التعسف في استعمال حق الحضانة فقها و قانونا

بقلم
أ/ فاطمة حداد *

الملخص

أولت الشريعة الاسلامية و التشريع الوضعي عناية كبيرة للطفل، فشرعت الكثير من الأحكام المتعلقة به، محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه، وتعد الحضانة من أهم المسائل التي أقرتها لأجل توفير الحماية المادية و المعنوية للمحضون، ذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة مما يجعل الحق في المحضون يكتسب ازدواجية بين الأم و الأب، فينشأ عنه وجود التعسف في استخدام حقهما في الحضانة، فكل واحد منهما يعتبر نفسه على صواب.

ومن هنا فالإشكال المطروح هو: كيف عالج المشرع الجزائري التعسف في استعمال حق الحضانة مقارنة بالفقه الاسلامي؟

* كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي التبسي – تبسة – الجزائر.
haddadfatma12000@gmail.com .

أرسل البحث بتاريخ: 2018/01/21 - أجيز البحث بتاريخ: 2018/06/03.

الكلمات المفتاحية: الحضانة؛ التعسف؛ الطفل.

مقدمة

أولت الشريعة الاسلامية و التشريع الوضعي عناية كبيرة للطفل، فشرعت الكثير من الأحكام المتعلقة به، محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه و صيانة أفراده من الفساد، وتعد الحضانة من أهم المسائل التي أقرتها لأجل توفير الحماية المادية و المعنوية للمحضون، ذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة، وقد جعلت الحضانة ابتداء للنساء لأنهن أكمل في الشفقة من الرجال، وأقدر على الرعاية و الصبر، ولكن قد ينازع النساء في حق الحضانة والد المحضون لحق يراه لنفسه في انتزاعه من أمه أو ممن يليها من النساء، مما يجعل الحق في المحضون يكتسب ازدواجية بين الأم و الأب، فينشأ عنه وجود التعسف في استخدام حقهما في الحضانة.

ولا شك أن التعسف في استعمال الحق يعتبر تعدياً على حق الآخرين، فكل واحد منهما يعتبر نفسه على صواب والطرف الآخر على خطأ، لأنه يرى نفسه الأجدر ربما لمصلحة موهومة كبرت في نفسه، وهنا يأتي الشرع ليوازن بين الحقوق، ويمنع التعسف الواقع، ويعيد الأمور إلى نصابها.

تعود أهمية دراسة الموضوع إلى بيان مدى استطاعة المشرع الجزائري على توفير الحماية اللازمة للأولاد كونهم همزة الوصل المتبقية بين الآباء و الأمهات، كما ترجع الأهمية إلى أن الموضوع يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي ناتجة عن عدم احترام كل من الزوجين لحقوقه والتزاماته مما يؤدي إلى التعسف في استعمال حق الحضانة، فكان من المهم بيان ما لكل منهما من حقوق والتزامات مخولة له بمقتضى القانون و الشرع، حرصا على ضمان أفضل رعاية للطفل المحضون.

ومن هنا فالإشكال المطروح يكمن في: كيف عالج المشرع الجزائري التعسف في استعمال حق الحضانة مقارنة بالفقه الاسلامي؟

نجيب على الاشكالية اعتمادا على المنهج المقارن بالتعرض للمسائل المثيرة للتعسف في الحضانة فقها ثم مقارنتها بمنحى المشرع الجزائري، وكذا المنهج التحليلي لنصوص قانون الأسرة الجزائري فيما يخص مسائل الحضانة مستندين على الخطة الآتية:

المبحث الأول: المقصود بالتعسف في استعمال حق الحضانة

المطلب الأول: مفهوم الحق في الحضانة

المطلب الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني: المسائل المؤدية للتعسف في استعمال الحق

المطلب الأول: شروط الحاضن و الانتقال بالمحضون لبلد آخر

المطلب الثاني: زيارة المحضون و انتهاء حق الحضانة

المبحث الأول

المقصود بالتعسف في استعمال حق الحضانة

عُلِم من مقاصد الشريعة أن الحق لا يعتبر حقاً ثابتاً شرعاً إلا إذا تحققت أمور ثلاثة تتمثل في: أن يكون وسيلة لمصلحة معتبرة شرعاً، وأن يكون مما غلب ضرره على نفعه، وأن يكون مما يدفع الضرر قبل وقوعه وبعد وقوعه، وإيقاع الحق بدون هذه الأمور الثلاثة يعتبر ظلماً وتعسفاً لم يأذن به الشرع. [1]

نبين في هذا المبحث مفهوم التعسف في استعمال حق الحضانة بعد التطرق

لمفهوم الحضانة.

المطلب الأول

مفهوم الحق في الحضانة

نعالج تعريف الحضانة شرعا ثم قانونا كالآتي:

الفرع الأول: تعريف الحضانة فقها

عرف فقهاء الحضانة تعريفات تكاد تتفق في ألفاظها ومدلولها وفيما يلي عرض لبعض هذه التعاريف:

- الفقه المالكي هي: حفظ الولد في مبيته و طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه." [2]

- الفقه الحنفي يقصد بالحضانة: " تربية الولد ممن له حق الحضانة."[3]

- الفقه الشافعي تعرف بأنها: " حفظ من لا يستقل بأموره عما يضره، و تربيته بما يصلحه."[4]

- الفقه الحنبلي هي: " حفظ صغير و مجنون ومعتوه عما يضرهم و تربيتهم بعمل مصالحهم."[5]

فكلها تعريفات تدور حول معانٍ متقاربة، تعود جميعها لحفظ المحضون ورعاية مصالحه وتربيته إلى أن يستقل بنفسه.

الفرع الثاني: تعريف الحضانة قانونا

نصت المادة (62): "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا." يبدو مدى حرص القانون على ابراز مهمة

الحاضن حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون.اضافة لإرادة عازمة أظهرها المشرع تجاه هذا العمل الخطير و أحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي و العقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه الحاضن لما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضـون.[6]

فالحضانة اصطلاحا: " إلزام شرعي و قانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايته، جسميا وروحيا وعلميا ممن له الحق في ذلك شرعا." فهي تشمل النقاط الآتية:

*أنها سلطة شرعية للحاضنة على المحضون لتحقق مصلحة المحضون العاجلة و الآجلـة.

*أنها تشمل كل ما يحتاج إليه المحضون من: ماديات و معنويات.[7]

المطلب الثاني

مفهوم التعسف في استعمال الحق

نوضح تعريف التعسف عموما ثم نستنتج تعريف التعسف في الحضانة كالآتي:

الفرع الأول: تعريف التعسف لغة و اصطلاحا

التعسف لغة: من العسف وهو الأخذ للشيء و للحق على طريقه، واصطلاحا يقصد به انحراف بالحق عن غايته على وجه غير مشروع.[8]

لم تكن كلمة التعسف أو اساءة في استعمال الحق معروفة لدى الفقهاء القدامى، و إنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب عند ترجمة كلمة L'abus des droit فكلمة L'abus ترجمت إلى إساءة، فدرج فقهاء القانون العرب على استعمال كلمة تعسف، في حين أطلق بعضهم استعمال كلمة إساءة.

التعسف اصطلاحا هو: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، وأبان عن مقصوده هذا بقوله: أن يمارس الشخص فعلا مشروعا بالأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية فإذا استعمل الإنسان حقه بطريقة غير مشروعة، تناقض مقصد الشارع من تشريع الحقوق يسمى ذلك تعسفاً، فالتعسف هو: التعدي في استخدام الحق على وجه مناقض لمقصد الشارع من تشريع الحق.[9]

الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة

نخلص إلى تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة بأنه: " التعدي في استخدام حق الحضانة على وجه مناقض لمقصد الشارع من حفظ المحضون ورعاية مصالحه وتربيته."

*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 ورعاية مصالحه فهو حق ثابت له، لكن المناقضة حصلت في ابتغاء الزيادة على هذا الحق وطلب مزيد منه على وجه غير مأذون فيه شرعا.

*على وجه مناقض لمقصود الشارع: يمثل معيارا لاعتبار استخدام الحق تعسفا، حيث إن ما قررته الشريعة من الحقوق تقرر لتحقيقه مصلحة ولدفعه مفسدة، فإذا لم يعد الأمر في استخدام الحق كذلك صار تعسفا.

*من حفظ المحضون ورعاية مصالحه وتربيته: والمقصود أن تتضمن الأمور التي

بسببها أعطى الشارع الحق للمحضون في الحضانة وهي حفظ المحضون من الأذى والمحافظة على أسباب بقائه، والنظر في كل ما من شأنه أن يكون مصلحة له، وتنشئته على ذلك كله تربية صالحة كأمثاله من الأطفال.[10]

المبحث الثاني

المسائل المؤدية للتعسف في استعمال الحق

نتناول في هذا المبحث أهم المسائل الفقهية التي لها تأثير في معيار التعسف في استعمال حق الحضانة، و نعالجها مقارنة بما أقره المشرع الجزائري في قانون الأسرة كالآتي:

المطلب الأول

شروط الحاضن و الانتقال بالمحضون لبلد آخر

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، وإن تقدمت حضانة النساء على الرجال ذلك لأن المرأة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير، وقد اختلف الفقه حول شروط ممارسة الحضانة كما اختلفوا أيضا في جواز انتقال الحاضن بالمحضون من بلد الحضانة، مما يجعل هذه المسائل محلا للتعسف في استعمال حق الحضانة وهو ما سنعالجه كالآتي:

الفرع الأول: التعسف في شروط ممارسة الحضانة

للحاضن دور هام في حياة الصغير، فهو القدوة و الأسوة للمحضون، لأن الصغير لبنة طرية يستطيع من يشرف عليها تكييفها حسب ما يريد، لذا يكون لشخصية الحاضن تأثير في المحضون وقد اتفق جمهور الفقهاء على جملة من الشروط حتى تصح حضانته، لدوره الفاعل في عملية الحضانة وهذه الشروط منها المتفق عليه ومنها

المختلف فيه، وكلها تدور على رعاية مصالح المحضون. [11]

نعالج الشروط الفقهية المتفق و المختلف فيها حول ممارسة الحضانة، ثم نبين موقف المشرع الجزائري:

أولا: شروط استحقاق الحضانة عند الفقهاء

بالرجوع لأحكام الفقه نجد أن شروط استحقاق الحضانة منها ما هو متفق فيه و ما هو مختلف حوله:

1/ الشروط المتفق حولها في ممارسة الحضانة

*العقل: فلا حضانة للصغير أو المجنون أو المعتوه لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم، فالحضانة نوع من الولاية و كل من المجنون و المعتوه يحتاجهو ذاته إلى من يتولى أموره، فلا يعقل أن يوكل إليه تدبير شؤون غيرها.كما أن ترك الولد عند مثل هذا الحاضن فيه الضرر عليه، في حين أن مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه و جلب النفع له.[12]

ونشير هنا إلى أن حضانة المضطرب نفسيا حكمها حكم حضانة المجنون، الذي اتفق الفقهاء على أنه لا حضانة له سواء كان ذكرا أم أنثى و سواء كان جنونه متقطعا أو مطبقا، لأن المجنون لا ولاية له على نفسه فأنى تكون له ولاية على غيره.[13]

* الأمانة على الأخلاق: اشترط جمهور الفقهاء في الحاضن أن يكون مأمون على تربية المحضون، لكنهم اختلفوا في مدى ما يكون به الفسق مانعا من الحضانة.[14] فالحنفية تقر بأن الحاضنة ان كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها في الحضانة، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فسق أمه فينزع منها.[15] ووافهم المالكية لحد كبير، حيث جاء عنهم: " لا حضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو

الحرام".[16] كما يفهم من أقوال الشافعية، حيث ورد عنهم: " لا حضانة لفاسق"، و تكفي العدالة الظاهرة. و معنى هذا أن من لم يكن معروفا بالفسق و مشتهرا به لا يمنع من الحضانة.[17] أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الفسق مانع من الحضانة مطلقا لأن الفاسق غير موثوق به في أداء واجب الحضانة.[18]

*القدرة على الحضانة، القدرة عامة تشمل الاستعداد للحاضن والتفرغ له والرغبة في ذلك، وعدم الانشغال عنه بما يعود عليه بالضرر.

* الخلو من زوج أجنبي عن المحضون: إن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو متزوجة بقريب غير محرم له فلا حق لها في الحضانة.وإن كانت خالية من الأزواج أو متزوجة بمحرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة، والحكمة أن الزوج يمقت ولد زوجته من غيره وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج محرما للصغير لأنه يعطف عليه و لا يتضرر من وجوده لوجود القرابة الباعثة على الشفقة.[19]

2/ الشروط المختلف حولها في ممارسة الحضانة

* الإسلام: لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلا او امرأة، لأن الردة تبيح دم المرتد، وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الاستتابة فلا ولاية له على غيره، أما ان كانت المرأة كتابية ففي حقها في الحضانة رأيان:

المالكية و الحنفية: لا يشترطا اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون، لأن مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، و لكن تمنع الأم الحاضنة من تغذية الصغير بالمحرمات كالخمر ولحم الخنزير، وتبقى هذه الحضانة إلى أن يبدأ الطفل يعقل معنى الدين، عند ذلك تسحب الحضانة من الأم كي لا تلقن الصغير دينها.[20] ومن جملة ما احتجوا به ما يلي: ما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن

أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي فقالت: ابنتي و هي فطيم أو شبهه.و قال رافع: ابنتي، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: "اقعد ناحية" و قال لها: " اقعدي ناحية" قال: و اقعد الصبية بينهما، ثم قال: "ادعواها" فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي عليه الصلاة: " اللهم اهدها"، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها.[21]

أما الشافعية والحنابلة: ذهبوا للقول أن الاسلام شرط لثبوت الحضانة، فليس للمطلقة الذمية أن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانة لكافر على المسلم.[22] ومن جملة ما احتجوا به: أن الحضانة ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، كما هو الشأن في ولاية النكاح و ولاية المال، لأن الله عز وجل لم يجعل للكافر ولاية على المسلم، كما أن ترك الطفل المسلم لدى أمه الذمية لتحضنه قد يلحق به ضررا كبيرا، حيث لا يؤمن أن تفتنه عن دينه و تخرجه عن الاسلام.[23] والنبي عليه الصلاة و السلام يقول في ذلك: " كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه".[24]

*الحرية: اختلف الفقهاء في اشتراط الحرية في الحاضن على ثلاثة أقوال تتمثل في:

-الحنفية والشافعية والحنابلة: يرون أن الحرية شرط في الحضانة لأن الحاضن لا يقدر على ممارسة الحضانة مع خدمة مولاه.

-المالكية و ابن حزم يرون: أن الحرية ليست شرط لأن القرآن والسنة لم يأت في أحدهما نص في التفريق بين الحرة و الأمة، فالحكم فيما لا نص فيه شرع لم يأذن به الله تعالى. وقول أبو حامد الإسفراييني: أن الحرية ليست بشرط لمن كانت أمة ولها ولد من سيدها إلى أن يبلغ المحضون سبع سنين، ثم تنتقل الحضانة للسيد.

نجد أن الفقهاء اختلفوا في شرط الحرية، ومرد المسألة إلى رعاية مصالح المحضون، وهذا يترك تقديره للقاضي في كل مسألة على حدى[25].

ثانيا: شروط استحقاق الحضانة عند المشرع الجزائري

رجوعا إلى قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع لم يفرد مادة بعينها للحديث عن شروط الحضانة، [26] لا بشكل مفصل و لا بصورة موجزة، و إنما اكتفى بالإشارة فقط في الفقرة الثانية من المادة (62) من قانون الأسرة إلى القول: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك." [27]

و الذي يتبين من هذه المادة أن قانون الأسرة جمع شروط الحضانة في عبارة واحدة هي: الأهلية وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء و هي: البلوغ و العقل، القدرة على صيانة الولد صحة و خلقا، إلى غيرها من الشروط.[28]

الفرع الثاني: الانتقال بالمحضون من بلد الحضانة

إن مناط معيشة الإنسان أن يكون له سكن يأويه و يحتمي تحت سقفه من حر الصيف و برد الشتاء، و يجد فيه الدفء و الحنان و الألفة، فالطفل يتلّقى ما يلزمه من احتياجات مادية و معنوية، تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة. و الاشكال يطرح عند انقضاء عدة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فلا يُلزمها 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 امكانية التعسف في استعمال الحاضن لحقه في ممارسة الحضانة، نتعرض لها شرعا ثم قانونا.

أولا: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي شرعا

تعترف الدساتير المغاربية قانونيا بحرية التنقل، وهو ما جاء الدستور الجزائري في نص المادة 44: " يحق لكل مواطن يتمتّع بحقوقه المدنية و السياسية، أن يختار بحرّية موطن إقامته، وأن يتنقل عبر التراب الوطني. حقّ الدّخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له." [29]

غير أن هذه الحرية ليست مطلقة في باب الحضانة، فهي تنخفض 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 بسب 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 الغير أم، فالنسبة لهذه الأخيرة لا يجوز لها الانتقال 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 كان إلى بلدها أو البلد الذي وقع فيه النكاح أو أي بلد آخر لأنه لا يلحق الأب ضرر النقل، فكأنه في بلد واحد. و التفصيل يشمل الأب أيضاً حال كونه حاضناً، 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 الانتقال بالمحضون إلى أن يعود حق الأم بالحضانة.[30]

*قول المالكية:

ساوى فقهاء المالكية بين الحاضنة والولي في إسقاط حضانتها، إذا سافر أحدهما إلى بلد أخر 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.[31]

*قول الشافعية و الحنابلة:

فرقوا بين السفر لحاجة والسفر لنقل المحضون، فإذا أراد الولي السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر إن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة، وذلك لما في السفر من خطورة على المحضون، أما إذا كان السفر للنقل فالأب أولى بحضانة الصغير، بشرط وجود الأمن في الطريق وأمن البلد المقصود فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمه.[32]

تعتبر مسألة انتقال الحاضن بالمحضون ليس عليها أدلة صريحة من الشرع، لذا كثر اختلاف الفقهاء في تفاصيل الانتقال والجائز منها، وقد لجأوا إلى تعليل أقوالهم بما يرون فيه مصلحة المحضون وحفظه وأداء حقوقه بأقل الأضرار، ولا شك أن النظر في هذه المسألة نظر مصلحي بحت، تراعى فيه ملابسات كل حادثة على حدى، ولا يترك رأي من آراء الفقهاء السابقة، بل قد يحتاج إليها كلها في البلد الواحد ومن القاضي الواحد، حيث يقدِّر المصلحة والأنسب لرعاية المحضون.

ثانيا: الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي قانونا

جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة: " إذا أراد الشخص الموكل له حق

الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها 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 انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة.[33]

من خلال استقرائنا لنص المادة نجد المشرع ينص على تفرقة ضمنية غير صريحة بين حالتين: الحالة الأولى وهي: ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، والحالة الثانية: ممارستها خارج التراب الوطني، وقد نظم الحالة الثانية في المادة 69 وترك الحالة الأولى إذ لم يتضمن أحكاما خاصة بهذه الحالة.

وهذا القصور في التشريع الجزائري كان ينبغي سده، وأقصى ما يمكن قوله أن هذا السكوت يدعونا إلى تأوليين، من حيث أن التفسير الأول يقودنا إلى القول إن المشرع بسكوته، قد ترك أمر حلها للقضاء، ومن ثم منح له الحرية الكاملة في تطبيق المادة 222 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.[34]

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 تقضي 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 والمحافظة على مصلحته. وبمعنى آخر، سيعطي القاضي ترخيصه مراعاة في ذلك مصلحة المحضون. [35]

أمام هذه الملاحظات الأولية، يحق لنا أن نتساءل عن التفسير الذي يجب أن تكسيه عبارة: " البلد الأجنبي" الواردة في المادة 69 ، هل قصدها المشرع الجزائري كل بلد غير الجزائر، يستوي في ذلك أن يكون مسلما أو غير مسلم، لأن البلد المسلم غير الجزائر هو بلد أجنبي طبقا للتقسيم الحدودي ؟

برجوعنا إلى القضاء الجزائري، تقدم هذا الأخير بتفسير لهذه العبارة بصورة غير مباشرة وضمنية في قرار في قرار للمجلس الأعلى حيث قضى بمقتضاه أنه : "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة." [36]

اضافة إلى القرار الذي جاء فيه: " تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر." [37] مما يدعو إلى الفهم أن الانتقال والاستيطان في بلد مسلم لا يعد مسقطا للحضانة، فضلا عن أن المادة 62 في الفقرة الأولى من قانون الأسرة، هي وثيقة الصلة بالمادة 69 من ذات القانون، وبمعنى أن هذه الأخيرة لا شك أن من أهداف تقنينها هو تأكيد الفقرة الأولى من المادة 62 المذكورة أي الحرص على تربية الطفل على دين أبيه، وعليه فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصبة على دين المحضون لا محالة. [38]

المطلب الثاني

زيارة المحضون و انتهاء حق الحضانة

عند قيام المحضون له بتوفير كل الضروريات للحاضن من نفقة و مسكن، تقوم

على عاتق الحاضن التزامات تجاه المحضون له ينبغي عليه تنفيذها، لأجل ضمان الاستقرار النفسي والمادي للطفل أهمها: تمكين المحضون له من رؤية المحضون الذي يشكل أهم المسائل التي تطرح امكانية تعسف الحاضن في منع المحضون له من زيارة المحضون.اضافة إلى ذلك نجد أن الصغير بعد مدة محددة يصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده، وبالتالي يستغني عن خدمة النساء ويحتاج لمن يؤهله ويعلمه لخوض تجارب الحياة، فلا يجوز لمن كانت الحضانة له أن يتعسف في إبقاء المحضون في يده بعد انتهاء مدة الحضانة.

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، مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن الوالد، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، وذلك بتمكينه من حق الزيارة وهو ما سنحاول شرحه مرورا بالفقه الاسلامي ثم ما ذهب إليه المشرع الجزائري:

أولا: حق رؤية المحضون في الشريعة الإسلامية

يتصل بالحضانة حق الرؤية سواء كان رؤية الأب لولده، و هو في حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها، إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه. فالولد إذا كان في حضانة الأم، وأراد 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 يُجبر على أن يرسله لأمه، بل هي إذا أرادت أن تراه، لا يمنعها من هذه الرؤية، و الزيارة على العادة لا تكون يومية، بل يوما في عدد من الأيام، لكن لابأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إن كان مترلها قريبا، وإن كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج، لأن هذا حقه فإن لم يأذن به على الأم

إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله.[39]

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 و لا يُجبر على إرساله إليها."[40]

يرى المالكية أن لكل من الأب والأم 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، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق الرؤية و الاطلاع عليه من حين لآخر ليتولى تأديبه وتعليمه. كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة، وإن كانت الأم متزوجة وطلبت من المحضون له أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت، سواء عند أبيه أو عند حاضنته.

في حين نجد الأحناف يرون أن 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 مرة 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 المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد الوالدين، ويرون أن المحضون إن كان أنثى فتمنع من زيارة أمها لحفظها وصيانتها، أما فيما يخص ميعاد الزيارة فتكون مرة في الأسبوع أو أكثر لا كل يوم، إلا في حالة ما إذا كانت المسافة بين منزله ومنزلها قريبة.

وبالنسبة للحنابلة : رأوا بأن الصغير المميز له حق اختيار البقاء مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنوات من عمرها فللأم حق

زيارتها في أوقات خروج الأب.[41]

ثانيا: حق رؤية المحضون في القانون الجزائري

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة، و في أوقات و أماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة، و حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون، بل رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق و يعبث به، فتنص المادة 328 من قانون العقوبات بأن: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضِي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم قضائي إلى من له الحق في المطالبة، و كذلك لمن خطفه ممّن وكِّلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، و تزداد عقوبة الحبس إلى ثلاثة سنوات إذا كانت قد أسقِطت السلطة الأبوية عن الجاني."[42]

لما كانت الحضانة من الحقوق المعنوية فالأم ملزمة بها، ولا شك أن الرعاية و الإشراف من أهم المسائل المعنوية التي يتوجب عليها عدم حرمان الولد منها، وعليه فليس لها منع الأب من أداء هذه الواجبات المعنوية التي بعاتقه، لأن الأم وحدها لا تقدر على إتمامها والقيام بها دون معونة الأب سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو مع

الفرقة فتكون أكثر أهمية للطفل. فعند انفصال الزوجين وانضمام الطفل إلى حاضنته أو ضمه بعد انتهاء مدة الحضانة إلى أبيه يحق لكل منهما رؤية طفله، وهذا من خلال انضمامه للطرف الآخر طبقا لفترات ومواعيد دورية محددة للتواصل معهم ولإبقاء أواصر الأبوة والأمومة بينهم، فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي وتربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من مصلحة الصغير.[43]

فلا يجوز لأي منهما أن يمنع الطرف الآخر من رؤية المحضون بسبب الخصومات التي قد تنشب بينهما، وهو أمر مخالف للشرع و العرف، لأن الصبي كما هو في حاجة إلى أمه لتقوم بشأنه وتربيته و رعايته، فهو كذلك في حاجة إلى أن يرى والده ويتواصل معه.وهذا ما نصت عليه المادة 64 التي جاء أسلوبها على سبيل الوجوب بلفظ: " وعلى القاضي" بمعنى أنه يجب على القاضي[44].

ويمكن استنتاج بعض الدلالات من خلال الجملة الأخيرة من المادة 64 أهمها:

*أن المشرع حينما رتب الحاضنين خول لغيرهم حق الزيارة، وأن هذه الأخيرة جاءت على سبيل الوجوب وليس الجواز والاختيار.

* أمر المشرع القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطُلبه الخصوم.

*حق الزيارة المنوه عنه في المادة لم يكن حصريا على الأب أو الأم ممن تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة، فقد تقرر للجد أو العم أو

الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به، وهذا حفاظا على مصلحة المحضون.

ولكن كان على المشرع عندما ألزم القاضي بأن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة، وأن يحدد مكان الزيارة و وقتها، كما كان عليه أن يحدد الحالات أو الظروف التي تسقط الحق في الزيارة إن وجدت.

وقد استقر القضاء في الجزائر على أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، ومسألة العطل يقصد بها العطل الموسمية و الأسبوعية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة وأن أكثر من ذلك غير معمول به.[45]

الفرع الثاني: انتهاء الحضانة

إن بقاء المحضون عند الحاضن لا يكون مؤبدا، بل ينتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة، فلا يجوز لمن كانت الحضانة له أن يتعسف في إبقاء المحضون في يده بعد انتهاء مدة الحضانة، وقد اختلفت الآراء الفقهية في ذلك نتناولها، ثم نعالج موقف المشرع الجزائري:

أولا: انتهاء مدة الحضانة شرعا

اختلف الفقهاء في انتهاء مدة الحضانة، ففرق بعضهم بين الذكر والأنثى في ذلك، وبعضهم فرق بين بلوغ المحضون سبع سنين أو عدم بلوغه ذلك السن، على النحو الآتي:

*قول الحنفية: يفرقون بين المحضون الذكر و الأنثى، فبالنسبة للذكر يرى الحنفية أنه في بداية عمره يسلم للحاضنة المراة سواء كانت أمه أو من يليها ممن تتوفر فيها شروط الحضانة، و ذلك إلى أن يبلغ سنا يصبح قادرا على الأكل و الشرب

و و تطهير نفسه، و لقد حدد السن بسبعة سنوات اعتمادا على حديث النبي عليه الصلاة و السلام في الأمر بالصلاة في سن 7 سنوات، ذلك أن الصلاة مرتبطة بالقدرة على الطهارة، أما بخصوص المحضونة البنت فإذا كانت الحضانة لأمها أو جدتها فإنها تستمر إلى حين ظهور علامات البلوغ، وإذا بلغت الأنثى تبقى عند أبيها ما دامت بكرا حتى يحميها و يختار لها الزوج المناسب، وإذا كانت ثيباً فلها أن تسكن وحدها إن أمنت الفتنة.[46]

*قول المالكية: فرقوا بين حصانة الذكر و الأنثى حيث تستمر الحضانة بالنسبة للغلام إلى البلوغ، و لو كان مجنونا أو مريضا، و في الأنثى إلى الزواج و دخول الزوج بها.[47]

*قول الشافعية: يرون أحقية المرأة الحاضنة للحضانة سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى، و ذلك إلى غاية بلوغ سن التمييز و هو سبع سنوات، لأنه في تلك الحالة تتحرك همته لتعلم القرآن والأدب ووظائف العبادات وذلك يستوي فيه الغلام والصبية، و بعد ذلك يخير المحضون بين أمه أو أبيه أو من يحل محلهما فإن لم يختر أو اختارهما معاً، أُقرع بينهما، فأيهما كانت القرعة معه فتكون الحضانة له.[48]

*قول الحنابلة: فرقوا في انتهاء الحضانة بين الذكر و الأنثى تنتهي حضانة الذكر ببلوغه سبع سنين، ثم يخير بين أبويه ويكون مع من اختاره منهما، فإن لم يختر أو اختارهما معا، أُقرع بينهما فأيهما كانت القرعة معه تكون الحضانة له وتنتهي حضانة الأنثى ببلوغها سبع سنين، وتكون مع أبيها بدون تخيير.[49]

والحق أنه ليس في الإمكان تأييد تلك الآراء، إذ أن الشيء الذي زاد انتقادا لها، هو أنها حاولت تحديد السن التي يستغني فيها المحضون عن خدمة النساء وتعميمها على كل الأطفال المحضونين. والذي يفسر تحديد السن من قبل الفقه والتشريعات

المقتبسة منه هو اعتبار الحضانة تهدف بالأساس إلى حماية الطفل في سن أين يكون فيها المحضون بحاجة أكبر لمساعدة وحنان من قبل الأقرب من والديه.

والملاحظ على هذه الآراء الفقهية أنها جعلت موجهها في انتهاء الحضانة هو استغناء الطفل بنفسه على القيام بشؤونه. وهذا الموجه، مهما كان منطقه، فإنه غير كاف، فهناك معايير أخرى تضاف إليه كدرجة إحساس الطفل، وابتغائه للاستقرار، ومدى شعوره للأمن مع حاضنته، فمصلحة المحضون تقتضي أخذ كل هذه الاعتبارات بعين الاعتبار.[50]

وهذا في اعتقادنا لا يخدم مصلحة المحضون حتى وإن كان ذلك هدفهم، فقد دلت التجارب على أن سن السابعة أو التاسعة أو العاشرة سن صغيرة، لا يستغني فيها المحضون ذكرا كان أو أنثى عن الحضانة، فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء وخصوصا إذا كان والدهما متزوجا من غير أمهما، ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في تلك السن.[51]

ثانيا: انتهاء مدة الحضانة قانونا

تنص المادة 65 على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغ 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون."

تتميز الحضانة بالتأقيت، فبمجرد فوات و انتهاء مدتها فهي تسقط عمن تكون لصالحه، و يفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا، كما أن المشرع قد ميز بين مدة حضانة الذكر و الأنثى، و هذا شيء منطقي نظرا لتباين التكوين النفسي و العقلي والجسدي لكل واحد منهما، فقرر أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ب 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن أهلية الزواج القانوني، أي

ببلوغ 19 سنة طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."

و معنى ذلك أن حق التخاصم على حضانة الأولاد في التشريع الجزائري يكون قبل بلوغ السن المحددة، و في هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون هذا كأصل عام.[52]

إلا أنه بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، فنجد أن المشرع الجزائري أورد استثناء لهذا المبدأ و هو امكانية تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، و بالتالي يكون للقاضي سلطة تقديرية في تمديد مدة الحضانة، إلا أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:

1-يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديدها.

2-أن تكون الحاضنة الأم، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.

3-أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.

4-أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، و بالتالي يمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من ستة عشر سنة و هذا حسبما تتطلبه مصلحة المحضون، و لكن لا يمكن له تجاوزها.

و بالنسبة لهذا الشرط كان من الأجدر على المشرع أن يترك تحديد هذه المدة إلى القاضي، لأن الأطفال و إن كانوا في نفس السن إلا أنهم يختلفون عن بعضهم البعض، و القاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدى مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

5-أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.[53]

و على ذلك لا يمكن للحاضن أن يتعسف في استعمال حق الحضانة، ويبقي على المحضون عنده بعد انتهاء مدة الحضانة المقررة قانونيا، وما يؤخذ على نص المادة 65 أن المشرع الجزائري تكلم عن تحديد مدة انقضاء الحضانة، و لم يتعرض إلى وضعية المحضون بعد انقضاء هذه المدة ؟ على عكس آراء الفقه في ذلك والتي فصلت في هذا المجال، و الراجح أن يختار المحضون سواء ذكرا أو أنثى الإقامة في مسكن أحد الأبوين الذي يستأنس إليه و يشعر بأن مصلحته في جانبه، و لكن يبقى دائما حق الأب في الإشراف على حياتهما و مراقبة تصرفاتهما و ضمان حسن تربيتهم و تأمين مستقبلهما وفقا للقانون.[54]

الخاتمة

نخلص في الأخير إلى القول أن: الأصل في حماية أحكام الحضانة من التعسف، هو تطبيق و تفعيل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون، فالحكم يدور مع هذا الأصل وجودا و عدما، بحسب ملابسات الواقعة و مستجداتها، وقد لعب المشرع الجزائري دورا فعالا في حماية مصالح الطفل، غير أن القاضي وحده يملك سلطة تحقيق هذه الحماية على أرض الواقع، من خلال قيامه بالتكييف القانوني للوقائع المعروضة عليه في ظل إحاطته بظروف الطفل و حقيقة مشاكله.

إلا أننا نسجل بعض الانتقادات على المشرع الجزائري عند تعرضه لأهم المسائل المثيرة لإشكالية التعسف في حق الحضانة أهمها:

- اهمال المشرع الجزائري الحديث عن شروط ممارسة الحاضن للحق في

الحضانة، و الاكتفاء بشرط الأهلية، و ضبط هذه الاشكالية من شأنه سد الباب أمام كل تعسف في استعمال هذا الحق كونه يمثل خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون.

- لم يتطرق المشرع إلى مكان ممارسة الحضانة خاصة و أن المادة 69 من قانون الأسرة تتعلق بالانتقال خارج التراب الجزائري، و نظرا لشساعة قطر الدولة كان عليه أن يحدد المسافة التي يجب أن تفصل بين صاحب الحق في الحضانة و بين صاحب الحق في الزيارة.

- ذكر المشرع الحق في زيارة المحضون، لكنه ترك العبارة غامضة، فلم يحدد المقصود منها ولا مكانها ولا الزمان الذي تجرى فيه، مما قد يتسبب في بعض الإشكالات والنزاعات بين المحضون له والحاضن، أضف إلى ذلك أنه لم يذكر إن كانت هناك حالات تسقط هذا الحق وما هي إن وجدت.

الاقتراحات:

- بناء على تجدد أحكام الحضانة مع كل حادثة، لا بد من تجديد النظر في مواد قوانين الأسرة، وكذا في إجراءات المحاكم المتعلقة بالحضانة، ووضع القيود والشروط التي تناسب كل عصر، لمنع ما يُحدثه الناس من صور جديدة في التعسف في استخدام حق الحضانة.

- انشاء قانون إجرائي ينظم منازعات الأسرة، نظرا لطبيعة و خصوصية النزاع، و حماية لحقوق المتقاضين و تسهيلا لمهمة قاضي الأحوال الشخصية في هذا المجال بدلا من البحث في إجراءات التقاضي المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الهوامش:

[1] نظرية التعسف في استعمال الحق في،الفقه الإسلامي، الدريني فتحي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988 ،ص 38

[2] مواهب الجليل من أدلة خليل، الشنقيطي أحمد بن احمد الحكني،دار إحياء التراث الإسلامي، الجزء 04، قطر، 1989، ص 214

[3] رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين محمد أمين بن عمر أفندي، مطبعة مصطفى الباني الحلبي، الجزء 02، القاهرة،ص 252

[4] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء 03، القاهرة، 1957،ص 425

[5] كشاف القناع، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس،طبعة وزراة العدل، الجزء05 ،الرياض،1430، ص 495

[6] شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق، فضيل سعد، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزء01، الجزائر، 1985، ص 370

[7] الحضانة و الرضاع بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، دراسة مقارنة، بوبكر لشهب، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد09، الجزائر، ص 480

[8] التعسف في استعمال الحق، باب عسف الإمام أبو زهرة، الامام ابو زهره، أسبوع الفقه الإسلامي، ص 38

[9] نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الدريني فتحي، ص 45

[10] التعسف في استعمال حق الحضانة، أشرف محمود بني كنانة، دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد43، ملحق02، 2016، ص 834

[11] أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، محمد سمارة،الطبعة 01، الدار العلمية الدولية للنشر، الأردن، ص 391

[12] الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 34

[13] أحكام طلاق المضطرب نفسيا، شهر الدين قالة، مجلة المفكر،جامعة باتنة، الجزائر، العدد 06، ص 358

[14] الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، بدران أبو العينين بدران، دارالنهضة العربية، الجزء 01، لبنان، 1967، ص 551

[15] رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر أفندي، ص 254

[16] الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، الدردير أبو البركات سيدي احمد، دار المعارف،الجزء 02، مصر، 1972، ص 758

[17]مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن احمد الخطيب الشربيني، ص 455

[18] المغني على مختصر عمر بن أحمد الخرقي، ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمود، مكتبة الرياض الحديثة، الجزء 08، ص 298

[19] شرح قانون الأحوال الشخصية، عثمان التكروري، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، الطبعة 01، ص 272

[20] رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين محمد أمين بن عمر أفندي، ص 253

[21] سنن أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدني، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميج، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد،ج02،المكتبة العصرية، بيروت، 1997، ص 280

[22] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني محمد بن احمد، ص 455

[23] الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الاسلامي، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 33

[24] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين،ج01، ص 410

[25] المجموع، النووي، الجزء 18، ص 320

[26] وهذا على عكس القانون التونسي و المغربي حيث ورد فيهما ذكر ما يشترط لأهلية الحضانة، راجع مجلة الأحول التونسية، الفصل05 جديد، ص 17، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الفصل 98، ص 30

[27] الأمر رقم (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الصادر في27 فبراير2005، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

[28] الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، العربي بلحاج، الطبعة 04، د م ج ن، الجزء01، الجزائر، 2005، ص 391

[29] القانون رقم 08-19 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق 15 نوفمبر سنة 2008 المتضمن التعديل الدستوري

[30] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، الكاساني علاء الدين، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986،ص، 45

[31] جهود تقنين الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص 793

[32] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، دار الكتب العلمية،الطبعة الأولى، 1994، ص 500

[33] الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، دار هومة للنشر، الطبعة الثالثة،الجزئر، 1996، ص 142

[34] قانون الأسرة الجزائري، نسرين شريفي، كمال بوفرورة، دار بلقيس، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013، ص 110

[35] التعسف في استعمال الحق، الامام محمد أبو زهرة، ص 45

[36] غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1989/01/02، ملف رقم 52207 ،.المجلة القضائية 1990،العدد4 ،ص74

[37] غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 2001/12/26، ملف رقم 273526 ،.المجلة القضائية 2004 ، العدد 1، ص264

[38] مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، حميدو زكية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص 573

[39] الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها و قضاءا، عبد العزيز عامر، دار الفكر العربي، الطبعة 01، 1984، ص 424

[40] التعسف في استعمال الحق، الامام محمد أبو زهرة، ص 411

[41] آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، سامية بن قوية، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010، ص 145

[42] الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي، ص 385

[43] الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، زهية رابطي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 64

[44] المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، التواتي بن تواتي، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية، ، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 887

[45] آثار فك الرابطة الزوجية، باديس ديابي، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 91

[46] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني علاء الدين، ص 43

[47] الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، الدردير أبو البركات سيدي احمد، ، ص 216

[48] المجموع، النووي، ص 89

[49] المغني على مختصر عمر بن أحمد الخرقي، ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمود، ص 240

[50] الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، بدران أبو العينين بدران، ، ص 570

[51] مصلحة المحضون في القوانين المغاربية،حميدو زكية، ، ص 54

[52] الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، ص 389

[53] شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق، فضيل سعد، ص 378

[54] شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق،عبد العزيز سعد، ص 299

abuse of right of custody in jurisprudence and law

Haddad fatma
Faculty of law and political sciences - University of Al-Arabi Al-Tebessi – Algeria

Abstract:

Islamic Shari'a and the law give great care to the child. Custody is one of the most important issues that provide physical and moral protection for the child as a result of the death or divorce that may occur between the spouses, which may result in conflict in the issue of custody, which can lead to abuse of their right.

The problem is: How does the Algerian legislator deal with the abuse of custody in comparison to Islamic Fiqh ?

Keywords: custody; abuse; child.