جامعة 20 أوت 1955سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
فرع حقوق

التعسف في استعمال الحق في الحضانة

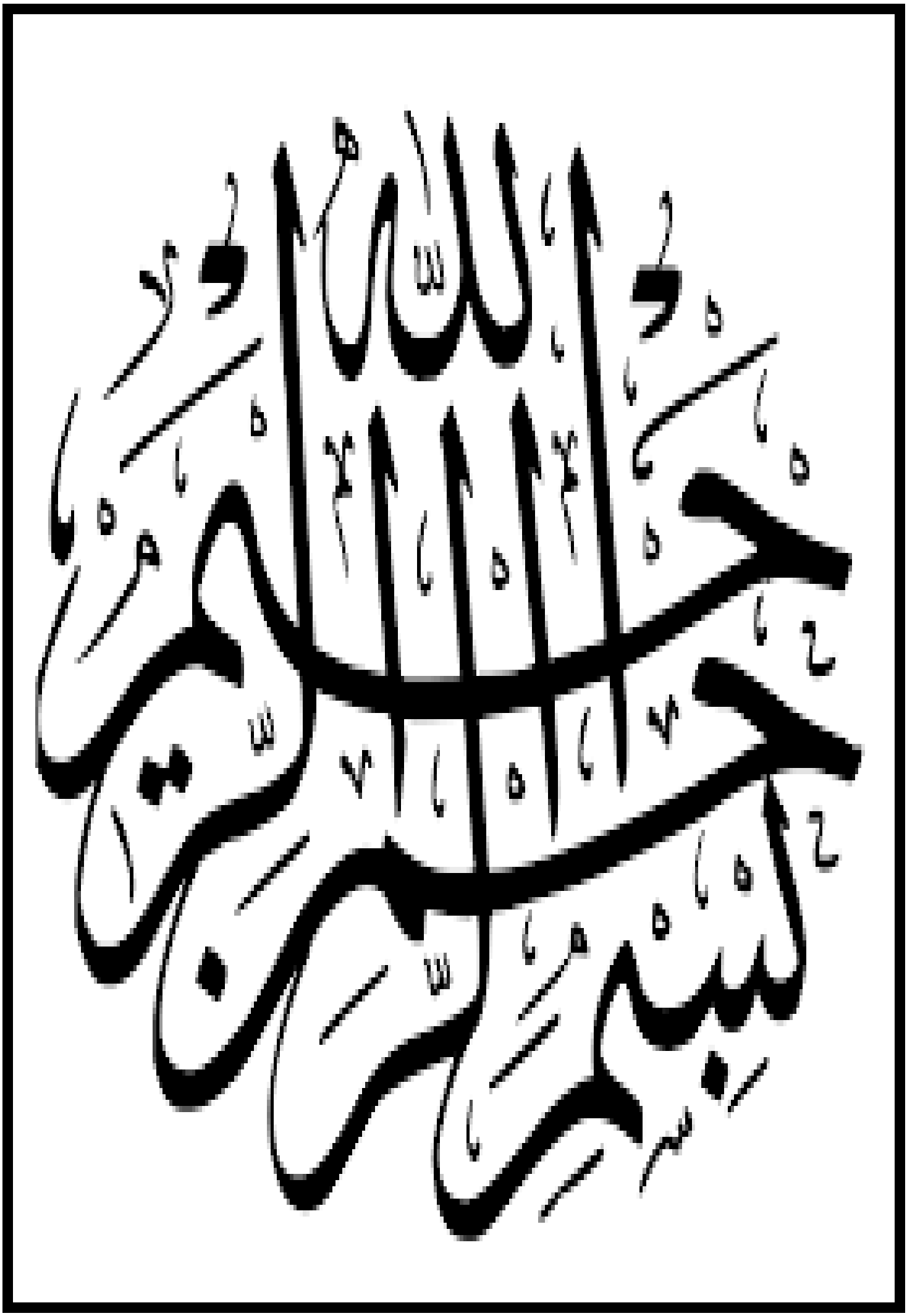
مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

إعداد الطالبة: غليلة صبيحة **إشراف الأستاذة: خليفي أسماء**

أعضاء لجنة المناقشة

- **كيفاجي الضيف ..... رئيسا**
- **خليفي أسماء ..... مشرفا ومقررا**
- **نظيرة عتيق ..... مناقشا**

دورة سبتمبر 2018



إهداء

إلى

من كان

بطنها لي وعاء

وثديها لي سقاء

وحجرها لي حواء

إلى الحضن الدافئ والدتي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى الحب الصادق والأب المثالي والدي رعاه الله كما رعاني صغيرة إلى من امتزجت روحي بروحهم، وجمعنا الحب والحنان

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء

إلى كل العائلة والأهل

إلى كل من ساعد في انجاز هذا العمل من قريب او بعيد حتى ولو بالدعاء

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

كلمة شكر وتقدير

إن من الفضل شكر ذي الفضل وذكر فضله، وأن من الجميل عرفان الجميل وشكر أهله، اولا لله عز وجل الذي أنعم على بهذا العلم ووفقني وسهل على مشاق هذا البحث ولا يسعني في هذا المقام إلى أن أتقدم بفائق الشكر والعرفان لأستاذتي المحترمة «خليفي أسماء» التي أعطتني شرف الإشراف على مذكرتي، والتي لم تبخل علي من وقتها الثمين، وتوجيهاتها العلمية الدقيقة، وملاحظاتها القيمة العميقة.

كما أشكر جزيل الشكر وأقدر كل التقدير أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بمناقشة مذكرتي، أستاذتي نظيرة عتيق مناقشة وأستاذي كيفاجي الضيف رئيسا.

كما أشكر جميع الأساتذة الأفاضل الدين ساهموا في تكوين دفعة الماستر.

كما يتوجب على أن أشكر كل من ساعدني على إثراء هذا العمل من قريب أو من بعيد.

المختصرات:

- ق.أ.ج ..... قانون أسرة جـزائـــري
- ق.م.ج ..... قانون مـدني جـــزائـــري
- د.م.ن ..... دون مـكـــان نـــشـــر
- د.ت ..... دون تـــــــــــاريـخ
- د.ط ..... دون طبـــــــعـــــة
- ط ..... طـــبـــــــعـــــة
- ج ..... جـــــــــــــــزء
- ج.ر..... جريـــــدة رسمـــــيـــــة
- ص ..... صـــــــفـــــحـــــة
- ص ص ..... من الصفحة إلى الصفحة
- غ.أ.ش ..... غرفة أحـــوال شخصـــية
- م.ق ..... مـــــجلة قـضـــــــائية
- إ.ق ..... إجتـــــهـاد قـــــضائي
- م.ع..... المحكـمة العـــليـــــا

المقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى أله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الحضانة من المواضيع التي أولاها المشرع الجزائري أهمية خاصة فكانت الحضانة محل دراسة في عدة مؤلفات وبحوث، منها ما تناولها على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ومنها ما تناول الحضانة في الشريعة الإسلامية.

كما يعتبر حق الحضانة من أهم الحقوق التي تؤثر في حياة الطفل نظرا لما لهذا الحق من أهمية بالغة في حفظ الصغير ورعايته والقيام بشؤونه التي لا يستطيع القيام بها.

فالطفل يستمد الشعور بالأمان والاستقرار والتوافق النفسي من تفاهم وارتباط والديه فإن هذا الشعور يتزعزع بمجرد الطلاق، حيث يصبح الطفل وسيلة ضغط يستعملها أحد الأبوين للضغط على الأخر أو الانتقام، دون مراعاة لمصلحة المحضون، لذلك خصص المشرع الجزائري لهذا الغرض مواد من المادة 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري وذلك حماية لمصلحة المحضون.

لكن قد يطرأ على الحياة الأسرية ما يكدر صفوها، أو يمنع من استمرارها، من مشاكل أسرية ونزاعات، ومن النتاج السيء لهذه المشاكل التعسف والظلم للأبناء، وغالبا تكون هذه المشاكل بدافع الانتقام بين الزوجين بعد انقطاع العلاقة بينهما وأيا كان السبب فإن المحضون هو الضحية الأولى من هذا النزاع، حيث يترك هذا الظلم أثره الواضح على حياة الطفل، لذلك تم اختيار دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق في الحضانة.

وبناءا على ماسبق سيتم طرح هذه الاشكالية: إلى أي مدى قيد المشرع الجزائري حق الحاضن في استعماله لحق الحضانة؟

وتندرج تحت هذه الاشكالية التساؤلات الفرعية الأتية:

- ما مفهوم التعسف في استعمال الحق في الحضانة؟
- ما هي صور وحالات التعسف في استعمال الحق في الحضانة؟
- ما هي احكام التعسف في الحضانة؟
- ما هي الاثار المترتبة عن التعسف في استعمال حق الحضانة على المحضون وغيره؟

للاجابة على الاشكالية المطروحة سيتم معالجة هذا الموضوع بعد هذه المقدمة وفق فصلين، الفصل الأول يتناول الاطار النظري للتعسف في استعمال الحق في الحضانة، والذي قسم بدوره إلى مبحثين، الأول خصص لمفهوم التعسف في استعمال الحق في الحضانة أما المبحث الثاني فتناول حكم التعسف في استعمال الحق في الحضانة، أما الفصل الثاني فضمن الاطار الاجرائي للتعسف في استعمال الحق في الحضانة والذي قسم بدوره إلى مبحثين، الأول خصص لصور التعسف في استعمال حق الحضانة، أما المبحث الثاني فخصص لأثر التعسف في استعمال حق الحضانة على الطرف المتعسف وعلى المحضون.

أما الخاتمة فقد جاءت فيها أهم النتائج والتوصيات والاقتراحات.

لذلك تكمن أهمية هذا الموضوع المطروح في أن استعمال الحق في الحضانة يكتسي أهمية بالغة من حيث كون هذه المشاكل من التعسف والظلم تؤثر بالدرجة الأولى على مصلحة المحضون وعلى حياته.

- معالجة الموضوع لقضية هي من أكثر القضايا أهمية، بذلك ان الحضانة من أكثر القضايا التي تعرض على المحاكم نظرا لكثرة الطلاق، لذلك يجب ضبط هذا الحق من التعسف والظلم لحماية حياة المحضون.

وتعود أسباب إختيار الموضوع إلى أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة في دراسة موضوع الحضانة، وأسباب موضوعية تتمثل في معرفة رأي القانون في موضوع التعسف في حق الحضانة لأنها أهم حق من حقوق الطفل، وأن التعسف في هذا الحق يترك انعكاسات سلبية على مصلحة المحضون، فالحاضن يقوم بالتعسف دون الأخذ في الاعتبار بمصالح الأطفال التي أصبحت محل مساومة من قبل الآباء بعد الطلاق.

وتهدف هذه الدراسة إلى إعطاء رؤية واضحة لهذا الموضوع من مختلف جوانبه، وذلك ببيان أحكام وصور التعسف في استعمال حق الحضانة لما لها من تأثير على مصلحة المحضون.

أيضا الكشف عن حقيقة الاستعمال التعسفي لحق الحضانة.

ومما لا شك فيه أنه لا يخلو بحث من صعوبات وعراقيل، ولعل الجدير بالذكر قلة المراجع والبحوث العلمية المتخصصة في موضوع التعسف في استعمال حق الحضانة.

وتوجد بعض الدراسات اعتمد عليها في هذا البحث منها مذكرة ماجستير في التعسف في استعمال حق الحضانة للطالبة مروة خضر عياد من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الاسلامية بغزة لسنة 2015، أيضا مذكرة ماجستير للطالب عيسى طعيبة بعنوان سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي بجامعة الجزائر لسنة 2011.

أما عن المنهج المتبع فتم الاعتماد على المنهج المقارن، وذلك من خلال إجراء مقارنة بين أحكام قانون الأسرة الجزائري والقوانين العربية، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية.

الفصل الأول

الاطار النظري للتعسف في استعمال الحق في الحضانة

لكل إنسان الحق في أن يتمتع بأشياء عديدة مباحة له، وبالقدر الذي تتعدد فيه الأشياء، وتتعدد المصالح وتتعارض، ولهذا برزت الحاجة إلى ترتيب هذه المصالح[1]، وقد وازنت الشريعة الإسلامية بين المصالح المتعارضة، ونظرية التعسف في استعمال الحق هي من بين النظريات التي أسهمت في إقامة التوازن بين هذه المصالح على ضوء من القواعد العامة المحكمة في الشريعة.[2]

ومن بين الحقوق التي تتطلب موازنة المصالح والحماية من التعسف تلك الحقوق التي تمس حياة الإنسان الشخصية المتعلقة بالأسرة، إلا أنه قد يشوب هذه الأخيرة خلل و المتمثل في الفرقة بين الزوجين[3] فنظرية التعسف في استعمال الحق لها عدة تطبيقات في عدة مجالات مختلفة من بينها التعسف في استعمال حق الحضانة.

حيث سيتم في هذا الفصل بالتعريف بالتعسف في استعمال حق الحضانة وبيان أحكامهما من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم التعسف التعسف في استعمال الحق في الحضانة.

المبحث الثاني: حكم التعسف في استعمال الحق في الحضانة.

[1]–عبير بنت محمد الدريبي، المسؤلية عن التعسف في استعمال حق مشاهدة المحضون وزيارته في النظام السعودي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، الرياض، 2016، ص 02.

[2]– فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، د ط، بيروت، د.ت مؤسسة الرسالة، ص 22.

[3]– عبير بنت محمد الدريبي، المرجع السابق، ص02.

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الحضانة.

سيتم في هذا المبحث التعريف بالتعسف في استعمال حق الحضانة، وبيان الأحكام الخاصة بالتعسف في استعمال حق الحضانة، وذلك كما بينها الفقهاء في كتبهم.

المطلب الأول: التعريف بالتعسف في استعمال الحق.

نظرية التعسف في استعمال الحق هي ليست بالنظرية الحديثة أو المبتدعة، إنما هي نظرية قديمة عرفها الرومان، حيث انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم وتشبع بها الفقه الإسلامي،[1] لذلك سيتم في هذا المطلب توضيح معنى التعسف لغة (الفرع الأول) وفي الاصطلاح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التعسف لغة.

التعسف في اللغة مشتق من العسف، وأصل كلمة تعسف من العين والسين والفاء، وهي كلمات تتقارب ولا تدل على خير، والعسف؛ هو ركوب الأمر من غير تدبير، والعسيف المملوك المستهان به الذي اعتسف ليخدم أي قهر.[2]

أما التعسف عند ابن منظور؛ هو أن يأخذ المسافر على غير طريق، ولا جادة ولا علم، وتعسف فلان عسفا إذا ركبه بالظلم والجور، ورجل عسوف إذا كان ظلوما، والعسيف الأجير المستهان به.[3]

---

[1]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بيروت، 1998، ج 1، ص 948.

[2]– ابو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، د ط، دار الفكر، د م ن, 1979، ج 4، ص ص 311-312.

[3] – ابن منظور، لسان العرب، ط 3، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ص 246.

من خلال المعنيين السابقين يتضح أن المقصود من التعسف في اللغة الظلم الذي يتأتى من السير دون هداية بعيدا عن الصواب والتدبير.[1]

الفرع الثاني: تعريف **التعسف في الاصطلاح.**

أولا: تعريف التعسف في الفقه الإسلامي.

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة «إساءة» أو «تعسف» في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد من قبل فقهاء القانون المحدثين في الغرب، وقد ورد في كتب الأصول «الاستعمال المذموم» تعبيرا عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق.[2]

وقد ورد أيضا في كتاب الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية كلمة «المضارة في الحقوق».[3]

وقد نقل الدريني كلام الإمام أبي زهرة الذي عرف التعسف بأنه «تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا»، وقد بين ذلك ابن رجب الحنبلي قبل أبو زهرة بأن منع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق بل يشمل الاستعمال المعتاد إذا ترتب عليه ضرر بالغير.[4]

وقد عرف فتحي الدريني التعسف على أنه «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل[5]»

[1]– مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، قدم هذا البحث لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، 2015، ص15.

[2]– فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، ط 4، مؤسسة الرسالة، بيروت, 1988، ص ص 45–46.

[3] – المرجع نفسه، ص 46.

[4]– العيد إبراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في ولاية الزواج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، 2009–2010، ص07.

[5]– مروة خضر عياد، المرجع السابق، ص17.

تحليل التعريف:

مناقضة قصد الشارع: أي مخالفة ما أراده الله عز وجل، وهذه المناقضة إما أن تكون مقصودة، وهي التي يستعمل فيها المكلف حقه وذلك لمجرد الضرر، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، ومثال ذلك الرجل الذي يقوم بهبة المال صوريا قرب نهاية الحول هروبا من أداء الزكاة، فالشارع أباح للمكلف الهبة، ولكن غايته من هبة ماله عمل غير مشروع حيث يقول الدريني: «فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد، صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة[1]» وإما تكون المناقضة غير مقصودة، وتشمل الأفعال التي تكون مآلاتها تخالف الأصل من تشريع الحق، لأن الحقوق شرعت عموما لجلب مصلحة أو درء مفسدة.

في تصرف: يشمل التصرف هنا، التصرف القولي كالعقود، وما ينجر عنها من التزامات وحقوق كالبيع والوصية. ... ويشمل أيضا التصرف الفعلي من خلال استعمال حق معين كحق الملكية في العقارات.

مأذون فيه شرعا بحسب الأصل: يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها، لأن إتيانها يعتبر اعتداء ليس تعسفا وهذا القيد الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف.

التعريف الراجح:

من خلال التعاريف السابقة، يلاحظ أن تعريف الدريني هو المناسب لتعريف التعسف وذلك من خلال:

- وضعه لمعيار دقيق لضبط الفعل تعسفا، وهو مناقضة قصد الشارع.
- أنه بهذا المعيار يكون شاملا لجميع حالات التعسف التي تكون باستعمال الحق مباشرة أو بمأل هذا التصرف.[2]

[1] –فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ص 87–88.

[2] – المرجع نفسه، ص ص 89–90–91.

ثانيا: التعسف في القانون المدني الجزائري.

تتضح النظرية العامة للتعسف في هذا القانون من خلال ما نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها ما يلي «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الأتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة. »[1]

ويقصد بها استعمال الشخص لسلطات خولها له القانون استعمال يضر بالغير.[2]

والأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق يتمثل في المسؤولية التقصيرية، لأن التعسف في استعمال الحق خطأ يجب التعويض عليه، كالتعويض عن الخطأ في صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة.[3]

إذا جزاء التعسف في استعمال الحق في القانون المدني هو التعويض.

الفرع الثاني: تمييز التعسف عما يشابهه عن باقي المصطلحات.

أولا: التعسف والتعدي.

من بين العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق، والقيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي، أي بدون حق، فالمتعدي يعمل في دائرة عدم المشروعية، أو بالنسبة للتعسف فمجاله هو العمل المشروع، ومأتاه إما من القصد المناقض لقصد الشارع، أو النتيجة المادية المترتبة على استعمال الحق وذلك بدليل أن المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بعيب قصد

[1] –الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395, الموافق لـ 26 سبتمبر 1975, المتضمن قانون مدني, ج.ر, العدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975, معدل بالأمر 05–10 المؤرخ في 20 جويلية 2005, ج.ر, عدد 44 الصادر بتاريخ 2005 المعدل والمتمم بالأمر 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[2] –العيد إبراهيمي، المرجع السابق، ص 10.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص، 846.

الإضرار، أو لم يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة لزال عنه وصف التعسف، وفعله يكون سليم ومشروع، أما بالنسبة للتعدي فالفعل يكون فيه غير مشروع.[1]

ثانيا: التعسف والخطأ

الخطأ هو عبارة عن انحراف الشخص عن السلوك المألوف، غير أن هذا الانحراف قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة، وقد يقع منه وهو يستعمل حقا.[2] وفي السابق كانوا رجال الفقه يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية التقصيرية، فيكون ركن الخطأ متوفرا إذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في حالة استعماله للرخصة، وفي حالة تجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق فلا يتوفر ركن الخطأ.[3]

المطلب الثاني: التعريف بالحضانة.

تعد الحضانة من بين الآثار الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية، لا سيما في صورته المتمثلة في الطلاق، وذلك من خلال البحث عن حالة الطفل الذي لا يقدر التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام بشؤونه ورعايته، ولهذا تعد الحضانة أهم مظهر من مظاهر الرعاية التي أولتها الشريعة الإسلامية.[4]

لذلك سيتم في هذا الصدد تعريف الحضانة في اللغة (الفرع 01) وفي الإصلاح والقانون (الفرع 02).

[1]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ص 72–73.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية_ الفعل غير المشروع_ الإثراء بلا سبب والقانون، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 02، الجزائر، 2014، ص 109.

[3]–محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ج ح، ص ص 45–46.

[4]–باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية – تعويض– نفقة –عدة–حضانة–متاع–دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط، الجزائر، 2008، ص 49.

الفرع الأول: الحضانة في اللغة.

جاء في معجم المقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا؛ «حَضَنَ: الحاء والضاد والنون، أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته، فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح، يقال احتضنت الشيء جعلته في حِضْني».[1]

وقال باديس ديابي؛ «الحضانة مستمدة من الحِضْن وهو المعروف ما دون الإبط إلى الكشح وحضنا الشيء جانباه فيقال: حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وكذا المرأة حينما تضم ولدها و تحضنه».[2]

والمراد من التعريف السابق أن حضن الشيء معناه ضمه وجعله في الحضن.

وقال أحمد نصر الجندي في تعريفه للحضانة: «الحِضْن بكسر الحاء وسكون الضاد هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع «أحضان» ومنه الاحتضان وهو احتمال الشيء وجعله في الحضن، ويقال الحاضنة والحاضن، ويقال الحاضن والحاضنة، وهما موكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه».[3]

وقيل أيضا بأنها: «الحِضن بكسر الحاء وهي ما دون الإبط، وحضن الصغير حضنا بالفتح، وحضناه بالكسر جعله في حضنه أو رباه».[4]

وقيل أيضا بأنها؛ «من الحِضْن وهو الجنب أو الصدر، وتأتي بمعنى الضم؛ حضن الطائر بيضه أي ضمه إليه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إليها، وقامت بتربيته».[5]

---

[1]–نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط02 ، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 170.

[2]–باديس ديابي، المرجع السابق، ص 49.

[3]–أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 07.

[4]– محمد كمال الدين أمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 147.

[5]– عبد القادر دوادي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 203.

وقال محمد مصطفى شلبي؛ «الحَضانة بفتح الحاء وكسرها لغة ضم الشيء إلى الحضن، وهو الجنب (ما بين الإبط إلى الكشح) أو الصدر أو العضدان وما بينهما فنقول حضنت الشيء احتضنته إذا ضممته الي جنبك، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها».[1]

ويؤخذ من التعاريف السابقة أنه يمكن أن نطلق كلمة الحَضانة أو الحِضانة على حضن الصغير والاهتمام بشؤونه ورعايته، وأن كلمة «حضن» وردت في معاني متعددة من بينها الضم والجنب أو الصدر.[2]

الفرع الثاني: تعريف الحضانة إصطلاحا

أولا: تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي

عرفت الحضانة بعدة تعريفات في كتب الفقهاء وكلها تدور حول معاني متشابهة ومتقاربة.

حيث قيل بأنها: « تربية الصغير أو الصغيرة ورعايته وحفظه، والإشراف عليه والقيام بجميع أموره، في سن معينة ممن لهم الحق في حضانته، وهي تقوم على عجز الصغير في أول حياته، عن النظر لنفسه والقيام لوحده بحوائجه وعدم إدراكه ما ينفعه وما يضره».[3]

غير أن الدكتور بن الشويخ الرشيد قال بأنها: «تربية الصغير والقيام بشؤونه خلال مدة معينة لمن له الحق في التربية والرعاية».[4]

[1]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1988، ص733.

[2]– نسيبة الحسن محمود علي، الحضانة وأثرها في تربية الطفل على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، 2006، ص 02.

[3]– أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 07.

[4]– بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 01، دار الخلدونية، 2008، ص 253.

وهنا يظهر جليا أن الحضانة عند أغلب الفقهاء تعني تربية الصغير وكلمة التربية على كل ما يحتاجه الطفل، ذلك من مأكل ومشرب وغيرها، كل هذا لمن يستحق الحضانة كالأم أو غيرها.[1]

كما قيل بأنها؛ «القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره، برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته مما يهلكه أو يضره».[2]

والظاهر من هذا التعريف بأن الحضانة معناها الاهتمام الكامل بالطفل وتوفير له الراحة والحياة الجيدة ومن بين هذا الاهتمام، الاهتمام بتنظيف جسمه وملابسه بالإضافة إلى نظافة المنزل الذي يعيش فيه والفراش الذي ينام عليه والاهتمام والعناية بغدائه، لأنه غير قادر على حماية نفسه والقيام بشؤونه، وغير الطفل يدخل في هذا المعنى كالكبير، المجنون أو مختل العقل، فكلهم عاجزون عن تدبير أمورهم والقيام بمصالحهم.[3]

فمن الجانب الفقهي وجدت تعاريف عديدة ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة إلى أن لها معنى واحد وهو تربية الصغير والقيام بمصالحه.[4]

وقيل أيضا أنها: «القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤديه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها».[5]

والإمام مالك يعرف الحضانة بأنها حفظ الصغير وتربيته والقيام بشؤونه حتى يبلغ ويتكفل بأموره بنفسه، أما الشافعية فعرفوها بأنها: «حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره, وهنا يتضح بأن الحضانة رعاية وتربية الطفل الذي لا يستطيع القيام بشؤونه لوحده، وذلك لصغر سنه، فلذلك فهو يحتاج إلى غيره.

[1]– نسيبة الحسن محمد علي، المرجع السابق، ص 03.

[2]– محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 733.

[3]– نسيبة الحسن محمود علي، المرجع السابق، ص 04.

[4]– محمد كمال الدين أمام، المرجع السابق، ص 147.

[5]– المرجع نفسه، ص 147.

والحضانة في تعريف أنور العمروسي هي: تربية الطفل والقيام بشؤونه في سن معينة ممن لهم الحق في تربيته».[1]

والراجح من خلال التعريفات السابقة هو تعريف الحضانة بأنها تربية الولد ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن لهم الحق في ذلك من أقاربه المحارم.

فالحضانة تعني إمساك الولد ورعايته مند أول وجوده سواء كان ذلك للأم أو لغيرها ممن يقوم مقامها، وهي أول ضرب من ضروب الولاية على الولد، وفقهيا هي تربية الطفل ممن له الحق في الحضانة.[2]

ثانيا: الحضانة في القانون الجزائري.

جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال المادة 62: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»[3]

فقد عرف المشرع الجزائري الحضانة ولم يتركها للاجتهاد ولم يخرج مطلقا عن تعريف الفقهاء، إلا أنه استبدل لفظ الصغير بالولد ويبدو أن اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصغير والصغيرة الذين لم يبلغا بعد، ذلك أن قانون الأسرة في المادة 65 أجاز للقاضي بتحديد الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكر، والأنثى عند بلوغها سن الزواج.[4]

وانطلاقا من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على اهدافها، فإنه يتضح جليا بأن الحضانة تتمثل أساسا في:

---

[1]– أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، د، ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ج 3، ص 241.

[2]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 244.

[3]–عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية حسب أخر تعديل له، ط 1، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007، ص 356.

[4]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 50.

أ- تعليم الولد.

يقصد به التمدرس الرسمي الذي يكون حقا لكل طفل، ويضمنه له القانون إجباري ومجانا إلى غاية استنفاذ طاقته واستطاعته في أن يحدد مستواه بناء على ملكاته وكفاءته.[1]

ب- تربيته على دين أبيه.

ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك ما يستخلص من مفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على المحرمات بصفة مؤقتة، ومن بينها المسلمة التي يحرم عليها الزواج بغير مسلم، والعكس جائز قانونا كما هو جائز شرعا.

وبذلك قد تكون الحاضنة الام كافرة، لهذا اوجب القانون عليها أن تقوم بتربية الصغير وذلك استنادا على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

ج- السهر على حمايته.

تتلخص حماية الطفل المحضون في الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي كالضرب والاستغلال ولا لأي عنف لفظي كالترهيب والتخويف بالشكل الذي قد ينجم عنه اضطراب نفسيا أو عقليا، وحماية الطفل أيضا تتطلب تأديبه وتنشئته بطريقة صحيحة وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع ويجيزه تأنيبا له عن أي خطأ او سوء معاملة يبديها اتجاه الغير.[2]

د- حمايته خلقيا وصحيا.

حماية الطفل خلقيا لها ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده حتى يصبح فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

[1]- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 51.

[2] - المرجع نفسه، ص ص 51-52.

أما بالنسبة للتكفل الصحي بالطفل المحضون هي من أهم المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن، وذلك ان عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل نشأة صحيحة خلقيا، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك.[1]

وعليه فإن الحضانة هي القيام بحفظ الصغير، ورعايته صحيا وخلقيا ودينيا وأنه يجب أن يربى على دين أبيه.

الفرع الثاني: التعريف بالتعسف في استعمال الحق في الحضانة

عرف فيما سبق بأن التعسف هو «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل»[2]، وعرفت الحضانة بأنها «تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه أو يقيه عما يضره».[3]

وبجمع التعريفين يظهر لنا تعريف التعسف في استعمال الحق في الحضانة هو؛ «استعمال الشخص لحقه في الحضانة بقصد الإضرار بالأخرين على وجه يناقض قصد المشرع في هذا الحق».

شرح التعريف:

- **استعمال الحاضن لحقه في الحضانة:** وتشمل الحقوق التي لها صلة بالحضانة كالنفقة والرؤية والسفر والزيارة والولاية على المحضون، وعبر هنا بالشخص لتشمل جميع من لهم صلة بالحضانة من حاضن أو قريب أو ولي.
- **قصد الإضرار بالأخرين:** تشمل جميع أشكال الإضرار التي يمكن أن تلحق باستعمال الحق في الحضانة.[4]

[1]– باديس ديابي، المرجع السابق، ص 53.

[2]– الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 87.

[3]– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، د–ط، دار النهضة العربية، بيروت، د–ت، ص 543.

[4]– مروة خضر عياد، المرجع السابق، ص34.

- **على وجه يناقض قصد الشارع من هذا الحق:** يعني به الإضرار بالآخرين سواء كان إضرار مباشر أو غير مباشر، فيكون التعسف في حق الحضانة من خلال استعماله كحق مشروع بقصد تحقيق أمور غير مشروعة وهو إلحاق الضرر بالغير سواء المحضون أو غيره.[1]

المبحث الثاني: حكم التعسف في استعمال الحق في الحضانة

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى بيان كل من حكم التعسف (المطلب 1) وحكم الحضانة (المطلب 2).

المطلب الأول: حكم التعسف في استعمال الحق

نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في نص المادة 41 من القانون المدني قبل التعديل، حيث نص على الحالات التي يكون فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه، حيث جاءت هذه المادة في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية، حيث نصت على أنه: «يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الأتية:

1-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[2]

موقع هذه المادة كان محل انتقاد حيث رأى محمد صبري السعدي أنه لا صلة لأحكام الأشخاص الطبيعية بنظرية التعسف، لذلك استبدل المشرع الجزائري المادة

[1]-مروة خضر عياد، المرجع السابق، ص-ص 34-35.

[2]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975)، ص 922.

41،[1] وتم تعويضها بالمادة 124 مكرر والتي جاء فيها: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الأتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.
- فإذا تحققت هذه الضوابط يكون الشخص قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية. [2]

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المعايير الثلاثة التي أخد بها المشرع الجزائري هي:

الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير

هو نفس المعيار في التقنيات الحديثة ومنها التقنيات العربية وهو معيار ذاتي،[3] ويمكن أن يندرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ، فلا يكفي قصد صاحب الحق في استعمال حقه الإضرار بالغير فقط بل لا بد أن يكون في استعماله منحرفا عن السلوك المألوف للرجل العادي،[4] فقد يحدث أن صاحب الحق يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة لنفسه تفوق كثيرا الضرر الذي يلحق الغير من استعمال حقه، فقصد الإضرار بالغير ففي هذه الحالة لا يعتبر تعسفا، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 58.

[2]– خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ج 1، ص 247.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 59.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 844.

للإضرار بالغير، اعتبر هذا تعسفا، ولو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي.[1]

الفرع الثاني: ترجيح الضرر على المصلحة

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إليها قليلة الأهمية، لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها،[2]وهذا المعيار موضوعي، وهو يقوم على التفاوت الصارخ بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير نتيجة لاستعماله لحقه، وفي ذلك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي لتتحقق المسؤولية، [3] وهكذا إذا كان الضرر بليغ والمنفعة ضئيلة، فإن فعل مسبب الضرر إما أن ينطوي على نية خفية للإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية، أو أنه يرمي إلى مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر بالسعي إليها، وفي الحالتين يكون قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، وارتكب خطأ يوجب المساءلة.[4]

الفرع الثالث: عدم مشروعية الفائدة

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت الفائدة التي يحصل عليها من استعمال حقه غير مشروعة، المعيار هنا أيضا موضوعي،[5] وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق، وعلى كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ، إذ ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يسعى تحت ستار استعمال حقا له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة، فمالك الأرض الذي يضع أسلاكا شائكة على أعمدة مرتفعة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة الطيران أن تشتري منه الأرض بثمن

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 56.

[2] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

[3] –محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 57.

[4] –عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 845.

[5] –محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 59.

مرتفع، متعسفا في استعمال حقه لأنه يرمي إلى تحقيق مصالح غير مشروعة،[1] وكذلك الشأن بالنسبة إلى رب العمل الذي يفصل عاملا لأنه التحق بنقابة العمال، أو صاحب المنزل الذي يخصصه لمقابلات مخالفة للأدب يعتبر متعسفا في استعمال حقه.[2]

المطلب الثاني: أحكام الحضانة

إن الحضانة في الشريعة الإسلامية لها شأن كبير، لذلك وجب للطفل أن يكون له الحق في الحضانة والنفقة على أبويه، وذلك من حيث رعايته وتربيته والقيام بجميع أموره والعمل على توفير الراحة النفسية له، وفي الغالب لا تطبق هذه الأحكام إلا عند حصول الفرقة ما بين الزوجين، لهذا يكونون الأطفال في حاجة ماسة إلى هذه الحماية والرعاية،[3] ولبيان هذه الاحكام الخاصة بالحضانة وجب التطرق الى طبيعة الحق في الحضانة (الفرع الأول) الموقف الفقهي والموقف القانوني (الفرع الثاني).

- **الفرع الأول: الموقف الفقهي لطبيعة الحق في الحضانة.**

اختلف الفقهاء في طبيعة الحق في الحضانة، هل هو حق الصغير ام هو حق للحاضن ام هو حق مشترك بينهما.[4]

أولا: الحضانة حق للصغير، (المحضون).

تعتبر الحضانة حق للمحضون وهو رأي المالكية، الشافعية، وبعض الأحناف،[5] ووجه الدلالة قوله تعالى: «والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 58.

[3] –العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط 1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 254.

[4] –خالد عظيم أبو غاية، حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013، ص 159.

[5] –وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1، دار الفكر، دمشق، 1984، ج 07، ص 718.

الرضاعة»،[1] ولهذا لا يجوز إسقاطها عن الحاضن لأن الآية تدل على ذلك بطريقة الإلزام.[2]

كما أنه من حق الصغير في أن يتولاه من يقوم على تربيته بسبب البراءة التي ولد عليها، ونموه البطيء وتدرجه في معرفة ما يدور حوله، وعجزه عن تولي شؤون نفسه،[3] قال تعالى: «والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا».[4]

وحضانة الصغير تدور حول مصلحته، بغض النظر عن حق الحضانة وحق الأب فيها، ذلك أن حق الصغير في الرعاية والحفظ اقوى من حقيهما، وبما أن الحضانة حق للولد فهي واجبة على الأم اتجاه طفل صغير مما تجبر الحاضنة على القيام بها، حيث قال ابن قداحة: «كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك».[5]

ثانيا: الحضانة حق للحاضن.

ذهب إلى ذلك بعض الأحناف وبعض الشافعية، والحاضن هنا هو الأم او من يقوم مقامها حيث روي عن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهم أنه صلى الله عليه وسلم قال للمرأة: «أنت أحق به مالم تنكحي»، فهذا دليل على أن الأم أولى بالولد من سائر الحاضنات ذلك مالم تتزوج.[6]
تتزوج.[6]

والقاعدة في الشريعة الإسلامية التي تقضي ألا تضار والدة بولدها، فهو جزء منها، فضلا عن أنه جزء منها شاركها حياتها مدة حمله وقاسمها غذائها فهي أحق

---

[1]–سورة البقرة، آ 233.

[2] –عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتماع القضائي، مذكرة من الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، 2010–2011، ص 35.

[3] –أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 12.

[4] –سورة النحل، آ 45.

[5]–عيسى طيبة، المرجع السابق، ص 36.

[6] –رشيد شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص 101.

بحضانته وتعهده، وتتفاهم معه في صغره بغريزة الأمومة، ومادام هذا الحق لها فلها أن تمارسه كما لها ألا تمارسه، ولهذا فلو امتنعت الأم عن الحضانة لا تجبر عليها.[1]

ثالثا: الحضانة حق للمحضون والحاضنة معا.

الحضانة هي حق للصغير ذلك لاحتياجه لمن يرعاه، ويحفظه ويقوم بجميع أموره، ولأمه الحق في احتضانه أيضا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به»، وإذا كانت الحضانة حق للصغير، فهذا يعني أنها تجبر على الحضانة إذا لم يوجد غيرها من دوي الأرحام كي لا يضيع الولد، فإن امتنعت الأم وكانت له جدة رضيت بالحضانة فإن حقها في الحضانة يسقط بإسقاطها إياه، لأن الحضانة حق لها.[2]

ولهذا فالحضانة هي مؤسسة يتعايش فيها حقان، حق المحضون وحق الحاضن ولكن الأول أقوى من الثاني.[3]

ويترتب على هذا القول:

إذا تنازلت الحاضنة عن حقها ورضي من يليها في استحقاق الحضانة بالحضانة وأرادت ان تستعيد حقها في الحضانة بعد ذلك تجاب إلى طلبها.[4]

لو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع، صح الخلع وبطل الشرط، فلها ان تطلب حضانة ولدها بعد ذلك لأن الحضانة حق الولد كما هي حق الأم فلا تملك الأم إسقاط حقه مادام محتاجا إليها.[5]

ومن خلال مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي أكد عليه قانون الأسرة أنه يجب في مثل هذه الحال على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت الحضانة حق مزدوج بينهما، لأن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار.[6]

---

[1]–أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 13.

[2] –سيد سابق، فقه السنة، ط 1، دار المؤيد، جدة، 2001، ج 2، ص 227.

[3] –حميد و زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، 2004–2005، ص 460.

[4]–عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 38.

[5]–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1، دار الفكر، دمشق، 1984، ج 7، ص 719.

[6]– عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 38.

- **الفرع الثاني: موقف التشريع من طبيعة حق الحضانة.**

بعد التطرق للموقف الفقهي من طبيعة الحق في الحضانة واختلاف الفقهاء حوله فما هو موقف تشريع الأسرة من هذا الحق؟

تنص المادة 66 ق أ على أنه: «يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون» يلاحظ على هذه المادة أنها جمعت بين حقين, حق الحاضنة الذي نص عليه المشرع بمصلحة «حق» بالإضافة إلى أنه سمح لها بالتنازل عليه وحق المحضون وهو ما يستخلص من عبارة «مالم يضر بمصلحة المحضون» بحيث جعله المشرع هنا حق أصلي.[1]

وتنص المادة 2/67 من ق أ ج على أنه: «لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة»، وتنص المادة 68 أيضا على أنه: «إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها» والمادة 71 نصت على: يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري».

نستنتج من هذه النصوص أن المشرع كرس حق الحاضنة في الحضانة، الى أن الذي يتمعن في قانون الأسرة يجد أن المشرع أعطى الأولوية لحق المحضون اكثر من الحاضنة كونه في كل مرة يذكر عبارة مالم يضر بمصلحة المحضون،[2] فهذا الإجراء جعل الفقه ينظر إلى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري حق للمحضون .[3]

[1] – عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 39.

[2]– المرجع نفسه، ص 39.

[3]–حميدو زكية، المرجع السابق، ص 464.

الفصل الثاني

الإطار الإجرائي للتعسف في إستعمال الحقي في الحضانة

بعد التطرق في الفصل الأول إلى ماهية التعسف في استعمال الحق في الحضانة الذي تناول التعريف بالتعسف في استعمال حق الحضانة مع بيان أحكام كل من التعسف و الحضانة , وسيتم التطرق في هذا الفصل إلى بعض صور و أشكال التعسف التي قد تقع على المحضون و توقع الضرر به و تمسه بشكل مباشر, و قد تقع صور التعسف أيضا على غير المحضون كالأم غير الحاضنة و الأب غير الحاضن, قد يتعلق التعسف بهما غالبا, كما سيتم أيضا التطرق إلى أثر التعسف في استعمال حق الحضانة على المحضون و على الطرف المتعسف.

المبحث الأول: صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة الواقع على المحضون وعلى غير المحضون.

المبحث الثاني: أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على الطرف المتعسف وعلى المحضون.

المبحث الأول: صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة.

إن موضوع التعسف في استعمال الحق موضوع متجدد و ذلك بتجدد أشكال و صور التعسف, و ما يرى من التعسف في استعمال الحق في الحضانة اليوم يتزايد بشكل أوسع و أكبر من ذي قبل, فقد يستعمل صاحب الحق في الحضانة,سواء الأب أو الأم أو غيرهما عدة أساليب ليضر بالآخرين, و لذلك عدة صور مختلفة بعضها تتعلق بالمحضون نفسه و بعضها تتعلق بغير المحضون, و هذه الصور هي على سبيل التمثيل فقط [1]

و سيتم التطرق إلى هذه الصور في المطلب الأول (صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة اتجاه المحضون نفسه) و في المطلب الثاني (صور التعسف في الحضانة اتجاه غير المحضون)

المطلب الأول: صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة اتجاه المحضون نفسه.

و تشمل الصور و الحالات التي يكون فيها الإضرار واقع على الطفل المحضون في حد ذاته.

[1]–إسماعيل غازي مرحبا:التعسف في إستعمال حق الحضانة ,حقيقته,صوره,علاجه في الفقه الإسلامي المقارن, مجلة جامعة طيبة للآداب و العلوم الإنسانية,السنة الخامسة,العدد9, 1437ه, ص 295–317.

الفرع الأول: التعسف في حقوق المحضون المالية.

جاء في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 75 على وجوب أن ينفق الوالد على أولاده, ما لم يكن له مال[1], و المقصود بالنفقة "ما يدفع به الإنسان حاجة غيره من غداء و مسكن و ملبس و ما يلتحق بذلك من مطالب المعيشة و الحياة بسبب القرابة أو الزوجية".[2]

و من بين صور التعسف في نفقة المحضون مايلي:

أولا: الامتناع عن دفع النفقة.

يقصد بالامتناع عن دفع النفقة التحايل و التهرب عن دفعها في وقتها بطرق ملتوية و غير قانونية من قبل المنفق و لهذا المعنى أمثلة كثيرة و من بين هذه الأمثلة "كأن يفرض على المنفق نفقة للمحضون من راتبه الشهري و يكون لهذا الشخص مصدر دخل آخر يستطيع من خلاله أداء النفقة, و عند تأخر قبضه للراتب يمتنع هذا المنفق من إعطائه للنفقة, فهنا المنفق إدعى عدم تسلمه للراتب و بموجب هذا الإدعاء أضر بالمحضون ذلك أنه يمتلك القدرة على دفع النفقة من مصدر آخر فهذا الفعل فيه إضرار بالغير و هو تعسف منهي عنه", و مثال آخر كأن يقوم الشخص المنفق بنقل جميع أمواله لشخص آخر و ذلك حتى يماطل في دفع النفقة الواجبة عليه و التي هي حق للمحضون فهنا المنفق استعمل حقه لكن بطريقة تعسفية توقع الضرر على المحضون[3]

حيث أكد قانون العقوبات في المادة 331 على جزاء الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا و التي جاء فيها " أن كل من إمتنع عمدا لمدة تجاوزت الشهرين عند تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته

[1]-عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد, أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل, ط3, دار هومه, الجزائر, 2018, ص 105.

[2]-خالد عبد العظيم أب غاية, المرجع السابق, ص94.

[3]- مروة خضر عياد: المرجع السابق ص 46-47.

أو أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم يعاقب بالحبس و بالغرامة".

و لهذا فإذا أقامت الزوجة أو أحد الأصول أو الفروع دعوى أمام المحكمة كان الغرض منها إلزام المدعي عليه بالنفقة المستحقة قانونا, و بعد أن تتأكد المحكمة من توفر كل شروط المادة 331 تحكم بإدانته بجنحة الإمتناع عن دفع مبالغ النفقة المقررة قضاءا،[1] والنظام المعمول به في مصر هو التحقيق عن دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة إذا كان دخله محل منازعة جدية ولم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي في تحديده وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذي يمكنها من بلوغ هذا التحديد.[2]

ثانيا: التنازل عن النفقة

تعد النفقة حق للمحضون و المنفق يجب عليه أن يلتزم بدفع النفقة للحاضن, لكن قد يحدث التعسف في أن تتنازل الحاضنة عن أخد النفقة و ذلك بدافع انها لا تحتاج إلى مال المنفق, فبتصرفها هذا تكون قد أضرت بالمحضون و تجعل حياته صعبة متعسرة, وهذا ما أكدته المحكمة بتاريخ 2004/01/21 حيث قضت فيه بأنه "لايحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقا للمحضون".[3]

الفرع الثاني: التعسف في حقوق المحضون المادية و المعنوية.

تتنوع أشكال التعسف في حقوق المحضون المادية و المعنوية, سيتم ذكر بعض هذه الصور فيما يلي:

[1]–عبد العزيز سعد:المرجع السابق, ص 109–110.

[2]- أحمد محمود موافي، أحكام النفقات والأجور ومافي حكمها، ط1، دار البراءة، القاهرة، 2009، ص 189.

[3]–المحكمة العليا,غ.ا.ش, قرار مؤرخ في 2004/01/21, الملف رقم 311418, م.ق, العدد2,2004,مقتبس عن باديس ديابي,قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية,د.ط,دار الهدى,الجزائر,2012,ص 75.

أولا: التعسف في حقوق المحضون المادية

1-التعسف في الحق في الرضاع:

يثبت حق الرضاع للطفل على أمه, ذلك أنه في فترة العامين يكون محتاج للغداء و لهذا إتفق الفقهاء على أن هذا الحق يثبث للطفل على أمه وجوبا و ذلك في حالات معينة[1]

حيث دهب الإمام مالك و الشافعية و الحنابلة إلى أن المدة اللازمة لإرضاع المحضون سنتان فقط.[2]

لكن قد لا تسير الأمور كما هو متوقع فقد يحدث التعسف من قبل المنفق الذي عليه أجرة الرضاع, أو بتقديم حجج غير قانونية و ذلك تهربا من دفع الأجرة و قد يكون التعسف من المرضعة و مثال ذلك أن تطلب الأم من المنفق بزيادة أجرة الرضاع من الأجرة المثل و ذلك بعدما ألفها المحضون و إعتاد عليها, فهنا المنفق قد لا يستطيع توفير المبلغ الذي طلبته, فالمرضعة من حقها طلب زيادة في الأجر مقابل الإرضاع لكن إستعملت حقها بطريقة تعسفية, فيضطر الأب بأن يبحث على مرضعة جديدة, و في كل هذا ضرر بمصلحة المحضون لأنه قد لا يألف المرضعة الجديدة.[3]

2-التعسف في الحق في الرعاية الصحية:

يثبت للمحضون حق الرعاية الصحية و يراد بها تمام الرعاية الجسدية التي تضمن للطفل النشأة الصحية السليمة و بذلك يكون محمي من الأمراض التي قد تصيبه, فالطفل في فترة نموه الأول يكون محتاج إلى العناية و الإهتمام و ذلك لينموا نموا صحيحا, و قد يحصل التعسف في حق المحضون في الرعاية الصحية, و هذا التعسف قد يأخد صور و أشكال

[1]-مروة خضر عياد, المرجع السابق ص ص 50-51.

[2]-خالد عبد العظيم أبو غاية, المرجع السابق, ص 125.

[3]-مروة خضر عياد, المرجع السابق ص ص 51-52.

متعددة و هذه الصور قد تأتي من قبل الحاضن و هي كأن تقوم الحاضنة بإهمال نظافة المحضون و سوء العناية به, وذلك بقصد الإضرار بولي أمر الصغير أو بالمحضون, كأن تطالب الأم بالحضانة لكنها في الحقيقة تقصد إلى إهمال المحضون و عدم رعايته مما يسبب له ذلك الإضرار به, و هذا يعد تعسفا لأنه يضر بمصلحة المحضون, و قد يكون التعسف من قبل ولي أمر الصغير فقد يتعسف هدا الأخير بأن يعطي المحضون إلى مرضعة لا تحافظ على نظافة الطفل و لا تعتني به بطريقة جيدة تقيه من الأمراض مما يعرضه دلك للخطر فهذا تعسف إتجاه الصغير لأنه يؤدي به إلى الإضرار[1]

ثانيا: التعسف في حقوق المحضون المعنوية

1-التعسف في حق المحضون في التربية و الحفظ:

يثبت للمحضون حق التربية و الحفظ و هذا ما جاء في قانون الأسرة في نص المادة 62 على كون الحضانة " رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا"[2], و يقصد بالتربية تربية المحضون على مبادئ و قيم الدين الإسلامي و هو دين الأب في تنشاة الطفل أما الحفظ فهو حفظ المحضون خلقيا و هذا يعني تعليمه و حسن تأديبه و إعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا و سويا و حمايته من مخاطر الشارع و رفقاء السوء, أما حفظ المحضون صحيا تعني بأن عافية البدن هي الظاهر الأساسي لتنشأة الطفل النشأة السوية خلقيا و دراسيا و الإعتناء به.[3]

يتضح مما سبق بأن من حق الحاضن تربية المحضون و حفظه, لكن قد يستعمل هذا الحق بطريقة تعسفية و قد يكون هذا التعسف من قبل ولي الصغير, و ذلك بأن يعمد ولي الصغير

[1]-ا مروة خضر عياد: المرجع السابق, ص ص 53-57.

[2]-عبد الفتاح تقية: قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهادات القضائية و التشريعية,دراسة مقارنة, ط1, دار الكتاب الحديث,القاهرة,2011,ص 246.

[3]-باديس ديابي, المرجع السابق ص 51-53.

إلى إعطاء المحضون إلى حاضنة ذات أخلاق غير حسنة قاصدا الإضرار بالمحضون , لأنه حتما سوف يتخلق بأخلاقها و طباعها مما يرجع الضرر على المحضون و هذا يعد تعسفا واضحا من ولي أمر المحضون[1]

و قد جاء في المادة 62 من ق.أ.ج في الفقرة الثانية أن "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك", ويلاحظ على النص بأنه مبهم و لا يدل على أي شرط واضح و صريح على عكس القوانين الأخرى[2], و قد يكون التعسف من قبل الحاضنة, فقد تستعمل هذه الأخيرة حقها في تربية المحضون بشكل تعسفي يعود بالضرر على المحضون, و مثال ذلك أن تقوم الحاضنة بتشويه صورة أحد الأبوين و رسم صورة سيئة عن أحدهما في ذهن المحضون, و في ذلك ضرر بالصغير لأنه قد يحمل الحقد أو الكره على أحدهما, أو أن تقوم الحاضنة بتعليم الصغير أشياء غير أخلاقية كالسرقة و التسول و هذا تعسف في إستعمال الحق.[3]

2-التعسف في حق المحضون في التعليم:

من حق المحضون الحصول على التعليم المناسب, خصوصا في عصرنا الحديث, حيث **نص ق أ ج في** نص المادة 62عليه و يقصد بتعليم الولد التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل و يظمنه له القانون مجانا و إجباريا إلى غاية إستنفاد طاقته و إستطاعته في تحديد مستواه بناءا على كفاءته.[4]

[1]-مروة خضر عياد, المرجع السابق ص 58.

[2]-إشترط قانون الأحوال الشخصية السوري صراحة في نص المادة 137 أن يكون الحاضن يتمتع بالعقل و البلوغ و على القدرة على القيام بصيانة المحضون صحة و خلقا, أنظر عبد العزيز سعد, المرجع السابق, ص ص 139-140.

[3]-مروة خضر عياد:المرجع السابق, ص 59.

[4]-باديس ديابي: المرجع السابق, ص51 .

لكن لم ينص قانون الأسرة على معاقبة الحاضن الذي يحرم الطفل من الدخول إلى المدرسة عكس القوانين العربية الأخرى.[1]

و يتضح مما سبق أن التعليم ضروري للطفل لكن قد يتعسف الوالد أو الحاضن و يحرم المحضون من حقه في التعليم و مثال ذلك إجبار الأب الطفل على العمل و ترك المدرسة و ذلك بهدف إما تعليم الطفل حرفة معينة أو بدافع جلب المال, فيكون الطفل مضطرا للإبتعاد عن المدرسة فيكون الأب هنا إستعمل حقه بطريقة تعسفية رجعت على المحضون بالضرر لأن إبتعاده عن المدرسة سوف يؤثر على حياته المستقبلية.[2]

[1]–نص القانون رقم 139 لسنة 1981 في المادة 21 على انه يعاقب بالغرامة والد الطفل او المتولي أمره إذا تخلف الطفل أو إنقطع دون عذر مقبول عن الحضور عن المدرسة,أنظر خالد عبد العظيم أبو غاية, المرجع السابق, ص205.

[2]–مروة خضر عياد: المرجع السابق, ص60.

المطلب الثاني: صور التعسف في إستعمال حق الحضانة إتجاه غير المحضون

سبق التطرق في المطلب الأول عن صور التعسف في إستعمال حق الحضانة إتجاه المحضون نفسه, و بيان بعض صور التعسف التي قد تقع على المحضون و توقع الضرر به و سيتم التطرق في هذا المطلب إلى صور التعسف في إستعمال حق الحضانة إتجاه غير المحضون و غالبا ما يقع التعسف في إستعمال الحق على الأب غير الحاضن أو على الأم غير الحاضنة.

الفرع الأول: صور التعسف في زيارة و رؤية المحضون

يقصد بحق الزيارة الحق الممنوح لأحد الأبوين الذي لم تثبت له حضانة الطفل بزيارة إبنه القاصر[1]

وإتفق الفقهاء على أنه يحق للأبوين رؤية إبنهما المحضون إذا إفترقا و لهم في ذلك تفصيل فيما يلي:

حيث كان رأي الحنفية أنه إذا كان المحضون عند أحد الأبوين فلا يمنع أحدهما الطفل المحضون من رؤية و زيارة الآخر, أما المالكية فكان رأيهم أنه إذا كان الطفل عند أبيه لا يمنعه من رؤية أمه أما إذا كان الطفل عند أمه فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه[2]

و اختلفوا الفقهاء في مقدار الزيارة, فيرى الشافعية أنها تكون مرة كل يومين فأكثر أما الحنابلة تكون الزيارة عندهم مرة كل أسبوع[3]

---

[1]–عبد الفتاح تقية , المرجع السابق, ص 249.

[2]–عبد المطلب عبد الرزاق حمدان , الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي, د.ط, دار الجامعة الجديدة, الأزاريطة, 2008, ص79.

[3]– مروة خضر عياد، المرجع السابق, ص 80.

و قد نص قانون الأسرة الجزائري على حق الوالدين في رؤية و زيارة المحضون و ذلك من خلال نص المادة 64 ق.أ.ج ف02 و التي جاء فيها "و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[1]

و يلاحظ على هذا النص بأن المشرع الجزائري لم يبين من هو الشخص الأحق بالزيارة هل هو الأب أو الأم أو العم عند وفاة الأب, أو الجدة للأم عند وفاة الأم, و مهما يكن يستخلص من النص على القاضي عندما يحكم بالطلاق و بالحضانة لمن يستحقها يجب عليه أن يحكم بالزيارة[2],و في ذلك قضت المحكمة بأنه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق.أ على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة, فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيب مرن, فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع.[3]

لكن طبيعة الخلافات الناشئة عن الفرقة تحدث التعسف و الظلم بين الفرقاء , و سيتم فيما يلي ذكر بعض صور و حالات التعسف في حق الرؤية.

[1]–الأمر 02/05 مؤرخ في 29 فبراير 2005, المعدل للامر 11/84 المتضمن قانون الأسرة ,ج.ر,المؤرخة في 27 فيفري 2005, العدد 15.

[2]– المحكمة العليا غ,ا,ش, قرار مؤرخ في 1990/04/16, ملف رقم 59784,م.ق,عدد ,1991 ,نفلا عن باديس ديابي,المرجع السابق ص 63.

[3]–عبد العزيز سعد: المرجع السابق ص 158.

أولا: التعسف في إستعمال حق الزيارة في أوقات لا تناسب الحاضن أو المحضون

قد يقوم غير الحاضن عمدا بإختيار أوقات غير مناسبة لزيارة و رؤية المحضون بدافع أنه له الحق في رؤية المحضون كأن يطلب زيارة المحضون في ساعات متأخرة من الليل أو في ساعات مبكرة في الصباح أو خلال أوقات عمل الحاضنة و ذلك بقصد الإضرار بها[1], حيث قال الشافعية بأنه "يكون المحضون عند أبيه ليلا و نهارا و لا يمنعه الأب من زيارة أمه لأن في ذلك قطع الرحم و لو أرادت الأم زيارته فإنها لا تمنع من ذلك إلا أنها لا تطيل في الزيارة فلا تمكث كثيرا و إن منعها الأب من دخولها إلى منزله أخرج المحضون إليها لتستطيع رؤيته."[2]

فمن خلال هذه الصورة يلاحظ بأن غير الحاضن استعمل حقه في رؤية المحضون لكن بطريقة تعسفية و في ذلك إضرار بالحاضنة.

ثانيا: التعسف في إمتناع غير الحاضن من إعادة المحضون بعد تنفيذ حق الرؤية

من صور التعسف في إستعمال حق الزيارة أيضا إمتناع غير الحاضن بإرجاع المحضون إلى حاضنته, فيلاحظ هنا بأن غير الحاضن إستعمل حقه في الرؤية و الزيارة بقصد الإضرار بالحاضنة,

لأنها تعتقد أنه أخد الطفل منها دون إرجاعه.[3]

زيادة على ذلك قد يكون المحضون في فترة الرضاعة و لا يجب عليه الابتعاد لساعات طويلة عن أمه و بذلك لا يحق لغير الحاضن أخذ المحضون و إبعاده عن أمه لفترة طويلة،لأن في ذلك ضرر عليه، فهذا تعسف و ظلم منهي عنه.

[1]– عبير بنت محمد الدريبي , المرجع السابق ,ص 119.

[2]–عبد المطلب عبد الرزاق حمدان, المرجع السابق .ص 79–80.

[3]–مروة خضر عياد, المرجع السابق, ص 64.

الفرع الثاني: التعسف في التنازل عن الحضانة

يقصد بالتنازل عن الحضانة هو أن تسقط الحاضنة حقها في حضانة الصغير و بذلك ينتقل الحق في الحضانة إلى من يليها من الحاضنات[1], أما بالنسبة لقانون الأسرة فقد نص على التنازل عن الحضانة و ذلك من خلال نص المادة 66 ق.أ.ج و التي جاء فيها " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" [2] فيلاحظ هنا بأن المشرع الجزائري لم يجبر الحاضنة على ممارسة الحضانة و أعطى لها حق التنازل عنها، لكن قيدها بشرط أن تنازلها لا يكون فيه إضرار بمصلحة المحضون.

وقضت في ذلك أيضا المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، و من ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون[3]" ,فيتضح من هذا القرار أن تنازل الحاضنة عن حضانة الصغير أمر غير صائب إذا كان هناك ضرر يمس بمصلحة المحضون.

لكن قد يحدث التعسف في أن تتنازل الحاضنة عن الحضانة و سيتم التطرق إلى بعض هذه الحالات.

أولا : التعسف في تنازل الحاضنة عن الحضانة بقصد الإضرار بالولي:

قد تستغل الحاضنة حقها في إمكانية التنازل عن الحضانة و عدم إجبارها عليها و تعمد إسقاط الحضانة عنها بدافع الإضرار بالولي بأن يكون هذا الأخير غير قادر على الحضانة

[1]- مروة خضر عياد, المرجع السابق ,ص 68.
[2]-عبد العزيز سعد, المرجع السابق, ص 141.
[3]- م.ع.غ.أ.ش, قرار مؤرخ في 1998/04/21, ملف رقم 189237,م.ق, عدد خاص بإجتهاد غرفة الأحوال الشخصية و المواريث 2001, نقلا عن الغوثي بن ملحة, المرجع السابق, ص 133.

و خصوصا أنه هو الذي يلي الأم في ترتيب الحاضنين حسب نص المادة 64 من ق.أ.ج فتكون بذلك الحاضنة استعملت حقها بقصد الإضرار بالولي.[1]

ثانيا : التعسف في إجبار الحاضنة على التنازل عن الحضانة:

قد يعمد الأب في استخدام حقه في الولاية على الصغير ، و ذلك بأن يضغط على الأم بأي وسيلة من وسائل الإكراه، و ذلك بحرمانها من النفقة بدافع التضييق عليها فيدفعها للتنازل عن الحضانة ففي هذه الصورة استعمل الأب حقه في الولاية بقصد الإضرار بالحاضنة و المحضون، فهذا يعتبر تعسفا و ظلما. [2]

الفرع الثالث : التعسف في الحق في السفر بالمحضون :

جاء في نص المادة 69 من ق.أ.ج بأنه" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له و إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون[3]، فالحاضنة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه و ذلك حماية لمصلحة المحضون، أما إذا أرادت الحاضنة الانتقال إلى بلد أجنبي يجب عليها أن تحصل على رخصة من القاضي و هو يقرر بإثبات الحضانة لها أو إسقاطها عنها، و ذلك بمراعاة مصلحة المحضون و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري في اجتهاد المحكمة العليا إذ اعتبرت المحكمة إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها و إسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة في الخارج و ذلك لبعد المسافة.[4]

كان هذا رأي المشرع الجزائري، فما هي آراء الفقهاء في سفر الحاضن بالمحضون ؟

---

[1]- مروة خضر عياد, المرجع السابق, ص 69.

[2]– مروة خضر عياد, المرجع السابق, ص 70.

[3]– الأمر 02/05 مؤرخ في 29 فبراير2005, المعدل للامر 11/84 المتضمن قانون الأسرة, ج. ر, المؤرخة في 27 فيفري 2005, العدد 15.

[4]– لوعيل محمد لمين , المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري, ط2, دار هومه, الجزائر 2006, ص116.

اختلفت آراء الفقهاء في مسألة سفر الحاضن بالمحضون حيث تحدثوا عن الموضوع بحسب اعتبارات مختلفة .

اختلف الفقهاء في مسألة السفر بالمحضون، فقد ذهب المالكية و الشافعية إلى التفريق بين السفر للنقلة و السكنة في مكان آخر، و بين السفر لحاجة كالتجارة، فإن كان السفر للنقلة و يعني به السفر الطويل سقطت حضانة الأم و انتقلت الحضانة إلى الأب أما إذا كان السفر للحاجة فقد ذهب الحنفية إلى أنه يحق للحاضنة السفر بالمحضون و ذلك في حالتين و هما أن تسافر بالمحضون إلى بلد قريب بحيث يستطيع أن يرى المحضون و يرجع إلى بيته قبل الليل أما الحالة الثانية و هو أن تسافر الأم بالمحضون إلى بلد بعيد و ذلك بشرط أن يكون البلد الذي ذهبت إليه هو نفس وطنها.[1]

و يوجد اعتبار آخر في مسألة السفر بالمحضون و هو بتحديد مسافة السفر، فقد اختلف الفقهاء حول تحديد مسافة السفر حيث ذهب المالكية إلى تحديد مسافة السفر بستة برد فأكثر، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه لا فرق بين السفر الطويل و القصير.[2]

من خلال ما سبق يتضح بأن الفقهاء تحدثوا عن مسألة السفر بالمحضون و بيان أحكامه و ذلك حماية لحق المحضون و الحاضن أيضا، لكن قد يحدث التعسف في استعمال الحق في السفر بالمحضون من أمثلتها أن تقوم الحاضنة بالسفر بالمحضون دون أن يعلم الولي بذلك و ذلك بدافع حرمان الأب من رؤية ابنه و تربيته و رعايته، فالحاضنة هنا استعملت حقها في السفر لكن بطريقة تعسفية فيها إضرار بالمحضون لأنه لا يستطيع رؤية والده و إضرار بغير الحاضن أيضا[3].

[1]–عبد المطلب عبد الرزاق حمدان, المرجع السابق ,ص 67–69.

[2]–المرجع نفسه, ص 71.

[3]- مروة خضر عياد, المرجع السابق, ص 67–68.

المبحث الثاني: أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على الطرف المتعسف و على المحضون

تم التطرق فيما سبق إلى بعض صور و حالات التعسف في استعمال الحق في الحضانة اتجاه المحضون و غيره و التي سترجع بالضرر على المحضون وحده و تخلف آثارا عليه حيث تجعله يعيش حياة فيها قساوة ومعاناة مما يؤثر ذلك سلبا في نشأته كما يترك أيضا التعسف في استعمال الحق في الحضانة أثر على الطرف المتعسف و سيتم في هذا المبحث بيان بعض آثار التعسف في استعمال حق الحضانة على الطرف المتعسف (المطلب الأول) و على المحضون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على الطرف المتعسف:

أغفل المشرع الجزائري في نصوصه القانونية المتعلقة بالحضانة الحديث عن الحالات التي يكون فيها الحاضن أو غير الحاضن متعسف في استعمال حقه في الحضانة ففي هذه الحالات يجب إسقاط الحضانة على الطرف المتعسف و من أمثلة ذلك أخذ غير الحاضن الطفل لرؤيته و بعد تنفيذ الرؤية يمتنع عن إرجاعه ففي هذا ضرر بمصلحة المحضون و يشكل خطرا عليه خصوصا إذا كان الطفل في فترة الرضاعة لا يستطيع الابتعاد عن أمه لساعات طويلة يلاحظ هنا بأن غير الحاضن استعمل حقه في الرؤية بطريقة تعسفية لهذا يجب إسقاط حقه في الزيارة، و من بين الحالات أيضا سفر الحاضنة بالمحضون دون علم الأب بذلك، فالحاضنة هنا استعملت حقها في السفر لكن بطريقة تعسفية فيها ضرر بمصلحة المحضون و فيها إضرار لغير الحاضن أيضا, و ذلك بحرمانه من رؤية المحضون و تربيته و رعايته، فهنا يجب إسقاط الحضانة عن الحاضنة لأنها كانت متعسفة في استعمال حقها.

نص أيضا قانون العقوبات الجزائري على عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي وهي الصورة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 328 منه، حيث أوضحت

هذه المادة أن الجريمة تقوم حتى ولو وقعت بغير تحايل ولا عنف، ويأخذ الركن المادي للجريمة أربعة أشكال وهي:

- امتناع من كان الطفل موضوعا تحت رعايته عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي، أي إلى من له الحق في المطالبة به، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيد.
- إبعاد القاصر ويتحقق بشأن من إستفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود القاصر معه لاحتجازه.
- خطف القاصر ويتمثل في أخذ القاصر ممن وكلت إليه حضانته.
- حمل الغير على خطف القاصر أو إبعاده.

فالأصل أن هذه الجريمة في مختلف أشكالها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسند إلى الآخر، ولكنها تنطبق أيضا على كل من أسندت إليه الحضانة عدا الوالدين كالجدة من الأم والخالة والجدة من الأب والأقربين.[1]

المطلب الثاني: أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على المحضون

تم التطرق فيما سبق إلى أنه للمحضون العديد من الحقوق المادية و المعنوية كالحق في التربية، الحق في الحفظ و التعليم، و اتضح أيضا بأنه قد يحصل التعسف في هذه الحقوق و من بين هذه الآثار:

الفرع الأول: أثر التعسف في حقوق المحضون المادية.

من بين أثر التعسف في حقوق المحضون شعوره بالاكتئاب و ذلك عندما تقلل الحاضنة الاهتمام بنظافته، أيضا يؤدي التعسف في الغالب إلى فقدان المحضون الرعاية الصحية

[1]-د.أحسن بوصقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص-الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، د ط، دار هومه، الجزائر، 2002، ج1، ص 173-175.

التي تضمن له النشأة الصحية السليمة، التي ينمو من خلالها وسط جو من العناية و الإهتمام مما يؤثر ذلك سلبا على مصلحة المحضون.[1]

الفرع الثاني: أثر التعسف في حقوق المحضون المعنوية

من بين آثار التعسف في حقوق المحضون المعنوية، أنه قد يؤدي التعسف إلى حرمان المحضون من الحصول على حقه في التعليم مما يؤثر ذلك بالسلب على حياته بجعله شخص جاهل، إضافة إلى ما يتركه من أثر على نفسيته ذلك لشعوره بأنه أقل من أقرانه، كما أن التعسف في حقوق المحضون يترك أثره الواضح عليه، فالتعسف المتبادل بين الحاضنة و الأب يخلق أثره أيضا على المحضون و خصوصا في حالات المماطلة في رؤية المحضون و زيارته[2].

[1]- مروة خضر عياد, المرجع السابق, ص 74.

[2]-المرجع نفسه, ص 74.

الخاتمة

خاتمة:

من خلال الدراسات التي قمت بها في هذا البحث، والمنصب على دراسة التعسف في استعمال الحق في الحضانة، وبعد بيان بعض صور للتعسف في استعمال الحق في الحضانة على المحضون وعلى الطرف المتعسف اتضحت بعض الاستنتاجات وأهم الملاحظات المسجلة بالإضافة إلى بعض الاقتراحات.

أولا: النتائج

- نظرية التعسف في استعمال الحق لم توجد من العدم، حيث ظهرت جذورها في القانون الروماني وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، كما عرفها أيضا الفقه الإسلامي.
- لم يتناول الفقهاء القدامى مصطلح التعسف بهذا الاسم لكنهم تناولوا مضمونه، لكن الفقهاء المحدثين عرفوه بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل.
- التعسف في استعمال الحق في الحضانة هو استعمال الشخص لحقه في الحضانة وذلك بقصد الإضرار بالآخرين على وجه يناقض قصد المشرع.
- تختلف صور وحالات التعسف في استعمال الحق في الحضانة وذلك اتجاه المحضون نفسه او غير المحضون.
- التعسف في استعمال الحق في الحضانة اتجاه المحضون يشمل الصور التي يكون فيها الإضرار واقع على المحضون وعلى حقوقه.
- من صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة اتجاه المحضون التعسف في حقوق المحضون المالية كالتعسف في النفقة، أما التعسف في الإرضاع من حقوق المحضون المادية.

- من حقوق المحضون أيضا الحق في الرعاية والحفظ والحق التعليم، وهذا ما جاء في نص المادة 62 من ق.أ.ج، ونلاحظ في هذا النص بأن المشرع الجزائري غفل من تحديد شروط الحاضن وترك مجال البحث فيها إلى الشريعة الإسلامية.
- يحق للمحضون وغير المحضون، الحق في الرؤية والزيارة فيجب اختيار الوقت المناسب للزيارة وإرجاع المحضون بعد تنفيذ الرؤية، فقد نص قانون الأسرة على حق الزيارة في نص المادة 62 لكن دون تحديد مكان ووقت الزيارة.
- للأم الحق في التنازل عن الحضانة، لكن هذا الحق لا يجوز أن يستعمل لأجل المضارة.
- يحق للحاضن السفر بالمحضون وهذا ما جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري لكن بمراعاة مصلحة المحضون.
- إن التعسف في استعمال الحق في الحضانة له أثر كبير في نشأة وحياة المحضون.

- من وحي هذه النتائج التي تمثل ثمرة هذا البحث أتقدم بالاقتراحات التالية:

1-نص المشرع الجزائري على الحضانة لكنه أغفل بعض الأمور فكان من الأحسن تعديل نص المادة 62 وذلك بتحديد شروط الحاضن وعدم تركها مبهمة بالإضافة إلى المادة 64 فعندما نص المشرع على حق الزيارة لم يبين من له هذا الحق ولم يبين أيضا وقت ومكان الزيارة.

2- لم يعالج المشرع الجزائري في نصوصه كل إشكالات الحضانة، فكان من الأحسن نصه على تقييد الحاضن في استعماله لهذا الحق وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

3-ضرورة سن قوانين تشريعية وذلك من أجل محاولة ضبط المحاولات التعسفية وإيقاع العقوبة على كل من يستخدم حقه إضرارا بالآخرين.

قائمة

المصادر

والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا:الكتب

1. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، د ط، دار الفكر، د م ن, 1979، ج 4.
2. أحسن بوصقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص-الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الاموال، دط، دار هومه، الجزائر، 2002، ج1.
3. أحمد محمود موافي، أحكام النفقات والأجور وما في حكمها، ط1، دار البراءة، القاهرة.
4. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
5. العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، ط 1، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.
6. أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، د، ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، الجزء 3.
7. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دط، دار الهدى، الجزائر، 2012،.
8. باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية- تعويض-نفقة-عدة-حضانة-متاع-دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، د.ط، الجزائر، 2008.
9. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، د-ط، دار النهضة العربية، بيروت، د-ت.
10. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 02، الجزائر، 2014.
11. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 01، دار الخلدونية، 2008.
12. خالد عظيم أبو غاية، حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013.
13. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ج 1
14. رشيد شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
15. سيد سابق، فقه السنة، ط 1، دار المؤيد، جدة، 2001، ج 2.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بيروت، 1998، ج 1

17. عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومه، الجزائر، 2018
18. عبد الفتاح تقية: قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهادات القضائية و التشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.
19. عبد القادر دوادي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار البصائر، الجزائر، 2010.
20. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان: الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008.
21. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، د ط، بيروت، د.ت مؤسسة الرسالة
22. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، ط 4، مؤسسة الرسالة، بيروت, 1988.
23. لوعيل محمد لمين: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر 2006.
24. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ج 2.
25. محمد كمال الدين أمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
26. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1988 .
27. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2006
28. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2017.
29. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 1، دار الفكر، دمشق، 1984، ج 07 .

ثالثا: الرسائل و الأطروحات

1. العيد إبراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في ولاية الزواج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، 2009-2010.
2. حميد و زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، 2004-2005.

3. عبير بنت محمد الدربي، المسؤلية عن التعسف في استعمال حق مشاهدة المحضون وزيارته في النظام السعودي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، الرياض، 2016.
4. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتماع القضائي، مذكرة من الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، 2010-2011.
5. مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، قدم هذا البحث لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، 2015.
6. نسيبة الحسن محمود علي، الحضانة وأثرها في تربية الطفل على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، 2006.

رابعا:الاجتهادات القانونية

1. المحكمة العليا أ.غ.ش، قرار مؤرخ في 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق، عدد 4، 1991، نقلا عن باديس ديابي.
2. المحكمة العليا,غ.ا.ش, قرار مؤرخ في 1998/04/21، الملف رقم 189237، م.ق، عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، 2001، نقلا عن الغوثي بن ملحة.
3. المحكمة العليا,غ.ا.ش, قرار مؤرخ في 2004/01/21، الملف رقم 311418، م.ق، العدد 2، 2004.

خامسا: القوانين

1- الأمر 02/05 مؤرخ في 29 فبراير2005, المعدل للامر 11/84 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر,المؤرخة في 27 فيفري 2005, العدد 15.
2- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395, الموافق لـ 26 سبتمبر 1975, المتضمن قانون مدني, ج.ر, العدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975, معدل بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005, ج.ر, عدد 44 الصادر بتاريخ 2005 المعدل والمتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

سادسا:المقالات العلمية

1- إسماعيل غازي مرحبا: التعسف في استعمال حق الحضانة، حقيقته، صوره، علاجه في الفقه الإسلامي المقارن, مجلة جامعة طيبة للآداب و العلوم الإنسانية، السنة الخامسة، العدد9، 1437هـ.

الفهرس

الفهرس

مقدمة أ

الفصل الأول : الاطار النظري للتعسف في استعمال الحق في الحضانة 6

المحث الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق في الحضانة 7

المطلب الأول : التعريف بالتعسف في استعمال الحق 7

الفرع الأول : التعسف لغة 7

الفرع الثاني : التعسف في الاصطلاح 8

الفرع الثالث : تمييز التعسف عما يشابهه 10

المطلب الثاني : التعريف بالحضانة 11

الفرع الأول : الحضانة في اللغة 12

الفرع الثاني : الحضانة في الإصطلاح 13

الفرع الثالث : التعريف بالتعسف في استعمال الحق في الحضانة 17

المبحث الثاني : حكم التعسف في استعمال الحق في الحضانة 18

المطلب الأول : حكم التعسف في استعمال الحق 18

الفرع الأول : قصد الاضرار بالغير 19

الفرع الثاني : ترجيح الضرر على المصلحة 20

الفرع الثالث : عدم مشروعية الفائدة 20

المطلب الثاني : أحكام الحضانة 21

الفرع الأول : الموقف الفقهي لطبيعة الحق في الحضانة 21

الفرع الثاني : موقف التشريع من طبيعة حق الحضانة 24

الفصل الثاني : الاطار الاجرائي للتعسف في استعمال الحق في الحضانة 26

المبحث الأول : صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة الواقع على المحضون وعلى غير المحضون 27

المطلب الأول: صور التعسف في استعمال الحق في الحضانة اتجاه المحصون نفسه 27
الفرع الأول : التعسف في حقوق المحضون المالية 28
الفرع الثاني : التعسف في حقوق المحضون المادية و المعنوية 29
المطلب الثاني : صور التعسف في استعمال حق الحضانة اتجاه غير المحضون 34
الفرع الأول : صور التعسف في زيارة و رؤية المحضون 34
الفرع الثاني : التعسف في التنازل عن الحضانة 37
الفرع الثالث : التعسف في الحق في السفر بالمحضون 38
المبحث الثاني : أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على الطرف المتعسف 40
و على المحضون
المطلب الأول : أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على الطرف المتعسف 41
المطلب الثاني : أثر التعسف في استعمال الحق في الحضانة على المحضون 41
الفرع الأول : أثر التعسف في حقوق المحضون المادية 41
الفرع الثاني : أثر التعسف في حقوق المحضون المعنوية 42
الخاتمة 44