وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي نور البشير البيض

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور الاجتهاد القضائي في ميدان قانون الأسرة

الحضانة – انموذجا

مذكرة تخرج لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الاسرة

من إعداد الطالبين:

*صادق محمد منتصر

* نوري عبد العزيز

إشراف أستاذ

علاوي عبد لطيف

السادة أعضاء لجنة المناقشة:

إسم ولقب الأستاذ	المؤسسة الجامعية	الرتبة	الصفة
مسعد نذير	المركز الجامعي نور بشير–البيض–	دكتور	رئيسا
علاوي عبد لطيف	المركز الجامعي نور بشير–البيض–	دكتور	مشرفا ومقررا
ريطاب عز الدين	المركز الجامعي نور بشير–البيض–	دكتور	مناقشا

الموسم الجامعي: 2022–2023

إهـــــــــــداء

أهدي هذا العمل إلى من قال فيهما

"واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا "سورة الإسراء الآية 24.

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما ،

إلى الإخوة والأخوات ، إلى كل الأهل والأقارب ،

إلى جميع الأصدقاء،

إلى كل من عرفته من قريب أو بعيد،

إلى من رفعوا رايات العلم والتعليم

أساتذتي الأفاضل،

إلى كل من سقط سهوا من قلمي ولم يسقط من قلبي.



إهـــــــــداء

الحمد لله الذي أعاننا بالعلم وزيننا بالحلم وأكرمنا بالتقوى وأجملنا بالعافية

أتقدم بإهداء عملي المتواضع إلى

الذرع الواقي والكنز الباقي، إلى من جعل العلم منبع اشتياقي، لك أقدم وسام

الاستحقاق إلى الوالد أطال الله عمره .

رمز العطاء وصدق الإيباء ، إلى ذروة العطف والوفاء ، لك أجمل حواء ،أنت أمي الغالية أطال الله عمرك .

وإلى رمز الصداقة وحسن العلاقة زملاء الدراسة دفعة 2022/2023.

إلى من هم انطلاقة الماضي وعون الحاضر سند المستقبل اللواتي لا عيش بدونهن ولا متعة إلا برفقتهن

إخوتي الأعزاء

إلى الزملاء

وفي الأخير يا رب ..

يا رب لا تدعني أصاب بالغرور إذا نجحت ولا أصاب باليأس إذا فشلت بل ذكرني دائما بأن الفشل هو التجربة الذي تسبق النجاح أمين يا رب العالمين



شكر وتقدير

بعد أن من الله علينا بانجاز هذا العمل ، فإننا نتوجه إليه الله سبحانه وتعالى أولا وأخرا بجميع ألوان الحمد والشكر على فضله وكرمه الذي غمرنا به فوفقنا إلى ما نحن فيه راجين منه دوام نعمه وكرمه ، وانطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم :"من لا يشكر الناس لا يشكر الله "،فإننا نتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى الأستاذ المشرف " علاوي عبد اللطيف" ،على إشرافه على هذه المذكرة وعلى الجهد الكبير الذي بذله معنا ، وعلى نصائحه القيمة التي مهدت لنا الطريق لإتمام هذه الدراسة، فلها منا فائق التقدير والاحترام ، كما نتوجه في هذا المقام بالشكر الخاص لأساتذتنا الذين رافقونا طيلة المشوار الدراسي ولم يبخلوا في تقديم يد العون لنا وخاصة الأستاذ .

وفي الختام نشكر كل من ساعدنا وساهم في هذا العمل سواء من قريب أو بعيد حتى ولو بكلمة طيبة أو ابتسامة عطرة



مقدمـــة

مقدمـــة:

إن العلاقات التي تنشأ بين الأفراد في مختلف المجتمعات، قد تنجر عنها نزاعات وخلافات بين أفرادها مما يتطلب حسمها وفضها من قبل جهة محايدة في نظر الطرفين وإن الجهة التي تقوم بمهمة الفصل في النزاعات التي تنشأ بين هذه الأطراف تتمثل في القضاء. لقد جاءت مختلف القوانين بمختلف مصادرها لتنظيم حياة الناس والقضاء على الفوضى وحفظ حقوق الأفراد وتوضيح واجباتهم، وبما أن الحياة الآن طرأ عليها الكثير من التغيرات وجب ظهور تشريعات جديدة التي تنظمها ومواكبة هذه التغيرات.

ونظرا لمكانة القضاء، فقد أولت الحضارات البشرية المتعاقبة الاهتمام بالقضاء، فنجد كل من الحضارات القديمة مثل حضارة بلاد الرافدين أو الحضارة المصرية التي نظمت شؤون القضاء والمستمدة من شريعة حمورابي، وكذلك كل من الحضارة اليونانية والروماني أعطوا اهتماما للمجال القضائي.

وإذا ترك القانون نصا قدا أو نسيانا أو تناسيا في أي مسألة من المسائل التي قد ينجر عنها تنازع، فإن هنا يبرز دور اجتهاد القضائي في المسألة وفق ضوابط الاجتهاد.

وبما أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، ولهذا من أجل الوصول إلى مجتمع أخلاقي خالي من الفساد، ولتكوين أسرة فقد تم تشريع الزواج، ويعتبر الأطفال ثمرة هذا الزواج. إلا أن هناك بعض النزاعات التي تحدث في الشؤون الأسرية، وقد يكون القانون تطرق إليها لفك هذه لنزعات وهناك نزاعات برز فيها دور الاجتهاد القضائي[1].

[1] ياسمين حدة قادري، "**الاجتهادات القضائية في مسائل إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري والقوانين المقارنة**"، مذكرة ماستر في قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021/2020، ص أ.

كما أن للاجتهادات القضائية التي استقرت عليها المحكمة العليا فيما يخص شؤون الأسرة دور بارز في التطبيق السليم للقانون، ويستند القضاة في القضايا الخاصة بشؤون الأسرة إلى مقاصد الشريعة الإسلامية. وهذا من أجل تحقيق الاستقرار الأسري وضمان حقوق أفراده.

إن فك الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، يثير مشكلة على السطح والتي تتمثل في الحضانة، فإن موضوع الحضانة هو من المواضيع الهامة والحيوية في مجال مسائل الأسرة، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد نظم الحضانة من خلال قانون الأسرة، إلا أنه أغفل في بعض المسائل مما فتح المجال أم الاجتهاد القضائي، مما أدى إلى صدور أحكام أو قرارات تختلف من محكمة لأخرى. ومن هنا أردنا تسليط الضوء على الاجتهاد القضائي في مجال الحضانة أنموذجا.

أسباب اختيار الموضوع:

إن انحلال الرابطة الزوجية وما ينجر عليه من تنازع حول موضوع الحضانة في المجتمع الجزائري شكّل دافعا وحافزا قويا للبحث ودراسة الموضوع، كما شكّل لدينا مستوى من الوعي بالأهمية الأكاديمية للموضوع. بالإضافة هناك أسباب أخرى ذاتية وموضوعية تتمثل في:

1. الأسباب الذاتية:

- الميول الشخصي للمواضيع التي تتعلق بشؤون الأسرة كونه مجال التخصص؛
- الرغبة الذاتية في معرفة دور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة ومجال الحضانة بصفة خاصة.

2. أسباب موضوعية:

- أن الموضوع يمثل محاولة جادة لفهم الاجتهادات القضائية والتي تصدر عن المحاكم العليا في المسائل المتعلقة بإسناد حضانة الأطفال ومستحقيها.

أهداف الموضوع:

يسعى الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف وتتمثل في:

-إبراز مفهوم الاجتهاد القضائي وضوابطه.

-دور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة وتطوره.

-دور الاجتهاد القضائي في مجال الحضانة.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في كون مجال الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة وخاصة مجال الحضانة واسع وخصب في تنازع القوانين، هذا ما أدى لدراسة الموضوع من أجل الوقوف على أهم المواضيع والمسائل التي يقوم عليه والتعرف على الحلول التي توصل إليها التشريع والقضاء.

الإشكالية: كيف ساهم الاجتهاد القضائي في حل النزاعات في المسائل المتعلقة بالحضانة في مجال شؤون الأسرة في القانون الجزائري؟

وتتفرع عن الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

1.ما المقصود بالاجتهاد القضائي؟

2.أين تكمن أهمية الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة؟

3.ما دور الاجتهاد القضائي في مسألة الحضانة؟

المنهج المعتد في الدراسة

للإجابة على الإشكالية فقد تم الاعتماد على منهج رئيسي هو المنهج الوصفي التحليلي الذي اقتضته طبيعة البحث الذي يحتاج إلى تحليل المواد القانونية والأحكام والقرارات القضائية وتفسيرها.

تقسيم الدراسة:

للإجابة على الإشكالية فقد تم التطرق إلى هذه الدراسة بتقسيمها على فصلين أساسيين:

الفصل الأول: والموسوم بعنوان "أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري، وهو بدوره تم تقسيمه إلى مبحثين؛حيث خصص المبحث الأول لماهية الاجتهاد القضائي، والمبحث الثاني تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة.

الفصل الثاني: والمعنون بعنوان "دور الاجتهاد القضائي في الحضانة، حيث تم تقسيمه لمبحثين، المبحث الأول تم التطرق فيه إلى الحضانة في التشريع الجزائري، أما المبحث الثاني دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد وإسقاط الحضانة.

الفصل الأول: أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

تمهيد:

يطلق مصطلح "الاجتهاد القضائي" حاليا على جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية لحل حالة قانونية معينة. إلا أنه لا يمكن للمحاكم إصدار "أحكام تنظيمية" أي أنها لا يمكنها أن تحل محل السلطة التشريعية أو السلطة الإدارية التي تتمتع بالسلطة التنظيمية لتحديد قاعدة إلزامية. ولكن إذ لم يجد القضاة حل لنزاع ما في مصادر القانون يتجهوا نحو الاجتهاد. ومن الواضح أنه كلما زاد وزن القرارات التي تتخذها المحاكم العليا على المحاكم الأدنى التي تميل إلى التوافق مع قرارات محاكم الاستئناف وقرارات محكمة النقض.

إذا كان التشريع يعبر عن اختيارات الأمة ومصالحها العامة، فإن الاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الوقائع، فالتشريع يتميز بالعمومية عكس الاجتهاد القضائي الذي يتميز بالخصوصية، فهو يقوم بتخصيص القاعدة القانونية، ويقوم بتحيينها، إذ بدونه لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار والاستمرارية.

ومن خلال هذا سيتم التطرق في هذا الفصل إلى ماهية الاجتهاد القضائي بصفة عامة وفي قانون الأسرة بصفة خاصة. بحيث تم تقسيمه إلى مبحثين أساسيين:

المبحث الأول: مدخل للاجتهاد القضائي

المبحث الثاني: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة

المبحث الأول: مدخل للاجتهاد القضائي

إن السلطة القضائية هي سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وذلك لخصوصية العمل القضائي الذي يتطلب الاستقلال والحيادية في العمل بغية إيصال الحقوق إلى أصحابها، وأثناء النزاعات وغياب القاعدة القانونية، أو غموضها، أو تقصيرها، فإن القضاء هنا يلعب دور مهم في حل النزاع.

من خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى مفهوم الاجتهاد القضائي في المطلب الأول وفي المطلب الثاني إلى مجال الاجتهاد القضائي وموقعه بين مصادر القانون.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

ليس هناك تعريف واحد وشامل للاجتهاد القضائي فكل باحث عرفه من الزاوية التي ينظر إليها سواء كانت نظرة شرعية أو نظرة قانونية؛ وبما أن مصطلح "الاجتهاد القضائي" مركب من كلمتين سنحاول تعريف كل كلمة على حدى للوصول إلى تعريف شامل.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد

قبل الخوض في التعريف الاصطلاحي للاجتهادي القضائي كان لا بد من تعريفه لغويا.

أولا: تعريف الاجتهاد لغة

الاجتهاد هو بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال[1].

[1] عبد الكريم، زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، قطر، 2007، ص401.

الاجتهاد وهو عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد. فيقال اجتهد في حمل حجر الرحا، ولا يقال اجتهد في حمل خردلة، لكن صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصا ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم[1].

الجَهد: الطاقة والمشقة، واجهد جهدك ابلغ غايتك. والتجاهد هي بذل الوسع كالاجتهاد[2].

ثانيا: تعريف الاجتهاد اصطلاحا

عرف الكمال بن الهمام الاجتهاد بأنه: "بذل الطاقة في تحصيل حكم شرعي عقليا كان أو نقليا قطعيا كان أو ظنيا"[3].

الفرع الثاني: تعريف القضاء

لا بد من تعريف القضاء لغة أولا ثم اصطلاحا.

أولا: القضاء لغة

القضاء عند ابن منظر من الفعل قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وفصل[4].

[1] أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى من علم الأصول**، ج4، الاجتهاد، دراسة وتحقيق: حمزة بن زهير حافظ الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ص4.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرو آبادي، **القاموس المحيط**، مراجعة: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص304.

[3] نادية شريف العمري، **الاجتهاد في الإسلام**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1986، ص27.

[4] ابن المنظور، **لسان العرب**، ج5، ص3665.

ثانيا: القضاء اصطلاحا

يعرف القضاء بأنه مجموعة القواعد التي تبين التنظيم القضائي في الدولة وتحدد اختصاص المحاكم، والتي تنظم الإجراءات والمواعيد الواجبة الاتباع والمحاكمة والفصل في لخصومات وتنفيذ الأحكام"[1].

كما يعرف أيضا بأنه: "مجموعة المبادئ العامة التي تتلخص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها"[2].

الفرع الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي

يطلق الاجتهاد القضائي على الطريق الذي يسلكه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص القانوني[3].

ويعرف الاجتهاد القضائي بأنه بذل القاضي جهد في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به، وعلى هذا يقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها المحاكم في أحكامها[4].

---

[1] عادل محمد جبر أحمد شريف، **حماية القاضي وضمان نزاهته**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص20.

[2] أنور سلطان، **المبادئ القانونية العامة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص158.

[3] حسين فريجة، "**الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه "المجتهد مناه ومدلوله""**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد01، ص12.

[4] هناء عرفاوي، "**الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الرابطة الزوجية**"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016، ص7.

ويعرف الاجتهاد القضائي شرعا بأنه "استفراغ وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"، أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودلالتها؛ أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت، أو عند عدم ورود النص[1].

وفي مجال القانون ينقسم تعريف الاجتهاد إلى مجموعتين:

الأولى تربط الاجتهاد بالسلطة القضائية ووظيفتها إذ تجعله يشمل جميع الأحكام والقرارات التي تصدر عن الهيئات ذات الطبيعة القضائية فتعرف الاجتهاد على أنه: "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليه وفق إجراءات متبعة على وجه الإلزام" أو هو مجموع القرارات القضائية التي تصدر عن المحاكم.

أما المجموعة الثانية فإنها تركز في تعريفها للاجتهاد على الجانب الذهني والإبداعي للقاضي إذ أن القانون غالبا ما يصدر في صياغة موجزة غير مفصلة وبالتالي قد يعتري نصوصه القانونية الغموض أو الإبهام بل وحتى النقص عن معالجة بعض المسائل، وعندها يظهر دور القاضي المهم وسلطته التقديرية في محاولة الوصول لحل المنازعات المعروضة أمامه من خلال إزالة الغموض أو الإبهام وسد ذلك النقص من خلال استنباط الأحكام القانونية. وهذه المجموعة عرفت الاجتهاد القضائي على أنه: "الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته"[2].

---

[1] محفوظ بن صغير، "**اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد02، العدد04، 2017، ص90.

[2] زينة عبد الحكيم عبد الرضا، حيدر فليح حسن، "**الاجتهاد القضائي وضوابطه_دراسة مقارنة_**"، العدد الخاص للبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، المجلد36، ج3، كانون الأول 2021، ص782.

والاجتهاد القضائي ثلاثة أنواع[1]:

1. بذل الجهد للتوصل على الحكم، ومجال الاجتهاد هناك يكون في حدود فهم النص وترجيح بعض ما يفيد مفهوما آخر دون خروج عن دائرة مفاده النص.
2. بذل الجهد للتوصل إلى حكم لم يرد فيه نص قطعي ولم يظهره إجماع التي وضعها المشرع للدلالة عليه كالقياس.
3. بذل الجهد للتوصل على الحكم الشرعي لتطبيق القواعد الكلية، وهذا فيما يمكن أخذه من القواعد والنصوص الكلية دون أن يكون فيه نص خاص.

ومن خلال هذه التعاريف نستنتج أن الاجتهاد القضائي هي مختلف الأحكام التي تصدر من القضاة في مختلف النزاعات سواء كان هذا الحكم تطبيقا لقاعدة قانونية موجودة فعلا أو في حالة غياب وجود قاعدة قانونية.

الفرع الرابع: الفرق بين الاجتهاد القضائي وبعض المصطلحات

يمكن التمييز بين الاجتهاد القضائي وبعض المصطلحات فيما يلي:

أولا: الاجتهاد القضائي والعمل القضائي

يعتبر الاجتهاد القضائي عملا ذهنيا إبداعيا، يختلف عن العمل القضائي كون هذا الأخير هو عبارة عن عملية منظمة قانونية تحسم كل نزاع يثور بين الأفراد سواء فيما يتعلق بإجراءات تقديم الدعوى أو فيما يتعلق بطرق الطعن في الأحكام الصادرة بشأنها. بينما الاجتهاد القضائي هو الذي يساهم في خلق القواعد وأعراف تؤطر العملية القضائية.

ثانيا: الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية

[1] حسين فريجة، مرجع سابق، ص13.

السابقة القضائية هي عبارة عن قضية مفصول فيها أو قرار محكمة يعتبر مثالا أو مرجعا لحالة مطابقة أو مماثلة وتحاول لمحاكم أن تفصل في القضايا على أساس المبادئ الراسخة في الحالات السابقة؛ بينما الاجتهاد القضائي فهو الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في حالتي عدم وجود النص القانوني أو عدم كفايته[1].

ثالثا: الاجتهاد القضائي والقياس

يلجأ القاضي للقياس في حالة نقص التشريع، أي عندما تعرض عليه حالة لم يرد بشأنها نص خاص في التشريع فيطبق عليها نصا شرعيا مقررا لحكم حالة أخرى إذا ما وجد أن الحالتين متشابهتان تماما لهما نفس السبب[2].

المطلب الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه بين مصادر القانون

قبل الخوض في معرفة موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون يجب أولا معرفة مجال الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: مجال الاجتهاد القضائي

هناك عدة حالات تستدعي إلى الاجتهاد القضائي مثل حالات الغموض والتعارض مع الواقع، لان تعدد احتمالات الفهم يقابل بتعدد احتمالات التصدي لمثل هذه الحالات. كما وأن سكوت النص أو قصوره تعد أنسب الحالات وأعقدها لتدخل الاجتهاد القضائي بالمفهوم الذي يكاد يكون كاملا لبعث قاعدة قانونية لأن القاضي يواجه صمت القانون في مسألة ما، تحتم عليه الفصل[3].

---

[1] أسماء عوامرية، "**دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر01، 2015/2014، ص.ص، 11. 12.

[2] أسماء عوامرية، المرجع نفسه.

[3] حسين فريجة، مرجع سابق، ص15.

فالقاضي اليوم أصبح يبحث في بعض النصوص ويحاول تفسيرها وتأويلها مع ما يتماشى مع الواقع. وهنا القاضي لا يتجاوز حدود القانون ويدخل في صلاحيات السلطة التشريعية، وذلك بإصدار حكم تكون له الصبغة العامة أو يحكم بما لا يقتضيه القانون أو بما يخالف القانون وإنما إذا أشكل عليه الأمر ورأى أن ما بسط لديه من الوقائع يستوجب حلا عادلا لا يتماشى مع ظاهر النصوص فإن الواجب يدعوه في مثل هذه الحالة لأن يتعمق في البحث والاستقصاء لفهم مراد المشرع، وهذا ما يستلزم ويحتم على القضاة أن يحافظوا على روح التشريع والتعمق في فهمه، وأن لا يلجئوا إلى التفسير والتأويل إلا في حدود ما يسمح لهم القانون لكي لا يتم تجاوز حدود صلاحيتهم[1].

ينحصر دور القضاء في حل أي مشكلة على مستوى الوقائع والقانون، فعلى القاضي أن يبحث ويتحقق من وجود الوقائع، ثم يبحث بعد ذلك عن القاعدة القانونية الملائمة، وهذا يتطلب تسلسلا منطقيا وتداخلا في كل فترات العمل الفكري من ملاحظة وبرهان وتعليل وتقدير[2].

فيجب على القاضي أن يكون ملما بالقوانين التي يطبقها، وباتساع مجالات العلوم صعب على القاضي الإلمام بكل هذه المعارف، لذلك يلجأ إلى تقدير الوقائع وتفسيرها بنفسه، مما أدى إلى تطور دور القاضي الأصل في تقدير الوقائع مع التوسع في الحرية التي يحظى بها في هذا المجال بناء على تقدير المصلحة وتحديد الحل الملائم للنزاع المعروض عليه، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري من مادته 110: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد

[1] حسين فريجة، المرجع نفسه، ص16.

[2] محفوظ بن صغير، **مرجع سابق** ، ص96.

تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن عنها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

لذلك وجب على مختلف القوانين الوضعية أن تمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة وكبيرة، وله أن يتخذ كل التدابير والإجراءات اللازمة في التحقيق القضائي من بين الإجراءات الاستعانة بالخبراء وهذا ما جاء في المادة 126 من القانون إجراءات المدنية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"[2].

ومن خلال هذا يمكن حصر مجال الاجتهاد القضائي فيما يلي:

أولا: مجال الاجتهاد عند وجود النص:

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص النص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، ومن هنا فقد يجتهد القاضي من خلال النصوص التشريعية، التي يلتزم تطبيقها، وعند تطبيق النصوص التشريعية يجتهد القاضي في حالتين[3]:

1. **غموض النص أو إبهامه:** وهذا يعني أن النص مبهم، أو له عدة تأويلات، وهنا يجب على القاضي أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وفي هذه الحالة تختلف الاجتهادات القضائية حسب فهم وتفسير النصوص القانونية عند كل قاضي.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الجزائرية الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

[2] الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[3] خليفة غربي، "**إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري –انحلال الزواج أنموذجا–**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017. ص22.

2. **النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية:** هنا عندما لا يجد القاضي نص تشريعي أو قاعدة قانونية يقضي بموجبها كان لا بد من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعينا في ذلك بطرق التفسير المتاحة له، خاصة طرق الاستنتاج المختلفة.

ثانيا: مجاله في عدم ورود النص: وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر أخرى للقانون، ومن أهم هذه المصادر العرف، والعرف هو ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه بما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه[1]. ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانون المصري والسوري وبعض القوانين العربية، والمصادر الأخرى 'مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، حيث نجد أن هذه القواعد ليست مدونة في قائمة محددة، وإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، كل ما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، (إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء)[2].

الفرع الثاني: موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون

إن اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية هو من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات. فعدم السماح للقضاة بإصدار قواعد قانونية عامة من شأنه أن يؤدي إلى شيء من الطمأنينة والاستقرار في الحياة القانونية، إذ يكون الناس على ثقة بنتائج أعمالهم ومعرفة

[1] صالح عوض، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، مطبعة الأزهر، مصر، ص8.

[2] خليفة غربي، مرجع سابق، ص23.

بالقواعد التي تطبق عليهم دون أن يكون هنالك مجال لمجابهتهم بقواعد لا يعلمونها يترك أمر تقديرها إلى القضاء.

ويتمتع الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية بقوة إلزامية لا تكاد تقل شأنا وأثرا عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، على الرغم من أنه لا يعتبر ملزما من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها. وتعود قوته الإلزامية إلى عاملين مهمين[1]:

1. حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد، وأن تتجنب تعديل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد وعدم الاستقرار بل وبالتحيز في بعض الأحيان.
2. وجود تسلسل بين أنواع المحاكم ووجود محكمة النقض بصورة خاصة التي تتولى توحيد الاجتهاد في البلد الواحد مما يدفع سائر المحاكم على مختلف أنواعها إلى أن تتقيد بما يصدر عن محكمة النقض هذه من اجتهادات وأن تتوافق معها في أحكامها لئلا تكون هذه الأحكام عرضة للنقض والرد.

ومنه فالاجتهاد القضائي هو من المصادر غير الرسمية للقانون، ويتميز بالإلزامية إلا في القضايا التي يفصل فيها فقط[2].

الفرع الثالث: دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية

تعد الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم والجهات القضائية يشكل ثروة حقوقية. فهي تشكل الطابع العملي الحي للقانون، وهي التي تشكل مداه وأبعاده، فالقانون بمواده عبارة عن مادة خام جامدة تصبح في حالتها النشطة عندما تتحول إلى أحكام قضائية، فالأحكام المؤيدة

[1] محمد سامر عاشور، **مدخل إلى علم القانون**، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018 ص144.

[2] مهاب نجا، **المدخل إلى علم القانون**، دار الشمال، طرابلس، لبنان، 1990، ص104.

من قبل المحكمة العليا والتي يستقر عليها القضاء هي بمثابة توجه القضاء وتوضيح للمنهج الذي يسير عليه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه. وتسمى هذه الأحكام التي يستقر عليها القضاء في المحاكم العليا بالمبادئ القضائية[1].

وتعتبر المبادئ القضائية بمثابة المرجع للمحامين والمترافعين أمام المحكم وحتى القضاة في المحاكم الابتدائية، فالقضاة أو المحامين قد يلجؤون في بعض المسائل التي يعتريها الغموض والإبهام، فالمبادئ القضائية نشأت نتيجة وجود مواد قانونية مبهمة أو غياب القاعدة القانونية كليا.

المطلب الثالث: أهمية الاجتهاد القضائي وبيان حجية الأحكام القضائية

من خلال هذا المطلب وجب التعرف على أهمية الاجتهاد القضائي (الفرع الأول)، ثم تبيان حجية الأحكام القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهمية الاجتهاد القضائي

تكمن أهمية الاجتهاد القضائي في أنه يضفي على القانون طابعا تطبيقيا وعمليا بالبحث عن الحكم العادل للنزاعات المعروضة أمامه، فهو لا يقل أهمية عن التشريع ذاته فهو يفسر ويبين مجال تنفيذ القانون.

يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا لقواعد القانون في النظام الأنجلوسكسوني حيث يلزم فيه القاضي باحترام وتنفيذ الأحكام التي سبقت أن صدرت عن المحاكم العليا والتي تكون ملزمة للمحاكم الدنيا أو المحاكم الابتدائية، وتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك

[1] محفوظ بن صغير، "**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته قي قانون الأسرة الجزائري**"، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2008 / 2009، ص241.

التي صدرت. وهنا يعتبر القاضي صانعا للقانون لأن هذا الأخير يقوم على ما يسمى بالسابقة القضائية التي تلزم القضاة باحترام وتطبيق الأحكام القضائية الصادرة من قبل[1].

أما في الدول التي تأخذ بالنظام الفرنكفوني التي تسير عليه معظم الدول العربية على خلاف النظام الأنجلوسكسوني فيقتصر دور القضاء فيها باعتباره من المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية على تطبيق القانون، فالقاضي لا ينشئ القاعدة القانونية بل يطبق القانون الساري المفعول عليها، ومنه الأحكام القضائية السابقة التي تتوصل إليها المحاكم غير ملزمة[2].

للتفسير القضائي أهمية كبيرة من الناحية العلمية والعملية ذلك أن التفسير المذكور يمارسه قاضي محكمة الموضوع بماله من سلطة قضائية ممنوحة له بموجب القوانين وذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولا إلى العدالة التي ينشدها الخصوم عبر الحكم القضائي الذي يصدر إضافة إلى ما يمثله التفسير القضائي من أهمية في الجانب العلمي إذ أن القاضي هو الكفيل بتطبيق القوانين وإن التطبيق يتطلب تفسير النص التشريعي وتتم معرفة مواطن الخلل أو القصور في تلك النصوص.

إن المشرع دائما ما يحرص أثناء صياغته للقوانين إلا أن هذه القوانين لا تكون دائمة تتماشى مع متغيرات العصر، فمثلا القاعدة القانونية التي تم التشريع بها قبل 50 سنة، فهي تتواءم مع الظروف التي كانت سائدة في ذلك الوقت، لذلك يجب على القاضي أن يراعي عند تفسير النصوص القانونية وهذا ليكون التفسير دقيقا ومتماشيا مع العصر الحالي ويمكن ذكر تلك القواعد بإيجاز فيما يلي[3]:

1. اتباع التفسير المتطور للقانون؛

[1] حسينة غواس، "**الاقتراب المفاهيمي للاجتهاد القضائي في التشريع الأسري الجزائري**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية المجلد06، العدد02، 2022، ص51.

[2] حسينة غواس، مرجع سابق ، ص51.

[3] عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص207.

2. عدم التقيد بحرفية النصوص ومحاولة الغوص في أعماق النص التشريعي محاولا استجلاء روح النص عبر الوصول إلى قصد المشرع والحكمة من التشريع وعدم الاكتفاء بالتقيّد بظواهر النصوص وما توحيها من معاني ظاهرية قد لا تفي بالغرض.
3. محاولة الرجوع إلى النصوص التشريعية في القوانين الأخرى ذات الصلة بموضوع النزاع، ذلك أن النصوص التشريعية في مختلف القوانين تعد بنية قانونية متكاملة تكمل بعضها بعضا وتفسر بعضها بعضا.

الفرع الثاني: بيان حجية الأحكام القضائية

حجية الحكم القضائي هو حجة فيما تم الفصل فيه، أي أنه بعد إصدار الحكم القضائي في مسألة ما يعتبر هذا الحكم عنوان العدالة، إلى أن الأحكام القضائية تختلف حسب درجتها وقوة الحجية وقابلية الحكم للطعن.

أولا: تقسيم الأحكام القضائية من حيث الحجية

وتنقسم إلى[1]:

1. **الحكم القطعي:** وهو الحكم الذي يفصل في موضوع الدعوى.
2. **الحكم غير القطعي:** وهو الذي يصدر قبل الفصل في الموضوع وحكم وقتي ويقصد به اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي لحماية مصالح الخصوم أو لحفظ أموالهم حتى يتم الفصل في موضوع النزاع والهدف منه دفع الضرر الذي سوف ينتج عن بطأ إجراءات المرافعة. والحكم القطعي نوعان:

[1] شوادر عبدد الله، "**البيانات الأساسية للأحكام القضائية**"، محاضرة في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط، محكمة برج بوعريريج، 2006/2005، ص.ص 4. 5.

- **الحكم التمهيدي:** هو حكم تأمر به المحكمة بإجراء يتعين اتخاذه وأن القاضي أبدى رأيه في الموضوع قبل الفصل فيه كموضوع تعيين خبير لتحديد مدى الأضرار التي أصابت المدعي قبل التعرض إلى مسألة المسؤولية.
- **الحكم التحضيري:** وهو حكم يقضي بإجراء التحقيق في الدعوى دون التعرض لموضوعها.

وتكون الحجية في الحكم القطعي كاملة، بمعنى أنه لا يجوز للمحكمة أن تعدل عنها كما لا يجوز عرض ما فصلت فيه على أية محكمة أخرى ما لم تكن هي المحكمة التي تنص القانون على الطعن في الحكم أساسها. أما الأحكام غير القطعية فإن لها حجية مؤقتة ببقاء الظروف التي صدرت فيها على حالها، فإن تغيرت هذه الظروف جاز عرض موضوعها من جديد على القضاء ليعيد النظر فيها[1].

ثانيا: أثر حجية الأحكام القضائية

إن الحجية التي يكتسبها الأمر المحكوم فيه ليست مطلقة من ناحيتين[2]:

الناحية الأولى: إن أثر الحكم يقتصر على الواقعة التي صدر فيها، ولا يمتد هذه الأثر إلى غيرها من الوقائع ولو كانت مماثلة للواقعة التي تناولها الحكم، لأن حكم القاضي لا يمكن أن يكون شرعا عاما يطبق على كل جزئية، وإنما هو تطبيق للشرع في جزئية معينة، وقد يظهر خطأ هذا التطبيق في المستقبل، لأنه فعل البشر، فلا يصح أن يمتد أثره إلى كل جزئية وواقعة.

الناحية الثانية: لقد ذهب جمهور الفقهاء في أثر الحكم القضائي الصادر فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه، فقد ذهبوا على أن الحكم القضائي لا ينفذ في الباطن حتى يكون موافقا للظاهر،

---

[1] خليفة غربي، "**إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري –انحلال الزواج أنموذجا–**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017. ص13.

[2] حسن محمود وهدان، مرجع سابق، ص89.

فإذا اختلفا نفذ الحكم في الظاهر دون الباطن، بمعنى أن حكم القاضي لا يغير الحرام، فيجعله حلالا للمحكوم له، ولا العكس.

وهناك أيضا أحكام تنقسم من حيث الحجية في أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام فاصلة في الإجراءات، وهي كالتالي:

أولا: أحكام فاصلة في الموضوع: ورد مصطلح "الأحكام الفاصلة في الموضوع" في عنوان الفصل الرابع من الباب الثامن من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتضمنته بعض المواد منها المادتين 296 و390 من نفس القانون ويقابله في النص الفرنسي مصطلح "jugement sur le fond"، وأول ملاحظة يمكن استخلاصها من المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تم تعريف الحكم الفصل في الموضوع على أنه الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع إلى جانب الأحكام الفاصلة في دفع شكلي في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض[1].

ثانيا: أحكام إجرائية: وهي أحكام تفصل في مسائل المرافعات التي تسير أثناء سير الخصومة. وتنقسم بدورها إلى أحكام قطعية ناهية للخصومة كالحكم ببطلان الإجراءات أو الحكم بسقوط الخصومة، وأحكام غير قطعية مثل الأحكام التمهيدية كالحكم بندب خبير في الدعوى وهذا الأخير لا يتمتع بالحجية المطلقة.

ومن خلال هذا نستنتج أن أهمية في أوجه آثار الحكم، فالحكم القطعي أنهى الفصل في الموضوع وعليه مباشرة التنفيذ، والعكس في الحكم غير القطعي[2].

[1] محمد بشير، "**الأحكام الفاصلة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد50، العدد04، 2013، ص.ص 111-112.

[2] هناء عرفاوي، مرجع سابق، ص14.

المبحث الثاني: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة

إن الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي يرتب عليها القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، وذلك من حيث كون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرمل، أو مطلقا، أو أبا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. ولذلك نجد أن القضاة قاموا بالاجتهاد منذ القدم في القضايا التي تخص الأسرة. ولهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة والعوامل التي ساهمت في تطوره، بالإضافة إلى أهميته.

المطلب الأول: تطور الاجتهاد القضائي ومجاله في قانون الأسرة

قبل الخوض في تحديد نطاق أو مجال الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة يجب التطرق إلى العوامل التي ساهمت في تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة.

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة

هناك عدة عوامل ساهمت في تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة عبر العصور نذكر أهمها:

أولا: الوضع السياسي والاجتماعي[1]

بفعل الحركة الاستعمارية للدول العربية تقلصت اختصاصات المحاكم الشرعية التي تهتم بشؤون الأسرة والأحوال الشخصية، هذا ما سمح من توسيع طرق استنباط الأحكام من المذاهب الأربعة، ويكون بذلك القضاة مجتهدين متأثرين بأزمانهم وهذا عندما لا يجدون نصا من القرآن والسنة، وأقوال الصحابة فيها، إذ أن الفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون متأثرة

[1] أحمد فرج، **المؤامرة على المرأة المسلمة تاريخ ووثائق**، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 1990 ص137.

بحكم العرف في كثير من الأحوال، وأن الاجتهاد في هذه الحالة رأي والرأي قد يصيب وقد يصيب.

ثانيا: التطور العلمي

إن غزارة الدراسات الاجتماعية والأبحاث الطبية والابتكارات العلمية المتسارعة، التي مكن البشرية من الوصول إلى الكثير من الحقائق التي كان يجهلها الإنسان في القديم وعلى سبيل المثال تتمثل الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية، كتقدير أطول مدة الحمل، وإثبات النسب، وأطفال الأنابيب، وبنوك الحليب في الرضاعة وغير ذلك، فظهور مثل هذه المواضيع والمعضلات لا تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي المناسب وإنما يجب اجتهاد القضاء من أجل تبيان الحلول اللازمة.

ثالثا: التأثر بالحضارات الوافدة

عندما اختلطت الحضارات أصبح هناك زعزعة في الأحكام الشرعية وخاصة تلك التي تتعلق بقضايا الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى للمجتمع، هذا ما أدى إلى المطالبة بتعديل القوانين المتعلقة بهذه القضايا وكانت حجتهم حتمية استنباط أحكام تتماشى مع روح العصر وهذا استجابة لميولهم وتأثرهم بالأمم الأخرى، ويرون السبيل الوحيد للتماشي مع التطور الحاصل هو الاجتهاد القضائي. وكان للاجتهاد دور في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته، الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب، والنظم المقارنة وهذا ما صرح به الكثير من الباحثين في هذا المجال، حيث نجد أن الذي لعبه في الشريعة الإسلامية كان له دور بالغ ذو أهمية أكثر من الدول الغربية[1].

[1] خليفة غربي، مرجع سابق ، ص26.

والاجتهاد مر بأدوار تاريخية متعددة وقد دعت الحاجة إليه بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم باعتبار أن المرحلة الزمنية التي عاشها كانت عصر التشريع بل كانت المرحلة التأسيسية للتشريع الإسلامي ومن ثم لم تكن هناك حاجة إلى الاجتهاد، إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم باعتباره معصوما بالعصمة الإلهية فإن الخطأ غير متصور عليه. فجميع ما كان يصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يصدر عنه بوصفه رسولا ونبيا معصوما، فكل أفعاله وأقواله وتقريراته كانت تشريعا. أما العصر الذي تلا وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم شهد اجتهاد الصحابة كاجتهاد الخليفة عم بن الخطاب في بعض القضايا كقضية الطلاق ثلاث بصيغة أو ثلاث صيغ في مجلس واحد حيث روى مسلم عن طاووس عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر: طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم في أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم[1].

وبعد الفتوحات الإسلامية زادت الحاجة إلى الاجتهاد وهذا بعد دخول شعوب أخرى في الإسلام وكذلك الابتعاد عن عصر التشريع وهو العصر الذي صدرت فيه النصوص الشرعية التي هي مدار الاستنباط سواء أكانت الآيات القرآنية أم الأحاديث الشريفة التي تضمنتها السنة النبوية، واستمر الاجتهاد قائما في المذاهب الإسلامية الأربعة وبابه مفتوحا حتى منتصف القرن الرابع الهجري[2].

[1] عباس قاسم مهدي لداقوقي، **الاجتهاد القضائي مفهومه_حالاته_نطاقه دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معزز بالتطبيقات القضائية**، (د.د)، العراق، ص2015، ص16.

[2] عباس قاسم مهدي لداقوقي، مرجع نفسه، ص17.

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة

لما كانت عقول الناس ومداركهم متفاوتة ووجهات أنظارهم مختلفة اختلفت الأحكام المستنبطة بالاجتهاد تبعا لذلك، ومن هذا يفهم أن الأحكام مؤلفة من قسمين:

أولا: ما دلت عليه النصوص الواضحة القطعية: كتحريم الزوج بالأمهات والبنات، وكجعل نصيب البنت من الميراث على النصف من نصيب الابن، وهذا لا مجال للاجتهاد فيه فهي وردت بنصوص قطعية لا تقبل الاجتهاد فيها، كونها من النظام العام ومن الأمثلة على ذلك[1]:

1. تعتبر الخطبة وعدا غير ملزم، لأنها مقدمة لعقد الزواج، وشرعت ليتعرف كل من الزوجين على الآخر، لإبرام العقد على أساس من التفاهم، ولو كانت ملزمة لعادت على أصل مشروعيتها بالنقض؛ أي لا تنتفي كونها مقدمة، ولأصبحت هي عقد الزواج بعينها، ولا ريب أنها لم تشرع لذلك في الأصل.
2. حقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج، من النظام الشرعي العام لأنها مقتضاة، فلا يجوز الاتفاق على ما ينافيه. فالاتفاق على أن لا مهر للزوجة مثلا، أو أنه لا نفقة لها باطل لمنافاته لمقتضى العقد، ونظامه الشرعي.
3. حق الطلاق شرعا بيد الرجل، لأنه مسند إليه بنص قاطع لا مجال فيه للتأويل، فلا يجوز جعله بيد القاضي أصلا، إلا في الأحوال التي جعل للقاضي فيها حق للتطليق.
4. المحرمات من النساء وتحريم الجمع بين الأختين من النظام الشرعي العام، وكذلك تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، أو المرأة وخالتها، لثبوته بالسنة المشهورة.
5. العدة والنفقات الواجبة المجمع عليها بين الأصول والفروع، وقواعد الإرث، كلها ثابتة بنصوص صريحة قاطعة، فهي من النظام الشرعي العام، لا يجوز الاتفاق على خلافها، ومثلها لا مساغ للاجتهاد فيها.

[1] فؤاد غجاتي، "**الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة**"، محاضرات سنة ثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، 2013/ 2014، ص11.

ثانيا: ما استخرج بطريق الاجتهاد: وهذا النوع ظهر عن نظرا لمتطلبات الناس في تعاملاتهم وفي كل أحوالهم الاجتماعية في كل زمان ومكان، فكان لا بد اجتهاد في حل بعض المسائل في شؤون الأسرة، ومن النصوص القانونية التي احتوت على أحكام شرعية لم تذكر في كتب الفقه المدون، بل قامت على اجتهاد فقهي جديد ما يلي[1]:

1. النصوص المتعلقة بالتعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة وفق الضوابط التي ذكرت في عدد من قوانين الأحوال الشخصية استنادا إلى قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".
2. النصوص المتعلقة بوجوب تسجيل عقد الزواج بناء على قاعدة المصلحة المرسلة وبالقياس على الدين.
3. المسائل المستجدة والتي للفقهاء المعاصرون آراء فيها، ولم تذكر في قوانين الأحوال الشخصية نصا: الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، زواج المسيار، إثبات النسب عن طريق الهندسة الوراثية، بنوك اللبن، التلقيح الاصطناعي، الفحص الطبي قبل الزواج وغير ذلك من المسائل التي تعتبر مجالا لبحث والاجتهاد في قضايا الأسرة المعاصرة.

المطلب الثاني: سعة فضاء الاجتهاد القضائي وأسسه في قانون الأسرة

من خلال هذا المطلب سيتم التطرق في الفرع الأول إلى سعة فضاء الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة، أما الفرع الثاني فخصص لأسس الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: سعة فضاء الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة

يلزم الفقيه في اجتهاداته اعتماد مقاصد الشريعة الإسلامية وضوابطها وتوجيهاتها، كي يحتفظ على الأصول والمقاصد ويعمل على حل ما يطرح على الناس في حياتهم من قضايا ومشاكل في سلوكهم ومعاملاتهم.

[1] فؤاد غجاتي، مرجع سابق، ص14.

ولقد امتد الاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق ونفقة وإرث ووصية، وحقوق الطفل من رضاع وولاية وحضانة وتربية على قرون من حياة المسلمين وما زال قائما لضمان التكافل الاجتماعي والوحدة والتماسك في البناء الأسري والمجتمعي.

ففي موضوع الطلاق فإن الاتجاه العام للشريعة الإسلامية هو التقييد بالزمن والعدد التماسا إلى إبقاء الزوجية وإصلاح ما فسد منها، وهذا لقوله تعالى: <<لا تدري لعل يحدث الله بعد ذلك أمرا>>[1].

وفي التوقيت في العدة والإيلاء لقوله تعالى << للذين يؤلون من نسائهم تربصّ أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم>>[2] . وهي مهلة رحمة بامرأة ورخصة للرجل قبل الإقدام على اتخاذ قرار نهائي.

أما في قضية الزنا يوازن الإسلام بين الضرر الواقع على المذنب والضرر الواقع على المجتمع ويقضي بارتكاب أخف الضررين، ويدرأ الحدود بالشبهات حفاظا على الأسرة وسلامتها.

أما في مجال الحضانة فلقد حمي الإسلام الطفل من عبث والديه بأن جعل النسب للأب بالفراش أو البينة أو الاستلحاق، كما حماه في حقوقه في الإرث وفي سلامة الأسرة. بتحريم التبني. وبجانب حماية الطفل لا يضيع حقوق الوالدين، والأم أحق بالحضانة ما لم تتزوج، وهنا يكون الإسلام وازن بين حقوق الولد وحقوق الأم.

[1] سورة الطلاق، الآية1.

[2] سورة البقرة، الآية226.

وجميع هذه القضايا وغيرها الكثير التي تتعلق بالأحوال الشخصية التي أفرزتها التطورات والتحولات الاجتماعية، لذا وجب على الفقهاء الاجتهاد والاهتمام بها ودراستها ومحاولة إيجاد الحلول الناجعة لها[1].

الفرع الثاني: أسس وضوابط الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

يستند الاجتهاد في قضايا الأسرة على الدواعي الآتية[2]:

- الحاجة التي تقتضيها حياة الناس، وتجدد أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، فإذا دعت الحاجة إلى إجراء تعديل على نص سابق، استند على عرف أو أدى إلى تطبيقه إلى مناقضة الغاية التي شرع الحكم من أجلها، جاز لولي الأمر إلى نصابه، بوضع التدابير والنصوص التي تحقق غايات الشرع من أحكامه معتمدا على أسس شرعية.
- التيسير ورفع الغبن عن الناس،فإذا ثبت وقوع الناس في الضيق والحرج باتباع رأي فقهيما، وكان في الفقه الإسلامي بديل آخر للرأي المتبع دون مخالفته النصوص الشرعية، جاز العدول عن المادة القانونية المؤدية إلى الحرج إلى مادة أخرى مكانها مستمدة من أيسر المذاهب الفقهية، ما لم يؤد تطبيقها إلى مفاسد أكبر منها.
- الالتزام بالنصوص الشرعية لواردة في نظام الأسرة، والأخذ بها في كل أمر أو تشريع، والتقيد بقواعد تفسير النصوص الشرعية، والتي عليها التعويل في الجمع ولترجيح بين النصوص المتعارضة والمختلفة.
- الاستفادة من التراث الفقهي واستيعابه والتمكن من فهمه، وفهم القواعد التي قام عليها، والانطلاق لبناء اجتهاد فقهي جديد.

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص264.

[2] نسيمة موسى، "**فعالية الاجتهاد القضائي في معالجة قضايا الأسرة**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد06، العدد 02، 2022، ص161.

- أن يكون القائمون على الاجتهاد فيما يخص قانون الأسرة من العلماء المختصين خاصة في علوم الشريعة، ولا بأي من الاستئناس بباقي العلوم الأخرى التي لها صلة بموضوع الأسرة.
- مراعاة قيم الأمة وهويتها وأعرافها وتقاليدها، ذلك لأن غاية القوانين هي إصلاح المجتمعات، وقد يكون بعضها مناسبا للحضارة الغربية وغير مناسبة للهوية العربية[1].

المطلب الثالث: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة

رغم اكتساب الاجتهاد القضائي صفة عدم الإلزامية من الناحية النظرية، إلا أنه وبالرجوع إلى الواقع يتبين لنا أنها لا تقل أهمية عم المصادر الرسمية للقانون، وهذا يعود إلى التسلسل الهرمي للمحاكم، فعندما تصدر محاكم النقض أحكام على المحاكم الأقل منها وتراقب أعمالها، وهكذا عند إصدارها أحكاما معينة على قضية معينة نجد بعدها استقرار مختلف المحاكم على ذلك الحكم وتطبقه بانتظام عند منازعات مشابهة. وعلى الرغم أنها لا تلزم المحاكم الأدنى منها بأن تأخذ بنفس الحكم في قضايا أخرى إلا أن وعي القضاة يعلمون أنه لا فائدة من مخالفة الاجتهاد القضائي للمحاكم العليا لأن الأحكام العليا هي من تطبق.ويمكن لمحاكم النقض أن تقوم بتعديل أحكامها إذا اقتضت الحاجة فليس هناك مانع وهكذا ينشأ اجتهاد جديد[2].

وهناك عدة اجتهادات في قانون الأسرة في الجزائر نذكر أهمها:

-سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، بحيث جاء في القرار وطبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النوويDNA) ولا

[1] نسيمة موسى، مرجع سابق، ص161.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، **شرح النظرية العامة للقانون**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص121.

ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية[1].

– للمرأة حق طلب التطليق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بالسجن أو السفر، وفقا للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية، حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي المرأة حق التفريق لهذه الأسباب، وذلك دفعا للضرر عنها، وهذا ما جاء في نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

–ترك تقدير القاضي في جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الناتج عن الرجوع عن الخطبة وهذا طبقا للماة5 من قانون الأسرة، العدول عن إتمام الزواج من المقرر قانون أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها..ولما تبث في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني فهنا يحمل المطعون بالتعويض عن الخسائر المترتبة عن ذلك[2].

–في موضوع تعدد الزوجات للقاضي تقدير وجود المبرر الشرعي ونية العدل وحرصه على موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها كما جاء في المادة الثامنة من قانون الأسرة، مع تمكين القاضي من فسخ الزواج الجديد إذا لم يحصل الزوج على ترخيص منه بنص المادة 8 من قانون الأسرة.

–اجتهاد القاضي في الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعاوي الطلاق وإثبات أسباب التطليق العشرة الواردة في المادة53 من قانون الأسرة، وتقدير التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي الذي نصت عليه المادة52. وهنا جاء قرار المحكمة العليا: عدم العدل بين

[1] قرار رقم355180، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006/3/5، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2006. ص469.

[2] قرار رقم 927114، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/07/13، المجلة القضائية، العدد01، 1995، ص128.

الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة6 من المادة53 من قانون الأسرة ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق. وهناك قرار آخر في حالة وجود حكمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين، الحف في التعويض عن كل طلاق، واقع بإرادة الزوج المنفرد.

-وفي تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين وتوفر الشروط فيهم وإسقاط الحضانة عنهم كما جاء في المواد 64 و66و67 من قانون الأسرة سلطة القاضي في تمديد مدتها للذكر حسب المادة65. وجاء القرار لا يسقط حق الأم في الحضانة بمجرد السفر والتردد على الخارج لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر وإنما الضياع والإهمال المترتب على ذلك السفر، يمكن للأم الحاضنة إشراك من تثق فيهم من الأقارب لرعاية المحضون دون أن تكون ملازمة له لمباشرة شؤونه[1].

-الاجتهاد في الصداق حيث صدرت قرارات في نزاع الصداق من بينها القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخاف هذا المبدأ بعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت _في قضية الحال_أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداق إلى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة خالفوا القانون.

وجاء في قرار آخر: "أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى أوراق الملف والقرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أيدوا الحكم المستأنف الذي ألزم الطاعن بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ ستين مليون

[1] السعدي سعودي، "**الاجتهاد القضائي الجزائري في أحكام التنزيل**"، مذكرة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021-2022، ص41-42.

سنتيم استنادا إلى أحكام المادة 17 من قانون الأسرة، وإلى الطاعن الملزم بأداء اليمين، لم يحضر إلى جلسة الصلح، مما يتعين الاستجابة لطلب المطعون ضدها الرامي إلى الحكم على الطاعن بأن يدفع لها ما تبقى من الصداق، كما جاء في تسبيب الحكم[1].

-في إثبات الزواج العرفي بالشهادة حيث جاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا ما يلي: "حيث أن وجه الطعن يؤاخذ المطعون ضدها على رفع دعواها لإثبات زواجها العرفي بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج (ر-ح) غير أن حقها في طلب إثبات زواجها من المرحوم المذكور أنفا لا يحدده القانون بمهلة معينة وما دامت قد أثبته بشهادة الشاهدين".

وجاء قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "حيث أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدليين وأن كل امرأة تدعي فلانا تزوج بها، فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود.." ويستفاد من هذا القرار:

-دعوى إثبات الزواج العرفي غير محددة بأجل، ويمكن رفعها حتى بعد وفاة أحد الزوجين وهذا من باب الاحتياط في إثبات الزواج العرفي.

-استقرار الاجتهاد القضائي على أن وسيلة إثبات الزواج العرفي هي الشهادة.

-استقرار الاجتهاد القضائي على الحرص على إثبات الزواج العرفي، ومنح فرصة لمن يدعيه بذلك، بتأكيد قضاء المحكمة العليا على ضرورة مناقشة الدفع بسماع الشهود[2].

-في مسألة الحكم بخلع الزوجة بمقابل مالي _طعن بالنقض_لأن الحكم بالخلع يشترط موافقة الزوج وأن هذا الأخير لم يرض بالمبلغ المقابل المحكوم به، وأن نفقة الإهمال لا تدفع للزوجة الناشز _ رفض الطعنإن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضي

---

[1] علي غريبي، فوزية بعاج، "**مدى اعتماد المشرع الجزائري على أحكام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد06، العدد03، 2022، ص136.

[2] رتيبة عياش، "**دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العرفي**"، مجلة الاجتهاد القضائي المجلد13، العدد28، نوفمبر2021، ص127.

الزوج وعند الاختلاف مبلغ التعويض بحكم القاضي بما لايتجاوز قيمة الصداق المثل إن نفقة الإهمال يحكم بها ابتدائيا وبالتالي يجوز الاستئناف فيها دون الطعن[1].

– الخلع حق للزوجة وحدها لا يشترط فيه موافقة الزوج الحكم بحفظ حق الزوج في التعويض – تطبيق القانون الصحيح. المبدأ:من المقرر قانونا وشرعا أن "الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا". ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار الطعون فيه[2].

–وفي مسألة الحكم بالخلع تلقائيا فقد جاء في قرار المحكمة العليا على ما يلي: " متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد منتهكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي" [3].

وهذا ما تم التأكيد عليه في قرار آخر الصادر بتاريخ 1991/04/23 على أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون . ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع

[1] القرار رقم 103793، نشرة لقضاة، العدد51، الصادر بتاريخ1994/04/19، ص96.

[2] القرار رقم 141262، الصادر بتاريخ 1996//07/30.

[3] القرار رقم 33652، المجلة القضائية، العدد03، الصادر بتاريخ 1984/06/11.

يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان دلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه"[1].

–وفي مسألة النشوز اعتبر القضاء أن عدم توفير الزوج كل مطالب الزوجة المحكوم لها بها وامتناع الزوجة عن الرجوع ليس نشوزا. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بأنه

من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية. لما كان من الثابت . في قضية الحال. أن الزوج لم يقم بواجب الإسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها ومن ثم فان قضاة المجلس الذين اعتبروها ممتنعة عن الرجوع و مؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شرعا ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القواعد الشرعية . و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

–وفي مسألة التعويض لأحد الزوجين المتضرر عند نشوز الزوجين فكان قرار المحكمة الصادر بتاريخ 1993/04/27 كما يلي: " متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين. فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون. ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة – في قضية الحال – تلجأ إلى طلب التطليق بعدد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطئوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة"[3].

[1] القرار رقم73885، المجلة القضائية، العدد02، الصادر بتاريخ 1991/04/23.

[2] القرار رقم 45311، الصادر بتاريه 1987/03/09.

[3] القرار رقم90947، المجلة القضائية، العدد02، 1994.

خلاصة الفصل:

ومن خلال ما تطرقنا إليه في الفصل الأول يتضح ن الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، إلا أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالباً الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به. وعلى هذا يقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.واجتهاد القاضي أما يكون في مورد النص أو في حالة غياب النص.

كما يجب على القضاة أن تكون لهم أهلية الاجتهاد فيما قد يعترضهم من قضايا ومسائل لا يجدون لها حكما في مصادر القانون المختلفة أو أن القاعدة القانونية مبهمة ويشوبها الغموض، فيلجئون غلى استنباط الحكم المناسب للواقعة محل النزاع.

وبعد التطرق لبعض النماذج التطبيقية في بعض مسائل الأسرة يتضح لنا أن الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة يسعى لإيجاد الحلول لعديد من المسائل الأسرية وهذا قصد الاستجابة لمتطلبات الأسرة.

الفصل الثاني: دور الاجتهاد القضائي في الحضانة

تمهيـــد:

إن مسايرة القضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام، فالتشريع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان. هذا ما جعل الدور مناطا بالأحكام الشرعية للنهوض بالاجتهاد في مجال قضاء الأحوال الشخصية، الأمر الذي أسهم في المحافظة على إبقاء الشريعة الإسلامية مصدرا لأحكام الأسرة.

وبما أن الزواج رابطة بين الرجل والمرأة على أسس الشريعة الإسلامية والقانون، وهو عامل لإيجاد الاطمئنان النفسي لكل من المرأة والرجل ولذلك نجد أن أحدهما ناقصا دون الآخر وهما يشكلان وجودا متكاملا بحيث يستند كل منها إلى شريكه.

والزواج رابطة تتخللها حقوق وواجبات بين لزوجين، إلا أنه في بعض الأحيان تتخل هذه الرابطة بعض الاضطرابات والمشاكل التي ينتهي بها الأمر إلى الطلاق. وهنا يظهر مشكل آخر وهو المتعلق بالأطفال، ومسألة الحضانة من المواضيع الحيوية في مجال الأسرة. إلا أن القانون لم يعالج مختلف النزاعات في هذه المسألة مما فتح مجال واسع أمام اجتهاد القضاء. ولهذا ارتأينا في هذا الفصل أن نحدد دور الاجتهاد القضائي في مسألة الحضانة وهذا من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: الحضانة في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون

المبحث الأول: الحضانة في التشريع الجزائري

تعتبر مسألة الحضانة من المسائل التي أعطى لها المشرع الجزائري عناية كبيرة، وهذا من أجل حماية حقوق الطفل والحفاظ على مصالحه. بحيث نجد أن المشرع الجزائري أعطى شروط معينة للحضانة وهذا حفاظا على مصلحة الطفل.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة في قانون الأسرة

يجب التطرق إلى تعريف الحضانة سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية. وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

قبل التعرف على المعنى الاصطلاحي والقانوني للحضانة يجب تعريفها لغويا.

أولا: تعريف الحضانة لغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرها في اللغة: ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب[1]. ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها[2].

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

هناك من يعرف الحضانة بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه كطفل وكبير ومجنون وتربية، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك"[3].

---

[1] محمد عزمي البكري، **الحضانة ومسكن الحضانة**، دار محمود، القاهرة، ط1، 2016، ص7.

[2] إبراهيم السلامي، أحمد حميد النعيمي، **أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)**، دار المعتز للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص292.

[3] يوسف الحسيني الحاملي، **تيسير العلام في أحكام الحضانة**، دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص9.

وهناك من يعرفها بأنها: "حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"[1].

إن الحضانة _في أصل شرعتها_ هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير. وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة_التي لها الحق في تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها _وهي أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا_ مضرة به إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نزرا. أو ينظر إليه شررا[2].

ثالثا: تعريف الحضانة قانونا

لقد قام المشرع الجزائري بتعريف الحضانة في قانون الأسرة بأنها " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك"[3].

ومن خلال هذا القانون يتضح أن الحضانة تتمثل في رعاية وتعليم وحماية صحته.

الفرع الثاني: مفهوم الطفل المحضون

قبل الخوض في تعريف الطفل المحضون وجب أن نقدم تعريف للطفل أولا.

---

[1] زينب العلواني، **الأسرة في مقاصد الشريعة: قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي** الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2013، ص261.

[2] محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص7.

[3] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

أولا: الطفل لغة

جاء في معجم اللغة العربية المعاصر أن الطفل (مفرد): ج أطفال: وهو ولد صغير يتراوح عمره بين الولادة والبلوغ[1] . ولقد ذكر الله تعالى في كتابه العزيز <<**ثم نخركم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم**>> الآية05 سورة الحج، وفيه الطفل الصغير.

ثانيا: تعريف الطفل اصطلاحا

تعرف منظمة العمل الدولية أن الأطفال بأنهم أولئك الذين تقل أعمارهم عن 15 عاما[2].

لم يتفق علماء الاجتماع على إعطاء تعريف محدد وشامل متفق عليه للطفل واكتفوا بالحديث عن تحديد سن الطفولة واختلفوا في تحديد سن الطفولة تبعاً لاختلاف وجهات النظر، فمنهم من يرى أن مفهوم الطفل يتحدد بسن معينة تبدأ من الميلاد وتمتد إلى الثانية عشر من العمر. ومنهم من يرى أن الطفولة هي المرحلة الأولى من مراحل تكوين الشخصية ونموها وتبدأ من الميلاد وحتى طور البلوغ .في حين يرى البعض الآخر أن الطفولة فترة الحياة التي تبدأ منذ الميلاد وحتى الرشد وهي تختلف من ثقافة إلى أخرى، فقد تنتهي عند البلوغ أو الزواج أو يصطلح على سن محددة لها[3].

لقد اختلفت نظرة علماء النفس للطفل مع علماء الاجتماع إذ اعتبروا أن الطفل ليس من وقت ولادته إنما من وقت تكوينه في بطن أمه وهو جنين؛ ففي نظرهم مرحلة التكوين هي من أخطر مراحل عمره على الإطلاق، ولهذا رأى "**جيزل**" " **Gesel**" أن الطفولة الإنسانية تمتد

---

[1] أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المجلد01، عالم الكتاب، القاهرة، 2008، ص1405.

[2] ليلى أحمد الملا، ، "**حقوق الطفل في القانون الدولي لحقوق الطفل والقانون الاتحادي رقم 03 لسنة 2016 (وديمة)**" ، هيئة تنمية المجتمع، ص6.

[3] هنادي صلاح البلبيسي، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والميثاق العالمي لحقوق الطفل "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص12.

من 0 إلى الولادة حتى 25 سنة تقريبا. وهكذا تبدأ مرحلة الطفولة من المرحلة الجنينية إلى غاية البلوغ عند البعض، أو تفوقه في بعض الأحيان[1].

ثالثا: تعريف الطفل قانونا

لقد عرف القانون الجزائري في المادة 2 من قانون حماية الطفل أن الطفل هو "كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة سنة كاملة"؛ ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تعريف الطفل وإنما حدد السن الأقصى للطفولة، كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يحدد متى تبدأ مرحلة الطفولة هل من وقت ولادته أم تبدأ وهو جنين في بطن أمه.

كما نجد أيضا أن المشرع الجزائري من خلال قوانينه يستعمل مصطلح قاصر وهو مرادف للطفل أي الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد أيضا[2].

ومنه فالطفل كل إنسان لم يتجاوز سن الرشد.

الفرع الثاني: شروط الحضانة

لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة شرط الأهلية، إلا أنه هناك عدة شروط تتمثل في:

أولا: الشروط العامة في النساء والرجال

[1] حمو بن إبراهيم فخار، "**الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن**"، رسالة دكتوراه، قانون جنائي كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2015/2014، ص23.

[2] ثابت دنيازاد، "**حقوق الطفل في خطر وآليات حمايته في التشريع الجزائري**"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، العدد 02، جوان 2018، ص82.

يمكن إجمال الشروط العامة في الحضانة فيما يلي[1]:

1. **البلوغ والعقل:** من شروط ممارسة الحضانة أن يكون الحاضن بالغا وراشدا قادر على تحمل المسؤولية، لأن غير المميز فلا يستطيع تولي أمور غيره. وبالإضافة أن يكون عاقلا، ومنه لا يجوز للمجنون والمعتوه في الحضانة، فهما لا يحسنان القيام بشؤون نفسهما فكيف القيام بشؤون غيرهما. كما لا يمكن أيضا إسناد الحضانة إلى سفيه مبذر، فهو في نظر الفقه الإسلامي يعتر محل حجر على أمواله، فلا يمكن جعله قيما على أموال المحضون.
2. **الأمانة على الأخلاق:** تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصيانته من الإهمال.
3. **القدرة على الحضانة:** من شروط الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو تقدم في السن فلا تكون أهلا للحضانة ويرى غالبة الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة ولا للمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا متقدمة في السن ولا لغير المكترثة بشؤون بيتها وأبنائها.

ثانيا: الشروط الخاصة بالنساء

هناك شروط إضافية خاصة بالنساء فيما يلي:

1. شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم:

[1] عبد الكريم نذير، "**الحضانة في التشريع الجزائري**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر، المجلد06، العدد04، ديسمبر 2021، ص474.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل، ما لم يضر مصلحة المحضون"[1].

2. **الاستقامة في السلوك:** يشترط في الأم الحاضنة أن تكون مستقيمة في سلوكها، فإذا كانت مستهترة سقطت حضانتها، وفي غير الأم يشترط العدالة، فإن كانت سيئة سلوك، بحيث يخشى على الولد منها، فلا حضانة لها لأن في صحبتها ضياع الولد[2].
3. **أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون:** إن السكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن اللائق والملائم شرط ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة وصحته وخلقه لأن التربية السليمة لا تقم بغذاء البدن فقط، بل سلامة الروح أيضا.
4. **أن لا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند إعسار الأب:** إن امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند عجز الأب عن دفع الأجرة الحضانة، فهذا ابعد مسقطا لحقها في الحضانة، وفي حالة قبول قريبة أخرى بتربية الطفل مجانا سقط حق الأولى في الحضانة[3].

ثالثا: الشروط الخاصة بالرجال

هناك شروط خاصة بالرجال بالإضافة إلى الشروط العامة التي تم التطرق إليها سابقا وتتمثل في[4]:

---

[1] القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404هـ.

[2] حنان بن داود، "**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04 العدد02، 2019، ص235.

[3] عبد الكريم نذير، مرجع سابق، ص475.

[4] صالح خيضر، فارس دبه، "**أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016/2015، ص.ص 30. 31.

1. **أن يكون الحاضن متحدا مع المحضون في الدين:** دائما ما يشترط اتحاد الدين مع المحضون، بالإضافة إلى ذلك فإن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، فليس هناك حق في الحضانة أن كان غير الولد غير مسلم والحاضن مسلم، أي أنه لا تسند الحضانة لما لا توارث بينهما.
2. **أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان المحضون أنثى:** ويشترط أن يكون الحاضن محرما للحاضن للأنثى المحضونة.
3. **أن يكون الحاضن من العصبات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا:** باعتبارها تضمن الشفقة على الصغير، أي أنه كلما كانت درجة القرابة قوية كلما كانت الشفقة على الصبي أقوى.

المطلب الثاني: أحكام الحضانة

من خلال هذا المطلب سنتطرق في الفرع الأول إلى أصحاب الحق في ممارسة الحضانة، أما الفرع الثاني، فتمثلت في مدة الحضانة، والفرع الثالث إلى آثار الحضانة.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في ممارسة الحضانة عند المشرع الجزائري

إن أصحاب الحق في الحضانة متعددون ولهم مراتب ودرجات، فنجد أن المشرع الجزائري قبل التعديل كان مرتب كما يلي: الأم، الجدة لأم، الخالة أي أخت الأم، الأب. الجدة لأب، ثم بقية الأقارب. وهذا ما نص عيه في قانون الأسرة 64 من القانون رقم 11/84 "**الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**"[1].

وبعد التعديل الذي قام به نص في المادة 64 على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة

[1] القانون11/84 ، مرجع سابق.

المحضون في كل ذلك، وعندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وبالتالي الترتيب أصبح كالتالي: الأم، الأب، الجدة لأب، الخالة أي أخت الأم، العمة أي أخت الأب، الأقربون درجة، وعند انعدامهم فالمشرع اخذ بمبدأ أن القاضي ولي من لا ولي له[1].

الفرع الثاني: مدة الحضانة

لقد تم تحديد مدة الحضانة في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري في قوله: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

ومن خلال استقراء هذه المادة نفهم أن المشرع الجزائري قام بتحديد مدة الحضانة للذكر بـ10 سنوات قابلة للتمديد إلى غاية 16 سنة من قبل القاضي وهذا بتحقيق الشروط التالية:

- أن تكون هناك مصلحة في تمديد الحضانة للذكر المحضون.
- أن تكون الحاضنة أم ولم تتزوج مرة ثانية.

نلاحظ أن هذه المادة ترى أن الأم وحدها من تستطيع تقديم دعوى أمام المحكمة بطلب تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية 16 سنة، وهذا من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضنة شخصا آخر غير الأم، مما يتنافى مع مصلحة المحضون[2]. أما الفتاة فإن مدة حضانتها بينها المشرع بأنها لغاية زواجها.

الفرع الثالث: آثار الحضانة

---

[1] ياسين لعميري، "**الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد07، العدد01، 2021، ص.ص 21. 22.

[2] صلاح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديد في قانون الأسرة**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص101.

إن ممارسة الحضانة لها آثار في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، لأن ممارسة الحضانة تتطلب مجهود في تربية المحضون من نفقة وسكن وغيرها.

أولا: مسكن الحضانة

لقد أعطى المشرع الجزائري اهتمام بالسكن في الحضانة وهذا من خلال التطرق إلى في قانون الأسرة وهذا من خلال المادة 72 معدلة والتي تنص على ما يلي:"**في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، للممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**"[1].

إن حق المحضون في السكن يتميز بأنه:

1. **حق شخصي:** يتميز الحق الشخصي بأنه لا يمكن لصاحبه الحصول عليه إلا بتدخل المدين، وعلى هذا يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي، ذلك أن الحق العيني هو سلطة مباشرة على الشيء ولا يستلزم وساطة بين صاحب الحق والشيء محل الحق. والحق الشخصي والمتمثل في السكن للمحضون مصدره القانون، فهو يرتب في ذمة الأب تجاه طفله التزاما ماليا يتمثل في توفير محل السكن أو دفع أجرة السكن.
2. **حق نسبي:** إذا كان للحاضن سكن قبل الحضانة، أو كانت متزوجة بذي رحم محرم للصغير فلا يحق لها طلب أجرة مسكن للحضانة. وإن لم يكن لها مسكن مملوك لها تسكن فيه أو لم تكن متزوجة بذي رحم محرم طلبت أجرة مسكن للحضانة تحضن فيه الصغير فيجب لها فيمن تجب عليه الأجرة. كما أن القائم بالحضانة وجب استغلال السكن للحضانة فقط.

[1] الأمر 02/05، المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

3. **حق مؤقت:** ينتهي الانتفاع بالمسكن بانتهاء مدة الحضانة، ولذلك فهو مؤقت، فإذا كان المحضون فتاة تنتهي مدة الانتفاع بالسكن بزواجها، وإن كان ولد بمجرد انتهاء مدة الحضانة 10 سنوات أو 16 سنة بعد التمديد[1].

ثانيا: النفقة

لقد تم تعريف النفقة في القانون رقم 15-01 الصادر بتاريخ 04 جانفي 2015 والمتضمن إنشاء صندوق النفقة بأنها تلك النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوة الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة. وهو ما بينته أحكام المادة 02 من القانون 15-02 الذي سعى إلى الحماية الكافية والقانونية للطفل في حالة فك الرابطة الزوجية[2].

تتمثل النفقة في كل ما يحتاج غليه الطفل من مأكل ومشرب وملبس وعلاج، ويستفاد من النفقة الطفل طوال فترة حضانته.

ولقد أسند المشرع الجزائري النفقة لمحضون في المادة 72 من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي: "**نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وغلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته**" وهنا يتبين أن نفقة الطفل إذا كان لا يملك مال فهي من مال أبيه. وهذا ما أكدت عليه المادة 75 من قانون الأسرة التي نصت صراحة على ما يلي: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة لذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط**

---

[1] عمر بوعلالة، "**سكن المحضون في القانون الجزائري: اعتراف تشريعي وحماية لم تكتمل**"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد11، العدد01، 2023، ص.ص 156. 157.

[2] فاطمة بن الشيخ، مصطفى عبد النبي، "**الضمانات القانونية لحقوق الحاضنة والمحضون_صندوق النفقة الجزائري نموذجا_**"، مجلة الفكرة القانوني والسياسي، المجلد06، العدد02، 2022، ص848.

بالاستغناء عنها بالكسب". وهذه المادة جاءت مؤكدا على أن نفقة الابن من مال أبيه إن كان ذكرا حتى بلوغ السن الرشد، أما إذا كانت بنت حتى زواجها. كما أن النفقة تستمر في حالة كان الابن عاجزا أو مزاولا للدراسة، كما أن واجب النفقة يسقط إذا الأب معسر[1].

بعد استقراء المادة 78 من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي: "**تشمل لنفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**".

ومنه فالنفقة تشمل ما لي:

- ✓ الغذاء ويتمثل في المأكل والمشرب.
- ✓ اللباس.
- ✓ العلاج.
- ✓ المسكن أو أجرة السكن حسب الظروف المادية للأب.
- ✓ الضروريات في العرف والعادة.

ونلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يدرج ضمن مشمولات النفقة نفقتين رئيسيتين وهما[2]:

1.أجرة الحضانة: لم يشر المشرع الجزائري إلى أجرة الحضانة، ولهذا يجب الرجوع غلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نجد علماء الحنفية أوجبوا هذه النفقة ما دام أم الزوجية ليست قائمة وما دام أنها غير معتدّة من طلاق رجعي أو بائن فهي في هذه الحالة تستحق النفقة من والد الطفل.

---

[1] نسيمة أمال حيفري، "**نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائرية**"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد09، العدد27، جوان 2017، ص6.

[2] عمارية بن كعبة، زين العابدين بلماحي، "**النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري**" مجلة صوت القانون، المجلد06، العدد01، أفريل2019، ص.ص 47. 48.

2.أجرة الرضاع: نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه النفقة، وهذا ما يستدعي للرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، حيث نجد أن أغلبية الفقهاء أن الأم تستحق النفقة لأن انقطاع العلاقة الزوجية وتطبيقا لقوله تعالى: <<..وإن كان أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهنّ فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى..>> سورة الطلاق الآية06.

رابعا: حق الزيارة

لقد جاء حق الزيارة في القانون الجزائري من خلال المادة 64 من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" وما يفهم من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات وأماكن عاد الحكم بإسناد الحضانة[1].

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن هذه المسألة في الأساس الأصل فيها أن تكون رضائية، ذلك أن الهدف هو مد أواصر المحبة بين الآباء والأبناء، وعدم إلحاق الضرر بنفسية المحضون. وهذا ما يستلزم على القاضي عند إسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة وإذا حكم بإسناد الحضانة إلى الأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق زيارة المحضون لمرات معينة، وفي أوقات وأماكن محددة وفي نفس الحكم[2].

إن مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر. فلا يجب على

[1] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص385.

[2] سامية بن قوية، "**آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية المجلد47، العدد01، 2010، ص155.

الأم غن كانت حاضنة أو غيرها من منع الأبناء في زيارة والدهم غير المحضون. فزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة وإذا مرض هذا الوالد لم يمنع المحضون من عيادته، لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده وبالتالي يمشي الولد إلى والده لتوافر العذر الشرعي والقانوني مع ضرورة مراعاة راحة الطفل[1].

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد وإسقاط الحضانة

إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قديمة أخذت بها الشريعة الإسلامية وكان العمل بها في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وتبعه في ذلك الصاحبة رضوان الله عليه، فمن المواقف الإسلامية التي تؤكد هذه القاعدة ما حدث بين أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصم فرآه في الطريق فأخذه، فذهبت جدته أم أمه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكري الصديق رضي الله عنه، فأعطاها إياه وقال لعمر: "ريحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك"[2].

لقد أعطى المشرع الجزائري سلطة واسعة للقاضي في تقدير من هو أصح لإسناد الحضانة إليه ومتى يتم إسقاطها. ومن هذا المبحث سنتعرف على دور الاجتهاد القضائي عند إسناد الحضانة في المطلب الأول وعند إسقاط الحضانة في المطلب الثاني.

---

[1] الزهرة حيرش، "**الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة في التشريع الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017/2016، ص34.

[2] أنيس دغنوش، محمد العيد ميهوبي، "**مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2021/2020، ص43.

المطلب الأول: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

لقد أورد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في كل المسائل المتعلقة بالحضانة، حيث أن تغليب المصلحة المادية والمعنوية للطفل المحضون أجدر بالحماية باعتبار أن القاضي يعتمد في تقديره لمصلحة المحضون المعيارين المادي والمعنوي بما يضمن سد حاجيات الطفل الأساسية وتحقيق استقراره المادي والعاطفي، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة أو إسقاطها أو بكل المسائل المرتبطة بها، وهذه القاعدة كانت اعتمدتها الشريعة الإسلامية منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وكل القوانين العربية الإسلامية[1].

الفرع الأول: خصائص مصلحة المحضون

تتميز مصلحة المحضون بمجموعة من الخصائص وتتمثل في:

أولا: أنها شخصية وذاتية

بمعنى أنها تختص بكل طفل على حدة، لا يمكن إجمالها على كل الأطفال، بحيث ينظر القاضي غلى كل طفل لوحده، ويحدد مصلحته. ومصلحة كل طفل تختلف عن الآخر، فمثلا البنت تختلف عن الولد، كما يختلف الرضيع عن الطفل الكبير.

ثانيا: أنها نسبية ومتطورة

فهي تتطور مع تطور الحياة مما يؤدي إلى تطور متطلباتها، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر.

[1] نجومن المولودة قندوز سناء، "**دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة**"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد07، العدد01، جوان 2022، ص908.

ثالثا: أنها مرنة ومطاطة

بما أن المشرع لم يعط تعريفا دقيقا لها فهذا يفتح المجال لكل قاض أن يعبر عن هذه القاعدة حسب قناعته الفكرية وطريقته في التربية وهو ما سيسهل حتما عمل القضاة، فبعدم تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع حرية تقدير ظروف كل طفل على حدة وبحسب طريقة المعيشة وحسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم، فمثلا حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية[1].

الفرع الثاني: الوسائل التي يستعين بها القاضي لإسناد الحضانة

للحفاظ على مصلحة المحضون في إسناد الحضانة يستعمل القاضي جملة من الوسائل وتتمثل فيما يلي:

أولا: التحقيق: يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي من خلالها يمكنه ترجيح رأيه، وهذا طبقا لأحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا رأى القاضي أن اختيار المحضون فيه فعلا مصلحة له حكم له به، أما إذا رأى غير ذلك أبقى على الحاضن الأول. وبالرغم من هذا يأخذ القاضي برأي المحضون للاستعانة والكشف عن مصلحة المحضون.

وهدا ما صرح به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1981/12/14، والذي نص على التالي: "يظهر من تحريات قضاة الموضوع، ومن تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقا للزوجة مراعاة لسماح الزوج، ومراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة

[1] محمد بجاق، "**مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية**"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد11، العدد17، 2014، ص191.

أمام المجلس وبحسبهم فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض"[1].

ثانيا: المعاينة: يجوز للقاضي أيضا التنقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو اتساعه، ومدى قربه أو بعده عن المدرسة[2].

ثالثا: الاستعانة بالخبير: قد يلجأ القاضي إلى الاستعانة بخبراء، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/02/18، والذي ينص "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، اعتمادا على تقدير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطاتهم التقديرية فقد طبقوا القانون".

أما القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ2005/05/18 والذي ينص على ما يلي "يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية"[3] .

الفرع الثالث: دور القاضي في التحقق من توفر شروط ممارسة الحضانة عند إسنادها

فيما يلي سوف ندرج أهم القرارات القضائية الناتجة عن الاجتهاد القضائي في شروط الحاضن[4]:

1. **شرط العقل:** كما ذكرنا سابقا أنه لا حضانة لمجنون أو معتوه أو سفيه، ولذلك يتعين على القاضي أن يتأكد من السلامة العقلية للحاضن، وألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية وهذا استنادا إلى الخبرة

---

[1] عبد القادر الصادق، عبد المالك رقاني، "**مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مدعمة لأحكام وقرارات القضاة لبعض الدول العربية)**، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد04، العدد02، 2020 ص197.

[2] عبد القادر الصادق، عبد المالك رقاني، مرجع سابق، ص197.

[3] عبد القادر الصادق، عبد المالك رقاني، مرجع نفسه، ص198

[4] نجومن المولودة قندوز سناء، مرجع سابق، ص911.

الطبية، وهذا ما لجأت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء فيه: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلية دون إثبات هذا المرض بعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة".

2. **شرط البلوغ:** وهو التمتع بالأهلية عند بلوغ 19 سنة كاملة ويستثنى من شرط البلوغ الأم القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج وهذا استنادا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".
3. **شرط الأمانة:** فالقاضي الذي يتأكد من عدم سلامة أخلاق الأم يرفض منح الحضانة لها لأن قوام الحضانة هو حفظ الولد صحة وخلقا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/09/30 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة[1].

إلا أن قرار آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/10/15أسند الحضانة للأم رغم إدانتها بجريمة لزنا، وهذا بحجة أن البنت صغيرة لا تستغني عن خدمة النساء وجاء في القرار ما يلي: "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة الموضوع مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها جريمة الزنا..على أنه يجب في جميع الحالات_مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة

[1] نجومن المولودة قندوز سناء، مرجع سابق، ص912.

النساء، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما..".

4. **شرط القدرة:** لقد كان اجتهاد القضاء في القرار الصادر بتاريخ 2000/07/18 والذي جاء فيه بأن "قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانون عندما اعتبروا أن عمل الطاعنة بمنعها من ممارسة الحضانة، مع أنها كانت تعمل قبل طلاقها من المطعون ضده والذي قضي عليه جزائيا بسبب الإهمال العائلي ويدعي اليوم بأن الطاعنة هي المهملة للأولاد خاصة أنه لا يوجد أي نص يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

الفرع الرابع: الأحكام القضائية المؤيدة لإسناد الحضانة للأم العاملة

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/67 المعدلة من قانون الأسرة على أنه: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

ومن الناحية العملية للقاضي سلطة تقدير إن كان العمل يعيق ممارسة الحضانة أم لا فإذا كان لا يتضرر المحضون من العمل فلا مجال لإسقاط الحضانة عنها.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18 إلى أن عمل المرأة وإن كان مؤسسا لدواعي المطعون ضده، إلا أنه لا يعد من مسقطات الحضانة.

وجاء في قرار آخر الصادر بتاريخ 1969/05/29 الذي نص على أن: "من المقرر شرعا وقضاء أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضونين وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى سقوط الحضانة عنها وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط"[2].

---

[1] نجومن المولودة قندوز سناء، مرجع سابق، ص913.

[2] عبد القادر الصادق، عبد المالك رقاني، مرجع سابق، ص203

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة

من خلال هذا المطلب سيتم التطرق إلى دور الاجتهاد القضائي عند إسقاط الحضانة سواء عند اختلال أحد الشروط العامة، أو عند اختلال احد الشروط الخاصة.

الفرع الأول: سقوط الحق في الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط العامة

إذا حدث اختلال في أحد الشروط العامة فإن يتم الحق في الحضانة ويمكن سرد أهم الاختلالات التي قد تحدث:

كما ذكرنا سابقا فإنه من مستلزمات وشروط الحضانة أن يكون الحاضن قادرا على حفظ الطفل وصيانته والقيام بمصالحه وشؤونه وحمايته، حيث قضت المحكمة العليا في قرار الذي صدر بتاريخ 1984/07/09 على أنه: "من المقرر في الفقه لإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي"[1].

وهذا ما يلزم قاضي شؤون الأسرة الحرص على توافر الشروط الضرورية عند إصدار الحكم بالحضانة.

كما يستلزم أن يكون الحاضن بالغا، وأعطى التشريع الجزائري للقاضي سلطة الترخيص للصغيرة بالزواج بعد تأكده من تحملها المسؤولية وهذا طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة وبالتالي يسمح لها كذلك بممارسة الحضانة إذا كانت راشدة حتى ولو تبلغ سن 19 سنة[2].

---

[1] القرار رقم 33921، مجلة القضاة، العدد04، 1989، ص76.

[2] حياة مغاري، دليلة فركوس، "**دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، الدد04، 2021، ص164.

لا يمكن إسناد الحضانة لمجنون أو معتوه أو سفيه، وهنا يجب الاستعانة بأصحاب الخبرة لتقدير مدى صحة الحاضن عقليا، وهنا كان الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 02/13 2002 على أنه: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة".

من شروط الحاضنة المنصوص عليها في المادة 62 أن تقوم الحاضنة بتربية الولد على دين أبيه. وبالتالي فلا فرق بين مسلمة أو غير مسلمة ما دامت تقوم بتربية لولد على دين أبيه. وهذا مصلحة للمحضون الذي يكون في أشد الحاجة لأمه في مراحل حياته الأولى، وفي حالة ارتداد الأم المسلمة عن الدين الإسلامي، فإن حقها في الحضانة يسقط[1].

وهنا أكد القضاء الجزائري على عدم التفرقة بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة بشرط أن تمارسها داخل التراب الوطني، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/03/13 يقضي بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، وإن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية. ولما كان قضاة الاستئناف _في قضية الحال_ قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة. ومت كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"[2].

ويشترط التشريع الجزائري في صلاح الأخلاق للحاضنة، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي وهذا ما جاء في القرار الصادر عن لمحكمة العليا بتاريخ 1984/01/09 على أنه:

[1] حياة مغاري، دليلة فركوس، مرجع سابق، ص165.

[2] حياة مغاري، دليلة فركوس، مرجع نفسه، ص166.

"متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا. وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضي بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما الأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"[1].

الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة بسبب اختلال أحد الشروط الخاصة

كما يسقط الحق في الحضانة باختلال احد الشرط العامة، كذلك تسقط باختلال أحد الشروط الخاصة ويمكن ذكرها كما يلي:

أولا: سقوط الحق في الحضانة عند استوطن الحاضن في بلد أجنبي

في هذه الحالة يرجع الأمر غلى سلطة القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، أي أن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية، بحيث جاء في قرار المحكمة العليا التي نصت على أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، إلا أنه المحكمة العليا في قرار آخر لها اعتبرت أن الإقامة في الخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب لأنه يتعذر عليه في الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك نظرا لبعد المسافة، وهو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه "أنه

[1] حياة مغاري، دليلة فركوس، مرجع سابق، ص167.

من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من سنة[1].

ثانيا: سقوط الحق في الحضانة لعدم طلبه للحضانة مدة سنة

لقد نص التشريع الجزائري في القانون الأسرة من المادة 68 منه: "إذا لم من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

وهذا يعني أنه إذا كان الطفل موجودا في رعاية وكفالة خالته بعد وفاة أمه، ولم يطلب إسناد الحضانة من قبل أبيه أو جدته إليهما ومضى على ذلك سنة فأكثر، يسقط عنه حق الحضانة حتما لسريان التقادم عليه. وهذا بشرط ألا يكون له عذر مقبول مثلا أن لا يكون على دراية باستحقاقه الحضانة، وبأن سكوته عنها مدة سنة يسقط عنه الحق فيها. ويرجع تقدير توافر هذا العذر إلى القاضي المختص مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون. ومن القضايا التي عرضت على القضاء الجزائري نذكر:

" متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب له بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها وكان من المقرر قانونا كذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم من أدلة وأبدى من طلبات ودفوع في الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة فإن قضاة الموضوع بعدم ردهم على الدفوع التي تمسك بها الطاعن وخاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل

[1] محمد مزيان، "**دعوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري**"، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد02، العدد01، 2011 ص79.

في الحضانة وبعد ردهم أيضا على دفع الأب الطاعن المتعلق بسكن الجدة مع ابنتها أم البنت المحضونة يشكل قصورا واضحا في التعليل ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار في الطعن في هذا الشأن "[1].

ثالثا: سقوط الحق في الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم

لقد اعتبر المشرع الجزائري أن زواج الحاضنة الذي يؤدي لإسقاط الحضانة عنها هو الذي يكون بشخص أجنبي بغير قريب، وهذا كون أن لأجنبي يبغض الصغير ولا يعامله معاملة حسنة تليق به عكس القريب المحرم الذي له صلة القرابة بالطفل ما تحمله على الشفقة عليه ورعاية حقه. وهنا يرى الأستاذ أعراب بلقاسم: "أن هذا الرأي يراعي نفسية الأب كما يراعي نفسية الطفل، فأما مراعاته لنفسية الأب فبإسقاطه الحضانة عن الحاضنة عند تزوجها بغير قريب محرم، ذلك حتى لا يرى الأب ابنه عند أناس غرباء عن عائلته يتربى في أحضانهم وهو مع ذلك مكلف قانونا بالإنفاق عليه، وأما مراعاته لنفسية الطفل فبإسقاط حضانة أمه له بتزويجها بأجنبي عنه وبعدم إسقاطها عنها عند زواجها بأحد محارمه، وفي ذلك ضمان لبقاء الطفل دائما عند أقاربه مما يجنبه عقدة الشعور بالغربة والإبعاد والتي لا تنفك عنه لو أنه تربى في بيت أجنبية عنه"[2].

لقد كرست المحكمة العليا ما جاء به المشرع في العديد من قراراتها، ففي كثير من المرات أسقطت الحضانة عند الحاضنة سواء أم أو جدة في حال زواجها بأجنبي وتضررت مصلحة المحضون من ذلك الزواج، إلا انه في حال إسقاط الحضانة عن الأم في حال زواجها بأجنبي لا يعني إسناد الحضانة دائما للأب، وهو ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها حيث

---

[1] مروة بن شويخ، "**مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري**" مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد03، ديسمبر 2017 ص.ص 161-162.

[2] أميرة لعناني، "**نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري**"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص _فرع قانون الأسرة_ كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015/2014، ص121.

قامت بنقض القرار الصادر عن المجلس والقاضي بإسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب دون الحدة لأم بعد زواج الأم لما في ذلك من ضرر قد يلحق بالمحضون ونص القرار على ما يلي: "حيث انه قد ثبت فعلا من القرار المطعون فيه بالنقض أن قضاة المجلس قد اعتمدوا في قضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسناد حضانة الولد إلى والده على مجرد كونه أولى بتلك الحضانة من جدته للأم طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة بعد ثبوت زواج والدته من شخص أجنبي عنه، دون أية مراعاة لمصلحته التي تقتضي بقاءه عند تلك الجدة لاسيما وأنها قد أحاطته بالرعاية الكاملة وبالتربية الحسنة وأنه قد تعود العيش معها، ودون الرد على دفوعها المتضمنة طلب اللجوء إلى تعيين مساعدة اجتماعية للتأكد من تربيته وظروفه الاجتماعية وحالته النفسية ونتائجه الدراسية، الأمر الذي يجعلهم قد خالفوا القانون وجردوا قرارهم من أي تسبيب مقنع، ويجعل الوجهين المثارين مؤسسين، ويتعين استنادا إليهما القرار المطعون فيه وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المجلس بتشكيلة جديدة للفصل فيها من جديد طبقا للقانون"[1].

ونلاحظ من أحد قرارا المحكمة العليا أنه في حالة تطلقت الحاضنة من الزوج غير القريب لها الحق في طلب استعادة الحضانة وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري. ومتى تبين _في قضية حال_ أم المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم تطلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة، قد طبقوا صحيح القانون. متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

[1] أميرة لعناني، مرجع سابق، ص122.

[2] القرار رقم 201336، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص178.

وجاء الاجتهاد القضائي في هذا الباب موضحا أيضا أنه لا يجب أن تكون الحاضنة متزوجة سواء كانت الجدة أو الخالة، وهذا ما أكده القرار رقم 40438 الصادر بتاريخ 1986/05/05 في العدد الثاني من مجلة القضاة لسنة 1989، ونص كالتالي: "متى كان مقررا في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحضانة ولو كانت أما فأخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة .لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدتها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة".

رابعا: سقوط الحضانة بالتنازل عنها

بحسب المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يسقط حق الحاضن في الحضانة بالتنازل عنها، ويشترط في التنازل أن يصدر عن محكمة مختصة وألا يضر بمصلحة المحضون.

ويرجع السبب غلى التنازل عن الحضانة المسندة إليه إلى وجود ظروف طارئة تحول دون احتفاظه بحق الحضانة أو استمراره فيه، كالسفر للعلاج بالخارج لمدة طويلة بسبب المرض المزمن الذي حل بالأم الحاضنة مثلا ويستدعي العلاج بالخارج لفترة زمنية طويلة. وإذا تنازلت عن الحضانة بسبب هذه الظروف فإن هذا التنازل يكون غير مقبولا، ويتعين على القاضي إسناد الحضانة للذي يليها في المرتبة مراعيا مصلحة المحضون. وفي هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا بأنه: "من المقرر أن تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون".

أما إذا كان التنازل يضر بمصلحة المحضون يرفض القاضي طلب التنازل وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بأنه: "طبقا لأحكام المادة 66 قانون الأسرة فإنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون"[1].

أما إذا تنازلت الأم عن الحضانة اختياريا فلا يمكن لها طلب استرجاع الحضانة، و لا تعود إليها وهذا ما جاء في قرار المحكمة الصادر بتاريخ 1994/04/19 في قوله: " من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية . لما كان من الثابت. في قضية الحال . أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم عليها ذلك فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"[2].

ولا يجب أن يقبل قرار التنازل عن الحضانة للأم بدون وجود حاضن آخر يتمتع بالقدرة على حضانتهم وهذا ما تم التأكيد عليه من قبل قضاة المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1988/12/14 حين قرر: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فان تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها إلزام الأب

[1] مروة بن شويخ، مرجع سابق، ص160.

[2] القرارا رقم102886، مجلة القضاة، العدد51.

بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

خلاصة الفصل:

وفي خلاصة هذا الفصل واستنادا على ما تم التطرق إليه فإن الاجتهاد القضائي الجزائري يلعب دورا أساسيا في مراعاة الطفل المحضون، حيث دائما ما يلجأ القاضي إلى الاستناد بمبدأ المستمد من الشريعة الإسلامية وهو مبدأ "مصلحة المحضون" ويتمثل في توفير الرعاية المادية والمعنوية للأولاد، وذلك في حالة انفصال الزوجين وما ينتج عنه في نزاع حول مسألة حضانة الأطفال.

ولحماية مصلحة الطفل وضع المشرع الجزائري جملة من الشروط والضمانات وهذا ما يتجلى من خلال المواد الخاصة بالحضانة في قانون الأسرة، حيث قام بتحديد جملة من الشروط العامة للحاضن سواء المرأة أو الرجل والمتمثلة في: الأهلية، البلوغ، العقل، والقدرة على تحمل مسؤولية الحضانة، والأمانة، أما الشروط المتعلقة بالنساء فقد تم تحديدها كما يلي: عدم جواز زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، أن تكون من محارم الصغير نسبيا، عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه، ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب. أما الشروط الخاصة بالرجال وهي أن يكون الحاضن متحدا مع المحضون في الدين، أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، أن يكون من العصبات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا.

[1] القرار رقم 51894، المجلة القضائية، العدد04، 1990.

خاتمـــــة

خاتمة:

لقد عرف الاجتهاد منذ وجود الإنسان على سطح الأرض، ولقد انتشر في عهد الخلفاء الراشدين وأثناء الفتوحات الإسلامية، والاجتهاد هو عمل من أعمال الرأي، أو بذل الجهد العقلي للتعرف إلى الحكم، وإذا تم ممارسة هذا الاجتهاد من قبل الفقهاء فهو يعرف بالاجتهاد الفقهي، وإذا تم ممارسته من قبل القضاء فهو الاجتهاد القضائي.

الاجتهاد القضائي هو الطريق الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص.

للاجتهاد القضائي دور في غاية الأهمية، فهو يسدي الفراغ القانوني عند التعرض لمسائل جديدة لم يسبق للقضاء أو القانون التطرق إليها، فالاجتهاد القضائي يخص الحالات المنفردة، ولا يمكن تعميم الحكم على مختلف القضايا المعروضة، وهذا راجع إلى طبيعة كل جزئية في القضية. كما أن حجية الحكم القضائي تصدر من المحكمة بموجب سلطتها القضائية.

ومن خلال دراسة هذا الموضوع تم التوصل إلى النتائج التالية وتكمن فيما يلي:

1. رغم أن الاجتهاد القضائي ليس من المصادر الرسمية للتشريع الجزائري في قانون الأسرة إلا أن له دور بارز في حماية حقوق أفرادها.
2. إن الاجتهاد القضائي في مجال شؤون الأسرة يستمد أحكامه من مقاصد الشريعة الإسلامية وهذا طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.
3. يسعى الاجتهاد القضائي إلى حامية حقوق الطفل حتى بعد التفكك والانحلال الأسري.
4. إن الاجتهاد القضائي في مجال حضانة الطفل دائما ما يرجع إلى مبدأ مصلحة المحضون سواء عند إسناد الحضانة أو إسقاطها.

5. إن قرارات المحكمة العليا في مجال حضانة الطفل تعتمد على ترتيب من يستحق الحضانة فمثلا إذ تم إسقاط الحضانة من الأم ليس بالضرورة إسنادها إلى الأب وإنما إلى الأنسب في الحضانة ومصلحة للطفل.
6. إن للقضاء سلطة واسعة في تحديد مصلحة الطفل وذلك من خلال الاستعانة بأحد الوسائل سواء في التحقيق أو المعاينة أو تعيين خبير.
7. في بعض الأحيان حتى وإن تم الاختلال بشرط من شروط الحضانة فإن القضاء لا يسقط الحضانة لما فيه مصلحة للمحضون.

ويمكن تقديم بعض الاقتراحات والتي تتمثل في:

1. إن القضاة دائما ما يتم الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة، وبالتالي وجب عليهم التوسع في الفقه الإسلامي، مما يسهل عليهم أداء مهامهم.
2. يجب على قضاة المحاكم الابتدائية الرجوع إلى قرارات واجتهادات المحكمة العليا في شؤون الأسرة والاستناد إلى قراراتهم كمصدر مساعد.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1. إبراهيم السلامي، أحمد حميد النعيمي، **أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)**، دار المعتز للنشر والتوزيع، 2016.
2. ابن المنظور، **لسان العرب**، ج5.
3. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى من علم الأصول**، ج4، الاجتهاد، دراسة وتحقيق: حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.
4. أحمد فرج، **المؤامرة على المرأة المسلمة تاريخ ووثائق**، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط3، 1990.
5. أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المجلد01، عالم الكتاب، القاهرة. 2008.
6. أنور سلطان، **المبادئ القانونية العامة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية. 2005.
7. خليل أحمد حسن قدادة، **شرح النظرية العامة للقانون**، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.
8. زينب العلواني، **الأسرة في مقاصد الشريعة: قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي**، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2013.
9. صالح عوض، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، مطبعة الأزهر، مصر، 1947.
10. عادل محمد جبر أحمد شريف، **حماية القاضي وضمان نزاهته**، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية، 2008.
11. عبد الكريم، زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، 1976.
12. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

13. ليلى أحمد الملا، ، "**حقوق الطفل في القانون الدولي لحقوق الطفل والقانون الاتحادي رقم 03 لسنة 2016 (وديمة)**" ، هيئة تنمية المجتمع.
14. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرو آبادي، **القاموس المحيط**، مراجعة: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008.
15. محمد سامر عاشور، **مدخل إلى علم القانون**، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018.
16. محمد عزمي البكري، **الحضانة ومسكن الحضانة**، دار محمود، القاهرة، ط1، 2016.
17. مهاب نجا، **المدخل إلى علم القانون**، دار الشمال، طرابلس، لبنان، 1990.
18. نادية شريف العمري، **الاجتهاد في الإسلام**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1986.
19. يوسف الحسيني الحامولي، **تيسير العلام في أحكام الحضانة**، دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع، 2018.

ثانيا: المجلات

1. ثابت دنيازاد، "**حقوق الطفل في خطر وآليات حمايته في التشريع الجزائري**"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، العدد02، جوان 2018.
2. حسين فريجة، "**الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه "المجتهد مناه ومدلوله""**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد01.
3. حسينة غواس، "**الاقتراب المفاهيمي للاجتهاد القضائي في التشريع الأسري الجزائري**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد06، العدد02، 2022.
4. حنان بن داود، "**الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد04، العدد02، 2019.

5. حياة مغاري، دليلة فركوس، "**دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد58، العدد04، 2021.
6. رتيبة عياش، "**دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العرفي**"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد13، العدد28، نوفمبر 2021.
7. سامية بن قوية، "**آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد47، العدد01، 2010.
8. عبد القادر الصادق، عبد المالك رقاني، "**مصلحة المحضون كضابط لإسناد الحضانة للمرأة العاملة (دراسة مدعمة لأحكام وقرارات القضاة لبعض الدول العربية)**، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد04، العدد02، 2020.
9. عبد الكريم نذير، "**الحضانة في التشريع الجزائري**"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد06، العدد04، ديسمبر 2021.
10. علي غريبي، فوزية بعاج، "**مدى اعتماد المشرع الجزائري على أحكام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد06، العدد03، 2022.
11. عمارية بن كعبة، زين العابدين بلماحي، "**النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة صوت القانون، المجلد06، العدد01، أفريل2019.
12. عمر بوعلالة، "**سكن المحضون في القانون الجزائري: اعتراف تشريعي وحماية لم تكتمل**"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد11، العدد01، 2023.
13. محفوظ بن صغير، "**اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد06.
14. محمد بجاق، "**مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية**"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد11، العدد17، 2014.

15. محمد بشير، "**الأحكام الفاصلة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد50، العدد04، 2013.

16. محمد مزيان، "**دعوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري**"، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد02، العدد01، 2011.

17. مروة بن شويخ، "**مسقطات الحضانة بين النص والتطبيق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمغربي والمصري**"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد03، ديسمبر 2017.

18. نجومن المولودة قندوز سناء، "**دور القاضي في الموازنة بين مصلحة المحضون وامتياز الأم بحق الحضانة**"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد07، العدد01، جوان 2022.

19. نسيمة أمال حيفري، "**نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائرية**"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد09، العدد27، جوان 2017.

20. نسيمة موسى، "**فعالية الاجتهاد القضائي في معالجة قضايا الأسرة**"، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد06، العدد02، 2022.

21. ياسين لعميري، "**الحضانة كآلية لتحقيق الاستقرار الأسري بين التشريعات المغاربية والأصول الشرعية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد07، العدد01، 2021.

ثالثا: القوانين والمراسيم والقرارات القضائية

1. القرار رقم 201336، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001.

2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الجزائرية الرسمية، العدد31، 2007.

3. القرار رقم 45311، الصادر بتاريخ 1987/03/09.
4. القرار رقم90947، المجلة القضائية، العدد02، 1994.
5. القرار رقم 33652، المجلة القضائية، العدد03، الصادر بتاريخ 1984/06/11.
6. القرار رقم355180، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006/3/5، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2006.
7. القرار رقم 927114، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/07/13، المجلة القضائية، العدد01، 1995.

10.القرار رقم73885، المجلة القضائية، العدد02، الصادر بتاريخ 1991/04/23.

8. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

9. القرار رقم 141262، الصادر بتاريخ 1996//07/30.

رابعا: الرسائل الجامعية والمذكرات

1. أسماء عوامرية، "**دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر01.
2. أميرة لعناني، "**نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص _فرع قانون الأسرة_، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015/2014.

3. خليفة غربي، "**إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري –انحلال الزواج أنموذجا–**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017.
4. الزهرة حيرش، "**الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة في التشريع الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017/2016.
5. السعدي سعودي، "**الاجتهاد القضائي الجزائري في أحكام التنزيل**"، مذكرة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021–2022.
6. صالح خيضر، فارس دبه، "**أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016/2015.
7. صلاح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديد في قانون الأسرة**، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.
8. محفوظ بن صغير، "**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته قي قانون الأسرة الجزائري**"، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.
9. خليفة غربي، "**إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري –انحلال الزواج أنموذجا–**"، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018/2017.
10. هنادي صلاح البلبيسي، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والميثاق العالمي لحقوق الطفل "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

خامسا: المحاضرات:

1. شوادر عبد الله، "**البيانات الأساسية للأحكام القضائية**"، محاضرة في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط، محكمة برج بوعريريج، 2006/2005.
2. فؤاد غجاتي، "**الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة**"، محاضرات سنة ثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، 2014/2013.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمــة ..... - 2 -

الفصل الأول: أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري 6

تمهيد: ..... - 7 -

المبحث الأول: مدخل للاجتهاد القضائي ..... - 7 -

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي ..... - 7 -

المطلب الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه بين مصادر القانون ..... - 12 -

المطلب الثالث: أهمية الاجتهاد القضائي وبيان حجية الأحكام القضائية..... - 17 -

المبحث الثاني: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة ..... - 22 -

المطلب الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة 22

المطلب الثاني: سعة فضاء الاجتهاد القضائي وأسسه في قانون الأسرة ..... - 26 -

المطلب الثالث: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة ..... - 29 -

خلاصة الفصل:..... - 35 -

الفصل الثاني: دور الاجتهاد القضائي في الحضانة 37

تمهيــد:.....38

المبحث الأول: الحضانة في التشريع الجزائري.....39

المطلب الأول: مفهوم الحضانة في قانون الأسرة 39

المطلب الثاني: أحكام الحضانة.....45

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد وإسقاط الحضانة 51

المطلب الأول: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة 52

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في حماية مصلحة المحضون عند إسقاط الحضانة 57

خلاصة الفصل:.....67

خاتمة 68

قائمة المصادر والمراجع 71

ملخص الدراسة:

إن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، ويتم الرجوع إلى الاجتهاد القضائي في هذا المجال عند انتفاء النص التشريعي على حكم المسألة المتنازع عليها، ولا يمكن لقاضي شؤون الأسرة الرجوع إلى الاجتهاد قبل التأكد من انتفاء النص التشريعي. ومن بين المسائل التي لعب فيها الاجتهاد القضائي دور بارز مسألة الحضانة، وهذا ما نلاحظه من خلال قرارات المحكمة العليا التي دائما ما تستند إلى مصلحة المحضون.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، قانون الأسرة، الحضانة.

Study Abstract:

Algerian family law is derived from Islamic Sharia law, and judicial discretion is referred to in this field when there is no legislative text governing the disputed matter. A family court judge cannot exercise judicial discretion before confirming the absence of a legislative text. Among the issues in which judicial discretion has played a prominent role is the issue of custody, as evident in the decisions of the Supreme Court, which consistently prioritize the best interests of the child.

Keywords: Judicial discretion, family law, custody.