the child in custody as the main officer when assigning custody, and the legislator did well in that because the judge's implementation of this rule in his rulings guarantees adequate protection for the child.

keywords: Discretionary power, judge, interest of the child in custody, Algerian family law.

المؤلف المرسل: : جمال غريسي ، الإيميل: GHRESSI83@GMAIL.COM

مقدمة:

تعد المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق وما يترتب عنهما من آثار بالغة الأهمية، من أبرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وخاصة الزواج باعتباره اللبنة الأساسية في تكوين الأسرة، وهذه الأخيرة تعد الخلية الأساسية لبناء

المجتمع؛ وموضوع بحثنا يتعلق بأبرز أثر من الآثار المترتبة على الطلاق، وهو مسألة حضانة الأطفال والمشاكل التي تطرحها مراعاة مصلحة هذا المحضون.

والحضانة تعد من أعقد المسائل التي تطرح اشكالات تمس بمصلحة المحضون، لأن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل إنه حتى عند اللجوء إلى القضاء تجد القاضي يتعامل مع هذه المسائل بكل جدية مراعيا قدر الإمكان تحقيق مصلحة المحضون؛ وتبرز أهمية هذا الموضوع في دور الحضانة في حياة الطفل باعتباره أحد المقاصد السامية للزواج، وباعتباره أيضا جزءا لا يتجزأ من الحاضر وهو الكل مستقبلا، كما أن للطفل حقوق إنسانية أساسية ينبغي على المجتمع عامة والأسرة خاصة توفيرها له، وهذا ما يجعل من موضوع الحضانة موضوعا يستحق دراسة دقيقة معمقة.

ويهدف هذا البحث إلى اظهار مكانة الحضانة بالنسبة للطفل المحضون، وتبيان الوضع الأصلح للمحضون فيما يخص الحضانة، وتوضيح النصوص القانونية المنظمة لها في قانون الأسرة الجزائري، وكذا اظهار دور القاضي في تقدير ومراعاة مصلحة المحضون، ومدى معرفة توافق أحكام الحضانة في القانون مع التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري؛ وإذا كانت الحضانة كأثر من آثار الطلاق فهي مسألة أسرية نابعة من عمق الواقع الاجتماعي تطرح الكثير من المسائل الواقعية، فمن هنا نطرح الإشكالية الرئيسية وهي: – إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في منح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مراعاة مصلحة المحضون؟

وللإجابة على هذه الإشكالية رأينا الزامية تسليط الضوء على هذا الموضوع بالاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك بذكر النصوص القانونية المنظمة للحضانة وأحكامها في قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى بيان الاجراءات اللازم اتباعها عند اللجوء للقضاء، وتحليل وشرح النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ومدى تناسب القرارات القضائية المتعلقة بمراعاة مصلحة المحضون، وذلك من خلال خطة معتمدة على المبحثين التاليين: المبحث الأول: مراعاة مصلحة

المحضون في قانون الأسرة الجزائري؛ المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

المبحث الأول: مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري

تتدرج الحماية القانونية للمحضون ضمن معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية ويعالجها والمتمثل في مراعاة مصلحة المحضون، وعليه سنوضح في هذا المبحث المقصود بمراعاة مصلحة المحضون، وضوابط ومعايير تقدير هذه المصلحة وذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: المقصود بمراعاة مصلحة المحضون

المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة المتعلقة بمسائل الحضانة نجده أقر قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، لكنه لم يضع لها تعريفا شاملا، وإنما ألقى عبء تحديد مداه وطبيعته إلى الفقه والقضاء، وعليه سنتطرق إلى تعريف مصلحة المحضون وخصائص هذه المصلحة من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تعريف مراعاة مصلحة المحضون

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف المصلحة، ثم تعريف المحضون.

أولا: تعريف المصلحة

1-تعريف المصلحة في الشريعة الإسلامية

لمراعاة مصالح الناس وضعت الشريعة الإسلامية معايير تساعد القاضي وتسهل من مهمته للقضاء والفصل بما هو أحسن وأصلح، وهذا من خلال بيانها المقصود بالمصلحة مع تحديد ضوابطها بصفة عامة[1]. فالمصلحة عرفها الفقهاء القدامى والمعاصرين بعدة تعريفات منها:

-قال الإمام أبو حامد الغزالي: أما المصلحة فهي في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني ذلك، ولكن المراد بالمصلحة هو المحافظة على مقصود الشرع، ومقاصد الشرع دل الاستقراء على أنها خمس ضروريات لابد منها وهي: حفظ الدين والعقل والنفس والنسل والمال، فكل ما يضمن حفظ هذه الأمور الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأمور فهو مفسدة ودفعها مصلحة[2].

–وعرف رمضان البوطي المصلحة: بأنها المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها[3].

ومنزلة الحضانة تندرج تحت هذه المصالح الضرورية ولا سيما المتعلقة بحفظ النسل والنفس والدين، لأن الغرض من الحضانة هو تربية من لا يستقل بأمره بما يصلحه ويقيه عما يضره.

2–تعريف المصلحة في القانون الجزائري: المشرع الجزائري أشار من خلال نصوصه القانونية المتعلقة بالحضانة إلى مسؤولية القاضي في الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون بذكر لفظ المصلحة، ونص عليها في كثير من مواد الأسرة أغلبها ما تعلق بمواد الحضانة والنيابة الشرعية لارتباطهما بالقصر، إلا أنه لم يعط لها تعريفا واضحا، تاركا السلطة التقديرية للقاضي في ايجاد الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي ترفع أمامه المتعلقة بمسائل الحضانة.

ثانيا: تعريف المحضون

1–تعريف المحضون في الشريعة الإسلامية: المحضون هو من لا يستقل بأمور نفسه عم يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير مجنون أو معتوه، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه[4]، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه[5]. كما يعرف المحضون بأنه:" الطفل العاجز عن القيام بمصالح نفسه ولا يميز ولا يستقل بأمره غير مدرك لما يضره وما ينفعه"[6].

2– تعريف المحضون في القانون الجزائري

المحضون هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة، وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/09/16 قضى بأنه:" تطبق المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري[7] في صياغتها الجديدة على حالة الطلاق والوفاة"[8]، ونضيف سواء كان هذا القاصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله.

فالمحضون هو الطفل الصغير الغير مميز، أو الولد المميز ولكنه بحكم الطفل لعلة[9]. يتضح مما تقدم من التعاريف أن مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة مرنة تتأقلم مع مختلف الظروف المتغيرة، فهي تختلف من زمان إلى آخر، ومن طفل

لآخر فتتنوع وتختلف باختلاف الأطفال وتنوعهم، كما أنها تختلف من قاض إلى آخر حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية[10].

ثالثا: تعريف مصلحة المحضون

رغم أن المشرع الجزائري لم يعرف مصلحة المحضون إلا أنه ومن خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة[11] حدد أسس ومعايير تهدف إلى تحقيق هذه المصلحة والمتمثلة في الرعاية والتربية والتعليم بالإضافة إلى حمايته وحفظه، وحسب نص المادة 64 من نفس القانون فالمشرع رتب مستحقي الحضانة وجعل الأم هي الأولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بمراعاة مصلحة المحضون[12].

الفرع الثاني: خصائص قاعدة مراعاة مصلحة المحضون

أولا: قاعدة مصلحة المحضون متغيرة غير ثابتة: تعتبر مصلحة المحضون قاعدة غير ثابتة ، ذلك أن حاضر الطفل ليس ذا أهمية كبيرة بالمقارنة مع مستقبله[13]، فما كان يصلح للطفل في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر، فهي قاعدة مرنة تتأقلم مع المتغيرات الزمانية والمكانية.

ثانيا: قاعدة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية: المقصود بهذه الخاصية أنها تتعلق بكل طفل على حدا، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه[14]، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة للطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر، فالمشرع يضع القواعد عامة ومجردة والقاضي يفسرها وفق مراعاة مصلحة المحضون، حيث يتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع وخاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامها اجتهادية.

ثالثا: قاعدة مصلحة المحضون موضوعية: تعتبر قاعدة مصلحة المحضون مسألة موضوعية أوكلها القانون لاجتهاد القاضي، فهو يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق تلك المصلحة مع التعليل الواضح لذلك، لأن عدم اعتبار القاضي لمصلحة المحضون عند اصدار الحكم بالحضانة يجعل هذا الحكم قابلا للنقض لضعف التسبيب، فالحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة أو اسقاطها يعتمد أساسا على

مراعاة مصلحة المحضون، وذلك موكل للقاضي الذي يجب عليه النظر في خصوص المسائل وظروف الحوادث[15].

المطلب الثاني: ضوابط ومعايير تقدير مصلحة المحضون

المشرع وضع معايير وضوابط تساعد القاضي في تقدير المصلحة المحققة للمحضون، وهذه المعايير سنتطرق إليها من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: المعيار المعنوي

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية التي ترتبها انحلال الرابطة الزوجية والتفكك الأسري الناتج عنها، فإن القاضي أول ما يسعى إليه هو توفير كل الامكانيات والتسهيلات للمحضون حتى يعيش حياة طبيعية كباقي أفراد المجتمع، وذلك من خلال الاعتماد على المعيار الموضوعي الذي يشكل حجر الزاوية في تحقيق مصلحة المحضون، وذلك لأن المصلحة هي الأساس في اسناد الحضانة[16].

ويبدأ تأثير الأسرة على الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التي تنشأ بينه وبين والديه، وبسبب انحلال الرابطة الزوجية وغياب أحد الوالدين –خاصة الأم– يؤثر في تكوينه، فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر امدادا للمحضون بالحب والعطف والحنان وهي عناصر أساسية لنشأته نشأة سليمة، فحرمان الطفل الصغير من عناية أمه قد يكون له آثار خطيرة وعميقة على شخصيته وبالتالي على مستقبل حياته، فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك الطفل ويؤدي به إلى الانحراف والجنوح، ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه[17].

وهذا ما نستخلصه من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال، لأنهن الأقدر على تربيته ومده بالعناية والرعاية الكاملة، وهذا ما جسد في القرارات القضائية باعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/06/04[18] ما يلي:" حيث أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما

لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل وأن قضاة الموضوع لما راعوا في اسناد حضانة الطفل لأمه العناصر المشار إليها يكونون بذلك قد أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن".

وبالإضافة إلى أهمية المعيار المعنوي في التوافق والتوازن النفسي للمحضون وتكوينه، فإنه يهدف كذلك إلى التقليل من الآثار الناتجة عن تقصير الأسرة في رعاية الطفل، وبالتالي درء المخاطر عن المجتمع ككل[19]، ولهذا يعتمد القاضي عند اسناد الحضانة أو اسقاطها مصلحة المحضون مراعيا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ بشخصية مكتملة برعاية من يحضنه في جو يسوده الأمن المعنوي من خلال القيام بالواجبات التي تهدف بالفائدة على الطفل المحضون.

الفرع الثاني: المعيار المادي

إن اسهام العنصر المادي في رعاية المحضون أمر ضروري، لأن العناية بكل طفل تتطلب توفير جميع حاجياته الضرورية من انفاق ومأكل وملبس ومسكن وغيرها مما يحتاجه المحضون من تكاليف الحياة المعتادة.

ونظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون وتغطية حاجاته الضرورية تحقيقا لمصلحته، فقد ألزم المشرع الأب بالإنفاق على الطفل أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر حتى في حالة انحلالها بشرط أن يكون الأب قادرا على الانفاق، والابن المستحق للنفقة فقيرا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/02/19[20] بأنه: "من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب ..... طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

أما المشرع الجزائري فقد نص على مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة[21] بوضوح، حيث حددها في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة مثل مصاريف الدراسة وغيرها من الأمور التي جرى عليها العرف الاجتماعي مراعاة للمصلحة المادية للمحضون، لأن تقدير النفقة يعود للسلطة التقديرية للقاضي باعتبارها من الأمور الموضوعية التي

يستقل بها[22]، وعليه فتدخل القاضي في تحديد النفقة والزام المعني بها يحكمه مبدأ أساسي وهو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون.

ونظرا لأهمية الجانب المادي للطفل المحضون وتوفير الحاجيات الضرورية له مما يجعله يعيش في راحة واستقرار، فقد عمل المشرع على اقتراح صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة فك الرابطة الزوجية بين والديه، وتغطية جميع طلباته وتحقيق مصلحته بضمان العيش الكريم له في الحياة.

وعليه فالرعاية المعنوية والنفسية للمحضون غير كافية له إذا لم ترافقها رعاية مادية تضمن توفير الموارد الضرورية وسد حاجاته الأساسية، وبالتالي تحقيق استقراره المادي والمعنوي.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

سنتناول في هذا المبحث سلطة القاضي التقديرية في المسائل المتعلقة بمصلحة المحضون، والسلطة المخولة له في اجراءات مصلحة المحضون، وذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في المسائل المتعلقة بمصلحة المحضون

جعل المشرع الجزائري مسؤولية مصلحة المحضون عند انحلال الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها، حيث منحه سلطة تقدير هذه المصلحة، وذلك بإبراز سلطته في ترتيب الحواضن، وتمديد الحضانة، وأخيرا حالات اسقاطها من خلال توضيحها في الفروع التالية.

الفرع الأول: سلطة القاضي في ترتيب الحواضن

أولا: تدخل القاضي في ترتيب الحواضن: من خلال الرجوع إلى نص المادة 64 من قانون الأسرة يتضح لنا أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين حسب الترتيب الوارد حصرا في المادة فإنه ليس الزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام، ويجوز للقاضي مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها مراعاة لمصلحة المحضون[23]، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/03/10[24] بأنه:" تراعى مصلحة المحضون عند اسناد

الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق.أ.ج ، فيخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع".

ويبقى التغيير الذي أحدثه المشرع في المادة 64 من ق.أ.ج في ترتيب مستحقي الحضانة بجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يثير إشكالا، ولا يمثل خروجا على أحكام الشريعة، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون، ومصلحة هذا الأخير هي التي توجه القاضي وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقا لهذه المصلحة، وللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون[25].

ثانيا: إجبار الأم أو غيرها على الحضانة: إذا كانت الحضانة من جانب هي حق للأم كمثل أي حق من الحقوق، ولها أن تتنازل عنه متى تشاء في كل حالة يوجد فيها من يرعى المحضون بدلا عنها، لكن السؤال المطروح ما العمل إذا كانت الأم التي سنجبرها على الحضانة بسبب امتناع غيرها من الحاضنين، أو لعدم توفر الشروط القانونية فيهم، هي نفسها لا تتوفر فيها هذه الشروط[26]، بسبب امتناعها عن الحضانة إما لعجزها أو لعدم الرغبة فيها، وفي الحالتين لا يحصل مقصود الحضانة، وبالتالي تفويت مصلحة المحضون، ولكن إذا تعينت الحضانة عليها لعدم وجود غيرها فلا سبيل إلا إجبارها على الحضانة، وهو خير من ترك المحضون بلا حاضن[27]، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21[28] ما يلي:" كما أن مبدأ مصلحة المحضون يسمح للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، شريطة أن تكون هذه الشروط التي تنقصها لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون".

ثالثا: تأقيت الحضانة

إذا كان قانون الأسرة من خلال المادة 64 منه قد رتب أصحاب الحضانة ترتيبا جديدا بعد الطلاق، فإن القانون قد أنشأ وضعا آخر بالنسبة إلى حق الحضانة في فترة ما بين إقامة دعوى الطلاق وما بين إصدار حكم قطعي بالطلاق، حيث

نص المشرع في المادة 57 مكرر[29] من ق.أ.ج على إسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة بصفة مؤقتة إلى قاضي الأمور المستعجلة.

وعليه فإذا كان أحد الزوجين قد أقام دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وفقا للأوضاع القانونية، وكان بين الزوجين ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة، فإن الفصل في طلب إسناد حق الحضانة المقدم من أحد مستحقيها أثناء فترة ما بعد رفع دعوى الطلاق وفترة ما قبل إصدار الحكم بالطلاق يجوز أن يقدم قاضي الأمور المستعجلة الذي يمكنه أن يصدر أمرا استعجالي مؤقتا بإسناد حق الحضانة في مثل هذا الحال إلى أحد الوالدين أو غيرهما، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون وذلك ضمن الفترة التي تقتضيها إجراءات الحكم بالطلاق[30]، حيث يمكن للقاضي الذي يفصل في موضوع دعوى الطلاق أن يحكم بإسناد الحضانة إلى الشخص الذي يضمن مصلحة المحضون سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما[31].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تمديد الحضانة

من المتعارف عليه أن الحضانة تبدأ من وقت ميلاد الصغير، أما انتهاؤها فتختلف تبعا لاختلاف نوع المحضون بالذكورة أو الأنوثة، نظرا لتباين طبيعة التكوين النفسي والعقلي لكلا الجنسين، وهذه الاعتبارات راعها المشرع وبنى عليها أحكام مواده، حيث نص في المادة 65 من ق.أ.ج أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وهو محدد ب 19 سنة طبقا للمادة 07 من ق.أ.ج[32].

ونظرا لأهمية تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، فقد رأى المشرع إمكانية تمديدها إلى سن 16 سنة بالنسبة للذكر بطلب من الحاضنة، وخص هذا الحكم الذكر دون الأنثى بحجة أن هذه الأخيرة مدة حضانتها طويلة – بلوغ سن الزواج– مقارنة مع مدة حضانة الذكر.

وإذا كان المشرع قد سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، إلا أنه فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن هذا الأخير سلطته غير مطلقة، بل مقيدة بالشروط القانونية التالية[33]:

1-أن التمديد يتعلق بالذكر دون الأنثى.

2-أن يكون حد التمديد هو بلوغه 16 سنة، إذ يمكن للقاضي أيضا أن يمدد الحضانة إلى أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون.

3-أن تكون الحاضنة هي الأم، أما غيرها فلا يحق لهن طلب التمديد مهما كانت الحجة المستند عليها.

4-أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.

5-أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة، فإذا فاتت المدة دون وجود عذر للأم سقط حقها في التمديد[34].

الفرع الثالث: سلطة القاضي في إسقاط الحضانة

كما خول المشرع للقاضي سلطة تقديرية في اسناد الحضانة وتمديدها مراعاة لمصلحة المحضون، منحه كذلك سلطة اسقاط الحضانة بقوة القانون في حالة عدم توفر شروط الحضانة في الحاضن وليس أهلا للقيام بها، كما أن هناك حالات تستجد بعد اسناد الحضانة تسقط الحق فيها[35]، فيعالجها القاضي مراعاة لمصلحة المحضون.

أولا: اسقاط الحضانة في حالة التنازل

أجاز المشرع من خلال المادة 66 من ق.أ.ج للحاضنة التنازل عن الحضانة، وقيد هذا التنازل بعدم الإضرار بمصلحة المحضون، فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، لأنه يضر بمصلحة المحضون، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/10/14[36] بأنه:" تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة".

ثانيا: إسقاط الحضانة في حالة الإخلال بأحد الشروط:

نصت المادة 62 من ق.أ.ج أن الغرض من الحضانة هو رعاية المحضون وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته، وتشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بها، فإذا ثبت إهمال الأم القيام بواجبات الحضانة جاز للقاضي أن

يسقط حضانتها مراعاة لمصلحة المحضون، وهذا ما ذهبت إليه المحمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/11/07[37] بأنه:" متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله، لأن المجلس لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا".

إلا أنه استثناء يمكن إسنادها لها متى تحققت مصلحة المحضون، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/07/15[38] بأنه:" يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون"، ومتى ثبت للقاضي أن المحضون لا يتأثر بفعل الزنا، ومادام المحضون لا يستطيع أن يستغني عن خدمات هذه الحاضنة[39].

ثالثا: سقوط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة 68 منه على سقوط الحق في الحضانة إذا لم يطالب بها من له الحق فيها بمضي سنة ودون عذر، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/06/25[40] بأنه:" متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها...".

لكن السؤال المطروح عن كيفية حساب مدة السنة، هل تاريخ بداية سريانها يبدأ من اليوم الذي ظهر فيه سبب إسقاط الحضانة عن الحاضن السابق، أو من تاريخ تبليغ الحكم الخاص بالطلاق إذا تعلق الأمر بأحد الوالدين، مع الإشارة أن الحاضن الذي يكون حقه مهدد بالسقوط يبقى محتفظا بالحضانة مادام القاضي لم يتدخل لسحبها منه[41].

فهنا على القاضي أن يجتهد ويسد الثغرات في غياب النصوص التشريعية أو غموضها، وهو المخاطب بتفسير المادة 68 من ق.أ.ج بحكم احتكاكه الدائم مع القضايا العملية، وقد تأكد هذا في الاجتهاد القضائي الصادر عن المجلس الأعلى

في قراره بتاريخ 1984/07/09[42] جاء فيه:" ...ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة...".

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق بمرور هذه المدة.

رابعا: سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة بأجنبي

من خلال الرجوع إلى أحكام المادة 66 من ق.أ.ج نصت على أن الحاضنة يسقط حقها في الحضانة عند التزوج بغير قريب محرم، وهنا المشرع لم يفرق بين الأم الحاضنة أو غيرها إذا تزوجت بأجنبي غريب عن المحضون، وهذا لما قد يشكل خطرا عليه، فالقاضي في هذا الأمر سيحكم حتما بسقوط الحضانة، ويمنحها إلى غيرها سواء كان الأب أو غيره بناء على دعوى يقيمها من له الحق في الحضانة قانونا ويخاف على مصلحة المحضون.

خامسا: الإقامة في بلد أجنبي

راعى المشرع الجزائري مصلحة المحضون في حالة ما إذا أراد الشخص الموكول له الحضانة أن يقيم في بلد أجنبي، وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرر القضاء في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها في بلد أجنبي، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/11/21[43]:" إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة".

المطلب الثاني: السلطة المخولة للقاضي في اجراءات مصلحة المحضون

سنتناول في هذا المطلب الآليات التي يستطيع من خلالها القاضي تقدير مصلحة المحضون وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية[44]، وهي الخبرة والمعاينة وسماع الشهود، والتي سنقوم بتفصيلها في الفروع التالية.

الفرع الأول: الخبرة: بالرجوع إلى المادة 126 من ق.إ.م.إ نجدها تنص على أنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، من تحليل هذه المادة يتبين أنه على

القاضي أن يستعين بالخبراء في أي تخصص من أجل الحصول على المعلومة الصحيحة التي تفيده في اصدار أحكامه.

والخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الاختصاص للبت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي فيها الخبير أو صاحب الاختصاص رأيه بشأنها، أو بتثبت وقائع مادية، أو حالة واقعية معينة تكون محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في المستقبل القريب، وتتناول الخبرة الوقائع المادية أما المسائل القانونية فتبقى من اختصاص القاضي وحده[45].

وعليه يمكن للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية، وهذا ما أكدته المحمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/05/17[46] بأنه:" يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة اجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون".

الفرع الثاني: المعاينة: إذا وجد القاضي أن الخبرة لا تكفي ولا تفي بالغرض المطلوب لحل النزاع، يمكن له اللجوء إلى المعاينة الميدانية للوقوف على وقائع وجوانب النزاع المعروض عليه، فانتقال القاضي إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون، يساعده في تقدير اسناد الحضانة لمن يستحقها، وهذا ما نصت عليه المادة 146 من ق.إ.م.إ بأنه:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك"، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/05/21[47] جاء فيه:" إن الحكم بإسقاط الحضانة عن الأم دون تعيين مرشدة اجتماعية لمعاينة ظروف معيشة الأطفال والبيت الذي يقيمون فيه ودون مراعاة مصلحة الأطفال يعد قصورا في التسبيب".

الفرع الثالث: سماع الشهود: بالرجوع إلى أحكام المادة 150 من ق.إ.م.إ نجدها تقر بجواز سماع الشهود بنصها:" يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي

تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائز ومفيد للقضية".

أما المادة 454 من نفس القانون فتنص على أنه:" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:* سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه. *سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك. *الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي".

من خلال أحكام هاته المادة يتبين ما يلي:

أولا- الاستماع إلى أطراف النزاع: يجوز للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما الأصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يستطيع الاعتماد على الوثائق المقدمة من الطرفين والموازنة بينهما في الاثبات من أجل تكوين قناعته حول الأصلح لرعاية المحضون.

ثانيا- الاستماع إلى أفراد العائلة: تنص المادة 459 من ق.إ.م.إ على أنه:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين"، من خلال هاته المادة يتبين أنه يجوز للقاضي عند وجود نزاع حول أوضاع العائلة وخاصة في مسائل الحضانة أن يطلب حضور أفراد العائلة أو أقارب الخصوم من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي يستطيع بها ترجيح رأيه، وإسناد الحضانة لمن هو أصلح لرعاية مصلحة المحضون.

خاتمة:

نخلص بعون الله وتوفيقه من خلال هذا المقال إلى أن المشرع وإن لم يعط تعريفا دقيقا وواضحا لمصلحة المحضون، فقد أقر بحقه في الحضانة ووضع ترتيب للأشخاص الأحق بحضانة الطفل، لكنه لم يلزم القاضي بهذا الترتيب، بل ألزمه بمراعاة المصلحة الفضلى للمحضون، وقد أحسن المشرع صنعا في ذلك، لأن إعمال القاضي لهذه القاعدة في أحكامه يكفل حماية كافية للطفل؛ وعليه فسوف أبرز أهم النتائج المتوصل إليها وهي:

1-إهمال المشرع لشروط الحضانة وعدم ضبطها لتحديد من يستحقها، وترك السلطة التقديرية للقاضي في ذلك بالرغم من عدم اعطائه معايير يمكن اتباعها لتحقيق مصلحة المحضون، مما يجعله في حرج عند الفصل في الموضوع.

2-للقاضي السلطة التقديرية غير مطلقة في تمديد حق الحضانة للمحضون الذكر إذا كانت الحاضنة الأم دون سواها ولم تتزوج حسب مقتضيات مصلحة المحضون.

3-يحق للقاضي اسقاط الحضانة عن الحاضن في حال تحقق سبب من أسباب سقوطها، سواء باختلال أحد الشروط أو الإخلال بالواجبات، وتسليم المحضون لمن طلبه إذا كان أهلا لذلك مراعاة لتحقيق مصلحته.

4-المشرع في مسألة الانتقال بالمحضون لم يفرق بين البلد الأجنبي المسلم وغير المسلم، مما ترك أمر سقوط الحق في الحضانة أو اسنادها لتقدير القاضي مما يصعب عليه تحديد مصلحة المحضون داخليا وخارجيا.

5-حرص المشرع على الاهتمام بمصلحة المحضون وفرضها في أرض الواقع وذلك بتخصيصه لفصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أين أكد على مراعاة مصلحة المحضون من خلال نص المادة 424 منه.

وقد توصلت إلى بعض الاقتراحات التي من شأنها سد الثغرات الموجودة في النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة، والمتمثلة في:

1-إعادة صياغة المادة 62 من ق.أ.ج ورفع اللبس الوارد فيها بضرورة تحديد الشروط اللازم توافرها في الحاضن ليكون أهلا لأسناد الحضانة له، وادراج فقرة لحل اشكالية تفصل ما بين اسناد الحضانة لأم غير مسلمة، وتربية الولد على دين أبيه.

2-وضع إجراءات صارمة للتصدي للسفر بالمحضون سواء كان الحاضن الأب أو الأم أو غيرهما مما له الحق في الحضانة، وحمايته من الهروب به، كون السفر يؤثر

على مصلحته ويصعب بذلك ممارسة الحقوق الممنوحة كحق الزيارة، مما يستوجب على المشرع وضع نص قانوني ينظم حق الزيارة والمسائل المتعلقة بها.

3-على المشرع أن يتدخل بتوفير وتفعيل الضمانات اللازمة لحماية المحضون، وذلك بمراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة وتعديلها وتوضيحها بأكثر دقة.

الهوامش:

[1]- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة ماجستير تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2015/2014، ص176.

[2]- أبو حامد الغزالي، المستصفى، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1993، ص173.

[3]- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة، سوريا، 1987، ص27.

[4]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، دار الفكر، سوريا، دمشق، د.ط، د.ت، ص7304.

[5]- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، سوريا، دمشق، د.ط، 2000، ص173.

[6]- سناء عماري، مرجع سابق، ص177.

[7]- انظر المادة 64 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة 2005.

[8]- قرار رقم 511644 صادر بتاريخ 2009/09/16 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2010، ص228.

[9]- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010، ص ص122، 123.

[10]- حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، (مذكرة ماجستير)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص80.

[11]- انظر المادة 62 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

[12]– العيد عبابة، رعاية مصلحة المحضون بين النص والتطبيق، (مذكرة ماستر تخصص قانون أسرة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2016/2015، ص12.

[13]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص39.

[14]– المرجع نفسه، ص39.

[15]– سناء عماري، مرجع سابق، ص179.

[16]– سناء عماري، مرجع سابق، ص186.

[17]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص ص40، 41.

[18]– قرار رقم 368395 صادر بتاريخ 2006/06/04 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نقلا عن: سناء عماري، مرجع سابق، ص187.

[19]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص40.

[20]– قرار رقم 179126 صادر بتاريخ 1998/02/19 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الاجتهادات القضائية، عدد خاص، 2001، ص198.

[21]– انظر المادة 78 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

[22]– سناء عماري، مرجع سابق، ص ص194، 195 .

[23]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996، ص293.

[24]– قرار رقم 313469 صادر بتاريخ 2011/03/10 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2012، ص285.

[25]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات– دراسة فقهية ونقدية مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص310.

[26]– سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص294، 295.

[27]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص ص45، 46.

[28]– قرار رقم 189234 صادر بتاريخ 1998/04/21 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الاجتهادات القضائية، عدد خاص، 2001، ص175.

[29]– انظر المادة 57 مكرر من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

[30]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص ص46، 47.

[31]– سعد عبد العزير، قانون الأسرة في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الجزائر، ط2، 2009، ص ص157، 158.

[32]– انظر المادة 07 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

[33]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص ص49، 50.

[34]– انظر المادة 68 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

[35]– عيسى طعيبة، مرجع سابق، ص84.

[36]– قرار رقم 581222 صادر بتاريخ 2010/10/14 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2011، ص248.

[37]– قرار رقم 50270 صادر بتاريخ 1988/11/07 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد03، 1991، ص48.

[38]– قرار رقم 564787 صادر بتاريخ 2010/07/15 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2010، ص262.

[39]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص56.

[40]– قرار رقم 33636 صادر بتاريخ 1984/06/25 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد03، 1989، ص45.

[41]– إيمان معمري، مرجع سابق، ص58.

[42]– قرار رقم 328229 صادر بتاريخ 1984/07/09 عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد01، 1990، ص60.

[43]– قرار رقم 111048 صادر بتاريخ 1995/11/21 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد52، 1997، ص102.

[44]– قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد21، سنة 2008.

[45]– سناء عماري، مرجع سابق، ص198.

[46]– قرار رقم 364850 صادر بتاريخ 2006/05/17 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2007، ص437.

[47]– قرار رقم 302428 صادر بتاريخ 2003/05/21 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد58، 2006، ص202.