

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب:

(1) عرامي حسام الدين

(2) سي مزراق محمد

موضوع المذكرة

النظام القانوني لحق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

الأستاذ: رمزي حوحو	أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
قروف موسى	أستاذ	جامعة بسكرة	مشرفا
الأستاذ: رزيق عادل	أ.مح.أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022 - 2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء:

أولاً أحمد الله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه
من أي أبواب استثناء سأدخل، و بأي أبيات القصيدة نعبر
هأنذا الآن أهدي عملي المتواضع إلى أحبتي
سأستهل هذا بشمس الذي يطلع بها نهاري، وقمري التي رغم ظلمات الليل تنير ظلمتي، *
التي بفضلها ودعائها أنا هنا تاج رأسي أُمي الغالية
إلى سندي و قوتي، الذي به أحتوي من كل المصاعب، إلى الذي علمني الصبر، أبي *
. حياتي .

إلى من فتح لي قلبه وكان سنداً لن أقول له شكراً بل سأعيش الشكر معه *
* إلى كل عائلتي.

شكرو عرفان

الحمد لله الذي مَنَّ عليّ بعونه وتوفيقه أن
أتم هذا العمل الذي لم يكن ليرى النور
لولا توفيقه سبحانه وتعالى.

كما أتقدم بشكري العميق إلى الأستاذ
الفاضل (قروف موسى) لقبوله الإشراف
على هذه المذكرة، وعلى نصائحه
وتوجيهاته وملاحظاته الدقيقة في سبيل
إنجاح هذا العمل.

إلى الذين مهدوا لي طريق العلم
أساتذتي الأفاضل.

إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة
ولو بالكلمة الطيبة خلال إنجاز هذا
العمل .

مقدمة

مقدمة:

- من المعروف أن الأسرة هي الحاضنة الأولى التي ينشأ الطفل في كنفها ويتفاعل مع أعضائها، وهي التي تُسهم بأكبر قدر من الإشراف على نمو الطفل وتكوين شخصيته وتوجيه سلوكه، وتسعى الأسرة إلى تحقيق الطمأنينة لأفرادها، وفي هذا الجو الآمن تبدأ العلاقات الاجتماعية للطفل، فيكتسب الشعور بقيمته وبذاته مع أفراد أسرته، وفي هذا الجو تتكون خبراته الأولى بالحب والحماية والأمن والطمأنينة، ويزداد وعيه بذاته، كما يزداد تفاعله مع أفراد الأسرة المحيطة به، وهكذا تتبلور شخصية الطفل في جو صحي.

لكن كثيرا ما تواجه الحياة الزوجية مشاكل قد تؤدي إلى زعزعة استقرارها، مما قد ينتج عنه الانفصال الحتمي بين الزوجين، ولعلّ من أهم الآثار التي قد تنتج عن هذا الانفصال هو حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، لذلك عمل المشرّع على حماية الأطفال وضمان حقهم في الحضانة، لأنهم أساس المستقبل في بناء الأسرة.

و تُعدّ الحضانة من أهم حقوق المحضونين، لارتباطها بمرحلة الطفولة، إذ أكدت تجارب المجتمعات البشرية باحثين ومتخصصين، بأنها أهم مرحلة من مراحل عمر الإنسان باعتباره الأساس الذي يقوم عليه بناء شخصية المحضون، وأكثر الفترات حساسية في حياته، لما تُرتبّه الحضانة من نتائج لاحقة على حياة المحضون، ابتداء من مرحلة الطفولة فالمراهقة والشباب وانتهاء بالشيخوخة ومن هذا المنطلق فقد حظيت الحضانة بالاهتمام الكبير في الفقه الإسلامي وامتدّ ليشمل الفقه القانوني، وقد ترجم هذه الأحكام بنصوص تشريعية خاصة مسائل الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية.

وقد عني الاسلام بالمحضون منذ نعومة أظافره قبل أي قانون بعد أن عدّ الأسرة الفاضلة الركيزة الأساسية والمؤثر الأول لتربية المحضون باعتباره ينمو وينشأ في ظلها ومحل تأثر تام بما يحيط به من أجواء، فهو يُولد كالصفحة البيضاء وأبويه ثم المجتمع يكتبان عليها ما شاء، فوضعت له الشريعة الإسلامية من الأحكام الشرعية لحفظه ورعايته منذ ولادته إلى بلوغه، ليتخذ الفقهاء المسلمون من هذه الأحكام وأيضاً مشرعي القوانين أساساً بشكل نصوص فيما يخص المحضون تثبت له نسبه ورضاعته وحضانتها والإنفاق عليه ومشاهدته لرعايته وحمايته من الضياع .

لقد تكفل المشرع بتحديد مصلحة المحضون في حفظ القرابة عندما نص في المادة (3) من قانون الأسرة: " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية"، وكذا في الفقرة الثانية من المادة (36) المعدلة في ذات قانون والتي تنص على أنه: " يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، وفي الفقرة السابعة من نفس المادة بقولها: " زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"، ويظهر أن المشرع تطرق إلى الواجبات المتبادلة بين الزوجين والتي من أهمها حفظ القرابة وحسن تربية الأولاد، في حال قيام الرابطة الزوجية والتي قد تستمر بعد الانفصال، والتي تجعل المحضون يعيش حياة عادية، رغم حدوث الانفصال بين الزوجين، لكن يبقى كلا منهما أو إلى من انتقلت إليه الحضانة أن يلتزم بتربية المحضون تربية حسنة وتقوية صلة رحمه، وكل هذه الأمور تحقق التوازن النفسي والعاطفي للمحضون، ولا شك أنها تساهم في إبعاده عن الآفات الاجتماعية.

وإذا كانت الحضانة من الأمور المهمة، فلا بد أن ينعم المحضون برعاية حقيقية لا تُشعره بفراق والديه وعليهما أن يتفهموا حالة المحضون، وإلا تدخل القانون لتقرير أصحاب الحقوق وكيفية ممارستها، لأن هذه الحقوق مقررة لحماية المصالح الاجتماعية للمحضون، والتي منها زيارة المحضون، وما قد يترتب عليه من تعسفات أو تصادمات ومشاحنات أو تصفية حسابات، أو الانتقام الذي قد يحدث بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة نتيجة الفراق بينهما، بما يؤثر سلبا على المحضون، وبالتالي يصعب ممارسة الزيارة بسهولة ومرونة غالبا، في ظل الخلافات التي قد تكون بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة، لذلك يثور التساؤل إن كان القانون ومن ورائه القضاء قد ضمن الحماية الكافية للممارسة الحق في الزيارة، بما يضمن مصلحة المحضون.

فلقد أصبح حق الزيارة بالنسبة للأولاد المحضونين يطرح إشكالا كبيرا بالنسبة للأبوين عند ممارستهم لهذا الحق على مستوى المحاكم، ومن خلال موضوعنا هذا سنحاول الإجابة على التساؤل التالي: فهل وفق المشرع الجزائري في تنظيمه لحق الزيارة للمحضون وفقا لما تقتضيه الشريعة و القانون؟. وعليه اخترنا موضوع:

"النظام القانوني لحق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري"

أسباب اختيار الموضوع:

1 / ومن أسباب ودوافع دراسة هذا الموضوع أسباب موضوعية كثيرة ربما وأهمها النزعة الشخصية لدراسة قانون الأسرة وخاصة موضوع الحضانة لاعتبارات عديدة أبرزها التأثير المباشر على الأسرة، والأثر السلبي على صغار الأطفال.

2 / ما يلفت الانتباه أثناء معالجة النصوص القانونية التي أقرها قانون الأسرة الجزائري تأكيد المشرع على مبدأ مصلحة المحضون، ومن هنا يتضح لنا تأثير المشرع وتبنيه لهذا المبدأ. من ناحية، ومن ناحية أخرى، توفير الحماية الدائمة، مع مراعاة مصلحة المحضون، أي وضعه في ظروف مناسبة لحياته اليومية.

3 / من خلال معرفتنا بأحكام القضاء اعتقدت أن معظم القضايا العائلية المعروضة عليه هي منها تشكل عواقب الطلاق، مثل النفقة والزيارة والسكن، تهديدًا لمصلحة الطفل وانعكس ذلك سلبًا على حياته، من خلال عيشه في أسرة يسودها الاستقرار والصراع الدائم.

أهمية الدراسة:

يعتبر الطفل رصيда هاما في المجتمع، ويجب على هذا الأخير أن يوفر له الحماية الكافية لتربيته وتوفير بيئة صحية ومناسبة له، وتعتبر الأسرة البيئة المثالية لتنشئة الطفل، ولكن العلاقة الزوجية التي تقوم عليها الأسرة غالبًا ما تنتهي بالطلاق، مما ينتج عنه التشتت في الأسرة مما يستوجب البحث عن حلول تضمن للضعيف في الأسرة أي الطفل درجة من الحماية، والحضانة هي الحل الشرعي المناسب لذلك، لما لديها من مهم من الناحية العلمية والموضوعية، من وجهة النظر العلمية، هذا البحث هو محاولة الإحاطة علما بالإطار القانوني لحماية الطفل المكفول في قانون الأسرة الجزائري ومعرفة المزيد عنه طرق تجسيد هذه الحماية، كما أن موضوع الحضانة بشكل عام لا يمكن دراسته بالاعتماد على القانون وحده الرجوع إلى الفقه الإسلامي، وهو مرجع مهم لا يغفل عنه، لأهمية الحلول الذي يعطيه ويعتمد عليه القاضي في حالة عدم وجود نص شرعي ومن ثم فهو منه من المهم للغاية الإشارة إلى أوجه القصور والغموض في النص القانوني الذي يتطلب الرجوع للفقه الإسلامي. أما من الناحية العملية فإن موضوع الحضانة من أكثر القضايا شيوعًا التي تُعرض على المحاكم في حالة انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق خاصة أن المشرع ترك موضوع تقدير مصلحة المحضون للقاضي، الأمر الذي يتطلب منا البحث في المعايير والضوابط لتقييم القضاء لهذه المصلحة.

الإشكالية:

_ من أجل تحديد أهمية بحثنا والوصول إلى أهداف الدراسة طرحنا الإشكالية التالية:

واقع النظام القانوني لحق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري؟

في ظل هذه المشكلة الرئيسية، يمكن طرح الأسئلة الفرعية التالية:

✓ ما المقصود بماهية الحضانة في قانون الأسرة الجزائري؟

✓ ما هي النظم القانونية لحق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري؟

أهداف الدراسة:

1- إبراز مكانة الحضانة بالنسبة للمكفول مع توضيح النصوص القانونية المنظمة لها في

قانون الأسرة الجزائري، مع الإشارة إلى أنسب قانون للطفل المحتضن.

2- اعتبار أن مسألة زيارة المحضون من القضايا التي كثيرا ما تُعرض على المحاكم بعد

انتهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق، خاصة عندما يُمنح القاضي سلطة تقييم

مصالح الطفل المحتضن، والتي يجب البحث عن مكانة القضاء بالاجتهاد والقرارات

القضائية.

3- البحث عن مدى كفاية النصوص القانونية في ضمان حماية المحضون في القانون

الأسرة الجزائرية والآليات القانونية الموضوعية لهذه الحماية.

4- البحث عن المشاكل العملية التي أبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان

الحلول التي يتبناها القضاء الجزائري في حال غموض النص أو سكوت المشرع عن

اللائحة قضائية محددة وهل هناك مشاكل عملية فرضها الواقع أهملها النص وعالجها

الاجتهاد القضائي.

إطار الدراسة:

نتعامل مع موضوع الزيارة من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري وخاصة مرحلة ما بعد

الكبرى تعديله في إطار القانون 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون 84

11/9/1984م، وفي ضوء صلة موضوع الدراسة بالفقه الإسلامي. حقيقة أن الشريعة

الإسلامية مصدر مهم لقانون الأسرة وفق نص المادة 222 منه، سنعود إلى الفقه الإسلامي

كلما دعت الحاجة، وسنستخدم قانون الإجراءات المدني والإداري فيما يتعلق بالأحكام الإجرائية

المتعلقة بقضايا الزيارة والقانون المدني فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن ذلك.

الدراسات السابقة:

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، صادفنا بعض الدراسات السابقة التي كانت مرجعاً مهماً لنا في هذا البحث، ونذكر منها ما يلي:

أطروحة دكتوراه للباحثة زكية حميدو بعنوان مصالح الطفل المكفول في قوانين المغرب العربي الأسرة التي نوقشت في جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان في العام 2005/2004 والتي كانت مساعدتنا خاصة أنها اعتمدت في دراستها على قوانين الأسرة المغربية، باستخدام أحكام الشريعة الإسلامية، رغم أنها تناولت موضوع الحضانة في قوانين المغرب العربي، وليس فقط في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة دكتوراه للباحث محفوظ بن صغير بعنوان الفقه القضائي في الفقه. الإسلام وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، نوقش في جامعة الحاج لخضر باتنة، عام 2009/2008 الذي كان مرجعاً لنا خاصة في مجال الفقه رغم ذلك تناولت الموضوع من الناحية الفقهية بإسهاب . -مذكرة للحصول على درجة الماجستير للباحث بن عثمان نسرين إيناس بعنوان "مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري"، نوقش في جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة 2008/2009 الذي كان مرجعاً لنا خاصة فيما يتعلق بأسباب سقوط الحضانة وإعادتها على الرغم من أنه يتعامل مع قضية الحضانة من الجانب الجنائي أيضاً.

صعوبات الدراسة:

بمحاولة دراسة هذا الموضوع واجهتنا بعض الصعوبات والعقبات وهي كالاتي:

- 1- قلة المراجع الحديثة المتعلقة بموضوع الحضانة بمكتبة الكلية.
- 2- تميزت كتب الفقه القديمة بصعوبة الأسلوب وغموض العبارات.
- 3- معظم المراجع قديمة وتتميز بجانبها القانوني أكثر من الجانب القانوني.
- 4- صعوبة الحصول على القرارات والاجتهاد.
- 5- بالالتزام بعدد الصفحات، لم نتمكن من ذكر جميع المعلومات.

قسم الدراسة:

للإجابة على مشكلة الدراسة، قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين.

فالفصل الأول جاء بعنوان: الأحكام العامة للحضانة وقسمناها بدورها إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول: مفهوم الحضانة بينما تناولنا في المبحث الثاني: أصحاب حق الحضانة. أما الفصل الثاني فقد جاء بعنوان الحق الموضوعي والإجرائي للزيارة الذي تناولنا فيه مبحثين أولها حق الزيارة موضوعيا، أما في الثاني فقد تناولنا حق الزيارة إجرائيا.

المنهج المتبع:

وذلك للإجابة على المشكلة وأسئلتها الفرعية حسب طبيعة البحث في هذا الموضوع يتطلب استخدام بعض طرق البحث العلمي التي تتماشى مع حالة الدراسة قررت اختيار المناهج التالية:

1-المنهج الوصفي: وهو يصلح للدراسات القانونية التي تهدف إلى معرفة موقف المشرع فيها بعض القضايا القانونية.

2- المنهج التحليلي: وهو المنهج الأكثر موثوقية عند تحليل النصوص القانونية نهج رأيناه مناسباً عند فحص موقف القضاة في مسألة الحضانة.

الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة

ماهية الحضانة
تعريف الحضانة
خصائص الحضانة
علاقة الحضانة بما يشابهها
مشروعية الحضانة
الديمقراطية في أوروبا الحديثة
مدة الحضانة و شروط قيامها
مدة الحضانة
شروط الحضانة

الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة

القانون هو تعبير عن الواقع الإنساني والاجتماعي، وهو مضمون سيادة القانون. هناك نوعان من القواعد القانونية، وهما لا يقبلان التغيير والتطوير، والقواعد المرنة التي يضعها المشرع ليستند إليها القاضي عند عرض هذه القضايا عليه، ولا يقتصر على حل واحد، لكن للظروف المتغيرة.

ولكي يحصل القضاة على الحق وإنصاف المظلومين، فقد سمح لهم المشرع بتطبيق القانون، وإعطائهم مساحة واسعة للتحرك، خاصة في الظروف التي تتطلب من القاضي التفكير واتخاذ الإجراءات لإنهاء النزاع، كانت السلطة التقديرية للقاضي هي تلك الآلية التي فوض بها المشرع له التصرف في الحالات التي لا ينص عليها القانون، أو في الحالات التي يكون فيها النص القانوني لأنه لم يكن نهائياً.

تعتبر مسألة الحضانة من القضايا المتعلقة بالطفل وحقوقه، والتي تحظى باهتمام متزايد في الوقت الحاضر بسبب تزايد اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الإنسان بشكل عام، والشرائح المضطهدة بصفة خاصة والمتمثلة في المرأة والطفل، والأطفال يعتبرون ضحايا بعد فسخ الرابطة الزوجية مما يجعل الموضوع مهماً.

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل، في المبحث الأول ماهية الحضانة، أما المبحث الثاني شروط قيام الحضانة.

المبحث الأول: ماهية الحضانة

يؤدي فسخ الرابطة الزوجية إلى عدد من الآثار، منها الحضانة التي لا تقل أهمية عن باقي الآثار الأخرى، ويمكن أن تؤدي إلى عواقب وخيمة على حياتهم وعلى صحتهم وأخلاقهم ومستقبلهم، لذلك شرعت الحضانة لحمايتهم لقوله تعالى: "فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكرياء".¹

أي جعل الله تعالى النبي زكريا عليه السلام متكفلا وحاضنا للسيدة مريم، أي ملتزما بمصالحها فكانت في حضنته وتحت رعايته، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه ابن داود في سننه عن عمر بن العاص أن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني فأراد أن يتزعه مني"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تتكحي"،² فالحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها والواجب حمايتها من الهلاك كما يلزم الإنفاق عليها كأثر من آثار الحضانة، وهذه الأخيرة تستدعي الحكمة واليقظة والعناية والصبر والأخلاق الحميدة للحاضن، حيث أن ذلك يتعلق بالمحافظة على حياة الإنسان، فيكره الحاضن الإساءة إلى المحضون، حتى لو كانت الإساءة بسيطة، والحضانة واجبة على الحاضن إتجاه المحضون، لأنه جزء من حقه، ولا يجب التخلي عنه أو تركه لأنه غير مرتبط به بل بالآخرين أي أن الطفل وإهماله يضران به، وأن تكون الحضانة للرجل كما هي للمرأة، وإذا كانت حضانة الأنثى تسبق حضانة الرجل لأن الأنثى أكثر ملائمة لها، فتكون رحيمة أكثر وموجهة إلى التعليم والصبر في تنفيذها وأكثر من ذلك ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالطفل.

وفي ضوء ما سبق، سنحاول من خلال هذا الفصل تعريف الحضانة وبيان أهم خصائصها، وكذلك علاقة الحضانة بالمصطلحات القانونية المماثلة الأخرى، بالإضافة إلى شرعية الحضانة، وهذا في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني، فسننتقل إلى مدة الحضانة وشروط قيامها.

¹ / سورة آل عمران، الآية 37.

² / حسين بن عودة الحواشي: "الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة"، ج5، دار ابن حزم، بيروت، 2004م، ص414.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

- للحضانة عدة حقوق مختلفة كما أن الجهات التي تقوم بصياغتها وتنفيذها متعددة، وعليه سنتناول في (الفرع الأول) تعريف الحضانة، كما يجب تحديد وتبيان أدلة مشروعية الحضانة سواء من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة

جاء في القاموس المحيط: "الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشح أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته، جمع أحضان، وحضن الصبي حضنا وحضانتته بالكسر جعله في حضنه أو رياه كاحتضانه، والطائر بيضه حضنا و حضانة بكسرهما وحضونا رحم عليه للتفريخ".¹

في تعريف لابن منظور للحضانة " بفتح الحاء وكسرهما، مأخوذة الحضن وهو الجنب أو الصدر، والعضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جبهها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته".²

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحضانة

من الناحية الفقهية اهتم الفقهاء بتعريف الحضانة رغم وجود تعريفات عديدة إلا أن هناك ما يميزهم عن بعضهم البعض في جوانب معينة، نجد أن جلها تنصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا ومن أهم التعريفات أن الحضانة هي تربية الطفل لمن له حق الحضانة، أو هو تعليم وحماية من لا ينتقل بأمور نفسه عن ما يفعله لأنه لا يميز نفسه كطفل و كبير ومجنون، أي يعتني بشؤونه، من خلال تدبير طعامه وملابسه ونومه، وتنظيم وغسل ملابسه في سن معينة ... إلخ.³

أما الشافعية فيعتبرون الحضانة بأنها "هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، وبقيه عما يضره، ولو كبيرا مجنونا، كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد و تحريكه لينام.

¹ / الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، ط3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980 م، ص 211.

² / ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد العاشر، دون طبعة، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص 661.

³ / رمضان علي الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006م، ص 179.

أما المالكية فيعرفون الحضانة بأنها: " حفظ الولد والقيام بمصالحه.¹ نستنتج من التعريفات السابقة أن الخطاب يدور حول الصغير والصغيرة اللذين لم يبلغا سن البلوغ بعد، وأن هذا مقصود في حد ذاته، إذ يجب أن يكون المرء صغيراً أو كبيراً في الحياة، فالبالغ ليس لديه حضانة.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة

جاء تعريف الحضانة في نص المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".² وعموماً لم يخرج المشرع الجزائري عن التعريف الفقهي للحضانة إلا أنه استخدم مصطلح "الولد" بدلاً من "الصغير"، واعتمد على تعريفه للعناية بأسبابها وأهدافها.

يتضح من هذا التعريف مدى حرص القانون الجزائري على التأكيد على مهمة ولي الأمر (الحاضن)، حيث توسعت بإدراج واجباته تجاه الطفل الحاضن وما ينبثق من هذا التعريف إرادة حازمة للمشرع الجزائري تجاه هذا العمل الخطير أحاطت به القيود التي تكاد تقضي على الإحساس بالحضانة لأي تعليم يتجاهل الجانب الروحي، أما الجوانب الأيديولوجية والعقائدية للطفل أو يضعف الجانب العقلي فيه لصالح الجانب المادي أو العكس، وأراد أن يلفت انتباه القائمين على رعايتهم وإلى الواجبات المنوطة به اتجاه الحاضن.³

عرفت المادة (97) من المدونة المغربية: "الحضانة حفظ الولد مما قد تضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه".⁴

كما عرفته المادة (54) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".⁵

¹ / أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3 و4، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009م، ص 10.

² / القانون رقم (11/84) المؤرخ في 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد، 24 بتاريخ 12 يونيو 1984م.

³ / فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017م، ص 88-89.

⁴ / مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط2، المطبعة الأمنية، الرباط، 1962م، ص 30.

⁵ / مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ط2، المطبعة الرسمية، تونس، 1982م، ص 16.

ومن خلال التعريفين السابقين نرى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الطفل وتربيته على دين والده ولضمان حمايته، المحافظة على صحته وأخلاقه.

يعلق عبد العزيز سعد على التعريف: "بأن تعريف قانون الأسرة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف، ولاسيما من حيث شموليته لأفكار لم يشملها غيره، ومن حيث أن التعريف جمع في عموميه كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية".¹

انطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهداف فهي:

1_ تعليم الولد:

وهو تعليم رسمي يعتبر حقاً لكل طفل ويضمنه قانون مجاني وإلزامي حتى استفاد طاقته وقدرته على تحديد مستواه حسب مواهبه ومهاراته.

2_ تربية الولد على دين أبيه:

ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك منوه عنه، بمفهوم المخالفة في المادة (30) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر (02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005 عندما نص على التحريم المؤقت ونوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، والعكس جائز شرعا و قانونا، وما يؤكد ذلك أيضا تأكيد المشرع في المادة (62) على تربية الولد على دين أبيه، أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهو دين الأب في تنشئة الطفل.²

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته (لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ربتها على الدين الإسلامي).³

3- ضمان حمايته:

إذا كانت الحضانة رعاية وحماية، فيجب أن تكون هذه الحماية بجميع أشكالها، ولا يجوز أن يتعرض الطفل لأي اعتداء جسدي كالضرب أو الإصابات، ولا من أي اعتداء معنوي مثل

¹ / فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 89

² / قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، بتاريخ 2008/09/10 م، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2008 م، ص 313.

³ / باديس ديابي، صور وأثار فك الأربطة الزوجية في قانون الأسرة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012 م، ص 125.

الترهيب والعنف اللفظي، الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة الاستقرار النفسي لدى الطفل، ولا يعني أنه يُترك ليفعل ما يشاء وأنه غير منضبط كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وأنه يجب حمايته من نفسه وليس من الآخرين فقط.

4- حمايته صحياً:

يجب أن يحصل الطفل على رعاية صحية كاملة وخاصة في السنوات الأولى من حياته وذلك بتلقيه كافة التلقيحات اللازمة والدورية وعرضه على الطبيب كلما دعت الحاجة لذلك.¹

5- حمايته أخلاقياً:

ترتبط الحماية الأخلاقية ارتباطاً وثيقاً بمدى تعليمه وانضباطه وإعداداته الذي يسمح له بأن يكون إنساناً صالحاً وطبيعياً، وحمايته من أخطار الشارع وصحبه السيئين.²

المطلب الثاني: خصائص الحضانة

بعد أن تناولنا التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحضانة في نص المادة (62) من ق أ ج وإعطاء تعريف وأهداف الحضانة يجب علينا التطرق لخصائص الحضانة ألا وهي:

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام

الحضانة جزء من النظام العام، لذلك لا يحق للوالدين تغيير القواعد أو تحريفها، إذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التنازل عن حضانتها لأي سبب من الأسباب، فلا تسقط الحضانة ما دامت مستوفية للشروط ومؤهلة لممارستها، فإنها تتوفر فيها جميع الشروط ما عدا تلك المتعلقة بأخلاقيتها.³

قد يكون خلاف الأم على حضانة طفلها مقابل خلع نفسها، ويكون الفسخ اتفاقاً تكون فيه المرأة هي البائدة في العرض، ويجوز أن يكون أجر الفسخ قيمة مضافة أو مثلية أو مقيمة بالمال كل الصحيح أن تعويض الخلع يكون إذا انفصلت الزوجة عن تنازلها عن حضانة ابنها، فيظل الخلع قائماً ويبقى حضانتها مستمرة لأنه ليس حقاً خالصاً للأم، بل هو بالأحرى، حق للولد فيبطل الشرط ويبقى الاتفاق صحيحاً، حتى لو كان في مقابل التخلي عن الحضانة صلحاً لا

¹ / حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2000م، ص 28-29.

² / باديس دياي، المرجع السابق، ص 126.

³ / باديس الديابي، المرجع السابق، ص 35.

طلاق، حيث تتصلح المرأة مع زوجها على ترك الولد له، فيكون ذلك غير صالح لأن المصالحة تقوم على ما تمنحه الحضانة حق للآخرين، أي أنها حق خالص للطفل.¹

الفرع الثاني: الحضانة لالتزام الحاضنة

- ومن ناحية أخرى، هناك رأي يرى أن الحضانة حق للولي أن يتنازل عنها في أي وقت، بحسب قوله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي " دليل أن الحضانة حق للأم فلها أن تتنازل عن هذا الحق متى شاءت، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66 من قانون الأسرة حيث اعتبر أن للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها لكنه قيد ممارستها هذا الحق مع مراعاة مصلحة المحضون أي أنه إذا كان هذا التنازل يضرب مصلحة المحضون فلا يحق لها أن تتنازل عنها والتنازل هذا يكون بالفض الصريح بمعنى ليعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة صراحة عن عدم رغبته في ممارستها، هذا الحق قد يكون تنازلاً ضمناً وذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة منذ سنة كاملة بعدم تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة ومن قبل التنازل أيضاً إهمال الطفل عند باب المحكمة بعد صدور الحكم بالطلاق أو ترك الطفل في المستشفى بعد ولادته والاعتداد بالسقوط لا يكون إلا إذا حل دور الحاضن في الحضانة، وما يجب ذكره هو أن الشخص المتنازل على الحضانة لا يمكنه استرجاعها لأن التنازل من الأسباب الاختيارية للسقوط.²

الفرع الثالث: حق مشترك

الحضانة حق مشترك، أي أنها حق للصغير الذي يحتاج إلى من يعتني به ومن يحميه، ومن يتولى شؤونه وتعليمه، للأم أن تحافظ عليه وتقبله لقوله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي"، أي كما يحق للأم التنازل عن حضانة طفلها إذا لم يكن ذلك ضاراً بمصلحتها، وهكذا إذا تنازلت الأم عن حضانة طفلها يسقط حقها فقط ويبقى حق الولد، وبعد ذلك تلزمها بالتنازل عن حضانتها إذا كان ذلك أفضل للولد ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها وتنازلها هذا لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها.

¹ / سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم باجتهادات قضائية) الجزائر، دار الهومة، 1996 م، ص 295.

² / قرار المحكمة العليا، قرار رقم 35 ملف رقم: 26709، تم نشره.

المطلب الثالث: علاقة الحضانة بما يشابهها

يتشابه مفهوم الحضانة مع مفاهيم أخرى قريبة منه، مثل الوصاية الذاتية والكفالة والوصاية ولتوضيح هذه الاختلافات، كان من الضروري معالجة الاختلافات والتشابهات بينهما.

الفرع الأول : تمييز الحضانة عن الولاية على النفس

يقصد بالولاية على الذات الولاية التي تخول الولي أهلية التصرف في الأمور المتعلقة بالشخص المولي عليه، كالتربية والتعليم والزواج،¹ وهي تثبت للأب وبعد وفاته تنتقل إلى الأم، وفي حالة الطلاق تعطى لمن يمنح له القاضي الحضانة،² وسنحاول معالجة أوجه الشبه والاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس على النحو التالي:

أولاً : أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس

إذا خلقت السوابق القضائية اختلافات بين الحضانة والوصاية الذاتية، فمن المحتمل ألا تكون موجودة في الغرض الذي تم تأسيس كل منهما من أجله، وهو مصلحة الطفل، لأن حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه هي سبب إثبات الوصاية والولاية على النفس، وهذا ما يستدعي القول بأنهم من النظام العام،³ إذا كان هذا هو التشابه المشترك فإن الاختلافات كثيرة ومتعددة الوجوه.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس

سنحاول هنا أن نشرح الفرق الفعلي بين الحضانة والولاية، من حيث مصدرهما ومن حيث موضوعهما ومن حيث عمر الطفل ومن حيث شرط وحدة الدين ومن حيث أوقات النهاية لكل منهما، وأخيراً من حيث من يحق له هاتين المهمتين.

أ_ من حيث مصدرهما: يشهد الفقهاء العرب، وكذلك الفقه الفرنسي، أن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين والقوانين الأخرى في أن لها سابقة في إنشاء السرير، أي القول بأنها المؤسسة الإسلامية الأصل، على عكس الوصاية الذاتية، لأنها مؤسسة القانون المدني والأسري.⁴

¹ / بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانوني، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967 م، ص 136.

² / تنص المادة 87 من (ق.أ.ج) على ما يلي: "يكون الأب ولداً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً...و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

³ / زكية حميدو: "مصلحة المحضون في القوانين المغاربة للأسرة"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005 م، ص 91.

⁴ / صبحي المحمصاني: "المبادئ الشرعية"، دون دار نشر، بيروت، 1954م، ص 58.

بـ من حيث موضوعهما: إن الحدود التي تفصل بين الحضانة والولاية عن الذات رغم صعوبة تطويقها تنعكس في موضوع كل منهما الوظيفة البيولوجية الغذائية وهي ولاية عاطفية، أي أنها تهدف إلى حماية الطفل جسدياً وتلبية لاحتياجاته مثل الحفاظ عليه وحمله وتناوله وتنظيف جسده وغسل ملابسه والاهتمام به، كإمسাকে بالصدر،¹ بينما تشمل ولاية الروح التربوية بمعناها الواسع، لأن مضمون الحضانة لا يمتد إليها، لأنها تقتصر على تربيته وحضانتها فقط، لذلك يجب التفريق بين التعليم المتعلق بالحضانة والتعليم المتعلق بالولاية على النفس.²

جـ من حيث سن المحضون: تمارس الحضانة على الطفل في المرحلة الأولى من حياته أي منذ ولادته وفي مرحلة الطفولة المبكرة، وبالتالي يكون سن المحضون أقل من سن المحضون القانوني، كما تمارس الولاية على النفس شرعاً.³

دـ بشرط وحدة الدين: يشترط في ولاية الروح أن يكون الولي على دين وليه، أما في حالة الحضانة فلا يشترط أن يكون الولي متحدداً الدين إلى المحضون إذا كانت أنثى.⁴

هـ- فيما يتعلق بمدة انقضاءها: تنتهي الولاية عند بلوغ المحض سن الرشد، وتنتهي الحضانة ببلوغ الولد 10 سنوات مع إمكانية مدّها إلى ست عشرة سنة بالنسبة للإبنة عندما تبلغ سن الزواج.⁵

و ـ من حيث أصحابها: الولاية على النفس حكرًا على الرجل، حيث يمارسها الأب والعصبة الآخرون حسب ترتيب الميراث، بينما تُمنح الحضانة للأم ثم إلى الأب، ثم إلى أم الأم، ثم إلى أم الأب، ثم إلى الخالة، ثم إلى العمّة، ثم إلى أقرب قريب في الدرجة، مع مراعاة مصلحة الطفل في ذلك الحضانة، وذلك وفق ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.⁶

¹ / أحمد الخليلشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، ج2، "آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية"، ط1، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994م، ص117.

² / أحمد الخليلشي، المرجع نفسه، ص 117.

³ / عبد الرحمان الصابوني: "شرح قانون الأحوال الشخصية السوري"، ج1، الزواج وآثاره، ط8، منشورات دمشق، 1998م، ص 192.

⁴ / زكية حميدو، المرجع السابق، ص94.

⁵ / محمد مصطفى شلبي: "أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983 م، ص791.

⁶ / زكية حميدو، المرجع السابق، ص 92، 93.

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عن الكفالة

الكفالة لغة هي الضم، ومنه قوله تعالى: "وكفلها زكرياء"، أما معناها شرعا، فهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين أو عمل.¹

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 116 (ق.أ.ج) بقوله: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، والكفالة نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال،² ويتضح من خلال ما سبق أن الكفالة تهدف إلى رعاية الولد القاصر وهي بهذا تشترك مع الحضانة في الغاية المقصودة من ورائها، أما فيما يخص الفرق بين الحضانة والكفالة فيمكن إجماله في النقاط التالية:³

- (1) تتطلب الكفالة أن ينفق الكفيل على المكفول، بينما تهدف الحضانة إلى إطالة الرقة والرعاية وتقديم الخدمات المادية دون مطالبة الولي بالنفقة على الطفل في رعايته.
- (2) الحضانة تخص الصغير المكفول، وهذا الرأي نؤيده في رأي الشافعية الذين تولوا الحضانة قبل أن يبلغ الولد سبع أو ثماني سنوات، وأما الكفالة ففعلوا بعد ذلك.
- (3) الكفالة التزام وعلى وجه الدقة، هو عقد يتم بدون مقابل، ولا يأخذ بموجبه من يرغب في الكفالة أي أجر أو يقدمه، على عكس الوصاية التي يجوز له أخذها تعويض.
- (4) تمنح الكفالة بقرار إداري بعد تحريرها بسند أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، تُمنح الحضانة بأمر من المحكمة.
- (5) الكافل له ولاية على المكفول ولكن الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية.
- (6) الحضانة على المحضون من أمه أو أبيه أو غيره، أما الكفالة فتلك غير والديه.
- (7) يعين الطفل المكفول الطفل المعروف نسبه أو مجهول النسب، بينما يُسمّى الطفل المكفول بالطفل المعروف نسبه.
- (8) شرط الإسلام في الكافل ولكن في الحضانة لم يشترط هذا الشرط في الحاضنة لوجود اختلاف فقهي إلا إذا كانت الحاضنة رجلاً.

¹ / عبد الرحمان الشواربي: "مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001 م، ص 391.

² / العربي بلحاج: "قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا"، بن عكنون، الجزائر، 2000 م، ص 265.

³ / أحمد داود رقية: "الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003 م، ص 125.

9) تنتهي الكفالة بناء على طلب أحد الوالدين أو كليهما لإعادة المكفول لولايته أو التخلي عنه في سن السادسة عشرة للذكر والمرأة عند بلوغها سن الزواج.¹

الفرع الثالث: تمييز الحضانة عن الوصاية

الوصاية هي نظام لتولي مال القاصر بما يضمن له إنفاقه على الوجه الصحيح، بينما الحضانة حق راسخ لرعاية الطفل والحفاظ عليه بما يضمن له التعليم الجيد.² لذلك فرّق الفقه الإسلامي بين الحضانة والوصاية، فأجاز لأب الولد أن يعيّن عليه وصياً مختاراً يدير ماله، ولم يمنحه حق اختيار الولد للاحتفاظ به.

لذلك إذا اشترط الأب أن تذهب حضانة ابنه إلى شخص معين، فهي شرط باطل ولا تعمل عنده، بخلاف الولاية وحكمة التشريع، في هذا المعنى أن الحضانة نوع الوصاية التي قدمها المشرع لأشخاص معينين، وحماية الطفل والمحافظة عليه ورعاية مصالحه،³ بحيث يكون فلك الحضانة متمثلاً في الحفظ في مصلحة الطفل المسموح به، ويوكل فحص ذلك إلى القاضي، الذي يجب أن يأخذ في الاعتبار المخاطر والظروف الخاصة للحوادث، غير أن في الوصاية تنص المادة 92 من (ق.أ.ج) على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم يكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية".

المطلب الرابع: مشروعية الحضانة

الفرع الأول: حكم الحضانة

الحضانة إجبارية على المحضون لحاجته إليها في هذه المرحلة بعد فسخ الرابطة الزوجية، وفي هذا الوقت العصيب يحتاج الطفل إلى الرعاية واليقظة والاهتمام، لأنها مرتبطة بالمحافظة على حياة الإنسان، وتجب على الولي على المحضون، لأنه جزء من حقه ولا يجب تركه، وإهماله يضر بالولد.

الفرع الثاني: مشروعية الحضانة

¹ / أنظر المادة 124 من القانون رقم / 84 11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل بالأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.

² / رشدي شحاتة أبوزيد: "ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، ص4.

³ / زكية حميدو، المرجع السابق، ص101، 102.

وتؤكد آيات كثيرة في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة على رعاية الصغار وحمايتهم وإدارة شؤونهم، كما اتفق فقهاء الشريعة بالإجماع على واجب الحضانة.

أولاً: دليل مشروعية الحضانة من القرآن الكريم

يتضح لنا وجوب الحضانة من خلال العديد من الآيات القرآنية:

قوله تعالى: {فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكرياء}¹، أي جعل الله تعالى النبي زكريا عليه السلام متكفلاً وحاضناً للسيدة مريم، أي ملتزماً بمصالحها فكانت في حضانتها وتحت رعايته.²

وقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده).³ ووجه الدلالة من الآية أنا الله سبحانه طالب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة من لوازم الرضاع، فدللت الآية على مشروعية الحضانة لتوافر الرحمة والنفقة و انتزاع الولد الصغير منها إضراراً به و بها، فإذا كانت الأم هي التي تقوم بإرضاعه وهو في حضانتها فلا إشكال في هذا إذا كان الإرضاع لغيرها فإنه ينبغي ألا يضيع حق الأم في الحضانة أولاً يتأثر بذلك.

ثانياً: دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية

لقد حدثت في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم مواقف نستطيع أن نستخرج من خلالها أهمية الحضانة ووجوبها، ذكرت العديد من الأحاديث في هذا الصدد.

عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء، وإن إياه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق بهم ما لم تتكحي".⁴

ووجه الدلالة في هذا الحديث تؤكد المرأة للنبي عليه الصلاة والسلام، أن بطنها كانت وعاء لولدها وقت أن كان جنيناً وأن حجرها وهو حضنها كان يحوجه ويضمه وهو صغير وهذه صفات اختصت بها الأم، وهذه الحثيثيات التي قدمتها الأم جعلت نبينا العادل يحكم لها بأحقيتها

¹/ سورة آل عمران، الآية رقم 37.

²/ محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار السالم، الرياض، 1997 م، ص 114.

³/ سورة البقرة، الآية رقم 233.

⁴/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 11.

في حضانة ولدها، إذا وقع الطالق وتنازع الأبوين على حضانة الولد وهو دليل على مشروعية الحضانة من السنة النبوية واستحقاق الأم لحضانة ولدها.¹

وعن البراءة بن عازب أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي: "أن أحق بها هي ابنة عمي، وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي، وقال زيد ابنة أخي، وقضى بها رسول الله صلى عليه وسلم لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم، متفق عليها".

نستنتج من الأحاديث السابقة الذكر دلالة واضحة على أحقية الأم في الحضانة، وعلى وجوب رعاية الطفل وتربيته من خلال ما يسمى بالحضانة.

ثالثاً: دليل مشروعية الحضانة من الإجماع

روي أن عمر بن الخطاب فارق إمرأته جميلة بعد أن أنجب منها عاصماً ثم نتج خلاف بين عمر ومطلقة بشأن حضانة عاصم ابنتهما كل يود أن يضمه إليه ومن ثم رفع هذا النزاع إلى أبو بكر رضي الله عنه فقضى بمنع عمر من ضم ابنه إليه وقال لعمر: ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك وكان الصحابة حين قال ذلك حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك إجماعاً.²

المبحث الثاني: مدة الحضانة وشروط استحقاقها

المحضون بحاجة إلى رعاية وإدارة شؤون الفرد واحتياجاتها لمن يتولى أمرهما، فتبدأ مدة الحضانة للصغير والصغيرة للنساء بالولادة وتنتهي بقدرة كل واحد على إدارة شؤونه وضرورة إجبار المرء على تسيير شؤونه والأكل واللباس وحده وأخيراً إلى آخر، وهو ما سنبينه في هذا المطلب من حيث مدة الحضانة وانتهاءها في المطلب الأول، وشروط الحضانة في المطلب الثاني.

¹ / فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 91.

² / رمضان السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 180-181.

المطلب الأول: مدة الحضانة وانتهاءها**الفرع الأول: مدة الحضانة**

المقصود بمدة الحضانة الفترة الزمنية بين بدايتها ونهايتها، وتبدأ من لحظة احتياج الطفل إليها، أي من وقت ولادته الحية ولا خلاف على أن المحضون ولدًا كان أو بنتًا، يبقى في حضانتها حتى سن التمييز، وهو السن الذي لا يستطيع فيه الأكل ويشرب ويتغوط من تلقاء نفسه ويستغني عن الحضانة، وبالتالي الاستغناء عنها ما بين سبع وتسع سنوات، ولكن قد يتأخر أو يتقدم، لذلك فإن القرار يدور حول التمييز والإعفاء من الحضانة، وليس السن.¹

نصت المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري على أن "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر 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".²

الحضانة هنا هي حضانة الأم، أو جدة الأم، أو عمة الأم، أو جدة لأب، ويمكن للقاضي أن يمد الحضانة من الأم إلى ابنها حتى يبلغ سن العاشرة، بشرط ألا تتزوج مرة أخرى، غير أن مصلحة المحضون في كل الأحوال هي الواجب مراعاتها من طرف القاضي سواء عند إسناد الحضانة أو الحكم بإنهائها أو بتمديدتها.

في إشارة إلى أن عمل المرأة خارج المنزل لا يشكل عقبة أمام الحضانة،³ مع ملاحظة أنه إذا بلغ الطفل سن العاشرة، وإذا ثبت أنه لا يزال بحاجة إلى رعاية أسرته الحاضنة أو ولي أمره إذا هي أم ولم تتزوج مرة أخرى، عندها يمكن للقاضي إصدار أمر على ذيل عريضة لتمديد تلك الحضانة بمقدار 10 إلى 16 سنة، إذا كان ذلك بناءً على طلب الحاضن نفسه، ولمصلحة المحضون.⁴

¹ / محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008م، ص395.

² / القانون رقم (84/11) المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

³ / حسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (داسة تفسيرية)، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014 م، ص 76.

⁴ / عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هوم، الجزائر، 2011 م، ص 141.

بالنسبة للأنثى، حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة ببلوغها سن الزواج حسب نص المادة(07) من قانون الأسرة هو 19 سنة، وتنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء إسقاطها.¹

هنا تطرح عدة تساؤلات هل أن البنت إذا بلغت 19 سنة ولم تتزوج هل تنتهي حضانتها؟ وفي مثل هذه الحالة ما هو مصيرها؟

حسب رأي الشخصي كان على المشرع الجزائري تغيير صياغة المادة وجعلها إلى غاية زواجها بدل من بلوغها سن الزواج.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة (65) التي مفادها على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة، فإننا نعتقد أن انتهاء الحضانة يقع تلقائيا ببلوغ الذكر سن العاشرة أو السادسة عشر بعد التمديد، وبلوغ الأنثى سن أهلية الزواج، ولا يحتاج الأمر إلى إصدار حكم قضائي ولا إلى حكم ولائي لإثبات انقضاء مدة الحضانة.²

البحث عن المصلحة مهمة منوطة بقاضي الموضوع وتتم بجميع الطرق بما فيها المرشدة الاجتماعية وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 نوفمبر 2005 المبدأ (إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بانهلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة، فإن قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية تقوم بزيارة بيت الطرفين لكي تسند له تحديد أين تكمن المصلحة طبقا للمادة(64) من قانون الأسرة الأمر الذي خلى منه القرار المنتقد وجعله منعدم الأساس القانوني مما يعرضه للنقض و الأبطال).³

الفرع الثاني: انتهاء الحضانة

إذا لم تنتزع الحضانة من الحاضن، فمعنى ذلك أن المحضون يبقى معه، ولكن بقاءه على قيد الحياة ليس دائماً، بل تنتهي متى انتهت المدة المقررة لممارسة الحضانة هذه المدة تختلف باختلاف المذاهب الإسلامية، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة مدة انتهاء

¹ / قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 347914، بتاريخ 04/01/2006 م، المجلة القضائية، العدد الأول، ص 499، عن باديس ديايي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006 م، ص 63.

² / عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.

³ / قرار المحكمة العليا، ملف رقم 337176، بتاريخ 16/11/2005 م، نشرة القضاة، العدد 65، 2009 م، 319 عن يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هوم، الجزائر، 2018 م، ص 127.

الحضانة.¹ وذلك بالرجوع إلى المادة (65) التي سبق ذكرها في تحديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى.

إن قانون الأسرة الجزائري قد أغفل الحديث عن حالة المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، فلا بد من الرجوع إلى آراء الفقهاء على الرغم من اختلافهم في حالة انتهاء المدة المحددة لممارسة الحضانة، لمجرد أن المشرع لم يضع نصا خاصا بالإبن الذي انتهت حضانتها بدون إخوته، خاصة إذا كان أكبرهم، وينتهي سن الحضانة بالنسبة له ويبقى مع إخوته، ولا يستطيع الأب أن يأخذها والمبادرة بأخذه دون الاستمرار في دفع النفقة له، وبالتالي عبء النفقة على الحاضنة،² مما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري تناول موضوع فترة الحضانة بتحديد سن 10 سنوات للذكر مع إمكانية تمديد المدة إلى 16 سنة، مع وجود شرط عدم زواج الأم الحاضنة وبلوغ الأنثى سن الزواج، وأخيراً تطبيقاً للمبدأ الذي تقوم عليه الحضانة هو الأخذ في الاعتبار مصلحة المحضون في الحضانة، فيما يتعلق بانتهاء فترة الحضانة بمجرد انتهاء دور الحاضن على رعاية الصغير أو الصغيرة، وينتقل الدور إلى المحضون للقيام بهذه المهمة.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحضانة

فيما يتعلق بشروط الحضانة، فإن قانون الأسرة الجزائري يكتفي بالقول إن الوصي يجب أن يكون مؤهلاً للحضانة، وهي مقولة تبدو عامة وغامضة ولا تشير بوضوح وصراحة إلى شرط عدم وجود شرط،³ وبالتالي الحضانة تثبت سبب استحقاقه لها بتوافر شروطه، ويرى الفقهاء أن هناك شروطاً عامة في الرجل والمرأة وغيرها خاصة بالمرأة وغيرها يجب أن تكون متاحة للرجال تماماً، كما حد المشرع الجزائري من شروط الحضانة للأهلية بعد تعريفه لها في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"، إذ يقصد بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعداداً سليماً ليكون قادراً على الاعتماد على نفسه في

¹ نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وأثار القانونية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2001 م، ص 103.

² عيسى حداد، (الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي)، مجلة التواصل مجلة العلوم الاجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 15، 2005 م، ص 220.

³ سعيد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 140.

المستقبل وعليه فإنه بإمكاننا استنادا إلى نص المادة 222 ق.أ.ج القول بأنه يشترط في الشخص الذي ستسند له الحضانة ذكرا كان أو أنثى أن تتوفر فيه الشروط الأساسية.¹

ثبت استحقاق الحضانة للرجال والنساء، وإن كانت حضانة النساء لها الأسبقية على حضانة الرجال، لأن الإناث بالفطرة والتدريب هي الأكثر قدرة على رعاية الصغار وأكثر المرضى تلبية لاحتياجاته المختلفة ومن بين شروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء.

الفرع الأول: الشروط العامة

1-العقل:

يجب أن يكون الحاضن على دراية بمدى المسؤولية المنوطة به فيما يتعلق بحضانة الصغير، وأن يكون على دراية بكل المخاطر والتحديات التي تعترضه عند القيام بهذه المهمة، وكذلك المجنون أو المصاب. من الخوف والغباء لا يستطيع أن يدير شؤونه ومن المنطقي ألا يكون مسئولا عن شؤون الآخرين لأنه غير قادر على إدراك ما يدور من حوله،² لأن الحضانة تفويض، والمجنون يحتاج إلى رعاية، فكيف يمكنه الاعتناء بأعمال الآخرين؟ وحسب المادة 81 من ق.أ.ج من كان فاقدا للأهلية أو نقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفيه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون، " الحضانة للمجنون والمجنونة لأنهما بحاجة لمن يرعى شؤونهما وهذا حسب نص المادة 42 إلى 44 من قانون المدني.

المادة 42: " لا يكون أهلا لممارسة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة.

المادة 43: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

المادة 44: يخضع فاقدا الأهلية وناقصها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون.³

¹/ سعيد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 296.

²/ باديس الديابي، مرجع سابق، ص 128.

³/ قانون المدني، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 رقم 78 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط العقل ونص على أن الحضانة هي الولاية على النفس طبقا لما ورد في المادة 87 من ق.أ.ج والتي نصت في فقرتها الأخيرة على أنه " ...وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".¹

المجنون والمعتوه يخشى منهما على المحضون بسبب سوء تصرفاتهم لذلك كان شرط العقل ضروريا فلا حضانة للمجنون والمعتوه ولا حتى للسفيه مبذر، وهذا عند من اشترط مع العقل الرشده، فقد جاء في الشرح الكبير من الفقهاء المالكية ورشده والمراد به صون المال، فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المجنون وإلى خذا ذهب الشافعية إذ يرون أن يكون الحاضن رشيدا واكتفى الحنابلة بالقول " ولا حضانة لمجنون ولا لمعتوه ولا لطفل".²

2- البلوغ:

بما أن الصغير لا يستطيع الاعتناء بنفسه، فهو لا يصلح لرعاية الآخرين، لذا فإن الحضانة للصغير المميز لأنه غير قادر على رعاية شؤونه³ وسن البلوغ في قانون الجزائري هو 19 سنة المادة 40 ق.م " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 كاملة.

يقصد بالبلوغ الحفاظ على المال المصاحب للبلوغ والحفاظ على المال حتى لو لم يقترن بالبلوغ. البلوغ هو أمر كامل وبهذا نعني الحقيقة في أي نوع منها، لذلك ثبت للصبي الحضانة لغيره، فالوصي على المال كان رجلاً حكيماً مات لبقية الشروط.⁴

3- القدرة على التربية:

وهذا الشرط يقبله الفقهاء، والمراد به القدرة على القيام بشؤون المحضون بالحفاظ عليه والمحافظة عليه في أخلاقه وصحته، يترك طفله بالتبني مفقوداً ولا يجد أحداً. اعتنوا به، ويقرر أن يكون الحاضن بيد وليه في حكم الأمانة والضياع لا يؤتمن عليه، يعبر المالكي عن قدرته على رعاية الطفل، مثل المسن، أي من بلغ سنّاً لا يستطيع رعاية حضانته والاحتفاظ به، وكذلك المرأة المريضة غير القادرة على رعايته. منها. القيام بأشياء الآخرين، خاصة إذا كان هذا الطرف الثالث صغيراً في سن الحضانة، إلا أن المحاكم الجزائرية خالفت هذا المبدأ، وأكدت

¹/ تنص المادة 87 ق.أ.ج قبل التعديل "يكون الأب ولياً على أولاده القصر بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً".

²/ أحمد ناصر الجندي: نفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي دار الكتب القانونية، مصر، 2006 ص 205.

³/ بلحاج عربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزائر، دار الخلدونية، ط4، 2005 م، ص 381.

⁴/ التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة الجزائرية، دار الوعي، ط2، 2001 م، ص 879.

في العديد من قرارات المحكمة العليا أن عمل الأم الولي لا يعني التخلي عن حقها في حضانة أولادها.¹ والشيء شبه متطابق دون أي شيء دون لما ورد أي استثناء والقائل أساسا أنه إذا كان العمل يمنعها عن تربية صغيرها فيسقط عنها حق الحضانة، ذلك ما أكدته قرار المحكمة العليا بتاريخ 2000/07/18 وجاء فيه " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين على الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.² وجاء في تأسيسه لهذه النتيجة أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة واضح أن القرار المذكور سابقا، وضع المبدأ وهو أن عمل المرأة الحاضنة غير مسقط للحضانة ولم يرد عليه أي استثناء بشأن طبيعة هذا العمل وزمانه ومكانه وإمكانية فقدان المرأة العاملة لحقها في ممارسة الحضانة، وهذا ما يختلف جذريا عن رأي الفقهاء الذين قالوا بأن الحضانة للمرأة المحترفة أو العاملة إذا كانت هذه الحرفة أو العمل يحول دون رعاية المحضون وتدبير شؤونهم.

4 - الأمانة:

يجب أن يكون الحاضن آمينا على أخلاق المحضون فالقانون يشترط حفظ المحضون صحة وخلقا، وهذا شرط يتعين مراعاته ومؤدى ذلك لا تثبت الحضانة لفاسق لان ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون خلقا، فالتربية في مسيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبيا، وتثير الشكوك حول سلامة تربيته حتى أن بعض الفقهاء قالوا: "إن الحضانة لو كانت كثيرة الصالة و استولت عليه محبة الله تعالى وخوفه حتى شاغلها من الولد ولزم ضياعه نزع منها و سقطت الحضانة عنها. وعليه فإن الفاجر أو السكارى أو الزاني أو المشتت بوسائل ترفيه محظورة، سواء أكان امرأة أو رجلاً، يفقد الحضانة، وعليه فإن القضاء الجزائي سار في التنبيه إلى من كان له سوء أخلاق، ولهذا تنازلوا عن حقهم في الحضانة خوفا من تنشئة سيئة ومنحرفة للمحضون، و القرار التالي خاضت في هذا المجال القرار المؤرخ في 1997/09/30 م، تحت رقم 171684 والذي جاء فيه ما يلي) من المقرر شرعا و قانونا إن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة

¹ / أحمد ناصر الجندي، المرجع السابق، ص 105 - 106.

² / المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 2000/07/18 ملف رقم 24156 باديس ديابي، نفس المرجع، ص 131.

مع مراعاة مصلحة المحضون و متى تبين في قضية الحال إن القضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من اجل جريمة الزنا، فان بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة المادة 62 من ق.أ.ج ومتى كان كذلك استجواب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة.¹

5-الإسلام:

فلا تثبت الحضانة للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لان الحضانة ولاية ولم يجعل الله ولاية لكافر على المؤمن قال تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" (سورة النساء) الآية 14، فهي كولاية الزواج و المال لأنه يخشى على دينه من الحاضنة كحرصها على تربيته على دينها، و تربيته على هذا الدين ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه، وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل، ففي الحديث (كل مولود يولد على الفطرة لأن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)، وذهب الأحناف و ابن القاسم من المالكية و أبو ثور إلى أن الحضانة تثبت للحاضنة مع كفارها و إسلام الوالد لان الحضانة لا تتجاوز رضاع الطفل و خدمته، وكلاهما يجوز من الكافرة وروي أبو الداود النسائي: إن رافع ابن سنان اسلم، و أبت امرأته أن تسلم فانت النبي صلى الله عليه وسلم و سلم فقالت: ابني وهي فطيم أو شبهه وقال رافع: ابنتي فقال النبي (اللهم إهداها) فمالت إلى أبيها فأخذها.

والأحناف وإذا رأو جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام أو تموت على الحبس، فلا تتاح لها فرصة لحضانة الطفل، فان تابت وعادت عاد لها حق الحضانة،² وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري على هذه المسألة فقد أعدت المادة (62) ق.أ.ج على أن يربى الطفل على دين أبيه أو لا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة، ويتضح من خلال تفحص أحكام و قرارات القضاء انه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه ،حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، وهذا ما أعدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/13م حيث جاء فيه من المقرر شرعا وقانونا إن الأم أولى بالحضانة ولها ولو

¹ / باديس ديايي، المرجع نفسه، ص 132، 133.

² / السيد صادق، فقه السنة، ج 2، دار الصبح، لبنان، 2006م، ص 318 - 319.

كانت كافرة إلا إذا خيف على دينها، وإن الحضانة الذكر إلى البلوغ وحضانة البنت حتى الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرق الأحكام الشريعة القانونية.¹

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

أولاً: أن لا تكون متزوجة مع أجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه

من شروط استحقاق الحضانة ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي وهذا شرط عند الأحناف و الملكية والحنابلة و الشافعية و الزيدية والجعفرية مؤدي هذا أن الحضانة إذا كانت متزوجة من أجنبي فلا حق لها في الحضانة وسبب ذلك تسقط حق استحقاقها للحضانة، فالرسول صلى الله عليه و سلم قال للمرأة " أنت أحق به ما لم تنكحي " وأبو بكر رضي الله عنه قال لعمر - رضي الله عنهما إن أم عصام أحق بحضانة ولدها من عمر لان ربحها وفراشها خير للولد حتى يشب أو يتزوج، ولم ينكر احد من الصحابة هذا الرأي، فالحضانة شرعت لمصلحة المحضون، وزواجها يشغلها عنه،² زواج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة ضمناً، وهذا ما جاءت به المادة (66) ق.ا.ج يقولها "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم "... فزواج الحاضنة بغير القريب محرم عن المحضون لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون بل يتم ذلك مقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها، بعد احترام المادة (68) من ق.ا.ج وبعد أن تأكد القاضي من الشروط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة (62) من ذات القانون والإتيان بترتيب المادة (64) من نفس القانون، ومن ثم فإن كل ما في الأمر وتطبيقاً لذلك هو أن القاضي متى تمسك أمامه بهذا السبب لا يجتهد ولا يمكن أن يؤول النص أكثر مما يطبقه، وإنما يتوجب عليه إسقاط عن صاحبته ويكون حكمه هنا كاشفاً وهذا ما أخذت به المادة (66) من ق.ا.ج فإن كانت متزوجة بغير قريب محرم للمحضون، كعمه وابن عمه فلا يسقط حقها في الحضانة لان من تزوجته له حق الحضانة وتحمله على رعايته، فيتعاونان على الحضانة وهذا ما أكدته قرارات المحكمة الجزائرية صادر بتاريخ 1986/05/05 قضى بأنه: "من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أن يشترط على المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى تعتبرها أن تكون خالية من زوج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فانه من المتعين

¹ / تاريخ 1989 ملف رقم 52221 ذكره صلح بوغزرة، المرجع السابق.

² / احمد ناصر الجندي، المرجع السابق، ص 154.

تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يتوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وإسناد حضانة البنت لجدها لأم متزوجة بأجنبي عن المحضون.¹

ثانيا: عدم إقامة الحاضنة بالمحضون في بيت بعضه

وهذا الشرط مختلف عند الفقهاء، فمنهم من لم يعتبره شرطا للحضانة، وهذا ما قاله الشافعيون والحنابلة، واعتبره بعضهم شرطا نقطة الشهوة بالفساد ولا يهتم بالذكر، فإذا كان المحضون في مكان خطير تسقط حضانتهم. ويرى المالكيون أن الحاضنة تبقى مع الطفل في منزل يؤذيه، وتعرضه للمشقات والخسائر، لأن الطفل يتأثر ببيئته، لذلك إذا وفروا له الجو المناسب والظروف التي يجد فيها نفسية يوازن بين الراحة، ويطور سلوكياته ومواهبه، ويصبح عضواً جيداً في المجتمع يفيد نفسه وأسرته ومجتمعه.²

ذلك ما نوه عنه المشرع الجزائري في مادته (72) من ق.ا.ج عندما نص عليه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة و أن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار.

و تنص المادة 70 من نفس القانون على انه تسقط الحضانة عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم. والملاحظة ان لفظ الملائم في المادة (70) وما جاءت به المادة (70) تفسير تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدا عن كل ما من شأنه التأثير سلبيا على أخلاقه و مستقبله.³

ثالثا: ألا تكون قد امتنعت عن حضانتها مجانا والأب مصرا

أنك لم ترفض الاحتفاظ به مجانا والأب معسر، فلا يمكنه دفع مصاريف رعاية الطفل، لذلك إذا كان الأب معسراً ووافق قريب آخر على تعليمه مجانا تسقط حقوق الحضانة الأولية، يعتبر رفض الأم تربية الطفل مجانا عند إعسار الأب يعد مسقط لحقها في الحضانة، بمثابة تنازل عن حق الحضانة، لذلك يبقى عدم الرفض شرطاً للحضانة.

¹ / كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، أحوال الشخصية، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2016 م، ص 60.

² / كمال صمامة، المرجع السابق، ص 61 .

³ / باديس دياي، المرجع السابق، ص 138، 139.

رابعاً: أن تكون ذات رحم محرم من الصغير

لا حضانة مثل والدته وأخته وجدته، ولا حضانة بنات خاله وخالته، ولا لبنات الخال، وخالته للصبي، لأنهم ليسوا ممنوعين، وعند الحنفية لهم حق حضانة الأنثى.¹

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى ما سبق من شروط عامة ما يلي:

أولاً: أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إن كانت أنثى

واتفق الفقهاء على تحريم الحاضنة عليها، وقال الحنفية والحنابلة: "ألا يزيد عمر المحضونة عن سبع سنين حذراً من الخلوة بها لإثبات النهي ابن عمه لديه حضانة ابنة عمه البالغ، لكن الحنفي سمحت بحضانة ابن عمها إذا لم يكن لديها أحد.

ثانياً: اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

أصل الحضانة هو الميراث، إذا لم يكن هناك وريث بين مسلم وغير مسلم، أي إذا كان المحضون كافراً ومن قريبه مسلم، فلا حضانتة إليه لأنه لا توارث بينهما.²

¹/ وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 308، 309 .

²/ باديس ديابي، نفس المرجع، ص 139.

الفصل الثاني

الحق في زيارة المحضون موضوعيا إجرائيا
حق الزيارة موضوعيا
مفهوم حق الزيارة
مشروعية حق الزيارة
الاستثناءات الواردة في حق الزيارة
حق الزيارة اجرائيا
عناصر حق الزيارة
دعوى الحضانة الجزائية

لقد تكفل المشرّع بتحديد مصلحة المحضون في حفظ القرابة عندما نص في المادة 3 من قانون الأسرة: " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية"، وكذا في الفقرة الثانية من المادة 36 المعدلة في ذات قانون والتي تنص على أنه: " يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، وفي الفقرة السابعة من نفس المادة بقولها: " زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"، ويظهر أن المشرّع تطرّق إلى الواجبات المتبادلة بين الزوجين والتي من أهمها حفظ القرابة وحسن تربية الأولاد، في حال قيام الرابطة الزوجية والتي قد تستمر بعد الانفصال، والتي تجعل المحضون يعيش حياة عادية، رغم حدوث الانفصال بين الزوجين، لكن يبقى كلا منهما أو إلى من انتقلت إليه الحضانة أن يلتزم بتربية المحضون تربية حسنة وتقوية صلة رحمه، وكل هذه الأمور تحقق التوازن النفسي والعاطفي للمحضون، ولا شك أنها تساهم في إبعاده عن الآفات الاجتماعية.

فالمبحث الأول خصصته لحق الزيارة موضوعيا، والمبحث الثاني للإجراءات الواجب إتباعها من طرف الشخص الذي ليس بيده المحضون في حالة عدم تمكنه من زيارته.

المبحث الأول: حق الزيارة موضوعيا

إذا كانت الحضانة من الأمور المهمة، فلا بدّ أن ينعم المحضون برعاية حقيقية لا تُشعره بفراق والديه وعليهما أن يتفهّما حالة المحضون، وإلا تدخل القانون لتقرير أصحاب الحقوق وكيفية ممارستها، لأنّ هذه الحقوق مقرّرة لحماية المصالح الاجتماعية للمحضون، والتي منها زيارة المحضون، وما قد يترتّب عليه من تعسّفات أو تصادمات ومشاحنات أو تصفية حسابات، أو الانتقام الذي قد يحدث بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة نتيجة الفراق بينهما، بما يؤثّر سلبا على المحضون، وبالتالي يصعب ممارسة الزيارة بسهولة ومرونة غالبا، في ظل الخلافات التي قد تكون بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة. إذا كانت الأم هي الحاضنة ، فعليها أن تسمح لابنها بالاتصال بوالده، وله الحق أن يراه ، ويمارس حقوقه الأبوية ، أما إذا كانت في يد الأب أو غيره ، فالأخير يجب أن يسمح للأم بالتفاعل مع ابنها إذا كان بعيدا عنها وكل هذا مع مراعاة مصلحة الأول(المحضون). حيث تناولت في هذا المبحث مفهوم حق الزيارة، وحق الرؤية لغة ودليل مشروعيتها شرعا وقانونا، بالإضافة إلى تبيان عناصرها وكيفية تنظيمها فقها وقانونا، وفي الأخير تعرضت إلى المسؤولية التي تقع على عاتق الحاضن أثناء رؤيته للصغير.

المطلب الأول: مفهوم حق الزيارة

إن ما يتصل بالحضانة حق الرؤية، سواء كانت رؤية الأب لولده وهو في حضانة الأم، أو رؤية الأم لولدها إذا كان معا أبيه فإذا كان الولد في حضانة الأم وارد أبوه أن يراه فلا يجب عليها أن تمنعه من ذلك أما إذا كان مع أبيه في حالة سقوط حضانة أمه أو انتهائها وأردت أن تراه فلا يمنعها من هذه الرؤية، فزيارة المحضون حق لكلى الطرفين مراعاة لمصلحته بالدرجة الأولى. ومن خلال هذا المطلب سنحاول ضبط تعريف لحق الزيارة فتناولت في الفرع الأول تعريف حق الزيارة والرؤية من الجانب اللغوي وأما الفرع الثاني تناولت فيه حق الزيارة والرؤية من الجانب الفقهي وخصصت الفرع الثالث لحق الزيارة في القانون.

الفرع الأول: تعريف حق الزيارة والرؤية لغة

أ- الزيارة لغة: الزيارة من الفعل زار : زارَه يزوره زوار وزيارةً و زوارةً وازدَارَه: عادة افتعل من الزيارة، الأخيرة اسم للجيمع وقيل: هو جمع زائر والزور: الذي يزورك والتزوير : كارمة الزائر وإكْأَرُمُ المزور للزائر أبو زيد زورو فلان أي ادبحوا له وأكرمواه كذلك: أن يُكْرَم المزور زائرُه ويعرف له حق زيارته. وأزاره حملة على الزيارة.¹

الزيارة مصدر الزور بمعنى الميل أو الرغبة إلي طرف والعدول عن غيره (الزاء والوا والراء أصل واحد يدل علي الميل والعدول فإن من هنا جاءت كلمة "الزائر" لأن من زارا أحد فقد مال إليه وعدل عن غيره.²

قول ابن فارس الراء والهمزة والياء هي أصل يدل على نظر وإبصار بعين أو بصيرة النظر.³ والرؤية بالعين وبالقلب. و أَرَيْتُهُ رؤية ورؤيا وراءه ورأيتُه ورايان و إرتأيتُه واستأريته والحمد لله على رؤيتك ، وإستأرُه: استدعى رؤيتو وأريته إياه اراءةً أو اراءًا وارعيتَه مُرارة ورئاء : أريته على خلاف ما أريته عليه.

¹ ابن منظور، المرجع السابق ، ص 56 .

² أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين :معجم مقاييس اللغة، دون طبعة، ج2 ،دار الفكر، 1979 م، ص 375 .

³ أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين المرجع السابق، ص 472.

كرؤيته، وقابلته فأرثته. والرؤيا: ما أريته في منامك.¹
والرؤية بالعين تتعدى إلى مفعول واحد، بمعنى العلم تتعدى إلى مفعولين يقال: راي زيدا عالما ورأى ورؤيا وارة، مثل راعة ويقال قوم رءاء، أي يُقابل بعضهم بعضًا.²
ورؤية العين: مُعاينتها للشيء.

وجاء الرؤية بالضم: إدراك المرئي وذلك أضرب بحس قوي النفس.
- الأول: (النظر بالعين التي هي حاسة وما يجري مجاريها، ومنا الأخير قوله تعالى: وقال
اعملوا فسيروا الله عملكم ورسوله " التوبة 106

- والثاني: بالوهم والتخيل نحو أرى أن زيدا منطلقا، والثالث بالتفكر نحو قوله تعالى: ﴿ نَبِيٍّ
أَرَى مَا لَا تَرَوْنَ ﴾ (الأنفال 48)، والرابع بالقلب أي بالعقل قوله تعالى: ﴿ مَا كَذَبَ الْفُؤَادُ مَا
رَأَى ﴾ (النجم 11).³

والرؤية في اللغة على ثلاث أوجه: العام ، والظن ، فالوجهين مجاز، والثالث رؤية العين وهي
حقيقية،⁴ والفرق بين النظر والرؤية أن الرؤية هي إدراك المرئي، والنظر: الإقبال بالبصر نحو
المرئي ولذلك قد ينظر ولا يراه.⁵

الفرع الثاني: تعريف حق الزيارة فقها

اتفق الفقهاء على أنه لكل من أبوي المحضون حق رؤيته وزيارته إذا افترقا، ولهم في ذلك
تفصيل على النحو التالي:
يرى الحنفية: أنه متى كان الولد عند أحد الأبوين، فلا يمنع الآخر من رؤيته وزيارته وتعهده إن
أراد ذلك.

ويرى المالكية: أنه إن كان المحضون عند أمه فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه لكي يقوم

¹ / مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب بن إبراهيم عمر الشيرازي (الفيروز أبادي)، القاموس المحيط، ط8، ج1 مؤسسة
الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2005 م، ص 1658 .

² / إسماعيل بن حامد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط4 ، دار العم للملايين للنشر والتوزيع، 1990 ،
ص 2347-2348.

³ / محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط2، مكتبة الكويت لنشر والتوزيع،
ص 8394.

⁴ / أبو هلال العسكري، الفروق اللغوية، ج1 ، دار العلم و الثقافة للنشر والتوزيع، ص 267.

⁵ / أبو هلال العسكري، مرجع سابق، ص 544.

بتعليمه وتعهده، ثم يأوي إلى أمه لي يبيت عندها، أما إذا كان المحضون عند الأب فالأم الحق في رؤيته كل يوم، ويتم ذلك ببيتها لتتفقد حاله.

ويرى الشافعية والحنابلة: أنه إذا كان المحضون ذكرا، فإنه يكون عند أبيه ليلا ونهارا ولا يمنعه الأب من زيارة أمه، لأن في ذلك إغراء له بالعقوق، وقع الرحم، وتكلف الأم بالخروج لزيارة الابن، فالأجدر خروج الولد إليها إلا أن ذلك ليس عورة، ولو أرادت الأم زيارته فإنها لا تمنع من ذلك، إلا أنها لا تطيل في الزيارة، فلا تمكث طويلا وإن امتنع الأب من دخولها إلى منزله، أخرج المحضون إليها لتتمكنا من رؤيته.¹

والرؤية اصطلاحاً: هي المشاهدة بالبصر حيث كان في الدنيا والآخرة حقيقة.²

الفرع الثالث: تعريف حق الزيارة قانونا

لم يعرف المشرع مفهوم زيارة المحضون كما أنه لم يحدد غايته أو أساسه بل ألزم القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة ومن خلال نص هذه المادة يظهر الارتباط الوثيق الواضح بين حقي الحضانة والزيارة التي لم ينظمها المشرع تاركا المجال مفتوحا أمام اجتهاد القاضي طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، ويرى الأستاذ بلحاج العربي أن « ما يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة و في أوقات محددة عند الحكم بإسناد الحضانة».³

هذا ولمزيد من الوقوف على معنى زيارة المحضون وجب التعرض إلى مصطلحين مجاورين من ذلك الاستصحاب والإقامة أو المبيت، ولئن كانت الزيارة تعني في مفهومها العام واللغوي مجرد النظر والالتقاء فإن الاستصحاب يعدّ الطريقة التي يستطيع من خلالها غير الحاضن أخذ المحضون من المكان الذي يوجد فيه مع حاضنه بشرط إرجاعه.

في حين تعني الإقامة أخذه للعيش معه فترة من الزمن تكون خاصة أيام العطل المدرسية على أن الاستصحاب والإقامة، كما ورد تعريفهما ليسا منفصلين عن الزيارة بل هي طرائق يستطيع من خلالها غير الحاضن من ممارسة حقه وأنّ إسنادها إليه خاضع إلى اجتهاد قاضي شؤون

¹ / سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح الموطأ مالك، ط1، ج 6، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999 م، ص 186.

² / علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، التعريفات، ج 1، دار الفضيحة للنشر والتوزيع، ص 105.

³ / بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ص 35.

الأسرة الذي يراعي في ذلك مصلحة المحضون و بالأساس سنّه فلا يعقل أن يحكم القاضي بالإقامة أو بالاستصحاب لرضيع لم يبلغ من العمر أعوامه الأولى، وتجب الإشارة إلى أن المشرّع عند نصه في المادة 65 ق. أ جاء متأثرا بالتشريع الإسلامي،¹ فحدّد سنّا قصوى للحضانة تختلف حسب جنس المحضون ذكرا كان أو أنثى، فقد نصت المادة 65 على أنه « تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراع في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون».

يتعين أن يكون المحضون قبل بلوغ الذكر ستة عشر سنة كأقصى حد وبلوغ الأنثى تسعة عشر سنة وهو سن الزواج طبقا لأحكام المادة 7 ق. أ عند الحاضنة، وفيما بعد هذا السن إذا طلب الأب نقل المحضون إليه يجاب إلى طلبه وتعد مصلحة المحضون المعيار الأساسي المعتمد عند إسناد حقي الحضانة والزيارة وعند انتهائهما ويكون للقاضي الكلمة الفصل في شأنهما وبالتالي فإن حق الزيارة يقوم وجودا وعدما بقيام حق الحضانة وهذا ما يدل على الارتباط الوثيق بينهما.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزيارة هي رؤية المحضون و الاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية و التعليمية والصحية بين يدي حاضنته و ليس للزائر أن يأخذ المحضون ويتجول به من حي لآخر.²

المطلب الثاني: مشروعية حق الزيارة شرعا وقانونا

أنفق الفقهاء على أن لغير الحاضن حق الزيارة واختلفوا في بعض التفاصيل، لكن الذي يغلب اليوم في مجتمعاتنا الإسلامية هو التعاون في صلة الرحم عموما وقطعيا عند افتراق الزوجين على وجه الخصوص وما أن يحص الانفصال حتى يبادر الطرف الحاضن بمنع الطرف الآخر من رؤية الأبناء. وهذا إثم عظيم وله آثار وخيمة، ليس على الممنوع من

الزيارة بل على المحضونين كذلك، مما يخالف الغاية الأسمى للحضانة وهي حفظ مصالح المحضون، ويدل على خطورة جريمة منع رؤية المحضونين نصوص وآراء فقهية كثيرة من القرآن والسنة والإجماع وأخيرا مشروعية حق الزيارة من القانون وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المطلب.

¹ / محمد أبو زهرة ، الأحكام الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، 1950م ، ص 441 وما بعدها.

² / عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 296-297.

الفرع الأول: دليل مشروعية حق الزيارة من الكتاب

قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقْطَعُوا أَرْحَامَكُمْ أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَارَهُمْ﴾¹.

قال ابن كثير في تفسيره "وهذا نهى عن الإفساد في الأرض عموما وعلي قطع الأرحام خصوصا، بل وقد أمر الله تعالى بالإصلاح في الأرض وصلة الأرحام، وهو الإحسان إلى الأقارب في الأقوال والأفعال".²

وفي الآية وعيد شديد لقاطع الرحم كما علق على ذلك الطبري في تفسيره قائلا: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ﴾ يقول تعالى ذكره: هؤلاء الذين يفعلون هذا، بعين الذين يفسدون ويقطعون الأرحام، الذين لعنهم الله، فأبعدهم من رحمته، (فأصمهم) يقول: فسلبهم فهم ما يسمعون بأذانهم من مواظ الله في تنزيله، (وأعمى أبصارهم) يقول: وسلبهم عقولهم فلا يتبينون حجج الله، ولا يتذكرون ما يرون من كبره وأدلتته.³

وقال الله جلا وعلا: ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾.⁴

فلا يجوز منع الأم والأب من رؤية الأبناء بعد الطلاق، ففي الآية السابقة وعيد مترتب على ذلك، حيث قال في الآية: أولئك هم الخاسرون، وفي هذا الصدد يقول ابن كثير في تفسيره المراد به صلة الأرحام والقربات كما فسر قتادة كقوله تعالى (فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم) ورجحه الطبري، وقيل المراد أعم من ذلك فكل ما أمر الله بوصله وفعله قطعه وتركه وهذا كما قال تعالى: "أولئك لهم اللعنة وسوء الدار". وقال سبحانه: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾.

¹ / سورة محمد، الآية 22/23.

² / أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير بن زرع المعروف بن "ابن كثير"، المغني، ج 4، دار طيبة للنشر والتوزيع، 2002 م، ص 227.

³ / محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير ب (الإمام أبو جعفر الطبري)، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، د ط، ج 1، دار المعارف للنشر و التوزيع، مصر، 2000 م، ص 320.

⁴ / سورة البقرة، الآية 27.

هذه الآية في سياق الرضاع، لكنها تدل بعمومها علي تحريم قصد إضرار أحد الزوجين بالآخر، ولعل من أعظم الضرر الذي يدخل في هذا النهي أن يحول أحد الوالدين دون رؤية لآخر للمحضون(الطفل).

الفرع الثاني: دليل مشروعية حق الزيارة من السنة

ومن الأحاديث التي تدل على التحذير من قطع الرحم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿لا يدخل الجنة قاطع رحم﴾.¹

أما قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة﴾،² ففيه نهْي صريح عن التفريق بين الوالدة وولدها، ولعل هذا الحكم يشمل الوالد أيضا ولذلك قال ابن قدامة: لا يجوز التفريق بين الأب وولده، وهذا قول أصحاب الرأي ومذهب الشافعي، وقال بعض أصحابه: يجوز وهو قول مالك وليث، لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، ولأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، ولأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص عليه، لأن الأم أشفق منه، ولا نسلم أنه ليس من أهل الحضانة.³

وعن عبد الرحمان بن عبد الله عن أبيه قال: (كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فانطلق في حاجته، فرأينا حمرة معها فرخان فأخذنا فرخيها، فجاءت الحمرة صلى الله عليه وسلم فقال: " من فجع هذه بولدها؟" ردوا ولدها إليها، إذا كان النبي (ص) أشفق لحال الحمرة التي فرق بينها وبين أولادها فما بال أقوام يمارسون هذا التفريق علي مستوي البشر؟⁴

الفرع الثالث: دليل مشروعيته حق الزيارة من الإجماع

أطال فقهاء النفس في الكلام عن مسألة الزيارة نذكر بعضها قال الشربيني: "وظاهر أنها لو كانت بمسكن زوج لها لم يجز له دخوله إلا بإذن منه، فإن لم يأذن أخرجتها إليه ليراها ويتفقد

¹ /ابي الحسين مسلم بن حجاج القشيري، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، حديث رقم: 4742 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

² /محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته (الجامع الكبير) ط 3، ج 1، حديث رقم 6412 ، المكتب الإسلامي للنشر و التوزيع، 1988 ، ص 1136.

³ / ابن كثير، المغني، المرجع السابق، ص459.

⁴ / أبو داود، مختصر سنن أبو داود، كتاب الجهاد، ج2 ، حديث رق 20314 ، دار المعرفة، بيروت، 1980، م، ص 508.

حالتها، ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها وتحمل مؤنتها، وكذا حكم الصغير المميز، والمجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه، فيكونان عند الأم ليلا ونهار ويزورهما الأب، ويلحظهما بما مر" ¹ وورد في الموسوعة الفقهية ما يلي: " لكل من أبوي المحضون إذا إفترقا حق رؤيته وزيارته، وهذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء، لكنهم يختلفون في بعض التفاصيل... وبيان ذلك

فيما يلي: يرى الشافعية والحنابلة أن الحضون إذا كان أنثى لا يمنع أحد الأبوين من زيارتهما عند الآخر، لأن المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرحم، إذا كان المحضون ذكرا... لا يمنعه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم" ²

وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة: " إذا خرجت الزوجة من بيت الزوجية أو حصلت فرقة بين الزوجين بطلاق مثلا وبينهما مولود أو أكثر فإنه لا يجوز في الشريعة الإسلامية أن يمنع أحدهما الآخر من رؤية المولود بينهما وزيارته" ³.

الفرع الرابع: دليل مشروعية حق الزيارة من القانون

لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة وعليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا لأب بحق زيارة المحضون وذلك في أوقات وأماكن محددة، وإذا بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم لأم بحق الزيارة للمحضون لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة، فما يمكن ملاحظته هو أن على القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معا حق الزيارة."

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزيارة هي رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية بين يدي حاضنته وليس للزائر أن يأخذ المحضون ويتجول به من حي لآخر.

¹ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، ج 3 ، 1994، م ، ص 425.

² /وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17 ، ط 2، دار سلاسل للطبع، الكويت، 1990 م .
³ / فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المجموعة الأولى، ج 21 ، الرضاع- النفقات والحضانة- الحضانة، رقم الفتوى 21102 ، ج 21 ، ص 204 - 206.

إلا أن الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره، إن لابد من توطيد علاقة الزائر بالمحضون وتمتينها خاصة إذا كان الزائر هو الأب نفسه أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها، والزيارة ليست قائمة على هوى الحاضنة والزائر، وانما هي أمر منظم يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

وإذا اتفق الطرفان على مواعيد الزيارة وكيفية ممارستها ورأي القاضي في ذلك مصلحة المحضون قام باحترام موقفهما، والملاحظ هو أن على القاضي أن يراعي عند حكمه بزيارة المحضون سنه وظروفه الصحية والنفسية فالمرشح أوجب علي القاضي عند إسناده للحضانة لطرف أو لآخر أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معنا في حالة إسناده حضانة الطفل للغير بحق زيارة من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك.¹

والقانون بموقفه هذا يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه " لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم".

رغم أهمية الزيارة والمتمثلة في رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية، فإنه من الآباء من لا يمنحها الاهتمام اللازم فيتخلون عنها أحيانا ويطالبون بها أحيانا أخرى وقد يتخلون عنها نهائيا متجاهلين ما يمكن أن يتركه ذلك من شرخ في نفسية الطفل، ومن جهة أخرى تمتنع الحاضنة عن تسليم المحضون وتفق دون ممارسة الأب أو الولي حقه في زيارة الطفل إلى حاضنته بعد انتهاء مدة الزيارة ويعرض نفسه لعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات والمتعلقة بتحويل المحضون وإبعاده عن مكان حاضنته.²

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة في حق الزيارة

رغم الأهمية البالغة الذي تلعبه الزيارة في متن الروابط العائلية لرقابة المحضون، أي أنه أداة لرقابة تربية المحضون (على دين أبيه) وتعليمه وتفقد صحته وخلقه (تحقيق أهداف المادة 62 من قانون الأسرة)، وهو كذلك وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة، وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أنه من حق الأب أن يأخذ المحضون من حاضنته ليسلمه إلى أحد الكتاب لتعليمه

¹ /سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 296-297.

² /قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش. ملف رقم 71727 م، المجلة القضائية، العدد 3 بتاريخ: 1991/04/23 م .

أو إلى الصانع لتدريبه، ولكن أن لا يبيت إلا عند حاضنته، وعليه يجب ممارسة زيارة المحضون ممن له الحق في ذلك، وعليه وجب من كان تحت عهده ترك المحضون أن يتصل بأبيه أو أمه حتى يُراعي مصالحه و يُراقب شؤونه ويوجهه التوجيه السليم، وبالمقابل إذا كان الأب هو الحاضن وجب عليه أن لا يحرم الأم من الالتقاء بولدها، لأنها بفطرتها تحمل الحنان والعطف والشفقة، ستمكن بواسطة هذه الزيارة من تقديمها له.

الفرع الأول: مسألة التخيير في رؤية المحضون

متفق على أن للوالدين حق زيارة المحضون ورؤيته والاطمئنان عليه، فإذا كان الطفل الصغير تحت رعاية حاضنة، كان للأب الحق في رؤية ابنه خلال هذه الفترة، ولم يكن له الحق في المطالبة بنقل الحضانة إليه، وكان على الحاضنة السماح له برؤية ابنه في مكان قريب. أما إذا كان الصغير في يد أمه وأراد أبوه رؤيته فيجب على الأم أن لا تمنعه من ذلك، كما أنها لا تجبر على إرساله إليه، وإذا كان الصغير في يد أبيه فليس للأب أن يمنع الأم من رؤية ابنها إذا أرادت كما لا يجبر على إرساله إليها.¹

وإذا أراد المحضون زيارة أحد والديه فله ذلك، والأصل عدم منعه وذلك محافظة على صلة الرحم بين المحضون ووالديه أو أحد أقاربه.²

ونرى أن الشافعية والحنابلة قد فرقوا بين رؤية المحضون إذا كان ذكرا أو أنثى:

- فإن كان المحضون ذكرا واختار الأم عند تخييره في سن التمييز، كان عند الأب نهارا ليعلمه ويؤدبه وعند الأم ليلا، لأن في هذا حق للأب ومصلحة للمحضون أما إذا اختار أباه عند التخيير فيبقى المحضون في حضانة أبيه ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه إغراء بعقوق الوالدين وقطيعة الرحم وكلاهما محرمان.

- أما إذا كان المحضون أنثى، فإن كانت عند الأم أو الأب فتبقى عنده ليلا ونهارا لأن تعليمها وتأديبها داخل البيت، ولا يمنع الطرف الآخر من زيارتها دون خلوة أو إطالة وإن

¹ / محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، دراسة مقارنة بين المذاهب النسبية والمذاهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1997 م، ص 748-749.

² / محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، د ط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2002م، ص 102.

الفصل الثاني:

الحق في زيارة المحضون موضوعيا و إجرائيا

مرضت المحضونة فأمرها الأولى بتمريضها في بيتها. وان كانت الصغيرة في يد أبيها فالأم هي التي تزورها لأن كلا منها عورة وستر البنت أولى لأن الأم لها خبرتها وعقلها بخلاف الصغيرة.¹ وإذا تعذر أن تنظم الرؤية اتفاقا نظمها القاضي على أن تتم في مكان يضر الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضي، فإذا تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى يد يليه من أصحاب الحضانة لمدة يقدرها. وقد أخذ القانون بحق الأم والأب والجد في رؤية المحضون إذا كان بيد أحدهم فلاآخرين حق رؤيته غير أن القانون يبين تفصيلات أخرى، لا عن وقت الرؤية ولا كيفيتها أو مواعيدها.²

الفرع الثاني: الأحق بزيارة المحضون ومدى ارتباطها بالسلطة الأبوية

نصت المادة 134 من القانون المدني الجزائري على انه كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الوقاية بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز "وتحدد المادة 135 من نفس القانون في فقرتها الأولى الأشخاص الذين يتولون رقابة الفئات المذكورة أعلاه بنصها "يكون الأب وبعد وفاة الأم مسؤولا عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرين الساكنون معها".

المادة 135 المذكورة أعلاه تجعل الأب المسؤول الوحيد عن الأفعال التي يتسبب فيها ابنه الإضرار بالغير وذلك مادام يسكن معه، لكن الطلاق هو فك الرابطة الزوجية وبالتالي فإن أسندت الحضانة للام وانتقل الطفل للعيش معها فإنه في هذه الحالة يسقط شرط المساكنة، وبالتالي تسقط مسؤولية الأب لانعدام الشرط وان كان ذلك يتحقق مع الأم إلا أن الأب مزال على قيد الحياة، وبالتالي فمن من الوالدين يسال في هذه الحالة إذا تسبب الطفل في الإضرار بالغير؟

أرى الأستاذ عبد العزيز سعد: " أن المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسئولاً مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه المحضون بالغير مدة

¹ / أنور العمروسي، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة من القوانين الوضعية، ج 3، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003م، ص 413.

² / محمد سمارة، المرجع السابق، ص 40.

وجوده لديه. وإذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة وأخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى، ونتج أن تصرف المحضون تصرف غير شرعي الحق ضررا بالغير فإنّ المسؤول عن تعويض مثل هذا الضرر سوف لا يكون هو الحاضن بالضرورة وإنّما المسؤول هو الشخص الذي استعمل الحق في زيارة المحكوم له بها، والذي وقع الضرر وقت أن كان المحضون تحت سلطته ورقابته ونعتقد أنّ مثل هذا يمكن اعتباره سبب من أسباب سقوط حق الزيارة.¹

الأستاذ عبد العزيز سعد، قسم المسؤولية عن الأفعال الضارة للمحضون حسب ما إذا كان عند من أسندت له الحضانة أو ما إذا كان وقت إلحاقه ضرر بالغير رفقة أحد الوالدين الذي له حق الزيارة، فبهذا الطرح يكون الأستاذ قد خالف نص المادة 135 من القانون المدني وذلك بإعفاء الأب جزئيا من مسؤوليته عن أفعال ابنه المحضون وذلك إذا كان على قيد الحياة، فإذا أسندت حضانة الطفل لأمه ومنح حق الزيارة للأب فإن هذا الأخير حسب الأستاذ عبد العزيز سعد مسئول إلا عن الأفعال الضارة التي يلحقها ابن المحضون رفقة أي متى كان معه، وهذا قد جانب الصواب لأنّ نص المادة 135 من القانون المدني جاءت واضحة ولا تقبل أي تفسير لنّ مادام الأب على قيد الحياة ورغم إلغاء شرط المساكنة فإنه مسئول عن الأفعال الضارة التي يلحقها ابنه المحضون بالغير، ولا تنتقل هذه المسؤولية للأم الحاضنة إلا بعد وفاة الأب، فإذا كانت الحضانة موكلة لشخص آخر غير الأب فإنه لا يمكن اعتبار ذلك مانع لممارسته لولايته على المحضون وبالتالي مراقبته، والمسافة الفاصلة بين محل سكن المحضون ومحل إقامة وليه لا يجب أن يتجاوز المسافة المقررة شرعا وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1986.09.22 م مفاده². "من المستقر فقها وقضاء أنّ بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال وما يؤكد على أنّ إسناد الحضانة لغير الأب أي أم المحضون مثلا المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود ومنح حق الزيارة للأب لا يعتبر إعفاء هذا الأخير من مسؤوليته عن الأفعال الضارة التي يمكن أن يقوم بها ابنه والذي نص على أنه " أنّ الإقامة بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 297 - 298.

² / قرار المحكمة العليا: غ. أ. ش ملف رقم 430594 ، المجلة القضائية عدد 44 صادر بتاريخ: 1986/09/22.

الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة لبعد المسافة " قرار من المحكمة العليا صادر بتاريخ 1995/11/21 م.

المبحث الثاني: حق الزيارة إجرائيا

زيارة الأبناء ورؤيتهم واحدة من حقوق طرفي الزواج سواء الأم أو الأب، ولا يحق لأي من الأطراف منع الطرف الثاني من رؤية الأبناء وزيارتهم بعد حصول الفرقة بين الزوجين، إذ يعد هذا واحد من الحقوق المحفوظة والتي تضمنها الجهات القضائية. وحماية هذا المبدأ لا بد من متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون وعليه سنتناول هذا في المبحث التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها وفق تقسيمه إلى مطلبين حيث تناولت في المطلب الأول تنظيم عناصر حق الزيارة، أما المطلب الثاني فخصصته لدعاوى الحضانة الجزائية.

المطلب الأول: عناصر حق الزيارة

الفرع الأول: ميعاد الزيارة

تتم الزيارة نهارا أو ليلا مرة في الأسبوع بالنسبة للام ومرة في كل شهر بالنسبة لغيرها وعند التنازع يقوم القاضي بتحديد الرؤية أو مكانها. يعين موعدا دوريا أو مكانا مناسباً ويكلف من عنده بإحضار الولد لي ليراه الطرف الآخر وان امتنع عن إحضاره أجبره عليه.¹

ونجد اختلاف بين الفقهاء في تحديد ميعاد الزيارة من أبرز هذه الآراء:

- هنالك قاعدة عند المالكية مؤداها أنه إذا تعارض حق الولاية وحق الحضانة قد حق الولاية، والولاية للأولياء الذين لهم التربية الروحية، وهي مقدمة على التربية البدنية، والتربية الروحية من فعل الأولياء لا من فعل الحاضنات. ولذلك قالوا أن من حق الأب أن يأخذ ولده معه إن سافر سفر نقله، ومقتضى هذا يكون من حق الأب أن يرى ولده يوميا ولذلك يقول الباجي إن الابن إذا كان في حضنة أمه لم يمنع من الاختلاف إلى أبيه ليعلمه ويأوي لأمه، غير أنه بالنظر إلى المحضون، وكذلك الحاضن فإنه يتعين ألا يكون في حق الرؤية ضرر بأحدهما فلا يتخذ ولي المحضون حق الرؤية وسيلة لإلحاق الضرر بالحاضنة أو

¹/ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004 ، ص 250.

بمحضونها بأن يختلف إليه في وقت حتى لا يكون في استعمال حقه إزعاج أو إقلاق لراحة الحاضنة أو المحضون.

كما أشاروا إلى أن الزوج ليس له أن يمنع أولاد زوجته من غيره والذين ليسوا معها من الدخول إليها، فإن تضرر من كثرة دخولهم قضى عليه بدخول أولادها الصغار كل يوم مرة لتتفقد حالهم.

أما أولادها الكبار فبقضي عليه بدخولهم إليها كل جمعة مرة، ومن هذا يؤخذ أن للام الحق في رؤية أولادها الصغار كل يوم مرة وأولادها الكبار كل أسبوع مرة.¹ وعند الحنفية تكون زيارة المحضون كل أسبوع مرة للام ومرة في كل شهر بالنسبة لغير الأم ويشترط أن تتم الزيارة نهارا لا ليلا.

أما عند الشافعية والحنابلة فالمطلوب عد تكرار الزيارة لأنه لا ضرورة لذلك وأنه أن تكون ليومين أو ثلاث أيام.

أما القانون فقد أخذ بحق الأم والأب والجد في رؤية المحضون إذا كان بيد أحدهم فلاخبرين حق رؤيته غير أن القانون لم يبين تفاصيل أخرى لا عن وقت الرؤية ولا كيفيتها أو مواعيدها. ونجد أن المشرع الجزائري تحدث عن حق الزيارة في مادته 64 من قانون الأسرة الجزائري ولكن لم يحدد موعد الزيارة.²

الفرع الثاني: المكان المخصص لزيارة المحضون

إن الأصل في الرؤية أن تكون لدى من بيده الولد، وعند عدم الاتفاق على زمان ومكان الرؤية يعين القاضي موعدا دوريا ومكانا مناسباً، ويراعى في تحديد المكان أن يتمكن فيه بقية أهل الولد من رؤيته أملا في التعاطف والتآلف الأسري وصلة الأرحام، وحتى لا يبقى مجال لأي شوائب ترسب في نفسية المحضون،³ ويكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه.⁴

¹ / أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص194-196.

² / محمد سمارة، المرجع السابق، ص41 .

³ / رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة ص236.

⁴ / باديس ديابي، مرجع سابق ، ص160.

وهذا الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها: "من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حدّدوا مكان الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأنّ المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأنّ الهدف من حق الزيارة لا يتحقّق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة"،¹ وهذا تطبيق سليم للقانون فيما ذهب إليه رغم أنّه يمكن حدوث الزيارة بتوفر محرم للحاضنة، وحدثت الزيارة لا يفترض معه الالتقاء بين الوالدين، خاصة إذا كان هذا المكان تتحقّق معه مصلحة المحضون في الزيارة، كان تكون المنطقة التي تمارس فيه معزولة كالمداشر والقرى أو التجمعات السكانية التي لا يجد بها أمكنة مناسبة للرؤيا، خاصة في حالة إقامة صاحب الحق في الزيارة في مكان بعيد عن مكان ممارسة الحضانة، وكان المحضون صغار أو في حالة مرض أو من البنات ولا يكون هناك أماكن تساعد على حدوث الزيارة أو أن الخروج بهم للخارج قد يجرح شعورهم ويؤثر على نفسيّتهم.

ولكن على العموم فإنّ الزيارة يجب أن تكون في مكان ينعم به كل من المحضون وصاحب الحق في الزيارة بالأمن والهدوء، خاصة إذا كان صاحب الزيارة يسكن في مكان قريب من مكان ممارسة الحضانة، ففي ذلك جمع الولد مع أقاربه، ولا شك أنّ في ذلك دعم أوّصل القرابة وخلق جو أسري من خلاله يتعرف المحضون على أهله ويتعرف عليه ويتواصل معهم من جهة، ومن جهة أخرى لا تقتصر معرفته على أقاربه من جهة الحاضن فقط، وهذا المكان قد يكون مناسباً، بعيداً عن التعسف واستغلال المواقف، والتضييق في ممارسة الحقوق إذا كان بالقرب من الحاضنة، خاصة وأنّه يقع على حساب نفسية المحضون التي تتأثر سلبيا في جو يكون به خلافات بين الوالدين حتى ولو لم تخرج هذه الخلافات للعلن، لذلك من المناسب إبعاده عن كل ما من شأنه أن يعكر نفسيّته، ويبقى أمر ضبطها للطرفين بالتراضي أو القاضي بما يتفق مع مصلحة المحضون.

¹ / أنظر قرار المحكمة العليا، غ. أ.ش القرار الصادر في 15/12/1998، ملف رقم 217290، المجلة القضائية، 2001 ع خ، ص 194.

لذلك كلما كان المكان يتحقق فيه شروط رؤية المحضون في أحسن الظروف، ومنا مثلا الحقائق ودور الشباب أو دور الحضانة وغيرها من الأماكن التي ينعم فيها المحضون وصاحب الحق في الزيارة بالطمأنينة حسب طبيعة المكان وأعراف كل منطقة سواء في المدن الحضرية أو القرى التي قد يصعب معها تحقيق الغرض من الزيارة، خاصة إذا كان من تقررت له الرؤية يسكن في مكان بعيد أو أن المكان المعزول، أو المكان يُسبب توتر للمحضون أو يُضرّ بنفسية المحضون كقرب المحلات أو المصانع التي تصدر ضجيجا، أو محطات النقل وغيرها من الأماكن التي لا يتوافر فيها الهدوء، أو حالة المحضون كحديث الولادة أو المريض مثلا مما يجعل الحاضن يرفض تسليم المحضون بحجة المرض أو مثلا سوء الأحوال الجوية أو غيرها، وعليه يمكن للمشرّع ومن ورائه القضاء التدخل في هذا المجال وتحديد أماكن لزيارة المحضون سواء من المرافق العامة كدور الشباب والحدائق العامة أو غيرها من الأماكن المناسبة، دون أن تُسبب حرجا أو تمس بأخلاق المحضون أو تأثر عليه سلبا ويقع على القضاء مراقبة تحديد مكان الزيارة ومراقبته في حالة الإضرار بأحد الأطراف.

الفرع الثالث: نقل المحضون إلى بلد آخر

لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه ويسافر به إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة، وبالتالي يتبين دائما أن القضاء يعمل دائما على تكريس زيارة المحضون في كافة الظروف، حتى بوجود عوائق في الواقع، كالإقامة في بلد أجنبي، أو بعد المسافة بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة، لذلك ينتظر المشرّع والقضاء معا بذل الكثير من الجهود من أجل تنظيم الزيارة بما يناسب مصلحة المحضون فهنا تفصيل لهذه الحالات على النحو التالي:

أولا: انتقال الأم

إذا كانت الحاضنة للصغير أمه وكانت الزوجة قائمة لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون من المكان الذي تقيم فيه مع الزوج إلى غيره من الأمكنة، وإذا أرادت الخروج بالمحضون كان للزوج منعها إلا إذا أذن لها في الانتقال وذلك لأن الزوجة يلزمها متابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم وكذلك إذا كانت معتدة لأنه يلزمها قضاء العدة في المكان الذي وقعت فيه التفرقة ولا يجوز خروجها أو إخراجها.

وحسب رأي الحنفية أنه: إذا كانت الزوجة قد انتهت بالتفرقة وانقضاء العدة وكان بين الزوجين محضون فإن للزوجة الخروج بالمحضون إلى بلد قريب، لأن البعد يقطع الأب عن ولده، فإن كان بإمكان الأب زيارة ولده والرجوع قبل الليل فيجوز للحاضنة الانتقال لأنها تعتبر مسافة صغيرة يمكن التنقل إليها.¹

ثانيا: انتقال الأب

إذا كان الولد في يد أبيه لاستغنائه عن خدمة النساء، وأراد أبوه أن يسافر به كان له ذلك لأن تفقده وصيانته وتأديبه، عندئذ واجب عليه بالإجماع. أما إذا كان المحضون بيد حاضنته وأراد أن يأخذه منها أبوه ليسافر به فليس له ذلك. وتكون الحضانة المقيمة أحق بحضنته منه لأن الخروج بالولد قبل الاستغناء عن النساء اضطرارا بالحضانة بباطلها حقها في الحضانة وهو لا يجوز. وإذا كانت الزوجية قائمة فليس للأب أن يخرج بالولد من مكان الزوجية بغير أمه إلا برضاها سواء كان المكان قريبا أو بعيدا.

وإذا خرج الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده إن كان قد أخرجه بإذنها لا يلزم له ردها بل يقل لها اذهبي وخذي، وإن كان بغير إذنها لزم رده كما لو خرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده.²

ثالثا: انتقال غير الأم

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدّة أو الأخت أو الخالة أو العمّة، فليس له الحق بالانتقال إلى بلد غير بلد أبيه إلا بإذنه، فإذا فعلت ذلك كان للأب أولوية إذا لم يكن الأب موجودا أفن يمنعها من ذلك سواء كان البلد قريبا أو بعيدا وطننا أصليا أولا، لأن المعنى من أجله أبيح للام الانتقال بالولد وهو العقد عليها وهنا لا يوجد عقد.³

هكذا أطلق الفقهاء الحكم دون تفرقة بين البلد القريب أو البعيد، غير أن بعض المتأخرين أجاز الانتقال غير الأم إلى البلد القريب وسوى بينهما وبين الأم في هذا الحكم، وعليه جواز انتقال الأم إلى البلد القريب بدون إذن هي بمثابة الانتقال إلى أحد جوانب بلد واحد إذا كان

¹ / احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 257.

² / أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 195.

³ / محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 259.

السفر سفر نقلة وارتحال ففي حضانة الصغير وجهان:

الوجه الأول: أن يكون البلد الذي ينتقل إليه الحاضن غير مأمون، أو أن تكون الطريق إليه غير مأمونة، فيكون السفر خطرا على المحضون فالمقيم في هذه الحالة أولى بالمحضون من المسافر، ولا يسمح للحاضن السفر بالمحضون وان كان المحضون يفضل الذهاب مع حاضنه المسافرين لأن في السفر تغيرا به.

الوجه الثاني: أن يكون البلد الذي ينتقل إليه الحاضن آمنا، والطريق إليه آمنا، وأن تكون المسافة بين البلدين قريبة بحيث يرى أبوه لأنه هو من يقوم بتأديبه وحفظ نسبه، فإن لم يكن في بلدة قريبة ضاع، أما الأم فليس لها إلا حق الحضانة وهي الرعاية الجسدية أما ولاية التصرف فهي للأب، وإذا انتقل الأب والأم إلى بلد واحد فإن الحضانة تبقى على حالها، وكذلك إذا افترقا ثم اجتماعا في بلد واحد فإن الحضانة تعود إلى الأم من النساء تقوم مقامها، وغير الأب من العصابات يقوم مقامه.¹

الفرع الرابع: حق الزيارة المؤقتة

المشرع لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة ساعة واحدة أو عدة ساعات، وترك ذلك للقاضي الذي يراعي العرف أو العادة، وقد جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذا الأعياد الدينية والوطنية وكذا في أيام العطل المدرسية، إذا كان المحضون في دور التعليم، وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في الأسبوع على الأقل في إحدى القرارات الصادرة التي جاء فيها: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لي تعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

و يُعتبر هذا القرار كمرجع تبنته المحكمة العليا يوجه القضاة في المحاكم والمجالس، ويظهر أن هناك عدة أحكام لم تخرج عن قرار المحكمة العليا سالف الذكر، منها ما حكمت به محكمة

¹/محمد سمارة، المرجع السابق، ص403-404.

الفصل الثاني:

الحق في زيارة المحضون موضوعيا و إجرائيا

تلمسان بأنه: "...يبقى للأب حق الزيارة كل خميس وجمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية السادسة مساء...".¹ وفي حكم آخر، قضت محكمة المشرية: "تجب الزيارة للأب كل يوم خميس وجمعة وفي الأعياد الدينية والوطنية ابتداء من الساعة 09 صباحا إلى غاية 06 مساء"² ، وفي حكم آخر، قضت محكمة عين تموشنت: "بحق الأب في زيارة ابنته يوم الجمعة وخلال العطل الرسمية (الوطنية والدينية) ابتداء من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساء...".³ وفي نفس السياق أيدّ مجلس قضاء سعيدة في قرار له حكم محكمة المشرية القاضي بأن: "لأب حق الزيارة في العطل الرسمية والدينية"

باستقراء هذا الأمر نجد أنه يصدر عن رئيس المحكمة بصفته قاضي الإستعجالي وصاحب الولاية العامة للقضاء الإستعجالي أي أنّ القاضي هنا يستند إلى المادة 183 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية التي تعطي له الاختصاص للفصل في قضايا الإستعجالي.

أي أنّ طلب الزيارة المؤقتة هو طلب يرفع من قبل أحد الوالدين إلى القضاء الإستعجالي لتمكينه من رؤية وزيارة أبنائه الموجودين لدى الزوج الآخر ريثما يفصل قاضي الموضوع نهائيا في النزاع المرفوع أمامه وهو المبدأ الذي تبناه معظم القضاة في محاكمنا خاصة مع الغموض الوارد في نص المادة 57 مكرر التي لم تبين من هو القاضي المختص بإصدار الأمر على ذيل عريضة في قضايا الزيارة المؤقتة وقد قررت المحكمة العليا هذا المبدأ في أخذ قراراتهما على أولوية الأم والأب لربط صلة الرحم من أولويات الاستعجال إذا نشأ نزاع بين الطرفين ونتج عنه إشكال حق الزيارة وطرح الأمر على العدالة في شكل طلب مستعجل فالرفض لعله أنه غير مستعجل هو خطأ في تصنيف الأمور المستعجلة.⁴

¹ /حكم محكمة تلمسان قسم الأحوال الشخصية الصادر، في 13/03/1999 م، قضية رقم 98/2798 غير منشور، ذكرته زكية حميدو مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة المرجع السابق، ص201.

² /أنظر محكمة المشرية، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 07/12/1999م، قضية رقم 99/311، غير منشور، ذكرته زكية حميدو، المرجع نفسه، ص201.

³ /أنظر محكمة عين تموشنت، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 22/02/2000 م، قضية رقم 99/405 أنظر كذلك حكم محكمة سيدي بلعباس، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 25/07/2000 م، قضية رقم 863 /2000 غير منشورين، ذكرتهم زكية حميدو، المرجع نفسه، ص201.

⁴ /الأمر رقم 08/13 ، الصادر بتاريخ: 13/02/2008 م .

الفصل الثاني:

الحق في زيارة المحضون موضوعيا و إجرائيا

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك وأكدت بأنه يجوز إصدار أمر استعجالي فيما يخص الزيارة حيث جاء قرارها المؤرخ في 30/04/1990م صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 79891 المنشور بالمجلة القضائية بالعدد رقم 1992/01 علي انه إذا كان غياب الولد عن أمه يؤتى به عن طريق أمر استعجالي أو عن طريق أمر من وكيل الجمهورية فكيف يرفض طلبها بمقولة عدم الاختصاص في تحديد مكان الزيارة الذي لا علاقة له بالحضانة بل هو مجرد إجراء يرمي إلى تمكين الأم من رؤية ولدها لزمّن محدد ثم يرجع الولد لحاضنه¹. ولدينا كذلك أمر على ذيل الصادر عن محكمة تعنيف التابعة لمجلس قضاء معسكر بتاريخ 16/11/2008 م والذي قضي بإعطاء حق الزيارة المؤقتة لزوج يومي الخميس والجمعة من الساعة 10 صباحا إلى غاية 18 مساء إلى حيف الفصل في الدعوى المرفوعة أما قسم شؤون الأسرة تحت رقم 08/600.²

باستقراء هذا الأمر نجد أنه صادر عن رئيس المحكمة بصفته صاحب الاختصاص في القضاء الإستعجالي وأن الأوامر الولائية تدخل أيضا في اختصاصه كرئيس محكمة استنادا إلى نص المواد 173/172 الخاصة بتدابير الاستعجال واستنادا إلى المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على أنه بإمكان القاضي أن يفصل بموجب أمر على ذيل عريضة في قضية الزيارة المؤقتة فرئيس محكمة تعنيف يرى بأنه هو المختص بإصدار هذا الأمر على ذيل عريضة، وبالمقابل لدينا الأمر على ذيل عريضة صادر عن قاضي شؤون الأسرة بمحكمة بومرداس هو الأمر رقم 08/152 المؤرخ في 05/03/2008 الذي يقضي بتمكين المدعي من حق زيارة ابنه وذلك كل يوم خميس وجمعة من الساعة العاشرة صباحا إلى الثانية بعد الزوال إلى غاية الفصل في النزاع الموضوعي المطروح أمام قاضي شؤون الأسرة.³

فقاضي شؤون الأسرة بمحكمة بومرداس يرى بأنه هو المختص بناء على نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، باعتبار أن هذه المادة مكنة جديدة يضعها المشرع في يد قاضي الموضوع بصفته الأكثر اطلاعا على الملف وبالتالي يسهل الأمور على المتقاضين بسرعة الفصل في الطلب المرفوع أمامه بدلا من تقديمه لرئيس المحكمة الذي يعرف مكتبه عملا

¹ /قرار المحكمة العليا : غ. أ. ش. ملف رقم 79891 ، المجلة القضائية عدد 1992/01 بتاريخ: 30/04/1990م .

² /الأمر رقم 08/914 صادر بتاريخ 16/11/2008 م، تحت رقم 08/600.

³ /الأمر رقم 152/08 صادر بتاريخ 05/03/2008م .

واكتظاظ كبير في القضايا وهو المبدأ الذي تبناه وأيده بعض القضاة على مستوى محاكمنا و يجدر بنا أن نشير بأنه في حالة إغفال القاضي الفاصل في النزاع الأصلي الفصل في منح حق الزيارة لمن هو أحق بها فإنه يجوز للمتقاضي أن يلجأ إلى قاضي الإستعجالي لمنحه وتحديد ميقاته.¹

المطلب الثاني: دعاوى الحضانة الجزائية

قد خص التشريع العقابي الجزائري حضانة الأطفال بحماية جزائية خاصة إلى جانب الحماية المقررة لها في إطار قانون الأسرة، ونظم ذلك من خلال نص المادة 328 من قانون العقوبات، التي جمع فيها النماذج الإجرامية لمجمل الوقائع التي يرغب في حمايتها، والتي تشمل جريمة عدم تسليم محضون إلى من له الحق في المطالبة به بموجب حكم شخصي نافذ وجريمتي خطف وإبعاد محضون والتي تقتضي أخذ القاصر من مكان إقامته أو المكان الذي وضعه فيه من يمارس الحضانة ونقله إلى أي مكان آخر، ولقد ضم المشرع هذه النماذج الإجرامية الثلاثة في نص واحد رغم تميزها واختلاف مراكز الأطراف فيها، كما قيد تحريك الدعوى العمومية بشأنها على شكوى. كما قد قرر المشرع الجزائري وضع هذا النص حماية لتطبيق أحكام الحضانة وصونا لقوة الأحكام القضائية، وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم المحضون

نصت المادة 328 من قانون العقوبات على: " يعاقب بالحب من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به..." تعتبر هذه الأخيرة من الجرائم الخطيرة التي تمس كيان الأسرة، ما دفع المشرع الجزائري في المادة 328 من قانون العقوبات لاسيما ما جاء في الفقرة الأولى، بتوقيع العقوبة على الجاني، وهذا لضمان أمرين. احترام القانون وأحكامه الصادرة عن القضاء، وكذا التقليل من انتشار هذا النوع من الجرائم في الوسط المجتمعي.

¹ /طاهري حسين، قضاء الاستعجالي فقها وقضاء، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، د ط، 2005، ص35.

تجدر الإشارة إلى إمكانية تحريك الدعوى العمومية كما بين ذلك المشرع من طرف المضرور بطلب يتقدم إلى السيد وكيل الجمهورية بالتكليف المباشر،¹ بالحضور يوجهه إلى الخصم بعد دفع مبلغ الكفالة يحدده وكيل الجمهورية. ولا يمكن أن تقوم هذه الجريمة إلا بتوافر مجموعة من العناصر والشروط أجمالها فيما يلي:

أولا : الامتناع عن التسليم

هو ذلك الموقف السلبي الذي يعتبر أهم عنصر من العناصر المكونة لهذه الجريمة، إذ لولاه لما أمكن قيامها، ولما أمكن متابعة المتهم، ولا معاتبته بشأنها، وينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد، واضح ومقصود. ولا بد أن يكون الممتنع (المتهم) قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالحضانة، وإلا فلا يمكن اعتباره ممتنعا عن تسليم الطفل إلى حاضنه أو صاحب الحق في حضانته، ولا يمكن بالتالي متابعة و لا تسليط العقاب عليه.²

وفي هذا قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بى " متى كان نص المادة 328 ق.ع، هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من له الحق في المطالبة به، ومن ثمة فإن أب القاصر، الذي تحصل على أمر من رأي المحكمة، يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوما لا يعد مرتكبا لهذه أو القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون".³

ثانيا: توفر حكم قضائي

وهو العنصر المتمثل في ضرورة وجود حكم قضائي سابق، يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون هذا الحكم مؤقتا أو نهائيا، لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفذ المعجل، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16/06/1996 م. القاضي بعد قيام الجريمة لكون

¹ / المادة 669 مكرر، من قانون الإجراءات الجزائية.

² / عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص123، 124.

³ / أنظر، المجلس الأعلى، ج.م، ملف رقم 31720 صادر بتاريخ 26/06/1982م، مقتبس عن أحمد لعور، نبيل صقر، قانون العقوبات نسا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007م، ص198.

الفصل الثاني: الحق في زيارة المحضون موضوعيا و إجرائيا

الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محمل استئناف.¹

وقد يكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا.² كما ينبغي أن يكون هذا الحكم قد صدر عن القضاء الوطني، أما إذا صدر عن القضاء الأجنبي، فإنه لا يجوز الإسناد إليه إلا إذا كان حاملا للصيغة التنفيذية وفقا لما نصت عليه المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،³ أو وفقا للاتفاقيات الدولية والثنائية أو الجماعية.

ثالثا :وجود الطفل تحت سلطة المتهم

ويتحقق هذا العنصر بإثبات أن الطفل المطلوب تسليمهم وجود فعلا وحقيقته تحت سلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضون موجود في منزل الأسرة التي يوجد فيها من له الحق في المطالبة به أو أن المحضون موجود تحت السلطة الفعلية للشخص غيره ممن يسكنون معه في نفس المنزل فإنه لا يعتبر هذا المتهم مسؤولا عن عدم تسليم الطفل، ولا يمكن بالتالي متابعته ولا تسليط العقاب عليه.⁴

إن هذه الجريمة هي من الجرائم المستمرة وليس من الجرائم الوقتية، وذلك لكونها قابلة للامتداد فترة من الزمن كلما أراد فاعلها ذلك، ولكون الالتزام بالتسليم لا ينقضي في لحظة محددة وإنما يظل قائما طيلة الوقت الذي يبقى فيه المحضون محبوسا عن صاحب الحق في تسليمه.⁵

¹ / أنظر، المحكمة العليا، ج.م، 14/04/1997م، ملف رقم، 145722، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائيات الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والأموال، ج 1، ط 1، دار هومة للطباعة والنشر. الجزائر، 2002م، ص 174.

² / أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص-الجزائري ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال - ج 1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 174.

³ / نص المادة 862 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " لا يجوز تنفيذ الأوامر وا لأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية."

⁴ / عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 125.

⁵ / حميدو زكية، محاضرات في القانون الجنائي للأسرة أقيمت على طلبة ماجستير علم الإجرام والعلوم الجنائية خلال السنة النظرية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2008، ص 204.

وكركن معنوي تقتضي هذه الجريمة علم الجاني بالحكم القضائي وتوجه نيته إلى المعارضة في تنفيذ هذا الحكم، غير أنه إذا كان الامتناع عن التسليم له ما يبرره كمرض الصغير المزمّن فلا تقوم الجريمة لانتهاء الركن المعنوي للممتنع.¹

ولقد قضت محكمة سيدي عيش ببراءة أم كانت تابعتها النيابة العامة بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها بعد أن قضي في حضانتهم له، وذلك بعدما ثبت أنها لم ترفض التسليم، ولكن الأولاد هم الذين رفضوا الالتحاق بأبيهم، حيث جاء في منطوق الحكم أنه: "حيث أن المتهمّة أنكرت الأفعال المنسوبة إليها أثنا استجوابها و أكدت بأنها لم ترفض إطلاقا تسليم الأطفال لفائدة الضحية، وإنما الأطفال هم الذين رفضوا الذهاب معه، وحيث أنه يتضح من وثائق الملف ولا سيما محضر المعاينة المحرر من طرف السيد المحضر أن المتهمّة فعلا قد أبدت استعدادها لتسليم الأولاد لفائدة الشاكي إلا أن الأولاد هم الذين رفضوا الذهاب مع والدهم، وحيث أنه يستخلص من أوراق الملف و الوثائق المدرجة فيه أن تهمة عدم تسليم الأولاد طبقا للمادة 328 ق.م غير قائمة في حق المتهمّة لانعدام أركانها و عناصرها وبناءات على هذا فانه يجب التصريح ببراءتها من هذه التهمة الملاحقة بها"²

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

يسعى المشرع الجزائري من خلال هذه الجريمة إلى تحقيق مصلحة الطفل المحضون والحفاظ عليه، وكذا تدعيم أحكام القضاء، وتشتركان من حيث وجوب توافر الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه وعليه فان عناصر الجريمة يمكن تلخيصها على النحو التالي:

أولا: العنصر المادي

ويتحقق عن طريق إحدى الصور التي عدتها المادة 328 سالفه الذكر وهي أن يكون خطف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانتهم، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه كدار الحضانة أو المدرسة، وأخيرا صورة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود فيه، ومن ثمة فلا بد من تحقق النتيجة و المتمثلة في اختطاف

¹/حميدو زكية، المرجع السابق، ص204.

² / أنظر محكمة سيدي عيش، غ.ج.م، 2002/02/17 م، قضية رقم، 01/3347، مقتبس عن، بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري، القسم الخاص، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2006م، ص165.

الطفل المحضون علا سوا مباشرة أو بواسطة الغير،¹ وفي هذه الحالة الأخيرة يد الغير شريكا في الجريمة ولا يهم إن كان فعله هذا مجانا أو بمقابل، حيث تكون تطبق نف العقوبة الموجه للفاعل الأصلي.²

ثانيا: العنصر المعنوي

ويتمثل في النية الإجرامية المتجهة إلى إبعاد الطفل المحضون من حاضنه أو خطفه وتبقى هذه النية مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له، ومن ثمة فإن الجريمة لا تقوم في حالة ما إذا قام الشخص بإبعاد الطفل المحضون في حالة ما إذا تعرض هذا الأخير إلى معاملة قاسية من طرف الحاضن.

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

نصت المادة 86 من قانون الأسرة على أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر و ضمن نف الحكم ومن دون أن يطلب منه ذلك،³ وعليه أن يحدد زمان ومكان وكيفية تطبيق ممارسة حق الزيارة، وتكري حق الزيارة مقرر في عدة قرارات للمحكمة العليا، من بينها ما جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الذي قرر أنه: "متى أوجب الزيارة، فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم ، ومن ثمة فان القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".⁴

¹ / عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص125.

² / نص المادة 1/44، من قانون العقوبات "يعاقب الشريك في جنائية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة."

³ / وهو ما يعد خروجا عن القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، وما يلاحظ على النص أنه جاء خاليا من تحديد الحالات التي يسقط فيها حق الزيارة.

⁴ / أنظر، المحكمة العليا غ.أ.ش، ملف رقم 59784، صادر بتاريخ 16-04-1990 م، م.ق.ع، 4، سنة 1999 م، ص126.

الفصل الثاني: الحق في زيارة المحضون موضوعيا و إجرائيا

وكي تقوم جنحة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة وجب توافر العناصر التالية:

✚ وجوب حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي فيه
✚ أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق، وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.

✚ أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابتا بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ سوا كان بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.
وعليه إذا توافرت هذه العناصر، فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة واستحق بذلك المتابعة الجزائية والعقاب وفقا لما نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات.

الفصل الثاني: الحق في زيارة المحضون موضوعيا و إجرائيا

خاتمة

خاتمة:

إنَّ الأسرة الإنسانية هي تحكم بناء المجتمع، فإذا كانت هذه الأسرة منسجمة مستقرة كان المجتمع مستقرا، ولكن قد تطرأ بعض الظروف على الأسرة تتجافى فيها السعادة والاستقرار عنها، وترقد في ثنایا الاختلاف وبين هذا وذاك الأطفال، ولا بُدَّ من أن نقلل ما أمكن من المشاكل الخطيرة التي يمكن أن تؤثر في نفسية الطفل وتجعله إنسانا غير سوي في عاطفته أو في شخصيته أو في تفكيره.

وزيارة المحضون حق باتفاق بل وواجب لرعاية مصلحة المحضون لأنَّه في أمس الحاجة أن يكون في كنف والديه، فإذا لم يتيسر له ذلك بسبب أبغض الحلال وهو الطلاق، فلا أقل من أن يحرم منهما، أو من أحدهما ولو بزيارة قصيرة في اليوم أو الأسبوع، تخفف عنه بعض آثار هذا الفراق، وقد أحسن المشرع ومن ورائه القضاء صنعا حين حكم بالزيارة مع حكمه بالحضانة، وتنظيمها بل وترتيب العقوبة على من يمنع ذلك من الأبوين أو غيرهما، تمكينا لكل منهم برعاية المحضون والاهتمام بشؤونه حفاظا على توازن نفسه لينمو نموا سليما خاليا من العقد النفسية، وما يفعله بعض الناس في الواقع من الانقطاع والانفصال عن المحضون تماما بمجرد الطلاق وعدم زيارته، وتركه عند حاضنته لانشغاله بأسرته الجديدة إذا تزوج، ليقطع كل ما يربطه بالماضي الأليم يؤدي إلى مفسد كثيرة من بينها اختلال توازن هذا الصغير نفسيا، وسلوكيا مما يسبب له الكراهة الشديدة لوالده أو أمه بسبب التخلي عنه.

وعليه يثور التساؤل هل الزيارة ليرى أحد الأبوين طفله في عجالة ومع الزحام والضجيج، ليمتلئ قلب الطفل رعبا وخوفا من مقدمات الرؤية، ثم ليرى الطرف الآخر طفله مع هذه الظروف من الأعصاب المشدودة والوجوه المكفهرة، فنزيد ما أصاب هذه الأسرة تصدع وتفكك تصدعا، وتتشأ نفسية الطفل وقد ملئت بالعقد والصور المرعبة.

لذلك كان يستحسن تنظيم زيارة المحضون بما يتناسب مع مصلحته من خلال الاجتهاد القضائي ودوره في ترسيخ الحق في الزيارة على ضوء مصلحة المحضون، خاصة ما أقرته المحكمة من توجيهات من خلال التنظيم المرن للزيارة وممارسة في حدود المعقول، وكذلك توسيع أصحاب الحق الزيارة بما يحقق صلة الرحم، وكذلك ممارسة الزيارة في جو من الألفة والطمأنينة، بعيد عن التعسفات والتصادمات أو التخوف ومنع كل ما من شأنه تعطيل ممارسة الزيارة، وكذلك بإصدار قوانين وتنظيمات تفصل تنظيم حق الزيارة تنظيميا مفصلا بما يجنب

المحزون المشاحنات و التعسفات التي قد تحدث إما من طرف الحاضن بمنع صاحب الزيارة من ممارسة الزيارة بما يحقق الغرض المنتظر منها، وكذلك عدم تعسف صاحب الزيارة أو المماطلة في تسليم المحزون للحاضن.

ولعلّ ما يجب التأكيد عليه أن يمكن تنظيم الحق في الزيارة من حيث توقيتها والأماكن التي تمارس فيها، وكذلك مستحقيها وتوسيعها قدر الإمكان لما في ذلك من ترابط بين القرية، وتعويض المحزون ألم الفرقة لينشأ بعيداً عن العقد النفسية وجو الكراهية لأهله، لما لهذه الآثار من انعكاسات سلبية على حالته النفسية والصحية والاجتماعية والدراسية، حسب حالة المحزون الصحية والنفسية والجسمية من خلال التدرج في تقريرها، بما لا يؤثر على سلامة المحزون، وتدرجها حسب نمو الطفل، وكذلك الأخذ في الحسبان عادات وأعراف المناطق من خلال تنظيمها، وكذلك توفير الأماكن الملائمة والتي تبعث الهدوء وتوفر الأمان للمحزون دون التأثير على صحته أو أخلاقه أو دراسته في حالة التمدرس، لتحقيق الغرض المنتظر من الزيارة في التعاون على تربية المحزونين.

ولتحقيق الغرض المقصود من الزيارة لمن تقرر له الزيارة يجب عدم الوقوف عند مجرد الرؤية البصرية، والالتقاء الجسماني الذي يجمع الطفل بصاحب الحق في زيارته فهذه الزيارة هي تجسيد لمشاعر طبيعية، وترجمان صادق لأحداث الرعاية للطفل واستكمال الجانب العاطفي، والنفسي المفقود نتيجة الانفصال بين الأب والأم، ومن ثمّ يجب أن تتاح الفرصة لدى الأب أو الأم صاحب الحق في الزيارة من مرافقة الصغير في مسكنه خلال ساعات النهار من التاسعة إلى السابعة مساءً تعرفاً على أحوال الصغير ومتابعة لشؤونه الحياتية، وتلمساً لإيجاد حياة مشتركة تعوض قدر الإمكان ما قد يستشعره الصغير من حرمان وفقدان لنصف حياته الآخر خاصة وأن قيام الأم بحق الحضانة للصغير ما كان ليوثر في حق الأب في الولاية على نفسه ولا يعطل.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

I. القرآن الكريم:

1-سورة آل عمران.

2-سورة البقرة.

II. القواميس والمعاجم:

1-أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين: معجم مقاييس اللغة، د ط، ج2، دار الفكر، 1979م.

2-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (إبن منظور): لسان العرب، ج1، دار صادر للنشر والتوزيع، 2003م.

3-مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب بن إبراهيم عمر الشيرازي (الفيروز أبادي): القاموس المحيط، ط 8، ج 1 مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2005 م.

4-محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، ط 2، مكتبة الكويت لنشر والتوزيع.

5-الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، ط3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1980م

ثانياً: المراجع

أ. الكتب الفقهية:

1-السيد صادق، فقه السنة، ج2، دار الصبح، لبنان، 2006م،

2-حسين بن عودة الحواشي: " الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة"، ج5، دار ابن حزم، بيروت، 2004م.

3-أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3و4، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009م

- 4- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب،
مجلد العاشر، دون طبعة، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 5- رمضان علي الشرنباصي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، الطبعة الأولى،
منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006م.
- 6- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين: رد المختار على الدار المختار، ط2 ،
دار الفكر للنشر والتوزيع، بيروت، 1992.
- 7- سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي: المنتقى شرح الموطأ مالك، ط1، ج6،
دار الكتب العلمية لمنشر كالتوزيع، القاهرة، مصر، 1999 .
- 8- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: التعريفات، ج1، دار الفضيحة للنشر والتوزيع.
- 9- وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته.
- 10- أبو زهرة محمد: الأحكام الشخصية: ط2، دار الفكر العرب 1950.
- 11- أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير بن زرع المعروف (ابن كثير):
المغني، ج4 ، دار طيبة للنشر والتوزيع، 2002.
- 12- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير ب(الإمام أبو جعفر الطبري) :
تفسير
- 13- الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج 11، دار المعارف للنشر
والتوزيع، مصر، 2000 م .
- 14- أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري صحيح مسلم-كتاب البر والصلة والآداب،
حديث رقم 4742 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 15- إسماعيل بن حامد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط4 ، ج6 ، دار
العلم للملايين، 1990.
- 16- الحسين بن عبد الله بن سهل بن سعيد أبو الهلال العسكري: الفروق اللغوية، ج1،
دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع.
- 17- محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الجامع الصغير وزيادته (الجامع الكبير)،
ط3، ج1 ، حديث رقم 6412 :المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، 1988م.

- 18- أبو داود: مختصر سنن أبي داود-كتاب الجهاد-ج2، حديث رقم 2314 :وخرجه الألباني،حديث 2399، دار المعرفة، بيروت،1980 م.
- 19- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي :مغني لمحتاج إلى مرفعة معاني، المنهاج، ط1، ج3، 1994م.
- ب. الكتب القانونية:**
- 1-فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في السكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017 م.
- 2-باديس ديابي، صور وأثار فك الأربطة الزوجية في قانون الأسرة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012 م،
- 3-حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2000م.
- 4-سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري (مدعم باجتهادات قضائية) الجزائر، دار الهومة، 1996 م
- 5-بدران أبو العينين بدران: " الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري"، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
- 6-زكية حميدو: " مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005 م.
- 7-صبحي المحمصاني: " المبادئ الشرعية"، دون دار نشر، بيروت، 1954م.
- 8-أحمد الخمليشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، ج2، " آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية"، الطبعة الأولى، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994م.
- 9-عبد الرحمان الصابوني: " شرح قانون الأحوال الشخصية السوري"، ج1، الزواج وآثاره، الطبعة الثامنة، منشورات دمشق، 1998م،
- 10- محمد مصطفى شلبي: " أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1983 م
- 11- عبد الرحمان الشواربي: " مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م

- 12- العربي بلحاج: " قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا"، بن عكنون، الجزائر، 2000 م.
- 13- أحمد داود رقية: " الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003 م،
- 14- رشدي شحاتة أبوزيد: " ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989،
- 15- محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار السالم، الرياض، 1997 م.
- 16- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008 م.
- 17- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة (داسة تفسيرية)، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2014 م،
- 18- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هوم، الجزائر، 2011 م،
- 19- نبيلة تركماني، أسباب الطالق وأثار القانونية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2001 م،
- 20- عيسى حداد، (الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي)، مجلة التواصل مجلة العلوم الاجتماعية والسياسية، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 15، 2005 م
- 21- حمد ناصر الجندي، نفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي دار الكتب القانونية، مصر، 2006م
- 22- بلحاج عربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة 4، 2005 م،
- 23- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة الجزائرية، دار الوعي، طبعة 2، 2001 م،.

- 24- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، أحوال الشخصية، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2016 م
 - 25- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري :مقدمة-الخطبة-الزواج-الطلاق-
 - 26- الميراث-الوصية-ج1 ، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
 - 27- سعد عبد العزيز: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002 .
 - 28- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية كالمذهب الجعفري كالقانون -ط2 ، دار النهضة العربية، بيروت، 1977 .
 - 29- محمد سمارة: أحكام آثار الزوجية-شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية -الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2002 م .
 - 30- أنور العمروسي: موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع-دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذاهب الأربعة من القوانين الوضعية، ج3 ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003م.
 - 31- أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004م.
 - 32- أحمد نصر الجندي: الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 .
 - 33- رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة.
 - 34- طاهري حسين: قضاء الإستعجالي فقها وقضاء، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2005.
 - 35- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص-الجزائري ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- ت. المجالات:**

- 1-مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ط2، المطبعة الرسمية، تونس، 1982 م.
- 2-مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط2، المطبعة الأمنية، الرباط، 1962 م.

3-وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2 ، ج 17 ، دار طبع ذات السلاسل، الكويت.

4- فتاوى للجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء-المجموعة الأولى-المجلد 21 (الرضاع-الكفارات - والحضانة).
ث. القوانين:

1- المادة 124 من القانون رقم 84/11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل بالأمر رقم 02- 05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.

2-ت المادة 87 من (ق.أ.ج) على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

3-قانون المدني، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 رقم 78 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007.

4-الأمر رقم 08/13 ، الصادر بتاريخ:2008/02/13.

5-الأمر رقم 08/914 صادر بتاريخ 2008/11/16 تحت رقم08/600.

6-الأمر رقم 08 /152 صادر بتاريخ 2008/03/05.

7-المادة 669 مكرر، من قانون الإجراءات الجزائية.

8- المادة 862 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

9- المادة1/44،من قانون العقوبات.

ج. الإجهاد القضائي :

1-قرار المحكمة العليا: غ .أ .ش ملف رقم 71727 م، المجلة القضائية، العدد 3 بتاريخ:1991/04/23.

- 2-قرار المحكمة العليا: غ. أ. ش ملف رقم 430594 ، المجلة القضائية عدد 44 صادر بتاريخ:1986/09/22.
- 3-القرار الصادر في15/12/1998، ملف رقم217290، المجلة القضائية،2001 ع خ، ص194.
- 4-قرار المحكمة العليا: غ. أ. ش ملف رقم 79891 ، المجلة القضائية عدد 1992/01 بتاريخ:1990/04/30.
- 5-المحكمة العليا:غ.أ.ش، ملف رقم59784، صادر بتاريخ16-04-1990، م.ق.ع، 4سنة1999
- 6-قرار المحكمة العليا، قرار رقم 35 ملف رقم :26709، تم نشره.
- 7-قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 457038، بتاريخ 10/09/2008 م، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2008 م.
- 8-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 347914، بتاريخ 04/01/2006 م، المجلة القضائية، العدد الأول، ص 499، عن باديس ديابي، 9-قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006 م.
- 10- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 337176، بتاريخ 16/11/2005م، نشرة القضاة، العدد 65، 2009م، 319 عن يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2018 م.
- 11-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 18/07/2000 ملف رقم 24156 باديس ديابي.

الفهرس

الرقم	العنوان
.I	الإهداء
.II	شكر وعرفان
أ - ز	مقدمة
31_8	الفصل الأول: الأحكام العامة للحضانة
10	المبحث الأول: ماهية الحضانة
11	تعريف الحضانة
14	خصائص الحضانة
16	علاقة الحضانة بما يشابهها
19	مشروعية الحضانة
21	مدة الحضانة و شروط قيامها
22	مدة الحضانة
24	شروط الحضانة
58_32	الفصل الثاني : الحق في زيارة المحضون موضوعيا و اجرائيا
33	حق الزيارة موضوعيا
34	مفهوم حق الزيارة
37	مشروعية حق الزيارة
41	الاستثناءات الواردة في حق الزيارة
45	حق الزيارة اجرائيا
45	عناصر حق الزيارة
53	دعوى الحضانة الجزائية
61_59	خاتمة
62	قائمة المصادر والمراجع
70	فهرس الموضوعات

ملخص:

الطفل هو أضعف فئة في المجتمع لذلك اهتم قانون الأسرة الجزائري بهذا الأخير ومن هنا نجد أن الحضانة مظهر من مظاهر رعاية الطفل.

مجال الحضانة واسع والتطورات فيه تأتي على هذا الأساس ربما ما كان صالحاً في السابق لم يعد صالحاً الآن طالما أن المشرع يركز على مصلحة المحضون، فهي الجانب الأهم والأبرز في موضوع الحضانة، ومتى تحكمها أحكام تتعلق بمصلحة المحضون شرعاً، يجب احترامها وأخذها بعين الاعتبار، والالتزامات التي تترتب على حضانة الطفل، والالتزامات التي يجب على الولي الوفاء بها.

ولضمان ذلك، قرر المشرع مجموعة من الأحكام القانونية، بما في ذلك تلك المتعلقة بأمين الحفظ، من حيث ضرورة وجود عدد من الشروط حتى تكون جديرة بالوصاية والمحافظة على مصلحة المحضون، وكذلك إسقاطها منه إذا تعارضت مع مصلحة الأخير و الأخرى تعلق على المحبوس من حيث تحديد شروط الزيارة وحدودها وكذلك نفقة المحضون وتوفير السكن له أو بدل إيجار إذا لم يتوفر.

وكل هذا من أجل وضع الطفل في بيئة مناسبة للنمو السليم من جميع النواحي النفسية، العقلية والجسدية والتعليمية.

الكلمات المفتاحية:

الحضانة، شروط الحضانة، المحضون، دعوى الحضانة، المشرع، القانون، الزيارة، مشروعية الزيارة، حق الزيارة.

Abstract:

The Child is the weakest group in society, So the Algerien Family Law took care of the latter, and from here we find that custody is a manifestation of Child care.

The field of incubation is wide, and developments are taking place on this basis. What was valid before may not be valid now. As long as the legislator focuses on the interest of the child under custody, it is the most important and prominent aspect in the matter of custody, and when it is governed by provisions related to the interest of the child in custody, it must be respected and taken into consideration, the obligations that result from the custody of the child, and the obligations that the guardian must fulfill.

To ensure this, the legislator decided on a set of legal provisions, including those related to the custodian, in terms of the necessity of a number of conditions in order to be worthy of guardianship and to preserve the interest of the fostered child, as well as dropping them from him if it conflicts with the interest of the latter and the others are attached to the detainee in terms of determining The conditions and limits of the visit, as well as the maintenance of the fostered child and the provision of housing for him or a rent allowance if it is not available.

All this is done in order to place the child in a suitable environment for proper growth in all psychological respects.

Mental, physical and educational.

keywords:

Custody, conditions of custody, foster children, custody case, legislator, law, visitation, legality of visitation, visitation right.