

آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية

Mechanisms to consolidate the interest of the custodians in the light of the
Algerian family law and jurisprudence

د. مجدوب نوال (*)

أستاذة محاضرة قسم ب

المركز الجامعي مغنية

الملخص:

إن من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية بغض النظر عن طريقة الانحلال سواء عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع ، نجد المسائل المرتبطة بالحضانة ، فقد نظم المشرع الجزائري الإطار العام للحضانة بموجب قواعد قانون الأسرة ، أين حدد من هم الأشخاص الذين لهم الحق قانونا في الحضانة ، مع تبيان أهم الشروط الواجب توافرها في الحاضن ، وبالنتيجة سقوط الحضانة كجزء بمجرد خرق الحاضن للشروط المتطلبية قانونا ، وبالنتيجة لكل ذلك نجد أن مصلحة المحضون هو عبارة عن مصطلح مرن ، حسنا فعل المشرع الجزائري بتبنيه أين اعتبر أن كل مساس بمصلحة المحضون هو كافي لإسقاط وقبل ذلك إسناد الحضانة .

الكلمات المفتاحية :

الحضانة – قانون الأسرة – المحضون – الحاضن – مصلحة المحضون .

Abstract :

One of the most important consequences of the dissolution of the marital relationship regardless of the way of dissolution, whether through divorce, divorce or divorce, we find issues related to custody, the Algerian legislator organized the general framework of custody under the rules of family law, where determined who are legally entitled to The result is that the child's interest is a flexible term. The Algerian legislator did well to adopt it where he considered that any harm to the interests of the child is the right of the child to the custody of the child. Enough to drop and But assigning custody.

key words :

Custody - Family law - Custody - Custody - Beneficiary's custody.

* المرسل : د . مجدوب نوال

مقدمة :

من ضمن أهداف الزواج تحقيق الأناس والراحة والطمأنينة بين الزوجين وهي الخاصية التي تلتصق بعقد الزواج لقوله تعالى ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون))¹ وإن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الفعال في سلوك أبنائهم وحسن تكييفهم وتوافقهم النفسي والعقلي ، غير أن التماسك والأناس والمودة والرحمة والتفاهم الذين هم دعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين ، فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة وتؤدي إلى التناافر فتنتفي الغاية المرجوة من الزواج .

وحتى لا تصبح الحياة مستحيلة وحتى لا يهضم حق طرف على حساب طرف آخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه اعتبره أبغض الحلال إلى الله وذلك لضرورة قاهرة وإلى ظروف استثنائية ملحة والتي تجعله دواء وعلاجاً للتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها ، فإذا لم تجد جميع وسائل الإصلاح للتوفيق يذهب كل منهما لحياة جديدة .

ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم وكيفية المحافظة عليهم . وعلى هذا فإن الإشكال الذي تدور حوله هذه الدراسة يتجلى في مايلي :

ما مدى نجاعة المنظومة القانونية في مراعاة مصلحة المحضون ؟.

والإجابة عن سالف الإشكال تقودنا لدراسة الشروط القانونية المتطلبية لممارسة الحضانة ؟ والأشخاص المخول لهم قانوناً ممارسة هذا الحق (المحور الأول) بالإضافة إلى حالات سقوط هذا الحق وأجال المطالبة به (المحور الثاني) .

المحور الأول: الضمانات القانونية لترسيخ مصلحة المحضون في ظل التشريع الجزائري

لما كانت الحضانة من آثار انحلال الرابطة الزوجية فإن مبدأ أو فكرة مصلحة المحضون التي تم تبنيها من طرف الإرادة التشريعية في قانون الأسرة لم يرد لها تعريف ولم يعطى له مدلول ، فهي قاعدة ذاتية تختلف من طفل لآخر، ومن سن لآخر فهي غير مقترنة بزمن معين بل مرنة ومطاطة.

ورغم غياب المعايير الدقيقة التي تحدد بموجبها مصلحة المحضون ، إلا أنه هناك خصائص تنفرد بها يمكن إبرازها في مايلي :

- إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية وشخصية ، بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى ، وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل على حدى ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر.

فمصلحة المحضون أكبر من أن ترد تحت معنى محدد ومن الضمانات القانونية لتكريس مصلحة المحضون نجد الشروط التي تطلبها المشرع في مستحقي الحضانة وكذلك ترتيب مستحقي الحضانة وأسباب سقوطها ، ومن هنا تبرز أهمية مصلحة المحضون من خلال إشتراط أن يوفر الأب مسكنا ملائما تمارس فيه الحضانة وهذا إن دل على شيء فهو يدل على قدسية الحضانة ومكانتها في ظل أحكام الشرع وتشريعات الأسرة².

فالسكن الملائم الذي يجب أن يوفره الأب لممارسة الحضانة مستقل كل الإستقلالية عن التزامه بدفع النفقة لتغطية احتياجات المحضون ولو أن مبالغ النفقة المدفوعة لا تلي إلا جزء صغير من احتياجات المحضون .

و من ثم لا يمكن للزوج التنصل من إلتزامه بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجار بحجة أن دخله ضئيل أو الدفع أنه لا يعدو كونه فلاح بسيط مع تقديم بطاقة مهنة الفلاح ، فكل الدفع التي يقدمها الزوج للتنصل من القيام بإلتزامه القانوني المنجر عن الحضانة لا تعفي المطلقة من حقها في السكن لممارسة الحضانة وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها³.

و لأن مصلحة المحضون تتطلب أن يلتزم الأب بكل الإلتزامات المنجزة عن فك الرابطة الزوجية ومن ذلك إلتزامه بدفع مبالغ النفقة وتوفير سكن ملائم يترعرع فيه المحضون أو يدفع بدل الإيجار الذي يقدره قضاة الموضوع وفقا لسلطتهم التقديرية، فإن دفع الزوج بأن أم المحضون تمارس وظيفة تتقاضى مقابلها دخلا معتبرا هو دفع غير مقبول ومخالف لما ذهب إليه المشرع من خلال نص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن "

فمصلحة المحضون إذن تتطلب بقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلى حين توفير الزوج لسكن ملائم⁴ لممارسة الحضانة .

مع الإشارة في هذا الصدد أنه لا يجوز أن يكون السكن المخصص لممارسة الحضانة⁵ هو الطابق الأرضي للمنزل الذي يعيش الزوج فيه ، لأن المنطق يقضي بأن الشيء المجزء يعتبر شيئاً واحداً، ومن ثم فإنه يمنع على الزوج توفير مسكن قريب من مسكنه ، فالزوجة إذن صارت أجنبية عنه بعد الطلاق مما يجعل المعاشرة أو المجاورة بينهما مستحيلة وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها⁶.

و بالإضافة إلى ما سبق فإن مصلحة المحضون تتطلب أن يتم تسليم المحضون لفائدة الشخص الذي قضي لمصلحته وذلك تحت طائلة المسائلة الجنائية وفقاً لما قرره المشرع العقابي من خلال نص المادة 328⁷ والتي تنص على أنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل وبحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ، وكذلك كل من خطفه ممن وكل له حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعدته عنه أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف .
و تزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية⁸ عن الجاني".

وبالتالي فإن دراسة الأحكام المرتبطة بممارسة الحق في الحضانة في ظل التشريع الجزائري والضمانات القانونية لترسيخ مصلحة المحضون تتطلب بالضرورة تحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن (أولاً) مع ضرورة الإشارة إلى مستحقي الحضانة (ثانياً) .

أولاً : الشروط الواجب توافرها في الحاضن

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة على أنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقته..." .

وإذا كانت الولاية ترد إما على النفس أو على المال أو على المال والنفس معاً، فإنه بالرجوع لنص المادة 62 من قانون الأسرة فإن الحضانة هي جزء من الولاية وليست هي الولاية فقط، ويمكن أن يكون الولي شخص والحاضن شخص آخر .

ويمكن الفرق بين الولاية والحضانة فيما يلي.

1-الولاية جزء أعم من الحضانة التي تعد جزء منها.

2-يمكن أن يكون الولي الأب والحاضن شخص آخر الأم أو الجدة.

3- يمكن التنازل عن الحضانة دون الولاية لأنها من النظام العام طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة..

وبالتالي يشترط في الحاضن أو الحاضنة أن يكونا أهلا للقيام بالحضانة وعلى هذا الأساس يجب توافر الشروط التالية :

01- يجب أن يكون الحاضن بالغاً وعاقلاً⁹ إذ لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ، ويستوي في الجنون أن يكون مُتَبَقّاً أو متقطعاً فكلاهما مانع من ممارسة الحضانة ، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ، ولو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة ، ذلك لأن ترك المحضون لدى الحاضن غير العاقل فيه ضرر عليه ، فقد يرد جنونه في أي وقت وإن كان نادراً أو قصيراً .

فغير العاقل إذن بغض النظر عن كونه مجنوناً أو معتوهاً أو حتى صغيراً هو الآخر بحاجة لحضانة ومن ثم لا يمكنه ممارسة الحضانة¹⁰ .

و من تطبيقاتها عملياً نذكر نقض وإبطال القرار الصادر بتاريخ 1984/07/09، الرامي لإسناد الحضانة إلى أم فاقدة للبصر¹¹ ، كما أن الإدعاء بأحقية الأب بحضانة الأبناء من منطلق أن الأم مصابة بمرض عقلي دون إثبات هذا المرض يعد مخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة¹² .

02- أن لا يكون الحاضن ذو رحم محرم للمحضون، مع الإشارة أن أبناء العم والخال لا يحضنون الأنثى وبنات العم أو الخال لا يحضنون الذكر لما في ذلك من شهوات وسدا لذريعة الفتنة ...، فهو إذن شرط ضروري رغم أن المشرع إكتفى من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري سابق الإشارة إليه بإشتراط أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك .

03- أن لا يكون الحاضن مهملًا ، أو منشغلاً عن المحضون ، كأن يخرج في كل وقت وو يعرض المحضون للخطر وللأمراض النفسية ومن ذلك مرض التوحد ، كأن تكون الحاضنة موظفة في قطاع معين يحتم عليها الغياب الدائم، أو يكون الحاضن موظفاً بولاية أخرى تتطلب سفره الدائم ، مع الإشارة أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سبباً في الحرمان من ممارسة الحضانة .

04- أن لا تمنع الحاضنة على الحضانة المجانية فشرط عدم الامتناع هو واحد من الشروط.

05- عدم الإقامة مع المحضون في بيت يبغضه، كما يشترط عدم ممارسة الحضانة في بلد أجنبي بعيد عن أقارب الأب ، وذلك راجع لمصلحة المحضون في التنشئة على دين أبيه ، مما يجعل من إسناد الحضانة للأم في هذه الحالة مخالفة للشرع والقانون وفقا لما قرره المحكمة العليا في إحدى قراراتها¹³ .

في حين أن بعد المسافة بين موطن القائم بالحضانة وموطن صاحب الحق في الزيارة لا يعني بالضرورة إسقاط الحضانة عن طرف وإسنادها للطرف الآخر، كأن تقطن الحاضنة في ولاية الجزائر في حين يقطن الزوج بولاية مستغانم¹⁴ ، وبالتالي فإن بعد المسافة بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة لا يعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم، ولا يمنع من استعمال حق الزيارة¹⁵ .

06- أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي أو غير محرم فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقربته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه ، فيتمّ بينهما التعاون على كفالتة، وهذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية به، وعليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم ولا الظروف المساعدة التي تنهي ملكاته .

إلا أنه خدمة لمصلحة المحضون فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم قد تقع عليه عدة استثناءات نذكر منها على سبيل المثال مايلي :

- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم : فإن الحاضنة أي الأم تكون أولى به رغم زواجها، وكذلك الأمر إذا كان من يلمها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانتها أو متوفي .

- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة : ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري

- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض .

ثانيا : أصحاب الحق في الحضانة وفق التشريع الجزائري

تجدر الإشارة بداية أن مدة حضانة الذكر إلى حين البلوغ في حين أن مدة حضانة الأنثى حتى سن الزواج¹⁶ ، أما عن مستحقي الحضانة فقد أورد المشرع الجزائري ترتيبا للمستحقي ممارسة الحضانة وهو الترتيب الذي لا يجب الإخلال به أو مخالفته¹⁷ ، إلا متى

ثبت بالدليل على من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون¹⁸ ، مع الإشارة أنه لا يجوز تجزئة الحق في الحضانة¹⁹ وهو ما قرره المحكمة العليا في إحدى قراراتها أين تم نقض القرار الذي قضى بخلاف هذا المبدأ بتجزئة الحضانة بين الأم والجدة لأب ، متى أسس حكمه على إسناد الحضانة للجدة بناء على رغبة الأبناء في البقاء ورفضهم الإلتحاق بأبهم²⁰ ، مع الإشارة أن مسألة إسناد الحضانة قد تطرح في حالة فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع ، كما قد تطرح في حالة وفاة الأم والأب معا ، وبالتالي متى توفي الأب والأم مثلا في حادث فالأصل أن يتم إسناد الحضانة للجدة من الأم لكن متى كانت هذه الأخيرة غير منضبطة في سلوكها فإن مصلحة المحضون تتطلب تجاوز الترتيب المقرر قانونا لتنتقل الحضانة مباشرة إلى الجدة للأب مع مراعاة مصلحة المحضون ، لكن القول بعدم أحقية الحاضن بالحضانة يجب أن يكون مبررا بسبب شرعي ، وهو ما قرره المحكمة العليا في إحدى قراراتها²¹ .

ويتم إستحقاق الحضانة على النحو التالي :

01- الحضانة للأم.

ودليلها في الشريعة الإسلامية أن امرأة جاءت النبي المصطفى صلى الله عليه وسلم قائلة إن إبني هذا كان بطني وعاءا له وثدي سقيا له وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد نزعني فقل " أنت أحق به ما لم تنكحي " وقال صل الله عليه وسلم " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة " .

وعن عمر ابن الخطاب لما طلق أم عاصم وأراد أخذ عاصم من حجرها فتجاذباه حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبوبكر الصديق رضي الله عنه وأرضاه فقال " مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار بنفسه " ²² .

وبالتالي فالأولوية للأم في ممارسة الحضانة ولا يوجد نص يلزم القضاة بالسماع للأولاد في اختيار أحد الوالدين دون الآخر ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها²³ .

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه لا يجوز حرمان الأم متى طالبت بممارسة الحق في الحضانة وإسناد هذا الحق للأب ليصبح المحضون ربيبا لامرأة أخرى لا تعطف عليه ، ولا يجوز الدفع بتخليها عن المحضون وتركه مع والده دون السؤال عنه، أو حتى الإدعاء أنه من مصلحة المحضون البقاء مع والده بعد تخلي الحاضنة عنه كونه الأكثر رقابة وإهتمام عن الحاضنة التي لا يعرف لها مقر ثابت²⁴ .

و بالتالي قضت المحكمة العليا أن القضاء بإسناد حضانة الطفل البالغ من العمر ثماني سنين لأبيه ، يعد خرقاً لأحكام الحضانة ، وتجاوز لمبدأ مصلحة المحضون هذا الأخير الذي حرم من عطف أمه وهو صغير دون سبب معقول²⁵ .

02-الحضانة للأب.

طبقاً لما جاء في المادة 64 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري ، فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون حريصة عليه وتتولى رعايته ، خاصة إذا كان الولد فطيماً، مع الإشارة أنه لا يمكن إسناد الحضانة للأب بمجرد الإدعاء أن الأم مريضة عقلياً دون إثبات، إذ يعد ذلك إنعداماً في الأساس القانوني الذي بني عليه الحكم مما يجعله قابلاً للنقض فيه دون إحالة وهو ما قرره المحكمة العليا في إحدى قراراتها²⁶ .

مع الإشارة في هذا السياق أنه متى أسندت الحضانة للأم ، وبالنتيجة للأب حق الزيارة فإنه يجوز أن يمارس الأب حقه في الزيارة في بيت الحاضنة وبحضورها متى تعلق الأمر بمولود حديث العهد بالولادة بحاجة للرضاعة كل ساعتين ، في حين متى تجاوز المحضون مدة الرضاعة الكاملة يوم رفع الدعوى ، فإنه لا يمكن إلزام الأب بزيارة المحضون في منزل الحاضنة دون اصطحابه معه وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها²⁷ .

03-الحضانة للجدّة من جهة الأم

في حالة سقوط الحضانة عن أم المحضون ، إما لوفاها ، أو لزواجها بأجنبي ، أو لأي سبب من أسباب السقوط ، تليها أمها مباشرة، لمشاركتها في الإرث والولادة ، وذلك لأن الجدّة أكثر رأفة وشفقة على المحضون من غيرها ، ولهذا فضلت الأم على الأب ، فقد فضلت كذلك الجدّة أم الأم على الجدّة أم الأب لهذا السبب²⁸ .

وإذا كان المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند أم الأم ، فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، ومنه بعض القوانين العربية ، لا سيما القانون السوري في المادة 139 الفقرة الأولى منه لم يتوقف عند أم الأم بل تعداها إلى جدّة الأم أي أخذ بالقاعدة " حق الحضانة للأم ، فالأمها وإن علت"²⁹ .

وبالتالي إذا كانت حضانة الأم لمحضونها مقيدة بشروط فنفس الشروط لا بد أن تتوفر في أم الأم ، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، وكذا انتقال حضانة الولد للأم الأم يكون دائماً مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية.

04-الحضانة للجددة من جهة الأب.

ويشترط أن تكون الجدة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية³⁰.

05-الحضانة للخالة وذلك بغض النظر عما إذا كانت شقيقة للأم أو لا ، أي أخت من أب أو أم ، إذ أن شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه ، وفي هذا اتفاق مع ما جاء في الأثر ، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في إبنة حمزة لخالتها ، وقال: " الخالة أم " ، وقد كان ذلك عندما اختصم علي وجعفر وزيد ابن حارثة - رضي الله عنهم - في أيهم يحضن إبنة حمزة رضي الله عنه ، فسلمها رسول الله لخالتها وهي زوجة جعفر ، مع الإشارة أنه يتوجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها التي تتوفر في الحاضنة . مع الإشارة أن إسناد الحضانة لأخت الأب أي العممة رغم توافر أو وجود الخالة يجعل من الحكم قابل للطعن فيه لأنه مخالف للقانون متى طالبت الخالة بالحضانة³¹.

المحور الثاني : سقوط الحضانة وإسناد المسؤولية عن خطأ المحضون

هناك حالات تسقط فيها الحضانة عن الحاضن متى اختل شرط من شروط ممارسة الحضانة (أولا) مع ضرورة مراعاة الأجال القانونية للمطالبة بهذا الحق (ثانيا) مما يتطلب معه تحديد المسؤول عن أخطاء المحضون في ظل التشريع الجزائري (ثالثا) .

أولا : حالات سقوط الحضانة

لما كانت الحضانة هي واحدة من آثار انحلال الرابطة الزوجية فهي تسقط متى وجد مانع يحول دون ممارستها ، ومن ثم فهي تسقط عن الحاضن بمجرد إختلال شرط من شروط الحضانة والتي يمكن تلخيصها في مايلي :

01- سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي للإقامة فيه ومن ثم متى تنازلت الأم عن حضانة الولد فإن الحضانة تسند للأب ويصبح لها الحق في الزيارة ، لكن متى كان هذا الأخير مقيما بفرنسا مثلا فإنه يتوجب عليه ترك المحضون لدى من يثق بهم من أهله وأقاربه بالجزائر ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها³² ، والعكس صحيح تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة كما هو الحال في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي ، وإقامة الأب في الجزائر وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر³³.

02- إتيان الحاضن للفسق والفجور ، إذ من المقرر قانونا أن جريمة الزنا مثلا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون³⁴ ، كما تسقط الحضانة عن الأم قانونا

وشرعا لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها بالإضافة إلى سقوطها عن أم الأم نظرا لفقدان الثقة في كلاهما³⁵.

وقضي في هذا السياق أنه " لما كان من الثابت أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاث للأم على إعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون خرقا للقانون ، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"³⁶.

03- زواج الحاضنة بغير بغير قريب محرم وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها³⁷ وهو عبارة عن تنازل غير إختياري ، ومن ثم يجوز لها المطالبة بحقها في الحضانة إذا زال هذا السبب غير الإختياري المسقط للحضانة أي متى تطلقت من زوجها الثاني وهو ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري" وهو ما تبنته أيضا المحكمة العليا في إحدى قراراتها³⁸.

04- كما تنص المادة 66 أن الحضانة تسقط بالتنازل عنها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون فمتى تنازلت الأم مثلا عن حضانة رضيع بحاجة لها لا يستجيب له القاضي. وبالتالي كل تنازل يتعارض ومصلحة المحضون لا يعتد به والأم في هذه الحالة تعامل بنقيض قصدها.....مع الإشارة أن التنازل عن الحضانة يثبت بحكم قضائي.

ونشير إلى أن مصلحة المحضون مرجحة في نظر المشرع ، و القاضي ملزم دوما بمراعاتها كون أن قضايا شؤون الأسرة تخص حالة الأشخاص ومصالحهم ، فتنازل الأم نهائيا عن الحضانة دون إرغامها يمنعها من المطالبة في إسترجاع الأولاد مجددا³⁹.

و لو أن مصلحة المحضون أكبر من أن تكون رهينة قرار الأم الحاضنة بالتنازل عن المحضون ، ومن ثم قد يرفض طلب الأم للتنازل عن حضانة المحضون متى تطلبت مصلحة هذا الأخير ذلك كان يكون المحضون مصاب بمرض يتطلب رعاية الأم أكثر من الأب ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا صارخا للأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها⁴⁰ ، وعموما يمكن القول أنه بإعتبار أن حضانة الأولاد هي من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ، فإن قرار التنازل عن الحضانة هو قرار غير نهائي إذ يمكن الرجوع فيه اعتبارا لمصلحة المحضون⁴¹.

مع الإشارة في هذا السياق أنه من غير الممكن أن يسقط الحق في الحضانة عن الأم بمجرد إمتناعها عن تسليم المحضون لصالح صاحب الحق في الزيارة ، ومن ثم فإنه بإمتناعها عن

تسليم المحضون ستكون عرضة للمسائلة الجنائية عن عدم تسليم المحضون ، لكن حرمانها من الحضانة لا يطرح في هذا السياق مما يجعل القضاء بما يخالف خرقا للقانون يستوجب التبرير وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها⁴² .
ثانيا :آجال المطالبة بالحضانة.

عملا بنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري فإنه " إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون وهو ما ثبت من خلال إحدى قرارات المحكمة العليا الذي قضى بنقض القرار المطعون فيه والرامي لحرمان الأم من الحضانة وإسنادها للجدة للأب قبل أن تمضي سنة على المطالبة بهذا الحق⁴³ .

و متى أثبت المعني بالأمر توافر عذر مقبول ومنطقي طبقا لنص المادة 68 من تقنين الأسرة فإنه يجوز له طلب تمديد الحضانة ومن هذه الأعذار نذكر:

- أن يكون جاهل أنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة.
 - أن لا يعلم أن سكوته في المدة المحددة قانونا يسقط حقه فيها ، و على هذا الأساس لا يمكن أن تسند الحضانة للعممة وحرمان الخالة لأن في ذلك خرق للقانون.
 - ونشير إلى أن إسناد الحضانة في حالة الوفاة أو الفقدان من حق أي شخص توافرت فيه الشروط القانونية ، و بالتالي له حق إقامة الدعوى أمام المحكمة للمطالبة بإسنادها له⁴⁴ .
- ثالثا :مسؤولية الحاضن عن الأفعال الضارة المرتكبة من طرف المحضون.

عند الحديث عن الحضانة نكون أمام فرضيتين:

1-إسقاط الحضانة عن الغير.

2-طلب الحضانة للنفس.

مع الإشارة أنه متى تخلف الخصم عن تنفيذ حكم متعلق بالحضانة سواء تعلق الأمر بالتمديد أو الإسقاط جاز للطرف الآخر سلوك الطريق الجزائري⁴⁵ .

و بالتبعية للأحكام نجد دعاوى مدنية وأخرى جزائية فالأولى تخص إسناد الحضانة كأثر للطلاق، الخلع، التطلق، الوفاة ، الفقدان والأم أولى بإسنادها إليها رجوعا إلى نص المادة 64 من تقنين الأسرة بينما نجد الدعوى الجزائية في حال ارتكاب واحدة من جرائم الحضانة .

أما عن المسؤولية فهي تدخل ضمن المسؤولية عن فعل الغير وهي ذات طبيعة خاصة كون المحضون لا يسأل لاسيما لكونه قاصر مع العلم أنه متى كان المحضون غير مميز فانه تسري في حقه المادة 134 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزم بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار،

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".
وفي الأخير نشير إلى أن الأب هو المسئول عن الأفعال الضارة التي يرتكبها المحضون لا الأم هذه الأخيرة لا تسأل إلا بعد وفاة الأب ويبقى التساؤل مطروح حول حكم المسؤولية في حال فقدان الأب فهل تسأل الأم؟.

الخاتمة :

-رغم أن مفهوم الحضانة مفهوم مرن ومطاط يقبل التضييق والتوسيع فإن المشرع ترك للقاضي خوض غمار البحث في هذه المسألة ، إلا أنه يأخذ على المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة الحضانة الثغرات التالية :

-لقد سكت الشارع الجزائري عن استحقاق الحضانة من طرف أشخاص من نفس الدرجة.

- وإذا كان الأصل والاستثناء هو عدم المساس بمصلحة المحضون نجد أن المشرع خول الأم الحق في طلب التمديد متى كان في ذلك مصلحة المحضون لكن ما هو الحكم في حال آلت الحضانة لغير الأم وكانت مصلحة المحضون تتطلب التمديد؟...

- فإذا كان المشرع الجزائري قد راعى مصلحة المحضون في حالة الطلاق من خلال إلزام الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار مع بقاء الحاضنة في منزل الزوجية إلى حين توفير سكن ، نتساؤل في المقابل هل يوجد نص في المنظومة القانونية الجزائرية يحدد الجزء الموقوع على الزوج الذي يطرد الحاضنة وأولادها ويجعل مأواهم الشارع قبل أن يجد لهم بيتا ملائما لممارسة الحضانة ؟ فمن المعلوم بداهة أن الإلتزام لا يرقى إلى المستوى المطلوب ما لم يقابله الجزء المناسب ، ونخص بالذكر الفترة التي تسبق سلوك الطريق الجزائري من لدن الحاضنة.

و في الختام إن ما نصبو إليه كنتيجة وتوصية من خلال هذه الدراسة هو أن مصلحة المحضون أكبر وأهم وأعمق من أن تنظم على سبيل الحصر ، إذ من الضروري أن تمنح هذه المصلحة الرعاية التشريعية الكافية .

وبخصوص توصيتنا إلى الآباء فإنه يمكننا القول أن مصلحة المحضون تتطلب أن يترعرع المحضون في كنف أسرة مألها المودة والإحترام ، وإذا كانت الأسرة عرضة للتفكك حبذا لو أخذت مصلحة المحضون في الحسبان وقدم كل طرف ما بوسعه من أجل الحفاظ على كيان الأسرة لأنه مهما تمت مراعاة الشروط المتطلبة شرعا وقانونا إلا أن الفطرة تحتم أن يكون للولد أبوين ، ومن هنا إذا كان من المحتوم أن يتكبد الولد تبعية إنحلال الرابطة الزوجية لوالديه في رأينا يجب التأزر بين الطليقين للحد الذي يخدم مصلحة المحضون .

الهوامش المعتمدة:

- ¹ - يقصد بالعقل إكتمال القوة المدركة للشخص للتمييز وإدراك حقائق الأشياء .
- ² - الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، الصفحة 133.
- ³ - قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، الصادر في 1988/11/07، ملف رقم 51596، نشرة القضاة، العدد 45 ، ص.58.
- ⁴ - إن تقرير مدى ملائمة السكن لممارسة الحضانة من عدمه يقرره القاضي بناء على المحضر الرسمي الذي يحرره المحضر القضائي بعد معاينة المسكن .
- ⁵ - سكن الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الأب بالسكن أو مقابل الإيجار وفق ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها ، لمزيد من التفاصيل أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، الصادر في 2002/05/08، ملف رقم 282052، المجلة القضائية ، 2004 ، العدد 01 ، الصفحة 279.
- ⁶ - قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، الصادر في 1999/02/16، إجتهادات قضائية لغرفة الأحوال الشخصية ، العدد 01 ، 2000 ، الصفحة 181.
- ⁷ - الأمر 156/66 ، المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم .
- ⁸ - أي سقوط الحق في الولاية عن المحضون .
- ⁹ - بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2008، الصفحة 254.
- ¹⁰ - بختي العربي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة ، الجزائر، 2013، صفحة 259.
- ¹¹ - قرار المحكمة العليا الجزائرية ، المؤرخ بتاريخ 1984/07/09، غرفة شؤون الأسرة ، ملف رقم 33921، المجلة القضائية المحكمة العليا الجزائر ، العدد 04 ، الصفحة 76.

- ¹² - قرار المحكمة العليا الجزائرية ، المؤرخ بتاريخ 2001/02/12، غرفة شؤون الأسرة ، ملف رقم 256629. المجلة القضائية المحكمة العليا الجزائر ، العدد.04 ، الصفحة.421.
- ¹³ - قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة ، الصادر في 1990/02/19، ملف رقم 59013، المجلة القضائية ، العدد .04، ص.11.
- ¹⁴ - قرار المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، الصادر في 1968/10/09، مجموعة الأحكام ، الجزء.01، النشرة السنوية ، 1969 ، الصفحة .243.
- ¹⁵ - قرار المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص، الصادر في 1968/10/09، النشرة السنوية، العدد.02.
- ¹⁶ - قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة ، الصادر في 1989/03/13، ملف رقم 52221، المجلة القضائية الصفحة.38
- الصادرة سنة 1993 ، العدد.01 ، الصفحة .48.
- ¹⁷ - مع بقاء السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقرير مستحق الحضانة بما يتماشى ومصلحة المحضون وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها ولمزيد من التفاصيل أنظر ، قرار المحكمة العليا ، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة ، بتاريخ 1997/02/18 ، العدد رقم 01 ، الصفحة .39.
- ¹⁸ - قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة ، الصادر في 1993/02/23، ملف رقم 89672، إجتهد قضائي لغرفة شؤون الأسرة ، عدد خاص ، الصفحة .167.
- ¹⁹ - بقصد بمبدأ " عدم تجزئة الحضانة " القيام بممارسة حضانة الأولاد المحضونين كلهم في حالة تعددهم دون تجزئة أي دون تفريق الأولاد بإسناد الحضانة لعدة أشخاص ، لو أنه جرة العرف بعد وفاة الزوجة أن تتولى الجدة للأم حضانة البنات والأب حضانة الأولاد ، إذ قضت المحكمة العليا بمبدأ " عدم جواز تجزئة الحضانة وإسناد حضانة جميع الأولاد إلى الوالد الحاضر بعد وفاة الزوجة أو الأم ، لمزيد من التفاصيل أنظر ، قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، الصادر في 2001/12/26، ملف رقم 274683، مجلة المحكمة العليا ، 2004 ، العدد .02، الصفحة .347.
- ²⁰ - قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة ، الصادر في 1984/04/02، ملف رقم 32594، المجلة القضائية ، عدد خاص ، الصفحة .77.
- ²¹ - قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة ، الصادر في 1997/12/23، ملف رقم 178086، نشرة القضاة وزارة العدل ، الجزائر ، العدد .56، الصفحة .33.
- ²² - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد ، المجلد الثاني الجزء الرابع ، دار الكتاب العربي، ص.122.
- ²³ - قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، الصادر في 1970/11/04، نشرة القضاة، ع.01، الصفحة .58.
- ²⁴ - عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، 2010 ، ص.205 .
- ²⁵ - قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 1971/02/03، ملف رقم 19287، المجلة القضائية الصادرة سنة 1972، العدد.02 ، الصفحة .38.

- ²⁶ - قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، الصادر في 12/02/2001، ملف رقم 256629، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 02 الصادر سنة 2002، الصفحة 421.
- ²⁷ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 23/04/1991، ملف رقم 71727، المجلة القضائية، العدد 02، الصفحة 47.
- ²⁸ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.207.
- ²⁹ - المحكمة العليا - ملف رقم 50011 قرار بتاريخ 20/06/1988.
- ³⁰ - قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، الصادر في 22/12/1965، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1968، العدد 04، الصفحة 1242.
- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، الصادر في 17/03/1998، ملف رقم 179471، الاجتهاد³¹ القضائي غرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، ص172.
- ³² - قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، الصادر في 11/01/1982، ملف رقم 26503، نشرة القضاة، الصادرة سنة 1982، ص.236.
- ³³ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 23/02/1993، ملف رقم 273526، المجلة القضائية، 2004، العدد رقم 01، الصفحة رقم 264.
- ³⁴ - قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، الصادر في 17/03/1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، ص169.
- ³⁵ - قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، الصادر في 09/01/1984، ملف رقم 31997، المجلة القضائية، العدد 01، ص.73.
- ³⁶ - قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، الصادر في 02/01/1989، ملف رقم 52207، المجلة القضائية العدد 04، ص.74.
- ³⁷ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 18/05/2005، ملف رقم 331058، مجلة المحكمة العليا، الصادرة سنة 2005، العدد رقم 02، الصفحة 283.
- ³⁸ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 21/07/1998، ملف رقم 201336، الإتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الصفحة 178.
- ³⁹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 27/03/1989، ملف رقم 53340، المجلة القضائية، 1990، العدد 03، ص.85.
- ⁴⁰ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 03/07/1989، ملف رقم 54353، المجلة القضائية، الصادرة سنة 1992، العدد 01، الصفحة 45.
- ⁴¹ - وهو ما قضت به المحكمة العليا من خلال القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 22/02/2000، ملف رقم 235456، المجلة القضائية، 2001، العدد 01؛ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر في 23/05/2001، ملف رقم 257741، المجلة القضائية، 2003، العدد 01.

- الصفحة 363 والذي قضى بأن " إن رفض القضاة لطلب التراجع عن الحضانة بعد التنازل عنها دون مراعاة مصلحة المحضون ، يعد خطأ في تطبيق القانون ."
- ⁴² - قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، الصادر في 14/05/1969، النشرة السنوية ، 1969، الصفحة 301.
- ⁴³ - قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، الصادر في 05/02/1990، ملف رقم 58220، المجلة القضائية ، 1993، العدد 03، الصفحة 53.
- ⁴⁴ - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، الصفحة 590.
- ⁴⁵ - الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص.139.