فساد أخلاق الحاضن وأثره على الحق في الحضانة – دراسة على ضوء الفقه والقانون الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا–

Corruption of the custodian's morals and its impact on the right to custody- A study in the light of jurisprudence and Algerian law supported by the jurisprudence of the Supreme Court-

هادفي بسمة*، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر – بسكرة –
b.hadfi@univ-soukahras.dz
لموشي عادل، جامعة محمد الشريف مساعدية – سوق أهراس –
lemouchi.adel@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 2022/12/31 تاريخ قبول المقال: 2023/04/12 تاريخ نشر المقال: 2023/05/15

الملخص:

قد يسند المحضون لحاضن أو حاضنة يتصف بفساد الأخلاق و السلوك، كأن يرتكب جرائم ماسة بالأخلاق والآداب العامة، أو قيامه بممارسة سلوكيات مشينة ومنحرفة تمس بأخلاق المحضون، و غيرها من صور فساد الأخلاق، فيترتب عليه آثار تتمثل في إسقاط الحق في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون و هو ما استقرت عليه أغلب اجتهادات المحكمة العليا، و ذلك بعد إثبات فساد أخلاق الحاضن أمام القضاء بكافة طرق الإثبات، و إسنادها إلى الشخص الذي يؤتمن على المحضون لديه حسب الترتيب المحدد في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري مع مراعاة مصلحة المحضون، و بعد زوال سبب سقوط الحضانة المتمثل في فساد الأخلاق اختلف الفقهاء في مسألة عودة الحضانة إلى الحاضن، فلا يعود الحق في الحضانة للحاضن عند مذهب المالكية لأنه من التصرفات الاختيارية الواقعة بإرادة صاحب الحق في الحضانة، و يعود الحق في الحضانة عند جمهور الفقهاء بزوال سبب سقوطها سواء اختياري أم غير اختياري، أما نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري اشترط عودة الحق في الحضانة بزوال سبب سقوطه الغير اختياري فقط.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، الأمانة على الأخلاق، فساد الأخلاق، سقوط الحضانة، عودة الحضانة، مصلحة المحضون.

* **المؤلف المرسل**

Abstract:
The child may be assigned to a custodian or incubator who is characterized by corruption of morals and behavior, such as committing crimes against morals and public morals, or practicing shameful and perverted behaviors that affect the morals of the child, and other forms of moral corruption, resulting in the effects of dropping the right to custody taking into account the interests of the child And this is what most of the jurisprudence of the Supreme Court has settled on, after proving the corruption of the morals of the custodian before the judiciary by all means of proof, and assigning it to the person who is entrusted with the child in custody according to the order specified in the text of Article 64 of the Algerian Family Code, taking into account the interests of the child, and after The demise of the reason for the fall of custody, which is the corruption of morals, the jurists differed in the issue of the return of the nursery to the custodian. The mother is not optional. As for the text of Article 71 of the Algerian Family Code, it stipulates the return of the right to custody with the disappearance of the reason for its non-voluntary fall only.

Key words: Custody, trust over morals, corruption of morals, loss of custody, return of custody, interest of the child in custody.

مقدمة:

من بين الشروط الشرعية و القانونية الواجب توافرها لاستحقاق الحق في الحضانة هي أمانة الحاضن على أخلاق المحضون، و حمايته خلقيا، طبقا لنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، و هي الصفة التي يفترض في الحاضن الذي أسندت إليه الحضانة أن يتصف بها لتحقيق الهدف المرجو منها و هو نشأت المحضون في بيئة نظيفة و بأخلاق حسنة ليصبح فردا صالحا في المجتمع، فالقدوة واحدة من أهم وسائل التربية والتعليم، لذا فغياب القدوة الحسنة في الحاضن أو بمعنى آخر وجود قدوة سيئة يساعد على إيجاد شخص فاسد أخلاقيًا، لأن الأخلاق تتم تنميتها وغرسها في المحضون منذ الصغر.

فإن سوء التربية و فساد الأخلاق، و عدم الامتثال لأحكام الله تعالى و طابع الإنسان الغريزي و ميوله إلى الاتصال الجنسي مع الجنس الآخر، جعل من الأفراد يندفعون وراء إشباع رغباتهم الجنسية بدخولهم في دائرة الحرام في عدة أشكال وصور لعل أهمها ارتكاب من أسندت له الحضانة لجرائم غير أخلاقية ماسة بالعرض و الأخلاق.

تكمن أهمية الدراسة في كون الطفل المحضون يتأثر بسلوك الحاضن و أخلاقه فمتى كان الحاضن أهلا للحضانة انعكس ذلك إيجابا على الطفل المحضون بأن يكون فردا صالحا وسويا و متخلقا، و العكس إذا كان الحاضن غير أمين على أخلاق المحضون مهملا لها انعكس ذلك سلبا عليه بأن يكون فردا غير صالح في المجتمع، و مراعاة لمصلحته اشترط الشرع و القانون الأمانة على أخلاقه فتطلب منا البحث و التقصي على أثر تخلفها في الحاضن صاحب الحق فيها،

أما هدف هذه الورقة البحثية يتمحور أساسا حول التعرف على صور فساد الأخلاق الشائعة التي يرتكبها الحاضن صاحب الحق في الحضانة و ذلك بإبراز أهم الجرائم الأخلاقية التي يرتكبها صاحب الحق في الحضانة و تمس بأخلاق المحضون و تؤثر على شروط استحقاق الحضانة، للوصول إلى النتائج و الآثار المترتبة عن مخالفة هذه الشروط، والوقوف على إيجاد حلول تحمي مصلحة المحضون.

مادام أن مناط الحضانة هي رعاية المحضون و القيام بشؤونه و الحفاظ عليه من كل ما يضر صحته وأخلاقه وهذا لا يتم إلا إذا كان الحاضن الذي أسندت له الحضانة أمينا على المحضون و أهل لممارسة الحضانة بشروطها وأهدافها.

و في الحالة التي يكون فيها الحاضن غير أمين على أخلاق المحضون كأن تتوفر فيه صورة من صور فساد الأخلاق و سوء السلوك فما اثر ذلك على حق الحاضن في استحقاق الحضانة من عدمها ؟

ولانجاز هده الورقة البحثية تم الاعتماد أساسا على المنهج الوصفي و المنهج التحليلي من خلال قيامنا بدراسة موضوع فساد أخلاق صاحب الحق في الحضانة، انطلاقا من ترتيب صاحب الحق فيها وشروط استحقاقها، و صور فساد الأخلاق، و أثر فساد الأخلاق على الحق في الحضانة، و قيامنا بتحليل المواد القانونية المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري لاسيما المواد 62 و 67 و 71 منه اعتمادا على المنهج التحليلي. كما برز المنهج المقارن من خلال عرض أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه و القانون تارة و اجتهادات المحكمة العليا تارة أخرى.

المبحث الأول: الأمانة على الأخلاق أساس لاستحقاق الحضانة

تعتبر الأمانة على الأخلاق من بين الشروط العامة التي وجب توافرها لاستحقاق الحضانة و إسنادها للحاضن الذي له الحق فيها استنادا لترتيب مستحقيها من النساء و الرجال بحسب الأولوية، لذا وجب أولا التطرق لمعنى الحق في الحضانة **(المطلب الأول)** و إبراز شرط الأمانة على الأخلاق كأساس لاستحقاقها **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول: معنى الحق في الحضانة:

للتوصل إلى معنى الحق في الحضانة وجب التطرق إلى التعريف اللغوي **(الفرع الأول)** والاصطلاحي **(الفرع الثاني)** و ترتيب أصحاب الحق فيها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: تعريف الحضانة في اللغة:

الحضانة هي الولاية على الطفل لتربيته و تدبير شؤونه،[1] و جاء في لسان العرب أن الحِضْنُ ما دون الإِبْط إلى الكَشح وقيل هو الصدر والعَضُدان وما بينهما والجمع أَحْضانٌ ومنه الاحْتِضانُ وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنِك كما تَحْتَضِنُ المرأَةُ ولدها فتحتمله في أَحد شِقَّيْها[2].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة في الاصطلاح الفقهي و القانوني:

يقصد بها في اصطلاح الفقهاء تربية الولد،[3] فهي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، و يقيه بما يضره،[4] والقيام بشؤونه في مدة معينة ممن له الحق في تربيته[5].

كما عرف قانون الأسرة الجزائري الحضانة من خلال نص المادة 62 منه على أن " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[6].

فمن خلال استقراء و تحليل نص المادة 62 نجد أن المشرع الجزائري عرفها من خلال أهدافها التي تسند من أجلها حضانة الصغير و المتمثلة في الرعاية و التعليم و التربية و الحماية الصحية و الخلقية، ومن خلال شروطها وهي أهلية الحاضن للحضانة.

الفرع الثالث: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة:

قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة، لأنهن أشفق و أهدى إلى التربية، و أصبر للقيام بها، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق و أقرب، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات حسب مصلحة المحضون[7].

حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 64 قانون الأسرة على أولوية الأم في حضانة ولدها، ويليها الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

فهذا الترتيب مستمد من الفقه الإسلامي القائم على أساس أولوية قرابة النساء في ترتيب استحقاق الحضانة على قرابة الرجال عند اتحاد درجة القرابة، كما أن الحكمة من تقديم الجدة على الأخت مطلقا لأن اتصال الصغيرة بالجدة عن طريق الولادة فهو جزء منها و هذا مناط الأولوية.

و في حالة تعدد المستحقون من الدرجة الواحدة كالإخوة أو الأخوات أو الأعمام، استحقها من كان أصلحا خلقا و قدرة، فإن تساووا أعطيت الحضانة لأكبرهم سنا، و للقاضي السلطة التقديرية في اختيار الحاضن الأصلح للمحضون[8].

المطلب الثاني: الأمانة على الأخلاق كأساس لاستحقاق الحضانة:

مادام أن الأمانة على الأخلاق هي من الشروط العامة لاستحقاق الحضانة فوجب التطرق لشروط استحقاق الحضانة **(الفرع الأول)** وصولا إلى الأمانة على أخلاق المحضون كصفة أساسية في الحاضن **(الفرع الثاني)** و التي نرتكز عليها في الورقة البحثية.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة:

إن الهدف الأسمى من الحضانة هي صيانة المحضون و رعايته، و هذا لا يتحقق إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، و لهذا اشترط الفقهاء شروطا عامة و خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه.

حيث أن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحاضنة أو الحاضن واكتفى في الفقرة الثانية من المادة 62 بالقول"....**و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"، غير أنه من الناحية الفقهية هناك شروط عامة **(أولا)** لا بد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت أهليتهم في الحضانة، بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال، والحاضنة من النساء **(ثانيا)** .

أولا: الشروط العامة: اتفق الفقهاء على أغلبية الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الحضانة و اختلف في بعضها:

أ- الشروط المتفق عليها: من الشروط التي اتفق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية

1- البلوغ: لأن الحضانة مهمة شاقة لا يحتمل تبعاتها إلا الكبار، و سن البلوغ هو 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري[9].

2-العقل: فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، وهذا حسب المادة 42 إلى 44 من القانون المدني الجزائري.

3- القدرة: وهي استطاعته على صيانة الصغير في خلقه و صحته فلا يسلم للعاجز عن ذلك كالمريض أو المسن[10].

4- الأمانة على الأخلاق: الأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه[11].

ب- الشرط المختلف فيه:

1-الإسلام: الإسلام شرط عند الشافعية و الحنابلة : فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية عليه، لأنه ربما فتنه على دينه، فلا حضانة للكافر في حضانة المسلم إن وجدت المسلمة ، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي (ص) قال: " ما من مولد إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه".

ولا يرى الأحناف و المالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلما لأن الشفقة هي أساس رعاية الطفل وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان وقد جاء في الشرح الكبير للدردير " الإسلام ليس شرطا في الحضن ذكرا كان أو أنثى فضمت الحاضنة غير المسلمة للمسلمين إن خيف على المحضون منها فساد كأن تغذيه بلحم الخنزير أو تشربه خمرا ليكونوا رقباء عليها ولا ينزع منها و لا يشترط الجمع ، بل المسلم الواحد كاف في ذلك"[12].

ثانيا: الشروط الخاصة في الحضانة: زيادة على الشروط العامة يشترط في النساء عدة شروط و في الرجال أيضا وهي:

أ- شروط خاصة بالنساء:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم: فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمها أو ابن عمها و ابن أخيه فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته، حيث تم الإشارة إلى هذا الشرط في نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير المحرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" [13].

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه و أخته وجدته: فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية [14].

3- ألا تقيم بالصغير عند من يبغضه ولو كان قريبا له: لأن الحضانة مشروعة لمصلحة المحضون وسكناها عند من يبغضه يعرضه للأذى و إلحاق الضرر به، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها[15].

ب- شروط خاصة بالرجال:

1- أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى: فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محرميته لها، و لأن الحق لو تبث له قد يقضي إلى فتنة وفساد فقال الفقهاء لا يثبت ذلك سدا للذريعة فإذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها، فالقاضي أن يبقيها عنده، إذا كان مأمونا عليها لا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده،[16] و هذا ما يقتضه مبدأ مصلحة المحضون في التشريع الجزائري.

2- أن يكون عند الحاضن من أب او غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة: فلا قدرة للرجال على أحوال الأطفال كما النساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن الصغير من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية[17].

الفرع الثاني: الأمانة على الأخلاق صفة أساسية في الحاضن:

إن من أعظم الصفات التي ينبغي على الحاضن أن يتحلى بها هي الأمانة، و تربية المحضون تربية سليمة بعيدا عن كل انحراف من شأنه أن ينعكس سلبا على أخلاق المحضون و يعرضه للخطر و الضياع[18]، فهي من الشروط العامة المتفق عليها طبقا لما تم التطرق إليه أعلاه، و نظرا لأهميتها في موضوعنا سيتم التطرق إليها بشيء من التفصيل في ما يلي:

أولا: معنى الأمانة في اللغة: إن الأمانة في اللغة هي ضد الخيانة و يقصد بها سكون القلب، و الآخر التصديق[19].

فقد وردت الأمانة في القرآن الكريم على أكثر من معنى فوردت بمعنى الفرائض لقوله تعالى: " إنا عرضنا الأمانة"[20]، ووردت بمعنى العفة و الصيانة لقوله تعالى: ": إن خير من استجرت القوي الأمين" [21] ، كما وردت بمعنى الوديعة في قوله تعالى: " إن الله يأمركم أن تؤذوا الأمانات إلى أهلها"[22].

ثانيا: معنى الأمانة في اصطلاح الفقهاء: جاءت الأمانة بمعنيين اثنين و هما: الشيء و الصفة، فالأمانة التي تعني الشيء الذي يوجد عند الأمين و ذلك يكون في العقد الذي تكون الأمانة فيه هي المقصد الأصلي و هي الوديعة التي تعني العين التي توضع عند شخص ليحفظها.

كما يكون في العقد الذي تكون فيه الأمانة ضمنا و تبعا و ليست أصلا مثال ذلك الإجارة و العارية و الوكالة والرهن.

أما الأمانة التي تعني الصفة فيقال: أمين و مأمون و ذلك فيما يسمى ببيع الأمانة، و هي العقود التي يحتكم فيها المبتاع إلى ضمير البائع و أمانته.

و صفة الأمانة تطلق أيضا على الشخص الذي يترتب على كلامه حكم الشاهد، و هي صفة من صفات الله تعالى وتستعمل في باب الإيمان كمقسم بها.

و تكون أيضا في الولايات سواء كانت عامة كالقاضي، أو خاصة كالولي و الوصي...الخ[23].

و هي الصفة التي تشترط في الحاضن الذي يجب أن يكون أمينا على أخلاق المحضون و يغرس فيه سمو الأخلاق والآداب.

لذلك اشترط الفقهاء في الحاضن أو الحاضنة العدالة و الأمانة و عدم الخيانة، و لكي تتحقق العدالة في الحاضن أو الحاضنة لابد من اتصافهما بأمرين:

- ✓ الصلاح في الدين: و تتمثل في أداء الفرائض و اجتناب المحارم.
- ✓ أوصاف العدالة، و هو استعمال المروءة و حسن الخلق و ترك الأمور الدنيئة، لأن قيام الحاضن بالمحرمات كالسرقة و شرب الخمر يتنافى مع التربية الصالحة و بالتالي اشترط الفقهاء في الحاضن الأمانة[24].

و عليه فالأمانة المقصودة صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه ، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير مشتهر بالزنا ،أو اللهو أو الحرام، واشترط المالكية أمن المكان، فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق و الغير ملتزمين بأحكام الدين الإسلامي[25].

و لهذا فإن كل سلوك يتنافى و يتعارض مع الأخلاق الحسنة و الدين الإسلامي فهو سوء سلوك يضر بمصلحة المحضون، و يمس بحق الحاضن في الحضانة.

المبحث الثاني: صور فساد أخلاق الحاضن صاحب الحق في الحضانة

لمعرفة صور فساد الأخلاق وجب التطرق إلى معنى فساد الأخلاق **(المطلب الأول)** مرورا إلى صور الفساد الأخلاقي الناتجة عن ارتكاب صاحب الحق في الحضانة لجرائم ناتجة عن دافع جنسي **(المطلب الثاني)**. أو ارتكابه لسلوكيات و جرائم ناتجة عن دافع غير جنسي **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: معنى فساد الأخلاق

عرف الجرجاني الخلق بأنه: "عبارة عن هيئة للنفس راسخة تصدر عنها الأفعال بسهولة ويسر من غير حاجة إلى فكر ورويَّة، فإن كان الصادر عنها الأفعال الحسنة كانت الهيئة خلقًا حسنًا، وإن كان الصادر منها الأفعال القبيحة سميت الهيئة التي هي مصدر ذلك خلقًا سيئًا"[26].

و فساد الأخلاق هو الاتصاف بالقبائح و التخلي عن الفضائل، و الخلق السيئ عبارة عن الصفات والعادات والطباع من الأقوال و الأفعال التي يبغضها الله عز و جل، و قد يكون سوء الخلق مع الله كالرياء و الكفر و نحو ذلك، أو مع النفس كتضييع ما يزكيها و يصلحها من العبادات، أو مع الغير كالاتصاف بالبخل أو النميمة و غيرها[27].

و عليه فإن الفساد والفجور كالزنا والوقوع في الكبائر، وشرب الخمر، وبذاءة اللسان وغيرها من المفاسد الخلقية تتنافى مع قدرة الحاضن على صيانة أخلاق المحضون، فكل ما هو مفسد للأخلاق و يضر بأخلاق المحضون يمس بمصلحة المحضون و بحق الحاضن في الحضانة.

المطلب الثاني: ارتكاب صاحب الحق في الحضانة لجرائم ناتجة عن دافع جنسي:

تتمثل هذه الصور في ارتكاب الحاضن او من اسند إليه الحضانة جرائم ماسة بالعرض ومنافية للأخلاق والآداب، ناتجة عن ضعف التربية الخلقية و الوازع الديني، فقد تتم هذه الجرائم بالمواقعة الجنسية التامة بين رجل و امرأة مثل جريمة الزنا و جريمة الاغتصاب و جريمة الفاحشة بين دوي الأرحام، **(الفرع الأول)** أو تتم بدون مواقعة جنسية كجرائم الإخلال بالحياء، و جريمة التحريض على الفسق والدعارة، **(الفرع الثاني)** فهذه الجرائم الأخلاقية المختارة هي التي انصبت عليها الورقة البحثية وخصصنا فيها الصور التي تطرقت إليها أغلب الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ذات الصلة.

الفرع الأول: جرائم تتم بالمواقعة الجنسية التامة:

أولا: جريمة الزنا: تعتبر جريمة الزنا المنسوبة إلى الزوجين أو إلى أحدهما من الجرائم الخطيرة التي تمس بكيان الأسرة والمدمرة لها،[28] فقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية بأنه: "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك"، أما فقهاء المالكية فقد عرفوها بأنه" :كل وطء وقع على غير نكاحٍ صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين" وعرفها الشافعية بأنه" :إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى"، وعرفه الحنابلة بأنه" إتيان الفاحشة في قبل أو دبر"[29].

و عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد، " بأنه جماع أو فعل جنسي غير شرعي تام، يقع بين رجل و امرأة كلاهما أو أحدهما متزوج شرعيا و قانونيا، و بناءا على رغبتهما المشتركة، و استنادا إلى رضائهما المتبادل دون غش أو إكراه".[30] خلافا لما تأخذ به الشريعة الإسلامية التي اعتبرت كل علاقة جنسية غير شرعية بين رجل و امرأة سواء كان احدهما أو كلاهما متزوجا أو لا، فهي تشكل جريمة الزنا و يعاقب مرتكبها بالجلد أو الرجم.

حيث أنه بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم يضع تعريفا لجريمة الزنا و نص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات بقوله "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور و إن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة ".[31]

غير أن عنصر الإكراه على ارتكاب هذه الجريمة الذي ينصب على أحدهما فلا تقوم في حقه لانتفاء القصد الجنائي لديه، و يعاقب الغير مكره لتوافر القصد الجنائي فيه و هي العمد فتقوم الجريمة في مواجهته[32].

و لإثبات جريمة الزنا، اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 341 من قانون العقوبات توافر أدلة إثبات تتمثل إما في محضر قضائي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية عن حالة التلبس، و إما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، و إما بإقرار قضائي.

و من الثابت فقها و قضاء حسب اجتهاد المحكمة العليا أن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود يشاهدون في آن واحد مباشرة الزنا[33].

وعليه لقيام جريمة الزنا وجب توافر الركن المادي المتمثل في تسليم الزوجة نفسها لرجل غير زوجها ليمارس معها الفعل الجنسي التام، و نفس الشيء بالنسبة للرجل المتزوج الذي يمارس الفعل الجنسي الطبيعي التام مع امرأة غير زوجته، سواء كانت متزوجة او عزباء، مكرهة أو راضية، و يجب ان تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجة الزانية و زوجها الشاكي، او الزوج الزاني و الزوجة الشاكية و ان لا تكون العلاقة الزوجية يوم ارتكاب الواقعة غير قائمة بعقد زواج رسمي مسجل في سجلات الحالة المدنية، أو منتهية بطلاق أو وفاة. و ركن العلم يتوافر بمجرد علم الزاني او الزانية المتزوج انه يمارس الفعل الجنسي المجرم مع طرف ثاني لا تربطه او تربطها معه علاقة زوجية صحيحة، و يمكن إثبات جريمة الزنا طبقا لقانون العقوبات بناء على التلبس بالفعل، أو الاعتراف الكتابي، أو الإقرار القضائي، و تثبت طبقا لاجتهادات

المحكمة العليا ب بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود يشاهدون في آن واحد مباشرة الزنا، و لا يمكن تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، و صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية.

ثانيا: جريمة الاغتصاب: تمثل جريمة الاغتصاب من الجرائم الخطيرة لمساسها بالأخلاق و أهم صور الجرائم الأخلاقية كونه من الأفعال الشنيعة التي تخدش شرف و عرض الإنسان و تشكل تهديد على جسمه و حريته الجنسية.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يعرف جريمة الاغتصاب في نص المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري، إلا أن الفقه و القضاء يتفق على أنه إيلاج العضو التناسلي للذكر في المكان الطبيعي المعد له لدى الأنثى دون رضاها، نتيجة لاستعمال الرجل وسيلة ما من الوسائل المادية أو المعنوية التي تؤثر في نفسية المرأة، مع علمه بأن الفعل الذي ارتكبه من اتصال جنسي هو جماع غير مشروع و بدون رضا صحيح مع اتجاه إرادته إلى ارتكاب هذا الفعل[34].

كما قد يرتكب الاغتصاب على المحارم بتوفر علاقة القرابة المباشرة بين الجاني و الضحية كأن تكون هذه الأخيرة أم الجاني أو جدته أو أخته أو يكون الجاني أب الضحية أو جدها شرط أن تكون علاقة القرابة الشرعية و القانونية قائمة بينهما.

و عليه لقيام جريمة الاغتصاب يجب توافر الركن المادي المتمثل في الاتصال الجنسي الطبيعي التام بينه و بين امرأة سواء كانت أجنبية عنه او من دوي المحارم كان تكون من احد فروعه كان يكون المتهم أب الضحية او جدها، و ان يكون فعل الاتصال الجنسي قد وقع دون رضا الضحية، و ان يعلم الجاني انه يمارس الفعل الجنسي مع امرأة او قاصر دون رضاها و لا تربطه بها رابطة شرعية، أو تعتبر من المحرمات عليه شرعا و قانونا، و ذلك يكفي لتوافر القصد العام و النية الجرمية.

بالنسبة للجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 336 فقرة 1 على عقوبة الصورة البسيطة لجريمة الاغتصاب و هي السجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات كما شدد العقوبة في الفقرة الثانية من نفس المادة إلى السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة إذا كانت الضحية قاصرا لم تكمل 18 سنة.

أما إذا كان الجاني من أصول الضحية أو من المتولين تربيتها، أو ممن لهم سلطة أبوية عليها، أو كان خادما عندها أو موظفا أو من رجال الدين، أو قيام الجاني بالاستعانة في ارتكاب فعله المجرم بشخص آخر أو أكثر فتصبح العقوبة السجن المؤبد طبقا لنص المادة 337 ق ع[35].

ثالثا: جريمة الفاحشة بين دوي المحارم: عرفها الدكتور عبد العزيز سعد بأنها "كل فعل جنسي طبيعي تام يقع بين شخص و أحد محارمه من أقاربه أو أصهاره بتراض منهما صريح متبادل"،[36] حيث نصت عليها المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، على أنه تعتبر من الفواحش العلاقات الجنسية التي تقع بين الأصول و الفروع، الأخوة و الأخوات الأشقاء أو من الأب أو من الأم، بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته أو أحد فروعهم، بين الأم أو الأب و زوجة أو زوج و أرمل أو أرملة الابن أو أحد فروعه، و بين والد الزوج أو الزوجة، أو زوج الأم أو زوجة الأب و أحد فروع الزوج الآخر، أو بين أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت الآخر.

و منه نستنتج لقيام جريمة الفاحشة بين دوي المحارم توافر الركن المفترض و هي صلة القرابة أو نسب أو المصاهرة بين مرتكبي هذه الجريمة و توافر الركن المادي الجنسي التام برضا طرفي العلاقة، و الركن المعنوي الذي يقوم استنادا إلى توفر القصد الجنائي العام المتمثل في علم طرفي العلاقة بأن أحدهما قريبه أو صهره و يعتبر من الأشخاص المحرم عليه شرعا.

و إذا ارتكب فعل الفاحشة من طرف الأب و إحدى بناته، أو ممن يتولى سلطة الوصاية عليهن، أو وقع من طرف الأم و أحد أبنائها أو ممن تتولى سلطة الوصاية عليهم، فتسقط عليهما السلطة الأبوية، أو الكفالة.

بالنسبة للجزاء المقرر لجريمة الفاحشة بين دوي الأرحام فقد نصت نفس المادة السالفة الذكر على عقوبة السجن من 10 إلى عشرين سنة إذا تم فعل الفاحشة بين الأصول و الفروع ، أو بين الإخوة و الأخوات، والحبس من 5 إلى 10 سنوات إذا تم فعل الفاحشة بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته أو أحد فروعهم، أو بين الأم أو الأب و زوجة أو زوج و أرمل أو أرملة الابن أو أحد فروعه، و بين زوج الأم أو زوجة الأب و أحد فروع الزوج الآخر، و تكون العقوبة من 2 سنة إلى 5 سنوات إذا كان الفعل قد ارتكب بين أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت الآخر.[37]

الفرع الثاني: جرائم تتم بدون مواقعة جنسية:

أولا: – جرائم الإخلال بالحياء:

تشمل هذه الجرائم صورتين، الأولى هي جريمة الفعل العلني المخل بالحياء، و الثانية هي جريمة الفعل المخل بالحياء، إذ أن الاختلاف بينهما هو عنصر العلانية، و بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري لم يعرف الفعل المخل بالحياء على غرار باقي التشريعات، حيث عرفها الدكتور أحسن بوسقيعة بأنه " كل فعل يمارس على جسم شخص آخر و يكون من شأنه أن يشكل إخلالا بالآداب سواء كان ذلك علنية أو في الخفاء"[38]، و سنقتصر في هذا الشأن بالتطرق إلى جريمة الفعل المخل بالحياء، الذي نصت عليه المادة

334 من قانون العقوبات إذا ارتكب الفعل بدون عنف على قاصر، و إذا ارتكب من قبل أصول القاصر ولو تجاوز 16 سنة من عمره، و لم يصبح بعد راشدا بالزواج.

كما قد يرتكب الفعل بدون رضاء المجني عليه ذكرا كان أو أنثى، ، باستعمال الإكراه و العنف و هو الفعل المنصوص عليه في نص المادة 335 من قانون العقوبات

أ- بالنسبة للفعل المخل بالحياء المرتكب بدون عنف، ميز المشرع الجزائري بين حالتين في الجزاء بالنسبة للفعل الذي يرتكب على القاصر حسب سنه كما يلي:

1- إذا بلغ القاصر سن التمييز 13 سنة و لم يتجاوز سن 16 سنة يعد هذا الفعل جنحة تعاقب عليها الفقرة الأولى من المادة 334 بالحبس من 5 خمسة إلى 10 سنوات، و ترفع العقوبة إلى السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة إذا توافرت حدى الظروف التالية:

- إذا كان الجاني من الأصول أو من الفئة التي لها سلطة على الضحية.
- إذا استعان الفاعل بشخص أو أكثر و هو ما نصت عليه المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري.

2- إذا كان المجني عليه قاصرا تجاوز 16 سنة و لم يبلغ سن الرشد 19 سنة و كان الجاني من الأصول، اعتر هذا الفعل جناية، فيعاقب عليها في الفقرة 2 من المادة 334 قانون عقوبات بالسجن من 5 إلى 10 سنوات .

كما تطبق نفس العقوبة على الفعل المشروع فيه.

ب- بالنسبة للفعل المخل بالحياء المرتكب بالعنف: يعاقب على هذا العل بالسجن من 5 خمسة إلى 10 سنوات و ترفع العقوبة في الحالات التالية:

1- إذا كان الضحية قاصرا لم يتجاوز16 سنة ترفع العقوبة من 10 إلى 20 سنة طبقا للمادة 335 فقرة 2.

2- إذا كان الجاني من الأصول أو من الأشخاص الذين لديهم سلطة على المجني عليه، أو قام بالاستعانة بشخص أو أكثر فترفع العقوبة إلى السجن المؤبد طبقا لنص المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري[39].

ثانيا: جريمة التحريض على الفسق و الدعارة: تعتبر جريمة التحريض على الفسق و الدعارة و فساد الأخلاق من الجرائم الماسة ببنيان الأسرة و اعتداء كبير على نظامها، حيث نصت المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري على فعل التحريض على الفسق و فساد الأخلاق و التشجيع عليه او تسهيله و لو بصفة عرضية والذي ينصب على أشخاص ذكر كانوا أو أنثى لا يتجاوز سنهم 18 سنة.

كما تعاقب المادة 343 من قانون العقوبات كل من قام عمدا بحماية دعارة الغير او ساعد على ذلك، أو اقتسم متحصلا الدعارة مع الغير، أو قام بالوساطة، أو قام بأي عمل آخر مشار إليها في المادة.

و شدد المشرع في نص المادة 344 بشأن الوقائع المنصوص عليها أعلاه في نص المادة 343 قانون عقوبات كلما كان مرتكب الجريمة زوجا أو أبا أو أما أو وصيا للضحية الذي وقع عليها التحريض، أو إذا ارتكبت الجنحة ضد قاصر لم يكمل 18 سنة.

و لقيام هذه الجريمة في حق القائم بها وجب توافر الركن المادي المتمثل في قيام المتهم بتزيين وتجميل الفعل للضحية مباشرة أو باستعمال الهدايا، و الوعود و المغريات و غيرها من الوسائل المؤثرة في نفسية الفتى أو الفتاة، و لا تعتبر النتيجة عنصر أساسي فيها لعدم أهميته في هذه الجريمة.

أما النية الإجرامية أو القصد الجنائي المتطلب في هذه الجريمة هو القصد العام المتمثل في علم الجاني بأن ما يقوم به هو تحريض على الفسق و فساد الأخلاق، أو علمه بأنه يساعد او يشجع لممارسة الفسق و الدعارة، كمن يضع تحت تصرف شخص مسكنا بغرض ممارسة الفسق و الدعارة.

و بالنسبة للجزاء المقرر على التحريض على الفسق أو فساد الأخلاق أو التشجيع عليه أو تسهيله بالنسبة للقاصر الذي لم يكمل 18 سنة طبقا لنص المادة 342 تعاقب بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 ألف دج.

و تعاقب المادة 343 من قانون العقوبات كل من قام عمدا بحماية دعارة الغير او ساعد على ذلك، أو اقتسم متحصلا الدعارة مع الغير، أو قام بالوساطة، أو قام بأي عمل آخر مشار إليها في المادة بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 ألف دج. و تشدد العقوبة في نص المادة 344 و ترفعها إلى الحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات و بغرامة من 10.000 إلى 100.000 ألف دج، إذا كان مرتكب الجريمة زوجا أو أبا أو أما أو وصيا للضحية الذي وقع عليها التحريض، أو إذا ارتكبت الجنحة ضد قاصر لم يكمل 18 سنة، و يعاقب على الشروع في الحالتين بالعقوبات ذاتها المنصوص عليها بالنسبة لتلك الجنح[40].

المطلب الثالث: ارتكاب صاحب الحق في الحضانة لجرائم ناتجة عن دافع غير جنسي

أولا: جريمة تعريض خلق الأولاد للخطر: حيث أنه قد يعرض احد الوالدين او من أسندت إليه الحضانة خلق الطفل أو الأطفال المحضونين للخطر بأن يرتكب سلوكيات تمس الجانب النفسي و الأدبي للطفل كأن يكون الحاضن مثالا سيئا لهم باعتياده على السكر أمامهم، أو اتصافه بالانحلال الخلقي و الفجور و سوء السلوك، و قيامه بالتسول بالمحضون، أو تعاطيه للمخدرات و المؤثرات العقلية، أو ممارسته لأعمال السحر و الشعودة ... و كلها أفعال مجرمة قانونا في قانون العقوبات الجزائري و القوانين المكملة له.

حيث نصت المادة 330 فقرة 3 على معاقبة أحد الوالدين الذي يعرض خلق أولاده لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم، أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم

بالإشراف الضروري عليهم، و ذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقضي بإسقاطها، بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 50.000 إلى 200.000 ألف دج[41].

المبحث الثالث: أثر فساد أخلاق الحاضن على الحق في الحضانة

إذا ثبت فساد أخلاق الحاضن الذي أسندت إليه الحضانة فيترتب على ذلك آثار تمس مصلحة المحضون وأخلاقه، ولهذا اعتبر فقهاء الشريعة و القانون الجزائري فساد الأخلاق الناتجة عن سوء السلوك هي من الأسباب المسقطة للحضانة **(المطلب الأول)** كما أن زوال فساد الأخلاق قد يعيد الحضانة لدى بعض الفقهاء دون البعض الآخر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: فساد الأخلاق كسبب من أسباب إسقاط الحق في الحضانة:

أشار إلى ذلك قانون الأسرة الجزائري لما أكد على حفظ الصغير خلقيا من خلال أحد أهداف الحضانة و شروطها التي ذكرها في نص المدة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها أن " **الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.**" حيث اشتمل مصطلح أهلية الحاضن للحضانة شروط استحقاقها فهذا المصطلح الفضفاض ترك المجال لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري،[42] و لاجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن، و أضاف في نص المادة 67 منه على انه " **تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في نص المادة 62 أعلاه... غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**"[43].

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية:

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية ضرورة استقامة الدين و الأخلاق، و توفر القدوة الصالحة و الأسوة الحسنة لاستحقاق الحضانة،[44] فلا حضانة لشارب الخمر و لا للمشهور بفساد السلوك واعوجاجه، و لا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه، سواء كان الحاضن رجلا أو امرأة، إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا، و تثير الشكوك حول سلامة تربيته، و المناط في سقوط الحضانة مصلحة المحضون[45].

بالرغم من اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة، إلا أنهم اختلفوا في مدى الفسق المانع للحضانة في عدة أقوال[46]:

القول الأول: المانع المطلق للحضانة: و هو قول جمهور الفقهاء من حنفية، مالكية، شافعية، حنابلة وأدلتهم في ذلك: قوله تعالى في القرآن الكريم:" **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** "[47].

فوجه الدلالة أن ترك الصغير او الصغيرة عند من يريانه على صحبة من لا خير فيه و قد عاون على الإثم و العدوان و هذا حرام و معصية، و استدلوا أيضا بأن الفاسق غير موثوق به في أداء واجبه من

الحضانة، و في حضانته ضرر لأنه سينشأ فاسقا مثله، مادام ان الفاسق عادل عن صلاح نفسه فيعدل عن صلاح ولده، و هذا ما يعارض أهداف الحضانة و مقاصدها.

كما اشترط المالكية أمن المكان الذي يعيش فيه الصغير، إذ لا حضانة لمن بيته يأوي الفساق، أو بجانبهم[48].

القول الثاني: يرى انه لا تأثير للفسق و الخيانة على الحضانة: و هو قول ابن القيم و استدل بأن النبي صلى الله عليه و سلم لم يمنع ولا احد من الصحابة فاسقا من تربية ابنه و حضانته و لا من تزويجه موليته.

القول الثالث: ذهب إلى التفريق في أنواع الفسق من حيث الأثر المترتب عليه: وهو قول المذهب الحنفي، فإذا ترتب على فسق الحاضنة ضياع الولد، كأن تكون زانية أو سارقة أو لا تصوم فتسقط عنها الحضانة، و إذا لم يترتب عليه ضياع الولد فهو ليس فسقا مسقطا للحضانة.

القول الرابع: ذهب إلى التفريق بين مرحلتين من حياة الطفل: و هو قول ابن حزم، فإذا كان الطفل لم يبلغ سن الفهم، فإن الفسق ليس بمانع، فإذا بلغ فيها السن التي يفهم فيها معنى الفسق فهنا لا يستحق الحاضن الحضانة.

و يرى الدكتور بدران أبو العينين بدران أن المرأة الفاسقة[49] إذا بدا أنها لم تعد مأمونة على المحضون التي يشغلها فسقها عن العناية بالصغير، و يؤدي تركه عندها إلى ضياعه لا يكون لها الحق في الحضانة، و أيضا لو كان الرجل فاسقا و يخشى ضياع الصغير إذا ترك عنده لا يكون أهلا للحضانة[50].

أما إذا كان فسق المرأة او الرجل لا يمنع من العناية بالصغير، و القيام بأمره فلا يسقط حقهما، إلا ان المرأة إذا كانت سيئة السلوك و خيف على الولد ان يتأثر بسلوكها فانه يكون لها حق الحضانة إلى ان يعقل الصغير، و ذلك ببلوغه سبع سنين، حتى انه إذا خيف عليه ان يألف ما تفعله من المعاصي فقد قالوا يسقط حقها في الحضانة و ان لم يبلغ هذه السن، مراعاة لصالح الصغير حتى لا يشب دارجا على الرذيلة[51].

فالبيئة التي يتربى فيها الطفل تؤثر سلبا على سلوكياته، و تجعله محل شك دائم حول سلامة تربيته، فالحاضن إذا كان فاسقا او شاربا للخمر او زانيا سواء كانت امرأة او رجل تسقط عنه الحضانة[52].

وخلاصة القول أنه إذا كان فسق الحاضن أو الحاضنة متعديا مؤثرا في الحضانة و يضيع به المحضون لم يكن لفاسد الأخلاق حق في الحضانة، لأن الهدف من الحضانة من يتولى المحضون في خلقه و تربيته و أن يقوم على شؤونه والفسق المؤثر في الحضانة لا يؤمن المحضون منه.

أما إذا كان فسقه لا يؤثر في الحضانة، كأن يكون الحاضن مقصرا و يقع في بعض المحرمات، ولكنه يخشى على عرضه، و يتصف بالصدق و حسن المعاملة و لا يؤثر فسقه في الحضانة فالأولى النظر في درجة الفسق إذا كانت تؤثر في المحضون من عدمه.

الفرع الثاني: موقف المشرع و القضاء الجزائري

ان المشرع الجزائري جعل فساد الأخلاق كسبب من أسباب إسقاط الحق في الحضانة أو عدم استحقاقها، مع الأخذ بعين الاعتبار قبل إسقاطها مصلحة المحضون، و هدا ما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على انه " تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في نص المادة 62 أعلاه... غير انه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."، و بالرجوع إلى نص المادة 62 التي نصت على انه:" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و يشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك."

قد يثور النزاع حول إسقاط الحضانة، ويرفع المتنازع دعوى إسقاط الحضانة مؤسسا دعواه بعدم أمانة الحاضنة على المحضون في نفسه وأدبه وخلقه، كأن تكون الحاضنة فاجرة فجورًا يضيع الولد به كزنا أو سرقة، أو كأن يكون الحاضن فاسقا مستهترًا، لا يؤتمن على أخلاق المحضون وأدبه ونفسه، ويمكن إثارة دفع عدم الأمانة سواء كان الدفع الذي أثير بخصوص حضانة ذكر أو أنثى[53].

وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجل تسقط عنه الحضانة، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدَّد فيمن تثبت عليهم أخلاقًا سيئة بإسقاط حقهم في الحضانة خوفا على المحضون الذي سينشأ بأخلاق سيئة ومنحرفة، من بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال:

ذهبت المحكمة العليا في مضمون قرارها إلى أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة و مضرة بالمحضون، و متعارضة مع مصلحته، و لا يمكن إسقاط الحضانة إذا لم يثبت الأب إهمال الأم لولدها[54]، و أضافت في قرار آخر إلى أنه " **على الطالب بإسقاط حضانة الأم بسبب أخلاقها أن يقدم ما يثبت ادعاءاته بذلك**[55].

كما اتجهت المحكمة العليا في مضمون تسبيب قرارها إلى إسقاط الحضانة عن الأم التي ثبت ارتكابها لجنحة تعريض خلق الأولاد للخطر بموجب حكم جزائي بالسجن لمدة 3 أشهر حبسا نافدة أين جاء في قراره أنه "**من المقرر فقها و قانونا أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون** "[56].

كما جاء في تسبيب قرار محكمة عليا آخر إلى عدم استحقاق الأم و أم الأم للحضانة لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا، على أساس أن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته النظيفة، فقرر أنه: " **متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن**

الأم لفساد أخلاقها و لسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

و للحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها، و إقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"[57].

كما أن القضاء الجزائري اعتبر ارتكاب جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، حيث تبين لهم أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة ومن كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة [58].

و بالرغم من ارتكاب الحاضنة لجريمة الزنا إلا أن القاضي أبقى حقها فيها مراعيا مصلحة المحضون، و بحجة صغر سن المحضون الذي يحتاج إلى خدمة النساء حيث جاء في قرار المحكمة العليا: " **يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون... و أن الطفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء و أن مصلحتها في إسنادها إلى والدتها التي هي أحق بها مراعاة لمبدأ مصلحة المحضون طبقا للفقرة الأخيرة من نص المادة 67 قانون أسرة"**[59].

كما يجب أن تثبت جريمة الزنا على الحاضن بجميع طرق الإثبات و أن يصدر حكم قضائي نهائي يقضي بإدانة الأم الحاضنة بالجرم المنسوب إليها، حتى يترتب عليه إسقاط حقها في حضانة أولادها،

حيث جاء في قرار المحكمة العليا أيضا: "**أنّ عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم و مراقبتهم و السهر على تربيتهم و حمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة و أنّ من المحضوضين بنتين إن تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما، والقول بأنّ الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الاعتراف سيد الأدلة**[60].

و عليه فإن الموقف القانوني ذهب إلى إسقاط الحضانة عن الحاضن إذا لم يحافظ على خلق المحضون طبقا لنص المواد 62 و 67 من قانون الأسرة الجزائري مع مراعاة مصلحة المحضون، و هو ما استقرت عليه أغلب اجتهادات المحكمة العليا غير أن التضارب الحاصل في بعضها فيما يخص إسناد الحضانة للزانية فإننا نرى أن هذا التوجه مستمد من الفقه الإسلامي من خلال الرأي القائل بعدم إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة لحاجة المحضون لحضانة النساء لصغر سنه و عدم وصوله لمرحلة الفهم لمعنى الفسق، وإذا لم يترتب على الفعل الذي قامت بارتكابه ضياع و إهمال للمحضون.

المطلب الثاني: عودة الحق في الحضانة

إذا سقطت الحضانة بسبب فساد أخلاق الحاضن أو الحاضنة ثم زال سبب سقوطها فهل تعود الحضانة إلى صاحب الحق فيها أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين:

– فذهب القول الأول من المالكية في المشهور إلى أن عودة الحضانة متوقف على سبب سقوطها فإن كان غير اختياري كمرض اعترض الحاضن و اضطر به إلى السفر للعلاج، أو لأداء فريضة الحج، فإن الحضانة تعود للحاضن بعد شفاءه و للمسافر لأداء فريضة الحج بعد عودته فبزوال سبب سقوطها تعود الحضانة إلى الحاضن.

غير أنه إذا كان سبب سقوط الحضانة هو سبب أو مانع اختياري كزواج الحاضنة من قريب غير محرم و تم الدخول بها، أو ظهر فسق في الحاضن أو الحاضنة، أو قيام صاحب الحق في الحضانة بالسفر دون عذر، فلا تعود الحضانة بعد زوال السبب الاختياري، لأن سقوطها كان باختيار الحاضن[61].

– أما جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة، فقد ذهبوا إلى القول بعودة الحضانة بزوال سبب سقوطها سواء كان اختياريا أو غير اختياريا[62].

– أما القانون الجزائري فقد حصر عودة الحضانة في السبب الغير اختياري فقط دون السبب الاختياري في المادة 71 منه حيث جاء فيها أنه: " **يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**".

خاتمة:

و ختاما و استنادا لما سبق فإن صاحب الحق في الحضانة الذي لا يقيم وزنا للأخلاق ولا يراعي حرمة للشرف لا يكون أهلا للحضانة لأنه غير أمين على نفس المحضون وأدبه وخلقه، إذ ينشأ على طريقته ومتخلقا بأخلاقه، كأن تتوفر فيه صورة من صور فساد الأخلاق و سوء السلوك فإن حقه في الحضانة يسقط في القانون الجزائري مع مراعاة مصلحة المحضون، و مع اختلاف في الرأي الفقهي والقضائي حول إسقاط الحضانة و تركها و ذلك بالتفريق في نوع الفسق المسقط للحضانة و مدى تأثيره في المحضون و مدى حاجة الصغير للحاضن لصغر سنه.

وعليه يمكن التوصل إلى النتائج التالية:

– إن الحضانة أسندت إلى الحاضن لتحقيق أهداف عديدة منها الحماية الخُلقية للمحضون، و رتب له الفقه و القانون قرابة النساء كأولوية في استحقاقها على قرابة الرجال، و في حالة تعدد المستحقون من الدرجة الواحدة استحقها من كان أصلحا خلقا، و للقاضي السلطة التقديرية في اختيار الأصلح.

– الأمانة على الأخلاق هي شرط من الشروط المتفق عليها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية، فهي صفة في الحاضن يكون بها أهلا للحضانة، فلا حضانة لغير أمين على تقويم أخلاق الحاضن، كالفاسق رجلا أو امرأة، و السكير، و المشتهر بالزنا، و لا حضانة لمن بيته مأوى للفساق.

– من صور فساد أخلاق الحاضن ارتكاب صاحب الحق في الحضانة لجرائم ذات دافع جنسي، تتم بالمواقعة الجنسية التامة كالزنا و الاغتصاب و الفاحشة بين دوي المحارم، و قد تتم بدون مواقعة جنسية تامة كالتحريض على الفسق و الدعارة، و الاخلال بالحياء.

– من صور فساد أخلاق الحاضن ارتكاب صاحب الحق في الحضانة لجرائم ذات دافع غير جنسي كتعريض خلق الأولاد للخطر، كأن يكون مثالا سيئا للمحضون لاعتياده على السكر أو تعاطي المخدرات، أو اعتياد التسول.

– إذا ثبت فساد أخلاق صاحب الحق في الحضانة، نتيجة ارتكابه لسلوكيات و جرائم أخلاقية اسقط حقه في الحضانة مطلقا طبقا لجمهور الفقهاء، و بقاء الحضانة لمن اتصف بفساد الأخلاق حسب رأي ابن القيم، و فرق المذهب الحنفي بين الفسق المسقط للحضانة من خلال الأثر المترتب عليه إذا ترتب عليه ضياع المحضون تسقط الحضانة و إدا لم يؤثر فيه بقيت و صحت للحاضن، و دهب ابن حزم الى ابقاء الحضانة إذا لم يبلغ المحضون السن التي يدرك فيها معنى الفسق.

– ذهبت اجتهادات المحكمة العليا إلى إسقاط الحق في الحضانة بسبب فساد الأخلاق، إذا ثبت ارتكاب صاحب الحق في الحضانة لجريمة الزنا، أو جريمة تعريض الأولاد للخطر، و بالمقابل أبقى حق الحضانة للأم رغم ثبوت ارتكابها لجريمة الزنا، بسبب صغر سن المحضون، و ذلك تكريسا لمبدأ مصلحة المحضون.

– ان المشرع الجزائري جعل فساد الأخلاق كسبب من أسباب إسقاط الحق في الحضانة أو عدم استحقاقها، مع الأخذ بعين الاعتبار قبل إسقاطها مصلحة المحضون.

– اختلف الفقهاء حول عودة الحضانة بعد إسقاطها فذهب الرأي الأول إلى عودتها إذا كان سبب سقوطها غير اختياري، و ذهب الرأي الثاني لعودتها سواء كان سبب إسقاطها اختياريا أو غير اختياري، أما القانون الجزائري فاشترط عودتها إذا كان سبب سقوطها غير اختياري.

المقترحات:

لتدارك النقائص أو الغموض الموجود في نصوص المواد المتعلقة بالحضانة خاصة منها نص المادة 62 وذلك بتحديد شروط استحقاق الحضانة بدقة و تفصيل و خاصة منها شرط الأمانة على الأخلاق.

إدراج شرط عدم إسقاط الحضانة إذا كان فساد الأخلاق غير مضيع للمحضون، و شرط عدم إسقاطها عن الأم الحاضنة لصغر سن المحضون لحاجته لرعاية والدته في هذا السن، و لعدم إدراكه لمعنى فساد الأخلاق.

على المشرع توضيح و تحديد الأسباب الغير اختيارية التي يقصد بها في نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري و الذي تعود الحضانة بزواله بعد سقوطها، لأن فساد الأخلاق هو تصرف إرادي و اختياري من الحاضن.

الهوامش:

[1]– أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، جزء 2، دار الفكر، ص 73.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، ط1، ج 13، دار صادر، بيروت، ص 122. انظر أيضا مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي و زكرياء جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، ص 375. و انظر أيضا أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء اللغوي، تحقيق زهير عبد المحسن سلطان، ج 1، مؤسسة الرسالة، ص 239.

[3]– علي ابن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، 1984 ص 93.

[4]– عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، جزء 6، دار الفكر، بيروت ص 82،

[5]– محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية و قانونية كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، تجميع محمد احمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 171.

[6]– القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، (جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة بتاريخ 31 جويلية 1984)، و المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، (جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005).

[7]– عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص357.

[8]– عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 358.

[9]– الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني الجزائري (جريدة رسمية عدد 78 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975). و المعدل و المتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (جريدة رسمية عدد 44 سنة 2005) .

[10]– نبيل صقر قانون الأسرة نصا، فقها ، وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص249.

[11]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359.

[12]–نبيل صقر، مرجع سابق، ص249.

[13]– القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، (جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة بتاريخ 31 جويلية 1984)، و المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، (جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005).

[14]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359.

[15]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، بيروت، لبنان، 1394هـ-1977م، ص745.

[16]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1976، ص555.

[17]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص360.

[18]– باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 132.

[19]– أحمد ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، جزء 1، دار الفكر، 1979، ص 133.

[20]– سورة الأحزاب الآية 72.

[21]– سورة القصص الآية 26.

[22]– سورة النساء، الآية 58.

[23]– طارق حمد الحويان، أحكام الخيانة في الفقه الإسلامي، المعاملات المالية و الأحوال الشخصية نموذجا، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 16 و ما بعدها.

[24]– طارق حمد الحويان، المرجع نفسه، ص 192.

[25]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359.

[26]– علي ابن محمد الشريف الجرجاني، مرجع سابق، ص 106.

[27]– موسوعة المصطلحات الإسلامية، على موقع: https://terminologyenc.com/ar/browse/term/36669 تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/01.

[28]– عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 93.

[29]– عماد عبد الرحيم أحمد مقاط، (أثر الظروف الطارئة على حد الزنا في الفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص 04.

[30]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 94.

[31]– الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة بتاريخ 6/11/ 1966)، و المعدل و المتمم بالقانون 02/16.

[32]– عبد العزيز سعد مرجع سابق، ص 94.

[33]– ملف رقم 20841، قرار بتاريخ 1979/12/24، نشرة القضاة، 1981، عدد1، ص 80.

[34]– سليمان باريش، محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط 1، دار البعث للطباعة و النشر، قسنطينة، 1985، ص 199.

[35] – انظر في دلك المواد 336 و 337 من الأمر الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة بتاريخ 6/11/ 1966)، و المعدل و المتمم بالقانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 و القانون 02/16.

[36] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 107.

[37] – انظر نص المادة 337 مكرر من الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة بتاريخ 6/11/ 1966)، و المعدل و المتمم بالقانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 و القانون 02/16.

[38] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج1، ط 15، دار هومة، الجزائر، 2103، ص 111.

[39] – انظر في ذلك نص المواد 334، 335، 337 من الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة بتاريخ 6/11/ 1966)، و المعدل و المتمم بالقانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 و القانون 02/16.

[40] – انظر نص المواد من 342 إلى 344 من الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة بتاريخ 6/11/ 1966)، و المعدل و المتمم بالقانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 و القانون 02/16.

[41] – انظر نص المادة 330 فقرة 3 من الأمر الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة بتاريخ 6/11/ 1966)، و المعدل و المتمم بالقانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 و و القانون 15/ 19 المؤرخ في 30/ 12/ 2015 و القانون 02/16.

[42]– جاءت في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على لأنه: " كل ما لم يرد فيه نص يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" . راجع القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، (جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة بتاريخ 31 جويلية 1984)، و المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، (جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005).

[43]– المرجع نفسه.

[44]– العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص 260.

[45]– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، ط3، جزء8، دار الفكر، دمشق، 2012، ص 687.

[46]– انظر في ذلك طارق حمد الحويان، مرجع سابق ص ص 192-194. و انظر أيضا بن عصمان نسرين، (مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009، الجزائر، ص 46.

[47]– سورة المائدة الآية رقم 02.

[48]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 687.

[49]– معنى الفسق: في اللّغة: الخروج عن الطّاعة، وعن الدّين، وعن الاستقامة، والفسق في الأصل خروج الشّيء من الشّيء على وجه الفساد، وفي الاصطلاح قال الشّوكانيّ: هو الخروج عن الطّاعة وتجاوز الحدّ بالمعصية، والفسق يقع بالقليل من الذّنوب إذا كانت كبائر وبالكثير، وقد يكون الفسق شركاً، وقد يكون إثماً، وأكثر ما يقال الفاسق لمن التزم حكم الشّرع وأقرّ به ثمّ أخلّ بجميع أحكامه أو ببعضه، والفاسق كمن يشرب الخمر أو يزني. انظر في ذلك: موقع نداء الإيمان، على الرابط http://www.al-eman.com/ تم الاطلاع عليه بتاريخ 17-جويلية-2022.

[50]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1976، ص 553، وانظر أيضا: العربي بختي، مرجع سابق، ص 270.

[51]– بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 554.

[52]– باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 132.

[53]– أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الطبعة 1، الجزء 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص 380.

[54]– ملف رقم 50270، قرار بتاريخ 07-11-1988، المجلة القضائية، 1991، عدد 03، ص 48.

[55]– بن عصمان نسرين، مرجع سابق، ص 150.

[56]– ملف رقم 53578، قرار بتاريخ 1989/05/22، المجلة القضائية، 1991، عدد4، ص 99.

[57]– ملف رقم 31997، قرار بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، 1989، العدد 1، ص 73.

[58]– ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1997/09/30، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 169.

[59]– ملف رقم 564787، قرار بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، ص 262.

[60]– الحضانة في ظل القانون الجزائري، على موقع https://www.startimes.com/?t=24329209 تم الاطلاع عليه بتاريخ: 09.08.2022.

[61]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 691.

[62]– وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 692.