زواج الأم الحاضنة ومصير الطفل المحضون

– دراسة تحليلية في القانون الجزائري مدعمة بالاجتهاد القضائي –

The marriage of the custody mother's and the fate of child custody

- An analytical study in Algerian law supported by jurisprudence -

سويقي حورية*

مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان

جامعة بلحاج شعيب – عين تيموشنت، الجزائر

horiya.souiki@univ-temouchent.edu.dz

- - تاريخ الإرسال: 2023/02/16 - تاريخ القبول: 2023/05/18 - تاريخ النشر: 2023/06/18

الملخص: تعتبر الحضانة أهم أثر ناجم عن انفكاك الرابطة الزوجية في حال وجود أطفال. كونها تتعلق بمصيرهم بعد فراق والديهم. إذ هي حق والتزام على الحاضن الذي يقع على عاتقه واجب رعاية المحضون وتدبير أموره. لذلك كانت الأم أولى في توليها واستحقاقها. إلا أنه عادة ما ترغب الأم الحاضنة في تأسيس حياة جديدة لها بالزواج مرة أخرى، ويتبع ذلك في الغالب رفع دعوى إسقاط الحضانة من قبل الأب.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مصير الطفل المحضون بعد زواج الأم الحاضنة وفقا لمقتضيات قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية بهذا الصدد.

الكلمات المفتاحية: الحضانة؛ المحضون؛ الأم؛ الزواج؛ المصلحة؛ الدعوى.

Abstract: Custody is the most important effect resulting from the dissolution of the marital bond in the presence of children. Being related to their fate after the separation of their parents. It is a right and an obligation on the custodian, who has the duty to take care of the fostered child and manage his affairs. Therefore, the mother was the first to assume and entitle her. However, the custodial mother usually wants to establish a new life for her by remarrying, and this is often followed by filing a case for dropping custody by the father.

This study aims to determine the fate of the fostered child after the marriage of the custodial mother in accordance with the requirements of the Algerian Family Code and jurisprudence in this regard.

Keywords: custody; child custody; the mother; marriage; interest; Lawsuit.

* المؤلف المرسل: سويقي حورية.

مقدمة:

يترتب على انفصال الزوجين في حال وجود أطفال إسناد الحضانة إلى مستحقها الذي يتولى رعايته. أقرتها مبادئ الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية[1] والنصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري[2].

لقد أحاط المشرع مسألة الحضانة بنصوص راعى فيها مصلحة المحضون بصرف النظر عن من يتولاها[3]، إلا أنه لم يحدد المراد بالمصلحة، مما فتح الباب أمام الاجتهاد القضائي في مسائل عدة.

اعتبر المشرع الجزائري زواج الحاضنة من مُسقطات الحضانة. وإن ما تخشاه الأم الحاضنة بعد بناء حياتها وتأسيس أسرة جديدة هو فقدانها لطفلها، لهذا قد يلجئن الأمهات الحاضنات للزواج العرفي حتى لا يجد الأب أو غيره من مستحقي الحضانة دليلا لإسقاطها. والواقع يثبت مدى ترصد الأب زواج طليقته الحاضنة غالبا ما يكون ليس حبا في الطفل وإنما عقابا لها[4]، وأحيانا للتحلل من دفع النفقة الغذائية ومطالبتها بتعويض عن بدل الإيجار الذي دفعه من يوم زواجها إلى يوم علمه بذلك، وأحيانا أخرى يكون لأنه يخشى فعلا مصلحة طفله المحضون.

وأمام إدراك المشرع لذلك، وحماية منه لمصلحة المحضون، جعل السلطة التقديرية للقاضي في تقدير ذلك بناء على معايير يستند عليها في بناء حكمه.

تتمثل إشكالية الدراسة في: ما مدى جوازية تمسك الأم الحاضنة بحضانة طفلها بعد زواجها بأجنبي غير محرم في ظل السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي بهذا الصدد؟

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة موضوع هام ذو طابع اجتماعي معالجة قانونية، تنير فكر القارئ أكان قانوني أو مُطلع كأم حاضنة تخشى فقدان الحضانة. يعرج على المفاهيم ويوضح الإجراءات القانونية مع التعريج على دور القضاء من خلال الأحكام والاجتهادات القضائية.

---

[1] اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-41، المؤرخ في 19-12-1992. إذ أقرت الاتفاقية الحضانة واعتبرتها وسيلة من وسائل الرعاية البديلة.

[2] القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 27فبراير 2005.

[3] عادل عيساوي، السلطة التقديرية للقاضي في تقرير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد34، العدد04، سنة 2020، ص.163.

[4] نجومن المولودة قندوز سناء، دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، المجلد07 ، العدد01 ، 2022 ، ص.915.

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي، لوصف المفاهيم وتحليل النصوص القانونية وأيضا منطوق الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة بإشكالية الدراسة.

أولا: إسقاط الحضانة لزواج الأم الحاضنة بأجنبي غير محرم

الحضانة لغة مشتقة من الحضن أي الجنب. والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يربيانه ويحفظانه[5]. أما قانونا فعرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة:

".....هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بترتيبه على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"

ولقد رتب المشرع في المادة 64 من ذات القانون مستحقي الحضانة بدء بالأم ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

أطر المشرع الجزائري مُسقطات الحضانة، والتي يُعد زواج الحاضنة بغير قريب محرم إحداها[6]. والعلة من ذلك الخشية من انشغال الحاضنة عن محضونها وعدم معاملة الزوج الأجنبي غير محرم المحضون معاملة حسنة عكس القريب المحرم الذي له صلة قرابة بالطفل[7].

ولقد سار المشرع الجزائري على نفس نهج الشريعة الإسلامية، حيث روي أن امرأة قالت : "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني وزعم أن ينزعه مني، فقال ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي."[8]

وفيما يلي تفصيل في المسائل التي تبنى عليها رفع دعوى إسقاط الحضانة في القانون الجزائري، والسلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي بخصوص:

---

[5] محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهيو والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، العدد17، سنة 2014، ص.183.

[6] المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري.

[7] مغاري حياة، وفركوس دليلة، دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، العدد 04، سنة 2021، ص.170.

[8] عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشحصية، دار الفكر للثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1990، ص.271.

1: دعوى إسقاط الحضانة لزواج الأم الحاضنة بأجنبي غير محرم وموجباتها

يسقط الحق في الحضانة بتزوج الحاضنة بقريب غير محرم، وفق ما نصت عليها المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري.

وهو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية أخذت به العديد من الدول في قوانينها الوطنية[9].

والجدير بالذكر أن مصطلح الحاضنة لا يخص الأم فقط بل الجدة والعمة والخالة في حال تم إسناد الحضانة لهم، ولو تزوجن بقريب غير محرم تُسقط أيضا.

ويجب التنويه أن صياغة المادة 66 جاءت خالية من ضوابط مصلحة المحضون في المسألة محل الدراسة، مما يفيد أن زواج الحاضنة بأجنبي يتنافى قطعا مع مصلحة المحضون، وهذا غير صحيح.

إلا أنه في كل الأحوال لا يمكن اعتبارها كذلك، لأن المشرع لم يرتب أثر سقوط الحضانة بقوة القانون في حال زواج الحاضنة بغير قريب محرم، بل تكون بناء على حكم قضائي بعد أن يتقدم صاحب الحق في الحضانة بالمطالبة بها، وتعود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير ذلك[10].

ترفع دعوى إسقاط الحضانة بموجب عريضة افتتاحية من له الصفة وتتوفر لديه مصلحة، في مكان ممارسة الحضانة استنادا إلى نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[11].

ويجب تحقق الشروط الآتية:

- **أن الزوج أجنبيا غير قريب محرم:** وذلك وفقا لمقتضيات نص المادة66 من قانون الأسرة، ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- **أن يكون الزواج موثقا،** والحقيقة أن نص المادة 66 سالف الذكر لم يحدد فيما إذا كانُ يعتد بالزواج العرفي أو الرسمي فقط. لكن قضى الاجتهاد القضائي بهذا الصدد أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا بد أن يثبت بصفة مؤكدة، أي عقد زواج حرر وفقا للقانون. مما يفيد وجوب إثباته بمستخرج

[9] Farida Prihatini, Abdul Karim Munthe, Delila Stefanya Pusparani, Ali Sumihar, THE PROBLEM OF THE EXECUTION OF CHILD CUSTODY (ḤAḌĀNAH) DECISION BY THE RELIGIOUS COURTS IN INDONESIA, Jurnal Syariah, , Jil. 27, Bil. 2, 2019, p.305.

[10] حيدرة محمد، زواج الحاضنة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد20، جوان 2018، ص.196.

[11] القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد 21، الصادرة في23 أبريل سنة 2008، المعدل والمتمم.

سجل من الحالة المدنية. وهذا ما جاري العمل به فعلا في المحاكم حيث تُرفض الدعوى لعدم التأسيس إذا لم يتم إثبات ذلك[12].

– **أن يتم الدخول بالزوجة الحاضنة:** ويجب التنويه أنه لم يتم النص على ذلك في قانون الأسرة، بل الاجتهاد القضائي هو الذي نص على ذلك عندما قضى أن حضانة المرأة مقيدة بأن لا يكون زوج قد دخل بها، وإن كان كذلك وكان محرما على البيت المحضونة، فلا حضانة لها[13].

ومتى أثبت المدعي ذلك، لا يمكن الجزم عن إسقاط الحضانة من الأم وإسنادها له، لأن القاضي يراعي في ذلك مصلحة المحضون، والتي يستشفها بناء على آليات يُخول له القانون صلاحيات التحقق من خلالها من ذلك.

ونُعرج على قرار صادر عن المحكمة العليا بهذا الصدد، قضى على أن مصلحة المحضون الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة والواجب على القاضي مراعاتها تنصب على التنازل وليس الزواج بغير قريب محرم[14].

لكن هذا لا ينفي أن التطبيق القضائي يعكس فعلا أن مصطلح مصلحة المحضون يسري أيضا على الزواج بغير قريب محرم، كما أن المشرع لم يرتب أثر السقوط القانوني وإنما جعله منشئ بحكم قضائي.

وحتى إن قضى الحكم بإسقاط الحضانة من الأم وإسنادها للأب، يطرح الإشكال في التنفيذ بالنسبة للمحضر القضائي، فعادة ما يصعب عليه ذلك إذا رفض المحضون الالتحاق بوالده وفضل البقاء مع والدته. وغالبا ما يتعنت الأب ولا يدفع النفقة في هذه الحالة.

2: آليات التحقيق في مصلحة الطفل المحضون

اكتفى المشرع عند النص على ضوابط إسناد الحضانة بالإشارة إلى معايير تحقيق مصلحة المحضون بوجوب رعايته وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته. دون أن يضع لها تعريفا محددا، ذلك أن مفهومها مرن يتغير بتغير الظروف الزمانية. كما تختلف من طفل إلى آخر[15].

---

[12] حكم صادر عن محكمة عين تموشنت، بتاريخ 03-02-2015، قسم شؤون الأسرة، غير منشور.

[13] أشار إلى هذه القرارات القضائية حيدرة محمد، المرجع السابق، ص.196.

[14] قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 693936، الصادر بتاريخ 13-09-2012، منشور في المجلة القضائية عدد 01، سنة 2013، ص.2350

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قضت بأن مصلحة المحضون يقدرها قاضي الموضوع[16]. ويمكن أن يعتمد على آليات عديدة وفقا للقواعد العامة في دعوى إسقاط الحضانة، أبرزها:

– الخبرة، والتي يراد بها تدبير تحقيقي قصد الحصول على معلومات ضرورية من أهل الاختصاص، أو إثبات وقاع مادية معينة محل نزاع واقعا أو محتما وقوعه، تتناول الجانب المادي دون القانوني الذي هو من اختصاص القاضي وحده[17].

وفي مسألة الحضانة يلجأ القاضي إلى ذلك بتعيين مرشدة اجتماعية من أجل البحث في مدى صلاحية طالب الحضانة لمارستها وفقا لمصلحة المحضون؛ ليس فقط بالاتصال الشخصي به بل أيضا من خلال تقدير المكان المخصص لممارسة الحضانة[18]. ونستشهد بهذا الصدد بقرار المحكمة العليا[19]والذي قضى بأنه على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مساعدة اجتماعية.

ويقوم القاضي بالحكم بالخبرة، وعلى الطرف المستعجل إيداع مبلغ 2000دج بأمانة المحكمة، وتلزم المرشدة الاجتماعية بإيداع تقرير خلال شهرين، ليتم إعادة السير في الدعوى والحكم بناء على التقرير الذي يستدل به القاضي. ويمكن للمرشدة الاجتماعية محاورة الطفل إذا كان سنه يسمح له بذلك، ومعاينة منزل الأم الحاضنة والأب أو طالب الحضانة[20].

ويمكن أيضا للقاضي أن يطلب فحص طبي يقدر فيها الحالة الجسدية أو النفسية للمحضون.

– التحقيق، يمكن للقاضي أثناء الخصومة أن يطلب تحقيق وإحضار الطفل المحضون. وفي قضية طرحت على مستوى محكمة تلمسان تطلب فيها الأم إسناد الحضانة لها بعد أن تم إسنادها للأب عند فك الرابطة الزوجية لارتكابها جنحة الخيانة الزوجية، أجرت المحكمة تحقيقا مع الخصوم والأطفال طبقا لنص المادة 100 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأولى. وصرح الأطفال محل

---

[15] بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد44، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2016، ص.521.

[16] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 18–06–1991، ملف رقم 75171. غير منشور.

[17] بوصبيعات سوسن، حماية المحضون بين إجحاف النص التشريعي واجتهادات قاضي شؤون الأسرة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد31، العدد 04، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، سنة 2020، ص.246.

[18]هلتالي أحمد، استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، سبتمبر 2018، ص.376.

[19] قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 337176، الصادر بتاريخ 16–11–2005.

[20] قرار صادر عن مجلس قضاء غرفة شؤون الأسرة، قضية رقم 00136/16، بتاريخ02–02–2016، غير منشور.

الحضانة برغبتهم بالبقاء مع الأب وتم الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني وإبقاء الحضانة مع الأب[21].

– المعاينة[22]: أي انتقال القاضي إلى مكان ممارسة الحضانة لمعرفة الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه المحضون كنوع الحي وحالة المسكن ومدى قربه من المدرسة وغيرها من المسائل التي يتحقق من خلالها من تقرير مصلحة المحضون ويبني عليها حكمه[23].

– سماع الشهود: للقاضي أن يستعين بأفراد عائلة المحضون من أجل جمع المعلومات اللازمة التي تمكنه من بناء حكمه وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون.

وإذا دفع طالب الحضانة بأن الأم تزوجت بأجنبي غير محرم مقيم في الخارج، فتسقط الحضانة. ونستشهد بقرار قضائي صادر عن المحكمة العليا قضى بسقوط الحضانة لبُعد المسافة بالنسبة للأم الحاضنة المُقيمة في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر[24]. دون أن تكون حتى متزوجة.

وبالرجوع إلى نص المادة 69 من قانون الأسرة نجد أن المشرع مرة أخرى منح السلطة التقديرية بخصوص ذلك للقاضي حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون بخصوص إقامة الشخص الموكول له الحضانة في بلد أجنبي.

وفي ذات السياق وفي قرار قضائي آخر صادر عن المحكمة العليا متعلق بمسألة الأم المقيمة ببلد أجنبي غير المتزوجة مع قريب غير محرم، قضى بأن قضاة المجلس قد أخطأوا في تطبيق القانون عندما اسندوا الحضانة للأب، وكانت مخولة للأم التي بعد طلاقها وضعت حملها في فرنسا وتكفلت برعاية مولودها، وأن الأب لم يعارض ذلك واكتفى بطلب إسقاط النفقة. واعتبروا أن ليس في ذلك إخلال بشروط الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة[25].

وعليه تختلف الأحكام باختلاف الحيثيات والوقائع، مع مراعاة مبدأ رعاية مصلحة المحضون.

---

[21] حكم صادر عن محكمة تلمسان بتاريخ 01-03-2021، قسم شؤون الأسرة، غير منشور.

[22] المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[23] بوصبيعات سوسن، المرجع السابق، ص.247.

[24] قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 237526، الصادر بتاريخ 26-12-2001، منشور في المجلة القضائية عدد خاص، سنة 2001، ص.258.

[25] قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 1302053، الصادر بتاريخ 03-07-2019، منشور في المجلة القضائية العدد02، سنة 2019، ص.83.

بالرغم من أن المشرع أتاح للقاضي عدة آليات للتحقق من مصلحة المحضون. إلا أنه ترك السلطة التقديرية له، مما يجعل اللجوء إليها يختلف من قاضي إلى آخر ومن محكمة إلى أخرى. مما يؤدي إلى تباين الأحكام القاضية في مسألة إسقاط الحضانة لزواج الأم الحاضنة. وأحيانا لا يراعى فيها مصلحة المحضون.

ويجب التنويه أن المدعى عليها، أي الأم الحاضنة يمكنها أن تقدم دفوع وتثبت بدورها أن مصلحة الطفل المحضون تقتضي إبقاءه تحت رعايتها، خاصة إذا كان المحضون صغيرا في السن أو رضيعا، وإبعاده عنها يلحق به ضررا نفسيا. أو به عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم[26].

ويمكن أيضا أن تستدل بالنتائج المدرسية إذا كان متمدرسا ويحصل على علامات جيدة مما يفيد حرصها على نجاحه ورعايته على أحسن وجه.

وتبقى في كل الأحوال السلطة التقديرية للقاضي، بحيث لو حكم بإبقاء الحضانة مع الأم يتم إعفاء الأب من دفع مستحقات الإيجار مع الاستمرار في دفع النفقة الغذائية للطفل. ولو حكم بإسقاط الحضانة فتؤول لطالبها مع تخويل الأم حق الزيارة.

ويجب التنويه أنه يمكن لأحد مستحقي الحضانة أن يكون مدخلا في الخصومة، ويطلب الحضانة ويراعي دائما في ذلك القاضي مصلحة المحضون.

ويكون الحكم قابلا للطعن بالمعارضة إذا كان غيابيا في حق المدعى عليها، أو بالاستئناف إذا كان حضوريا في حقها. أو بالطعن بالنقض إذا كان قرار صادر عن المجلس.

وفي قضية طرحت على مستوى مجلس قضاء تلمسان، استأنفت الجدة للأم الحكم القاضي بمنح الحضانة للأب، كونها هي من سهرت على تربية حفيدتها منذ انفصال والديها وإعادة بناء كلاهما حياة جديدة. وبعد التقرير الاجتماعي للمرشدة الاجتماعية والسماع للطفلة تم إسقاط الحضانة من الأب ومنحها للجدة للأم مع الولاية مراعاة لمصلحة المحضون[27].

[26] Fauzi, Ṣuwar al-ḥaḍānah ba'da al-ṭalāq fī Aceh al-Wusṭá, Indonesian journal for islamic studies; volume24; n01, 2017, p.117.

[27] قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 25-10-2020، غرفة شؤون الأسرة، غير منشور.

ثانيا: مدى إمكانية استرجاع الحضانة بعد طلاق الأم الحاضنة من الأجنبي غير المحرم أو وفاته

تثار العديد من القضايا في الواقع بخصوص استرجاع الأم الحاضنة لحضانة محضونها بعد طلاقها من الأجنبي غير المحرم أو وفاته. مع إثبات ذلك بحكم طلاق صادر عن المحكمة أو بشهادة وفاة الزوج، ورفع دعوى لاستعادة حقها في الحضانة[28]. فما مدى جوازية ذلك؟

1: زوال السبب المُسقط للحضانة

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري وبالأخص المادة71 منه، نجد أن المشرع الجزائري نص على إمكانية عودة الحق في الحضانة بعد زوال السبب المسقط غير الاختياري. بمفهوم المخالفة يعني أن هناك أسباب اختيارية لا يمكن استرجاع الحق في الحضانة بعد زوالها.

إن عدم تفسير ذلك من قبل المشرع جعل الأمر مبهما، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ويفرق الفقه المالكي في هذا الصدد بين أسباب مُسقطات الحضانة الاختيارية، وهي التي تلعب إرادة الشخص دورا في تحققها كزواج الحاضنة أو التنازل عن الحضانة.

في حين أسباب مسقطات الحضانة غير الاختيارية هي التي تتحقق دون إرادة الشخص كالمرض أو العجز[29].

وبناء على ما سبق، نتساءل بخصوص موقف الاجتهاد القضائي الجزائري بهذا الصدد.

2: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من مدى إمكانية استرجاع الأم حضانة طفلها

لقد تباينت القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص تفسير السبب غير الاختياري.

فكانت تعتبر سابقا قبيل السبب غير الاختياري زواج الأم الحاضنة من أجنبي غير قريب محرم. حيث تم إسناد حضانة البنت لوالدتها بعد رفعها دعوى إسناد الحضانة من جديد بعد طلاقها، واعتبرت المحكمة العليا أن قضاة المجلس قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا[30].

---

[28] حيدرة محمد، المرجع السابق، ص.197.

[29] المرجع نفسه، ص.197.

[30] قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 201336، الصادر بتاريخ 21-07-1998.

وبتأسيسهم القرار على ذلك يكونوا قد فرقوا بين زواج الأم الحاضنة من غير قريب محرم كسبب مسقط غير إرادي، والتنازل عن الحضانة الذي يعتبر سببا إراديا محضا يحول دون استرجاع الأم الحضانة بعد تراجعها عن ذلك.

إلا أن الاجتهاد القضائي في السنوات الأخيرة، غير موقفه، وكيف زواج الأم الحاضنة بأجنبي غير محرم ضمن الأسباب الاختيارية، حيث قضى في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 2017 أن المبدأ هو عودة الحضانة لزوال السبب غير الاختياري؛ ويعتبر كذلك المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع[31]. ولم يتم ذكر الزواج بغير قريب محرم. ويفسر ذلك بمفهوم المخالفة أن سبب اختياري.

الخاتمة:

تعالج الحضانة حقيقة اجتماعية نابعة عن التفكك الأسري سواء بالطلاق أو ما في حكمه. وتنظيمها المحكم يستوجب صياغة نصوص قانونية مُلمة بكافة جوانبها مع ضمان حسن تطبيقها.

إن تخويل المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون أمر منطقي، ذلك أن الوقائع المثارة والمتعلقة بمسألة الحضانة تختلف من قضية إلى أخرى. ويجب على القاضي أن يتقصى ويستشف فعلا مصلحة المحضون من خلال الآليات المخولة له.

وعليه، وبناء على ما سبق نقترح التوصيات الآتية:

– يجب على المشرع تعديل نص المادة 66 من قانون الأسرة والنص صراحة بتمكين الأم الحاضنة بالاحتفاظ بحضانة الطفل المحضون إذا اقتضت مصلحته بعد التحقق من ذلك من قبل القاضي.

– يجب على المشرع تحديد أجل احتساب السنة لسقوط الحضانة لمن له الحق في طلبها، المنصوص عليها في المادة 68 من قانون الأسرة.

– يجب على الأم الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم أن تُعذر الزوج بتغيير مقر ممارسة الحضانة ليمارس حقه في الزيارة، كي لا يتم متابعتها على أساس جنحة إبعاد المحضون وعدم تسليمه إلى من له الحق في ذلك، طبقا للمادة 328 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[31] قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 1067582، الصادر بتاريخ 05-04-2017، منشور في المجلة القضائية العدد01، سنة 2017، ص.153.

يجب على المشرع درءً لتباين الاجتهادات القضائية الحسم في مسألة استرجاع الحضانة بعد طلاق الأم الحاضنة بزوج غير محرم أو وفاته. وأن يراعى في ذلك مصلحة