مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة

د/ بوبكر خلف
جامعة الوادي

الملخص :

مصلحة المحضون: مبدأ عرفته الشريعة الإسلامية , وبحثه الفقه , وأقرته القوانين المقارنة , وطبقه القضاء المعاصر , بل أصبح هو المبدأ الأساسي الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند إسناد الحضانة أو ممارستها أو إسقاطها أو إنهاءها , ويقدم حتى على حقوق الحاضن والولي .

كل ذلك حفاظا على حقوق الطفل المحضون ,الطرف الضعيف المتضرر من إنهاء العلاقة الزوجية والتفكك الأسري , سواء بالطلاق أو الوفاة أو الفقدان , والقيام برعايته وتربيته على دين أبيه وتعليمه والإنفاق عليه والسهر على حمايته خلقا وخلقا جسما وعقلا , حتى يبلغ أشده ويتمكن من القيام بشؤونه بنفسه , والنهوض بتبعات الحياة ويتحمل مسؤولياته الفردية والمجتمعية .

غير أن هذا المبدأ على الرغم من كل هذه الأهمية وتلك العناية المعطاة له مازال تكتنفه بعض العمومية وعدم التحديد الشيء الذي تهدف هذه الدراسة لإجلائه وإزالة الغموض عنه .

Abstract :

To comply with the basic necessities of brought up children is a concept clearly specified by Islamic legislation , studied by its jurisprudence , asserted by comparative laws and is fully applied by Modern courts .

Moreover , it has become the main concept taken into account when deciding to assign this charge practice it, atop it or bring it to an end, having constantly is mind that the child advantages are prior to those of the tutor .

All these considerations are intended to preserve the child rights ,since he is the weakest part bearing all the harm due to the breaking of the marriage ties and the family disruption whether as a consequence of divorce , death or disappearing in order to be brought up according to his father religion educated and with all the expenses conferred to the tutor who is caring for his safety in all regards body and mind ,until he reaches the age of self conceit and become able to manage for himself , facing the events of life and taking his personal and common responsibilities.

In spite of all these considerations there are some unidentified aspects of this concept , which this study intends to clarify and make it more accessible.

تمهيد:

من أهم الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج، سواء بالطلاق وهو الغالب أو الوفاة أو الفقدان , هي الحضانة , والتي أقرتها مبادئ الشريعة الإسلامية وكفلتها القوانين خاصة للطفل، وهي وضعه عند الشخص الأقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، أو هي الحق في الرعاية والتربية الصحية والخلقية السليمة له ، حتى يصبح قادرا على الاضطلاع بشؤونه بنفسه وتحمل مسؤولياته , وقد خصص المشرع الجزائري لها المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة **(1)** , ,كرس بموجبها حقوق الطفل المحضون , كما خصصت لها التشريعات المقارنة العديد من موادها القانونية .

والحضانة من حيث أحكام إسنادها وممارستها وتمديدها وحالات إسقاطها وإنهائها مؤسسة على مبدأ هام في الشريعة والقانون، والفقه والقضاء , ألا وهو مبدأ مراعاة " مصلحة المحضون"، فحق الحضانة مؤسس على مصلحة المحضون بالتحديد ، لكون هذا المبدأ له أهمية في الحياة الفردية والاجتماعية .

فما هي هذه المصلحة ؟ وما هي خصائصها وطبيعتها ؟ وما هي مقوماتها ومعاييرها ؟ وما هي سلطة ووسائل القاضي في إقرارها ؟ .

أسئلة للإجابة عليها اعتمدنا على المنهجين التحليلي لتحليل الآراء الفقهية والقواعد القانونية والأحكام القضائية المختلفة , والمنهج المقارن لإجراء المقارنة بينها , في المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف مصلحة المحضون

إن كلا من فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون قد أخذوا بهذه القاعدة قديما وحديثا، ولقيت اهتماما كبيرا من طرف المشرعين، وهذا من أجل ضمان حقوق الطفل المحضون والتكفل به، ووضعوا مجموعة من التعريفات، سنتطرق إليها بالدراسة ضمن الفرعين التاليين :

الفرع الأول: تعريف المصلحة: من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية وموقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من مصلحة المحضون.

أولا: التعريف اللغوي: المصلحة لغة من الصلاح , وهي كل ما يصلح به المرء من شأنه بمنفعة تأتيه إذا مارس حقا أو أقام دعوى **(2)** ، وهي مفردة مصالح وهي كالمنفعة وزنا، والمصلحة هي جلب نفع ودفع ضرر، فهي كل ما يبعث على الصلاح، وما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع تسمى مصلحة**(3)** ، ومقاصد الشريعة الإسلامية كلها مبنية

على جلب المصالح ودرء المفاسد.

ثانيا:التعريف الاصطلاحي: يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية وأساسها، فقد عرفها الإمام الغزالي رحمه الله بأنها : " جلب المنفعة ودفع المضرة"، أي المحافظة على مقصود الشرع، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفوسهم وعقولهم وأعراضهم وأموالهم **(4)**, فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه المصلحة فهو مفسدة ، كما عرفها الأستاذ محمد مصطفى شلبي: "المصلحة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق بإطلاقين الأول مجازي وهو السبب الموصل للنفع، والثاني حقيقي وهو الهدف أو ما يترتب على الفعل من خير أو منفعة, ويعبر عنه باللذة أو النفع" **(5)**.

ثالثا: التعريف القانوني: ركز المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة المحضون برعايته وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته، دون أن يضع لها تعريفا عاما ومحددا **(6)**، فهي قاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع الظروف الزمنية،

فتختلف من زمن إلى آخر، ومن مكان إلى آخر، ومن طفل إلى آخر، وجعل المشرع الجزائري هذه القاعدة معيارا يرجع إليه القاضي كلما رأى في ذلك ضررا على مصالح الطفل، ووسع من سلطته التقديرية في ذلك إلى أبعد مدى , فلم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفا لمصطلح المصلحة، ولكن نص عليها في كثير من المواد أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لارتباطها بالقصر، كما ربطت المادة 64 من نفس القانون ترتيب الحواضن بشرط مراعاة مصلحة المحضون **(7)**.

كما نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي **(8)** على مصلحة المحضون في المادة 146 منه، وكذلك نصت المادة : 170/**ف**02 على مصلحة المحضون وجعلت هذه التشريعات وباقي التشريعات العربية، هذا المبدأ خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثاني : تعريف المحضون : وهو الشخص الواقع عليه الحضانة , وهي ضرب من ضروب الولاية على الطفل والرعاية له، وعليه سنحاول في هذا الفرع تعريف الحضانة لغويا واصطلاحيا وقانونيا .

أولا: التعريف اللغوي: الحضانة , بفتح الحاء , مصدر مأخوذ من الفعل حضن فنقول: "حضن الطائر بيضه" إذا جلس إليه وضمه ، وعند الإنسان تطلق على عملية الحنان والتربية حين تضم الأم ابنها إلى صدرها و تعانقه ، فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء

وحفظه والعناية به **(9)**.

ثانيا:التعريف الاصطلاحي: أجمعت أغلب تعريفات الفقهاء على أن الحضانة هي عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو الشيخ الهرم أو المجنون أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره ولا يدرك ما يضره وما ينفعه **(10)** , وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياته .

فقد عرفها المالكية بأنها الكفالة والتربية والقيام بمصالح المحضون وهي فرض كفاية **(11)** .

وعرفها الحنفية بقولهم:" الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة" **(12)**.

كما عرفها الشافعية بقولهم: " هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل، وكبير ومجنون وتربيته، أي تنميه بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك" **(13)**.

وعرفها الحنابلة بأنها: " كفالة الطفل وحفظه مما يضره والإنفاق عليه وإبعاده عن المهالك **(14)**"

وتثبت للطفل منذ ولادته ولاية التربية **و** تكون للنساء في المدة التي لا يستغني فيها عنهن وتسمى بالحضانة وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء **(15)**.

ثالثا: التعريف القانوني: نصت المادة:62 من ق س ج على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" .

كما عرفت بعض تشريعات الدول العربية الحضانة، منها :

- مجلة الأحوال الشخصية التونسية (16)، عرف الفصل: 54 منها:" الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته" .
- مدونة الأسرة المغربية (17)، عرفت الحضانة المادة: 163 منها بأنها : " حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه، على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون" .
- قانون الأحوال الشخصية السوداني (18)، تناولت المادة: 109 تعريف الحضانة بأنها

- : "حفظ الولد وتربيته وتعليمه ورعايته، بما لا يتعارض مع حق الولي ومصلحة الصغير" .

يلاحظ من هذه التعريفات أنها استخدمت مصطلح الولد أو الصغير بدلا من الطفل إلا أن التشريعات الجزائرية والتونسية والمغربية لم تربط مفهوم الحضانة بمصلحتي الطفل والحاضن على حد سواء , بل كان المشرع الجزائري في العديد المواد المتعلقة بالمحضون يصر على توخي القاضي دائما مصلحة المحضون , بينما المشرع السوداني أشار إلى ربط غايات الحضانة مع مصلحة الصغير ومصلحة الولي في إطار إحداث نوع من التوازن مابين مصلحة المحضون ومصلحة الولي، بما يفيد المساواة مابين حقوق المحضون وحقوق الولي كضابط لغايات الحضانة .

المطلب الثاني: خصائص وطبيعة مبدأ مصلحة المحضون:

الحضانة أمر يتوقف وجوده عادة على ثلاثة أشخاص وهم الحاضن والمحضون والولي , المحضون وهو الطفل الصغير أما الحاضن فهو إما امرأة أو رجل يكون مكلفا وملزما بتأدية هذا الواجب في الغالب هي الأم والولي هو الأب , وهذه العلاقة ترجح فيها دائما مصلحة الطرف الضعيف فيها وهو المحضون , سنوضح خصائصها وطبيعتها في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : خصائص مصلحة المحضون: وتتجسد في المميزات الآتية :

أولا : أنها ذاتية وشخصية، بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حده فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة لكل طفل بنظرة تخصه، ويحدد مصلحته من حيث السن والحاجيات والمحيط الذي يترعرع فيه، فما يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح لطفل بالغ السابعة من عمره (19), ومصلحة أطفال البدو الرحل تختلف عن مصلحة أطفال المدينة، فانقطاع أطفال البدو الرحل في بعض الأحيان عن الدراسة قد لا يعد مساسا بمصلحتهم ، بينما أطفال المدينة الانقطاع عن الدراسة يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة لما فيه من تقصير في تربية الطفل ومتابعة تعليمه.

ثانيا : مصلحة المحضون مسألة فقهية، يصعب إفراغها في مادة قانونية فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، والمشرع أخذ بها ونص عليها في القواعد القانونية دون أن يحدد لها معنى عاما ومجردا (20) .

ثالثا : هي مسألة موضوعية، أوكلها القانون للسلطة التقديرية للقاضي ولاجتهاده، فهو يقدرها على ضوء الأبحاث التي يجريها لتحقيق تلك المصلحة، على أن يعلل حكمه تعليلا واضحا،

عند إسناد الحضانة أو إسقاطها وإلا عرض للنقض، لأن أساس الحضانة هو مصلحة المحضون (21).

رابعا : أنها متطورة إذ تتطور حسب الحياة ومتطلباتها, مرنة تتأقلم مع الظروف الزمنية والمكانية ، لأنها غير ثابتة فهي تختلف بين طفل وآخر حسب سنه ووضعه المعيشي , كما تختلف من قاض إلى آخر حسب قناعته الفكرية ومعتقداته الدينية , وهذا ينعكس لاحقا خاصة على حق النفقة التي تتغير بحسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وحق السكن .

الفرع الثاني : طبيعة مصلحة المحضون: لأن الحضانة تدور حول مصلحة المحضون , التي توجب حفظه من الهلاك بالإنفاق عليه حتى ينجوا من التلف، لأنه لا يستقل بشؤونه في ذاته ومسكنه ومأكله وكسوته , ودفع الضرر عنه (22)، وهي تتطلب المتابعة والصبر وبذل العناية .

واختلفت آراء الفقهاء ومواقف التشريعات واجتهادات القضاء حول تكييف مصلحة المحضون:

أولا: الاتجاهات الفقهية

ذهب البعض من الفقهاء إلى أن مصلحة المحضون حق لله تعالى، وعليه فلا تسقط بإسقاط الحاضن أو إرادة المحضون لأنه قاصر عن إدراك مصلحته ، بل يجبر الحاضن عليها إلا لعذر شرعي قانوني أو إرادة المحضون (23) , بينما يرى البعض الآخر أن الحضانة حق للحاضن لا يجبر عليه، وهو رأي بعض الحنفية والمالكية وهو مذهب الشافعية وإذا عينت الأم لحضانة الصغير بأن لم يجد غيرها يحقق مصلحته، وامتنع الصغير عن قبول غير أمه أو لم يكن له أو للأب مال يستأجر له منه حاضنة، ففي هذه الأحوال تجبر الأم على حضانته ، وأما غير الأم فلا تجبر على الحضانة، وينتقل الحق إلى من تليها من النساء أو الرجال ممن لهم الحق في الحضانة ، قال الله تعالى : "لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده" (24) .

ومنهم من قال بأنها حق للمحضون، فتجبر الحاضنة عليه لتحقيق مصلحته , ولوليه سلطة إلزام من وجبت عليه شرعا وهي أمه أو غيرها قضاء , والى هذا ذهب بعض من الحنفية والمالكية، فلا تسقط بإسقاط الحاضنة وتجبر الحاضنة عليه (25) ، لأن المحضون يهلك بتركها .

ويرى الاتجاه الفقهي الأخير أن الحضانة حق للحاضن والمحضون على سبيل الاشتراك ، والحضانة تتعلق بثلاثة حقوق معا حسب العلماء المحققين، وهي حق الحاضنة وحق المحضون وحق الولي أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق لا بأس وإلا قدم حق المحضون عنها جميعا (26) ، وهو ما ذهب إليه التشريع وطبقه القضاء الجزائريين .

ثانيا : الأحكام التشريعية :

إن التشريعات قد نصت على أنه في حالة إسناد الحضانة وممارستها وتمديدها وحالات إسقاطها وإنهائها لا بد من ترجيح مصلحة المحضون عن مصلحة الحاضن والولي, فالمشرع الجزائري ركز على ذلك في المواد : 64 , 65 , 66 , 67 , 69 من ق س ج , والمادة : 424 من ق إ م إ ج

والمشرع الأردني نظمها في قانون الأحوال الشخصية (27) , المواد : 170 تكلمت عن إسناد الحضانة للقريب ألأكثر أهلية , و 173 نظمت تمديدها , و175 نصت على تأثير سفر الحاضن على مصلحة المحضون , و 176 كذلك تطرقت إلى سفر الحاضن إلى الخارج .

والمشرع الإماراتي قننها في قانون الأحوال الشخصية (28) , المواد : 145التي مكنت الأم الغير مسلمة من الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك , و146 رتبت المحضونين وفقا لمصلحة المحضون , و 156 حددت نهاية الحضانة بناء على مصلحة المحضون .

والمشرع العماني نص عليها في قانون الأحوال الشخصية (29) , المواد : 127 نصت على زواج الحاضنة بغير ذي محرم للمحضون , و 128 نظمت حالة كون الحاضنة على غير دين المحضون , و 130 ضبطت ترتيب الحاضنين .

ثالثا : الاجتهادات القضائية :

جرى العمل القضائي على تطبيق مبدأ مصلحة المحضون كلما عرضت عليه قضية متعلقة بالحضانة ,إذ حكمت المحكمة العليا بأنه :" لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون , وقضاة الموضوع لما اسندوا حضانة الولدين لأمهما على الرغم من تنازلها عنها مراعاة لمصلحتهما قد طبقوا صحيح القانون " (30) , وقضت في قرار آخر لها بأنه : " يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج تراب الجمهورية مراعاة لمصالحهم"

(31),وفي آخر أن :"إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون" (32) .

المطلب الثالث: مقومات ومعايير مصلحة المحضون:

مما تقدم فإنّ مقومات ومعايير مصلحة المحضون تظهر في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : مقومات مصلحة المحضون : تستنتج من أحكام الشريعة الإسلامية ومن نص المادة : 62 من قانون الأسرة الجزائري , وتتجلى في الآتي :

– أولا: تربية الولد على دين أبيه: إذا كان الأب مسلما يجب أن يربىّ الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي , ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة، إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك ، فهي كالمسلمة (33) على أن تراعي أحكام الشرع والقانون في تربية الطفل .

ما جسده قضاء المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية "(34) .

–**ثانيا : تعليم الولد:** ويقصد به التعليم الأساسي أو التمدرس، وما دام التعليم إجباريا فكل طفل له الحق وعلى وليه وحاضنه واجب تمكينه من التعليم حسب إمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الجسمي والنفسي , ليكون مستقبلا عنصرا نافعا لنفسه وأسرته ومجتمعه.

ثالثا: رعاية الطفل خلقيا: بتنشئته على مكارم الأخلاق وإعداده ليكون فردا صالحا سويا، وأن لا يُترك عرضة لتأثير الشارع وقرناء السوء.

ولهذا أولى القضاء الجزائري تطبيقا للقواعد الشرعية والقانونية أهمية بالغة لكفاءة الحاضن, ومدى تحمله للمسؤولية و توافر الاستقامة الخلقية فيه ضمانا لتربية الطفل تربية سوية .

وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها ذلك والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون (35) .

رابعا: العناية بالمحضون صحيا: خاصة في السنوات الأولى من حياته، ويعتبر هذا الحق لصيقا بشخصه وكيانه المادي والمعنوي معا، ويجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، والسلامة العقلية ، وكل ذلك يقع على عاتق الحاضن ووليه وهو واجب عليهما، وكذلك تلقي كل التّلقيحات اللازمة والدورية، وأن يُعرض على الطبيب كلّما استدعت الضرورة ذلك .

مع مراعاة الجانب النفسي للطفل والحرص على نموه في بيئة نفسية سليمة، وتتجلى مظاهر هذه الحماية من خلال مبدأ السكن اللائق الآمن والصحي والنظافة الجسمية التي يتحقق من خلالها حماية الطفل من الأمراض تبعا لقاعدة الوقاية خير من العلاج .

خامسا : السهر على حماية المحضون: يجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا أو عقليا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وأن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من الحماية حتى من النفس .

الفرع الثاني : معايير تقدير مصلحة المحضون : لم يقدم التشريع الجزائري معايير دقيقة لمصلحة المحضون وكذلك الفقه القانوني وإن كان يفهم من فحواهما ذلك , في حين حدد الفقه الإسلامي معيارين أساسيين لتقدير مصلحة المحضون، أحدهما معنوي و الآخر مادي .

أولا : المعيار المعنوي: تتجلى أهمية الجانب المعنوي في مصير المحضون , خاصة بعد انحلال عقد الزواج وتفكك الكيان الأسري , وما يترك ذلك من آثار سيئة على الطفل وعلى نموه الجسمي والذهني والعاطفي (36) , الدراسات النفسية أثبتت أن شخصية الإنسان تتكون في الخمس أو السبع سنوات الأولى من عمره وما يكتسبه من بعد من معارف وتجارب ما هي إلا مكملة ومتممة لها , وما دامت الأم الشخص الأكثر إمدادا بالعطف والحنان للطفل في مقتبل عمره (37) والأصبر على خدمته , فإنه لا يقدم عليها أي طرف آخر في الحضانة إلا لمانع شرعي أو قانوني , وكذلك تقدم النساء على الرجال حتى يبلغ المحضون سنا معينة يصبح الرجال أفضل له في الحضانة لحاجته للتربية والتوجيه والحماية .

هذا ولا يمنع منح الحضانة للأم أو النساء , الأب أو الولي أو من له مصلحة من حق الزيارة والتربية والتعهد للطفل المحضون , لأن ذلك أيضا من صميم مصلحته المعنوية والمادية .

ولهذا يلجأ القاضي أول ما يلجأ إلى المعيار المعنوي للكشف عن مصلحة المحضون الذي يعد معيارا جوهريا لها .

كما نصت المادة : 330 \ فـ3 من ق ع ج (38) على أن يعاقب , أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم أو يسيء معاملتهم أو يهمل رعايتهم أو

لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة مالية من خمسة وعشرون ألف دينار جزائري إلى مائة ألف دينار جزائري، وذلك حماية لمصلحة المحضون المعنوية .

ثانيا : المعيار المادي: للمأكل والملبس والمسكن وغير ذلك مما يحتاجه المحضون أهمية ، ولهذا أوجبت التشريعات على الولي النفقة عليه حتى يستغني عنها بالكسب بالنسبة للذكر وحتى الزواج بالنسبة للأنثى (39) , كما أوجبت عليه توفير سكن ملائم للحاضنة و محضونيها و إلا دفع لها بدل إيجار ذلك (40) , ونظرا لأهمية الجانب المادي في حضانة الطفل وذلك بتوفير الحاجات الضرورية له مما يجعله يعيش في اطمئنان واستقرار, أقر المشرع الجزائري ، إنشاء صندوق النفقة وفقا للقانون رقم : 01\ 15 وإن كان لم يضع له النصوص التنظيمية بعد , بهدف حماية الحقوق الأساسية للمحضون ليضمن له العيش الكريم , حتى يبلغ سن الرشد.

وعليه فإن الرعاية المعنوية والنفسية للطفل المحضون غير كافية إذا لم ترافقها رعاية مادية تحقق مصلحته (41) بسد حاجاته الأساسية و تحقيق استقراره المادي والعاطفي .

المطلب الرابع : سلطة ووسائل القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

لتحقيق قاعدة مراعاة مصلحة المحضون أعطى المشرع للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ذلك، كما مكنه من اعتماد آليات تساعده على تحقيق ذلك, سندرس ذلك في الفرعين الآتيين

الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

الاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في تسيير الدعوى للوصول إلى العدالة سواء من حيث الإجراءات أو من حيث المضمون, وذلك بتوسيع سلطته التقديرية لكي لا يبقى مكتوف الأيدي واقفا موقف الحياد أمام القضية المطروحة أمامه .

ولهذا على المحاكم عند نظرها في دعاوى الحضانة أن تعتمد في كل إجراء يتعلق بالطفل أو يكون طرفا فيه مصالحه الفضلى ، وهو ما أكده المشرع الجزائري عندما منح للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للطفل المحضون، فيبذل القاضي كل جهده لكي تتلاءم أحكامه وقراراته مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه، وتختلف نسبة تقديره من قضية إلى أخرى، كما يتوجب عليه تسبيب أحكامه في هذا المضمار حتى لا تكون عرضة

للنقض من قبل المحكمة العليا .

ولكون الحضانة في الأصل مسألة قضائية بالأساس، وأن غالبية أحكامها اجتهادية قابلة للتغيير تسمح بإمكانية إعادة النظر فيها إذا كانت مصلحة المحضون تستوجب ذلك , وليس طبعا استنادا إلى رأي القاضي الخاص أو تبعا لميولاته الذاتية بل بناء على عناصر موضوعية وأدلة مادية ملموسة , وعليه دائما واجب مراعاة مصلحة المحضون (42) .

الفرع الثاني : وسائل القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

أجاز المشرع الجزائري في **ق إ م إ** للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق سواء بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه (43) ، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى (44) وحتى قبل مباشرتها، ومن هذه التدابير:

أولا- الخـــبرة: لإيضاح بعض المعلومات الفنية التي يحتاج إلى فهمها من أجل تأسيس حكمه (45) , وقد نصت المادة 425 من **ق إ م إ** على أن: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال, ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون, أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة" , فالخبرة تتناول الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده (46) .

ومنه للقاضي أن يطلب تعيين خبير مختص بدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والاجتماعية قبل تحديد الحاضن الأصلح ، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 2005/11/16 الذي ورد فيه أنه:"إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون، بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية (47) .

ثانيا- المعاينة: إذا كانت الخبرة لا تكفي أو لا توضح المعلومات الفنية المرجوة ، يمكن للقاضي أن يأمر بالانتقال إلى أماكن النزاع لكي يتعرف شخصيا على وقائع النزاع المعروض عليه (48) ، فينتقل القاضي المختص إقليميا إلى مكان ممارسة الحضانة للمعاينة ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون، كمراعاة مدى ضيق المسكن أو اتساعه، ومدى قربه أو بعده عن المدرسة والمرافق الضرورية , وذلك وفقا لنص المادة : 146 من **ق إ م إ**, التي جاء فيها : "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من

الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك"، ويمكنه أن يأمر باصطحاب من يختاره من ذوي الاختصاص،وله اتخاذ كافة الإجراءات التي يراها ضرورية، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته .

ثالثا– سماع الشهود: للقاضي المختص سلطة تقديرية واسعة في سماع شهادة أي شخص إذا كان ذلك ضروريا، مراعيا في ذلك الشروط القانونية المتعلقة بالشهادة حسب ما جاء في المادة : 150 من **ق إ م إ** , بجواز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون طبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود, ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية , على أن يؤدي الشاهد اليمين على أن يقول الحقيقة، وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال .

كما أنه يجوز للقاضي إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم ببعض، و يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو أزواجهم بالإضافة إلى أخواتهم وأبناء عمومتهم في حين لا يتم سماع شهادة الأبناء المحضونين، لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/01/11 جاء فيه: "من المقرر أن رغبة المحضون لا تأخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن " (49) .

و الاستماع للمحضون يخضع لشروط، فهو جوازي بالنسبة للقاضي، وأن يكون الاستماع ضروري أمام القاضي وعلى انفراد وبمكتبه، وأن يكون التخيير من بين أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليهم قانونا، وأن يكون الطفل المحضون ناضجا ومميزا، وأن يأخذ رأيه على سبيل الاسترشاد, والقاضي هو الذي يقدر مدى قدرة تمييز المحضون .

وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة هو مراعاة وتحقيق مصلحة المحضون.

خاتمة :

من هذه الدراسة يتضح أن أحكام الشريعة الإسلامية أولت مصلحة المحضون أهمية بالغة لتعلقها بمقاصد ثلاثة على الأقل للشريعة وهي النفس والعرض والعقل , تبنت هذه العناية التشريعات العربية والإسلامية بما فيها قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائريين , وزاد في تعميقها وتجذيرها التطبيق القضائي في الواقع المعيشي , وهذا لتعلقها بتنشئة الطفل المحضون التي تحدد مستقبله .

إلا إنه ما يؤخذ على التشريع المقارن بما فيها المشرع الجزائري , على الرغم من كونه أشار إلى مصلحة المحضون في المادة : 62 ونوه بها فيما بعدها من مواد من قانون الأسرة إلا أنه لم يحدد هذه المصلحة بتعريف يزيل اللبس , ولم يضبط معايير تقديرها بل تركها واسعة وفضفاضة .

الأمر الذي فتح المجال وسعا جدا أمام القضاء لتقدير مصلحة المحضون وإقرارها والحكم بمقتضاها حتى ولو أدى ذلك إلى مخالفة الأحكام القانونية , أو إلى تضارب الأحكام القضائية .

مما يجعل من الضروري إفراغ مصلحة المحضون في مادة أو مجموعة مواد قانونية , تتضمن الجوانب المعنوية والمادية في حياة الطفل , محددة عامة ومجردة وملزمة .

ومن جهة أخرى ضبط إجراءات متابعة للحاضن والولي في مدى رعايتهم لمصلحة المحضون , خاصة ما تعلق بحقوق النفقة والسكن والزيارة , طيلة فترة الحضانة , حتى لو تطلبت الحاجة تقنين قانون لإجراءات للأحوال الشخصية على غرار بعض البلدان العربية .

الهوامش :

1 . القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة, المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل27 فبراير 2005 ، ج ر، ع15 بتاريخ 27 فبراير 2005 .

2 . إبراهيم نجار ومجموعة مؤلفين , القاموس القانوني , فرنسي عربي , مكتبة لبنان , 1983 , ص : 164 .

3 . مسعود جبران، الرائد، معجم لغوي عصري، المجلد2، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1978، ص: 1389 .

4 . محمد سعيد رمضان البوطي , ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية , الدار المتحدة للطباعة والنشر , سوريا , 1987 , ص :27 .

5 . محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام , دراسة مقارنة في الفقه ومذاهب السيرة والمذهب الجعفري ، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص : 279.

6 . وهذا دأب المشرع أنه لا يعرف , وذلك حتى تبقى القاعدة القانونية تمتاز بالعمومية والتجريد , وحتى يمكن تطبيقها على اكبر عدد ممكن من الحالات , وإذا فعل فإنه يفعل ذلك استثناء للأهمية

القصوى التي تكتسيها المسألة المعرفة , ومصلحة المحضون تكتسي هذه الأهمية .

7 . وفي هذا الاتجاه حكمت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون" .

أنظر : الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د م ج، الجزائر، 2005، ص :.133

8 . قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم :28 \ 2005 .

9 . أبو الفضل جمال الدين , بن منظور , لسان العرب ,مجلد 13 , دار صادر , بيروت , لبنان ,2008 , ص : 122 .

10 . وهبة الزحيلي , الأسرة المسلمة في العالم المعاصر , دار الفكر المعاصر , دمشق , سوريا , 2000 , ص : 173 .

11 . عبد القادر بن حرز الله , الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة , دار الخلود للنشر والتوزيع , الأردن , 2007 , ص: 358 .

12 . ابن عابدين , حاشية رد المحتار , ج 3 , مطبعة الحلبي , القاهرة , د ت , ص:552 .

13 . الشربيني محمد بن أحمد , مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج , ج3 , مطبعة الحلبي , القاهرة , د ت , ص:241 .

14 . ابن قدامة موفق الدين , المغني , ج8 , دار الكتاب العربي , بيروت , لبنان . د ت , ص: 297 .

15 . محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، ط 3، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 ، ص : 474.

16 . مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بتاريخ : 13\08\1956 , المعدلة والمتممة .

17 . مدونة الأسرة المغربية , الصادرة بتاريخ : 04\02\2004 , بناء على ظهير شريف رقم : 04\22 , المعدلة والمتممة .

18 . قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 .

19 . صالح بو غرارة , حقوق الأولاد في النسب والحضانة , ط1 , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , 2013 , ص :106 .

20 . أنظر المواد : من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 , المتضمن قانون الأسرة , المصدر السابق .

21 . كمال صالح البنا , المشكلات العملية في دعاوى حضانة الصغار في ضوء الفقه والقانون والقضاء , دار الفكر والقانون , المنصورة , مصر , 2005 , ص :12 .

22 . نصر فريد واصل , الولايات الخاصة , الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية ,ط1 ,دار الشروق , مصر ,2002 , ص: 60 .

23 . محمد بن يوسف اطفيش , شرح كتاب النيل وشفاء العليل ,ج2 , ط3 , مكتبة الرشاد , السعودية , 1985, ص : 26 .

24 . سورة البقرة , الآية :231 .

25 . صلاح الدين جمال الدين ,تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج , دار الفكر العربي , مصر , 2007 , ص:362 .

26 . محمد عزمي البكري , موسوعة الفقه والقضاء , دار محمود للنشر والتوزيع , القاهرة ,1996 , ص : 781 .

27. أنظر : قانون الأحوال الشخصية الأردني , رقم : 36\ 2010 , جريدة رسمية رقم : 5061 :بتاريخ : 17 \10 \ 2010.

28 . أنظر : قانون الأحوال الشخصية الإماراتي , مصدر سابق .

29 . أنظر : قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان , الصادر بمرسوم رقم :97\32 .

30 . أنظر : باديس ذيابي , قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية , دار الهدى , الجزائر ,2012 , ص : 63 .

31 . أنظر : قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :2008\03\12 , الملف رقم :426431 ,المجلة القضائية , العدد :01 ,2008 , ص: 271 .

32 . : قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :2001\02\12 , الملف رقم : 256629 , أنظر : يوسف دلاندة , قانون الأسرة ,..مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا , دار هومة , 2005 , الجزائر , ص : 100 .

33 . فضيل سعد , شرح قانون الأسرة الجزائري , الزواج والطلاق , ج1 , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزائر , 1986 , ص : 371 .

34 . قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :1989\03\13 , الملف رقم : 52221, أنظر : يوسف دلاندة , المرجع السابق , ص : 101 .

35. قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :1997\09\30 , الملف رقم : 171684, أنظر : يوسف دلاندة , نفس المرجع , ص , ص : 107 , 108 .

D iane Drory , L enfant et la séparation parentale ,Yapaka p 12 36 Bruxelles , 2002, 37 . أحمد شامي , قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات , دراسة فقهية ونقدية مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , 2010 , ص : 303 .

38 . القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006المتضمن قانون العقوبات, المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 , المتضمن قانون العقوبات ، ج ر، ع84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006 .

39 . أنظر : المواد : من 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري , المصدر السابق .

40 . أنظر : المادة : 72 من قانون الأسرة الجزائري , نفس المصدر .

41 . قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :13\02\2008 , الملف رقم : 424292, جاء فيه : " يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون " أنظر : جمال سايس ,الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية , ج 3 , منشورات كليك , الجزائر , 2013 , ص : 1445 .

42 . قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :18\06\1991 , الملف رقم : 75171, جاء فيه : " من المقرر شرعا وقانونا بأن يراعى في إسنادها توفر مصلحة المحضون , وهذه يقدرها قضاة الموضوع " أنظر : العربي بلحاج , قانون الأسرة مع تعديلات الأمر رقم 02/05 , ط 3 , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 2007 , ص : 353.

43 . أنظر : المادة : 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية , المصدر السابق .

44 . أنظر : المادة : 76, نفس المصدر .

45 . أنظر : نص المادة 126 من نفس المصدر , "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم, تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة" .

46 . عبده جميل غصوب , الوجيز في قانون الإجراءات المدنية , دراسة مقارنة , ط 1 , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , 2010 ,ص:326 ,

47 . قرار المحكمة العليا , الغرفة الشخصية , بتاريخ :16\11\2005 , الملف رقم : 337176, أنظر : جمال سايس ,الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ,مرجع سابق , ص : 1527 .

48 . بشير بلعيد , القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس الفضائية , دار البعث , قسنطينة , 2000 , ص: 92 .

49 . قرار المجلس الأعلى , غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ : 1982/01/11, الملف رقم : 26503 , أنظر : جمال سايس ,مرجع سابق , ص : 145 .