ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الاول ص.ص: 263-276

استحقاق الحضانة في القانون الجزائري

Eligibility for custody in Algerian law

عبد السلام نور الدين *
جامعة عين تموشنت
abdesselam.noureddine@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 08-12-2021 تاريخ قبول المقال: 03-01-2022 تاريخ نشر المقال03-03-2022

الملخص:

بعدما كان المشرع الأسري الجزائري في قانون84/11 يتوافق مع اتجاه الفقه المالكي في ترتيب مستحقي الحضانة، خرج عن الاتجاه العام في الفقه الإسلامي بموجب الأمر 02/05، مما عده البعض خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية، غير أن الأمر ليس كذلك، إذ هي ذاتها فتحت الباب على مصراعيه للاجتهاد فيما لا نص فيه، كما هو في هذه الحالة، حيث أخضعت ترتيب مستحقي الحضانة لمبدأ مصلحة المحضون، وهذا الذي راعاه المشرع الجزائري بموجب المادة 64 من قانون الأسرة، وضمانا لحماية مصلحة المحضون، خول المشرع الجزائري مهمة كشفها للسلطة التقديرية للقاضي، كما جرم الامتناع عن تسليم المحضون لمستحقه الشرعي وعاقب عليه باعتباره جنحة.

الكلمات المفتاحية: حضانة، قاضي، التشريع، الفقه.

Abstract:

After the Algerian family legislator in Law 11/84 was consistent with the direction of the Maliki jurisprudence in arranging those entitled to custody, he departed from the general trend in Islamic jurisprudence by virtue of Order 05/02, which some considered as a departure from the provisions of Islamic Sharia in this part, but this is not the case, As she herself opened the door wide for diligence in what is not stipulated, as it is in this case, where she subjected the arrangement of those entitled to custody to the principle of the child's interest, and this was taken into account by the Algerian legislator under Article 64 of the Family Code, and in order to ensure the protection of the interests of the child in custody, the Algerian legislator was authorized the task of revealing it At the discretion of the judge, it also criminalized refusal to deliver the child in custody to his legal right and punished him as a misdemeanour.

* المؤلف المرسل

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الاول ص.ص: 263-276

Keywords : custody, judge, legislation, jurisprudence .

مقدمة:

لقد حرصت كل المجتمعات على مر التاريخ بالسهر على حماية الطفل وتنشئته نشأة صالحة، باعتباره ثروتها الغالية والنفيسة، ولقد اعتمدت تلك المجتمعات في سبيل هده التنشئة الصالحة والسليمة على أهم مؤسسة اجتماعية ألا وهي مؤسسة الأسرة، باعتبارها المحضن الطبيعي والأصلي لزرع القيم والسلوكات الحضارية، إلا أنه ليس كل الأطفال يكون لهم حظ التنعم بالعيش في كنف الأسرة، إما لتحللها بالطلاق وإما بوفاة الوالدين أو أحدهما، الأمر الذي يستنهض واجب الجماعة في حضانة الطفل وحفظه وحمايته من التلف والضياع.

ويمر الطفل في حضانته بمراحل عدة، غير أن أهم وأخطر مرحلة فيها هي مرحلة إسناد وتسليم المحضون لحاضنه الشرعي قبل سن التمييز، وفق الترتيب الذي وضعته التشريعات القانونية لمستحقي الحضانة في مختلف الدول خاصة منها الدول الإسلامية، ويعود سبب هذه الأهمية والخطورة أن الخطأ فيها مكلف وشاق ويصعب جبره لاحقا، لإمكانية ضياع الغايات التي توخاها المشرع من تشريع الحضانة.

وأمام هذا الوضع المقلق أثيرت لدينا الإشكالية التالية:

هل الترتيب الموضوع لمستحقي الحضانة وجوبي أم جوازي في القانون الجزاءري؟ وهل دلك الترتيب كان مبنيا على أساس مصلحة المحضون؟ وإذا كان كذلك فأين تتجلى هذه المصلحة؟ وهل ترتيب المشرع الجزائري للحاضنين يتوافق مع بعض الاتجاهات في الفقه الإسلامي ومع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها أم يجانبها؟ وإذا كان كذلك ما هي الحماية التي أقرها المشرع الجزائري لتحقيق مصلحة المحضون أثناء تسليمه لحاضنه الشرعي؟

تلكم هي الإشكالية التي جعلتها محلا لدراستي، ولقد سعيت للإجابة عنها بالعودة إلى الفقه والتشريع، وأحيانا بالعودة للأحكام القضائية، ولقد قمت بصياغة المادة العلمية متبعا في ذلك المنهج التحليلي المقارن، بحيث أتتبع تحليل القضايا العلمية في القانون الجزائري وأحيانا في الفقه الإسلامي، ثم المقارنة بينهما لكشف مدى توافقهما في مراعاة غايات الشريعة الإسلامية، ولقد رتبت المادة العلمية وفقا للخطة التالية:

أما المبحث الأول فتطرقت فيه لبيان مدى حجية الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة وأساس استحقاقها، وقد أشرت فيه إلى اختلاف التشريع في ترتيب مستحقي الحضانة من خلال التطور التشريعي لقانون الأسرة، ثم بعد ذلك بيّنت الأساس القانوني في إناطة تسليم المحضون لحاضنه الشرعي، أما المبحث الثاني فقد خصصته للحديث عن مدى مراعاة مصلحة المحضون وحمايتها في استحقاق الحضانة فتطرقت

لإناطة كشف مصلحة المحضون بالسلطة التقديرية للقاضي، لأبين في الأخير مدى حماية المشرع الجزائري لمستحق الحضانة، من خلال زجر إعاقة وصول المحضون لحاضنه الشرعي.

المبحث الأول: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة وأساس تسليمها

لقد كان لتعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب قانون 02/05[1]وقع سلبي على طبقة عريضة من المجتمع – ومازالت أثر ذلك باقية إلى يومنا نتيجة الدعاية الإعلامية– كونه خرج عن مقتضيات الشريعة الإسلامية في عدة محلات منها مستحقي الحضانة، فهل ترتيب مستحقي الحضانة في الشريعة الإسلامية متفق عليه لدى الفقهاء؟ وهل هو وجوبي أم مبني على اجتهاد بالرأي؟ وهل وافقت خيارات المشرع الجزائري في ترتيب الحاضنين بعض اتجاهات الفقه الإسلامي؟ هذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

المطلب الأول: الترتيب القانوني لمستحقي الحضانة

لا أحد ينكر بأن المشرع الجزائري قد استهدى في تسطير قانون الأسرة باجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية عموما، وهو ما تؤكده الأحكام الواردة في مجمل ثنايا النصوص القانونية، وبالرجوع إلى التطور التشريعي لقانون الأسرة، يلاحظ أيضا اختلاف هذه التشريعات المنظمة لترتيب مستحقي الحضانة بين قانون 84/11 والأمر 02/05، الأمر الذي أطلق العنان لدى البعض لبث التشكيك في خروج المشرع الجزائري في هذه الجزئية وغيرها على أحكام الشريعة الإسلامية، فهل هذا الادعاء يقوم على حجج صحيحة؟ وهل لاتجاه المشرع الجزائري ما يؤيده في الفقه الإسلامي؟ هذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

يكتب تقديم يبين محتوى المطلب والنقاط التي يتناولها.

أولا: ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون الأسري 84/11 :

لقد تطرق المشرع الجزائري لترتيب مستحقي الحضانة في قانون 84/11[2] من خلال نص المادة 64[3]، حيث اعترف بأحقية الأم بحضانة ولدها على سائر مستحقي الحضانة، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة.

---

[1] أمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق، ل27 فبراير 2005، ج ر، عدد 15.

[2] قانون رقم 84/11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق، ل09 يونيو 1984، ج ر، عدد 24.

[3] نص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

من خلال النظر في هذه المادة يظهر مدى تأثر المشرع الجزائري باتجاه الفقه المالكي، الذي يقدم الإناث من جهة الأم على الإناث من جهة الأب، كما أنهم دون سواهم من يقدمون الخالة على الأب، ولم يخالف المشرع الجزائري المالكية إلا في حالة واحدة وهي تقديم الجدة لأب على الأب.

ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة في ظل القانون الأسري 02/05 :

لقد غيّر المشرع الجزائري بعض المراكز في ترتيبه لمستحقي الحضانة بموجب قانون 02/05 من خلال نص المادة 64[4]، فبعدما منح الأم استحقاق الأولوية في حضانة ولدها، راح يمنح الأولوية في الحضانة بعدها للأب مباشرة ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة.

وعلى الرغم من عدم موافقة هذا الترتيب لاتجاهات المذاهب الأربعة في الفقه الإسلامي من حيث التفصيل – كما اختلفوا هم كذلك في التفاصيل– إلا أن ترتيب المشرع لمستحقي الحضانة في مجمله منسجم مع بعض الاتجاهات الفقهية وغير شاذ عنها، فمن حيث تقديم الأم على سائر المستحقين قدّمها، كما قدّم الجدات لأم على الجدة لأب وهو اتجاه كل من الحنفية والمالكية والشافعية، كما قدّم الجدات مع بعض على الخالات والعمات وهو اتجاه كل من الحنفية والشافعية والحنابلة، ويبقى الإشكال يثور في تقديم الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة.

حقيقة لقد أثار هذا التعديل في ترتيب مستحقي الحضانة فضول بعض الباحثين، خاصة ما تعلق منه بتقديم منزلة الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم، الأمر الذي دفعهم إلى البحث عن مفترضات لمبررات هذا التقديم، فافترض البعض أن المبرر يعود إلى التغيُّرات التي طرأت على المجتمع الجزائري، خاصة ما تعلق منها بخروج المرأة لميادين العمل، كما افترض البعض الآخر تأثير التطورات والاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية، والرامية لحماية المرأة من كل أشكال التمييز ضدها والدعوة إلى المساواة بينها وبين الرجل على غرار المشرع التونسي[5]، ومما يزيد في تأكيد هذا الافتراض – حسب رأيهم – مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو[6].

---

[4] نص المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"

[5] لشهب أنيسة: إشكالات المثارة بشأن ترتيب مستحقي الحضانة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة2، عدد13، ص285/ حميدو زكية: مصلحة المحضون، في القوانين المغاربية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2004 – 2005، ص 337.

[6] إتفاقية سيداو هي إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1979، وقد صادقت عليها الجزائر مع بعض التحفظات، بموجب المرسوم الرئاسي، 51/96 المؤرخ في 1996/01/22، أنظر لشهب أنيسة: المرجع السابق، 297.

إن هذه الافترضات وإن كانت تبدوا أحيانا منطقية ومناسبة في بعض القوانين، إلا أنه لا يسلّم بها خاصة في مجال الأحوال الشخصية من عدة وجوه، أما بالنسبة للافتراض الأول المتعلق بخروج المرأة لميادين العمل فهو ليس بحدث جديد فالمرأة الجزائرية كسائر نساء العالم العربي والإسلامي مشهود لها بمشاركة الرجل في العمل مند القديم، وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية تحدثوا عن عمل المرأة قديما من غير أن يمنعوها من الحضانة، كما اعترف لها البعض باستحقاق المحضون أحيانا حتى فيما هو أشد من العمل كما هو الشأن في السفر بالمحضون على خلاف بينهم، ولكن على الرغم من ذلك لم يقدموا مرتبة الأب لهذا المبرر، وحتى ولو افترضنا أن عمل المرأة سبب في تقديم مرتبة الأب لانشغالها بالعمل، فإن الأب مشغول أكثر منها، فمن المنطق وحسب الترتيب أن يسند المحضون للجدات على افتراض عدم شغلهن.

أما الافتراض الثاني المتعلق بتأثر المشرع بدعوات المساواة الصادرة عن الاتفاقيات الدولية، فلو كان هذا الافتراض صحيحا، لمس هذا التعديل كل أو بعض النصوص الأخرى الأكثر ظهورا في مساسها بمساواة الرجل مع المرأة بطريق الأولى كما هو الشأن في الميراث.

ومن خلال تفنيد هذه الادعاءات فإن الافتراض المناسب، هو أن المشرع الجزائري قد تحول في ترتيب مستحقي الحضانة إلى بعض الاجتهادات الفقهية التي خالها نظريا وتجريديا تناسب المصلحة الشرعية للمحضون بالنظر إلى ظروف الزمان والمكان وبكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى[7].

وإضافة إلى كل هذا فإن دلالة نص المادة 64 على الترتيب من خلال صياغته لا تفيد اللزوم، فالتقديم والتأخير موكول للنظر بحسب تحري مصلحة المحضون بالنظر إلى ظروف الزمان، وعلى هذا فإن الترتيب في ذاته مبني على تصور تشريعي لمصلحة المحضون من الناحية النظرية المجردة، ولكن تبقى هذه القاعدة مكملة وليست آمرة ملزمة[8]، فمتى رأى القاضي بأن المصلحة المقصودة للمشرع لا تتحقق مع الافتراض الذي تصوره المشرع، فيجب أن يسير إليها أينما وجدها تتحقق ولو في غير هؤلاء كلهم، وهذا هو المنطق الذي يناسب التقييد الذي أورده المشرع في نص المادة حين صرح بحد قوله " مع مراعاة مصلحة المحضون".

وعلى أية حال فإن عدم ورود النص في الشريعة الإسلامية لترتيب الحاضنين بعد الأم، يفتح الباب على مصراعيه للاجتهاد من جهة، ومن جهة أخرى فإن تراثنا الفقهي قد ناقش فرضية تقديم الأب على باقي المستحقين للحضانة بعد الأم بل وُجِد من الفقهاء من اعتبر صلاحية وأحقية تقديم الأب ثابتة هي بالنص

[7] حميدو زكية: المرجع السابق، ص 351.

[8] عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، 1989، ط2، ص293.

كذلك وبدلالة المفهوم، وهذا الذي أشار إليه شارحو الدرر الذهبية كل من الفقيه الشوكاني والفقيه القنوجي حينما شرحا متن الدرر، حيث قال الشوكاني: "ثم الأب" وأما إثبات حق الأب في الحضانة فهو وإن لم يرد دليل يخصه لكنه قد استفيد من قوله صلى الله عليه وسلم للأم "أنت أحق به ما لم تنكحي" فإن هذا يدل على ثبوت أصل الحق للأب بعد الأم, ومن بمنزلتها, وهي الخالة, وكذلك إثبات التخيير بينه وبين الأم في الكفالة, فإنه يفيد إثبات حق له في الجملة"[9].

وقال القنوجي البخاري: " ثم الأب و وإن لم يرد بذلك دليل يخصه لكنه قد استفيد من قوله صلى الله عليه وسلم للأم "أنت أحق به ما لم تنكحي" فإن هذا يدل على ثبوت أصل الحق للأب بعد الأم, ومن هو بمنزلتها, وهي الخالة, وكذلك إثبات التخيير بينه وبين الأم في الكفالة, فإنه يفيد إثبات حق له في الجملة وقال في المسوى روى الشافعي بإسناده عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه"[10]

ومن خلال مناقشة بعض المشككين في خروج المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية وعرض آراء الفقهاء في تقديم الأب على باقي المستحقين للحضانة بعد الأم، نراه بأنه لم يخرج الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

المطلب الثاني: الأساس الفقهي والقانوني في استحقاق الحضانة:

إن من يتتبع آراء الفقهاء واتجاه التشريعات سيلاحظ مدى الاختلاف الحاصل بينهم في ترتيب الحاضنين، غير أن هذا الاختلاف بقدر ما يبدوا في الظاهر أمرا سلبيا، إلا أنه يدل على مرونة الشريعة الإسلامية وفسحتها في عدم وجود نص، الأمر الذي يفتح المجال للفقه في التعرف على مقاصد الشريعة في الأحكام وتنزيلها حسب مستجدات ظروف الزمان والمكان، وهو ما سيتم بيانه فيما يلي:

أولا: أساس إستحقاق الحضانة في الفقه الإسلامي:

لقد أكد جل فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحضانة قائمة على تحقيق مصلحة المحضون وفقا لما تشهد به بعض النصوص التي دلت على أن الأحكام ترتبط بعللها ومعانيها، يؤكد ذلك ابن القيم في تعامله

[9] الشوكاني محمد بن علي: الدراري المضية، شرح الذرر البهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1432-2011، ص 396.

[10] القنوجي البخاري أبي الصديق: الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ج2، ص 90.

مع حديث عبد الله بن عمر بن العاص[11]، حيث صرح " فقولها كان بطني وعاء إلى آخره إدلاء منها وتوسل إلى اختصاصها به كما اختص بها في هذه المواطن الثلاثة، والأب لم يشاركها في ذلك، فنبهت في هذا الاختصاص الذي لم يشاركها فيه الأب على الاختصاص الذي طلبته بالاستفتاء والمخاصمة، وهذا دليل على اعتبار المعاني والعلل وتأثيرها على الأحكام وإناطتها بها، وإن ذلك أمر مستقر في الفِطَر السليمة حتى فِطَر النساء، وهذا الوصف الذي أدلت به المرأة وجعلته سببا لتعليق الحكم به، قد قرره النبي صلى الله عليه وسلم ورتبه عليه أثره، ولو كان باطلا ألغاه بل ترتيبه الحكم عقيبه دليل على تأثيره فيه وأنه سببه"[12].

وعلى ذلك يجمع جل فقهاء الشريعة الإسلامية على أن ترتيب مستحقي الحضانة من حيث التقديم والتأخير، مبني على مراعاة مصلحة الطفل ودرء المفسدة عنه قدر المستطاع، وهذا الذي صرح به ابن تيمية في قوله" فكل من قدمناه من الأبوين إنما نقدمه إذا حصل مصلحتها واندفعت به مفسدتها، فأما مع وجود فساد أمرها مع أحدهما فالآخر أولى به بلا ريب، حتى الصغير إذا اختار أحد أبويه وقدمناه، إنما نقدمه بشرط حصول مصلحته وزوال مفسدته"[13].

ولما كانت العبرة بالمصلحة فإن هذه الأخيرة ليست متعلقة أو مرتبطة بشخص دون الآخر بإطلاق من حيث الزمن والأشخاص، فقد تحصل حينا في شخص وتغيب عنه في حين آخر، وهذا الذي أكده ابن تيمية في قوله "فلا يمكن أن يقال كل أب فهو أصلح للمميز من الأم، ولا كل أم فهي أصلح له من الأب, بل قد يكون بعض الآباء أصلح, وبعض الأمهات أصلح, وقد يكون الأب أصلح في حال والأم أصلح في حال, فلم يمكن أن يعتبر أحدهما"[14].

وعلى هذا فإنه إذا تبين بأن الذي أسندت إليه الحضانة سينجر معه إلحاق مفسدة متغلبة بالمحضون، جاز سحبه منه ووضعه في يد من تتأكد معه مصلحته، حتى ولو كان ذلك بعد سن التمييز عند من قال بتخيير الولد بين الأبوين، ذلك لأن الولد أنما يختار بسب هواه، وهذا الذي أكده ابن القيم الجوزية في قوله "فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه, فإنما نقدمه إذا حصلت به مصلحة الولد, ولو كانت

---

(11) الحديث الذي رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه "أن امرأة قالت: يا رسول الله, إن ابني هذا كان بطني له وعاء, وحجري له حواء, وثديي له سقاء, وزعم والده أن ينزعه مني, فقال لها رسول اللهصلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تنكحي"أخرجه أبي داود في سننه, ج3، ص194 والبيهقي في السنن الصغير ج 7 ص290.

(12) ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط3، 1418-1998، ج5، ص 389 و390

(13) أحمد ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425- 2004، المجلد 34، ص131

(14)أحمد ابن تيمية: المرجع نفسه، ص121 و122.

الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه, ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار الصبي في هذه الحالة, فإنه ضعيف العقل, يؤثر البطالة واللعب, فإذا اختار من يساعده على ذلك, لم يلتفت إلى اختياره, وكان عند من هو أنفع له وأخير, ولا تحتمل الشريعة غير هذا..., ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله, والآخر مراع له فهو أحق وأولى به، وسمعت شيخنا رحمه الله يقول: تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام, فخيره بينهما, فاختار أباه, فقالت له أمه: سله لأي شيء يختار أباه؟ فسأله فقال: أمي تبعثني كل يوم للكتاب, والفقيه يضربني, وأبي يتركني للعب مع الصبيان, فقضى به للأم"[15]

ثانيا: أساس إستحقاق الحضانة في القانون الجزائري:

لقد أولى المشرع الجزائري عناية بالغة بحماية حقوق الطفل – مما لا يسع ذكره في هذا المقام– ولعل أهمها في ذلك حقه في حضانة سليمة، وهذا الذي يفهم من خلال نص المادة 62 ق أ ج التي بيّن فيها مفهوم الحضانة وغايتها حيث نص على أن" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"

وفي سبيل حماية حق الطفل في حضانة سليمة أقر المشرع الجزائري مبدأ عظيما يتمثل في "مراعاة مصلحة المحضون" في أكثر من مناسبة متعلقة بالحضانة، سواء تعلق بانقضاء مدة الحضانة من أجل تمديدها والمنصوص عليها في المادة 65 ق أ ج، أو ما تعلق بسقوط الحضانة من أجل إبقائها والمنصوص عليها من المادة 66 إلى المادة 70 ق أ ج، ولم يقف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل اعتدّ صراحة بمبدأ "مراعاة مصلحة المحضون" في مرحلة حاسمة وخطيرة من حياة الطفل باعتبار أن الخطأ فيها مكلف، وهي مرحلة تسليم المحضون لحاضنه الشرعي وفق الترتيب الذي ذكره في المادة 64 ق أ ج، والتي نص فيها على أن " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ...".

ولقد اعترض بعض الباحثين على المشرع الجزائري بأنه على الرغم من كثرة استعماله لمصطلح مصلحة المحضون لم يورد لنا تعريفا محددا له، ونفس الشيء يقال عن الاجتهاد القضائي الذي هو كذلك لم يولي اهتماما بتعريفه رغم كثرة استخدامه في أغلب تعليلات الأحكام، وبالرجوع إلى الفقهاء والباحثين عموما فإنهم لم يتعرضوا لتعريفه استقلالا كإسم علم بل تطرقوا لتعريف كل مركب على حدا.

[15] ابن القيم الجوزية: المرجع السابق، ص424

وعلى العموم فإن الفقه يقر بأن مصطلح مصلحة المحضون يصعب حصره في تعريف محدد في قاعدة قانونية، ذلك أن مصلحة المحضون لا يمكن ضبطها بنص مجرد لارتباطه بالواقع في حدود الزمان والمكان[16]، لهذا يمكن اعتبار مصطلح مصلحة المحضون مبدءا فقهيا عاما أو قاعدة وأصل عام، شأنه شأن كل المبادئ العامة التي تؤطر القواعد القانونية، كما هو الشأن لمصطلح النظام العام والآداب العامة باعتبارها قواعد عامة متعارف عليها، تجد سندها أكثر في الروح العامة للتشريع ويصعب حصرها وتحديدها بمصلحات محددة.

وعلى الرغم من صراحة المشرع بضرورة مراعاة مصلحة المحضون أثناء تسليمه لحاضنه الشرعي، إلا أنه اعترض عليه بأن مصلحة المحضون كما هي في المادة 64 ق أ ج واردة مطلقة من غير أن يقيدها بقيد المصلحة الشرعية، ذلك أن المصلحة من أهم خصائصها أنها نسبية ومتغيرة من مجتمع إلى آخر على ضوء القيم والثقافة السائدة في المجتمع.

غير أنه وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا انه يمكن الاعتراض عليه بأن المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة أظهر صراحة المصدر الذي استقى منه أحكامه وهو الشريعة الإسلامية، وذلك بموجب المادة 222 ق أ ج، والتي تقوم أحكامها على المصالح المعتبرة بالنصوص والمصالح المرسلة، مما يؤكد أصالة مبدأ مصلحة المحضون في القانون الجزائري وتماشيه مع قيم ومبادئ المجتمع الجزائري في انتماءه للإسلام شريعة وعقيدة، بدليل حماية هذا الانتماء الإسلامي دستوريا بموجب المادة 2 من دستور 2016 بأن " الإسلام دين الدولة ".

وعلى هذا فإن ما ظهر مطلقا في مواد قانون الأسرة من خلال إقرار مصلحة المحضون، إنما هو مقيد بنصوص أخرى أعم وأشمل بتمثل الدولة في ذاتها للإسلام شريعة وعقيدة، وعليه فإن المصلحة وإن كانت مفهوم غير متفق عليه بين تشريعات الدول نظرا لاختلاف الفكري والإيديولوجي، فإن تفسير حدود المصلحة محدود بالإطار المرجعي للتشريع الجزائري وهو الإسلام ومقاصده العامة.

المبحث الثاني: مدى مراعاة مصلحة المحضون وحمايتها في استحقاق الحضانة:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري على تمحيص عملية تسليم المحضون لمستحقه الشرعي بما يضمن نشأته السليمة وحماية حقوقه المادية والمعنوية، كما أكدوا على تعزيز هذه الحماية بآليات موضوعية وإجرائية بما يضمن تحقيق الغايات التي استهدفها الشرع وهو ما سيتم بيانه:

المطلب الأول: إناطة كشف مصلحة المحضون بالسلطة التقديرية للقاضي:

[16] حميدو زكية: المرجع السابق، ص 76- 77.

إن التشريع مهما سمى في حماية مصلحة المحضون أثنا تسليمه لمستحقه، إلا أنه يحتاج إلى القضاء لكي ينزل تلك التشريعات على المنازعات المتعلقة باستحقاق الحضانة، فإذا كان مفهوم الحضانة وفقا للمادة 62 ق أ ج يتضمن تعليم الولد وتربيته على دين أبيه وحمايته خلقا وصحة، فإن هذه المصالح كلها نسبية ومتغيرة تختلف من بيئة لأخرى فتحتاج إلى تقدير وتبيين نسبتها في الواقعة حسب قناعة القاضي.

ولأجل ذلك لم يتوان المشرع الجزائري في حسم مسألة كشف مصلحة المحضون بإناطتها لعمل القاضي وفقا لسلطته التقديرية، وهذا الذي أكدته المادة 64 ق أ، ذلك مصلحة المحضون هي حالة واقعية مرتبطة بظروف الزمان والمكان وظروف الأشخاص ولا يمكن حسمها بأية حال من الأحوال بنصوص مسبقة، فعمل المشرع إنما هو وضع القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المصلحة ولكن بصفة مجردة عن ظروف الأشخاص والزمان والمكان، لذا فإنه من المنطقي أن يتم كشف هذه المصلحة من خلال من السلطة التقديرية للقاضي الذي يفترض فيه أن يجتهد في مقاربة الواقعة المعروضة بالواقعة المجردة والمنصوص عليها، وهذا الذي أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي:" تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[17].

ولقد أعطى المشرع الجزائري صلاحية واسعة لقاضي شؤون الأسرة في تقدير المسائل المتعلقة بالحضانة، ومن أهم هذه المسائل إسناد المحضون لحاضنه الشرعي، حيث منحه سلطة القيام بأي إجراء يعينه على تكوين قناعته، بكشف حقيقة المصلحة التي ابتغاها المشرع وسواء كان هذا الإجراء يبادر إليه بنفسه كمعاينة مستحق الحضانة، أو استجوابه لمعرفته عن قرب ،وهذا ما أكدته المادة 146و 147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما رخص المشرع للقاضي الاستماع لعائلة المحضون ومن لهم علاقة بهم أثناء الجلسة، وله أن يطلب أي وثيقة أو مستند إذا كان مهما طبقا لنص المادة 27، بل وله أن يستدعي المحضون لسماعه إن كان سنه يسمح بذلك طبقا لنص المادة 459 ق إ م إ.

غير أن إحاطة القاضي ببعض الوقائع قد يتجاوزه أحيانا نظرا لخصوصيتها الفنية الأمر الذي يتطلب منه الرجوع إلى الخبرة[18] من أهل الاختصاص، قصد إعانته على كشف حقائق الأمور والوقوف على حقيقة المصلحة فيها، وهذا الذي أدركه المشرع فأجاز له الرجوع للخبرة، منها ما جاء في المادة 425

[17] قرار رقم 613469 صادر بتاريخ 2011/03/10، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2012، ص 285.

[18] تعرف الخبرة بأنها "استشارة فنية يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية ودراسة علمية لا تتوافر لدى القاضي بحكم تكوينه" أحسن بوسقيعة: التحقيق القضائي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 5، سنة 2006، ص 112.

والمادة 126 ق إ ج م إ، ودعمه اتجاه القضاء حيث أقرت المحكمة العليا الجزائرية في حكم لها بأن:" يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون، بتقرير مساعدة اجتماعية"[19].

هذا وتكثر الخبرة في مجال قضاء الأسرة في الاستعانة بعمل المرشد الاجتماعي والنفساني الذي يعد مكملا لعمل القاضي، حيث يعينه في تقديم الاقتراحات من خلال التحقيقات والمقابلات والزيارات مع الأسرة والأفراد، وينتهي نشاط المرشد بتحرير تقرير للقاضي يستنير به في حكمه، وقد يتعدى دور الأخصائي الاجتماعي والنفساني في محاكم الأسرة مهمة تقديم الاقتراحات والحلول لمشاكل الأسرة إلى مساعدة القاضي في التقدير السليم للوقائع والوصول إلى الحل الأنسب للنزاع المطروح، وهذا الذي أكدته المادة 425 منه تنص 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 أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق و الحلول المقترحة.

يطلع القاضي الأطراف على التقرير و يحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد.

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح."

هذا ومما يجدر التنبيه إليه أن عمل الخبير هو غير ملزم للقاضي حتى ولو طلبه الخصوم، فهو ليس إلا إجراء يستأنس به القاضي في التعرف على ظروف الواقعة، فإن رأى بأن الواقعة لا تحتاج إلى خبرة، فله أن يعرض عنها ولو كان الطلب عليها من بعض الخصوم، وهذا الذي أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي:"القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية، لتقدير مصلحة المحضون"[20].

المطلب الثاني: زجر إعاقة وصول المحضون لحاضنه الشرعي:

على الرغم من أهمية منح القضاء سلطة في تقدير مصلحة المحضون وتسليمه لمستحقه بناء على معطيات مستجدات الواقع، إلا أن ذلك يبق غير كاف لوحده في رد الاعتداء والتعسف تجاه الطفل، لذلك عملت كل الشرائع على توجيه العقاب لكل من سولت له نفسه المساس بمصلحة المحضون، وقد ساير المشرع الجزائري هدا التوجه من خلال توفير حماية كبيرة للمحضون ضمانا لنشأته نشأة سليمة، بما يحقق صحته النفسية والبدنية، واعتبر مصلحته في تسليمه لمستحقيه فوق كل اعتبار، خاصة وأنه ضحية تحلل

[19] قرار رقم 330566 صادر بتاريخ 2005/05/18، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2005، ص 301.

[20] قرار رقم 650014 صادر بتاريخ 2011/10/13، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2012، ص 313.

عائلته، لذلك لم يتوان المشرع الجزائري لتوجيه الآلة العقابية لكل من تعسف في حقه متغافلا عن وضعه الاجتماعي والنفسي الضعيف، فجرم الامتناع عن تسليم المحضون لمستحقه الشرعي بموجب المادة 1/328 ق ع، والتي نصت على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه ومنعه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"

وكما هو معلوم قانونا أن الشخص لا يتابع جزائيا على نشاطه الإجرامي إلا بقيام ركن الجريمة المادي والمعنوي، وتقوم هذه الجريمة بالامتناع عن تسليم طفل قاصر –كما هو محدد في قانون الأسرة فيما دون سن 16 سنة بالنسبة للذكر و19 سنة للأنثى– إلى من تقررت لهم حق حضانته، وذلك بحكم قضائي سابق سواء كان الحكم نهائيا أو مؤقتا، ولكن بشرط أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل، ومن ثم فإذا كانت الحضانة ما زالت محل نزاع فلا تقوم هناك جريمة[21].

وتتحقق هذه الجريمة بفعل سلبي وهو الامتناع عن أداء واجب قانوني سواء كان من أحد الوالدين أو من شخص أوكلت له مهمة رعايته قانونا كالمعلم والمربي والمرضع، كما يتحقق من قبل الاختطاف من أي شخص ولو بواسطة الغير كتحريضه مثلا، غير أنه لا يسأل الشخص عن امتناعه للتسليم إلا بعد إثباته في محضر، بعد اتباع إجراءات التنفيذ، هذا عن الركن المادي.

أما الركن المعنوي فلا تقوم جريمة الامتناع إلا بتوافر القصد الجنائي، بحيث يستوجب أن يكون الجاني على علم بصدور حكم قضائي نافذ في حقه بتسليم المحضون لمستحقه، كما تنصرف إرادته إلى عصيان الحكم القضائي[22].

وبقيام العناصر المادية والمعنوية لجريمة الامتناع عن تسليم المحضون لمستحقه الشرعي، يعاقب الجاني بعقوبة من شهر إلى سنة وبغرامة 500 إلى 5000 دينار جزائري.

هذا ومما يجدر التنبيه إليه أن هذه الجريمة لا يتم تحريك الدعوى فيها بمجرد الامتناع عن التسليم، ولو علم بحكم نافذ في حقه إلا بعد إجراء الوساطة بين الخصوم من قبل وكيل الجمهورية طبقا للمادة 37 مكرر 2 من قانون 02/15[23].

---

[21] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2009، ص175 وما بعدها.

[22] المرجع نفسه.

خاتمة:

لقد كان لمبدأ مصلحة المحضون أثرا كبيرا في ترتيب مستحقي الحضانة، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائري، ولقد كشفت الدراسة عن مجموعة من النتائج نجملها فيما يلي:

– ترتيب الحاضنين من خلال نص المادة 64 ق أ ج لا يفيد اللزوم، فالتقديم والتأخير موكول للنظر بحسب تحري مصلحة المحضون، على الرغم من أن الترتيب في ذاته مبني على تصور تشريعي لمصلحة المحضون من الناحية النظرية المجردة، وعليه فمتى رأى القاضي بأن المصلحة المقصودة للمشرع لا تتحقق مع الافتراض الذي تصوره المشرع، جاز له أن يتجاوزه.

– ترتيب المشرع الجزائري في قانون 02/05 ق أ ج جاء مختلفا عن اتجاهات المذاهب الأربعة في الفقه الإسلامي من حيث التفصيل، أما من حيث الإجمال كان منسجما مع بعض الاتجاهات الفقهية وغير شاذ عنها، وبقي الإشكال يثور حول تقديم الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة.

– تقديم الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة لم يكن خروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية حيث هي ذاتها فتحت الباب على مصراعيه للاجتهاد فيما لا نص فيه، كما هو في هذه الحالة، وحتى في تراثنا الفقهي من اعتبر تقديم الأب ثابت بالنص هو كذلك بدلالة المفهوم وهذا الذي أشار إليه كل من الفقيه الشوكاني والقنوجي.

– أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أن ترتيب مستحقي الحضانة من حيث التقديم والتأخير، مبني على مراعاة مصلحة الطفل ودرء المفسدة عنه قدر المستطاع، وهو نفس المبدأ الذي وافق عليه المشرع الجزائري في المادة 64 ق أ ج، ورغم عدم تقييده بحدود الشرع، إلا أنه مقيد بنصوص أخرى أعم وأشمل بتمثل الدولة في ذاتها للإسلام شريعة وعقيدة، وعليه فإن تفسير حدود المصلحة محدود بالإطار المرجعي للتشريع الجزائري وهو الإسلام ومقاصده العامة.

– لقد خول المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة للقاضي بكشف مصلحة المحضون بحسب قناعته الشخصية، أثناء تسليمه لحاضنه الشرعي، ولقد أثبت ذلك التطبيقات القضائية في كلا التشريعين.

---

(23) الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23 يوليو لسنة 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 155/66 المتضمن لقانون الإجراءات الجزائية.

- يعد الامتناع عن تسليم المحضون لحاضنه الشرعي المشرع الجزائري جرم الامتناع عن تسليم المحضون لمستحقه الشرعي وعاقب عليه باعتباره جنحة، وفي ذلك ضمان لتسليم المحضون لمستحقه.

التوصيات:

من خلال دراسة موضوع مصلحة المحضون، يوصي الباحث بما يلي:

– دعوة المشرع إلى تخصص القاضي في مجال الأحوال الشخصية، وحثه على التكوين المستمر في العلوم الشرعية.

– تعيين مجلس استشاري من الأكاديميين المتخصصين في العلوم الشرعية، ممن شهد لهم بالتحصيل العلمي، بغرض مرافقة القاضي وإعانته في التعرف على مقاصد الشريعة في قضايا الأسرة المستجدة خاصة وأن المشرع أحال على أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222.

- الدعوة إلى عقد مؤتمرات علمية في القضايا المستجدة في الأسرة بالتنسيق مع المعهد العالي لتكوين القضاة.