

دعوى الحضانة و موقف القضاء الجزائري

مزبان محمد

أستاذة بكلية الحقوق

جامعة مستغانم

مقدمة :

على خلاف بعض الأنظمة القضائية التي اعتمدت نظام تخصص المحاكم، كالمحكمة التجارية و المحكمة الاجتماعية و...، فإن التنظيم القضائي الجزائري اعتمد نظام تخصص القضاة ، ومنح الولاية العامة للمحكمة من أجل النظر في جميع القضايا المعروضة عليها ، و لم يستثن من ذلك إلا القضايا الإدارية و نظام تخصص القضاة يوفر مزايا عديدة من أهمها تفادي ما قد يثار بشأن تنازع الاختصاص من أجل ذلك استحدث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إجراءات خاصة ببعض أقسام المحكمة ، و منها على الخصوص قسم شؤون الأسرة الذي يختص بالفصل في قضايا الحضانة طبقا لأحكام المادة 423 إجراءات مدنية و إدارية و تكون المحكمة المختصة في هذه القضايا محكمة مكان ممارسة الحضانة ، طبقا لأحكام المادة 426 إجراءات مدنية و إدارية و ذلك من أجل معالجة قضايا الحضانة التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد 62 إلى غاية 72 من قانون 11/84 المؤرخ في 1984/6/09 المعدل و المتمم بموجب أمر 05 - 02 المؤرخ في 2005/02/27 و سأحاول أن أتعرض في هذا البحث إلى دعوى الحضانة المدنية و موقف القضاء الجزائري دون الدعوى الجزائية المتمثلة في:

- جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى الحاضنة
- جريمة اختطاف المحضون من الحاضنة
- جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة
- و ذلك بطرح التساؤلات التالية :
- كيف يقدر القاضي مصلحة المحضون ؟
- دور المساعدة الاجتماعية لتقريرها مصلحة المحضون ؟
- الحالات التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة ؟
- موقف القضاء الجزائري من الحضانة ؟

ولهذا قسم هذا البحث إلى ثلاثة نقاط رئيسية الأولى إجراءات رفع الدعوى الحضانة أمام قسم شؤون الأسرة و أمام قسم الاستعجال و المسألة الثانية ، دعاوى إسناد الحضانة و أخيرا دعوى إسقاط الحضانة.

المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى الحضانة أمام قسم شؤون الأسرة و القسم الاستعجالي

إن إحداث قاضي شؤون الأسرة على غرار القاضي التجاري و القاضي العقاري ، والقاضي الاجتماعي... يكرس المهنية من خلال تخصص القضاة بتأصيل المعارف القانونية و تعميقها ، بالنظر إلى تطور القوانين و تفرعها من جهة ، و إلى تنوع طبيعة النزاعات القائمة بشأنها و الظروف المتعلقة بنوعية وحساسية هذه المنازعات من جهة ثانية ، التي صار من الضروري إسناد مهام الفصل فيها إلى قاضي ذو تأهيل عال و متخصص¹ ، فضلا عن الصلاحيات العامة التي جاء بها قانون الأسرة ، فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أدخل صلاحيات جديدة منحها للقاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة بغرض الإلمام و التكفل بجميع المسائل و النزاعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون المتعلق بالحضانة و من أجل ذلك :

- منح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لقاضي شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال بمناسبة نظره القضايا المعروضة عليه ، و ذلك باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء سير الخصومة فيما يتعلق بالحضانة.

- منح له أيضا صلاحية النظر في المنازعات الناشئة عن الولاية و حماية القصر و ناقصي الأهلية و الحجر و الغياب و فقدان و التقديم.

في الأصل ، تكون الولاية على الأبناء القصر للأب ، و بعد وفاته تحل محله الأم بقوة القانون ، طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة ، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له ، تحل الأم محله في المسائل المستعجلة المتعلقة بالأبناء القصر ، و في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأبناء.

¹ بداوي علي ، مقال تحت عنوان " الإجراءات الجديدة الخاصة بقاض شؤون الأسرة ، منشور بنشرة القضاة ، العدد 1/64 ، ص : 353 .

كما أن المشرع أعطى إمكانية سماع أي شخص من أفراد العائلة حول الظروف الاجتماعية للعائلة و ظروف القاصر ، و يمكن أيضا إجراء تحقيق اجتماعي طبقا لأحكام المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و إمكانية اتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية لحماية القاصر ، و منها إسناد الحضانة مؤقتا إلى أحد الأبوين، أو إلى شخص آخر يكون أهلا لممارسة الحضانة، حسب الترتيب الذي وضعه قانون الأسرة في المادة 64 من قانون الأسرة الجديد و من أجل ذلك نظم المشرع الجزائري هذه الإجراءات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي بمقتضاه ترفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية مصحوبة

بنسخ بحسب عدد الأطراف و تتضمن ما أقرته أحكام المادة 14 و 15 إجراءات مدنية و إدارية ، فتودع العريضة الافتتاحية بصندوق المحكمة بعد دفع الرسوم القضائية المقدرة ب300 دج و تسجل حالا في سجل خاص و تحدد لها أول جلسة، و يقوم المدعي بالاستدعاء عن طريق المحضر القضائي خصمه في غضون 20 يوما على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور طبقا لأحكام المادة 20 إجراءات مدنية و إدارية ثم يتم إيداع الوثائق لدى كتابة الضبط و يتأكد هذا الأخير من أصول الوثائق أو نسخ مطابقة للأصل و يحرج وصل عن ذلك و يتم إيداع الوثائق و يتم جردها طبقا للمادة 21 و 22 إجراءات مدنية و إدارية علما بأن القضايا الشخصية معفاة من نظام الوساطة طبقا لحكام المادة 994 إجراءات مدنية و إدارية ، كما أن الأحكام الخاصة بالحضانة قابلة للاستئناف طبقا لأحكام المادة 57 من قانون الأسرة " تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف " و تطبق عليها أحكام المادة 609 إجراءات مدنية و إدارية أي وجوب حضور المحامي طبقا لأحكام المادة 311 إجراءات مدنية و إدارية على مستوى المجلس.

إن أحكام المادة 2/423 إجراءات مدنية و إدارية أعطت لرئيس قسم شؤون الأسرة صلاحيات الفصل في مسائل الحضانة و إن أحكام المادة 425 إجراءات مدنية و إدارية منحت لنفس الرئيس ممارسة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال تماشيا مع قانون الأسرة 84 - 11 المعدل و المتمم بموجب أمر 05 - 02 و الذي أجازت مادته 57 مكرر صراحة تدخل القاضي من أجل الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالحضانة ، كما يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية لتقرير الحضانة لصاحبها مراعاة لمصلحة المحضون

إدراكا من المشرع الجزائري بأن مصلحة المحضون لا تتأكد منها إلا المحكمة الكائن بدائرتها مكان ممارسة الحضانة فان دعاوى الحضانة تخص بها محكمة مكان ممارسة الحضانة طبقا للمادة 426 إجراءات مدنية و إدارية.

المطلب الثاني: الدعاوى المدنية للحضانة:

أتناول في هذا المطلب الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة و المتمثلة في كل من دعوى إسناد الحضانة و تمديدها، و دعوى إسقاطها و موقف القضاء الجزائري فيما يتعلق بهذه الدعاوى.

الفرع الأول: دعوى إسناد الحضانة:

الأمر يقتضي اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق و ما في حكمه من تطليق أو خلع ، و في حالة الوفاة.

أ - حالة الطلاق:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج ، أو حالة الطلاق بالتراضي ، أو إذا رفعت الزوجة دعوى أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة أو خلعا حسب المادة 54 من نفس القانون ، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى ، ذلك أنه متى تم فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء للحياة الزوجية

و كان لزاما الفصل في أمر الأطفال و تحت أي كنف سيعيشون ؟ مراعيًا دائما في حكمه مصلحة المحضون. علما بأنه في حالة الطلاق فالزوج مجبر بدفع النفقة لأبنائه من تاريخ التحاقهم بالديتهم الحضانة كما ذهبت إليه المحكمة العليا " تسري نفقة الأبناء ، المقيمين عند والدهم بعد الطلاق من تاريخ التحاقهم بالديتهم الحضانة.² وبتطبيق القواعد الفقهية و القانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة فان الأم دوما تكون أولى و أحق بإسناد الحضانة لها ، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز و المحددة قانونا و

²أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 377189 بتاريخ 2007/01/17 ، المجلة القضائية العدد الثاني ، ص : 469

شرعا . و هو المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم الأولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة حيث جاء فيه : " من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج ، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية³ كما جاء في قرار آخر لها " لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة ، طالما لا تثبت ردتها عن الدين الإسلامي⁴.

كما قررت المحكمة العليا أنه " يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم " ⁵ كما قررت المحكمة العليا أن " بدل الايجار مسكن المحضون ، تسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة " ⁶ كما اعتبرت المحكمة العليا أن " عدم تسديد بدل الاتجار باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم به لممارسة الحضانة ، قيام جريمة عدم دفع النفقة، المنصوص و المعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات ⁷.

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا : " من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ، و لما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك فان قضية الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن ⁸ . و دائما في إطار مراعاة مصلحة المحضون قررت

³ قرار المحكمة العليا رقم 52221 ، تاريخ 13 مارس 1989 - ص : 48 - م ق : 1993، عدد 01

⁴ قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 457038 بتاريخ 2008/09/10 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2008 ، ص : 313.

⁵ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 426431 ، بتاريخ 2008/03/12 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2008 ، ص : 271 :

⁶ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 331833 بتاريخ 2005/06/15 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2005 ، ص : 315

⁷ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 380958 ، بتاريخ 2006/04/26 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2007 ، ص : 585.

⁸ أنظر قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 153640 ، بتاريخ 1997/02/18 ، مجلة قضائية ، العدد الأول ، سنة 1997 ، ص : 37.

المحكمة العليا أن تسليم الأم البنيتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة ، ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس سنوات ، فان القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا القانون تطبيقا صحيحا⁹.

ب - حالة الوفاة :

رأينا أن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق ، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية و ذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة ، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له ، لأن العلة في هذه الحالة هي بقاء الولد المحضون دون رعاية .

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الراي إلى : " يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين ، مستعينا بمرشدة اجتماعية ، إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون ¹⁰، كما قررت المحكمة العليا " يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون ، بتقرير مساعدة اجتماعية " ¹¹.

الفرع الثاني: دعوى تمديد الحضانة:

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، و الأثنى سن الزواج و في هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كف أي شخص يعيش، و لا يحق لأي طرف في هذه الحالة رفع دعوى للمطالبة بالحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات و الأثنى ببلوغها سن الزواج ... " إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل، عندما أضافت: " وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية". إذن يستخلص من هذا

⁹ أنظر قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ن ملف رقم 134951 ، بتاريخ 1996/05/21 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1997 ، ص : 86

¹⁰ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 364850 قرار بتاريخ 2006/05/17 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2007 ، ص : 437.

¹¹ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 330566 ، المؤرخ في 2005/05/18 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2005 ، ص : 301 ،

النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره، وهذا ما من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

وجاء في قرار المحكمة العليا : " من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه و لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ، و متى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة ¹² . وهذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق وإسناد الحضانة للأم . و تم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضون تجاوز سن العاشرة و هم تحت رعاية الأب حيث جاء في ملخصه : " أن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر الى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية ، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة " ¹³ . هذا و تجب الإشارة إلى أن الدعاوى الرامية لتمديد سن الحضانة ضئيل من الناحية العملية فغالبا ما تبقى الحضانة للأم بدون دعوى تمديدها.

الفرع الثالث: دعوى إسقاط الحضانة:

كلما اختلفت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، و تكون دعوى سقوط الحضانة الأصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون .

فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة ؟

لقد نص المشرع الجزائي في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه و هي:

¹² أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 25566 ، بتاريخ 10/12/1999 ، غير منشور.

¹³ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 123889 ، بتاريخ 24/10/1995 ، نشرة القضاة ، العدد 52 ، ص : 111

الحالة الأولى: سقوط الحضانة بالتزوج بأجنبي عن المحضون و التنازل عنها:

نصت على هذه الحالة المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها : يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

أ - زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون :

في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أم غير اختياري و هل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري جاء في قرار للمحكمة العليا على أن : " أنه من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و اختيارياً يعد مخالفة للقانون"¹⁴ و أن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقاً للمادة 22 من قانون الأسرة¹⁵. إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا و اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة¹⁶، حيث جاء في أحد قراراتها : " من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً"¹⁷ و تأكد هذا التغير في موقف المحكمة العليا

¹⁴ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 58812 ، بتاريخ 1999/02/05

¹⁵ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 102886 ، بتاريخ 1994/04/19 ، نشرة القضاء ، العدد 51 ، ص : 92.

¹⁶ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 201336 ، بتاريخ 1998/07/21 ، الاجتهاد القضائي ، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد خاص ن سنة 2001 ، ص : 178.

¹⁷ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 252308 ، بتاريخ 2000/11/21 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، سنة 2001 ، ص

عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة، و من ثمة فإن طلاقها من هذا الزواج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 من نفس القانون، حيث جاء فيه : إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط و دون

الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون¹⁸

ب - التنازل عن الحضانة:

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهذا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها. بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة وله القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة : " أنه من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها و له القدرة على الحضانة فان لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة قبض قصدها " ¹⁹. كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة اذا أضر بمصلحة المحضون²⁰.

الحالة الثانية: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها اذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر بمعنى أنه قد يكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة و مع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا و منطقا و منها على سبيل المثال:

¹⁸ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51894، بتاريخ 19/12/1988، ص : 70.

¹⁹ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 189234، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 21/04/1998، عدد خاص، سنة

2001، ص : 175.

²⁰ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32829، المجلة القضائية، بتاريخ 09/07/1984، العدد 01، سنة 1999.

أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، و يرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه و لا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها و في غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، و قد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها: "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقاتها إذا لم

يمارس هذا الحق خلال سنة و من ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"²¹ وجاء في قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها²² إلا أنه هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة 68 السابقة الذكر عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة و عدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الإشارة إلى جنسهم و أعمارهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون.²³

الحالة الثالثة: سقوط الحضانة عند اختلال أحد شروطها:

إذا اختلفت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة و نصت على هذه الحالة المادة 67 من قانون الأسرة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية، مع أخذ المحكمة في هذه الحالة مصلحة المحضون، و قد ذهبته المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة و مضرّة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله²⁴، كما أكدت أن تخلف

²¹ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 388225، بتاريخ 1985/12/02، نشرة القضاة، العدد 44، ص:

157.

²² أنظر قرار المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، العدد خاص لسنة 2001، بتاريخ 1999/05/18، ص: 185.

²³ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 424292، المؤرخ في 2008/02/13، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 2008، ص: 267.

²⁴ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 33921، بتاريخ 1984/07/09.

شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق : "حيث الحاضنة فاقدة للبصر و من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي".²⁵

وقد اتجهت المحكمة العليا اتجاهاً أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت : بأن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها ، فانه يسقط أيضاً حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيها معاً²⁶ كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة ، و أن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون و أحكام المادة 62 من قانون الأسرة²⁷ . و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها أن ما استقر عليه القضاء ، أن عمل المرأة الحاضنة لا يعد من مسقطات الحضانة.²⁸

الحالة الرابعة: سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي :
المسألة هنا جوازية للقاضي، و الأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، و من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقاً من قناعته و مصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية²⁹ ، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانوناً إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط³⁰ ، إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها للأب لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة و

²⁵ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 31997 ، بتاريخ 1984/01/09 ، مجلة قضائية ، العدد 01 ، سنة 1989 ، ص :

73.

²⁶ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 179471 ، بتاريخ 1998/03/17 ، ص : 172.

²⁷ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 245156 ، بتاريخ 2000/07/18 ، العدد خاص ، سنة 2001 ، ص : 188.

²⁸ أنظر الدكتور العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص : 389.

²⁹ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 91671 ، المجلة القضائية ، بتاريخ 1993/06/23 ، العدد الأول ، سنة 1994 ،

ص : 72.

³⁰ أنظر قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 111048 ، نشرة التضاة ، بتاريخ 1995/11/21 ، العدد 52 ، ص : 102.

ذلك لبعده المسافة³¹، وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه " أنه من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من سنة³² . ومنه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون.

³¹ أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 43594، نشرة القضاء، بتاريخ 1986/09/22 العدد 44، ص: 175.

³² أنظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 32594، بتاريخ 1984/04/02.