جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

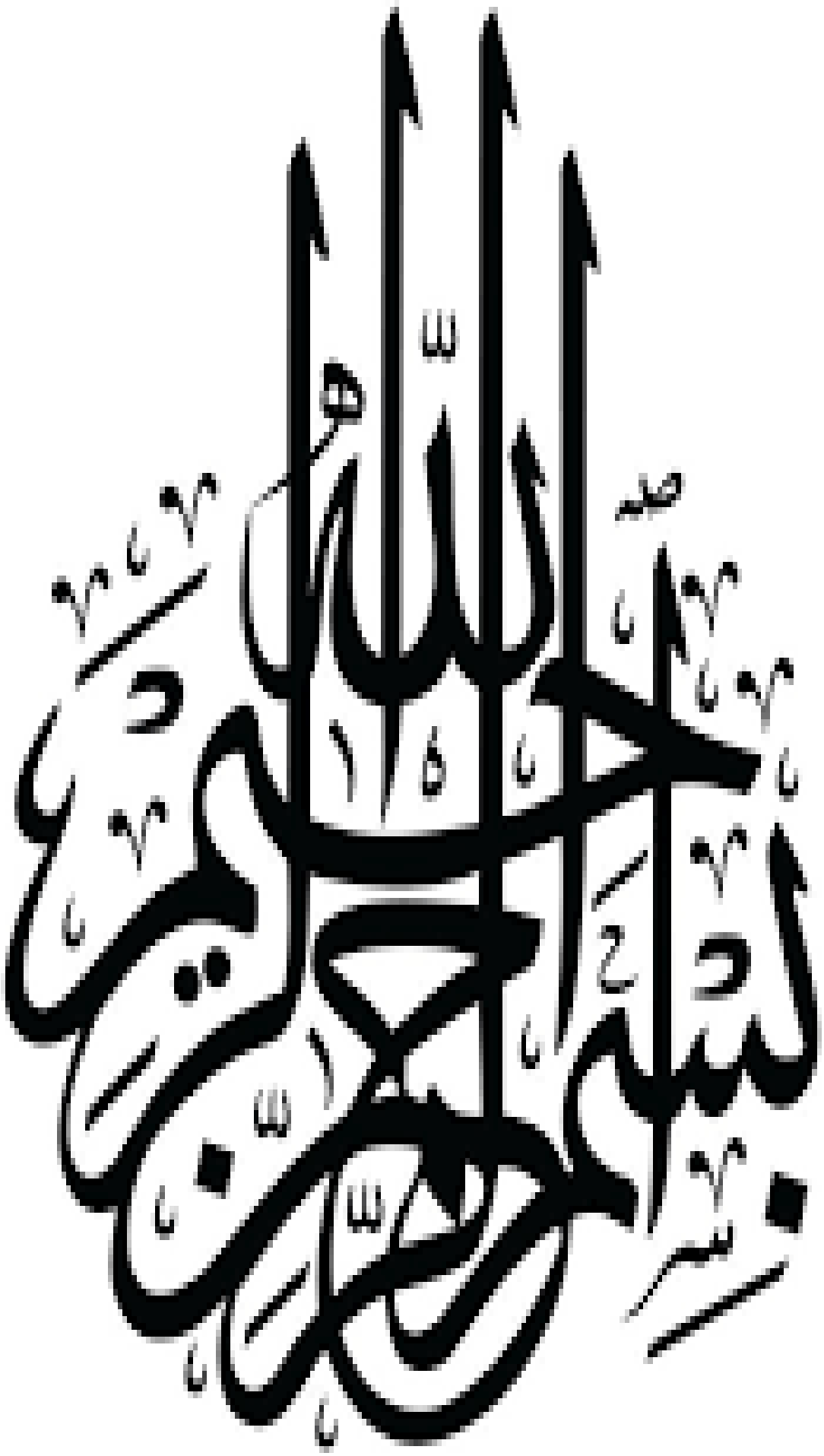
إعداد الطالب(ة) :
منصوري هاجر

يوم: 2022/06/28

عنوان المذكرة
التعسف في إستخدام حق الحضانة

لجنة المناقشة:

الدكتورة صولي زهرة	أ.مح أ	جامعة بسكرة	رئيسا
الدكتورة شرون حسينة	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
الدكتورة بلول صبرينة	أ. مح ب	جامعة بسكرة	مناقشا



شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة , وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل الحمد لله.

نتوجه بالشكر والامتنان إلى كل من ساعدني مـــــــــــــــــــــــــــن قريـــــــــــــــــــــــب أو بعيد على انجاز هذا العمل وفي تدليل ما واجهته من صعوبات

ونخص بالذكر الأستاذة المشرفة* الدكتورة حسينة شرون* التي لم تبخل علي بتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي كانت عونا لي في إتمام هذا العمل .

كما نتوجه بخالص الشكر الى كافة أساتذتنا الكرام بقسم الحقوق .

و أتوجه بشكري لتلك المرأة القوية ، الجميلة و مصدر الحب و الحنان ، تلك التي علمتني القوة في كل الأوقات أمي شكرا لك ، شكرا على كل ما قدمته لي أحبك.

منصوري هاجر

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم و الصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد صلوات ربي وسلامه عليه:

الحمد الله الذي أنار لي طريقي, الحمد لله الذي نعمته تتم الصالحـــــات

أما بعد :

إلى أغلى ما املك في هذه الدنيا,إلى من كانت سبب وجودي في هذه الأرض, إلى من وضعت الجنة تحت أقدامها ومن انحني لها بكل إجلال وتقدير,ارجوا إني قد نلت رضاها أمي الغالية *حساني أم هاني*أطال الله في عمرها و البسها تاج الصحة و العافية .

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلنـــــي إلى ما أنا عليه *أبي* الكريم*منصوري محمد صالح* أدامه الله لي.

إلى إخواني *هشام وأمين*وفقهم الله , وأخواتي :* رندة ورانـــــيا

*** و رحاب**

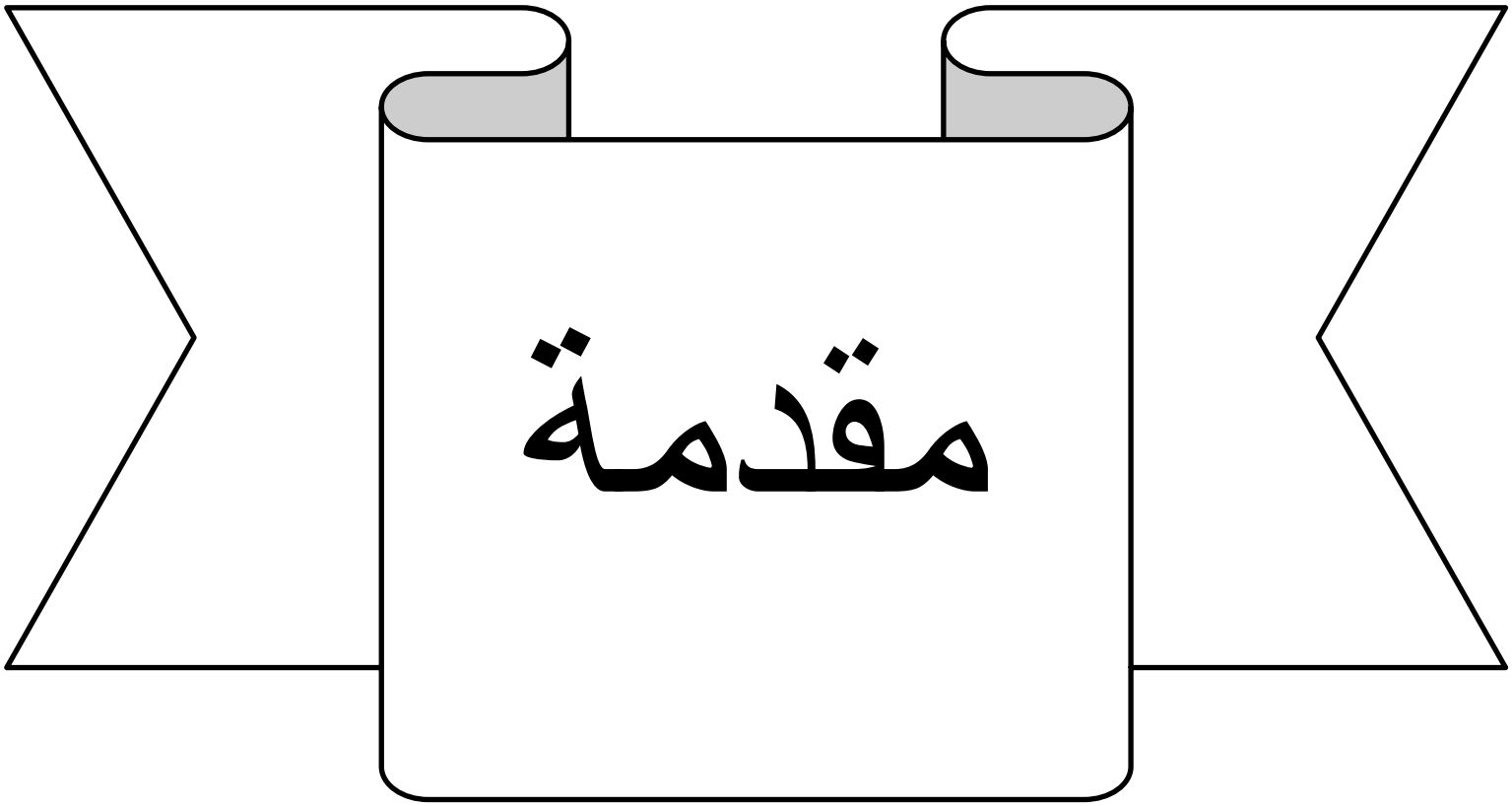
وبنات أختي براءتي* *إســـــــراء*و* *ألاء إلى كل من العائلتين الكريمتين.**

إلى من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل ابنة خالتي* بوناب منى*و صديقتي * أية الرحمان*.

و إلى كل من صديقاتي في مشوار *مريم غشام* و* رفيدة*.

و إلى زميلي رزيق زين الدين

منصوري هاجر


مقدمة

قد يطرأ على الحياة الأسرية ما يكدر صفوها ويمنع استمرارها بسبب مشاكل أسرية و نزاعات، فيترتب عنها الطلاق بين الزوجين قد يشكل هذا الطلاق تعسفا و ظلما للأبناء مما يؤدي إلى الإنقاص من حقوقهم، وغالبا ما يكون الطفل الضحية بسبب هذا الطلاق و الذي يترك أثره على الطفل، ويقوم بعدها النزاع عن من له الحق في كفالة الطفل و حضانته ،لأنه أحيانا يكون كلا طرفان يريد أن يكفل هذا الطفل وحضانته.

وقد أحاطت كل من الشريعة الإسلامية و الفقه وكذلك التشريعات الوضعية عامة والمشرع الجزائري خاصة العديد من الأحكام الدقيقة التي تكفل الاهتمام بالأسرة عامة وبالطفل على وجه الخصوص بتنظيمهما العديد من أحكام الحضانة ،هذه الأحكام تكفل لطفل العيش الكريم.

فحددت الحضانة بدءا للأم لأنها الأكمل في الشفقة من الرجال و الأقدر على الرعاية والصبروالتربية.

إلا أنه قد ينازع النساء في حق الحضانة أب المحضون لحق يراه لنفسه في انتزاع المحضون من أمه أو ممن قررت القوانين أو المحكمة له ذلك حسب ترتيب الحاضنين شرعا.

و تعتبر حضانة الأطفال من الأمور التي لها تأثير كبير على المجتمع عامة و على حياة المحضون خاصة، فإما أن تحسن حضانته و القيام بشؤونه على الوجه المطلوب أو أن يتعسف في استخدام هذا الحق.

و يعتبر التعسف في استخدام الحقوق عامة و استخدام حق الحضانة خاصة من المواضيع المتجددة بتجدد أشكال التعسف و طرقه، خاصة ما يشهده موضوع التعسف في استخدام الحضانة اليوم بشكل متزايد و أكبر ممن كان عليه من قبل لذلك كانت الضرورة داعية لمثل هذه الدراسة. خاصة لما يأتي التعسف ممن أقرب للطفل و هما الوالدين. فيعتبر بذلك تعديا على حق الطفل المحضون ومساسا بمصلحته، لذلك كان إلزاما على المشرع أن يحمي هذه المصلحة عن طريق مجموعة من التوصيات و القوانين و القواعد فبين من لهم الحق في الحضانة والشروط الواجب توفرها في الحاضن لتثبت له حق الحضانة و متى ما انتفت احد هذه الشروط يسقط حقه فيها.

أهمية الدراسة:

إن ما يثيره الواقع الذي نعيشه الآن و مع كثرة نسبة الطلاق في مجتمعنا ،و ما يؤول إليه مصير الأطفال بعد الطلاق أصبح لموضوع الحضانة و التعسف فيها يكتفي أهمية بالغة كونه:

- يلقي الضوء على حقيقة وواقع الطفل و حياته بعد انفصال الوالدين.

- يبين الدور الذي يلعبه القاضي خاصة في حماية مصلحة المحضون إذا ما تعسف أحد الوالدين في استخدام حق الحضانة.

- توضح هذه الدراسة أهم العقوبات التي تطرأ على المتعسف في استخدام حق الحضانة و التي قد تصل إلى إسقاطها.

إشكالية الدراسة:

كيف عالج المشرع الجزائري موضوع التعسف في استخدام حق الحضانة؟
وما هي الضمانات التي قدمها المشرع من أجل حماية مصلحة الطفل المحضون؟.

أسباب اختيار الموضوع:

-الأسباب الذاتية: رغبتنا في معرفة هذا الموضوع عن قرب بسبب كثرة قضايا الطلاق والحضانة كل يوم و ازديادها بصورة كبيرة لدى المحاكم، رأينا ضرورة أن نتوغل في هذا الموضوع.

-الأسباب الموضوعية: رغم أن موضوع الحضانة و التعسف فيها من المواضيع القديمة إلا أنه لم يعالجها المشرعين بصورة كبيرة وواضحة فترك في أغلب مواضيع الحضانة القاضي السلطة التقديرية مراعيا في ذلك مصلحة المحضون، فلا نجد دراسات كبيرة بقدر أهمية هدا الموضوع.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء عن الدور الحقيقي الذي لعبه كل من التشريعات و القضاء في حماية مصلحة المحضون

صعوبات الدراسة:

لا يخلو أي بحث أكاديمي من الصعوبات إلا أن ذلك لا يقلل من قيمة البحث

وقد واجهت هذا الموضوع بمجموعة من الصعوبات:

*قلة المادة العلمية المتعلقة خاصة بموضوع التعسف لأن أغلب الكتب تحدثت عن الحضانة (أحكامها- شروطها).

*أغلب أحكام التعسف في استخدام الحضانة هي أحكام و قرارات قضائية تبقي السلطة التقديرية فيها للقاضي.

منهج الدراسة:

اقتضت طبيعة الدراسة اللجوء إلى المنهج الوصفي الذي يناسب الدراسات القانونية التي تهدف إلى التعرف على موقف المشرع من بعض المسائل القانونية.

تقسيم الدراسة:

وسعيا منا لبلوغ هذا التسلسل المنطقي و القانوني قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول ماهية التعسف في استخدام حق الحضانة و قسمناه بدوره إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الحضانة بينما تناولنا في المبحث الثاني مفهوم التعسف.

أما في الفصل الثاني فقد تطرقنا إلى الأشكال المؤدية إلى التعسف و سقوط الحضانة، و تناولنا في المبحث الأول الأشكال المؤدية لتعسف في استخدام حق الحضانة، بينما تطرقنا في المبحث الثاني إلى سقوط الحضانة.

الفصل الأول

ماهية التعسف في استخدام حق الحضانة.

تعتبر الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل المحضون،فكانت هي السباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال المحضونين نتيجة انحلال الرابطة الزوجية ولما يتعرض له المحضون من تعسف في استخدام هذا الحق.

كما أولى الفقه والقوانين الوضعية أهمية بالغه لموضوع الحضانة ،وما يترتب عنها من مسائل أهمها التعسف في استخدام حق الحضانة ،وقد عرف كل من الفقه والقوانين الحضانة حسب الزاوية التي ينظر منه إليها.

وبالرغم من الاهتمام الكبير لموضوع الحضانة من خلال إسناد العديد من القوانين الصارمة والتي تهدف إلى حماية المحضون ومصلحته ،إلا أنه قد يتعرض هذا الأخير للتعسف من طرف أحد الحاضنين سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما ممن كان له الحق فيها .

وسوف نحاول الحديث عن هذا الموضوع من خلال ما يلي :

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري ،وهي تلك الرعاية التي يتلقاها الطفل الصغير منذ أول مرحلة في حياته،كما نجد أن حضانة الطفل والقيام بأمره تعتبر كواجب نحوه،لأن بغيابها يهلك الطفل فيجب حفظه من الهلاك .ويتكفل بذلك أهل الطفل وقرابته ،كل حسب درجة قربه من الطفل حتى يصل الأمر إلى الدولة وجميع مؤسساتها.

من خلال هذا المبحث نتطرق إلى تعريف الحضانة و مدتها و دليل مشروعيتها(المطلب الأول) وكذا التطرق إلى خصائص الحضانة(المطلب الثاني) ومستحقيها(المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الحضانة.

بسبب انحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين تثار مسألة من له الحق في حضانة الأطفال فكان وجوبا البحث عن من يقوم بتربية الأطفال والحفاظ على مصالحهم سواء كان احد الأبوين أو ممن ترى المحكمة صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم .

هذا ما يدفعنا إلى معرفة معنى الحضانة وخصائصها ومن لهم الحق فيها.

الفرع الأول: تعريف الحضانة فقها.

عرفت الحضانة عند فقهاء الشريعة عدة تعريفات استخدمت فيها ألفاظ تختلف عن دلالتها:

أولا: تعريف الحضانة لغة:

الحضانة في اللغة معناها ضم الشيء إلى الحضن ,وهو الصدر و العضدان وما بينهما، يقال: حضنت الصبي حضنا وحضانة ،إذ جعلته في هذا الموضع. ويقال:حضن الطائر بيضه أو أفراخه إذا ضمها تحت جناحيه[1].

و الحضانة بالفتح و بالكسر:مصدر حضن يحضن،وحضن الصبي إذا جعله في حضنه أو رباه.

تقول:رجل حاضن وامرأة حاضنة،لأنه وصف مشترك.

والحضن:ما دون الإبط إلى الكشح،وقيل:هو الصدر والعضدان وما بينهما.

ونقول حضنت الشيء أو احتضنته إذا ضممته إلى جنبك وحضنت الأم طفلها أي ضمته إلى صدرها[2].

فالحضانة مصدر من الفعل حضن،والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح،أو الصدر و العضدان وما بينهما ،وجانب الشيء وناحيته[3].

1-عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، دار الثقافة للتوزيع و النشر ، 2015 ، ص 254.

2- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،**الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**،دار الفكر، بيروت،ص،ص73،74.

3- محمد عليوي ناصر، **الحضانة بين الشريعة و القانون** ،الطبعة 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع،2010،ص24.

وقال ابن فارس: "الحاء و الضاد و النون أصل واحد يقاس ،وهو حفظ الشيء و صيانته .فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح ،يقال احتضنت الشيء جعلته في حضني ،ومن الباب: حضنت المرأة ولدها".

فالحضانة في اللغة تأتي بمعنى احتواء الشيء وضمه ،والحاضن أو الحاضنة كأنهم يتخذون المحضون في جنبهم أو حضنهم رعاية واهتماما.[1]

ثانيا: تعريف الحضانة فقها.

تكلم الفقهاء عن الدور المهم الذي تلعبه الحضانة في حياة الطفل و إجتمعوا في تعريفها على ألفاظ و معاني تتفق على مفهوم واحد:

فقد عرفها الكاساني: "بأنها حضانة الأم لولدها ووضعها إياه إلى جانبها واعتزاله إياه عن أبيه ليكون عندها تقوم بإمساكه و حفظه و غسل ثيابه"[2].

السرخسي من فقهاء الأحناف يقول في مبسوطه: " إن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم و القيام بحوائجهم ،جعل الشارع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة"[3].

أما الحنابلة فعرفوها بقولهم: "حفظ صغير و مجنون و معتوه ،و هو مختل العقل عما يضرهم و ترتيبهم بعمل مصالحهم: كغسل يديه و غسل ثيابه"[4].

عرفها ابن عابدين بأنها: "تربية الولد ،و الحاضنة: المرأة توكل الصبي"[5].

وعرفها فقهاء المالكية بأنها "الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه وهي فرض كفاية ولا يحل أن يترك الطفل بغير حضانة."[6]

وقال الرهوني :"وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه"[7].

وعرفها البهوتي فقال: "حفظ الصغير ونحوه كمجنون ومعتوه عما يضره ،وتربيته بعمل مصالحه"[8].

و قال أبو النجا: "هي حفظ الصغير و نحوه عما يضره ،وتربيته بعمل مصالحه"[9].

1-أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام وفقا لأحدث التشريعية القانونية**، دار الجامعة الجديدة ، مصر،2004، ص225.

2- عبد القادر بن حرز الله ،**خلاصة في أحكام الزواج و الطلاق**، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر،2007،ص356.

3-أحمد نصر الجندي،**شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية ، مصر،2009 ، ص150.

4-البوتي منصور بن يوسف بن إدريس، **كشاف القناع على متن الإقناع**، الجزء 3 ، دار الفكر ، بيروت، لبنان، ص496.

5- محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص25.

6-عبد القادر بن حرز الله ،مرجع السابق، ص 356.

7- محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص26.

8-البهوتي منصور بن يونس بن إدريس،مرجع سابق،ص496.

9-محمد عليوي ناصر، مرجع سابق،ص26.

فقال الدسوقي بأنها: "حفظ الولد و القيام بمصالحه"[1].

وتعرف أيضا: "حفظ الولد في مبيته ومؤونته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[2].

وقال الباجوري: "هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه ،كالطفل ،وكبير المجنون"[3].

الفرع الثاني: تعريف الحضانة قانونا.

لم يقتصر تعريف الحضانة على الفقه فقط ،بل كان للقانون بصفة عامة وللمشرع الجزائري بصفة خاصة اهتماما بالموضوع من خلال مايلي:

فقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه ،و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا".[4]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الذي جاء في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أحسن تعريف للحضانة لاحتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها ،وذلك لشموله على أفكار لم يشملها غيره ،حيث أن التعريف جاء شاملا ويتسم بالعمومية بجمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية و الخلقية و التربوية والمادية" [5].

فالحضانة هي حماية الطفل و القدرة على تحقيق مصالحه دون الإضرار به نفسيا و معنويا و أوجب أن يكون الحاضن عاقلا ، قادرا على تحمل المسؤولية و سليم الجسد خالي من أي مرض يحوله لعدم القيام بواجبه[6].

فقد عرفت بعض قوانين الأحوال الشخصية الحضانة على أنها:

القانون المصري: "لم يضع تعريفا محددا للحضانة بل تعرض إلى مهمة الحاضنة وواجباتها ،وقد صدرت بعض التعريفات من خلال أحكام القضاء حيث عرفت الحضانة بأنها"تربية الطفل و الإشراف عليه في مدة معينة"[7].

كما عرفته المادة 54من مجلة الأحوال شخصية التونسية: "الحضانة حفظ الولد في مبيته

1-الدسوقي ،محمد عرفة ،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**،الجزء2،طبعة الحلبي،القاهرة،مصر،ص526.

2-عبد القادر داودي ،**أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ،دار البصائر للنشر والتوزيع،الجزائر،2010،ص204.

3-محمد عليوي ناصر، مرجع سابق،ص،ص25،26.

4- أنظر: المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02،الجريدة الرسمية،العدد24،المؤرخ في 27 فبراير 2005.

5-عبد العزيز سعد ،**الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ،الطبعة 3، دار هومه، الجزائر، 1996،ص21.

6-لحسين بن شيخ آث ملويا، **قانون الأسرة نصا و شرحا المعدل و المتمم بموجب 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 دراسة تفسيرية**،دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر،ص75.

7-محمد عليوي ناصر ،مرجع سابق، ص،ص30،31.

والقيام بتربيته".[1]

قانون الأحوال الشخصية الكويتي: جاء في المذكرة الإيضاحية بخصوص المادة 189 بيان المقصود بالحضانة فنصت على: "يراد بحضانة الصغير: تربيته ،ورعايته ،وتعهده بتدبير طعامه ،وملبسه ،ونومه، وتنظيفه، وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ،ممن له حق تربيته شرعا"[2].

عرفها من جانبه القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الكويتي في المادة 62 بنصها: "حفظ الولد ،ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي"[3].

أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية فتعرف الحضانة طبقا لنص المادة01/163:

"الحضانة حفظ الولد مما قد يضره و القيام بتربيته و مصالحه"[4].

الفرع الثالث: دليل مشروعية الحضانة.

وهنا سوف نتناول الحكم الشرعي للحضانة و المعايير التي اعتمد عليها المشرع في تقرير هذا الحق ،فالحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها و الواجب حفظه من الهلاك .

وقد وردت العديد من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة تحث عن العناية بالمحضون :

أولا: دليل مشروعية الحضانة من الكتاب.

قوله تعالى:" **وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَ تَعبُدُوْاْ إلاَ إيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إحسَانًا إمَّا يَبْلُغَنَ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيْمًا*وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّل مِنَ الْرَحْمَةِ وَقُلْ رَبِ اِرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَيانِي صَغِيْراً"**[5].

حيث جاء في الآيتين الكريمتين عن وجوب رعاية الآباء عند الكبر وهو مظنة العجز و الحاجة إلى الرعاية و التذكير لما قدموه من تربية و حضانة و رعاية للأبناء عند الطفولة؛ و الآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية و الحضانة لكل من هو في حاجة إليها سواء كان صغيرا أو كبيرا[6].

قال تعالى: **"فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَن وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيهَا زَكَرِيَّا ٱلمِحرَابَ وَجَدَ عِندَهَا "**[7].

1-مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الطبعة الثانية، المطبعة الرسمية تونس، 1982، ص16.
2-محمد عليوي ناصر،مرجع سابق،ص31.
3- المرجع نفسه،ص31.
4-المرجع نفسه،ص،32.
5-سورة الإسراء ، الآية 23،24.
6-عبد الوهاب خلاف،**أحكام الأحوال الشخصية**،الطبعة2،دار القلم،الكويت،1989،ص119.
7-سورة آل عمران،الآية 37.

وقوله تعالى:**"وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "**[1].

ثانيا: دليل مشروعية الحضانة من السنة:

فما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابني هذا بطني كان له وعاء ؛ وحجري له حواء ؛ وثدي له سقاء؛ ورغم أبوه أنه ينزعه مني قال: أنت أحق بهم ما لم تنكحي ،دل هذا الحديث على أنه في حال افترق الأبوان وكان بينها ولد فالأم هي أولى و أحق ما لم يوجد بالأم مانع يمنع تقديمها.[2]

بينما أنا جالس مع أبي هريرة جاءته امرأة فارسية معها ابن لها فادعياه وقد طلقها زوجها ،فقالت يا أبا هريرة ورطنت له بالفارسية زوجي يريد أن يذهب بابني ،فقال أبو هريرة إستهما عليه ورطن لها بذلك ،فجاء زوجها فقال من يحاقني في ولدي، فقال أبو هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا إني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني ،وقد ساقني من بئر أبي عنبة ،وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ،فأخذ بيد أمه فانطلقت به.(حديث حسن صحيح)[3]

ثالثا: دليل مشروعية الحضانة من الإجماع:

انعقد الإجماع على مشروعية الحضانة لصالح الولد، وبذلك وجب إنجاء الطفل من الهلاك.[4]

الهلاك.[4]

وما روى عن عمر بن الخطاب فارق امرأته جميلة بعد أن أنجب منها عاصم ثم نتج خلاف بين عمر و مطلقته بشأن حضانة عاصم ابنهما، كل يود أن يضمه إليه ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبي بكر رضي الله عليه ،فقضى بمنع عمر من ضم ابنه إليه و قال لعمر :ريحها و مسها و مسحها وريقها خير له من الشهد عندك و كان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان إجماعا.[5]

رابعا: دليل مشروعية الحضانة من المعقول:

أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب ،الحنان، العطف و، الطمأنينة وهي قواعد أساسية لابد منها لكي ينشأ الطفل نشأة سليمة سوية ، فكل ما يتلقاه الطفل الصغير

1-سورة البقرة ،الآية 232

2-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، **الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال** ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2008، ص،ص 7،8.

3–أخرجه أبي داوود في سننه، **كتاب الطلاق**،باب من أحق بالولد،تصنيف أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، طبعة محمد بن صالح الراجحي،بيت الأفكار الدولية،السعودية،ص259.

4-محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري** ، طبعة 1، درا السلام،الرياض،1997، ص114.

5-رمضان السيد الشرنباصي، **الفرقة بين الزوجين في حقوق الأولاد** ، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2006،ص، ص180،181.

من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة من العمر، يؤثر وبشكل كبير وواضح على بناء وتكوين شخصيته، سواء كان ذلك من الناحية النفسية أو الخلقية أو حتى الاجتماعية منها[1].

يكون الطفل الصغير عاجزا على القيام بمصالحه لوحده، فكان لابد من تعيين من ينوب عنه في ذلك، و كانت الأم هي الأنسب و الأولى في ذلك، خلاف عن الأب الذي أسند له الشارع الولاية على النفس و المال على الطفل الصغير، لأن الأب يتمتع برأي سديد و القوي إضافة إلى أن الشارع جعل النفقة أيضا على الأب لأنه الأقدر عليها.[2]

الفرع الرابع: مدة الحضانة.

من الملاحظ أن موضوع انتهاء مدة الحضانة وسقوطها موضع خلاف الفقهاء ،وغاية كل رأي تقديم ما فيه الأفضل و الأكمل لرعاية الصغير ،ودفع الضرر عنه لمصلحة الجتمع.[3]

والمقصود بمدة الحضانة الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها وهي تبدأ من حاجة الطفل إليها ،أي من وقت ولادته حيا ،ولا خلاف فيما كان المحضون ذكر أو أنثى يبقى في يد حاضنته إلى سن التمييز ،وهي السن التي يستطيع فيها أن يأكل ويشرب ويقضي حاجته بنفسه مستغنيا عن الحضانة ،والاستغناء هنا يكون ما بين السابعة والتاسعة وقد يتأخر أو يتقدم فالحكم مداره على التمييز والاستغناء عن الحضانة لا عن السن.[4]

و قد جاء في نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري" أن مدة حضانة الذكر ببلوغه العاشرة (10) من عمره،و الأنثى ببلوغها سن الزواج".[5]

ومنه فإن مدة الحضانة القانونية للذكر تبدأ ببلوغ عشر سنوات والأنثى بسن الزواج، وباستطاعة القاضي تمديد الحضانة للأم لغاية بلوغ سن 16 سنة بشرط ألا تكون قد تزوجت مرة أخرى غير أن مصلحة المحضون في كل الأحوال هي من يجب مراعاتها[6].

كما أجاز القانون للقاضي أن يمدد حضانة الصغير إلى ستة عشر سنة بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية وثبت أنه لا يزال يحتاج إلى حاضنته أو حاضنه هنا يجوز للقاضي أن يصدر أمرا على ذيل عريضة بتمديد هذه الحضانة وذلك بناءا على طلب الحاضن نفسه وفي مصلحة المحضون[7].

مع هذا يجب على القاضي في كل الحالات مراعاة مصلحة المحضون سواء كان عند إسناد الحضانة أو الحكم بإنهائها أو بتمديدها، كما أن عمل الأم خارج البيت ليس مانعا من

1- أحمد شامي،**قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات،دراسة مقارنة**،كلية الحقوق،مصر،2010،ص302.

1-لحسين بن شيخ آث ملويا،**المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية**، الجزء 1، الطبعة 2، دار هومه ،الجزائر، 2006 ، ص488.

3-محمد عليوي ناصر ، مرجع سابق ، ص126.

3-محمد سمارة،**أحكام و أثار الزواج ،شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة 1، دار الثقافة ،عمان، 2008، ص396.

5- أنظر:المادة 65 من القانون 05-02، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

6-لحسن بن شيخ آث ملويا،مرجع سابق،ص76.

7-عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، الطبعة 3، دار هومه ، الجزائر ، 2011، ص141.

موانع الحضانة عملا بالفقرة الثانية من المادة 65 (قانون الأسرة الجزائري) التي تنص :"غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم القاضي بانتهائها"[1].

كما أن تحديد مدة الحضانة بالنسبة للفقهاء فعند علماء المالكية يروا بأن حضانة النساء للطفل تستمر إلى أن يبلغ، أما حضانة البنت فتستمر إلى أن تتزوج ،و يدخل بها الزوج.

والحضانة عند المذهب المالكي فمدتها تستمر في الذكر إلى البلوغ ،لأنه في هذه السن قد بلغ مرحلة التمييز ،أما الأحناف فقدروا مدتها بسبع سنوات بالنسبة للذكر ،و تسع سنوات للأنثى ،أو حتى تبلغ فتنتقل حضانتها إلى الأب، و الشافعية و الحنابلة قدروها بثمان سنين للذكر و الأنثى على السواء ،و بعدها يخير الولد بين أبويه الصالحين للحضانة[2].

المطلب الثاني : خصائص الحضانة.

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى التعريفات المختلفة للحضانة سواء من طرف الفقهاء أو التشريعات المختلفة وجب علينا و كنتيجة حتمية إلى التطرق لخصائص الحضانة و المتمثلة في:

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام:

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي عن حضانة الولد لأي سبب من الأسباب، فإن الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها،وقد تجبر الحاضنة على حضانة الصغير حتى وإن تنازلت عنها وحتى وإن لم تكن تتوفر فيها الشروط الكاملة ،ما عدا التي لها علاقة بأخلاقها و ذلك لمصلحة الطفل[3].

فالحضانة شرعت لحفظ النفوس ،إذ لا تسقط إلا بعذر شرعي، لأنها ولاية شرعية مقدرة، يحكم بها القاضي على وجه الإلزام ،ولا يجوز التحلل منها إلا بإذن قضائي[4].

الفرع الثاني: الحضانة حق مشترك.

تعتبر الحضانة عملا ماديا يتصف بصفتين متقابلتين ،هما كون الحضانة حقا وواجبا في نفس الوقت ،فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن ،ومن جهة أخرى هي التزام على الحاضن ،و لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين ينتج مباشرة حق الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار[5].

1-أنظر:المادة 65 الفقرة 2من قانون 05-02، المتضمن قانون الأسرة،مرجع سابق،ص19.

1-العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص135.

3-عزيزة حسيني،**الحضانة في قانون الأسرة ،قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي**،رسالة لنيل شهادة الماجستير ،فرع ،فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم القانونية ،بن عكنون ،جامعة الجزائر،2001،ص4.

4-عيسى طعيبة ،**سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي**،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر،2011،ص42.

5-نبيلة تركماني ،**أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الإجتماعية** ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق، بن عكنون ،جامعة الجزائر،2001،ص9.

لقوله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به" ،و من جهة أخرى هي حق للصغير وذلك لاحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته ،لأنه يكون عاجزا عن القيام بذلك بنفسه، فإذا لم يحدد القاضي الأم الحاضنة أو امتنعت عن إمساكه فإن حقها يسقط بتنازلها عنه ،ولكن حق الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها تجبر على الحضانة لكي لا يضيع حقه في التربية و الرعاية ،باعتبار أن أقوى الحقين في الحضانة حق الصغير ،ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تستطيع إسقاط حقه أبدا[1].

ويتبن مما سبق أن المشرع الجزائري أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة66 قانون الأسرة الجزائري فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ومن وجه آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون ،فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير .أي أن المشرع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الحق حسب الظروف و مصلحة الطفل وقد أحسن المشرع في ذلك ويترتب في كون الحضانة حقا للصغير ما يلي:

أ-أن الأم التي تخالع زوجها بمقابل خلع يتمثل في ترك حقها للحضانة ،فإن الخلع لا يبطل ،ولكن البدل يبطل.

ب-لا يجوز للأم مصالحة زوجها بإسقاط حقها في حضانة الطفل في مقابل بدل تأخذه منه.

ج-لا يجوز للحاضنة أن تمتنع عن حضانة الولد إن لم تتوفر في غيرها شروط الحضانة[2].

ويترتب على كون الحضانة حقا للحاضن ما يلي:

أ-إذا أعطيت حضانة الطفل لشخص توفرت فيه شروطها فلا يحق للأب أن ينتزع الصغير من الحاضنة ليعطيه لمن هو أقل درجة.

ب- لا يجوز للأب نقل المحضون من بلد إقامة الحاضنة، لأنه بفعله هذا يكون قد ضيع لها حقها في الحضانة.

ج-إذا كانت للطفل مرضعة غير الحاضنة، وجب إرضاعه في منزل الحاضنة حفاظا لحق الحاضنة من الضياع[3].

الفرع الثالث: الحضانة غير قابلة لتجزئة:

إن المقصود بتجزئة الحضانة ،هو أن يكون طلب الأم مقتصرا عل الذكور فقط دون الإناث ،أو مقتصرا على الإناث دون الذكور ،أو تختار الأصغر سنا دون الآخرين ،رغم أن هذا يعد حقا للأم خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة ،إلا أنه ومن أجل المحافظة على الترابط بين الأبناء فقد أصدرت المحكمة العليا في هذه المسألة قرار بعدم تجزئة الحضانة للأم ،حيث جاء في القرار:"من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما لم يجردها من هذا الحق مانع شرعي ،وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا

1-حسين طاهري ،**الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**،طبعة1،دار الخلدونية،الجزائر،2009،ص153.
2--بدران أبو العينين بدران،**الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون**،جزء1، دار النهضة العربية،بيروت،1967،ص،ص542،545.
3- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق ،ص،ص 544،545.

يجوز تجزئتها بدون مبرر كما في القضية الحالية ،فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن و ضمهم إلى أمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب ،ومن جهة أخرى ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض المحضونين الإلتحاق بأمهما وعلى رغبتهما في بقائهما عند جدتهما لأبيهما ،وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي"[1].

ويلاحظ من هذا القرار أن القانون يمنع تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعدما تفرق الأبوان ،والعمل على إبقائهم معا ،سواء كان بقاؤهم مع أمهم ،أو حاضنة أخرى غير أمهم، حتى يبلغوا سن انتهاء الحضانة ،وذلك حفاظا على الأبناء ،لأنهم يمرون بمرحلة حرجة من حياتهم ،لهذا فإن تجزئة الحضانة تعد سببا من أسباب سقوطها عن الأم[2].

الفرع الرابع: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه.

بما أن الحضانة حق، فيخول لصاحبه ممارسته ،سواء بأجر أو تبرعا ،وهنا اختلفت الآراء بين قائل بوجوب الأجر وبين معارض لذلك:

أ-أجرة الحضانة:

إن الحضانة عمل متعب وشاق يتطلب إمكانيات و مجهودات مادية ومعنوية وطاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات ممارستها في سبيل رعاية الطفل ،و بالتمعن في المواد 75،76،77، 78من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما حول القول بأجرة الحاضنة من عدمها ،ويتم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ما لم يرد نص في القانون طبقا لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري[3].

كما نجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة ،فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أو غيرها ،و بغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة ،فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه ،لكونها فقيرة وليست لكونها حاضنة[4].

أما فقهاء الحنفية فقالوا بوجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين والد طفلها ،ولم تكن معتدة من طلاق رجعي ،ولا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن ،وتستحق النفقة من أب الطفل، ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع للأم ومؤونة ونفقة[5].

1-- محكمة العليا،،غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1984/04/02،ملف رقم2549،المجلة القضائية،عدد4،1989،ص،77.

2-سهام كربال،**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**،مذكرة لنيل شهادة الماستر،فرع عقود و مسؤولية،كلية الحقوق و العلوم السياسية،البويرة،2012-2013،ص17.

3-تنص المادة222من**قانون الأسرة الجزائري**على ما يلي:"كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

4-باديس ديابي،**آثار فك الرابطة الزوجية،تعويض،نفقة،عدة،حضانة،متاع**،دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2008،ص86.

5-المرجع نفسه،ص86.

ويرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة ،والأم أحق بحضانة الصغير ولو وجدت متبرعة تحضنه مجانا ،وتجبر الأم على حضانة طفلها ،وإذا استأجرت امرأة لإرضاعه وحضانته ألزمها العقد ،وإذا ذكر في العقد الرضاعة ألزمتها الحضانة تبعا ،و إن استأجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع ،وإن امتنعت الأم سقط عنها حقها وانتقل إلى غيرها ،وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل ويحسم هذه المسألة خاصة وأن أجرة الحضانة هي أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون ،لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه ،وبالتالي فعدم الوفاء بهذا المقابل المادي ،خاصة إذا كان الحاضن في حاجة إلى هذا المقابل يدفعه إلى الإحجام عن القيام بهذا العمل ،وفي هذا ضرر بالمحضون ،والمعلوم أن الحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره[1].

ب-المدين بأجرة الحضانة:

أجرة الحضانة غير أجرة الرضاع ،وهي تجب في مال الصغير إن كان له مال ،فإن لم يكن له مال فيلزم به أبوه أو من كانت تلزمه نفقة الصغير ،فإن كان معسرا عن كسب اعتبر في حكم عدم الوجود وفوض أجر الحضانة إلى من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ،و يؤديها إلى الحاضنة،وإذا كان قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته وأمرا بالأداء ،وعلى من تجب عليه نفقة الصغير أن يؤديها للحاضنة ويرجع بها على الأب إذا أيسر[2].

ج-التبرع بالحضانة:

إذا أبت أم الولد أن تحتضنه إلا بأجرة ،ووجدت من محارمه من هي أهل لحضانته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بحضانته ،فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته واجب فيه ،فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضانته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه ،وإن لم يكن للصغير مال وكان أجر حضانته مستحقا من الأب ،فإن كان موسرا لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه ويجبر الأب على دفع أجرتها ،لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لتوفر الشفقة ولا ضرر على الأب موسرا ،و إن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به[3].

المطلب الثالث: مستحقي الحضانة.

تخضع الحضانة من حيث أحكام إسنادها و استحقاقها إلى مبدأ هام في الشريعة و القانون ألا وهو مصلحة المحضون ، ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد أكدت كل من الشريعة الإسلامية و القانون على وضع قواعد لحماية هذه المصلحة، وتكمن مصلحة المحضون في هذه الحالة بوضعه بيد الحاضن المناسب وقد ذكرت كل من الشريعة الإسلامية و القانون

1-سامية بن قوية،(**آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**) ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،العدد 1،2010،ص154.

2-عمرو عيسى الفقي ،**الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**،جزء2،الطبعة1،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية،2005،ص،194.

3- سهام كربال ،مرجع سابق،ص،ص16،17.

مستحقي الحضانة و الشروط التي يجب أن تتوفر لاستحقاقها وسوف نعالج ذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول:شروط استحقاق الحضانة.

الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها إذا توفرت فيه الشروط التالية:

أولا: إستحقاق الحضانة في الرجال و النساء معا.

تثبت الحضانة للرجال و النساء و إن تقدمت النساء عن الرجال بحكم الأقدر على تربية الصغير و حفظه و تتمثل هذه الشروط في:

1- شرط أهلية الحاضن: يحتاج الصغير ولو كان مميزا إلى من يتولى حفظه ورعايته فهو لا يستطيع أن يتولى حفظ نفسه فكيف يتولى أمور غيره؟[1].

فالحضانة مهمة شاقة لا يقوم بوظائفها إلا الكبار ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة[2].

وقد حصر المشرع الجزائري شروط الحضانة في الأهلية فقد عرفها في المادة 62من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية على أنه"يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك "،ووفقا للقانون الجزائري المادة 40 من القانون المدني منه عرفها "على أن سن الرشد هو تمام 19 سنة"[3].

وبالرجوع إلى المادة السابعة قانون الأسرة الجزائري التي نص على ما يلي"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"[4].

نجد أن ترشيد الزوج القاصر وجعله في حكم كامل الأهلية لا تتعدى آثار الزواج ولا يمكن تصور أهلية الزوج القاصر كاملة لصالح من يحضنهم[5].

وقد أجاز قانون الأسرة الجزائري الزواج بإذن قضائي عندما لا يتمتع المقبل عليه بالسن القانوني له بعد وذلك لمصلحة أو ضرورة ،وتخول المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة القدرة على ترشيد القاصر بأمر ولائي ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا ،فللإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف

1-السيد السابق،**فقه السنة ،نظام الأسرة ،الحدود و الجنايات**،المجلد الثاني،الطبعة1،دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع،لبنان،1983،ص291.

2-محمد كمال الدين إمام،**أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، دراسة تاريخية تشريعية و قضائية**،جرء2،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،2001،ص219.

3-الأمر رقم75-58 ، المؤرخ في 26سبتمبر 1975 ، **المتضمن القانون المدني** ، الجريدة الرسمية ، رقم 78، الموافق ل 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

4- أنظر: المادة 7من قانون 05-02،**المتضمن الأسرة الجزائري** ،مرجع سابق.

5-باديس ذيابي ،مرجع سابق،ص57.

الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة للأم حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة[1].

ويقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك[2].

2-القوى العقلية للحاضن: اتفق جمهور الفقهاء على أنه من أهم شروط الحاضنة أن تكون متمتعة بقواها العقلية ،فلا حضانة للصغير أو المعتوه أو المجنون لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالح ولا يعقل أن يوكل إليهم تدبير شؤون غيرهم كما أنه ترك الولد عند هذه الحاضنة فيه ضرر عليه فمصلحة المحضون تتطلب دفع الضرر عنه و جلب النفع له [3].

3-القدرة على الحضانة:هي التمكن من القيام بشؤون المحضون اللازمة لنموه و حفظه فلا يكون أهلا للحضانة العاجز على ذلك جسمانيا لعلة فيه كالأعمى و الأخرص و كبير السن أو المصاب بمرض مزمن أو معدي و غيرها من الأمراض التي تمنع الحاضن من العناية بالمحضون أو تعرضه للضرر[4].

4-أمانة الحاضن: تعتبر الأمانة في الأخلاق شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة،وقد اشترط جمهور الفقهاء في الحاضن أن يكون مأمونا على تربية المحضون لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانة.[5]

فقد اتفق الحنفية على أن الفسق مانع من موانع الحضانة إلا أنهم اختلفوا حول درجت الفسق فهم يفرقون بين المطلق الذي يمنع الحضانة وبين الفسق أقل حدة،أما المالكية و الشافعية و الحنابلة فاتفقوا على أن الفسق مانع من الموانع.[6]

وقد جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/09/30 أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون حيث قضت "متى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون خاصة نص المادة 62من قانون الأسرة الجزائري.[7]

1-زكية حميدو،**مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة**،رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة تلمسان،2004-2005،ص237.

1-محمد صبري السعدي ،**شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات** ،الجزء الأول،دار الهدى،ص157.

2-فاطمة حداد ، **حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري** ، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ، 2017، ص93.

3-براهيمي حنان ،**" أحكام الحضانة في قانون الأسرة و تعديلاته مع اجتهادات المحكمة العليا"**، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد الرابع ، جوان 2007، ص55.

4-حداد فاطمة ،**"التعسف في استخدام حق الحضانة فقها و قانونا"**،مجلة الدراسات الفقهية و القضائية،جوان 2018،ص164.

6-أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص999.

6-باديس ديابي،**صور و أثار فك الرابطة الزوجية ، في قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر، 2012، ص60.

5-شرط الإسلام: اختلف الفقهاء حول هذا الشرط فيرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لثبوت الحضانة فليس للمطلقة الذمية أن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانة لكافر على مسلم. لقوله تعالى**"وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المُؤْمِنِينَ سَبِيلاً "**[1].

وهي كالولاية على الزواج و المال و لأنه يخشى على دين المحضون من الحاضن وحرصهم على تشتته عن دين أبيه فالرسول صلى الله عليه و سلم قال " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه" إلا أن المالكية ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط وأنه لا أثر لاختلاف الدين في الحضانة ،فتجوز الحضانة عن الكتابية أو غير كتابية وحتى لو كان الحاضن كافرا أو مجوسيا أو غيره وكان المحضون مسلما سواء كان ذكر أو أنثى[2] .

أما عن موقف قضاء المحكمة العليا فإنه لم يجد مانعا في ممارسة الحضانة من قبل أم غير مسلمة وقد طبقت هذه القاعدة في الكثير من قراراتها مع العلم أن المشرع اشترط في المادة 620 قانون الأسرة الجزائري أن يربى المحضون على دين الإسلام وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1989/03/13"بأنه من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف عن دينه"[3].

ثانيا: الشروط الخاصة بالرجال:

1-أن يكون الحاضن ذا رحم محرم لصغير المحضون:

فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم المحرمية ولأنه يجوز نكاحها فلا يؤتمن عليها ،فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتهى ،ولا يخشى عليها فلا تسقط الحضانة ابن عمها ،وإذا لم يكن للمشتهاة غير ابن العم ،وضعت عند أمينة يختارها ابن العم ،كما يقول الشافعية و الحنابلة ، أو يختارها القاضي ،كما يقول الحنفية إذا لم يكن ابن عمها أصلح لها .وإلا أبقاها القاضي عنده ،وعند المالكية يسقط حق الحضانة لغير المحرم .وأجاز الشافعية أن تضم لابن عمها إذا كانت له بنت يستحي منها ،فإنها تجعل عنده مع بنته[4].

2-إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون:

وذلك أن الحضانة ولاية على النفس و اختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره ،وعلى هذا فحضانة الرجل مشروطة دائما بإتحاد الدين مع المحضون[5].

إضافة إلى ذلك ،فإن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم ،وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما ،فليس له حق الحضانة ،بل حضانته إلى ذوي رحمه من عامة أهل دينه،وإذا كان الولد مسلما وذو الرحم

7- سورة الإسراء ، الآية 141.

1-محمد عليوي السرطاوي،**فقه الأحوال الشخصية ، الزواج و الطلاق**، دار الفكر، الأردن ، 2008 ، ص256.

2- جمال سايس ،**الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ،قرارات المحكمة العليا** ،الطبعة 1، منشورات كلينيك ، المحمدية، الجزائر، 2013 ص.

3-عبد الفتاح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي** ، مطبعة تالا، 1999-2000، ص،72.

5-فراج أحمد حسن، **أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب**، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر،1996،ص231.

غير مسلم فلا تسند الحضانة إليه فلا توارث بينهما ،إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة للرجال على الميراث[1].

3-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان المحضون أنثى:

يشترط في الحاضن الذكر أن يكون محرما للأنثى المحضونة ،فقد حدد الحنابلة والحنفية سن الأنثى بسبع سنوات تفاديا للخلوة بها لانتفاء المحرمية ،وإن لم تبلغ الطفلة حد الشهوة أعطيت له بالإتفاق ،لأنه في حالة بلوغها فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة كأصل ،أما الحنفية فقد أجازوها إن لم يكن لبنت العم غير ابن العم و إبقاءها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا[2].

4-أن يكون الحاضن من العصبات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا:

هذا الشرط اشترطه الفقهاء لأن أصل إستحقاق العاصب للحضانة يقوم على أساس قوة القرابة ،باعتبارها تضمن الشفقة على الصغير ،فكلما كانت درجة القرابة قوية كلما زادت الشفقة على الصبي ،وبالتالي فلا خلاف بين العاصب الذي يكون محرما على المحضون كالأب ،أو كان غير محرم على المحضون كابن العم ،ويشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء ما يصلح للحضانة كزوجة ،أو أمة ،أو مستأجرة لذلك ،أو متبرعة ،أو غير ذلك من النساء الصالحات لحضانة الطفل[3].

ثالثا:شروط الخاصة بالنساء:

هناك جملة من شروط الخاصة بالنساء التي بسببها تسند الحضانة إليهن:

1-شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير:

فإن تزوجت بغير ذي رحم محرم عن الصغير المحضون أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة لما رواه عبد الله ابن عمر أن امرأة" قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له شفاء ورغم أبوه أن ينزعه مني فقال صلى الله عليه و سلم أنت أحق به ما لم تنكحي"[4].

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فنصت المادة 66من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يسقط حق الحضانة بتزويج بغير قريب محرم و بتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" ،وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها حيث جاء في القرار المؤرخ في 2005/05/18"يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم" حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطأ بتطبيقه،وذلك لأن الطاعنة وهي أم

1-محمد أبو زهرة، **مباحث في أحكام الفتوى**، دار إبن حزم للطباعة و النشر،بيروت،لبنان،ص408.
2-وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي و أدلته**،جزء7،الطبعة3،دار الفكر،سوريا،1989،ص،ص729،730.
3-محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة 3،دار الفكر العربي،القاهرة،ص409.
3-جمال الدين بن يوسف الزيلعي، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية كتاب الطلاق،باب حضانة الولد و من أحق به**، الطبعة 1، الجزء 3، مؤسسة الريان، لبنان،سنة 1995، ص265 .

الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة ،ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة"[1].

2-وجوب كون الحاضنة من محارم الصغير نسبيا:

حتى تقبل المرأة أن تكون حاضنة للطفل يجب أن تكون ذات رحم محرم للمحضون ،كالأم ،والأخت ،والخالة ،والعمة ،والجدة ،فلا حضانة لغير القرابة النسبية ،ولا حضانة للقريب غير المحرم كبنت العم ،أو بنت العمة ،فالقرابة وحدها لا تكفي ،بل يجب توفر المحرمية وقرابة عمود النسب حتى تكون للنساء الأهلية لحضانة الأطفال[2].

3-عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه:

وهذا ما نصت عليه المادة 70 قانون من الأسرة الجزائري بقولها :"تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

لأن في حضانته في بيت من يبغضه أو يبغض أباه يؤدي بأضرار لطفل[3].

4-أن لا يمتنع عن حضانته دون أجر عن إعسار وليه:

نص الفقهاء على سقوط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحتضنه مجانا عند إعسار الأب ووجود متبرعة بالحضانة وطلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجانا ولا يعول على طلب المتبرعة لجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه وهو معسر[4].

الفرع الثاني: مستحقي الحضانة في ظل القانون القديم (11/84):

نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري رقم (11/84) على أنه "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب أم لأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[5].

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري في ظل القانون القديم منح الأولوية الحق في الحضانة للأم ثم رتب المستحقين لها ابتداء بجهة الأم ثم جهة الأب ثم الأقربون درجة كما يلي:

أولا: إستحقاق الأم للحضانة:

1-قرار رقم 331058، المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 18 ماي 2005.

2-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،**الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي**،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،مصر،2008،ص،ص40،41.

3-المادة 70 من القانون 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق .

4-احمد نصر الجندي ،**الطلاق و التطليق و أثرهما** ، دون طبعة ، دار الكتب القانونية مصر ،2004،ص603.

4-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو 1984،المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984.

حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري فقد رتب المشرع الجزائري مستحقي الحضانة وفق ما أجمعت عليه المذاهب الأربعة :المالكية و الحنفية و الحنابلة و الشافعية (قبل التعديل).

وقد دافع القضاء في الجزائر على مكانة الأم في ممارسة حقها في الحضانة،بل اعتبر حق تنازل الأم عن الحضانة لا يمكن الأخذ به رغم تنازلها الصريح ما دام ذلك يؤثر سلبا على حال المحضون النفسية ،و أن إسناد الحضانة لشخص آخر يجعل من القرار مجانب للصواب.[1]

ثانيا: مستحقي الحضانة من قريبات الأم:

تأتي الجدة لأم في المرتبة الثانية بعد الأم في حال إسقاط الحضانة عن أم المحضون لأي سبب من الأسباب سواء تعلق الأمر بالوفاة أو الزواج أو لأي سبب آخر ،فالقاضي يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها و تنازلت عنها الأم أو سقط حقها بأي مبرر شرعي كالزواج من أجنبي عن المحضون ،ثم تليها الخالة باعتبار أن شفقة الخالة على المحضون من شفقة الأم ،وهذا ما اتفق عليه ،حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في حمزة لخالته وقال الخالة أم ،والخالة بعموم اللفظ سواء كانت أختا شقيقة أو غير شقيقة[2] .

وقد كرس الاجتهاد القضائي بالمحكمة العليا العديد من القرارات ،حيث أكد القضاء في قراره الصادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/02/23 ما يلي:"من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثنت بالدليل من هو الأجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون ،ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد أسقط حضانة الولدين الصغيرين عن الطاعنة وهي خالته التي تأتي في مرتبة أسبق من الطاعن بحجة أن مركز الأب كإسناد تجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة ،مع العلم أن الإنفاق يكون على الأب، فإن القضاء بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض[3].

ثالثا: إستحقاق الحضانة للأب ومن يليه:

يحتل الأب المرتبة الرابعة مباشرة بعد الخالة، وهذا ما حددته المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/02/18 "أن قضاة الموضوع الذين أسندوا حضانة الأبناء إلى الأب مراعاة لمصلحتهم و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك ،وإعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون [4].

1-إستحقاق الحضانة لأم الأب(الجدة لأب):

1-باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 141

2--أحمد شامي،**قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات الفقهية –النقدية –المقارنة** ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،مصر، ص304

3-باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص144.

4-القرار رقم 153640، الصادر بتاريخ 18 فبراير 1997 ، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1997 ، ص39.

إذا لم توجد الأم أو الجدة لأم أو الخالة أو وجد السبب المسقط لحق الحضانة انتقلت الحضانة إلى الأب ومن بعده إلى أمه ،و يلاحظ أن المشرع الجزائري كان متأثر بالمذهبين الشافعي والحنبلي اللذين يقدمان الأب على أمه وهذا خلافا للمذهبين المالكي و الحنفي اللذين يقدمان أم الأب على الأب نفسه[1].

2-إستحقاق الحضانة للأقربون درجة :

وظف المشرع الجزائري مصطلح الأقربون درجة دون تحديد المقصود بذلك ،هذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب المعتمد و ذلك في ظل تعدد المذاهب الفقهية و تنوعها[2].

الفرع الثالث: مستحقي الحضانة في ظل تعديل سنة 2005:

حدد المشرع في قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 إذ نص على "الأم أولى بحضانة ولدها ثم، الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ،ثم الخالة ،ثم العمة ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[3].

وقد حافظ المشرع على مكانة الأم باعتبار لها الأولوية في حضانة أولادها كونها أعطف و أحن و أشفق على الولد من غيرها. فاحتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار إذ من شأنها تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة و حقوق الحاضنين ،بحيث يمكن أن يتيح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها،وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا و أخلاقيا و تربويا ودينيا و عاطفيا [4].

فقد حاول هذا التعديل أن يساوي بين جهة الأم و الأب وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، إلا أنه أقر بمبدأ التداول ،وفي اعتقادنا أنه حسنا ما توجه إليه[5].

المبحث الثاني: مفهوم التعسف:

إن نظرية التعسف في استخدام الحق عرفت ومازالت تعرف تطبيقا واسعا في شتى المجالات لاسيما ما يتعلق منها بالعلاقة بين الزوجين ،لذا نجد كل من الشريعة الإسلامية و القانون قد اهتما وعالجا كل ما قد تطرأ على هذه العلاقة المقدسة من اضطرابات قد تؤثر على وحدتها واستمرارها ،ويعد التعسف في استخدام الحق في ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية إذ يكون المتعسف قد ارتكب خطأ في استخدام حقه ويحدث هذا طالما انحرف عن سلوك الرجل العادي سواء كان الخطأ كبيرا أو صغيرا.

المطلب الأول: تعريف التعسف:

1-فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق**،جزء1،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،ص376.
1-جلالي تشوار، **أحكام الأسرة بين الإجتهاد والتقنين**، مجلة الحياء،باتنة،عدد4،2001،ص32.
3-المادة 64 من القانون 05-02 المتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق .
4-عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، مرجع سابق ، ص 140.
4-باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص125.

عرف التعسف في الحق بتعاريف كثيرة وكان للفقه النصيب الأكبر في وضع هذه التعريفات واقتصرت التشريعات المقارنة بتبيين حالاته وطبيعته القانونية وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: تعريف التعسف:

و سنتطرق للتعريف اللغوي للتعسف ثم عند الفقهاء حيث:

أولا: تعريف التعسف لغة:

مأخوذ من عسف، و العسف هو السير بغير هداية و الأخذ على غير الطريق ،وكذلك التعسف و الاستعفاف ،و العسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك ،يقال:استعف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه ،و التعسيف: السير على غير علم ولا أثر، وعسف المفارة: قطعها كذلك، ومنه قيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق.[1]

والعين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة [2].

فالتعسف بفتح التاء وضم السين مأخوذة من العسف ،و العسف لغة له إطلاقات متعددة:

1-الظلم:يقال عسف فلان فلان إذاً ظلمه ،وعسف السلطان واعتسف أي ظلم ،و العسوف هو الظلوم.

2-السير على غير هدى ،وركوب الأمر من غير تدبير ،يقال عسف الطريق أي مال وسار بغير هداية ولا توخي الصواب ،ومنها الحيرة وقلة البصيرة.

3-الإشراف على الموت، يقال عسف البعير عسفا إذا أشرف على الموت .

من خلال هذه المفاهيم يتضح أن المعنيين الأول والثاني هما الأوضح في دراسة الموضوع، وهو أن التعسف يأتي بمعنى الظلم ،وأنه السير على غير هداية ،وبقلة البصيرة مما سيقع غالبا في الظلم أو الحيرة على أقل تقدير[3].

فيكون المقصود من التعسف في الظلم الذي يأتي من السير دون هداية بعيدا عن الصواب والتدبير[4].

وقال الزبيدي :"والتعسف السير على غير علم ولا أثر ،والعسف ركوب الأمر بلا تدبر ولا زواية وكذلك التعسف ،والإعتساف و إعتسفه ركبه بالظلم"[1].

1-إبن المنظور ، **لسان العرب** ،الجزء 9، الطبعة 3، بيروت، لبنان،ص 245.

2- إسماعيل غازي ،**التعسف في إستعمال الحضانة حقيقته – صوره- علاجه في القانون المقارن**، مجلة جامعة طيبة للأداب و العلوم الإنسانية ، العدد 09 ، جامعة ام القرى ، مكة المكرمة، ص05.

3-–إبن المنظور، مرجع سابق،ص246.

4-أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، **كتاب العين** ،جزء 8،دار و مكتبة الهلال،ص30.

ثانيا: تعريف التعسف اصطلاحا:

1-التعسف عند الفقهاء القدامى:

لم يتناول الفقهاء و الأصوليين المقتدمون اصطلاح التعسف ،وإنما هو مفهوم معاصر ،وهذا لا يعني أن الفقهاء القدامى لم يعرفوا هذا المصطلح ،وإنما تحدثوا عنه بإطلاقات أخرى منها المضارة ،و الإضرار ،والتعنت ،والعمل الغير مشروع[2].

2- التعسف عند الفقهاء المعاصرين:

تعددت عبارات الفقهاء المعاصرين في الدلالة على معنى التعسف، فعرفه أحمد أبو سنة:" هو تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا".[3]

شرح التعريف:

من خلال التعريف يتضح أنه قد جعل مناط التعسف تصرف الشخص في حقه تصرفا غير معتاد و الأصل في المسؤولية في استعمال الحق أن يكون التصرف في نطاق المعتاد شرعا أي ضمن حدود الحق الشرعية ،ولا يسأل الإنسان حينئذ عما يترتب على هذا التصرف من ضرر، وأما إذا تصرف الإنسان في ملكه تصرفا غير معتاد شرعا فعندئذ يكون مسؤولا أي متعسفا في استعماله لحقه[4].

وضرب مثلا لذلك: كما لو أحرق جزءا من حصاده في أرض مملوكة أو مستأجرة ، فاحترق بذلك شيء لجاره لم يضمن لأنه تصرف في حقه تصرفا معتادا ،وإن كانت الرياح مضطربة عند الإحراق فأحرقت شيئا لغيره ضمن لأنه يعلم أن النار لا تستقر فكان مستعملا لحقه استعمالا غير معتاد ،أي فكان معتديا.

فنجد أن تصرف الإنسان هو مدار تعريف أبو سنة وكونه في حدود المعتاد أو لا ،فإذا كان التصرف في حدود المعتاد ومع ذلك ألحق الضرر بغيره فلا يعد في نظره تعسفا في استخدام حقه ،فهذا المعيار الذي ضبط به كون الفعل تعسفا ،بكون التصرف معتادا معيار غير دقيق ،ذلك أنه لا يشمل كل حالات التعسف ،لأن الشخص يمكن أن يتصرف في ملكه تصرفا معتادا ومع ذلك يكون مآل هذا الفعل ضررا يلحق بغيره ،وقد يتصرف في حقه تصرفا غير معتادا ومع ذلك يتحقق مصلحة غيره فبذلك يكون التعريف جامع.

1-الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القانون**، الجزء 11، دار الهداية، ص160.

2–السرخسي محمد بن أبي سهل شمس الأئمة، **أصول السرخسي**،جزء2،دار المعرفة، بيروت.

2-سعيد بن علي بن وهف، **الهدى النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب و السنة** ،مطبعة السفير، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان ،الرياض،ص75.

3- مروى خضر عياد،**ا لتعسف في استعمال حق الحضانة**،بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير في الفقه المقارن ،2015 ،كلية الشريعة و القانون ،جامعة الإسلامية،غزة،ص،ص18،19.

ويؤخذ هذا التعريف أن التعسف في بعض صوره لا يتعلق فقد باستخدام المعتاد أو غير المعتاد ،بل أيضا يشمل المآل المعتاد و غير المعتاد ،كما سبق في صور المناقضة في شرح التعريف السابق ،فيكون بذلك التعريف غير جامع لكل صور التعسف[1].

كما عرفه فتحي الدريني التعسف بأنه:" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل".[2]

شرح التعريف:

مناقضة قصد الشارع: أي مخالفة ومضادة ما أراده وعناه الله عز وجل من تشريع تصرف أو حق معين ،من خلال استعمال المكلف للحق على النحو يخالف الغاية التي شرع لأجلها وهي المصلحة المشروعة أو على النحو يلحق الضرر بالغير،وهذه المناقضة تأخذ صورتين[3].

إحداهما المناقضة المقصودة: وهي التي يستعمل فيها المكلف حقه لمجرد الإضرار ، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة ،وضرب مثال لذلك الرجل الذي يهب ماله صوريا عند اقتراب حولان الحول هروبا من أداء حق الزكاة فيها ،فالناظر يجد أن الهبة مشروعة في أصلها ،وامتناع عن أداء الزكاة محرم في أصله ،فالشارع هنا أباح للمكلف الهبة،ولكن غايته هنا من الهبة ماله عمل غير مشروع فهو تذرع بما ظاهره الجواز لمنع الزكاة فيكون الشخص استخدم حقه في الهبة متعسفا لأجل عدم إخراج الزكاة، يقول الدريني: " فكلا الأمرين واضح في مفسدة أو مصلحة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد ،صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة"[4].

وأما الثانية فهي المناقضة غير مقصودة: وهي أن تأتي مألات الأفعال ونتائجها و ثمرتها على نحو يخالف الأصل من تشريع الحق ،ومآل الحق إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة ،ومثال ذلك احتكار البائع للسلع التي تكون الناس في حاجة إليها ،فالبائع هنا بهذا الفعل قد حقق لنفسه مصلحة وهي زيادة أرباحه ،لكن في المقابل هناك ضرر عام يلحق بالجماعة ،فمآل الفعل هنا إلحاق الضرر بالجماعة مع ما فيه من مصلحة للبائع نفسه[5].

في التصرف: عبر هنا بالتصرف وذلك لأن التصرف أعم من الحق ،فالتصرف يشمل الحقوق و غيرها من الأمور المباحة ،وهو يشمل أيضا التصرف القولي مثل إنشاء العقود وما يلزمها من حقوق وواجبات و التصرف الفعلي وذلك من خلال استعمال حق معين كحق الملكية أو الحضانة أو غيره.

4-مروى خضر عياد، مرجع سابق،ص18،19.

2-فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1967 ،ص87.

2-مجيد محمود سعيد أبو حجير ، **نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الظروف الطارئة** ، الدار العلمية الدولية للنشر ة التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان،الأردن،2002،ص19،20 .

4-الدريني ، مرجع سابق ، ص88.

5-مروى خضر عياد، مرجع سابق،ص17.

مأذون به شرعا بحسب الأصل: أي أن التصرف مصدره الشرع ،وهو مشروع بذاته وأصله بناء على قاعدة أن "الأصل في المعاملات الحل "،وأما الإتيان بفعل غير مأذون به شرعا فهو لا يعد من قبيل التعسف وإنما هو تجاوز وتعدي.

ومن خلال الشرح السابق يتضح أن التعسف في استخدام الحق يأتي به من القيام بتصرف في أصله مشروع ،سواء كان تصرفا قوليا أو فعليا ،ولكن العوار يأتي من خلال استخدام هذا الحق لغاية وهدف غير مشروع ،أو مناقض للمصلحة ،أو بقصد الإضرار بالغير ،أو أن تكون ثمرة الفعل و مآله ملحقا للضرر بالغير.[1]

الفرع الثاني: تعريف التعسف قانونا.

جاء التعسف في القانون المدني الجزائري في المادة 41 الملغاة و في التعديل الجديد في المادة 124مكرروالتي تنص ما يلي :

"يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

ويقصد به استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له القانون استعمالا يضر بالغير و يتحقق عليها ما لا تتناسب مع ما يحدثه من أضرار بالنسبة للغير أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة "[2].

كما يقصد أيضا استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه و أغراضه غير مقبولة"[3].

المطلب الثاني: حكم التعسف.

إن المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظورٍ ,لذلك يعد متعديا بطريق التسبب , لتقصيره عند استعمال حقه , بقصد الضرر أو بالسعي في حصول مفاسد غالبة أو في تحقيق أغراض غير مشروعة أو لعدم الاحتراس , فيكون مسؤولا عن هذا التقصير و يترتب عليه حكم مرتكب المحظور , وهو في كل شيء بحسبه كما يأتي فلا فرق في حكم الشريعة بين من سيأتي بما هو محظور من أول الأمر كالضرب و الغضب ،ومن يأتي بمشروع أدى إلى محظور نتيجة التقصير ،كل ما تتعلق به مسؤولية المخالفة[4].

1- مروى خضر عياد، مرجع سابق ،ص،ص17،18.

2- سناء عماري،(**التعسف في إستعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري**) ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، العدد 2،المجلد 10 ،جامعة بسكرة،ص،ص171، 172.

3- إسماعيل غازي مرحبا،مرجع سابق،ص،ص،301،302

4- سناء عماري، مرجع سابق ،ص،ص،171،172.

و بهذا يتبين أن التعسف في استخدام الحق في حكم الفقه هو من الفعل الضار أو الامتناع الضار أو العقد المحرم.

كما أنه تحريم التعسف في استخدام الحق أمر متفق عليه لما فيه قصد بالإضرار بالغير و دليل ذلك:

1-قول الله تعالى:" **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاتُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**".[1]

وجه دلالة الآية: أن الإمساك حق للزوج، وقد حث الله تعالى في استخدامه على نحو مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة، ونهى عن استعماله على النحو غير مشروع ،وهو استخدامه على وجه المضارة ،وهذا بعينه هو استخدام الحق ،لأنه استخدام حق الإمساك:على وجه غير مشروع.[2]

2-قال تعالى بعد بيان نصيب الإخوة من الميراث: "**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيم**".[3]

وجه دلالة الآية: أن الوصية حق للمورث ،وله استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بر بالورثة ،ولا يجوز استخدامه على وجه غير مشروع بأن يكون إضرار بالورثة ،كأن يوصي بأكثر من الثلث ،أو يوصي لأحد الورثة ،فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استخدام الحق[4].

ويقول الإمام الشاطبي: "ما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك ،لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ،فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال وإن كان الظاهر موافقا و المصلحة مخالفة ،فالفعل غير صحيح وغير مشروع ،لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ،وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ،فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"[5].

المطلب الثالث: مفهوم التعسف في استخدام حق الحضانة.

بعد بيان تعريف الحضانة و تعريف التعسف يمكننا أن نضع تعريفا جامعا لتعسف في استخدام حق الحضانة والذي يجمع مفهوم الحضانة و مفهوم التعسف.

الفرع الأول: تعريف التعسف في استخدام الحضانة.

وهو تعدي في استخدام حق الحضانة على وجه مناقض لمقصد الشارع من حفظ المحضون ورعاية مصالحه و تربيته.

1-سورة البقرة،الآية228

2-إسماعيل غازي مرحبا ، مرجع سابق ،ص303

3-سورة النساء ،الآية12.

4-إسماعيل غازي مرحبا ،مرجع سابق، ص303.

5- المرجع نفسه،ص303 .

والمقصود بهذا التعريف هو أن ثبوت الحق للحاضن في حفظ المحضون ورعاية مصالحه وتربيته حق ثابت لهلكن المناقضة حصلت في ابتغاء الزيادة على هذا الحق وطلب مزيد منه على وجه غير مؤذون فيه شرعا.[1]

-التعدي: يتضمن مجاوزة الحد المشروع في استخدام حق الحضانة وهو ما يطلق عليه تعسفا.

-استخدام: يرادف كلمة استعمال لكن آثرتها في التعريف لئلا يتكرر المعرف في التعريف.

-حق الحضانة: يتضمن ثبوت الحق للحاضن في حفظ المحضون و رعاية مصالحه وتربيته فهو حق ثابت له ،لكن المناقضة حصلت في ابتغاء الزيادة على هذا الحق وطلب منه على وجه غير مأذون فيه شرعا.

على وجه مناقض لمقصود الشارع: يتمثل معيار الاعتبار استخدام الحق تعسفا، حيث إن ما قررته الشريعة من الحقوق تقرر لحقيقته مصلحة ولدفعه مفسدة ،فإذا لم يعد الأمر في استخدام الحق ،كذلك صار تعسفا.

من حفظ المحضون ورعاية مصالحه و تربيته: والمقصود أن تتضمن أمور التي بسببها أعطى الشارع الحق للمحضون في الحضانة وهي حفظ المحضون من الأذى و المحافظة على أسباب بقائه ،و النظر في كل ما من شأنه أن يكون مصلحة له ،وتنشئه على ذلك كله تربية صالحة كأمثاله من الأطفال [2].

الفرع الثاني: أثر التعسف في استخدام حق الحضانة.

وقد تحدث عنها مجموعة من الفقهاء هدفهم في ذلك حرصهم على المحضون ورعايته رعاية تامة بما يحقق مصالحه حيث أن مدار أحكامهم و آرائهم تنصب على رعاية مصلحة المحضون وجودا و عدما وذلك بعدم التفريط في حقه ،فقال ابن عبد البر: "فإذا كان الحاضن لا يخاف منه على الطفل يضيع ولا دخول الفساد كان حاضنا له أبدا حتى يبلغ الغلام" ،وقال أيضا: "وإذا تركت المرأة حضانة ولدها ولم ترد أخذه وهي فارغة غير مشغولة بزوج ثم أرادت بعد ذلك أخذه فإذا كان تركها له بعذر كان لها أخذ وإن كان تركته رفضاً أو مقتا لم يكن لها بعد ذلك أخذه لأنها ربما ردته بعد أيام فلم يقبل غيرها".

كذلك ضرورة مراعاة مصالح المحضون كما قال ابن القي "سمعت شيخا رحمه الله يقول تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام فخيره بينهما فاختار أباه فقالت له أمه :سله لأي شيء يختار أباه فسأله فقال:أمي تبعثني كل يوم للكتاب و الفقيه يضربني و أبي يتركني للعب مع الصبيان فقضى به للأم ،فقال: أنت أحق به.[3]

6-أشرف محمود بن كنانة، **التعسف في استعمال حق الحضانة** ،عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية ، عمان، 2016، ص835.

2-حداد فاطمة ، مرجع سابق ، ص162،163.

3-إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق ، ص7.

ملخص الفصل الأول:

من بين الأهداف التي يتوخاها الفقه و التشريع ،حماية الطفل بنصوص قانونية وكثير الآراء الفقهية ،ومن بينها قانون الأسرة الذي يعد من أهم القوانين كونه ينظم جانبا مهما من الحياة الاجتماعية ألا وهي الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع و الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ،ولكي تستطيع المحافظة على استقرارها يجب أن تقوم على أسس و قواعد سليمة مبنية على التعاون بين الرجل و المرأة ،ولكي يعيش الطفل في جو أسري متكامل ،ولكن في حال الخلاف المستحكم بين الزوجين تتعطل أولويات الأسرة وينعكس ذلك بتراجع في الإهتمام بالأولاد ،فتنحل الرابطة الزوجية ويبقى مصير الأطفال من يتولى حضانتهم.

فالحضانة هي تربية الولد بعد مدة التي تنفك فيها الرابطة الزوجية ،قد أولت القوانين العضوية و الفقهاء أهمية بالغة لموضوع الحضانة و لمستحقيها الذين يمثلون النقطة المهمة في حياة المحضون ،وقد حدد كل من المشرع و كذا الفقهاء جملة من الخصائص المتعلقة بالحضانة و حددوا مدتها و مشروعيتها ،كما تحدثوا على جانب آخر الذي يعتبر مهم في هذه المسألة وهو التعسف في استخدام هذا الحق من خلال تبيين مفهومه و حكمه و الآثار الناتجة عنه.

الفصل الثاني

الأشكال المؤدية للتعسف و سقوط الحضانة

تعد الأسرة الخلية الأساسية والوحدة الأولى لبناء المجتمع ،والتي تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلتي الزوجية و القرابة ، فالعناية و الاهتمام بالأسرة لهما اثر كبير في المجتمع ،فإذا أنشئت على أسس متينة فإنها تضمن مجتمع سليم ،فالإسلام أعطى للأسرة أهمية كبيرة و حرص على إرسائها وتثبيتها ،فبسقوطها ينهار المجتمع وتتفكك الأسرة فهذا يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية وتفريق الأطفال عن الأبوين الذين هم الأساس في حمايته ،فينتج عن هذا كله التعسف في استخدام حق الحضانة.

وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية إلى الأشكال التي تؤدي إلى التعسف في استخدام هذا الحق الذي يصدر من أحد الحاضنين في القيام بالأمور التي تخص المحضون ،كما أنه في حال تضرر المحضون من هذا التعسف تسقط الحضانة على من كانت في ذمته ،وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها.

وهذا ما سوف نتطرق إليه في موضوعنا من خلال ما يلي:

المبحث الأول: الأشكال المؤدية للتعسف في استخدام الحضانة.

المحضون هو من لا يستقل بأموره فيما يصلحه ،ولا يتقى ما يضره حقيقة أو تقريرا ،فالحضانة حق من حقوق المحضون و أمانة سامية في يد المكلف بها لهذا يجب أن يكون هذا الحق وسيلة لتحقيق الصالح لا الفاسد فإذا حاد به عن نهجه يصبح مصدر ضرر للآخرين ،فمن هنا لا بد من عرض أهم الأشكال التي لها تأثير في معيار التعسف في استخدام حق الحضانة ،وسوف نبين هذه الأشكال من خلال المطالب و الفروع الآتية:

المطلب الأول: التعسف في زيارة المحضون وانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي.

من واجبات الحاضن اتجاه المحضون توفير الحياة الكريمة له من مسكن ونفقة ،كما تقوم على عاتقه التزامات تجاه المحضون ، ينبغي تنفيذها أهمها: تمكين المحضون له من رؤية وزيارة المحضون ،وهي أول صور التعسف ،كما قد يقوم رؤية الحاضن بمنع الرؤية ودلك بنقل المحضون من بلد الحضانة ،مما يجعله متعسفا في استخدام حق الحضانة فيترتب عنه حقه في تمكينه من الزيارة ، وهو م سنعالجه كالآتي:

الفرع الأول: تمكين المحضون له من زيارة المحضون.

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها والذي يكون في الغالب إلى الأم ،باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، يؤدي حتما إلى ابتعاده عن الوالد، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى و ذلك بتمكينه حق الزيارة. الا أنه قد يمتنع المحصون له من ممارسة حق الزيارة بعدم الالتزام بمواعيدها ،أو بقطع أي صلة معه.

أولا: حق زيارة المحضون في الشريعة الإسلامية.

يتصل بالحضانة حق الرؤية سواء كان رؤية الأب لولده، و في حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها، إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه. فالولد إذا كان في حضانة الأم و أراد أبوه أن يراه فإنها لا تجبر على أن ترسله له ليراه ،لكنها لا تمنعه من ذلك ،و إذا كان مع أبيه بأن سقطت حضانة أمه أو انتهت فالأب لا يجبر على أن يرسله لأمه ،بل هي إذا أرادت أن تراه لا يمنعها من هذه الرؤية ،وزيادة على العادة لا تكون يومية ،بل يوما في عدد من الأيام ،لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان منزلها قريب ،وإن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها ،فلكي يتمكن الأب من الزيارة يجب أن يأذن بذلك الزوج لأن هذا حقه فإن لم يأذن به على الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله[1].

ويضيف الإمام أبو زهرة أنه:" ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ولا تجبر على إرساله، كما أنه ليس له إن سقط حق الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ولا يجبر على إرساله إليه"[2].

1-عبد العزيز عامر ،**الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا**، الطبعة1،دار الفكر العربي، 1984،ص424.

2-محمد أبو زهرة ،**التعسف في استعمال الحق** ،مرجع سابق،ص.411

يرى المالكية أن لكل من الأب و الأم الحق في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه فللأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا،أما إذا كان كبيرا فلها رؤيته كل أسبوع مرة، و نفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية و الإطلاع عليه من حين لأخر لتولي تأديبه و تعليمه. كما يرونا أن أجرة النقل على طالب الزيارة و إن كانت الأم متزوجة و طلبت من المحضون له أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو حاضنته ، في حين نجد أن الأحناف يرون للأب الحق في رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات، وللأب أن يزور محضونه كل يوم، أما إذا كان الحاضن هو الأب فقد قدر حق الزيارة كل أسبوع أما غير الأم فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع مرة بل كل شهر على الأقل.أما الشافعية يرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ سن المحضون سن التميز و اختياره العيش مع أحد الوالدين ، ويرون أن المحضون إن كان أنثى متمنع من زيارة أمها لحفظها وصيانتها، أما فيما يخص ميعاد الزيارة فيكون مرة في الأسبوع أو أكثر لا كل يوم إلا حالة ما إذا كانت المسافة بين منزله و منزلها قريبة.و بالنسبة للحنابلة رأوا بأن الصغير المميز له حق اختيار البقاء مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا و كانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم زياراتها أوقات خروج الأب[1].

ثانيا:حق رؤية المحضون في القانون الجزائري.

تنص المادة64 من قانون الأسرة على أن:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة، العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة بمرات معينة، و في أوقات و أماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة، و حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لي أهميته البالغة و الرعاية الدائمة لي مصلحة المحضون، بل رتب عقوبات جزائية لم يخل بهذا الحق و يعبث به ،فتنص المادة328من قانون العقوبات:" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة 500دج إلى 5000دج الأب أو أم أو أي شخص أخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضنته بحكم مشمول بنفاذ المعجل، أو بحكم قضائي إلى من له الحق في المطالبة، وكذلك لمن خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من أماكن التي وضعوه فيها أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن أو الحمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية على الجاني"[2].

1-سامية بن قوية ،مرجع سابق،ص145.

2-العربي بلحاج،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الزواج و الطلاق**،الجزء1،الطبعة4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005،ص385.

الفرع الثاني: الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي.

إن معيشة الإنسان يلزمها سكن يؤويه و يحتمي تحت سقفه من حر الصيف و برد الشتاء، ويجد فيه الدفء و الحنان و الألفة ،فالطفل يتلقى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية ،تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة ،و الإشكال يطرح عند انقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يلزمها أحد على البقاء بالمحضون في بيت الزوجية ،فلها أن تنتقل به إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت فيه الحضانة ،وعلى ذلك تعد مسألة الانتقال بالمحضون من أهم المسائل التي تطرح بشأنها إمكانية التعسف في استعمال الحاضن لحقه في ممارسة الحضانة ،نتطرق لها شرعا و قانونا:

أولا: إقامة المحضون في بلد أجنبي:

جاء في الدستور الجزائري في نص المادة 49"يحق لكل مواطن التمتع بحقوقه المدنية و السياسية،أن يختار بحرية موطن إقامته،و أن ينتقل عبر التراب الوطني.

لكل مواطن حق الدخول إلى التراب الوطني و الخروج منه.

لا يمكن تقييد هذه الحقوق إلا لمدة محددة ،وبموجب قرار معلل من السلطة القضائية"[1].

إلا أنه هذه الحرية ليست مطلقة في باب الحضانة ،فتنخفض أمام حقوق أخرى تحظى بحماية أوفر ،وعلى ذلك فإن تغيير الحاضنة لموطنها وانتقالها بالمحضون يمكن أن يفتح الباب للتعسف في استعمال حق الحضانة ،ومنه فإن تدخل القاضي واجب لإسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب استحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة ،وقد اختلف الفقه في حكم الانتقال بالمحضون من بلد الحضانة كالآتي:

قول الحنفية:

فرقوا بين الحاضنة الأم و غير الأم ،فبالنسبة لهذه الأخيرة لا يجوز لها الإنتقال بالمحضون من بلد الحضانة إلا بإذن أبيه ،ولو كان إلى بلد قريب من بلد الحضانة ،أما الحاضنة الأم إذا كانت تريد الخروج بالمحضون لبلد آخر وكانت المسافة بين البلدين قريبة ،بحيث يقدر الأب أن يزور المحضون ويرجع إلى منزله قبل الليل فيجوز لها الخروج به ،سواء إلى بلدها أو إلى البلد الذي وقع فيه النكاح أو أي بلد آخر لأنه لا يلحق الأب ضرر النقل ،فكأنه في بلد واحد ،والتفصيل يشمل الأب أيضا حال كونه حاضنا ،لأن الأب ليس له إخراج الولد من بلد أمه حيث كان لها حق في الحضانة ،وليس له أن يخرجه بغير رضا أمه إذا كان صغيرا وقبل استغنائه عنها ،لما فيه من ضرر بالأم في إبطال حقها في الحضانة ،أما إذا سقطت حضانة الأم بالزواج مثلا ،جاز للأب الإنتقال بالمحضون إلى أن يعود حق الأم بالحضانة[2].

1-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،المؤرخ في 30ديسمبر2020،الجريدة الرسمية،العدد82،ص13.

2-أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،الطبعة2،دار الكتب العلمية،1986،ص45.

قول المالكية:

ساوى فقهاء المالكية بين الحاضنة و الولي في إسقاط حضانتها ،إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تقدر بما يزيد عن ستة برود ،وهو ما يعادل تقريبا 133 كلم بقصد الإقامة ،فإذا سافر الولي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة مسافة تبعد عن بلد الحضانة بستة برود فأكثر ،له أخذ الولد من الحاضنة بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود ،ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا سافرت معه ،وبالتالي فلا يسقط حقها في الحضانة بانتقالها[1].

-قول الشافعية والحنابلة:

إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود وكان الآخر مقيما ،فينظر إن كانت المسافة مسافة تقصر فيها الصلاة ،فالمقيم أولى بالحضانة ،لأن السفر بالولد فيه إضرار به ،وإن كانت المسافة دون مسافة قصر الصلاة ،كان الأبوين كالمقيمين ،فيبقى المحضون مع الأم أو مع من له حق الحضانة منهما أو من غيرهما ،لأن المحضون في حكم القريب ،وهذا الأخير هو رأي القاضي من الحنابلة ،وأطلق الإمام أحمد السفر سواء كانت المسافة قصر أو لا ،لأن البعد الذي يمنع الأب من رؤية المحضون ،يمنعه من تأديبه و تعليمه و مراعاة حاله ،وهذا الرأي قرره النووي أيضا ،إذا كان أحد الأبوين يريد الانتقال إلى بلد ليقيم فيه ،فينظرإن الطريق أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا ،فالمقيم أولى بالحضانة ،لأن السفر بالمحضون به خطر عليه ،وإن اختار الولد السفر في هذه الحالة لم يجب إليه ،لأن فيه تعزيزا به.وإن كان الطريق أو البلد آمنا، فالأب أحق به ،سواء كان هو المقيم أو المتنقل ، لأن بقاء المحضون مع الأب أنفع له من حيث التأديب و التعليم و حسن الإنفاق[2].

ثانيا: إقامة المحضون في بلد أجنبي قانونا:

نصت المادة 69من قانون الأسرة الجزائري: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري فإن حقه في الحضانة يسقط ، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته ، حيث أنه في مثل هذه الحال يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي ، أما إذا نقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة[3].

من خلال دراستنا لنص المادة نجد أن المشرع ينص على التفرقة الضمنية غير صالحة بين الحالتين : الحالة الأولى هي ممارسة الحضانة داخل تراب الوطن ، الحالة الثانية

1-وهبة الزحيلي،**جهود تقنين الفقه الإسلامي**،مؤسسة الرسالة،بيروت،1987،ص793.

2-الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي،**مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج**،الطبعة1،دار الكتب العلمية،1994،ص500.

3-عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص142.

ممارستها خارج التراب الوطني ، و قد نظم الحالة الثانية في المادة 69 و ترك الحالة الأولى إذ لم يتضمن أحكاما خاصة بهذه الحالة[1].

وهذا القصور في التشريع الجزائري كان ينبغي سده ،وأقصى ما يمكن قوله أن هذا السكوت يدعونا إلى تأويلين ،من حيث أن التفسير الأول يقودنا إلى القول أن المشرع بسكوته قد ترك أمر حلها للقضاء ،ومن ثم منح له الحرية الكاملة في تطبيق المادة222 من قانون الأسرة ،واتخاذ ما يراه مناسبا وأما الثاني يعتبر أن المسألة مفروغ منها لا تتطلب إسقاط الحضانة عن صاحبها ما دامت تمارس داخل القطر الجزائري[2].

والحق أن ورود النص الجزائري بهذه الصياغة يتماشى مع الفلسفة العامة التي انتهجها المشرع في مادة الحضانة ،ومع الحكمة التي من أجلها وضع مبدأ المصلحة ،فمصلحة المحضون تقتضي بتعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي،ومن ثم بعدم تخويل الأب أو الولي حق التمتع بمنح مثل هذه الرخصة ،وهكذا يكون من اللازم أن يمنح القاضي هذه السلطة لصيانة حقوق الطفل و المحافظة على مصلحته ،وبمعنى آخر ،سيعطي القاضي ترخيصه مراعاة في ذلك مصلحة المحضون[3].

المطلب الثاني: التعسف في تأديب وتربية المحضون و حفظه.

من الواجبات الازمة على الحاضن هي توفير العيش الكريم للمحضون ويتمثل ذلك من خلال توفير كل ما يحتاجه من وسائل الراحة ،فهو المسؤول عن تربيته وتعليمه و تأديبه ورعايته رعاية حسنة ،فهذا الحق لازم على كل حاضن سواء كان أبا أو أما أو أحد الأقربون ،كما يجب حماية المحضون وحفظه من كل المخاطر التي قد يتعرض لها بسبب صغر سنه.

وسوف نتطرق في الفرع الأول إلى التعسف في تربية و تأديب المحضون ،والفرع الثاني إلى التعسف في حفظ المحضون.

الفرع الأول: التعسف في تأديب وتربية المحضون.

من الحق اللازم على الحاضن ،القيام بتأديب المحضون وتعليمه و توجيهه ،وهذا الحق على الحاضن أما أو أبا أو غيرهما ،فمتى ما كان المحضون عند أحد ،وجب القيام بتربيته و تأديبه و توجيهه ،إذ مدار الحضانة عليها ،وهذه التربية تختلف من وقت إلى وقت ،فقبل الاستغناء يختلف عما بعده ،و الذكر يختلف عن الأنثى.

فمن النصوص الحنفية التي تبين هذا الحق:

يقول في البحر الرائق:"(قوله أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها)أي:في التربية و الإمساك"[4].

1-حداد فاطمة،مرجع سابق،ص170.

2-نسرين شريفي،كمال بوفرورة،**قانون الأسرة الجزائري**،الطبعة1،دار بلقيس،الجزائر،2013،ص110.

3-محمد أبو زهرة،**التعسف في استعمال الحق**،مرجع سابق،ص45.

4-زين الدين إبراهيم بن محمد،**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**،الطبعة2،دار الكتاب الإسلامي،ص181.

وفي بدائع الصنائع: "ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب و التخلق بأخلاق الرجال و تحصيل أنواع الفضائل و اكتساب أسباب العلوم و الأب على ذلك أقوم و أقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر ،وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء وتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم"[1].

ومن المذهب المالكي:

قال في مقدمات الممهدات: "فصل وأما الإجماع فلا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار ،لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله و يربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته ،فهو من فروض الكفاية لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع .وإذا قام به قائم سقط عن الناس.ولا يتعين على أحد سوى الأب وحده ،ويتعين على الأم في حولي الرضاعة إذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منه أو كان لا يقبل ثدي سواها فتجبر على الرضاعة"[2].

وفي فواكه الدواني عند تعريف الحضانة يقول: "كفاية الطفل و تربيته والإشتياق إليه"[3].

ومن نصوص الشافعية:

قال في الحاوي في تعليله تقديم الأم بالحضانة: "ولأنها أكثر حنوا وإشفاقا ،و لأنها بتربيته أخبر ،وعلى التشاغل لحضانته أصبر"[4].

قال في روضة الطالبين: "إذا اختار الأم فليس للأب إهماله في ذلك ،بل يلزمه القيام بتأديبه و تعليمه ،إما بنفسه و إما بغيره ويتحمل مؤنته ،وكذا المجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه يلزم الأب رعايته ،وإنما تقدم الأم فيما يتأتى منها وما هو شأنها.

قلت: تأديبه و تعليمه واجب على وليه أبا كان أو جدا أو وصيا أو قيما"[5].

ومن المذهب الحنبلي:

قال في المغني:" والحضانة: تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك"[6].

1-علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ،مرجع سابق،ص،ص43،42.

2-أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ،**المقدمات الممهدات**،الطبعة1،دار الغرب الإسلامي،1988،بيروت،ص564.

3-شهاب الدين أحمد النفراوي الأزهري المالكي،**الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**،دار الفكر،1995،ص65.

4- أبي الحسن محمد بن حبيب الماوردي ،**الحاوي الكبير** ،الطبعة1،دار الكتب العلمية،بيروت،1999،ص.519

5 -أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي،**روضة الطالبين**،الطبعة3،المكتب الإسلامي،1991،بيروت،ص105.

6 -أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة،**المغني**،الطبعة2،هجر لطباعة و النشر،القاهرة،ص73.

وقال في الإقناع: عن حضانة الغلام:" وإن اختار أمه كان عندها ليلا و عند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه" ،وعن حضانة الجارية: "وإذا كانت عند الأم أو الأب فإنها تكون عنده ليلا ونهارا فإن تأديبها و تخريجها في جوف البيت"[1].

ومن كلام العلماء الذي يمكن أن نأخذ منه إشارة إلى التعسف في استخدام الحق:

قال في الفروع: "ولا خلوة لأم مع خوفه أن تفسد قلبها، قاله في الواضح ،ويتوجه فيه مثلها"[2].

وأوضح منه قول الإنصاف:" قال في الواضح: تمنع الأم من الخلوة بها إذا خيف منها أن تفسد قلبها واقتصر عليه في الفروع ،وقال: ويتوجه في الغلام مثلها".

قلت: وهو الصواب فيهما، وكذا تمنع ولو كانت البنت مزوجة،إذا خيف من ذلك.مع أن كلام صاحب الواضح: يحتمل ذلك"[3].

فمن النصوص السابقة يفهم أن الأم تحت غطاء حق التربية و التأديب والنصيحة قد تعمل على إلحاق الضرر بالآخرين عن طريق إفساد بنتها أو إبنها.

وعليه فإن خيف أن تتعسف الأم أو يتعسف الأب في استعمال حقهما في التأديب و التربية و التوجيه ،فليس علاج هذا التعسف أن تمنع من التربية و التأديب و التوجيه ولا تمنع من الزيارة ولا تمنع من الرؤية ،ولكن ما ذكره الفقهاء أن تمنع من التفرد بالمحضون ،ليدفع هذا الضرر ،وفي الواقع نماذج مختلفة وصور متعددة للتعسف في استعمال هذا الحق بغية الثأر من الطرف الآخر بحجة النصيحة ،أو التربية الواعية ،أو لفت النظر لتكون على حذر ،وإنما في الحقيقة جوع في النفس يريدون اشباعه كما يظنون ،والواجب على المرأة والرجل تقوى الله تعالى ،ولزوم كلمة التقوى ،والنظر في مصلحة الأولاد، مما يؤثر سلبا على حياتهم العادية أيما تأثير[4].

الفرع الثاني: التعسف في حفظ المحضون.

من واجبات الحاضن أن يقوم بحفظ محضونه عن كل أمر يلحق به الضرر ،فإذا ما رأى أن أمرا ما قد يضره ،فمن حقه الواجب عليه أن يرى الطريقة المثلى لصرف ذلك عنه ،وهذه بعض نصوص الفقهاء في حق الحفظ الواجب على الحاضن:

1-شمس الدين،محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،**الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**،دار الفكر ،بيروت،ص،ص161،160.

2-أبي عبد الله محمد بن مفلح،**الفروع**،الطبعة1،مؤسسة الرسالة،2003،بيروت،ص432.

3-أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي،**الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**،الطبعة2،دار إحياء التراث العربي،بيروت،ص432.

4-أشرف محمود عقلة بني كنانة،**التعسف في استعمال حق الحضانة و أثارها**،ندوة أثر المتغيرات العصر في أحكام الحضانة،المجمع الفقهي الإسلامي،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،جامعة أم القرى،مكة المكرمة،ص33.

قال بن بائع الصنائع: "وأن تكون عند الأم ثم بعدما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة ،تقع الحاجة إلى حمايتها وصياغتها وحفضها عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلا بد ممن يذب عنها ،والرجال على ذلك أقدر"[1].

وفي البحر الرائق: "ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء،لأن ذلك حق للصغير عليه"[2].

وفي الشرح الكبير:"(الحضانة) (قوله:وهي حفظ الولد)أي في مبيته وذهابه ومجيئه"[3].

وفي الحاوي الكبير:"لأن الحضانة هي حفظ و المراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه"[4].

وفي المغني: "كفالة الطفل و حضانته واجبة ،لأنه يهلك بتركه ،فيجب حفظه عن الهلاك ،كما يجب الإنفاق عليه،و انجائه من المهالك"[5].

وفيه أيضا: "أن الغرض بالحضانة الحفظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها ،لأنها تحتاج إلى حفظ ،والأب أولى بذلك"[6].

وعليه فإن من حق الحاضن الواجب عليه أن يمنع المحضون من الذهاب إلى مكان ما أو فعل أمر ما ،لأنه من حق الحفظ و الإمساك ،ولكنه قد يستخدم هذا الحق ،فينهاه عن زيارة أمه أو عيادتها أو شيء مما يتعلق ببرها ،وهنا يكون هذا الاستخدام من التعسف في استخدام الحق. وقد نص الفقهاء على أنه لا تمنع الزيارة بين للمحضون مع غير الحاضن ،ومن ذلك:

جاء في المغني: "إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب ،فإنها تكون عنده ليلا و نهارا ، لأن تأديبها و تخريجها في جوف البيت ،من تعليمها الغزل و الطبخ و غيرهما،ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ،ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر".

وفيه أيضا: "وإن كان عند الأب ،كان عنده ليلا و نهارا،ولا يمنع من الزيارة أمه ،لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق ،وقطيعة للرحم...وإن مرض أحد الأبوين ،والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته ،وحضوره عند موته ،سواء كان ذكرا أو أنثى ،لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده ،فمشي ولده إليه أولى"[7].

1- علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني،مرجع سابق،ص43.

2-زين الدين إبراهيم بن محمد،مرجع سابق،ص180.

3- شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير**،دار إحياء الكتب العربية،مصر،ص526.

4- أبي الحسن محمد بن حبيب الماوردي،مرجع سابق،ص507.

5- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة،مرجع سابق،ص412.

6- المرجع نفسه،ص418.

7-مرجع نفسه،ص،ص419،418.

و ليس التعسف في هذا الحق خاصا بمنع الزيارة ،بل يجري في كل ما يريد به إلحاق الضرر بالطرف الآخر،متذرعا بحق الحفظ والصيانة ،و الإمساك و الرعاية.

المطلب الثالث: التعسف في نفقة المحضون.

النفقة واجبة على الأب أو من يقوم مقامه ،تنتابها عدة حقوق ،وبالتالي عدة تعسفات محتملة ،فالأب من حقه واجب عليه أن ينفق على ولده بشرطه المذكور في كتب الفقهاء ،وللحاضنة الحق في أن تقبض النفقة نيابة عن المحضون.

النفقة واجبة على الأب:

جاء في المبسوط: "والرضاع و النفقة على الوالد لقوله تعالى:{ فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن} (الطلاق: 6)يعني مؤنة الرضاع...وكما أن النفقة بعد الفطام على الأب لا يشاركه أحد في ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والإنفاق عليه كالإنفاق على نفسه ،فكذلك قبل الفطام مؤنة الرضاع عليه"[1].

وفي التهذيب في اختصار المدونة: "ولا يجبر أحد على نفقتهم ،ولا الأم إن كانت موسرة ،إلا الأب وحده إذا قدر ،وتلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتملوا ،والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن ،إلا أن يكون للصبي كسب يستغني به ،أو له مال فينفق عليه منه"[2].

وجاء في كفاية الأخيار :"و مؤنة الحضانة على الأب لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة"[3].

كالنفقة"[3].

وفي كشاف القناع:"(وهي)أي حضانة من ذكر(واجبة)لأنه يهلك بتركها فوجب حفظه عن الهلاك ما يجب (الإنفاق عليه)وإنجاؤه من المهالك(ومستحقها رجل عصبة)كالأب و الجد و الأخ لغير أم والعم كذلك"[4].

ومما يدل على حق قبض الحاضنة المال:

المالكية صرحوا بذلك في كتبهم ،ومن ذلك قوله الشرح الكبير:"(وللحاضنة)أم أو غيرها (قبض نفقته) وكسوته وغطائه ووطائه وجميع ما يحتاج له الطفل ،وليس لأبي المحضون أن يقول لها: ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك ،لما فيه من الضرر بالطفل و الإخلال بصيانته والضرر على الحاضنة للمشقة ،وليس لها موافقة الأب على ذلك لضرر الطفل ،إذ أكله غير منضبط ،ثم إن قبض النفقة يقدر بالاجتهاد من الحاكم على الأب بالنظر لحاله من يوم

1-محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي،**المبسوط**،دار المعرفة،1993،بيروت،ص208.

2-أبي سعيد البراذغي خلف بن أبي القاسم محمد،**التهذيب في اختصار المدونة**،الطبعة1،دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث،2002،دبي،ص402.

3-أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني،**كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار**،الطبعة1،دار الخير،1994،دمشق،446.

4-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،**كشاف القناع عن متن الإقناع**،عالم الكتب،بيروت،ص496.

أو جمعة أو شهر ومن أعيان أو أثمان ،ولحال الحاضنة من القرب المسكن من الأب وبعده وأمنه و خوفة"[1].

فإذا تقرر أن على الأب أو من يقوم مقامه أن ينفق على ولده ،والأم أو من يقوم مقامها تقبض النفقة لتصرفها في تربية الأولاد ،فإن قد يقع تعسف من المنفق ،وقد يقع تعسف من قابض النفقة في صور متعددة منها:

أولا: التعسف من قبل المنفق:

أن المنفق قد يتعسف بحقه في الإنفاق على ولده قاصدا إلحاق الضرر بالحاضنة ،فيطلب منها أن تأتي بولده ليأكل عنده ،وهو ما يشير إليه ما ذكره علماء المالكية: "وليس لأبي المحضون أن يقول لها: ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك ،لما فيه من ضرر بالطفل و الإخلال بصيانته و الضرر على الحاضنة للمشقة".

فيكون هذا التعسف ممنوعا ،إلا أن يظهر عدم التعسف في طلب المنفق أن يكون طعام الأولاد عنده لفقره أو غير ذلك ،فعندها يجاب إلى طلبه:

قال في مواهب الجليل: "وكتب شبحرة لسحنون في الخالة الحاضنة إذا قال الأب:إنها تأكل ما أعطيه ،وطلب الأب أنه يأكل عنده و يعلمه ،فكتب إليه أن القول للأب ،فجعل للحاضنة أن يأوي إليها فقط ،والأول هو الأصل ،ولعله ظهر صدقه في السؤال"[2].

ويقال أيضا: "وما ذكره عن العتبية يشير به لقوله في رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب العدة والطلاق السنة: و سئل مالك عن الذي يطلق امرأته وله من عندها بنت أربع سنين فيقول: ما عندي ما أنفق عليها أرسليها إلي تأكل معي فقال: أخاف أن يكون مضرا بها ،ولكن ينظر فيما يقول فإن كان كذلك أمرا غالبا معروفا ،قيل لها: أرسليها تأكل مع أبيها و تأتيك.

قال ابن رشد: ليس لرجل الموسر أن تأكل ابنته عنده ويلزمه أن يدفع نفقتها إلى أمها الحاضنة لها ،فإذا ادعى أنه لا يقدر نظر في حاله ،فإن تبين صدق قوله وأنه لا يريد الضرر بما دعا إليه من أن يأكل ولده عنده كان ذلك له ،وإلا فلا، و بالله التوفيق"[3].

أو يتعسف المنفق فيطلب من الحاضنة أن تأتي هي لتستلم النفقة ولا يذهب هو ليسلمها ،وهو ما يشير إليه أيضا ما نقلته عن الشرح الكبير قوله:"ثم إن قبض النفقة يقدر بالاجتهاد من الحاكم على الأب".

ثانيا: التعسف من قبل قابض النفقة:

قد تعمد الحاضنة إلى استخدام حقها في قبض النفقة تعسفا لتلحق الضرر بالمنفق ،وذلك بأن تأكل وتضيع النفقة ،وهو ما يشير إليه كلام مواهب الجليل: "المنتقى في قضاء بالحضانة

1- شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي،مرجع سابق،ص533.

2-شمس الدين محمد بن أحمد بن علي المنهاجي الأسيوطي،الطبعة1،دار الكتب العلمية،1996،بيروت،ص183.

3-أبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي،**مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**،الطبعة3،دار الفكر،1992،بيروت،ص220.

ونصه: وإن شكا الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب إلى سحنون شبحرة في الخالة تجب لها الحضانة ،فيقول الأب: يكون ولدي عندي لأعلمه و أطعمه ،لأن الخالة تأكل ما أرزقه ،وهي تكذبه،أن للأب أن يطعمه و يعلمه وتكون الحضانة للخالة ،فجعل الحضانة أن يأوة إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته "[1].

المبحث الثاني: سقوط حق الحضانة.

الحضانة من الحقوق مزدوجة الجوانب لأنها حق للحاضن و المحضون كما أنه قد يسقط هذا الحق بالتنازل عنه من جانب الحاضن ،وقد يسري عليه التقادم إذا قضت المدة المحددة ،كما أنه قد ينتهي ببلوغ السن المعين للحضانة ،كما أنه يسقط حق الحاضن في الحضانة الصغير بعدما أسندت إليه في وقت سابق إذا ما طرأت على استحقاقه للحضانة بعض الحالات التي من شأنها تخويل غيره من أصحاب الحق في الحضانة طلب إسقاطها عنه.

المطلب الأول: سقوط الحضانة بالتنازل عنها و عدم المطالبة بها.

لقد حدد المشرع الجزائري حالات سقوط حق الحضانة الصغير من الحاضن إذ يتنازل عليها بإرادته ،وكذا إذا لم يطالب بحقه في الحضانة مدة سنة دون عذر.

الفرع الأول: سقوط حق الحاضن المتنازل عن الحضانة.

نتناول في هذه الجزئية عنصرين أساسيين لهما أهمية خاصة وهما موضوع التنازل عن حق الحضانة و إمكانية عودة الحق في طلبها من جديد بتغيير الظرف وذلك بعد زوال سبب التنازل.

أولا: التنازل عن حق الحضانة.

يسقط حق الحاضن في الحضانة بتنازل عنها ،وذلك حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري[2]،ويشترط في التنازل أن يصدر عن محكمة مختصة وألا يضر بمصلحة المحضون[3].

والسبب الذي يجعل صاحب حق في الحضانة إذا أسندت إليه قضاء ،أو إذا كانت له الأولوية في إسنادها له قبل غيره ،يتنازل عن الحضانة هو وجود ظروف طارئة تحول دون احتفاظه بحق الحضانة أو استمراره فيه ،كالسفر للعلاج بالخارج لمدة طويلة.

بسبب المرض المزمن الذي حل بالأم الحاضنة مثلا ويستدعي العلاج في الخارج لفترة طويلة ،فإذا تنازلت عن الحضانة بسبب هذه الظروف والمتغيرات فإن هذا التنازل يكون

1- أبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي، مرجع سابق ،ص220.

2-قانون رقم84-11المؤرخ في09يونيو1984،**المتضمن قانون الأسرة الجزائري** المعدل بموجب الأمر05-02المؤرخ في27فبراير2005،المنشور بالجريدة الرسمية رقم43،مؤرخة في22يونيو.2005

3-العربي بلحاج،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**،**الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث-والوصية**،جزء1،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004،ص386.

مقبولا ،ويتعين على القاضي إسناد الحضانة للذي يليها في المرتبة مراعيا مصلحة المحضون ،وفي ذلك قضت المحكمة العليا أنه: "من المقرر أن تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون"[1].

وأما إذا كان التنازل عن الحضانة عموما في غير صالح المحضون رفض القاضي الطلب مادامت تتوفر في الحاضن شروط استحقاق الحضانة ،وكان إسنادها إليه يصب في مصلحة المحضون ،وذلك استنادا للقرار المحكمة العليا القاضي أنه: "طبقا لأحكام المادة 66 قانون الأسرة فإنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون"[2].وقررت أيضا بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"[3].

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بالمغرب أنه: "يعتبر التنازل عن الحق في الحضانة من أسباب سقوطها ،فالحضانة قد تسقط بتنازل من توفرت فيه الشروط القانونية لأن الحضانة في الفقه المالكي هي حق للحاضن ويترتب عن ذلك أن له أن يتنازل عنها اختياريا لمن يليه في المرتبة"[4].وجاء في قرار آخر أن: "الحضانة حق للحاضن إذا أسقطها تسقط كما يلزمه تنازله عنها"[5]، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة لا تأذن بالتنازل عن الحضانة إلا إذا تم تحت إشراف القضاء وبعد تأكدهما من أن ذلك التنازل في مصلحة المحضون[6].

ثانيا: إمكانية عودة الحق في الحضانة بعد التنازل:

من المسائل الشائكة التي قد تعترض القضاء في الجانب العملي هو مدى إمكانية استعادة الحق في الحضانة بعد التنازل ،فكثيرا ما يثور النزاع بين أصحاب الحق في الحضانة بسبب تغير الظروف و الأحوال التي أدت إلى سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل ،وبعد مدة تغيرت الظروف من جديد مما يجعل الشخص المتنازل يطلب عودة الحق إليه من جديد ،والنص القانوني لم يعالج هذه المسألة ،غير أن قضاء المحكمة العليا في بعض قراراته قد تعرض للموضوع ،ومما جاء فيها: "يجوز الرجوع في الحضانة المتنازل عنها إذا حدث أمر جديد"[7].

وفي كل الأحوال على القاضي أن يتحقق من الظروف التي بسببها تم إسقاط الحضانة بالتنازل والبحث فيما إذا كان السبب اختياريا أم غير ذلك ،فإذا كان اختياريا ليس له ما يبرره

1-قرار رقم 282153بتاريخ2002/07/31،المجلة القضائية2004،العدد1،ص253.

2-قرار رقم189234بتاريخ1998/04/21،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص2001،ص175.

3-قرار رقم51894بتاريخ1988/12/14،المجلة القضائية،العدد1990،4،ص56.

4-قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية،عدد425 في الملف الشرعي عدد63 بتاريخ 2005/1/12.

5-قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية ،عدد 296 ،صادر بتاريخ 1975/7/5، منشور بمجلة القضاء و القانون، عدد129،ص112.

6- محمد الكشبور،**الوسيط في قانون الأحوال الشخصية**،الطبعة5،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،2003،ص350.

7-قرار رقم 30575، بتاريخ1983/06/06،نشرة القضاء،العدد1992،46،ص51.

فالغالب أن الحق في الحضانة لا يعود ،وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا يعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها"[1].

والحقيقة أنه و بالنسبة للأبوين على الأقل لا يمكن سد الطريق أمامهما بالعودة للحضانة بعد التنازل عنها سواء كان الأمر اختياريا أو اضطراريا ،لأن الظروف التي حتمت عليهما التنازل تكون في الغالب مبررة ،فإذا زالت تلك الظروف فلا مانع من العودة لممارسة الحضانة تحقيقا لمصلحة المحضون في أن يحضن من قبل والديه في المقام الأول وهو ما ذهب إليه التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري[2].

الفرع الثاني: سقوط حق الحاضن لعدم طلبه للحضانة مدة سنة.

تنص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية و كفالة خالته بعد وفاة أمه ،وأن الأب و الجدة لم يطلب أحدهما حقه في الحضانة الطفل و مضى على ذلك سنة فأكثر ،يسقط عنه حق الحضانة حتما لسريان التقادم عليه .بشرط ألا يكون له عذر مقبول كأن يكون جاهلا باستحقاقه للحضانة، وبأن سكوته عنها مدة سنة يسقط عنه الحق فيها ،ويرجع تقدير توافر هذا العذر إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

وفي القانون المقارن نص المشرع المغربي عن سكوت من له الحق في الحضانة كسبب من أسباب سقوط الحضانة في نص المادة176 من المدونة التي تنص على أن:" سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة"[3].

والواضح من هذه الصياغة أنها تقتصر على حالة زواج الحاضنة دون أن يتعدى ذلك إلى الحالات الأخرى.

أما في القانون الجزائري فالحكم عام يشمل الجميع ،أي كل من له الحق في الحضانة حسب الأولوية ،ويستثنى من ذلك إذا كان له عذره في الموضوع ،كأن يكون الأب مثلا مسافرا خارج الوطن بسبب العمل أو بسبب ظروف حالت دون عودته القريبة لممارسة الحضانة ،فسكوته عن المطالبة بالحضانة مدة السنة مع هذا العذر لا يسقط حقه في المطالبة بها بعد زوال تلك الظروف أو غيرها ،والسلطة التقديرية تكون لقاضي الموضوع في التعامل مع هذه الأعذار ،متى تم إثباتها أمام القضاء[4].

1-قرار رقم 53340 ،بتاريخ1989/03/27،المجلة القضائية العدد1990،3،ص85.

2-مروة بن شويخ،**مسقطات الحضانة بين النص و التطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و المغربي و المصري**،مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة بليدة2،ص161.

3-مروة بن شويخ،مرجع سابق،ص162.

4- المرجع نفسه،162.

ومن القضايا التي عرضت على القاضي الجزائري ما يلي:

"متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها ،إذا كان ثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة كما سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة فإن قضاة الموضوع بعدم ردهم على الدفوع التي تمسك بها الطاعن وخاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة"[1].

"أن الاجتهاد القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة"[2].

و كما حدد القضاء المغربي فيها :"سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول يسقط حضانته"[3].

"إن ما ورد في الفصل 106 من مدونة الأحوال الشخصية يطبق في حق الحاضن الذي انتقلت إليه الحضانة بعد الأم وسكت سنة،فإنه تسقط حضانته ،أما الأم فإن حضانتها لا تسقط بالسكوت وإنما لأسباب أخرى"[4].

المطلب الثاني: سقوط الحضانة بانتهاء مدتها القانونية.

لقد حدد القانون المدة التي تنتهي بها الحضانة وتسقط وذلك ببلوغ المحضون سن المعين لانتهائها ،غير أنه أجاز تمديدها في بعض الحالات اعتبارا لمصلحة المحضون ،وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول و الفرع الثاني.

الفرع الأول: السن القانوني لانتهاء الحضانة.

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على أنه:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ،وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ،على أن يراعى في حكم بانتهائها مصلحة المحضون".

وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد نصت المادة166 على أنه: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر و الأنثى على حد سواء ،بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق للمحضون الذي تم الخامسة عشرة أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه ،وفي حالة عدم وجودهما يمكنه أن يختار أحد أقاربه المنصوص عليهم في 171بعده شريطة ألا يتعارض ذلك مع مصلحته وأن يوافق نائبه الشرعي ،وفي حالة عدم الموافقة يرفع الأمر إلى القاضي ليبت فيه وفق مصلحة القاصر".

1-قرار رقم33636بتاريخ1984/06/25،المجلة القضائية،1989،العدد3،ص65.

2-قرار رقم 32829بتاريخ1984/7/19،المجلة القضائية العدد1، 1990،ص60.

3-قرار المجلس الأعلى العدد425 في الملف الشرعي عدد63، 2005/1/2.

4 -قرار المجلس الأعلى عدد514 بتاريخ1983/4/12 منشور بمجلة القضاء والقانون العدد132،ص142.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 20 على أنه: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر ،ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة"[1].

وبذلك فإن الولد متى تجاوز سن الحضانة سقط حق النساء في حضانته وانتقل إلى الرجال.

وتجدر الإشارة إلى أن انتهاء الحضانة غير انتهاء الولاية ،بحيث قد تنتهي الحضانة وتستمر الولاية الشرعية على القاصر حتى تكتمل أهليته أو يرفع عنه الحجر الذي سبق أن تقرر عليه قضاء نتيجة بلوغه سن الرشد معتوها أو مجنونا[2].

أما مرحلة انتقال الطفل إلى وليه ،وهي الفترة التي يحتاج فيها الطفل إلى من يقوم بتربيته وتعليمه ،فعند بلوغ الطفل السن الذي تنتهي به الحضانة ينتقل إلى أبيه أو من يليه من العصبات المحارم على الترتيب الوارد في النصوص ،إلا إذا تقرر القضاء تمديدها لمصلحة الطفل المحضون ،وإذا امتنعت الأم عن تسليمه فللأب الحق في المطالبة بضمه إليه[3].

ومن التطبيقات القضائية في الموضوع نجد:

ما قررته المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "من المقرر شرعا و قانونا أن الحضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج ،ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية ،ولم كان القضاة الاستئناف –في قضية الحال-قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يا فعين إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة .ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزائيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[4].

الفرع الثاني:حالات تمديد مدة الحضانة.

من خلال استقراء نص المادة65 و التطبيقات القضائية ،يتبين بأن للقاضي سلطة الواسعة في تقرير إسقاط الحضانة لانتهاء المدة أو تمديدها حسب ما يراه مناسبا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك وفق ما يستجد لدى القاضي من خلال الإثباتات المقدمة من أطراف النزاع ومن الشهود ،ومن التحقيقات التي قام بها ولو باستعانة الأخصائيين الاجتماعيين

1–قانون الأحوال الشخصية المصري رقم25، لسنة1920،المعدل بالقانون رقم 100 لسنة1985.

2–أحمد نصر الجندي،**الأحوال الشخصية في القانون الكويتي**،دار الكتب القانونية،مصر،2006،ص393.

3–عبد الرحمان الصابوني،**نظام الأسرة و حل مشاكلها في ضوء الإسلام**،الطبعة1،دار الفكر،دمشق،2001،ص208.

4–قرار رقم 52221 الصادر بتاريخ1989/3/13،المجلة القضائية1989،العدد1،ص112.

بالإضافة إلى الحالة المنصوص عليها وهي حالة تمديد سن الحضانة لذكر من 10 إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية[1].

وفي قرار صادر عن القضاء المصري: "من المقرر بقضاء النقض أن حضانة النساء تنتهي ببلوغ الصغير سنا معينة ،وبلوغ الصغير هذه السن ليس حدا تنتهي به حضانة النساء حتما.علة ذلك ،أن للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية بما يتحقق مصلحة الصغير إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة[2].

وهناك مسألة أخرى على القدر من الأهمية ،والتي كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهي رغبته في الانتقال ،فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهاء حضانته الانتقال للعيش لدى الجهة التي تحدد لذلك ،بسبب تعوده العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة[3].

وهنا يكون القاضي أمام أمرين:

الأول: هو تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء الحضانة بالنسبة للأم وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى لو رفض الصغير ذلك.

الثاني: هو الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته ،على اعتبار مصلحة المحضون هي الركيزة الأساسية في كامل أحكام الحضانة[4].

والقانون الجزائري لم ينص على هذه المسألة الهامة ،ولكن لا يمنع القاضي من الأخذ بها في سبيل التعرف على مصلحة المحضون ،ويحدث ذلك عندما يثار نزاع بين أصحاب الحق في الحضانة بسبب انتهاء المدة الأولى وهي عشر سنوات بالنسبة للذكر ،فلو أراد القاضي تمديدها إلى الحد الأقصى وهو 16سنة،فما عليه سوى التعرف على مصلحة المحضون بين طالبي الحضانة ،وذلك بإجراء تحقيق معمق وفحص الأدلة المقدمة من أطراف النزاع والموازنة بينها ،وقد يستعين القاضي في ذلك بالأخصائيين الاجتماعيين للتعرف على مصلحة الطفل ،كما قد يستمع إلى الشهود من الأقارب أو الجيران .وفوق ذلك كله قد يستمع إلى الطفل المعني بالحضانة لمعرفة اتجاه رغبته الملحة في البقاء مع الحاضن الأول أو الانتقال إلى حاضن غيره ،وقد يتبين للقاضي رغبة الطفل من خلال شهادة الشهود أومن خلال تقارير الخبراء و الأخصائيين الاجتماعيين والنفسانيين[5].

كما نجد المادة 166من مدونة الأسرة المغربية(سالفة الذكر)أخذت بمعيار رغبة المحضون البالغ من العمر 15سنة في اختيار من يحضنه ،وبذلك أيضا قضت محكمة وزان في ظل

1-مروة بن شويخ،مرجع سابق،165.

2-الطعن رقم11لسنة1964،قانون الأحوال الشخصية،جلسة1999/6/28،مجلة القضاة،العدد2،1،ص631.

3-الرشيد بن شويخ،**شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**،الطبعة1،دار الخلدونية،الجزائر،2008،ص258.

4-الرشيد بن شويخ،مرجع سابق،ص258.

5-مروة بن شويخ،مرجع سابق،ص،ص166،165.

النص السابق من المدونة لصالح الطفلة التي فضلت البقاء مع جدتها بدل الانتقال لوالدها المتزوج بامرأة أخرى[1].

ونفس الوضع أيضا تجده في القانون المصري في المادة20من من قانون الأحوال الشخصية المعدل الذي أخذ بمسألة تخيير المحضون الذكر البالغ من العمر 15 سنة بين البقاء مع حاضنته دون أجر الحضانة أو الانتقال مع وليه ،وقد كان القضاء المصري أكثر جرأة عندما ذهب إلى الاستجابة لطلب طفل التماس إسقاط حضانة أمه و أبيه ،وطلب من المحكمة ضمه لعمته لأنه يعيش واقعا مخزيا مع أمه و أبيه ،مما جعل القضاء المصري يعتد بأهليته في اختيار من يشرف عليه ويرعاه[2].

المطلب الثالث: سقوط الحضانة لاختلال شروطها و لتوطن في بلد أجنبي.

يسقط حق الحاضن في حضانة المحضون بعدما كانت له في وقت سابق في حالة ما إذا طرأت على استحقاقه للحضانة حالات قد من شأنها أن تخول غيره من أصحاب الحق في الحضانة طاب إسقاطها عنه ،وتتمثل هذه الحالات في اختلال الشروط المنصوص عليها في المادة62 (الفرع الأول) والتنقل بالمحضون لتوطن ببلد أجنبي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: سقوط الحضانة لاختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62.

تنص المادة 67من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62أعلاه.ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ،غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

تشير هذه المادة بأن حق الحضانة يسقط عن صاحبه باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة62 وهي على ما يبدو عجز الحاضن أو المحكوم له بحق الحضانة عن توفير الرعاية والتربية للمحضون ،وافتقاره للقدرة على تربيته على دين أبيه ،وحفظ صحته وخلقه.

مع الملاحظة أن واضعي التعديل 2005أصروا على ذكر أن عمل الحاضنة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب إسقاط الحضانة عنها، و احتياطا ربطوا هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى لو كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية و العناية، وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون[3] .

1-حكم صادر عن محكمة وزان رقم577في الملف115-2001بتاريخ2001/12/19،العدد3،ص168.

2-رشيد مشقاقة،(أهلية الطفل لإسقاط الحضانة عن والديه)،جريدة العلم المغربية العدد1993،15839،ص7.

3-عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص142.

و قد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن لا يعتبر العمل مسقط للحضانة، حيث جاء في أحد قراراتها : " عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية "[1].

و الملاحظة أن المقصود باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة62 من قانون الأسرة الجزائري أنها على العموم القدرة و الأمانة والاستقامة و حسن الخلق و التربية على تعاليم الدين الإسلامي، فيفترض أن يكون من أسندت إليه الحضانة فيه القدرة على القيام بها و السعي لتحقيق هذه الأهداف، و أي خروج على هذا المسعى يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنه شريطة الإثبات أمام القضاء، لأنها عبارة عن وقائع تكون قابلة للإثبات بكافة الطرق[2].

و هذا ما أكدته المحكمة العليا حين قضت بأنه: " من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة و مضرة بالمحضون و متعارضة مع مصلحته... والمجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لودها يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3]، و في قرار آخر:" لا يعتبر محضر مصالح الأمن دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة"[4].

و في سقوط الحضانة بسبب اختلال شرط الأمانة و الاستقامة قضت المحكمة العليا أنه: " من المقرر فقها و قانونا أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. و لما كان ثابتا- في قضية الحال- أن المجلس عندنا أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[5].

ومن القضاء المصري في هذا الشأن نجد ما قررته محكمة النقض من انه: " إذا خيف على الصغير أن يألف ما عليه الأم من سيرة فاسدة فقد نص على أن المناط في الحضانة هو الرعاية صالح و بالتالي القضاء بسقوط حضانة الفاسقة إذا الضياع أو كان الصغير بحيث يعقل ما تأتي به الحضانة أو خيف عليه أن يألف ما تأتي به و لو لن يعقل" .

ومن مسقطات الحضانة أيضا ارتكاب الحاضن فاحشة أو جريمة الزنا، و ذلك خوفا على المحضون، وهي من المسائل التي لها أهمية كبيرة، و هذا السبب لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة و إنما يستشف من قرار للمحكمة العليا حيث جاء فيه:

"من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين – في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة

1-قرار رقم 274207بتاريخ2002/7/3،المجلة القضائية،العدد2004،1،ص271.

2-مروة بن شويخ،مرجع سابق،ص168.

3- مروة بن شويخ،مرجع سابق ،ص168.

4-قرار رقم245123بتاريخ2000/7/18،المجلة القضائية2004،العدد1،ص253.

5-قرار في الملف رقم:53578،صادر بتاريخ1989/5/22.

الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة62 من قانون الأسرة"[1].

و في قرار آخر جاء فيه: " يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون"[2].

و في الحقيقة فإننا نجد بعض التناقض في قرارات المحكمة العليا بشأن هذا الموضوع، فجريمة الزنا هي من مسقطات الحضانة بسبب الخوف على المحضون من الفساد و مع ذلك أجازت المحكمة العليا إسناد الحضانة للام المدانة في جريمة الزنا بدعوى المحافظة على مصلحة المحضون، و الحقيقة أنه يجب التحفظ على ما ذهبت إليه المحكمة العليا إلا أن يكون حالة استثنائية كحالة عدم وجود حاضن آخر من الأقارب بالنسبة للصغير[3].

الفرع الثاني: سقوط الحضانة للتوطن في بلد أجنبي.

إن تعسف الحاضنة بتغييرها لموطنها وانتقالها بالمحضون فإنه قد يفتح الباب لتدخل القاضي ،و يوجب إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب استحالة ممارسة الأب حقه في الرقابة فللقاضي أن يمنعها من ذلك ،فيكون أمام الحاضنة إما الرجوع أو إسقاط الحضانة عنها ،كما يمكنه أن يسمح لها بالسفر بالمحضون إذا أرى في ذلك مصلحة له.

أولا: حالة منع القاضي السفر بالمحضون.

يستفاد من مضمون المادة 69من قانون الأسرة المعدل بأنه إذا أراد الشخص الذي صدر لصالحه حكم الحضانة أن يستوطن ببلد أجنبي خارج الجزائر فإن حقه في الحضانة يسقط غالبا ،إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنة ،وبالتالي فقد ترك المشرع الأمر بيد القاضي الذي يراعي مصلحة المحضون لأن المسألة مرتبطة بمدى صعوبة مراقبة أحوال المحضون والناتجة عن الانتقال به إلى بلد أجنبي ،إذ قد يحرم الأب مثلا وهو صاحب الحق الزيارة في ممارسة هذا الحق ،فإذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب عدم نقله إلى بلد آخر كان له أن يمنع الحاضن من السفر به خارج الوطن،وإذا أصر هذا الأخير على السفر لجأ القاضي إلى إسقاط حضانته وإعادة إسنادها إلى من هو أهل لها[4].

وإن عسر مراقبة أحوال المحضون المسقط للحضانة هو من الأمور النسبية التي تختلف باختلاف ملابسات النازلة وظروف المعنيين ،وإذن أن العسر قد يكون مرتبط بوسائل المواصلات أو بالظروف الخاصة للولي ،وما على المدعي بالعسر إلا إثبات إدعائه لذلك فالقاضي ،فالقاضي عند الحكم بإسقاط الحضانة في هذه الحالة أن يراعي وسائل النقل الحديثة المعروفة الشائعة بين الناس في تحديد مسافة البلد المتنقل إليه حسب كل زمان وكل عرف

1- قار رقم 171684،الصادر بتاريخ 1997/9/30،مقتبس عن:الرشيد بن شويخ،مرجع سابق،ص263.

2-قرار رقم564787بتاريخ2010/7/15،مجلة المحكمة العليا،العدد2010،2،ص262.

3-مروة بن شويخ،مرجع سابق،169.

4-عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص142.

ومقدور الأب الصحي و المادي على السفر و التنقل ،وبعبارة أخرى فالعسر قد يكون سببه طول المسافة ،وقد يكون سببه فقر الولي بحيث لا يستطيع تحمل مصاريف السفر[1].

ثانيا: حالة سماح القاضي السفر بالمحضون:

يظهر من خلال نص المادة69 أن المشرع عالج موضوع السفر بالمحضون بتفرقة ضمنية غير صريحة بين الحالتين: الحالة الأولى، و هي ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني؛ و الحالة الثانية ، وهي ممارستها خارج التراب وطني. وقد نظم الحالة الثانية في المادة69 من ذات القانون و ترك الحالة الأولى إذا لم يتضمن هذا القانون أحكاما خاصة بهذه الحالة.

و بالتالي فإن الأصل في السفر بالمحضون للتوطن في مدينة جزائرية، مهما كان بعد الأب عن ممارسة الحضانة، أي غير تلك الموجود فيه أب المحضون لا تستند إلى هذه المادة69 المخولة لطلب إسقاط الحضانة، لأنه إلى جانب بعد المسافة الذي يعيق ممارسة حق الزيارة، تطرح على القاضي قضية أخرى وهي مدى تقارب الآداب العامة للجزائر مع الآداب العامة للبلد الأجنبي، و لعلها العلة في تقرير إمكانية منع السفر بالمحضون.

فمن غير المعقول عدم السماح للحاضن باصطحاب محضونه إذا ما تنقل داخل الوطن أما من اجل الإقامة و إما لأغراض أخرى تحججا ببعد المسافة، و ذلك نظرا لما عرفته البشرية مؤخرا من تطور في وسائل النقل التكنولوجي التي من شأنها اختصار المسافات بين مقر سكن الحاضن بمحضون و مقر سكن صاحب الحق في الزيارة.

وعلى كل فمشكل الانتقال بالمحضون إذا لم يظهر جليا في حالة الإقامة في نفس الوطن، فإنه مع ذلك يظهر في حدته إذا كان الأب متزوجا بمغتربة أو أجنبية و انتقلت بالمحضون إلى مواطنها الأول بعد الطلاق[2].

إذ من المقرر شرعا أن الحضانة إذا كانت أما مطلقة و انتهت عدتها، ثم أرادت أن تسافر بولدها أثناء فترة الحضانة فيجوز لها ذلك بشرطين[3]:

1- أن يكون البلد الذي ترغب في السفر إليه هو وطنها الذي نشأت فيه

2- إذ كان عقد زوجها مع والد المحضون قد تم في هذا البلد .

فإذا لم يتوافر هذان الشرطان فلا يجوز لأم المحضون آن تنتقل به إلى غير بلد الأب دون إذن هذا الأخير إلى إذا كانت المدة قصيرة أو كانت المسافة قصيرة بحيث يمكن للأب السفر إلى هذا البلد و الرجوع منه في يوم واحد[4].

1-مروة بن شويخ،مرجع سابق،ص،ص171،170.

2- مروة بن شويخ، مرجع سابق ،ص171.

3-عبد الرحمان الصابوني ،مرجع سابق،ص211.

4- المرجع نفسه ،ص211.

غير أن ما يثير الانتباه كون المشرع الجزائري لم ينص على حالة ما إذا كان السفر عرضيا، أي ليس تغير للإقامة و إن ما لأحد الأسباب التي يمكن لشخص وفقها أن يقرر السفر إلى بلد أجنبي دون تغير الإقامة، خاصة لما تكون المدة التي سيمكث فيها في ذلك البلد لاستوجب ذلك ،بمعنى أن الأمر في منح إذن السفر بالمحضون لا يكون في جميع الحالات، بل يمنح فقط لي ضرورات القسوة، والتي توجد فيها مصلحة كبيرة. ولعل من أبرز الظروف التي تسمح لي القاضي الأمور المستعجلة بمنح الإذن عليه، السفر من أجل الاستشفاء، أو السفر في إطار بعثة ثقافية أو رياضية تسهر عليها سلطات عمومية[1].

من ثم يمكن القول بأن الحالة التي يتوفر فيها السفر العرضي المؤقت، يعفي الحاضن من اللجوء للقضاء قصد إصدار رخصة لسفر بالمحضون ،و هو ما يستشفي من خلال إعمال مفهوم المخالفة لنص المادة69 أعلاه. إلا إذا أعترض من له حق الزيارة على ذلك، على اعتبار أن أمر سيمس بممارسة حقه في زيارة المحضون مدة السفر[2].

المطلب الرابع: سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة

ويحدث أن تسقط الحصانة بسبب زواج الحاضنة، و إرتباطها الكامل برجل أخر حيث تكون كما يلي .

الفرع الأول: سقوط حق الحضانة للمتزوجة بغير قريب محرم.

نصت المادة66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يسقط حق الحاضنة بتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

مقتضى هذا النص أن الزواج بغير قريب محرم يعد أحد أسباب التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة وهو يعد من الظروف المتغيرة. ومعنى ذلك أن كل زوجة وقع طلقها من زوجها بحكم قضائي و أسندت لها الحضانة أولادها منه، يسقط حقها في هذه الحضانة بمجرد زواجها مع شخص ليس له علاقة قرابة مع المحضون. و في ذلك المحكمة العليا بأنه:" من المقرر في الأحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرآة الحاضنة و لو كانت أما فأحر بغيرها، أن تكون خالية من الزواج بأجنبي، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإشغالها عني المحضون، لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ و أسند الحضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"[3].

فإذا قام من له الحق في الحضانة المحضون من الأشخاص الواردة ذكرهم في المادة64 من قانون الأسرة الجزائري برفع دعوة أمام المحكمة لي طلب إسقاط حق الحضانة الأم لي هذا السبب، فأن المحكمة تستجيب حتما لي هذا الطلب، و تقضي بإسقاط حق الأم في الحضانة و تمنحها إلى غيرها ممن لهم الحق فيها إذا قاموا بطلبها، أي إسنادها لمن تتوفر فيه مصلحة المحضون.

1-محمد كشبور ،مرجع سابق،ص347.

2-مروة بن شويخ ،مرجع سابق،172.

3-قرار المجلس الأعلى الجزائري،رقم40438 بتاريخ1986/5/5،المجلة القضائية1989،العدد2،ص75.

-حالة عدم وجود حاضن غير الأم المتزوجة بأجنبي:

لعلى من أبرز الظروف التي قد تؤدي إلى عدم سقوط الحضانة عن الأم رغم زواجها بأجنبي هو تعارض إسقاط حضانتها لهذا السبب مع مصلحة المحضون كأن يكون رضيع يحتاج إلى أم ترعاه أو ألا يكون هناك حاضن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها غير الأم[1].

وبالتالي في مثل هذه الحالات لا يمكن القول بسقوط حضانة الأم حتى لا يضار المحضون على اعتبار أن مصلحة المحضون هي العمود الفقري في أحكام الحضانة[2].

وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها أن خلو الحاضنة من الزواج الأجنبي كشرط من شروط صلاحياتها للحضانة يخضع لي تقدير القاضي فله أن يبقي الصغير في يدها إذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار باكتفاء بأخفها.

حالة حق في الحضانة بانتهاء الزواج:

إن أحكام الصادرة بإسقاط الحضانة بسب الزواج بغير قريب ذات حجية مؤقتة تبقى قائمة طالما أن سبابها باقية لن تتغير، فإذا تغيرت هذه الأسباب زال سبب سقوط و أمكنت العودة للمطالبة بحق الحضانة. و بالتالي يجوز إعادة الحضانة إلى الحاضنة إذا ما عادت إليها شروط الحضانة بأن طلقت بالزوج الأجنبي[3].

و لقد نصت المادة71 من قانون الأسرة الجزائري على انه:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". وتطبيقا لي هذي المادة قضت المحكمة العليا بأنه:" طبقا لقانون المادة71 من قانون الأسرة،فإن الحق في الحضانة يعود إذا زال السبب سقوطه غير اختياري، و لأن سقوط حضانة المودعة به- في قضية الحال- لم يكن اختياري بل كان لسبب زواج الطاعنة، رغم علمه بطلاقها، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة"[4].

ونصت المادة170 من مدونة الأسرة المغربية على انه:" تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها. يمكن للمحكمة ان تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون".

و بذلك تكون العودة الحق في الحضانة بعد سقوطها بسبب الزواج بغير قريب محرم مبني على أساسين الأول يتمثل في انتهاء هذا الزواج و الثاني يتعلق بمصلحة المحضون التي تقضي في بعض الأحيان بقائه مع أمه رغم زواجها.

1-سامح سيد محمد،**المشكلات العلمية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر و الدول العربية**،دار المعارف،مصر،2010،ص126.

2-الطعن رقم457لسنة75جلسة2006/10/16،مقتبس عن:سامح السيد محمد،مرجع سابق،ص125.

3-سامح سيد محمد،مرجع سابق،ص126.

4-قرار رقم152308بتاريخ2000/11/21،المجلة القضائية2002،العدد2،ص254.

الفرع الثاني: سقوط حق الجدة و الخالة بسكنهما مع أم المحضون المتزوجة.

القاعدة أن أم المحضون المتزوجة من أجنبي أنها تستقل بمسكنها الخاص بعيدا عن الجدة لأم أو الخالة، إلى إذا اقتضت الظروف و الأحوال مسكن الزوجية مع الجدة لأم و الخالة بسبب تغير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية، كأزمة السكن الخانقة التي تعاني منها أغلب الأسر الجزائرية.

و تنص المادة70 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

وعليه فوفقا لهذا النص فإن سكن الخالة أو الجدة- إذا ما تقرر الحق في الحضانة لصلحهما- مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم بالنسبة إلى الطفل المحضون يشكل سبب من أسباب سقوط حق الجدة و الخالة في الحضانة، ولا يسقط الحق في الحضانة لهذا السبب إلى بموجب حكم قضائي يصدره القاضي المختص بناءا على طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة64 المعدلة.

و يكفي الأمر بالنسبة للمدعي أن يثبت بكافة الطرق الإثبات سكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة من أجنبي عن المحضون. فإذا تبين له هذا الأمر فإن القاضي يقضي بإسقاط الحضانة عنهما[1].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن في القضاء الجزائر ينجد قرارا للمحكمة العليا ومما جاء فيه:

"من المقرر شرعا أن يشترط في الجدة لأم الحاضنة أن تكون غير متزوجة وألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي ،وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا"[2].

ومن القضاء الغربي ما قرره المجلس الأعلى:"إن الجدة الطالبة لاستحقاق الحضانة تسكن مع ابنتها المطلقة والتي سقطت حضانتها" ،وما ردت به المحكمة عن هذا الدفع من كون الفصل 98 لم ينص على عدم سكنى المستحق للحضانة مع من سقطت حضانته ،هذا الجواب غير سليم ،فقد قال الشيخ خليل:". ثم أمها ثم الجدة إذا انفردت بالسكن عن أم سقطت حضانتها. "،ولما لم تعتبر المحكمة ما ذكر وقضت للجدة باستحقاق الحضانة رغم ثبوت سكناها مع بنتها التي سقطت عنها الحضانة تكون قد خالفت القانون وعرضت قرارها للنقض"[3].

1-مروة بن شويخ،مرجع سابق،ص،ص176،175.

2-قرار المجلس الأعلى الجزائري رقم50011،بتاريخ1988/06/20،المجلة القضائية1991،العدد2،ص57.

3-قرار المجلس الأعلى المغربي رقم1208،بتاريخ1994/9/4،مجلة القضاء و القانون،العدد47،ص163.

خلاصة الفصل الثاني:

تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بالأشكال المؤدية إلى التعسف في استخدام حق الحضانة من خلال إبراز أهم الطرق المؤدية لهذا التعسف و التي تضر بالمحضون في بالدرجة الأولى ،و إعطاء فقهاء الشريعة الإسلامية أهمية بالغة لهذا الموضوع كونه يضر بتشتت الأسرة بصفة عامة و بالأطفال بصفة خاصة ،فللحاضن حقوق ملزم بتنفيذها في حماية المحضون من خلال تعليمه و تربيته وتأديبه و المحافظة عليه من أي مخاطر قد تجلب له المضرة ،وفي حالة الإخلال بهذه الواجبات يسقط حقه في الحضانة بقوة القانون ،أو بالتنازل عنه من جانب الحاضن متى شاء ذلك أو بانتهاء مدتها القانونية، كما أنه يمكن الرجوع الحضانة إلى صاحبها في حال زوال الأسباب التي أدت إلا سقوطها ما دامت في مصلحة المحضون.

الـخاتمــة

في ختام بحثنا هذا نخلص إلى القول بأنه من أجل حماية الطفل من التعسف أحد الوالدين أو من كفل له القانون حق الحضانة أثناء إنتهاء الرابطة الزوجية حماه المشرع أو الشريعة الإسلامية والفقهاء ،بمجموعة من القواعد والقوانين و التوصيات و القرارات التي تكفل حقه وهدفهم من كل ذلك حماية الطفل و المحافظة على مصالحه.

والمشرع الجزائري كغيره من المشرعين نظم العديد من الأحكام المتعلقة بالحضانة بتبنيه مجموعة من القوانين(قانون الأسرة الجزائري) والتي عمل القضاء على تكريسها و تطبيقها.

وقد حرص المشرع الجزائري على توفير الحماية للمحضون وحفاظا على مصلحته ساعيا في ذلك إلى تحقيق ما هو أفضل للطفل باعتباره أكبر المتضررين من عملية الطلاق.

ويعتبر موضوع الحضانة من أكبر المواضيع التي إهتمت لها الشريعة الإسلامية والقوانين من خلال التعريفات الموضوعة لها فحاول المشرع أن يبين من لهم حق الحضانة وتبيان خصائصها و العقوبات المرتبة عن الحاضنين في حالة التعسف في استخدام حق الحضانة.

و نظرا لأهمية موضوع الحضانة تدخل المشرع الجزائري عن طريق تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر(05-02)الذي أقر ضمانات جديدة تكفل رعاية الطفل ومصلحته من خلال:

- تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وهدفه من ذلك المساواة بين الأم و الأب وإقراره لمبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون.

كما أن عمل المرأة لا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها.

تدعيم المنظومة التشريعية المتعلقة بالمرأة و الطفل المحضون من خلال إنشاء صندوق النفقة من أجل حمايته.

وبرغم جملة من القوانين التي سنها المشرع من أجل حماية الطفل المحضون فقد يتعسف أحد الأبوين أو من كفل له القانون أو القضاء حق الحضانة في استخدامها ،وقد حددت مجموعة من الأشكال التي تؤدي إلى التعسف في استخدام حق الحضانة ،ومن هذه الأشكال:

- التعسف في زيارة المحضون.
- التعسف في حفظ المحضون.
- التعسف في نفقة المحضون.

ومن خلال كل ما سبق يمكن استخلاص **النتائج** التالية:

- يعاب على قانون الأسرة الجزائري عدم تحديده لمصطلح الأهلية من خلال نص المادة 62 منه ،وذلك بالإكتفاء بعبارة أهلا لذلك.

- لم يبين المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري من لهم الحق في الحضانة باختصار مصطلح من هم الأقربون درجة ،بل ترك السلطة التقديرية للقاضي.

- تنوعت أشكال التعسف في استخدام حق الحضانة من طرف الفقهاء كا حسب النظرة التي ينظر منها إليها.

- التأكيد على مصلحة المحضون مهما تعددت الأشكال التعسف في استخدام الحضانة.

- لم يبين المشرع الجزائري من خلال نص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري سبب حصر سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة بالسكن بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون.

إنشاء صندوق النفقة يعد حلا يقلل من النزاعات القائمة بين الحاضن ومن وجبت عليه النفقة في حال إمتنع أو تعذر عليه دفعها ،وذلك حماية لمصلحة المحضون.

ومن خلال النتائج المستخلصة يمكننا إبداء بعض **إقتراحات**:

- ضرورة تعديل المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري وتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن عمليا و إعطاء دقة أكبر لهذه الشروط.

- ضرورة تعديل المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري بأن لا يجعل أمر إسقاط الحضانة عن الحاضنة المتزوجة بأجنبي عن المحضون وجوبيا و إنما يمكن أن يقيد بإستثناءات أهمها:

- عدم وجود حاضنة للمحضون سواها.

- عدم حصر أشكال التعسف في استخدام حق الحضانة كسبب من أسباب إسقاط الحضانة ذلك لأنه قد تظهر أشكال جديدة لها.

- زيادة تنظيم العديد من القوانين التي تكفل مصلحة تكون متجددة بتجدد أشكال و أسباب سقوط الحضانة.

وفي الأخير نقول أنه لا يمكن أن يكون لهذه التوصيات صدى و دور فعال مالم تترجم على أرض الواقع من أجل منع أي تجاوزات في حق الطفل المحضون لأن تطبيقها واقعيا هو الذي يكفل الحماية الكاملة لهذا الطفل.

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: المصادر:

1-القرآن الكريم

2-السنة النبوية الشريفة.

1- أخرجه أبي داوود في سننه ،كتاب الطلاق ،باب من أحق بالولد ،تصنيف أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني ،طبعة بن صالح الراجحي ،بيت الأفكار الدولية ،السعودية.

3-الدستور:

1- الدستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 ، الجريدة الرسمية العدد.82

4-النصوص القانونية:

1- قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية العدد82،المعدل والمتمم.
2- القانون رقم05-02، المؤرخ في27فبراير2005، يعدل ويتمم القانون رقم84-11 المؤرخ في جوان1984،المتضمن قانون الأسرة الجزائري،الجريدة الرسمية العدد24.
3- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم25،سنة1920،المعدل بالقانون رقم100،1985.
4- مجلة الأحوال الشخصية التونسية،الطبعة2،المطبعة الرسمية تونس،1982.

5-قرارات:

1- قرار المجلس الأعلى،العدد514،الصادر ب12-04-1983،المنشور بمجلة القضاء و القانون،العدد132.
2- قرار رقم30575،الصادر ب06-06-1983،نشرة القضاء،العدد46،1992.
3- قرار رقم33636،الصادر ب25-06-1984،المجلة القضائية،العدد3،1989.
4- قرار رقم32829،الصادر ب19-07-1984،المجلة القضائية،العدد1،1999.
5- قرار رقم51894،الصادر ب14-12-1988،المجلة القضائية العدد4،1990.
6- قرار رقم53340،الصادر ب27-03-1989،المجلة القضائية،العدد3،1990.
7- قرار رقم52221،الصادر ب13-05-1989،المجلة القضائية،العدد1،1989.
8- قرار رقم153640،الصادر ب18-02-1997،المجلة القضائية،العدد1،1997.
9- قرار رقم189243،الصادر ب21-04-1998،الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،العدد خاص،2001.

10-الطعن رقم11،1964،قانون الأحوال الشخصية،جلسة28-06-1999،مجلة القضاء،العدد1،2.

11--قرار رقم245123،الصادر ب18-07-2000،المجلة القضائية،العدد1،2004.

12- قرار رقم282153،الصادر ب31-07-2002،المجلة القضائية،العدد1،2004.

13- قرار رقم 331058،المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،18-06-2005.

14-قرار رقم564787،الصادر ب15-07-2010،مجلة المحكمة العليا،العدد2،2010.

15-قرار المجلس الأعلى،العدد425،في الملف الشرعي،العدد63،الصادر ب02-01-2005.

16-قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية،العدد425،في الملف الشرعي العدد63،الصادر ب12-01-2005.

17-قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية،العدد296،الصادر ب05-07-1975،منشور مجلة القضاء و القانون،العدد129.

18- قرار المجلس الأعلى الجزائري، رقم 40438 ، الصادر ب: 05-05-1986 ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، 1989

19- الطعن رقم 457 لسنة 1975 ، جلسة 2006 ، مقتبس عن سامح السيد محمد .

20-قرار رقم 152308 الصادر ب: 21-11-2000 ، المجلة القضائية، العدد ،02، 2002

21-قرار المجلس الأعلى الجزائري ، رقم 50011 ، الصادر ب 20-06-1988، المجلة القضائية ، العدد 02 ، 1991.

22- قرار المجلس الأعلى المغربي 1208، الصادر ب 04-09-1994 ، مجلة القضاء و القانون ، العدد 47.

ثانيا: المراجع.

1-الكتب:

أ-الكتب الفقه:

1- أبي الحسن محمد بن حبيب الماوردي،الحاوي الكبير،الطبعة1،دار الكتب العلمية،بيروت،1999

2- أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري،كتاب العين،الجزء8،دار مكتبة الهلال.

3- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الطبعة2،دار الكتب العلمية،1986.
4- الزبيدي،تاج العروس من جواهر القانون،الجزء11،دار الهداية.
5- ابن المنظور، لسان العرب،الجزء9،الطبعة3،بيروت،لبنان.
6- رمضان السيد الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين في حقوق الأولاد،الطبعة1،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2006.
7- الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج،الطبعة1،دار الكتب العلمية،1994.
8- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،كشاف القناع عن متن الإقناع،عالم الكتب،بيروت.
9- شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لدردير،دار إحياء الكتب العربية،مصر.

10-زين الدين إبراهيم بن محمد،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،الطبعة2،دار الكتاب الإسلامي.

11- الشاطبي الحسن آل سلمان،موافقات،الطبعة1،الجزء3،دار بن عفان،1997.

12-أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي،المقدمات الممهدات،الطبعة1،دار الغرب الإسلامي،بيروت،1988.

13-أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي،المقدمات الممهدات،الطبعة1،دار الغرب الإسلامي،بيروت،1988.

14-أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة،المغني،الطبعة2،هجر لطباعة و النشر، القاهرة.

15- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة،المغني،الطبعة2،هجر لطباعة و النشر، القاهرة

16-الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،الجزء2،طبعة الحلبي، القاهرة، مصر.

17-الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،الجزء2،طبعة الحلبي ،القاهرة ،مصر.

18-أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ،الإصناف في معرفة الراجح من الخلاف على المذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل،الطبعة2،دار إحياء التراث العربي ،بيروت.

19-أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ،روضة الطالبين،الطبعة3،المكتب الإسلامي،بيروت،1993.

20-أبي سعيد البرذاغي خلف بن أبي القاسم محمد ،التهذيب في إختصار المدونة،الطبعة1 ،دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث ،دبي،2002.

21-أبي سعيد البرذاغي خلف بن أبي القاسم محمد ،التهذيب في إختصار المدونة ،الطبعة 1 ،دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث،2002.

22- أبي عبد الله محمد بن مفلح،الفروع،الطبعة1،مؤسسة الرسالة،بيروت،2003.

23- أبي عبد الله محمد بن مفلح،الفروع،الطبعة1،مؤسسة الرسالة،بيروت،2003.

24- أشرف محمود بني كنانة ،التعسف في استعمال حق الحضانة ،عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية،عمان،2016

25-بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنة والمذهب الجعفري و القانون،الجزء1،دار النهضة العربية،بيروت،1997.

26-البوتي منصور بن يوسف بن إدريس،كشاف القناع على متن الإقناع،الجزء3،دار الفكر،بيروت،لبنان.

27-جمال الدين بن يوسف الزيعلي،نصب الراية في تخريج الأحاديث الهداية كتاب الطلاق،باب الحضانة الولد أحق،1995.

28- السرخسي محمد بن أبي سهل شمس الأئمة،أصول السرخسي،جزء2،دار المعرفة،بيروت.

29-شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،الإقناع في حل الألفاظ أبي شجاع،دار الفكر،بيروت.

30-شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،الإقناع في حل الألفاظ أبي شجاع،دار الفكر،بيروت.

31-شهاب الدين أحمد النفراوي الأزهري المالكي،فواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني،دار الفكر،1995.

32-محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي،المبسوط،دار المعرفة،بيروت،1993.

33-محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،الطبعة1،دار السلام،الرياض،1997

34- محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،الطبعة1،دار السلام،الرياض،1997.

35- وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي و أدلته،جزء7،الطبعة3،دار الفكر،سوريا،1989.

36- وهبة الزحيلي،جهود التقنين الفقه الإسلامي،مؤسسة الرسالة،بيروت،1987.

ب-كتب القانون:

1- أحمد فراج حسن،أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق وحقوق الأولاد و نفقة الأقارب)،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر،1996.
2- أحمد فراج حسن،أحكام الأسرة في الإسلام وفقا لأحدث التشريعية القانونية،دار الجامعة الجديدة،مصر،2004.
3- أحمد شامي،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات،دراسة مقارنة،كلية الحقوق،مصر،2010.
4- أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات الفقهية-المقارنة-النقدية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،مصر.
5- أحمد نصر الجندي ،الطلاق و التطليق و آثارهما ،دار الكتب القانونية،مصر،2004.
6- العربي البختي ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية،2013.
7- عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري،الطبعة3،دار هومه،الجزائر،1996.
8- عبد القادر داودي ،أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،دار البصائر لنشر و التوزيع،الجزائر،2010.
9- عبد القادر بن حرز الله ،خلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر،.2007

10--محمد عليوي ناصر ،الحضانة بين الشريعة و القانون،الطبعة1،دار الثقافة و التوزيع و النشر،2010.

11-عثمان التكروري ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة لتوزيع و النشر،2015.

12-لحسين بن شيخ آث ملويا ،قانون الأسرة نصا وشرحا(المعدل و المتمم بموجب الأمر05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005)دراسة تفسيرية ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر.

13-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ،الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2008.

14-لحسين بن شيخ آث ملويا ،المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية،الجزء1،الطبعة2،دار هومه،الجزائر،2006.

15-محمد سمارة ،أحكام و أثار الزواج(شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة1، دار الثقافة،عمان،2008 .

16-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد،الطبعة3،دار هومه،الجزائر،2011.

17-حسين الطاهري ،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة1،دار الخلدونية،الجزائر،2009.

18-عبد العزيز عامر ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، الطبعة 1،دار الفكر العربي ،1984.

19-بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الزواج و الطلاق،الجزء1،الطبعة4،ديوان المطبوعات الجامعية،2005.

20-عبد الرحمان الصابوني،نظام الأسرة و حل مشاكلها في ضوء الإسلام،الطبعة1،دار الفكر دمشق،2001.

21-الرشيد بن شويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،الطبعة1،دار الخلدونية ، الجزائر ،2008.

22-فاطمة حداد ،حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري ،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2017.

23-فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق،جزء1،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر.

24-محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،الطبعة3،دار الفكر العربي،القاهرة.

25-محمد أبو زهرة،مباحث في أحكام الفتوى،دار ابن حزم لطباعة و النشر،بيروت،لبنان.

26-وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي و أدلته،جزء7،الطبعة3،دار الفكر،سوريا،1989.

27-عبد الفتاح تقية ،مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادىء و أحكام الفقه الإسلامي ،المطبعة تالا،1999.

28-أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية،مصر،2009.

29-باديس ذيابي ،صور و آثار فك الرابطة الزوجية في القانون الأسرة الجزائري ،دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر،2012.

30-بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة ،الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية) ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004.

31-جمال سايس ،الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية(قرارات المحكمة العليا)،الطبعة1،منشورات كلينيك المحمدية،الجزائر،2013.

32-سامح سيد محمد ،المشكلات العلمية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر و الدول العربية ،دار المعارف،مصر،2010.

33-عبد الرحمان صابوني ،نظام الأسرة في حل مشاكلها في ضوء الإسلام،الطبعة1،دار الفكر،دمشق،2001.

34-محمد الكشبور ،الوسيط في شرح الأحوال الشخصية،الطبعة5،مطبعة النجاح الجديدة ،دار البيضاء،2003.

35- محمد عليوي السرطاوي ،فقه الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق ،دار الفكر، الأردن، 2008.

36-محمد كمال الدين الإمام ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين(دراسة تاريخية تشريعية وقضائية)،جزء2،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،2001.

37-نسرين الشريفي ،كمال بو فرورة ،قانون الأسرة الجزائري،الطبعة1،دار بلقيس ، الجزائر ،2013.

2-الرسائل الجامعية:

أ-رسائل الدكتوراه:

1- زكية حميدو ،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ،دراسة مقارنة ،رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة تلمسان،2004-2005

ب-مذكرة الماجستير:

1- عزيزة حسيني ،الحضانة في قانون الأسرة فضاء الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق و العلوم القانونية ،بن عكنون ،جامعة الجزائر،2001.
2- عيسى طعيبة ،سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر،2011.
3- نبيلة تركماني ،أسباب الطلاق و آثار القانونية والإجتماعية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق ،بن عكنون ،جامعة الجزائر،2001.
4- مروى خضر عياد ،التعسف في استعمال حق الحضانة ،بحث لاكتمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن ،كلية الشريعة و القانون ،جامعة الإسلامية غزة،2015.

ج-مذكرة الماستر:

1- سهام كربال ،الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،البويرة،2012-2013.

3-المجالات:

1- محكمة عليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،قرار صادر بتاريخ 20-04-1984،ملف رقم 2549،المجلة القضائية،العدد4،1989.

2- أشرف محمود عقلة بني كنانة ،التعسف في استعمال حق الحضانة و آثارها ،ندوة أثر المتغيرات في أحكام الحضانة ،المجمع الفقهي الإسلامي ،كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ،جامعة أم القرى ،مكة المكرمة.
3- إسماعيل غازي مرحبا ،التعسف في استعمال حق الحضانة(حقيقته-صوره-علاجه في القانون المقارن)،مجلة جامعة طيبة للآداب و العلوم الإنسانية،العدد09،جامعة أم القرى،مكة المكرمة.
4- براهيمي حنان ،أحكام الحضانة في قانون الأسرة و تعديلاته مع إجتهادات المحكمة العليا،مجلة المنتدى القانوني،العدد4،جامعة محمد خيضر بسكرة،جوان2007.
5- جلالي تشوار،أحكام الأسرة بين الإجتهاد و التقنين،مجلة الحياء،العدد4،باتنة،2001.
6- رشيد مشقاقة،أهلية الطفل لإسقاط حق الحضانة عن والديه،مقال منشور بجريدة العلم المغربية،العدد15839،بتاريخ18-12-1993.
7- سامية بن قوية،آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية،كلية الحقوق،العدد 1،جامعة الجزائر،2010.
8- سناء عماري،التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري،مجلة العلوم القانونية و السياسية،العدد2،المجلد10،جامعة بسكرة.

10-فاطمة حداد ،التعسف في استخدام حق الحضانة فقها و قانونا ،مجلة الدراسات الفقهية و القضائية،جوان2018.

11-مروة بن شويخ ،مسقطات الحضانة بين النص و التطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري ،و المغربي ،و المصري ،مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة البليدة2.

12-السيد السباق ،فقه السنة(نظام الأسرة ،الحدود و الجنايات)المجلد2،الطبعة1،دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع،لبنان،1980.

شكر و عرفان

إهداء

مقدمة.....07

الفصل الأول: ماهية التعسف في إستخدام حق الحضانة.....11

المبحث الأول: مفهوم الحضانة.....12

المطلب الأول: تعريف الحضانة.....12

الفرع الأول: تعريف الحضانة فقها.....12

الفرع الثاني: تعريف الحضانة قانونا.....14

الفرع الثالث: دليل مشروعية الحضانة.....15

الفرع الرابع: مدة الحضانة.....17

المطلب الثاني: خصائص الحضانة.....18

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام.....18

الفرع الثاني: الحضانة حق مشترك 18

الفرع الثالث: الحضانة غير قابلة للتجزئة.....19

الفرع الرابع: الحضانة تتم بمقابل مالي أو بدونه 20

المطلب الثالث: مستحقي الحضانة.....21

الفرع الأول: شروط إستحقاق الحضانة 22

الفرع الثاني: مستحقي الحضانة في ظل القانون القديم84-11 26

الفرع الثالث: مستحقي الحضانة في ظل التعديل 2005.....28

المبحث الثاني: مفهوم التعسف 28

المطلب الأول: تعريف التعسف 28

الفرع الأول : تعريف التعسف عند الفقهاء.....29

الفرع الثاني: تعريف التعسف في القانون.....32

المطلب الثاني: حكم التعسف 32

المطلب الثالث: مفهوم التعسف في إستخدام حق الحضانة.....33

الفرع الأول: تعريف التعسف في إستخدام حق الحضانة.....33
الفرع الثاني: أثر التعسف في إستخدام حق الحضانة.....34
الفصل الثاني: الأشكال المؤدية للتعسف و سقوط الحضانة.....37
المبحث الأول: الأشكال المؤدية للتعسف في إستخدام الحضانة.....38
المطلب الأول : التعسف في زيارة المحضون و الإنتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي.....38
الفرع الأول: تمكين المحضون له من زيارة المحضون.....38
الفرع الثاني: الإنتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي 39
المطلب الثاني: التعسف في تأديب و تربية المحضون و حفظه.....42
الفرع الاول: التعسف في تأديب و تربية المحضون 42
الفرع الثاني : التعسف في حفظ المحضون 45
المطلب الثالث : التعسف في نفقة المحضون 46
المبحث الثاني: سقوط حق الحضانة.....48
المطلب الأول : سقوط الحضانة بالتنازل عنها و عدم المطالبة بها.....48
الفرع الأول: سقوط حق الحاضن المتنازل عن الحضانة.....48
الفرع الثاني: سقوط حق الحاضن لعدم طلبه للحضانة لمدة سنة.....50
المطلب الثاني: سقوط الحضانة لإنتهاء مدتها القانونية.....51
الفرع الأول: السن القانون لإنتهاء الحضانة.....51
الفرع الثاني: حالا تمديد مدة الحضانة.....52
المطلب الثالث: سقوط الحضانة لإختلال شروطها و لتوطن في بلد أجنبي.....54
الفرع الاول: سقوط الحضانة لإختلال الشروط المنصوص عليها في مادة60.....54
الفرع الثاني: سقوط الحضانة للتوطن في بلد أجنبي.....56
المطلب الرابع: سقوط الحضانة بسبب زواج الحاضنة.....58
الفرع الاول: سقوط حق الحاضنة المتزوجة بغير قريب محرم 58
الفرع الثاني: سقوط حق الجدة و الخالة لسكنهما مع أم المحضون المتزوجة.....60
الخاتمة.....63

قائمة المصادر و المراجع.....65

الفهرس.....73

ملخص

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوع التعسف في استخدام حق الحضانة باعتباره من أهم المواضيع القديمة و المتجددة بتجدد أشكالها.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا الموضوع من خلال جملة من القوانين خاصة منها قانون 84-11 وتعديل 05-02 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري ،فقد حدد شروطها ومن لهم الحق الحضانة و أسباب سقوطها في حالة ما إذا تعسف أحد الأبوين أو من كان له الحق فيها، إضرارا بالطفل المحضون عن طريق تحديد أشكال التعسف والنتائج لمترتبة عن هذه الأشكال وهي إسقاط الحضانة ،والتي تعد أهم الضمانات التي وضعها المشرع وكذا باقي المشرعين هدفهم في ذلك حماية مصلحة الطفل المحضون.

Résumé:

Cette recherche traite de la question de l'abus dans l'utilisation du droit de garde. Car c'est l'un des sujets anciens et renouvelables les plus importants dans le renouvellement de ses formes.

Le législateur algérien a organisé cette question à travers une campagne de lois, Notamment la loi 84-11 et l'amendement 05-02 portant loi algérienne sur la famille, Le gardien de l'enfant en identifiant les formes de maltraitance et les conséquences de ces formes, Qui est la déchéance de l'immunité, Quelles sont les garanties les plus importantes fixées par le législateur; ainsi que le reste des législateurs, dont le but est en cela de protéger les intérêts de l'enfant**.**