اتجاه الاجتهاد القضائي الجزائري
في تقدير مصلحة المحضون

الدكتورة ليلى جمعي
دكتورة دولة في القانون، وأستاذة محاضرة (أ) ـ
جامعة وهران – الجزائر

الملخص:

لقد أصبحت مصلحة الطفل في جل دول عالمنا المعاصر، تشكل مبدءا و أساسا تبنى عليه التشريعات التي تخص هذا الأخيرة والأسرة على السواء، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، الذي نص على كثير من الحلول المتعلقة بحضانة الطفل تاركا للقاضي سلطة المفاضلة بينها على ضوء مصلحة المحضون، فمثلا نصت المادة ٦٤ من ق أ ج على أن: " الأم اولى بحضانة ولدها ,ثم الأب , ثم الجدة لأم , ثم الجدة لأب .... ثم الأقربون درجة مع مرعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة ." و هو ما نستشفه أيضا من المادة ٦٥ من ذات القانون و التي جاء فيها ما يلي " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (١٠) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى (١٦) سنة اذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية. على ان يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون ."

حيث نستشف من النصوص السالفة الذكر أنه يجب على القاضي تأسيس أحكامه و قرارته المتعلقة بحضانة الطفل على مصلحة هذا الأخير، وهذا يتسق مع كون أن الشريعة

الإسلامية التي تعرف بتأسيس أحكامها على المصلحة تشكل مصدر ماديا و رسميا لنصوص قانون الأسرة الجزائري، ناهيك عن تصديق الجزائر على الإتفاقية االدولية لحقوق الطفل التي جعلت من المصلحة الفضلى للطفل مبدءا يجب احترامه في أي قرار يتخذ بشأن هذا

الأخير مهما كانت الجهة التي اصدرته.هذا ما يجعل من مصلحة المحضون المعيار الذي يجب أن يستند اليه قاضي شؤون الأسرة في ما يصدره من أحكام و قرارت متعلقة بحضانة الطفل، الاّ أن رعاية هذه المصلحة قد تتطلب من القاضي ضرورة الإستعانة بالخبراء و المختصين للتعرف على شخصية الطفل و ظروفه للوقوف على مدى قدرة الحاضنة وصلاحيتها لرعاية الطفل، لأن سوية شخصيته تتوقف على نوعية الرعاية التي يتلقاه من حاضنته في ظل شخصيته و ظروفه.فإلى أي مدى وفق القضاء الجزائري في اجتهاداته المتعلقة بالحضانة في تقدير ما يعد مصلحة للمحضون؟ وإلى أي مدى استأنس فعلا في قرارته تلك بأراء المختصين؟ هو ما سنحاول الاجابة عنه في هذا البحث بإذن الله.

مقدمة:

تتخذ تشريعات الأسرة في العديد من المجنمعات الحديثة من مصلحة الطفل، الأساس الذي تنمحور حوله نصوصها، و لا يشذ قضاة شؤون الأسرة في هذه المجتمعات عادة عن هذا النسق، من خلال ابقائهم لمصلحة الطفل نصب أعينهم فيما يتخذونه من قرارات تتعلق بهذا الأخير، لقناعتهم التامة أن الطفل يشكل جزءا من الحاضر و لكنه يمثل كل المستقبل، هو ما كرسته أيضا الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها ٣ و التي نصت من خلالها على وجوب مراعاة مصلحة الطفل في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات.

إنطلاقا من المبدأ السابق تضمنت التشريعات الجزائرية، على غرار العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة، العديد من النصوص التي اهتمت بحماية الطفل و حقوقه، و على رأسها قانون الأسرة الذي حرص على جعل مصلحة الطفل المعيار و الأساس الأوحد لتنظيم الحضانة، من خلال مطالبته للقضاة بوضع مصلحة المحضون نصب أعينهم في كل حكم أو قرار يتخذونه بشأن حضانته.

إذ يمكن للمتتبع لقرارت قضاة شؤون الأسرة المتعلقة بالحضانة أن يلاحظ بكل وضوح أن هؤلاء عادة ما يبنون قراراتهم المتعلقة بحضانة الطفل على مصلحة هذا الأخير.

الاّ أن المصالح ليست مرتبة واحدة، مما يدفعنا إلى التساءل عن طبيعة المصلحة التي يجب رعايتها؟ و الدور المنوط بالقاضي في الكشف عن تلك المصلحة، و هو ما سنقف عليه من خلال المبحثين التالين:

المبحث الأول: استناد القرارات المتعلقة بالحضانة إلى مصلحة المحضون

المبحث الثاني: مدى اتساق جهود القضاء في تقدير المصلحة فضلى للمحضون.

المبحث الأول

استناد القرارات المتعلقة بالحضانة إلى مصلحة المحضون

نصت المادة ٣/١ من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أنه "

١- في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الإجتماعية العامة او الخاصة، او المحاكم او السلطات الإدارية او الهيئات التشريعية، يولي الإعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى."

تعد المصلحة الفضلى للطفل، وفق ماهو منصوص عليه أعلاه الأساس الذي يجب أن تستند اليه كل القرارات المتخذ بشأن الطفل، أين كانت الجهة التي أصدرت تلك القرارات[١].

المطلب الأول

طبيعة المصلحة محل الرعاية

تعتبر المصلحة الفضلى للطفل المعيار المعتمد في حماية شخصه، فماذا نعني بها؟ وكيف يتم تحديدها ؟

الفرع الأول

مفهوم المصلحة

حتى نوضح المقصود بالمصلحة الفضلى للطفل لابد من استجلاء مفهوم المصلحة أولا، وهي لغة مصدر بمعنى الصلاح، و هي اسم

للواحدة من المصالح، ونعني بها كل ما فيه نفع، سواء بالجلب أو التحصيل كاستحصال الفوائد ...، أو بالدفع والإتقاء كاستبعاد المضار والآلام.[2]

فالمصلحة في اللغة العربية، المنفعة و مرادفها Interet في اللغة الفرنسية. فماذا نعني بها من الناحية الإصطلاحية ؟

تناول الفقه الإسلامي موضوع " المصلحة" في أبحاثه الفقهية بإسهاب، باعتبارها المقصد العام للشريعة الإسلامية[3]، و أصل لاستخراج الأحكام والإجتهاد[4]، حيث لا يكاد يختلف تعريفها الإصطلاحي عن تعريفها اللغوي، رغم تقيد البعض لمفهومها اللغوي بأن تكون موافقة للشريعة الإسلامية باعتبرها من قبل الشارع و عدم إلغائه لها، مما يعني أن المصلحة هي "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و أموالهم."

الاّ أن هذا التعريف اعتبر ناقصا لأن المصلحة في الشريعة الإسلامية تشمل المنفعة وما كان وسيلة إليها ومنع الألم والضرر وماكان وسيلة إليه وعليه يمكن تعريفها بأنها " اللذة تحصيلا وإبقاءا، والمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة ...، أما الإبقاء فيقصد به الحفاظ عليها."[5]

و أيا كان الإختلاف الموجود بين هذه التعاريف الاّ أن جميعها يدور حول فكرة تحقيق اللذة و دفع الألم . غير أن المصالح في الشريعة الإسلامية ليست مرتبة واحدة، مما يعني أن تحديد ما يعد مصلحة حقيقية يتم بالنظر الى المصالح المختلفة التي قد تتعارض معها، لذا وضع الفقه الإسلامي مجموعة من القواعد الفقهية لضبط و استخراج هذه المصلحة كقاعدة " دفع الضرر و درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة".[6] و عليه يمكن القول أن المصلحة في الشريعة "هي جلب المنفعة ودفع الضرر في ظل ظروف معينة وفق احكام الشريعة الإسلامية " .

و على عكس فقهاء الشريعة لم يهتم فقهاء القانون[7] كثيرا بتعريف المصلحة و تجلية معناها[8]، بحجة أنها مصطلح غامض يصعب تعريفه وضبطه، باستثناء بعض المحاولات التي عرفتها بأنها : " الفائدة و تعني في

مفهومها العام اعتبار ذو طابع معنوي (حنان، شرف، كره)، أو إقتصادي (حيازة ...) يتعلق بشخص أو يهتم به أو يهمه في مسألة ما ... أما في مفهومها الخاص فيقصد بها كل ماهو حسن وملائم ومفيد وذو نفع، ولهذا نقول مصلحة الأسرة ونقصد به خير الأسرة وأعضائها "[٩] كما يقصد بها " تلبية الحاجات وإشباعها سواءا كانت مادية أو معنوية، خاصة أو عامة "[١٠]

يبدوا التقارب واضحا بين تعريف المصلحة عند فقهاء القانون و تعريفها في الفقه الإسلامي وهي " تحقيق الفائدة، بجلب المنفعة و دفع الضرر " فماذا نعني بالمصلحة الفضلى اذن ؟، هذا ما سنعرفه في الفقرة الموالية .

الفرع الثاني

ضرورة الالتزام بالمصلحة الفضلى للمحضون كل ما كان ذلك ممكنا[١١]

اكتفت المادة الثالثة من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل بالتأكيد على ضرورة الإلتزام بمراعاة المصلحة الفضلى للطفل في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات . دون توضيح لمفهوم تلك " المصلحة " حيث بدت العبارة غير واضحة[١٢]، مما تطلب توضيحا فقيل أنها مصلحته الأساسية . خاصة بعد استعمال هذا المصطلح كمرادف للمصلحة الفضلى في بعض الوثائق التي صدرت عن الأمم المتحدة[١٣]، فهل المصطلحان مترادفان ؟

استعمل مصطلح المصلحة الفضلى في اللغة العربية مقابل مصطلح L intéret supérieur . و يقصد بكلمة أفضل و فضلى الأحسن، حيث يستعمل هذا اللفظ للدلالة على إمكانية المفاضلة لإختيار ماهو أحسن، أما كلمة supérieur فتعني الأعلى، و نقصد بها المصلحة العليا للطفل، كما تدل عل الأعظم والأكبر والأسمى، ومنها اشتق لفظ superlatif والذي يعني تفضيلي مما يعني أنّ كلمة الفضلى و supérieur تعني القيام بالمفاضلة واختيار الأحسن والأفضل.

و يقصد بكلمة أساسي . الأمر الجوهري أو الحيوي أو الرئيسي، ويرادفها في اللغة الفرنسية لفظ Fondamental و لفظ Principal، وبما

ان لفظ " أساسي " يقصد به الأمر الجوهري، الرئيسي أو الحيوي، في حين يقصد بلفظ " فضلى " هو الأحسن . فهل اختيار مصلحة حيوية للطفل معناه اختيار مصلحته فضلى ؟، الأمر قد لا يكون دائما كذلك لأننا قد نضطر إلى المفاضلة بين مجموعة من المصالح قد تكون كلها جوهرية أو العكس لأنّ المفاضلة لا تكون دائما بين مصلحة جوهرية وأخرى غير جوهرية . وهذا يجعلنا ندرك أن المصلحة "الفضلى" لا تعتبر مرادفة لعبارة المصلحة "الأساسية"

ولإنهاء الجدل الذي اثير حول معنى "المصلحة الفضلى" أرفقت الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل بنشرات توضحية لإظهار أسباب إصدارها، وشرح بعض البنود التى اعتبرت غامضة منها عبارة "المصلحة فضلى للطفل" التي جاء تعريفها في إحدى هذه المنشورات[١٤] على النحو التالي " هي المبدأ الذي يجب الإستناد في كل إجراء يتخذ بشأن الطفل، بهدف ايجاد أحسن الحلول وأنسبها للمشاكل التي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية."

المطلب الثاني

أسس الواجب اعتمادها لتقدير المصلحة الفضلى للمحضون

اذن يقصد برعاية المصلحة الفضلى للطفل تبني احسن الحلول وانسبها للمشاكل التي يعاني منها، ولن يتأتى ذلك الا بمرعاة حقوقه كاملة اضافة الى ظروف التي تحيط به.

الفرع الاول

النظرة التكاملية لحقوق الطفل

تقتضي رعاية المصلحة الفضلى للطفل الإعتراف له بحقوقه كاملة، وفق ما نصت عليه المادة ٢ من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل: " تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الإتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من انواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل او والديه او الوصي القانوني عليه او لونهم او جنسهم او

لغتهم او دينهم او رأيهم السياسي او غيره ... " لأن تلك الحقوق تكمل بعضها البعض و المساس بأي منها يعد خرقا لجميعها.

الاّ أن هذا لا يمنع من حقيقة وجود حالات يكون فيها التمسك بضمان الحقوق الكاملة للطفل منافيا لمصلحته الفضلى، كأن يتعذر حماية حق معين دون التضحية بغيره من الحقوق. مما يلزم القائمين على شؤون الطفل بالموازنة الدقيقة بين حقوقه المختلفة حتى لا يضحي بما هو أهم حماية لما هو مهم، وعليه قد نضطر للتضحية ببعض حاجات الطفل حماية لحقه في الضبط والتوجيه والإرشاد كما نصت عليه المادة ٩ من الإتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل " تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، الا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء اعادة النظر قضائيا، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، ان هذا الفصل ضروري لصون مصالح الفضلى للطفل ... " وهو ما أكدت عليه أيضا المادة ١٨ من نفس الإتفاقية التي نصت على أنه " ... تقع على عاتق الوالدين والأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي."

إذن تشكل النظرة التكاملية لحقوق الطفل أساسا هاما لرعاية مصلحته الفضلى، حيث يعد ضمان حقوقه كاملة وحمايتها الهدف الأسمى، فإن تعذر ذلك تمت التضحية بالحق الأدنى ضمانا للحق الأقوى. و هو ما جسدته المحكمة العليا في حيثيات أحد قراراتها التي أكدت من خلاله على أنه: " سبق لها أن قررت في العديد من القضايا أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الحق في الزيارة و الرقابة يعد مبرر لسقوط الحضانة إن كان يحول دون ممارستها بشكل عادي.

ولكن حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس اسندوا حضانة الأبناء للأم المطعون ضدها المقيمة في الخارج مراعاة لمصلحتهم و لأنهم يدرسون بفرنسا."[١٥]

الفرع الثاني
مرعاة ظروف الطفل

بما أن رعاية المصلحة الفضلى للطفل ليست الاّ "... ايجاد أحسن الحلول وأنسبها للمشاكل التي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية."[١٦] فإن ذلك لن يتأتى الاّ اذا رعيت ظروف الطفل قبل اتخاذ أي اجراء أو قرار يتعلق به، كأخذ قدراته النامية بعين الإعتبار وفق ما نصت عليه المادة الخامسة من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل " تحترم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الإقتضاء اعضاء الأسرة الموسعة .... في ان يوفروا بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الإتفاقية." و هو ما أكدت عليه المادة ١٤ من ذات الاتفاقية التي جاء فيها " تحترم الدول الأطراف حقوق ووجبات الوالدين .... في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة ." دون نسيان عجزه و حاجته للمساعدة وفق مانصت عليه المادة ١٨ /٢ " في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المبينة في هذه الإتفاقية، على الدول الأطراف في هذه الإتفاقية ان تقدم المساعدة الملائمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الإضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل وعليها ان تكفل تطوير مؤسسات رعاية الأطفال ." و هو ما اكدت عليه المواد ١٩ , ٢٠ و٣٢ من نفس الإتفاقية.

إذن فتقرير ما يعد مصلحة الفضلى ليست عملية جزافية بل قرار حكيم يأخذ في الحسبان حقوق الطفل المختلفة في ظل الظروف التي تحيط به.

المبحث الثاني
مدى اتساق جهود القضاء في تقدير المصلحة فضلى للمحضون

يلعب المشرع دورا فعالا في حماية مصالح الطفل غير أن القاضي وحده يملك سلطة تحقيق هذه الحماية على أرض الواقع، من خلال التكييف القانوني للوقائع المعروضة عليه في ظل إحاطته بظروف الطفل

وحقيقة مشاكله، بمساعدة المختصين مما يمكنه من حسن تقدير ما يعد مصلحة فضلى له.

المطلب الأول

القاضي الراعي الحقيقي لمصلحة الفضلى للمحضون

يلعب القاضي دورا فاعلا في تفسير القانون و تطبيقه اثناء بحثه عن الحلول القانونية المتاحة، و اختيار افضلها للوقائع المطروحة عليه، على ضوء المصالح المتنازعة عليها، مما يؤهله، بحكم وظيفته، لتقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل من خلال إلمامه بمشاكله وظروفه.

الفرع الأول

اتساع سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل

نصت المادة الثالثة من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أنه يجب على مؤسسات الرعاية الإجتماعية و المحاكم في جميع ما تتخذه من الإجراءات تتعلق بالطفل، أن تولى الإعتبار الأول لمصالح الفضلى لهذا الأخير. وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري بمنحه القاضي سلطة تقديرية واسعة لإتخاذ أي قرار أو إجراء يراعي مصالح الطفل المحضون على ضوء الوقائع و الملابسات المعروضة عليه اضافة الى ظروف الطفل و أحواله.

الفقرة الأولى: تبني الحل المناسب للمحضون

شكلت مصلحة المحضون المبدأ و الأساس التي بنيت عليه النصوص المتعلقة بالحضانة، و التي نصت على مجموعة من الحلول و الإختيارات تاركة للقاضي سلطة المفاضلة بينها على ضوء تلك المصلحة.

فمثلا لقد اعترف المشرع بأولوية بعض الأشخاص في حضانة الطفل الاّ أنه قرن ذلك بمصلحته، و أوكل الى القاضي سلطة تقدير ما يوافق هذه الأخيرة، كما يبدوا جليا من المادة ٦٤ من ق أ ج" الأم اولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب .... ثم الأقربون درجة مع مرعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة." كما نص في ما يتعلق بتحديد مدة الحضانة في المادة ٦٥ من ذات القانون على أنه: " تنقضي مدة حضانة

الذكر ببلوغه (١٠) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج[١٧] وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى (١٦) سنة اذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون ."

إن القاضي ملزم بمقتضى النص الأخير برعاية مصلحة المحضون قبل الحكم بإنهاء حضانته، و هو ما أكدت عليه النصوص المتعلقة بإسقاط الحضانة.

إذن لقد اتفقت كل النصوص المتعلقة بالحضانة صراحة على إلزام القاضي بتأسيس أحكامه و قراراته المتعلقة بحضانة الطفل على مصلحته.

اضافة الى ذلك تعتبر الشريعة الإسلامية التي تأسس أحكامها على المصلحة، مصدر ماديا و رسميا لنصوص المتعلقة بنظام الأسرة، ناهيك عن تصديق الجزائر على الإتفاقية االدولية لحقوق الطفل مما يجعل من المصلحة الفضلى للطفل مبدأ من المبادئ العامة في القانون الجزائري، حتى ولو سكت المشرع عن ذكر ذلك مما يلزم القاضي بتأسيس أحكامه و قراراته التي تتعلق بالطفل على مصلحة هذا الأخير باعتبارها الغاية من تنظيم أوضاعه و شؤونه.

الفقرة الثانية: امكانية إعادة النظر في الإجراءات المتخذة

قد تقتضى مصلحة الطفل في بعض الأحيان ضرورة مراجعة و اعادة النظر في القرارات المتخذة بشأنه، خاصة تلك التي تتعلق برعايته، حتى بعد استفراغ القاضي لكامل جهده قبل اتخاذها، تحريا لما يعد مصلحة فضلى للطفل، لأن الواقع قد يظهر عكس ذلك. اضافة الى أن ما يعد مصلحة للطفل في ظروف أو سن معينة قد لا يكون كذلك في أخرى. لهذا اعترف المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي للقاضي بإمكانية مراجعة قراراته بناء على طلب ممثل الطفل أو من له مصلحة كما هو الحال في اسقاط الحضانة وفق مانصت عليه المادة ٦٧ أ ج " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٢ أعلاه ." مما يعني أنه يمكن للمحكمة أن توكل حضانة الطفل لشخص معين استنادا الى

مصلحته الفضلى، ثم تحكم بإسقاطها لإختلال أحد الشروط المنصوص عليها رعاية لنفس المصلحة، لتقرر إرجاعها مرة أخرى لمن اسقطت عنه حسب المادة ٧١ من ق أ تأسيسا على مصلحة الطفل دائما.

اذن لقد جاءت النصوص المذكورة أعلاه مؤكدة على السلطة الواسعة التي منحها المشرع للقاضي، قصد تمكينه من تقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل، باعتبار القاضي الراعي الحقيقي لهذه المصلحة.وهو ما يمكن أن نستشفه أيضا من نص المادة ٤٦٠ من إ م و إ التي نصت على أنه يجوز للقاضي أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين، و إذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة، و يمكن أن يكون هذا الإجراء محل تعديل إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة، أو كل شخص تتوافر فيه الصفة لحماية القاصر.

الفرع الثاني

كيفية تفعيل قدرة القاضي على حسن تقدير ما يعد مصلحة للمحضون

إن احاطة القاضي بمصلحة المحضون وظروفه سواء كانت عامة لتعلقها به كطفل على وجه عام، أو خاصة بالطفل الذي يتولى القاضي النظر في الدعوى المتعلقة به سيساعده على حسن تقدير ما يعد مصلحة فضلى له.لذا اتجهت التشريعات الحديثة الى انشاء منصب قاضي مختص بشؤون الأسرة، كما حرصت على إخضاع القضاة الذين يحتلون هذا المنصب لتكوين خاص.

الفقرة الأولى: ضرورة خضوع قضاة شؤون الأسرة للتكوين المتخصص

أدى التدفق المعرفي الناتج عن تطور الأبحاث حول الإنسان و طبيعة سلوكه الى تشكيل اتجاه جديد في تكوين القضاة في كثير من الأنظمة القانونية في عالمنا المعاصر، يقوم على تدعيم التكوين القانوني للقضاة بتكوين نفسي واجتماعي.[١٨]

ولقد كان قضاة الأحداث أول من استفاد من هذه التجربة - بسبب الإكتشاف المبكر للأثر السلبي للبيئة على سلوك الطفل ونموه - من خلال تلقيهم لتكوين خاص في علم نفس الطفل بهدف تعريفهم بحقيقة الطفل وطبيعة حاجاته واثر المشاكل التي تعترض حياته على اتزان شخصيته ونموه العام. ولقد ساهم مثل هذا التكوين في رفع اداء القضاة واعطائهم المزيد من الكفاءة في تقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل.الاّ أن هذا التكوين مازال في بدايته في الجزائر هو يقتصر على قضاة الأحداث بينما يشمل في فرنسا كل الهيئات القضائية التي لها علاقة بالطفل. كما عمد هذا البلد في تجربة خاصة الى جمع كل المختصين بشؤون الطفل بما في ذلك القضاة في تكوين مشترك لتمكينهم من تبادل التجارب فيما بينهم، و لقد استحسن هؤلاء المختصين هذه المبادرة وطالبوا بجعلها تكوينا مستمر يضمن لهم الاطلاع الدائم على آخر المستجدات المعرفية المتعلقة بشؤون الطفل، مما يسمح لهم بحسن رعاية مصالحه الفضلى.[١٩]

إن التكوين المتخصص للقاضي يعطيه قدرة أكبر على إيجاد أفضل الحلول لمشاكل الطفل، الاّ أنه لا يكفي وحده لحسن تقدير ما يعد مصلحة فضلى له، لأنه يجب على القاضي زيادة على ذلك أن يحيط نفسه بالخبراء.

الفقرة الثانية: إمكانية استعانة القاضي بالخبراء

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة، لذا يمكنها النص على رعاية مصلحة الأطفال في مجموعهم أو على أساس ظروفهم المشتركة لكونهم ينحدرون من أباء منفصلين.غير أن اشتراك الأطفال في خصائص و صفات معينة لا يمنع من أن لكل منهم خصوصياته وحاجاته المختلفه التي يعجز المشرع عن رعايتها في جزئيتها و اختلافاتها الدقيقة، على عكس القاضي الذي يمكنه الوقوف على تلك الخصوصيات مما يساعده على تحديد ما يعد مصلحة الفضلى لكل طفل حسب ما تتطلبه ظروفه و خصوصياته على ضوء الحلول التي يعرضها المشرع و الغاية التي يسعى اليها .

اذن فتحري ما يعد مصلحة فضلى للطفل يستلزم سعي القاضي للإحاطة الشاملة بالنزاع المطروح عليه، بما فيها الظروف المحيطة بالطفل، بغية البحث عن الحلول المتاحة و اختيار أفضلها له.فمثلا في دعوى اسناد الحضانة يجب على القاضي قبل النطق بالحكم، الحرص على الاحاطة بسن الطفل وطبيعة المرحلة التي يمر بها والظروف المحيطة به و مدى ادراكه لإنفصال والديه، ومن هو الوالد الذي يمكن أن يكون الأكفء لتقديم ما هو الأفضل للطفل.

اذن تعتبر المصلحة الفضلى للمحضون الأساس الذي يجب أن يستند اليه القاضي في ما يتخذه من قرارت تتعلق بشأن هذا الأخير، من خلال فهمه الجيد للنصوص القانونية و احاطته الشاملة بظروف الطفل التي قد تقتضي منه الاستئناس بأراء الخبراء و المختصين في شؤون الطفل.

اولا: تنوع المعلومات التي يمكن للخبير توفيرها لقاضي شؤون الأسرة

يمكن للخبير أن يلعب دورا فاعلا في مد القاضي بمعلومات هامة في جل الدعاوى المتعلقة بحضانة الطفل، ابتداءا بالاطباء بمتخلف تخصصاتهم اضافة الى خبير التغذية، مما قد يساعده على الحصول على معلومات قيمة حول نمو الطفل وصحته، كما يمكنه أن يجري بحثا اجتماعيا حول البيئة التي يعيش فيها أبوي و أسرة الطفل و أيهم يعد أفضل لحضانته.

حيث يمكن لهذا الزخم من المعلومات الذي يوفره الخبراء للقاضي أن يعطيه نظرة أعمق و أشمل عن الوقائع و الحقائق الموجودة بين يديه مما يساعده على تحري المصلحة الفضلى للطفل . لذا تستند القرارات القضائية المتعلقة بالطفل في الانظمة القانونية الحديثة الى المعلومات التي يوفرها الخبراء للقضاة، إذ تؤكد الإحصائيات في فرنسا أن ٨٠ ٪ من القرارات المتخذة من القضاء الفرنسي[٢٠] حول الطفل تستند اساسا الى المعلومات المقدمة من الخبراء.وهو ما نص عليه القرارالتالي " ..إن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد حكم القاض باسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها و اسنادها لأبيها رغم الشهادات الطبية التي تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج الى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب فبقضائهم كما فعلوا خرقوا

الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب القرار النقض."[٢١] في نفس الاتجاه ذهبت المحكمة العليا إلى أن: "تأييد الحكم الذي أسند حضانة الطفل للجدة دون مرعاة مصلحة المحضون و دون مناقشة الدفوع التي اثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد و التقرير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصورا في التسبيب."[٢٢] كما جاء في قرار أخر أنه على القاضي: " أن يستعين... في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية."[٢٣]

ثانيا: امكانية تبني الحلول التي يقترحها الخبير

قد يطلب القاضي من الخبير، في الدعاوى المتعلقة برعاية الطفل، تزويده بمعلومات لتوضيح الوقائع المطروحة عليه مع اقتراح الحلول التي يراها مناسبة له، خاصة اذا اقتضت مصلحته الموازنة بين حقه في تلقي رعاية والديه وحقه في رعاية جيدة أو تحديد من يتولى حضانته اذا انفصل أبواه. هو ما يذهب اليه قضاء الأسرة الفرنسي الذي يرى أن تنازع الأبوين حول حضانة الطفل يتطلب منه الوقوف الى جانب الطفل ليوفر له الحماية التي يحتاجها مستعينا في ذلك بما يشير به الخبراء لتقرير ما إذا كانت مصلحة الطفل تقتضي ابقاء الطفل مع أبيه أو أمه أو أحد اقاربه.

في حين نادرا ما يعتمد القضاء الجزائري في الدعاوى المتعلقة بإسناد الحضانة أو اسقاطها على الخبراء الاّ اذا تعلق الأمر باثبات مرض الحاضنة بمرض جسدي او عقلي يحول دون قدرتها على حضانة الطفل[٢٤]، خاصة أن تشويه صورة الوالد اخر لدى الطفل أو قطع صلته بأقاربه من والده أو والدته مازال ينظر اليها على أنها أمر قد يخالف بعض قواعد الدين و الأخلاق و لكنه لا يعتبر مصدر خطر على الطفل و سلوكه و فق مايشير اليه القرار الموالي " من المقرر شرعا بأن الشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة الأولاد المحضونين و شروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة و التي من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل أجنبي عن الأولاد و غير متينة و سليمة في صحتها البدنية و العقلية."

في آخر هذه النقطة يرجى من القضاء الجزائري الاستفادة مما توفره له الخبرة لحماية شخص الطفل، وهو ما أكدت عليه المادة ٤٢٥ من ق إ م و إ و التي أجازت للقاضي أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية، أو طبيب خبير، كما يمكنه اللجوء إلى أي مصلحة مختصة بغرض الاستشارة و اقتراح الحلول.

المطلب الثاني

تأكيد القضاة على بناء قراراتهم على مصلحة المحضون

يختص قضاء شؤون الأسرة JAF بالفصل في دعاوى الطلاق و ما يرتبط بها من اشكلات تتعلق بحضانة الأطفال و الإنفاق عليهم، اضافة الى دعوى النسب.

هذا ما يجعله في موقع ممتاز للقيام بدور فعال في حماية الطفل المحضون في ظل الظروف الصعبة التي قد تصاحب طلاق والديه.

هذا ما سنقف عليه في هذا المطلب من خلال الفرعين التالين، حيث نخصص الأول للتعرف على مضمون دعاوى الحضانة و الثاني للوقوف على المعايير التي اعتمد عليها القضاة لتقدير مصلحة المحضون.

الفرع الأول

المضمون التقليدي لدعاوى الحضانة

تهدف دعاوى الحضانة إلى تمكين الطفل الذي انفصل والداه من الحصول على الرعاية التي يحتاجها، إلا أنها عادة ما ينحصر موضوعها في منظومتنا القضائية في اسناد الحضانة أو اسقاطها.

اولا: اسناد الحضانة

يشترك الوالدان في حضانة الطفل اثناء قيام الزوجية بينما تعطى أولوية حضانته للأم بعد الطلاق، وهو ما صرحت به المحكمة العليا في أحد قراراتها" من المقرر شرعا ان حضانة الأبناء تسند الى أمهم ولا يسقط عنها هذا الحق الاّ بمبررشرعي ..."[٢٥]لأن " مصلحة المحضون لا تتحقق بصورة كاملة الاّ اذا كان عند امه ... "[٢٦] ما لم يقم الدليل على عكس ذلك بإعتبار " ....أن الحضانة يراع في اسنادها توافر مصلحة المحضون

وهذا ما يقدره قضاة الموضوع ..."[٢٧] بعد تأكدهم من استفاء الحاضنة للشروط التي تضمن قدرتها على رعاية الطفل كسلامتها و أمانتها. وهو ما جاء التأكيد عليه في قرار أخرذهبت من خلالها المحكمة العليا إلى أن ": عمل الأم الحاضنة لا يوجب اسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوافر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية."[٢٨]

ثانيا: اسقاط الحضانة وانهائها

تشكل دعوى اسقاط الحضانة و دعوى انهائها سبيلا لضمان حق الطفل في رعاية مثلى إستنادا لمصلحته.

(ا) **اسقاط الحضانة**

لا يحكم القاضي باسقاط حضانة الحاضنة الاّ اذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك , لأن حق في الحضانة لا يسقط وفق ما ذهبت اليه المحكمة العليا " .... الاّ لأسباب معينة شرعا ...."[٢٩] و هو ما أكد عليه قرار أخر" من المقرر شرعا أن حضانة الأبناء تسند الى امهم ولا يسقط عنها هذا الحق الاّ بموجب شرعي ..."[٣٠] لذا يجب " في حالة انتقال الحضانة من شخص لأخر ....على قضاة الموضوع ذكر اسباب سقوط الحضانة ..."[٣١]

ولقد اعتبرت المحكمة العليا أن انتفاء شرط من شروط الحضانة يسبب إسقاطها مصرحة أنه " من المقرر شرعا بأنه وفقا لمصلحة المحضون فإنه لا يمكن التفكير في نزع الولد من أمه ما لم يثبت أنها خالفت بسيرتها أو عدم استقرارها ... الشروط التي تحددها الشريعة الإسلامية والتي تفضلها على الأب فيما يخص الأولاد الصغار."[٣٢] و جاء في قرار آخر" ان الجدير بالملاحظة , أن في قضية الحال فالشريعة تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين وشروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل اجنبي عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما ان جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل اجنبي فطبعا ان حضانة الأولاد ترجع للأب ..."[٣٣]

و يشكل إهمال الأم لواجباتها اتجاه المحضون سببا كافيا لإسقاط حضانتها حسب المحكمة العليا التي ذهبت الى أنه " من المقرر شرعا ان اسقاط الحضانة لا يكون الاّ لأسباب جدية و واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته..... ولما كان ثابتا - في قضية الحال - ان المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه بإعتبار ان الأب لم يثبت اهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا... "[٣٤] و هو ما جاء التأكيد عليه في قرار آخر لأن "...الحضانة حق و واجب في آن واحد...وتتعرض الأم التي تهمل اولادها بدون عذر الى سقوط حقها في حضانتهم. وعليه فقد أجاد تطبيق القانون الذي بعد الإطلاع على الوثائق المقدمة ونتائج البحث ان الأم اهملت أولادها منذ وفاة ابيهم... "[٣٥]

وعليه لا تسقط حضانة الحاضنة الاّ إذا أضرت بالمحضون و أخلت بمصلحته سواء بفقدها لأحد الشروط أو لإهمالها لواجباتها لهذا قررت المحكمة العليا أنه " .... عندما تعترف الأم دون تفسير ولا تعليل بزناها فإنه يجوز لقضاة الموضوع الحكم بأنها صارت غير جديرة بحضانة الولدين."[٣٦] في حين لا يشكل امتناع الحاضن عن تسليم المحضون على سبيل الزيارة سببا لإسقاط حضانته حسب المحكمة العليا " من المقرر شرعا انه لا يسقط الحق في الحضانة الاّ لأسباب معينة شرعا ليست من جملتها عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة المقررة الى ابيه او الى من يهمه الأمر..."[٣٧] كما أنها لا ترى في انشغال المرأة بعملها خارج المنزل سببا لإسقاط حضانتها حسب ما ذهبت اليه في أحد قرارتها " من المقرر شرعا وقضاءا ان ابتعاد الأم الحاضنة عن اولادها المحضونين وإنشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي الى سقوط حق الحضانة عنها ..."[٣٨] رغم أنها اعتبرت زواج الحاضنة مسقطا لحضانتها بحجة إنشغالها بالزواج . فهل الزواج يشغل المرأة أكثر من العمل ؟ قد يبرر هذا الإختلاف في موقف المحكمة العليا بالخوف على الطفل من بطش زوج أمه و لكن " ... الشرع أو القانون لا يبنى على التخوف ... "[٣٩] حسب ما صرحت به المحكمة العليا نفسها.

كما رفضت المحكمة العليا اسقاط حضانة الأم التي تتنازل عن حضانة طفلها اذا كان منافيا لمصلحته "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة اولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم. فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ..."[٤٠] و هو ما أكدت عليه في قرار آخر " من المقرر قانونا انه يسقط حق الحاضنة ... بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون . من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون . ولما كان ثابتا - في قضية لتنازلها عنها واسنادها الى ابيها رغم ان الشهادات الطبية تثبت ان البنت مريضة مرضا يحتاج الى رعاية الأم اكثر من رعاية الأب..."[٤١]

(ب) انهاء الحضانة

تهدف دعوى انهاء الحضانة الى نقل اقامة الطفل و واجب رعايته من حاضنته الى والده وفق ما تقتضيه مصلحته، حتى و لو لم تخل الحاضنة بواجباتها، أو تفقد شرطا من شروط صلاحيتها لحضانته.

و تعرف كذلك بدعوى الضم، لأنها تسمح للوالد بضم طفله اليه مراعاة لمصلحته. و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها و الذي أكدت في احداها على أنه" من المقرر شرعا أن إسقاط حضانة الولدين عن الأم وصرفها الى الأب لمجرد كونهما في سن التعليم دون إظهار تسبيب خاص ما اذا كان يتعذر عليهما ماديا أو ادبيا تعليمهما وهما في أحضان الأم ..."[٤٢] كما ذهبت في آخر إلى أنه " من المقرر قانونا انه تنقضي مدة حضانة الطفل الذكر ببلوغه ١٠ سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي ان يمدد الحضانة بالنسبة للذكر الى ١٦ سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مع مراعاة مصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدما للأساس القانوني ولما كان ثابتا - في قضية الحال - ان المجلس القضائي لما لم يوضح في قراره عمر الأولاد الذين تشملهم الحضانة خالف القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."[٤٣]

اذن تهدف دعوى انهاء الحضانة الى ضم الطفل الى أبيه ليتمكن من ممارسة دوره في تربيته بما يحقق مصلحته.

حيث تكشف هذه الدعاوى و كأن البيئة الذي يحيا فيها الطفل بعد طلاق والديه لا يمكن أن تقوم على التعاون، و التفاهم، و إنما، الأصل فيه هو التنافس و الصراع و النزاع المستمر إلى ما بعد انحلال الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني

تنوع المعايير المعتمدة لتقرير مصلحة المحضون

تعد مصلحة المحضون المعيار الذي يستند اليه القضاة في أحكامهم و قراراتهم المتعلقة بالحضانة، الاّ أن تقدير ما يعد مصلحة للمحضون يتطلب أكثر من مجرد الوقوف على مدى استفاء الحاضنة للشروط القانونية، لأن سوية شخصية الطفل تتوقف على نوعية الرعاية التي يتلقاها من حاضنته، في ظل شخصيته و ظروفه، مما أدى إلى تنوع الأسس التي يستند إليها القضاة في تقدير ما يعد مصلحة للمحضون.

(أ) **المعيار الصحي: سلامة الحاضنة من الأمراض**

اشترط القضاء الجزائري ضمانا لسلامة الطفل ضرورة سلامة حاضنته من العجز و المرض، و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها التي جاء فيها ما يلي:

" من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعدة خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ولما كان - في قضية الحال - إن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيم بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادو عن الصواب ... "[٤٤] و جاء في قرار آخر " ان الجدير بالملاحظة، أن في قضية الحال فالشريعة تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين، والشروط الجدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن لا تكون الحاضنة متزوجة برجل أجنبي

عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما أن جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل أجنبي فطبعا ان حضانة الأولاد ترجع للأب ..."[٤٥]

إذن لقد أكدت القرارات السابقة على نحو جازم، أن مراعاة مصلحة المحضون تقتضي اسناد حضانته لمن يضمن سلامته و لا يعرضه للخطر.

(ب) المعيار السلوكي: أن تكون الحاضنة مأمونة على سلوك الطفل

يتوجب أن تكون الحاضنة، إضافة إلى الشرط السابق، حسنة السلوك حماية لأخلاق الطفل، الذي عادة ما يتأثر بمحيطه و يقلد السلوكات الممارسة في نطاقه، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قرارتها التي جاء فيها أنه: "من المقرر أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد اخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا ..." [٤٦]كما حرصت على أن يتربى المحضون على دين أبيه وفق ما يظهر من القرار الموالي " حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطي للأب المقيم في الجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الأم الى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاثة."[٤٧] و هو ما أكدت عليه في قرار اخر على النحو الموالي: " من المقرر قضاءا في مسألة الحضانة انه في حالة وجود احد الأبوين في دولة اجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم..."[٤٨] لأنه " من المقرر شرعا وقانونا أن اسناد الحضانة يجب ان تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ....."[٤٩]

(ج) معيار توفر الحاضنة للعناية بالطفل و رعايته

تطلبت المحكمة العليا في العديد من قرارتها أن تكون الحاضنة خالية من الزواج، لأنه يشغلها عن رعاية الطفل المحضون، وهو ما صرحت به في أحد هذه القرارت التي جاء فيها أنه " من المقر في الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون

خالية من الزواج، اما اذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون ..."[٥٠] بينما اكتفت في قرارات أخرى بتقيد حقها في الزواج من رجل محرم للطفل وفق ما يظهر من القرار التالي الذي جاء فيه: " أن الجدير بالملاحظة، أن في قضية الحال فالشريعة تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين وشروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل اجنبي عن الأولاد وغير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية، حيث بما أن جدة الأولاد كبيرة في السن وتزوجت برجل اجنبي فطبعا ان حضانة الأولاد ترجع للأب ..."[٥١]

و لقد تمسك الفقه الاسلامي بهذا الشرط، لأنه يرى في زواج الحاضنة بغير المحرم، سببا قويا يجعل منها غير متوافرة، باعتبار أن زوجها غير ملزم برعاية إبنها من زواج سابق.

و لقد أكدت المحكمة العليا على تبنيها لهذا المعيار من خلال تأكيدها على أن عمل الأم لا يوجب اسقاط حضانتها على أطفالها ما دامت متوفرة لتوفير الرعاية و العناية لهم.

مع العلم أنه يجب على القاضي الذي يتولى الفصل في دعوى اسناد الحضانة الحكم بحق الزيارة حسب ماصرحت به المحكمة العليا في قرار أخر لها جاء فيه أنه" من المقرر أنه وفقا لنص المادة ٦٤ من قانون الأسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى ابناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون اليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[٥٢] بإعتبار أن الزيارة تعد الوسيلة الوحيدة للحفاظ على علاقة الطفل بكلا والديه وفق ما أشار اليه القرار التالي " من المقرر فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد الاّ بما يقيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما، و على

من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقيد ..." و هو ما أكد عليه القرار الموالي أيضا الذي جاء فيه أن: " من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة ...لا يمنع استعمال ذلك الحق .."[٥٣] و يثبت حق الزيارة في القضاء الجزائري لأجداد الطفل أيضا وفق ما صرحت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه أنه: " من حق الأجداد استقبال احفادهم لزمن محدد خلال السنة ..."[٥٤] في حين يعترف المشرع و القضاء الفرنسي بهذا الحق لكل أقارب الطفل.[٥٥]

(د) معيار البيئة المستقر لنمو الطفل

أظهر قضاة شؤون الأسرة، بما فيهم قضاة المحكمة العليا بالجزائر في الأونة الأخيرة اهتماما واضحا بضرورة توافر البيئة المستقرة للمحضون، و هو ما كشفت عنه بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، التي قررت في أحدها أن: " اسناد الحضانة يقتضي مراعاة مصلحة المحضونين، و أن الأبناء كانوا يعيشون مع والدهم قبل وفاة أمهم. و أنهم تعودوا على هذا النمط و المحيط الذي يعشيون فيه و أن مصلحتهم تستدعي بقاءهم عند والدهم.."[٥٦] كما أكدت في ذات القرار على أن اسناد حضانة الأبناء الثلاثة لجدتهم من الأم من طرف قضاة المجلس تم دون تبيان المعايير التي اعتمد عليها و أين تكمن مصلحة المحضون.

إلا أن ذات البيئة ناقضت نفسها في قرار أخر لها و الذي أكدت في أحد حيثيات على أنه رغم أن: " المطعون ضدها تركت العارض رفقة أبنائه الخمسة الذي تكفل بهم أحسن تكفل على رغم من أن له طفلة لم يتجاوز عمرها سنة و نصف، كما ثيت من خلال محضر المعاينة المحرر بتاريخ ١٥/٠٣/ ٢٠٠٤

كما أن المحضر المحرر بتاريخ ٢٠٠٥/٠٣/١١ المرفق يثبت أن الأبناء الخمسة يعشون مع العارض منذ ولادتهم إلى حد الآن زيادة على أن المحضر المؤرخ في ٢٠٠٦/٠٦/٢٤/ المتضمن إثبات حالة، يثبت ترك المطعون ضدها للأبناء لدى العارض..."[٥٧] و مع ذلك ذلك قررت المحكمة

العليا أنه: "حيث اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الاسلامية و لا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الاسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة ٦٤ من قانون الأسرة."

حيث يظهر من القرار الأخير و كأن المحكمة العليا أغفلت أن تلك الأولوية، مقيدة بشرط مراعاة مصلحة المحضون، و الذي تم إغفالها كلية في هذه الحالة.

الخاتمة

اعتبر قانون الأسرة الجزائري - في نصوصه المتعلقة بالحضانة - مصلحة المحضون الأساس الأوحد الذي يجب أن تبنى عليه كل القرارات المتخذة بشأن المحضون. و هو ما حرصت المحكمة العليا على تكريسه في العديد من قراراتها المتعلقة بالحضانة، مؤكدة من خلالها على تمسكها الشديد بمبدأ وجوب مراعاة قضاة الموضوع لمصلحة المحضون، في كل ما يصدرونه من قرارات تتعلق بحضانته.إلا أن العديد من تلك الأحكام و القرارات أظهرت أن تقرير ما يعد مصلحة لمحضون ليست بالمهمة السهلة، مما دفع بالكثير من القضاة إلى الاعتماد على بعض المعايير الشكلية الصرفة للكشف عن تلك المصلحة مثل سلامة صحة الحاضنة و خلوها من الأمراض .... على النحو السابق تبينه في هذه المداخلة.إلا أن هذا يجب أن لا يمنعنا من تثمين اتجاه القضاء الجزائري مؤخرا إلى الاستئناس برأي الخبراء في الكشف عما يوافق مصلحة المحضون، و لكن ذالك لا ينفي حقيقة استمرار الطابع التقليدي لدعاوى الحضانة و القرارات المتعلقة بها، بسبب افتقار محيط الطفل الذي انفصل والداه للتعاون في ظل تفشي الصراع و استمرار النزاع مع حرص كل طرف على إلغاء الطرف الأخر، مما يعد مؤشرا واضحا على إهمال الكلي لمصلحة الطفل المحضون في وسطه العائلي أساسا، فكيف يمكن للقضاء إذن أن ينجح ضمن هذه الظروف في رعاية ما يوافق مصلحة المحضون أصلا ؟

1 و هو أكدت عليه الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصلحة أصلا من أصول الأحكام وتشريع في الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص لمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى وهبة الزحيلي: أصول الفقه, ٢ج, دار الفكر, الجزائر, ط١, ١٩٨٦, وعبد الوهاب خلاف: أصول الفقه, الزهراء للنشر والتوزيع, الجزائر, ط ٢, ١٩٩٣ ومحمد محده: أصول الفقه, الشهاب, الجزائر, ط ٤ ١٩٩٠.

2 - ابن منظور: لسان العرب, المجلد ٢, ص ٥١٦.

3 - إذ ترتب على هذا الاهتمام نشوء "علم المقاصد" انظر ابو اسحاق ابرهيم بن موسى بن محمد للخمي الشاطبي: الموافقات في اصول الفقه, طبعة دار الفكر, دمشق سورية.

4 - سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية, مؤسسة الرسالة, بيروت لبنان ومكتبة الرحاب, الجزائر ١٩٨٧, ص ٢٠٧, صبحي المحمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام, دار العلم للملايين, بيروت لبنان, ١٩٦١, ط ٣, ص ١٧٦ و ما بعدها,

5 - سعيد رمضان البوطي: المرجع السابق, ص ٢٠٧,

6 - ومن بينها كذلك " يتحمل الضرر الخاص من اجل دفع الضرر العام " وقاعدة " يتحمل اخف الضررين للتعرف على هذه القواعد يمكن الرجوع إلى احمد مصطفى الزقاء: المرجع السابق, ج ٢ ص من ٩٤٥ إلى ١٠٧٧, سليم رستم: شرح المجلة العدلية العثمانية, دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان ط ٣ المجلد الأول, ص من ٢ إلى ٦٣.

7 - حيث تعتبر المصلحة شرطا جوهريا لقبول الدعوى القضائية وهذا ما تؤكد عليه المادة ٤٥٩ من ق إ م ج والتي جاء فيها " لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن..... له مصلحة في ذلك. " كما أنها تعتب غاية للقانون و الحق معا لمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى رسكو باوند: مدخل إلى فلسفة القانون, ترجمه الى العربية صلاح دباغ, المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر ' بيروت, لبنان بالاشتراك مع مؤسسة فرنكلين للطباعة والنشر نيويورك ١٩٦٨, فتحي الدريني المرجع السابق, احمد فهمي أبو سنة: نظرية الحق, مجلة الفقه الإسلامي أساس التشريع, المذكورة سابق ص ١٧٣ وما بعدها Vasile V.STANCIU: les droit de la victime, PUF 1er ed 1985.

8- Michel VIRALLY: la pensée juridique , L.G.D.J. France 1998 ,p 26 et s ; Simone GOYARD - FABRE: Les fondement de l ordre juridique ;PUF, 1er ed 1992 p 41 et s

9 - جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية, تجرمه إلى العربية منصور القاضي, المؤسسة الجامعية بيروت, لبنان, ١٩٩٧, ج ٢ ص ١١٨٨.

10 - روسكو باوند: الفلسفة القانون ص ٥٦ وما بعدها

11 - رغم أن إرهاصات الاهتمام بحقوق الطفل في القرن العشرين قد بدأت بإعلان جنيف حول حقوق الطفل لسنة ١٩٢٤، و الذي تبع بالإعلان العالمي لحقوق الطفل الذي صدر عن هيئة الأمم المتحدة سنة ١٩٥٩، و إن الأول جاء في شكل توصيات موجهة لأولياء الطفل في حين كانت التوصيات التي احتواها الإعلان الثاني موجهة للدول و المجتمع الدولي، إلا أن كلاهما لم يشر إلى مصطلح المصلحة الفضلى للطفل على عكس الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تميزت بهذا المصطلح، وسبب إدراجها للمصلحة الفضلى للطفل كغاية يرجى تحقيقها هو نتيجة لكثير من الحقائق العلمية التي وصلت إليها البشرية، والمتعلقة بالطفل و أهمية العناية به و أثر ذلك عليه وعلى المجتمع، بالإضافة إلى تحفظ بعض الدول حول بعض بنود الاتفاقية بحجة تعارضها مع نظامها العام و ثقافتها المحلية، و حتى لا تتخذ هذه الدول من هذه الحجج وسيلة للتهرب من التزاماتها في حماية الطفل وحقوقه و لا تصبح الاتفاقية وسيلة لتغيير الأنظمة القانونية و الاجتماعية للدول تمّ التوصل إلى أن أي كان الاختلاف بين الثقافات و النظم القانونية لا بد من الاعتراف للطفل بحقوقه وحمايتها و أن تكون الغاية الموحدة التي يجب أن يسعى الجميع لها هي مصلحته الفضلى.

12 - مما فتح الباب للاختلاف حول مفهوم هذا المصطلح و إعطائه عدة تأويلات قد تكون بعيدة عن معناه الحقيقي وهذا ما جاءت الإشارة اليه في Dossier d information UNICEF ,n 3 p 2

13- بحيث استعملت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في ديباجتها مصطلح " مصلحة أساسية " في حين استعملت في المادة ٣ من هذه الأخيرة مصطلح " مصلحة فضلى "

14 - Dossier n 3 , op cit , p 2-

15 - م ع، غ أ ش، ، ٢٠٠٨/٠٣/١٢، ملف رقم ٤٢٦٤٣١، م ق لسنة ٢٠٠٨، العدد ١، ص ٢٧٣.

16 - Ibid.

17 - أليس غريبا أن يطول عمر حضانة الفتاة إلى سن الزواج أي ١٩ سنة.

18- Jean CARBONNIER: Fléxible droit , 10ed L.G. D. J, Paris , France , p 41 et s .

19 - لمزيد من المعلومات يمكن الرجوع إلى أعمال ملتقى Odile AH-MOUK: Une experience de formation à la reunion in AFIREM: L enfance maltraité du silence a la communication , op cit , p227 et s,

20- T GARE: droit de la famille ,p 112

21 - م . ع . غ . أ . ش . ٧/٣ / ١٩٨٩ . ملف رقم ٥٤٣٥٣ . م . ق . لسنة ١٩٩٢ . العدد ١ . ص ٤٥ .

22 - م ع، ن ق، ع ٥٩، ص ٢٣٦
23 - م ع، في ٢٠٠٥/٥/١٨ / م م ع، ع ١، ٢٠٠٥، ٣٠١.
24 - وفق ما أكد عليه القرار الصادر عن المحكمة العليا في ٩ /٧ / ١٩٨٤ ملف رقم ٣٣٩٢١ والذي نقضت فيه قرار صادر عن قضاء الاستئناف مفاده قبول حضانة ام لأطفالها رغم وجود تقرير يفيد بأنها مكفوفة , م .ج ١٩٨٩ عدد ٤ ص ٧٦ .
25 - م .ع .غ .أ .ش , في ٢ / ٤ / ١٩٨٤ , ملف رقم ٣٢٥٩٤ , م .ق لسنة ١٩٨٩ , العدد رقم ١ , ص ٧٧ وهناك عدة قرارت تذهب في نفس هذا السياق على سبيل المثال لا الحصر القرار الصادر عن م .ع .غ .أ .ش , في ١٦ / ٤ / ١٩٧٩ , ملف رقم ١٩٢٨٧ , ن . ق لسنة ١٩٨١ , العدد ٢ , ص ١٠٨ والقرار الصادر عن نفس المحكمة في تاريخ ٢٤ / ٢ / ١٩٨٦ , الملف رقم ٣٩٩٤١ ذكره العربي بلحاج : مبادئ الاجتهاد القضائي المرجع السابق ص ١٣٢.
26 - م .ع .غ . أ .ش , في ٦ /٦ /١٩٨٨ , ملف رقم ٦٩١٩١ , ذكره العربي بلحاج : مبادئ الاجتهاد القضائي , المرجع السابق ص ١٠٢.
27 - م .ع .غ . أ .ش , في ١٨ / ٦ / ١٩٩١ , ملف رقم ٧٥١٧١ , ذكره العربي بلحاج المرجع نفسه , ص ١٢١ .
28 - م ع، في ٢٠٠٢/٧/٣ م ق، ع ١ ٢٠٠٤، ص ٢٧٠
29 - م.ع .غ .ق .خ في ١٤ /٥ / ١٩٦٩ , ن .ق لسنة ١٩٧٠ . (١٠ ـ ١٢)ص ٤٨ .
30 - م.ع .غ .ق .خ في ٥ / ٢ / ١٩٧٩ , ملف رقم ١٩٣٠٣ , ن . ق لسنة ١٩٨١ العدد ١ , ص ٧٧ .
31 - م.ع .غ.أ.ش في ٢٤ / ٢ / ١٩٨٦ ملف رقم ٣٩٧٦٨ , ذكره بلحاج العربي في مبادئ الاجتهاد القضائي , ص ١٢٨ .
32 - م.ع .غ .ق .خ في ١٣ / ١١ / ١٩٦٨ , ن. أ لسنة ١٩٦٨ ص ١٢٩ .
33 - م.ع .غ . أ .ش , في١٣ / ١ / ١٩٨٦ ,ملف رقم ٣٩٥٥٩ , ذكره العربي بلحاج : المرجع السابق , ص ١٢٣ .
34 - م.ع .غ.أ.ش في ٧ / ١١ / ١٩٨٨ , ملف رقم ٥٠٢٧٠ , م .ق ١٩٩١ عدد ٣ ص ٤٨ .
35 - م.ع .غ .ق .خ في ٢٥ / ١٢ / ١٩٦٨ , ن .س لسنة ١٩٦٨ , ص ١٣٦ .
36 - م.ع .غ .ق .خ في ١٥ / ٥ / ١٩٦٨ , ن .س لسنة ١٩٦٨ , ص ١٠٩ .
37 - م.ع .غ .ق .خ في ١٤ / ٥ / ١٩٦٩ , ن . ق ١٩٧٠ ص ٤٨ .
38 - م.ع .غ .ق .خ في ٢٩ / ٥ / ١٩٦٩ , ن . س لسنة ١٩٦٩ , ص ٣٠٦ .
39 - م.ع .غ.أ.ش في ٣٠ / ٤ / ١٩٩٠ , ملف رقم ٧٩٨٩١ , م . ق لسنة ١٩٩٢ العدد ١ و ص ٥٥
40 - م .ع .غ . أ .ش , في ١٩ / ١٢ / ١٩٨٨ , ملف رقم ٥١٨٩٤ , م .ق لسنة ١٩٩٠ , العدد ٤ , ص ٧٥ .

41 - م .ع .غ . أ .ش . في ٣ / ٧ / ١٩٨٩ . ملف رقم ٥٤٣٥٣ . م.ق لسنة ١٩٩٢ . العدد ١ . ص ٤٥ .

42 - م.ع .غ .ق .خ في ٢٣ /٦ / ١٩٧١ . ن . ق لسنة ١٩٧٢ . العدد ٢ . ص ٨٨ .

43 - م.ع . غ.أ.ش في ١٩ / ٣ / ١٩٩٠ . ملف رقم٥٩١٥٦ . م .ق لسنة ١٩٩١ . عدد رقم ٢ . ٧٦ .

44 - م .ع .غ . أ .ش . في ٩ / ٧ / ١٩٨٤ . ملف رقم ٣٣٩٢١ . م .ق . لسنة ١٩٨٩ . العدد ٤ . ص ٧٦ .

45 - م .ع . غ . أ .ش . في ١٣ / ١ / ١٩٨٦ . ملف رقم ٣٩٥٥٩ . ذكره العربي بلحاج في مبادىء الإجتهاد القضائي المذكور سابقا . ص ١٢٣ . م .ع .غ . أ .ش . في ١٣ / ١ / ١٩٨٦ . ملف رقم ٣٩٥٥٩ . ذكره العربي بلحاج في مبادىء الإجتهاد القضائي المذكور سابقا . ص ١٢٣ .

46 - م .ع . غ . أ .ش . في ٩ / ١ / ١٩٨٤ . ملف رقم ٣١٩٩٧ . م . ق لسنة ١٩٨٩ . العدد رقم ١ . ص ٧٣ .

47 - م .ع .غ . أ .ش . في ٩ / ٣ / ١٩٨٧ . ملف رقم ٤٥١٨٦ . ذكره العربي بلحاج : في مبادىء الإجتهاد القضائي المذكور السابق ص ١٣٢.

48 - م .ع . غ . أ .ش . في ٢ / ١ / ١٩٨٩ . ملف رقم ٥٢٢٠٧ . م .ق لسنة ١٩٩٠ . العدد ٤ . ص ٧٤ .

49 - م .ع .غ . أ . ش . في ١٩ / ٢ / ١٩٩٠ . ملف رقم ٥٩٠١٣ . م . ق . لسنة ١٩٩١ العدد ٤ . ص ١١٦ .

50 - م .ع .غ . أ .ش . في ٥ / ٥ / ١٩٨٦ . ملف رقم ٤٠٤٣٨ . م . ق لسنة ١٩٨٩ . العدد رقم ٢ . ص ٧٥ .

51 - م.ع .غ . أ .ش . في١٣ / ١ / ١٩٨٦ .ملف رقم ٣٩٥٥٩ . ذكره العربي بلحاج : المرجع السابق . ص ١٢٣ .

52 - م .ع .غ . أ .ش . في ١٦ / ٤ / ١٩٩٠ . ملف رقم ٥٩٧٨٤ . م.ق لسنة ١٩٩١ العدد ٤ . ص ١٢٦ .

53 - م .ع .غ .م في ١٨ / ١١ / ١٩٧٠ . ن . ق لسنة ١٩٧٢ ص ٦٧ .

54 - م .ع .غ .م في ٨ / ١٠ / ١٩٦٩ . ن . س ١٩٦٩ ص ٣٢٧ .

55- Mireille DELMAS -MARTY: op cit , p 35.

56 - م ع ، غ أ ش ، ٢٠٠٨/٠٢/١٣ ، ملف رقم ٤٢٤٢٩٢ ، م ق ، ٢٠٠٨ ، العدد ١ ، ص٢٦٨

57 - م ع ، غ أ ش ، ٢٠٠٨/٠٩/١٠ ، ملف رقم ٤٥٧٠٣٨ ، ، م ق ، ٢٠٠٨ ، العدد ١ ، ص٣١٥