جامعـة محمد خيـضـر – بسكـــرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضـــــــوع

التنظيم القانوني لحق الرؤية وزيارة المحضون

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أحوال شخصية

إعداد الطالبة: إشراف الدكتور:

*نوال ترفاس *عبد الرؤوف دبابش

السنة الجامعية: 2015/2014م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد والشكر لله الذي أوصلني إلى تحقيق أملي في النجاح

إلى التي وضعتني بوجع وآلام وأعطتني الحب والحنان وأمطرتني بالدعاء إلى الرحمان أمي الحبيبة والغالية حورية أطال الله عمرها

إلى من علمني وربياني أبي الحبيب والعزيز كمال أطال الله عمره

إلى أخي العزيز والحبيب رابح من كان سندا ودعما لي خلال مشوار دراستي

إلى صغيرتي والعزيزة على قلبي أختي الغالية حنان

إلى الغالية جدتي بشرة شفاها الله وأطال عمرها

إلى جميع أصدقائي وصديقاتي زملائي في الدراسة

وإلى كل من يحب نوال ويتمنى لي النجاح في حياتي

وإلى روح جدتي الطاهرة رحمها الله ثرمية

إلى كل هؤلاء أهدي عملي

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

أشكر الله وأحمده على أنه وفقني في إتمام عملي هذا الذي أتمنى أن يكون عملا خالصا لوجهه الكريم.

وأتقدم بشكري الجزيل إلى أستاذي المحترم "عبد الرؤوف دبابش" المشرف على عملي هذا والذي وجهني كما يرجع له الفضل الكبير في منحي التوجيهات والمساعدة.

كما أتقدم بالشكر إلى جميع أساتذة قسم الحقوق الذين رافقوني طيلة مدة دراستي الجامعية وكانوا لي النور الذي يشع العلم والمعرفة

مقدمة

الأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخير وأساسها هو الفرد الصالح ولهذا فإن الإسلام قد أولاه العناية الكاملة منذ نعومة أضافره قبل أي تشريع وضعي فالتطور الذي شهده المجتمع الإنساني منذ القدم كان له تأثيرا مباشرا على البنية الإجتماعية وبالتحديد على الأسرة.

فهناك أحكاما شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث إتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم وقد أرادت الشريعة الإسلامية من هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع.

كما عرفت الجزائر في الفترة الممتدة ما بين 1962 و 1984 فراغا قانونيا في مجال الأحوال الشخصية، وعلى هذا الأساس وبهدف توحيد المصادر المستعملة لتسهيل العمل القضائي أصدر المشرع الجزائري بموجب الأمر 11/84 الصادر في 09 جوان 1984 قانون الأسرة الجزائري، وقد عالج هذا القانون مختلف المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية بما فيها الحضانة التي تعتبر من أهم الآثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية لتعلقها وتأثرها بجميع جوانب الطفل.

حيث يتجلى لنا أن المشرع الجزائري حاول ضبط كل الجوانب المنظمة له وقد ساير في ذلك الإتجاه الدولي الذي يسير نحو الإهتمام أكثر بالطفولة وهذا ما تبينه مختلف المواثيق الدولية التي تقر بالمصلحة الفضلى للطفل، وتطور الأمر إلى إبرام إتفاقيات دولية لهذا الغرض.

وقد يثور النزاع حول الحضانة والحقوق المترتبة عنها والتي تتعلق بأطرافها والمتمثلة في توفير السكن الملائم لممارسة الحضانة والنفقة بالإضافة إلى حق رؤية وزيارة 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 الرؤية والزيارة للمحضون وفقا لما تقتضيه الشريعة والقانون؟. وعليه إخترنا موضوع:

«التنظيم القانوني لحق الرؤية وزيارة المحضون»

فاعتمدت على المنهج المقارن حيث أبرزت أوجه الإلتقاء والإختلاف بين التشريع الإسلامي ونظيره في قانون الأسرة الجزائري حول الحضانة، وذلك وصولا إلى إبراز تمايز التشريع الإسلامي في هذا الخصوص. كما يعتمد البحث أيضا على المنهج التحليلي حيث بينت الأسس التي أسندت إليها الآراء الفقهية والقانونية الواردة بشأن مسألة البحث ومناقشتها. فاتجهت إلى دراسة الموضوع بالرجوع إلى الكتب الفقهية مستفيدين من أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية، كما حاولت تحليل نصوص مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة، بالإضافة إلى إبراز مواقف المحكمة العليا في المسائل المتعلقة بها.

ومن بين الدراسات السابقة التي إعتمدت عليها في موضوعي هذا والذي كان محتواها يتناسب مع محاور دراستي، كتاب رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية لرشدي شحاتة وهو متعلق بدراسة مقارنة بين الفقه والقانون المصري في مسألة رؤية المحضون وتنظيم هذه الرؤية مكانيا وزمانيا وقضائيا. كذلك الحضانة والنفقات في الشرع والقانون لأحمد نصر الجندي فهو

يتناول القانون المصري بالخصوص وينقصه المقارنة بين المذاهب الفقهية. بالإضافة إلى مذكرة أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي لفاطمة عبد الصمد الحمادي. والتي تناولت فيها الأحكام العامة بمسألة الحضانة في الفقه ومقارنتها بما جاء به المشرع الإماراتي في هذا الصدد.

ومنه تتناولت هذا الموضوع حسب الخطة التالية:

أ- في الفصل الأول: تناولت ماهية الحضانة، فتطرقت إلى مفهومها وذلك من خلال تعريفه لغة وفقها وقانونا وتبيان خصائصها وعلاقتها بما يشابهها، كذلك مشروعيتها شرعا وقانونا ثم إلى أهم الشروط الواجب توفرها في الحاضن والمحضون.

ب- وفي الفصل الثاني: تطرقت إلى حق وزيارة المحضون موضوعيا وإجرائيا وأهم مشاكل الحضانة في الجانب العملي وذلك من خلال تعريف حق الزيارة والرؤية لغة وفقها وقانونا، ومشروعيتها شرعا وقانونا ثم إلى تنظيمها وأهم عناصرها والمتمثلة في مسألة التخيير في رؤية المحضون وميعاد الزيارة ومسألة الإنتقال به إلى بلد آخر، كذلك مدى إرتباط هذا الحق بالسلطة الأبوية، ثم إلى حق الزيارة المؤقتة. أما عن حق الزيارة من الجانب الإجرائي، فتطرقت إلى الجزاءات المترتبة على مخالفة أحكام هذا الحق والمتمثلة في جريمة الإمتناع عن تسليم طفل لحاضنته، وجريمة إختطاف المحضون، ثم جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

ثم تكلمت عن أهم المشاكل التي تثور أثناء تنازع الوالدين على حق الزيارة، ومنها إشكالية الزواج المختلط وقاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

الفصل الأول: ماهية الحضانة

يحتاج الصغير إلى الرعاية والصيانة، فهو لا يستطيع تدبير أموره والمحافظة على نفسه وماله، وليست الولاية على النفس وعلى المال إلا نظاما قصد بها الوقوف إلى جانبه حتى يشتد عموده ويبلغ رشده، والصغير في هذا السن يحتاج إلى الأمان والاستقرار، فلا بد له من أم ترعاه وتربيه وتصونه وتملأ حياته بالحب والحنان وتسهر على حمايته، وأب يعلمه الدين والعلم والأخلاق، فالطفل مزيج من شخصية الأب والأم وبهما يرى العالم المحيط به، ولكن قد تطرأ على الحياة الأسرية تغيرات تغير مجرى حياته فيكون موقفه وسطا بين والديه.

ولابد أن يفقد أحدهما أو كلاهما ويتكفل به غير من الأقارب وذلك لعدم توفر القدرة أو الشروط المناسبة ليعيش مع أحدهما كزواج الأم مثلا بغير محرم، وبما أن مسؤولية تربيته مهمة كبيرة يجب أن يتولاها شخص قادر على القيام بها والمحافظة عليها ومراعاة مصلحته.

وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نعطي مفهوم للحضانة بالإضافة إلى تحديد الشروط اللازمة لقيامهما.

المبحث الأول: مفهوم الحضانة

الحضانة هي أثر من آثار تفكك الرابطة الزوجية سواء كان هذا الانحلال من جراء الطلاق، أو الوفاة، أو الهجر من كلا الطرفين أو أحداهما فالقانون والشريعة الإسلامية بدورهما يحيلا الحضانة إلى الأم دائما لأنهما مظهر من مظاهر العناية التي توليها هذه الأخيرة للأطفال وهذا ما تطرقت إليه في هذا المبحث.

حيث تناولتُ في المطلب الأول: تعريف الحضانة، أما في المطلب الثاني: ذكرت أهم خصائصهما، وخصصت المطلب الثالث: لعلاقة الحضانة بما يشابهها. وفي المطلب الأخير ذكرت دليل مشروعيتها شرعًا وقانوناً.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

إنَّ الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه وعقله ودينه، وحمايته من عوامل الانحراف وطوارئ الانحلال بما يمكنه من أن يكون فردًا صالحًا داخل مجتمعه. وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الحضانة لغة

حضَنَ: بمعنى ربَّى، وربى: أي حضن الرَّجل الطفل: رعَاهُ وربَّاهُ.

احتضن هذا الأمر: تولى رعايته والدفاع عنه.

والحاضنة: هي التي تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها، أو غيابها عمومًا، كذلك معناه الضَّم إلى الحضن. وهو الأخذ بالذراعين والعضدين وهو الضّم إلى الجنب، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها.

والحضانة: هي ولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه.[1]

كذلك بمعنى الضم، يقال: حضن الطائر بيضَهُ أي ضمَّه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضَنت الأم ولدها أي قامت على تربيته.[2]

والحضانة مأخوذة من الحضن؛ وهو الجنب، والجمع أحضان والمصدر حُضن.

والحضانة بفتح الحاء هي ضمُّ الشَّيء إلى الحضن، وهو جانب الشَّيء، فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا: "تعيش الذئاب في حضن الجبل" ونقول " حضن الطائر بيضه "إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم إبنها إلى صدرها وهي تعانقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه. [3]

الفرع الثاني: الحضانة فقها

إتفق العلماء على أن الحضانة هي حفظ الولد وتربيته، ووضع كل واحد منهم تعريفا للحضانة نبينه فيما يلي:

قال المالكية: الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه وذهابه ومجيئه. فالمحضون خلق ضعيف يفتقر إلى من يكفله بالتربية والتعهد

1- معجم اللغة العربية: المعجم الوسيط، مادة "حضن" ج1، ص181.

2- إسماعيل بن حامد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج1، دار العلم للملايين 1990، ص60.

3-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (إبن منظور): لسان العرب، ج13، مادة "حضن"، دار صادر للنشر، بيروت، 2003م، ص122./ وكذلك: محمج قلعجي: معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، 1980م، ص181.

حتى يقوم بنفسه على شؤونه دون مساعدة من أحد وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء.[1]

كما عرفها الإمام مالك بأنها: "تربية الولد وحفظه"

وقيل الحضانة هي صيانة العاجز عن القيام بمصالحه–أي صيانته عن خدمة نفسه– وهذا المعنى يدخل تحته الطفل الصغير والمعتوه والقيام بمصالحه من خدمة وغيرها.[2]

وقال الأحناف: الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والقيام على أموره في سن معينة، ممن له الحق في الحضانة.[3]

وقال الشافعية: الحضانة هي تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه.[4]

وقال الحنابلة: الحضانة هي حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه.[5]

يتبين من التعريفات السابقة أنها تنطوي على عناصر ثلاثة:

1–تربية صغير وتعهده ورعاية شؤونه من طعام وكساء، كذلك تعهده في مهده.

2–أن يكون الصغير في سن تجعله في حاجة إلى من يقوم بشؤونه أو يساعده عليها.

3–أن يكون الحاضن له صفة في الحضانة، أن تكون هذه الصفة قد سلطها الشارع عليها.

إذا تحققت هذه العناصر الثلاثة، تحقق في الحضانة، وفي الحاضن نوع من الولاية على الصغير في فترة لا يملك لنفسه شيئا.

ويرى ابن القيم أن الولاية على الطفل نوعان: نوع مقدم فيه الأب عن الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من أبويه فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد.[6]

---

1 –أبي البركات سيدي أحمد الدردير: الشرح الكبير،ج2 ، دار الفكر ، بيروت ،ص526./كذلك: الأمام مالك، ج2،دار صادر المدونة الكبرى، ص358

2–أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، مصر 2006م، ص87.

3–عصام أنور سليم: حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث ، 2001م، ص129–130.

4 –محمد أمين بن عمر: رد المحتار على الدر المختار ب:(ابن عابدين)، دار المعرفة، بيروت، ص560.

5 –شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: مغني المحتاج، ط1، ج3، 1994م، ص452.

6– إبن قيم الجوزية: زاد العاد في هدي خير العباد–المجلد الثاني– دار الكتاب العربي، ص123.

أما الشيخ أبو زهرة: فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إذا كان له مال.[1]

كما عرفها الكاساني بأنها: ضم الأم لولدها إلى جنبها، وإعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه، وغسل ثيابه، وهو قول عامة الفقهاء.[2]

وقد عرفها النووي بأنها: هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه.[3]

الفرع الثالث: الحضانة قانونا

نصت المادة 62 من قانون الأسرة: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

وعرفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها: "حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه."

كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته. فخلافا للقانونين السابقين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ركز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها وهي رعاية الولد، وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.[4]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[5]

1- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص474.

2- بدائع الصنائع: ج4،ص40.

3 – مصطفى أمين حيدر الأتروشي: أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري مقارنا بالمذاهب الإسلامية الخمسة وبعض القوانين المعاصرة، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م، ص442.

4- محمد الشافعي: قانون الأسرة في دول الغرب العربي، ط1، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، ص237-242.

5- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البث، الجزائر، ص293.

كما جاء في الفصل السادس المادة الثانية والستين فقرة (أ): "الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه، وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض وحق الولي".[1]

بالنسبة للقانون السوري نصت المادة 137: "يشترط أهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا."

نلاحظ أن المادة عرفت الحضانة من خلال شروطها .

وعرفها القضاء المصري في المادة 180 بأنها: "الحضانة التي تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق في شغل مكان الزوجية دون الزوج المطلق هي الحاضنة التي تقوم عليها إسناد الزوجية خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالحهم وحدهم.[2]

المطلب الثاني: خصائص الحضانة

بعد أن تناولنا التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحضانة في نص المادة 62 من قانون الأسرة وإعطاء شرح موجز عنه، وجب علينا وكنتيجة حتمية التطرق إلى خصائص الحضانة. وهذا ما سنبينه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام

الحضانة من النظام العام فليس للأبوين الحق في تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا اتفقت الأم مع والد الطفل على التخلي على حضانة الولد لأي سبب من الأسباب فإن الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد استوفت كل الشروط وكانت أهلا لممارستها وقد تجبر على حضانتها إذا تنازعت عنها حتى إن لم تتوفر فيها الشروط كاملة. ما عدا تلك التي لها علاقة بأخلاقها.[3]وقد يكون تنازع الأم على حضانة طفلها مقابل خلع نفسها والخلع اتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض، ومقابل الخلع قد يكون قيما أو مثليا أو منفعة مقدرة بمال فكل ما صح أن يكون بدل خلع، إذا خلعت المرأة نفسها مقابل تنازلها عن حضانة طفلها فإن الخلع يظل

---

1 – ضو مفتاح غمق: الحضانة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي –دراسة مقارنة–ط1،دار شموع الثقافة، ليبيا، 2002، ص10

2 –محمود عزمي البكري: أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، طبعة 1977م، ص4.

3 ––عبد العزيز سعد: المرجع السابق،ص295.

صحيحا وتبقى حضانتها مستمرة لأنها ليست حقا خالصا للأم بل هي حق للطفل فيبطل الشرط ويبقى الاتفاق قائم.[1]

وحتى وإن كان مقابل التنازل عن الحضانة صلح وليس خلعا، كأن تتصالح الزوجة مع زوجها على أن تترك له الطفل فإن هدا لا يصح لأن الصلح يكون على ما تمنحه، والحضانة حق غيرها أي هو حق خالص للطفل.[2]

الفرع الثاني: الحضانة لا تجبر أو لا تلزم الحاضنة

قدم الفقهاء في باب الحضانة الأم على الأب لاعتبارات كثيرة بها دون الأب، فهي وحدها أقوم بمقاصد الحضانة وأعرف بالتربية، وأقدر عليها، وهي أصبر على ولدها في أول مراحل حياته. ورغم أن لها في هذه الحضانة حق فلقد قرر الفقهاء أن الأم من الحاضنات لا تجبر على حضانة الصغير، بمعنى أنه إن كان لها الحق في حضانته، ولها أن تطالب به إذا نوزعت فيه، إلا أنها لا تجبر على القيام بالحضانة، يقول الدر دير في الشرح الكبير ولا تعود الحضانة بعد الإسقاط أي إذا أسقطت الحاضنة حقها منها لغير عذر بعد وجوبها لها ثم أرادت العودة لها فلا تعود بناءا على أنها حق للحاضن و إلى هذا ذهب الأحناف وكذلك الشافعية والحنابلة فقد ورد في رد المحتار على الدر المختار أن الحاضنة لا تجبر على الحضانة وهناك استثناءات على القاعدة فالمالكية يقولون إذا تزوجت الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون ولم يقبل الولد غيرها فإنها تبقى على حضانتها ولا تسقط. كما أن القاضي لا يلزمها بالقيام بحضانته إلا في الحالات الاستثنائية كأن لا توجد حاضنة للصغير غيرها أو زواجها بأجنبي عن الصغير ولم يقبل هذا الأخير غيرها، كذلك أن يكون الأب فقيرا لا يمكنه أن يستأجر حاضنة أخرى.[3]

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في المادة 66 من قانون الأسرة حيث اعتبر أن للحاضنة الحق في التنازل عن حضانتها لكنه قيد ممارسة هذا الحق في التنازل مع مراعاة مصلحة المحضون أي أنه إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا يحق لها أن

---

1 –قرار المحكمة العليا: قرار رقم 35،ملف رقم 26709، نشرة القضاء، عدد خاص،سنة1982، ص 260.

2 –قرار المحكمة العليا: قرار رقم 17، ملف رقم 26549، نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982، ص243.

3 –أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 132–134.

تتنازل عنها والتنازل هذا يكون باللفظ الصريح بمعنى أن يعلن الطرف الذي له الحق في الحضانة عن عدم رغبته في ممارسة هذا الحق، وقد يكون هذا التنازل ضمنيا وذلك بعدم المطالبة بحق الحضانة مدة سنة كاملة بعد تحقيق سبب السقوط أو موت الحاضنة.[1]

الفرع الثالث: الحضانة حق مشترك

الحضانة حق مشترك أي أنها في نفس الوقت حق للصغير الذي يحتاج إلى من يرعاه ومن يحفظه ويقوم على شؤونه ويتولى تربيته، وكذا لأمه حق الاحتفاظ به واحتضانه لقوله صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به ما لم تنكحي" أي أن للأم الحق في التخلي عن حضانة طفلها إذا لم يضر ذلك بمصلحته. وهكذا إذا تخلت الأم عن حضانة طفلها فإن ذلك لا يسقط إلا حقها ويبقى حق الطفل قائما. ومنه فإنها تجبر على حضانته إذا كانت أصلح للطفل ولم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها، وتنازلها هذا لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها.[2]

المطلب الثالث: علاقة الحضانة بما يشابهها

رغم تعدد تعريفات الحضانة والاهتمام الذي حظيت به من طرف الفقهاء ودارسي القانون باختلاف مذاهبهم. إلا أن المعنى واحد والهدف الأساسي منها هو حماية مصلحة الصغير شرعا وقانونا. كما أنها تتشابه في محتواها مع بعض الأنظمة القريبة منها. مثل الولاية والوصاية، والكفالة وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: الحضانة والولاية

الحضانة هي رعاية الولد ورعاية شؤونه وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. أما الولاية لغة: النصرة، وشرعا القدرة على التصرف أو هي: تنفيذ القول على الغير. وقد يكون مصدرها الشرع كولاية الأب والجد، وقد يكون مصدرها الغير كالوصاية. والولايات متعددة كالولاية في المال وفي النكاح، وفي الحضانة، وتختلف من تثبت له الولاية من

---

1 –أبو زهرة: المرجع السابق، ص 408

2– سيد سابق: فقه السنة– نظام الأسرة الحدود والجنايات– ج2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص 277.

أنظر أيضا: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51894 بتاريخ: 1988/12/19م.

نوع لآخر. فقد تكون للرجال فقط، وقد تكون للرجال والنساء. والحضانة نوع من أنواع الولايات الثابتة بالشرع ويقدم فيها النساء على الرجال.[1]

فتثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات: أما الولاية الأولى: فهي ولاية التربية فالدور الأول يكون فيها للنساء وهي ما يسمى بالحضانة، ويكون ذلك في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا وهي حق الأم، ثم محارمه من النساء. أما الولاية الثانية: فهي الولاية على النفس فيرى الأستاذ صالح جمعة بأنها: القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيم يختص منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، ويدخل في نطاقها ثلاث ولايات: أولها ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن التمييز، وهي ما تسمى بالحضانة. ثانيها: ولاية التربية والتأديب والتهذيب، وتبدأ بعد بلوغه سن التمييز واستغنائه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة. ثالثهما: ولاية التزويج، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته.[2]

الفرع الثاني: الحضانة والوصاية

الوصاية لغة: الأمر، وشرعا: الأمر بالتصرف بعد الموت، كوصية الإنسان إلى من يغسله، أو يصلي عليه، أو يزوج بناته ونحو ذلك. فالوصاية ولاية كغيرها، إلا أنها تثبت بالشرع. وقد يكون الوصي حاضنا لأن الحضانة واجبة شرعا ولأن المحضون قد يهلك، أو يتضرر بترك الحفظ، فيجب حفظه من الهلاك.

الفرع الثالث: الحضانة والكفالة

الكفالة لغة: الضم، وكفلت المال بالمال ضمنته، وكفلت الرجل بالرجل كفلا وكفالة وتكفلت به ضمنته، والكافل والكفيل الضامن. أما الكافل فهو الذي كفل إنسانا يعوله وينفق عليه، وقال ابن بطال: الكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره. والفقهاء يفردون بابا للكفالة بالدين أو النفس. ويعرفونها بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس، أو بدين كما

---

1 -أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص94-95.

2 -صالح جمعة الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، مؤسسة الرسالة للنشر، ص33-34.

يستعملون لفظ الكفالة في باب الحضانة. وعلى ذلك فلفظ الكفالة مشترك بين ضم الذمة وبين الحضانة.[1]

*كما أنه هناك اختلاف بين الحضانة والتبني في كون أن هذا الأخير هو عقد ينشأ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بالأبوة وبنوة مفترضة كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبنى في حين أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وصحته وخلقه. كما أن المشرع حدد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الولد واستوجب أن يكون بموجب حكم قضائي، مع مراعاة مصلحة المحضون. فإن ذلك لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين ولا يلحقه بنسب الحاضن، إذ أن العلاقة تبقى دائما في إطار الحضانة لا غير، إذ يمكن إسقاطها وانقضاؤها وفقا لما هو مقرر في أحكام الحضانة. وعليه نستنتج أن نظام التبني هو نظام قائم بذاته لدى المجتمعات التي أقرته ونظمته في قوانينها الداخلية مثل تونس وفرنسا وكذلك الأمر بالنسبة لأحكام الحضانة فهي قائمة بذاتها وتؤدي غرض محدد دون المساس بنسب القاصر.[2]

المطلب الرابع: مشروعية الحضانة شرعا وقانونا

الحضانة باعتبارها نوع من الولاية، وفيها سلطة مقررة للحاضن يتولى بموجبها القيام بشؤون المحضون، لذلك وردت العديد من النصوص ولها مصدرهما من القرآن الكريم وسنة رسول الله وإجماع المسلمين والمعقول وكذلك النصوص القانونية الدالة على مشروعيتها وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية :

الفرع الأول: دليل مشروعية الحضانة من القرآن الكريم:

لقد دلت كثير من نصوص الكتاب على مشروعية الحضانة منها:

1 – قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنبَاء الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُون أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [3]

---

1 – أحمد نصر الجندي: المرجع الساق، ص 110-111.

2 – طلبة مالك: التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء وهران، الدفعة 14. 2004/2003، ص5.

3 –سورة آل عمران: الآية 43.

وجه الدلالة :

تتحدث الآية الكريمة عن كفالة مريم، واختلاف الأحبار فيمن يقوم بكفالتها لنيل الأجر والثواب من الله عندما جاءت بها أمها وهي صغيرة ، ويقابل الكفالة الحضانة فهذا دليل صريح على مشروعية الحضانة وما فيها من الثواب الجزيل في مقابل تلك الحضانة [1].

2 – وقوله تعالى: ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريمًا، وأخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي أرحمهما كما ربياني صغيرا ﴾[2].

وجه الدلالة :

تدل الآية الكريمة على أنه يجب على الأبناء رعاية آبائهم حق الرعاية وعدم إهانتهم بأقل الأمور التي قد لا يكترث بها الأبناء، وهو التأفف، وذلك مقابل رعايتهم له وحفظه وحضانتهم له في صغره، عندما كان ضعيف لا يملك شيئا وهذا ما يبين فترة الحضانة ومشروعيتها وإلا لما طالب المولى جل وعلا المجازاة بالمثل عند كبر الوالدين[3] .

وقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾

وجه الدلالة:

إن الله عز وجل يأمر الأزواج بالاتفاق على المطلقات طالما أن أولادهما في حضانتهن وهذا دليل على مشروعية الحضانة

وقال تعالي ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾[4]

وجه الدلالة :

أن الأم أحق برضاعة ابنها وكفالته إلى أن يستغني عنها.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية الشريفة

جاءت كثير من الأحاديث النبوية لتدلل على مشروعية الحضانة منها:

قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿بحسب المرء من الإثم أن يضيع ما يعول ﴾

---

1 –ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (362/1).

2 – سورة الإسراء: الآيتين، 22–23.

3 –ابن كثير: المرجع السابق، (34/3).

4 –سورة البقرة: الآيتين، 232–233.

وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والخلق الجم حتى إنه يُكره على الإنسان أن يدعو على ولده أثناء تربيته، كما يُكره أن يدعوا على نفسه وخادمه وماله لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا تدعوا على أنفسكم ولا أولادكم ولا تدعوا على خدمكم ولا تدعوا على أموالكم ، ولا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء فيستجيب له "

وروى أبو موسى عن ابن عباس أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يارسول الله إن لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت، فقال:
يا أبن ساعدة لا تدعوا عليهن، فإن البركة في البنات هن المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرضات عند الشدة ثقلهن على الأرض ورزقهن على الله.[1]

وكذلك:

1-قصة صلح الحديبية مع النبي صلى الله عليه و سلم، و كفار مكة عندما تبعتهم ابنة حمزة رضي الله عنهما عند خروج النبي صله الله عليه و سلم من مكة بعد مضي الصلح و مفادهما أنه : "...خرج النبي صلى الله عليه و سلم فتبعتهم ابنة حمزة يا عمر يا عمر- فتناولهما علي فأخذ بيدهما و قال لفاطمة رضي الله عنهما: دونك ابنة عمك احمليها، فاختصم فيهما علي وزيد وجعفر فقال علي: أنا أحق بهما وهي ابنة عمي ، وقال جعفر : أبنه عمي وخالتها تحبني، قال زيد: ابنة أخي ﴿ فقضى بهما النبي صلى الله عليه وسلم لخالتهما وقال : الخالة بمنزلة الأم... " [2]

وجه الدلالة:

قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بأن الخالة أحق بالحضانة عند عدم وجود أقرب الصبات غيرهما دليل على مشروعية الحضانة في تقديم الخالة على غيرهما لزيادة شفقتهما بمنزلة الأم.[3]

2- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: أن رسول الله صله الله عليه و سلم: جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، أن إبني هذا كان بطني له وعاء ، و ثدي له شفاء، وحجري له حواء،

---

1 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7296.

2- محمد ابن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري-كتاب الصلح-ط1، حديث رقم 2699، دار السلام ، الرياض ، 1997م، ص652-653

3 -محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج6، دار الجيب، بيروت، 1973م، ص328.

وأباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال لهما رسول الله صله الله عليه و سلم أنت أحق به إن لم تنكحي".

وجه الدلالة:

أنَّ النبي صله الله عليه وسلم بين لمن له الأولوية في الحضانة وهي الأم وذلك عند عدم وجود مانع النكاح وهذا دليل على مشروعية الحضانة.[1]

الفرع الثالث: مشروعية الحضانة من الاجماع والمعقول.

إنَّ عقد إجماع الأمة على مشروعية الحضانة من ادن عهد رسول الله صله الله عليه وسلم إلى يومنا هدا ولم يخالف أحد ذلك عندما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه فارق إمرة جميلة بعد أنجب منها عصام ثم قام نزاع بين عمر رضي الله عنه ومطلقته بشأن حضانة عصام ،فكل منهما يود أن يضمه إليه ومن ثم رفع النزاع إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه بمنع عمر رضي الله عنه من ضمه إليه وقال لي عمر: ريحها ومسها خير له من الشهد عندك وكان الصحابة رضوان الله عليهم حاضرين ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك فكان إجماع كما أستدل العلماء القياس فقاسوا الحضانة على الرضاعة، والرضاعة واجبة فتكون الحضانة واجبة كذلك، والعلة الجامعة بينهما حاجة الطفل للكل منهما وتعلقه بهما وهلاكه بزوال أي منهما وإن الإنسان في بدء خليقة بولد ضعيف، لا يستطيع أن يقوم بحوائجه منفردا بل لابد من وجود من يقوم على رعايته والعناية به، في كل ما يحتاجه في تلك المرحلة من رضاعة ونفقة وحسن تربية و تعليم وغير ذلك، فكانت الحضانة هي الملاذ الأمن لرعاية هذا الصغير حتى يكون أهلا لحمل الدعوة وحمل رسالة الإسلام.[2]

الفرع الرابع: دليل مشروعية الحضانة من القانون

أقرت كل التشريعات مشروعية الحضانة، ووجوبها حفاظ على المحضون من الهلاك والضياع جراء انحلال الرابطة الزوجية، بالطلاق أو بالوفاة وقد أكد المشروع الجزائري على مشروعيتها وذلك في قانون الأسرة 11/84 في المواد من 62 إلى72نذكر منها:

---

1 –أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص90.

2–عبد المطلب عبد الرزاق حمدان: الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ،د ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2008م، ص9–10.

– المادة 64 :(الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب، ثم الجدة لأم ،ثم الخالة، تم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة) .

– المادة 72: أيضا أكدت مشروعية الحضانة ووجوبها بقولها: (في حالة الطلاق يجب على الأب يوفر الممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه بدفع الإيجار).

انه وحسب المشروع الجزائري فإن الأسبقية في الحضانة للأم مع مراعاة مصلحة المحضون مع الحكم بحق الزيادة للذي تسقط الحضانة عنه.[1]

المبحث الثاني: قيام الحضانة

إن الحاضن فهو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكر كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف الأولوية وتباين في الترتيب.

وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص بها النساء، والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال كما ان المشرع الجزائري حصر الشروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت الفقرة الثانية منها: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل و إعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

ولتحديد هذه الشروط الغير الواردة في القانون فإن المادة 222 من القانون الأسرة الجزائري تنص على انه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وعلى هذا الأساس في هذا البحث سنتطرق إلى شروط المحضون أولا كمطلب أول وفي المطلب الثاني للشروط الواجبة لممارسة المحضون على ضوء الفقه مع الإشارة إلى موقف

---

1 – بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل–دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية –ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 53–54.

المشرع الجزائري منها مع الاستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا باعتبارها الهيئة العليا المنوط بها توحيد الاجتهاد القضائي لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

المطلب الأول: شروط المحضون

المحضون: هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تميزه كطفل صغير وكبير مجنون أو معتوه فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل الصغير أو المعتوه. أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وهو الذي يختار الإقامة عند من يشاء من أبويه. فإذا كان الشخص رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عن أبويه، ويستحب ألا ينفرد عنهما ولا ينقطع بره عنهما وإذا كانت أنثى لم يكن لها الانفراد ولوليها منفعة منه لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يؤذيها ويلحق العار بها وبأهلها وان لم يكن لها أب فلوليها منعها من الانفراد.[1]

المطلب الثاني: شروط الحاضن

الحضانة من الولايات والغرض منها صيانة المحضون ورعايته وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، ولهذا يشترط الفقهاء شروطا خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه، وهذه الشروط أنواع ثلاثة:

شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالنساء، وشروط خاصة بالرجال وهذا ما سنحاول توضيحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

1-**الأهلية:** للحضانة تثبت للنساء وان تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لان المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة ومن بين هذه الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال والنساء نجد:

2ـ العقل: لا يستطيع المجنون القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره ويستوي في الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة لان ترك المحضون لدى مثل هذه الحضانة فيه ضرر عليه والمقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الابتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية

---

1 – رمضان علي السيد الشرنباطي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات حلب الحقوقية، بيروت ،2002م، ص 400-401.

لمصلحته وكذلك المعتوه فهو غير عاقل ولا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره[1].

والى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون.

واشترط أيضا الحنابلة مع المالكية بالإضافة إلى العقل عدم المرض المنفر كالجذام والبرص فلا حضانة لمن به شئ من هذه المنفرات.[2]

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسالة فانه يرى ان الحضانة ولا يه على النفس، فلا تكون لغير العاقل الذي لا يقوى على شؤونه اذ فهو نفسه بحاجة الى من يرعاه وهو ما ورد في نص المادة 85 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص انه: تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة اذ صدرت في حالة الجنون او العته او السفه[3].

3-البلوغ : الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها الا الكبار، بل ان وظائفها لا يقوم بها الا هؤلاء ،اذ يشترط في الحاضن البلوغ لان الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من اهل الولاية.[4]

اما استحقاق المراهقة للحضانة فلانها بالغة حكما، والبلوغ شرط اساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة حيث سار عليه سائر الفقهاء لان الطفل محتاج إلى من يخدمه والقضاء الجزائري اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الاسلامية .[5]

---

1 -عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقه وقضاءا، دار الفكر العربي، د س، ص235.

2 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص7305.

3- بلحاج العربي العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص383.

4- أحمد نصر الجندي: الطلاق والتطليق وآثارهما ، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص598-599

5- أحمد محمد العساف: الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، مج2، دار إحياء العلوم للنشر والتوزيع، ص438

4-الأمانة على الأخلاق:

الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أصلا لممارسة الحضانة وبيئة مصاحبة للمحضون تضمن حدا أدنى من التربية السليمة للصغير إذ تسقط الحضانة إذا ألقي بالصغير في بيئة مصاحبة له، تؤثر عليه سلبا وتثير الشكوك حول سلامة تربيته.[1]

فقد قال أحد الفقهاء: «إن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفها حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها».[2]

وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق مثلا. فالرجل الفاسق لأحضانه له، حيث قيد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عنده بالفجور مالم يصبح الولد في سن يعقل فيه الفجور أمه؛ وإذ أصبح يعقل فجورها ينزع منها الولد صونا وحفاظا لأخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة عليه.[3]

كما أنه قيل أنَّ الحاضنة إذا كانت تخرج كل الوقت وتترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عليه، فلا تكون لها حضانة إذ ليست أهلا لها.

المطلب الثاني: شروط الحاضن:

الحضانة من الولايات والغرض منها صيانة المحضون ورعايته وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، ولهذا يشترط الفقهاء شروطا خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه وهذه الشروط أنواع ثلاثة :

شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالنساء ،وشروط خاصة بالرجال ،وهذا ما سنحاول توضيحه في الفروع التالية : ولقد تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطا جوهريا في الحاضن وتكرس ذلك في العديد من أحكامه وقراراته إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزنا للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف لا تكون أهلا للحضانة ؛فأسقط القضاء الحضانة عن الأمر لأن المحيط الذي يعيش فيه غير مأمون على أخلاقه حيث جاء في قرار المحكمة

1- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص78.

2- محمد يوسف موسى: أحكام الحوال الشخصية، ج1، 1956، ص394..

3 -وهبة زحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص7306.

العليا :«أن عدم إبصار الأمر مانع لهما من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة التي قام بها أخ المطلق الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأن من المحضونين بنتين إذ تركت حضانتهما لأمهما فلا يؤمن عليهما».[1]

ويتشدد القضاء في موقفه هذا وأسقط حضانة الجدة لأن الأم كانت أخلاقها فاسدة.

والقول بأن الحاضنة ارتكبت فعلا فاحشا يجب اثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال، واعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الاعتراف سيد الادلة.

4-القدرة على التربية:

يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو المرض أو شغل، فالمرأة العاملة أو المحترفة، إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة .

فالمالكية والشافعية والحنابلة يدخلون العمر في مانع العجز، وينيطون حضانة العمياء وغيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيرها، أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحاضنة.

أما عن موقف القضاء الجزائري في اعتبار القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في أحدهما أن القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا أو مرض يعجز عن القيام بشؤون التربية وعلى القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه وتقدير مدى عجز الحاضنة.[2]

وجاء في قرار أخر: أن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية والصحة فلا لعاجز ذكر أو أنثى لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون ولأنه

1-أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص606.

2 -قرار المحكمة العليا رقم 26403 المؤرخ في 1991/12/30

هو نفسه لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون ولأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذه بيده.[1]

5-**الإسلام:** يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية ولا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾[1]. فهي كولاية الزواج والمال ولأنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل ، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه".

إلاّ أنّ الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًّا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل وخدمته وكلاهما يجوز من الكافرة، و دليلهم في ذلك ما رواه أبو داود والنسائي: أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي – وهي فطيم – أو شبهه وقال رافع: ابنتي ، فمالت إلى الأم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " اللهم اهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها.

ولأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، لكن هؤلاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

– فقال الحنفية: يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقائه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

– وقال المالكية: إنّ المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خِيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم إشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود الى الاسلام او تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة .

---

1 –قرار المحكمة العليا رقم 33921 بتاريخ 1984/07/09 م ق سنة 1989 عدد4 ، ص 76.

2– وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 7306

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد اكدت المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري على ان يربى الطفل على دين ابيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة .

والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة والغير المسلمة في استحقاق الحضانة.[1].كما انه اسقطت الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاوت تربية ابنها وفق مبادئ دينها .[2]

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي:

1- ألاّ تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه:

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها:

أ – قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة : مالك و الشافعي ، و أبو حنيفة و أحمد في المشهور عنه وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو : (أ ن امرأة قالت : يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثديي له سقاء و زعم أبوه أنّه ينزعه منّي فقال صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي " فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعندها لا يكون لها هذا الحق و كذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج، فتسقط عنها ويدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبو بكر : إنّها أحق به ما لم تتزوج ، وقد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم وكان بحضور الصحابة ولم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شُريح لا يختلفون فيه زمانا ومكانا .[3]

1- المحكمة العليا ملف رقم 11029 قرار بتاريخ 1974/05/29 .

2- المحكمة العليا ملف رقم 19287 قرار بتاريخ 1979/04/16 نشرة القضاء 81 رقم2 ص 108

3- عبد العزيز عامر . الأحوال ش في ش . إ فقها و قضاءا ص 258

ب- وقيل إن الحضانة لا تسقط بالتزوج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى ، وهذا الرأي أكّد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري وحججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي ، وانطلق بي إلى رسول اله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله إنّ أنس غلام كَيِّسٌ فليخدمك ، قال : فخدمته في السفر والحضر ... ، وإنّ أنسًا كان في حضانة أمّه ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك وحجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله لم تُسْقِطْ بزواجها كفالتها لبنيها[1]. فإن تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإنّ حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة وله من صلته بالطفل وقرابته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه فيتمّ بينهما التعاون على كفالته، وهذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية به، وعليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم ولا الظروف المساعدة التي تنمي ملكاته مواهبه، لأن الحاضنة قد أمسكته عند الأجنبي قد يبغضه ويقسو عليه ولا يؤدبه.[2]

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

وعليه يستشف من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي وبقريب غير محرم ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها منها ما جاء في أحدها: " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، مما يستوجب معه نقض القرار" [3]

1- عبد العزيز عامر : نفس المرجع ، ص 285

2- بدران أبو العينين بدران – الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون – الطبعة الثالثة

3- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 40418 م.ق 89 عدد 2 ص 75 غ.أ.ش 86/05/05 م

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور.[1] حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون .

وعليه وخدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة استثناءات منها :

- ❖ **عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم:** فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها، وكذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضانته.
- ❖ **ألاّ ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة:** ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء السنة كاملة وذلك وفقا للمادة **68** من قانون الأسرة الجزائري.
- ❖ **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراضٍ.**

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أغلبية الفقهاء يرون أن العقد وحده ليس سببا في إسقاط الحضانة، إذ لابد من الدخول بها حتى يتحقق الشرط .

ونشير أيضا أن الحاضنة إذا تزوجت ودخل بها زوجها ثم طُلقت أو مات عنها قبل أن يعلم من تنتقل إليه الحضانة فإنه في هذه الحالة تستمر في حضانة المحضون. .[2]

2- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير : أي تكون الحاضنة رحما محرما على المحضون كأم المحضون وأخته وجدته ، فلا حق لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الإناث و لا حق لبني الخال و الخالة و العم والعمة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور.[3]

3- **عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه** : يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها إذا تزوجت، إلاّ إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من

1- المحكمة العليا قرار رقم 58812 بتاريخ 90/02/05 م.ق 1992 عدد 04 ص 58

2- وفاء معتوق حمزة: الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة ، مصر 2000.ص 454-457.

3- الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية ، ص 408

قانون الأسرة الجزائري: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ".

وجاءت هذه المادة تكريسا لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيدة عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل وتؤثر عليه سلبا في المستقبل.

4-**ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا:** إنَّ امتناع الأم عن تربية الولد مجانا عند اعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الإمتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة.[1]

فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا سقط حق الأولى في الحضانة.

الفرع الثالث :الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل

والأمانة والاستقامة شروط خاصة بالرجال فقط وهي:

1-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، ولقد حدد الحنابلة والحنفية سنّها بسبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاء المحرمية، وإن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه.[2]

2-اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلما وذو رحمه غير مسلم، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بُنيَ حق الحضانة في الرجال على الميراث.[3]

1- عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص274 .

2- وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – ص 830

3- الإمام ابو زهرة – المرجع السابق – ص 408

الفصل الثاني: حق رؤية وزيارة المحضون موضوعيا وإجرائيا وإشكالاتها عمليا

لقد حاول القانون والشريعة الإسلامية قدر الإمكان من تهيئة الوسط الاجتماعي والأسري المناسب للمحضون لأن الطفل في سن الحضانة يحتاج إلى توثيق علاقته الأسرية سواء من طرف أبويه أو أقاربه لذلك فقد أكدوا على ضرورة رؤية وزيارة المحضون لأبويه وأقاربه وحددوا لنا كيفية ومواعيد هذه الزيارة. وهذا ما سنوضحه في ثلاث مباحث: فالمبحث الأول خصصته لحق الزيارة موضوعيا، والمبحث الثاني للإجراءات الواجب إتباعها من طرف الشخص الذي ليس بيده المحضون في حالة عدم تمكنه من زيارته، أما المبحث الثالث تطرقت فيه لأهم وأبرز الإشكالات العملية المطروحة في مجال الحضانة.

المبحث الأول: حق الزيارة موضوعيا:

تتطور شخصية الطفل في الظروف العادية باتصاله بوالديه وإخوته وغيرهم من أفراد المجتمع، وإذا لم يتم تلبية وتوفير حاجاته في السنين الأولى من عمره من حب وعطف وراحة نفسية، فإن حصته في حياة مستقبلية سعيدة تكون أقل بكثير من الطفل الذي تتوفر لديه هذه الحاجات. فالاهتمام الذي يمنحه الأبوين لطفلهما يعتبر غذاء روحيا له وضروريا لنموه النفسي والذهني. وبما أن حياة الإنسان دائما في تغير فقد تحدث بعض الخلافات والمشاكل التي تؤدي بالزوجين إلى الانفصال الذي ينعكس على الطفل ويولد لديه حدة واضطرابات سلوكية سببها غياب الأب والأم. فإذا كانت الأم هي الحاضنة وجب عليها تمكين ولدها من الاتصال بوالده وله الحق في رؤيته وممارسة حقه الأبوي، كما أن الحضانة إذا كانت في يد الأب أو غيره فعلى هذا الأخير كذلك تمكين الأم من الاحتكاك بولدها إذا نزع منها وكل ذلك مراعاة لمصلحة المحضون أولا وأخيرا. 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 مع أبيه. فذا كان الولد في حضانة الأم وأراد أبوه أن يراه فلا يجب عليها أن تمنعه من ذلك أما إذا كان مع أبيه في حالة سقوط حضانة أمه أو انتهائها وأرادت 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 زارَ: زارَهُ يزُورُه زَوْرًا وزِيارَةً وزُوَارَةً وازْدَارَهُ: عادة افتعل من الزيارة، قال أبو كبير فدخلت بيتًا غير بيت سناخة وازْدَرْتُ مِزْدَارَ الكريم المفضَّل والزَّوْرة: المرَّة الواحدة ورجل زائِرٌ من قوْمٍ زُور وزُوَّار وزُورٌ، الأخيرة اسم للجمع، وقيل: هو جمع زَائِر والزُّور: الذي يزُورُكَ والتزْويرْ: كرامة الزَّائِر وإكْرامُ المُزوِّرِ للزَّائِرِ أبو زيْد زورُو فلان أي اذبحوا له وأكرموه كذلك: أن يُكْرَم المزُور زائره ويعرف له حق زيارته. وأزاره حمله على الزيارة.[1]

الزور أيضا: الزائرون، يقال رجل زائر وقوم زور وزوار نسوة زور أيضا وزور، وزائرات. وإزاره: حمله على الزيارة. وإستزاره: سأله أن يزور. وتزاوروا: زار بعضهم بعضًا، وازدر: افتعل من الزيارة. .[2]

فعل زار: يزور، زر، زيارة وزورا فهو زائر والجمع: زوار، وزوّر، وزور، وهي زائرة والجمع زوائر. اسم زيارة، مصدر: زار، زيارة الأصدقاء، المرضى، بطاقة مطبوع عليها اسم الزائر كاملا وغرض زيارته بطاقة زيارة إتيان بقصد التبرك أو الحج زيارة حق الأب أو الأم في زيارة طفلهما كما نص في أمر الطلاق أو الانفصال حق الزيارة .[3]

الزيارة مصدر الزور بمعنى الميل أو الرغبة إلى طرف والعدول عن غيره (الزاء والواو والراء أصل واحد يدل على الميل والعدول، فإن من هنا جاءت كلمة "الزائر" لأن من زار أحد فقد مال إليه وعدل عن غيره.[4]

1- ابن منظور: المرجع السابق ، ص56.

2- إسماعيل بن حامد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط 4، دار العلم للملايين للنشر والتوزيع، 1990م، ج6، ص2247

3- معجم المعاني الجامع، ص301

4- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين: معجم مقاييس اللغة، د ط، ج2، دار الفكر،1979 م، ص357

ب- الرؤية لغة:

- الرؤية لغة: قال ابن فارس الراء والهمزة والياء أصل يدل على نظر وإبصار بعين أو بصيرة النظر.[1]
- والرُّؤية بالعيْن وبالقلْبِ. ورأيتُهُ رُؤْيةً ورُؤْيَا ورَاءَهُ ورَأَيْتُهُ ورَأْيَان وارْتَأَيْتُهُ واسْتَرْأَيْتُهُ والحمد لله على رُؤْيَتكَ، والرُّءَاءُ كثير الرُّؤْية والرُّؤِيُّ، والرُّوَاءُ بالضَّم، واسْتَرَاهُ: استدعى رؤيته وأريته إياه ارَاءَةً وآرَاءًا ورَاءَيْتُهُ مُرَاءَاة ورئَاءً: أريته على خلاف ما أريته عليه، كرُؤْبِتهِ، تَرْئِيةً، وقابَلتُهُ فَرَأَيْتُهُ. والرُّؤْيَا: ما رَأَيْتَهُ في منَامِكَ.[2]
- وقد رأَيْتُهُ رَأْيَةً ..... ورُؤْيَةً ..... ورأيْتُهُ ريَانًا كرُؤْيَةٍ ..... وارتَأَيْتُ واسْتَرْأَيْتُه كَرَأَيْتُ أعني من رؤية العيْن ..... واسْترْأَى الشَّيءَ اسْتَدْعى رُؤْيَتَهُ ورَأَيْتُهُ إيَاهُ إرَاءَةً وإرَاءً.[3]
- والرُّؤْيَة بالعين تتعدَّى إلى مفعولٍ واحد، بمعنى العلم تتعدَّى إلى مفعولين يُقال: رأى زيْدًا عالما ورأى رأيًا ورُؤْيًا ورَاءَة، مثل راعَة ويقال قوْمٌ رُئَاءْ، أيْ يُقابِل بعْضُهمْ بعْضًا.[4]
- ورُؤْية العيْن: مُعايَنتُها للشَّيء.[5]
- وجاء الرؤية بالضم: إدراك المرئي، وذلك أضرب بحس قوي النفس.

- الأول: (النظر بالعين التي هي حاسة وما يجري مجراها، ومن الأخير قوله تعالى: "وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله " التوبة 106.
- والثاني: بالوهم والتخيل نحو أرى أن زيدا منطلقا، والثالث بالتفكر نحو قوله تعالى: ﴿نِّي أَرَى مَا لاَ تَرَوْنَ﴾ [الأنفال 48]، والرَّابع بالقلب أي بالعقل قوله تعالى: ﴿مَا كَذَبَ الْفُؤَادُ مَا رَأَى﴾ [النجم 11].[6]

1- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين: المرجع السابق، ص 472.

2- مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب بن إبراهيم بن عمر الشيرازي (الفيروز أبادي): القاموس المحيط، ط8،ج1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2005م،ص1658.

3- أبو الحسن علي إبن إسماعيل المعروف (ابن سيدة المرسي): المحكم والمحيط الأعظم، ط1،ج10،دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، 2000م،ص 338-341.

4- إسماعيل بن حامد الجوهري: الرجع السابق، ص 2347-2348.

5- أحمد بن محمد لن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، د ط، ج4،المكتبة العلمية للنشر، بيروت، لبنان،1987،ص24.

6- محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، ط2، مكتبة الكويت للنشر والتوزيع، والتوزيع، ص 8394.

- ورأيتُ بعيني رؤْيَةً، ورَأَيْتُه: رأْى العَيْن، أي حيث يقعُ البَصر عليه.[1]
- والرُّؤية في اللُّغة على ثلاث أوجه: العلمُ، والظَّنُّ، فالوجهين مجاز، والثالث رؤية العين. وهي حقيقية.[2]
- والفرق بين النَّظر والرُّؤية. أنَّ الرؤية هي إدراك المرئي، والنَّظر: الإقبال بالبصر نحو المرئي ولذلك قد ينظر ولا يراه.[3]

الفرع الثاني: تعريف حق الزيارة فقها:

اتفق الفقهاء على أنّه لكل من أبوي المحضون حق رؤيته وزيارته إذا افترقا، ولهم في ذلك تفصيل على النحو التالي:

يرى الحنفية: أنّه متى كان الولد عند أحد الأبوين، فلا يمنع الآخر من رؤيته وزيارته وتعهده إن أراد ذلك.[4]

ويرى المالكية: أنه إن كان المحضون عند أمه فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه لكي يقوم بتعليمه وتعهده، ثم يأوي إلى أمه ليبيت عندها، أما إذا كان المحضون عند الأب فللأم 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 دلك إغراء له بالعقوق، وقع الرحم، وتكلف الأم بالخروج لزيارة الابن، فالأجدر خروج الولد إليها لأن 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 لتتمكن من رؤيته.[5]

1- الحسين بن عبد الله بن سهل بن سعيد أبو هلال العسكري: الفروق اللغوية، ج1، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ص 263.

2-أبو هلال العسكري، المرجع السابق، ص 267.

3- العسكري: الفروق اللغوية، ص544.

4- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، بيروت،1992م، ص571.

5- سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي: المنتقى شرح الموطأ مالك، ط1، ج6، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999م، ص186.

ويرى الإمام أبو زهرة أنه: "ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده، ولا تجبر على إرساله، كما ليس له إن سقط حق الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ولا يجبر على إرساله إليها ".[1]

والرؤية اصطلاحًا: هي المشاهدة بالبصر حيث كان في الدنيا والآخرة حقيقة.[2]

الفرع الثالث: تعريف حق الزيارة قانونا:

تنص المادة 64 قانون الأسرة الجزائري على أنه:

" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

ما يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة عند الحكم بإسناد الحضانة.[3]

وتكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا إذ جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أنه" متى أوحيت 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 لتعهدهم لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثمّ فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[4]

وفي قرار آخر مفاده أنه:"من المستقر عليه فقها أن حق الشخص لا يقر به القانون فزيارة الأم والأب لولدهما حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه، وبدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

1- أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي،1950م، ص411.

2- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: التعريفات، ج1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، ص 105.

3- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د ط، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص385.

4- قرار المحكمة العليا غ . أ ش ملف رقم 59784 المجلة القضائية (عدد 1991/4) بتاريخ 1990/04/16، ص 126.

ولما كان ثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضي بزيارة الأم لابنها شرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقمع حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

وما تجدر الإشارة إليه في نهاية المطاف فيما يتعلق بحق الزيارة، أنَّ المشرع الجزائري لما أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما، عليه أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما ذلك (المادة 64 من قانون الأسرة)، فالمشرع الجزائري في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم وكان على القانون عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، أن يحدد معنى الزيارة والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناءا على طلب الحاضن.[2]

المطلب الثاني: مشروعية حق الزيارة شرعا وقانونا:

اتفق الفقهاء على أن لغير الحاضن حق الزيارة واختلفوا في بعض التفاصيل، لكن الذي يغلب اليوم في مجتمعاتنا الإسلامية هو التعاون في صلة الرحم عموما ومحاولة وقطعها عند افتراق الزوجين على وجه الخصوص وما أن يحصل 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 للحاضنة 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.

الفرع الأول: دليل مشروعية حق الزيارة من الكتاب

قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ . أُوْلَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعْمَى أَبْصَارَهُمْ﴾.[3]

1- قرار المحكمة العليا غ.أ ش ملف رقم 79891 المجلة القضائية عدد 1 ص 55 بتاريخ 1990/04/30.

2- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 392.

3- سورة محمد: الآية 23/22

قال ابن كثير في تفسيره "وهذا نهي عن الإفساد في الأرض عموما وعن قطع الأرحام خصوصا، بل وقد أمر الله تعالى بالإصلاح في الأرض وصلة الأرحام، وهو الإحسان إلى الأقارب في الأقوال والأفعال." [1]

وفي الآية وعيد شديد لقاطع الرحم كما علق على ذلك الطبري في تفسيره قائلا: ﴿أُوْلَئِكَ 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 بآذانهم من مواعظ الله في تنزيله، (وأعمى أبصارهم) يقول: وسلبهم عقولهم فلا يتبينون حجج الله، ولا يتذكرون ما يرون من كبره وأدلته[2].

وقال الله جل وعلا: ﴿ الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾[3].

وقال أيضا:﴿ يَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ أُوْلَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ﴾[4].

فلا يجوز منع الأم والأب من رؤية الأبناء بعد الطلاق، ففي الآيتين السابقتين وعيد مترتب على ذلك، حيث قال في الأولى: أولئك هم الخاسرون، وفي الثانية: أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار.وفي هذا الصدد يقول ابن كثير في تفسيره: " المراد به صلة الأرحام والقرابات كما فسره 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 قطعوه وتركوه. وقال مقاتل بن حيان في قوله تعالى:" أولئك هم الخاسرون " قال: في الآخرة، وهذا كما قال تعالى: "أولئك لهم اللعنة وسوء الدار. [5]

1- أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير بن زرع المعروف بن "ابن كثير": المغني، ج4، دار طيبة للنشر والتوزيع، 2002، ص 227.

2- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بـ (الإمام أبو جعفر الطبري): تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، د ط، ج1 ، دار المعارف للنشر و التوزيع، مصر، 2000م ، ص320.

3- سورة البقرة: الآية 27.

4- سورة الرعد: الآية 25.

5-ابن كثير: المرجع السابق، ج1، ص 97.

وقال سبحانه: ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾[1].

هذه الآية في سياق الرضاع، لكنها تدل بعمومها عل تحريم قصد إضرار أحد الزوجين بالآخر، ولعل من أعظم الضرر الذي يدخل في هذا النهي أن يحول أحد الوالدين دون رؤية لآخر للمحضون[2].

الفرع الثاني: دليل مشروعية حق الزيارة من السنة

ومن الأحاديث التي تدل على التحذير من قطع الرحم عموما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (خلق الله الخلق فلما فرغ منه قامت الرحم فقال: مه؟ قالت هذا مقام العائذ بك من القطيعة، فقال: ألا ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ فقالت: بلى يا رب، قال: كذلك لك) [3]، ثم قال أبو هريرة (فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(لا يدخل الجنة قاطع رحم) [4].

أما قوله صلى الله عليه وسلم: (من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) [5].

ففيه نهيٌ 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) [6].

وعن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه قال: (كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فانطلق لحاجته، فرأينا حمرة معها فرخان فأخذنا فرخيها، فجاءت الحمرة صلى الله عليه وسلم فقال: " من فجع هذه بولدها؟" ردوا ولدها إليها، إذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أشفق

1- سورة البقرة: الآية 233

2- الطبري: المرجع السابق، ص 503.

3- محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب التوحيد، ط1، حديث رقم7085، دار السلام الرياض، 1997م.

4- أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري: صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، حديث رقم:4742، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

5- محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الجامع الصغير و زيادته (الجامع الكبير) ط3، ج1، حديث رقم6412، المكتب الإسلامي للنشر و التوزيع، 1988م، ص 1136.

6- ابن كثير: المغني، المرجع السابق، ص 459.

لحال الحمرة التي فرق بينها وبين أولادها، فما بال أقوام يمارسون هذا التفريق على مستوى البشر؟[1].

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 حالها، ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها وتحمل مؤنتها، وكذا حكم الصغير المميز، والمجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه، فيكونان عند الأم ليلا ونهارا، ويزورهما الأب، ويلاحظهما بما مر"[2].

قال البهوتي:" فإن إختار أباه كان عنده ليلا ونهارا، ولا يمنع زيارة أمه، إن اختارها كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه ويؤدبه"[3].

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، إن كان المحضون ذكرا...لا يمنعه من زيارة أمه، لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم"[4].

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".[5]

1- أبو داوود: مختصر سنن أبو داوود، كتاب الجهاد، ج2، حديث رقم 20314، دار المعرفة، بيروت، 1980، ص 508.

2- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، ج3، 1994م، ص 425.

3- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم: حاشية الروض المربع، شرح زاد المستقنع، ط1، ج1، 1397، ص 630.

4- وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج17، ط2، دار سلاسل للطبع، الكويت، 1990.

5- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المجموعة الأولى، مج 21، الرضاع-الكفارات-النفقات والحضانة-الحضانة، رقم الفتوى 21102، ج21، ص 204،206.

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 للأب بحق زيارة المحضون وذلك في أوقات وأماكن محددة، وإذا بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم 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.

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، وإنما هي أمر منظم يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيا 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 فالمشرع أوجب على 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

1- سعد عبد العزيز: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للنشر و التوزيع، ص 296- 297.

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 وتقف دون ممارسة الأب أو الولي حقه في زيارة الطفل إلى حاضنته بعد انتهاء مدة الزيارة ويعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات والمتعلقة بتحويل المحضون وإبعاده عن مكان حاضنته[1].

المطلب الثالث: العناصر المؤثرة في حق الزيارة

قد يتلقى المحضون في فترة الزيارة تصرفا أو كلمة تؤثر فيه إيجابيا، وتساهم في تربيته أكثر مما يؤثر فيه الحاضن الذي يلازمه، فيلاحظ أن المحضونين يستغلون عدم وجود الأب للقيام بما يحلوا لهم، وتحس الأم الحاضنة بعجزها عن ضبطهم، وقد تكون لكلمة واحدة من الأب أثناء الزيارة القدر الكافي لحسم الموضوع وتأديب الولد، وتكون بذلك مشاركته فعلية عوض أن تكون محصورة فقط في أداء النفقة، كما أن الأم قد تمنع ولدها أثناء الزيارة حنانا يعجز الأب عن تقديمه.

وما يشهده الواقع، أنه وبمجرد الحصول على حق الحضانة، يبذل الحاضن كل ما في وسعه لمنع الطرف الآخر من رؤية أبنائه، ويسعى إلى قطع الصلة بينهم.

فكل هذا راجع إلى ظلم النصوص القانونية وغياب الصرامة في تطبيقها فنجد أن القوانين الوضعية تنص فقط على النفقة وعلى حق الزيارة إجمالا فتجعله عبارة عن مدة قصيرة، خصوصا إذا كان غير الحاضن يسافر لرؤية أبنائه مما يكبده خسائر مادية لأجل سويعات زهيدة مع أبنائه، أو يدفع به إلى ترك الزيارة أصلا، كما أنه أحيانا يتم المماطلة في تطبيق الحكم، وبالإضافة إلى أن غالب النصوص القانونية تمنع حق المبيت مما يحرم حق الحاضن من المكث مع الأطفال إذا كانوا في مدينة أخرى، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الطلب.

الفرع الأول: مسألة التخيير في رؤية المحضون

إن من المتفق عليه أن للوالدين حق زيارة المحضون ورؤيته والاطمئنان عليه، فإذا كان الصغير في يد إحدى الحاضنات من النساء، كان للأب الحق في أن يرى ابنه في هذه المدة، وليس له الحق في المطالبة بأن تنقل الحضانة إليه، وعلى الحاضنة إن تمكنه من رؤية ابنه في مكان قريب.

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

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 حقا 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 فتبق عنده ليلا ونهارا لأن تعليمها وتأديبها داخل البيت، ولا يمنع الطرف الآخر من زيارتها دون خلوة أو إطالة وإن مرضت المحضونة فأمها الأولى بتمريضها في بيتها. وإن كانت الصغيرة في يد أبيها فالأم هي التي تزورها لأن كلا منها عورة وستر البنت أولى لأن الأم لها خبرتها وعقلها بخلاف الصغيرة[3].

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 من يليه من أصحاب الحق لمدة يقدرها.

وقد أخذ القانون بحق الأم والأب والجد في رؤية المحضون إذا كان بيد أحدهم فللآخرين حق رؤيته غير أن القانون يبين تفصيلات أخرى، لا عن وقت لرؤية ولا كيفيتها أو مواعيدها[4].

1– محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة، دراسة مقارنة بين المذاهب النسبية والمذهب الجعفري والقانون، ط2، درا النهضة العربية، بيروت، 1977. 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، 2002، ص 102.

3– أبو 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.

4– محمد سمارة: المرجع السابق، ص 40.

الفرع الثاني: الأحق بزيارة المحضون ومدى إرتباطها بالسلطة الأبوية

نصت المادة 134 من القانون المدني الجزائري على أنه "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 المسئول الوحيد عن الأفعال التي يتسبب فيها ابنه الإضرار بالغير وذلك مادام يسكن معه، لكن الطلاق هو فك الرابطة الزوجية وبالتالي فإن أسندت الحضانة للأم وانتقل الطفل للعيش معها فإنه في هذه الحالة يسقط شرط المساكنة، وبالتالي تسقط مسؤولية الأب لانعدام الشرط وإن كان ذلك يتحقق مع الأم إلا أنّ الأب مازال على قيد الحياة، وبالتالي فمن منّ الوالدين يسأل في هذه الحالة إذا تسبب الطفل في الإضرار بالغير؟

رأى الأستاذ عبد العزيز سعد: " أنّ المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسئولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحقه المحضون بالغير مدة وجوده لديه. وإذا جاء أحد الوالدين المحكوم له بحق الزيارة وأخذ المحضون معه إلى أماكن أخرى، ونتج أنّ تصرف المحضون تصرف غير شرعي ألحق ضررا بالغير فإنّ المسئول عن تعويض مثل هذا الضرر سوف لا يكون هو الحاضن بالضرورة وإنمّا المسئول 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 فإنّ هذا الأخير حسب الأستاذ عبد العزيز

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

سعد مسئول إلا عن الأفعال الضارة التي يلحقها ابنه المحضون رفقته 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 مفاده[1]. "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 الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة لبعد المسافة " قرار من المحكمة العليا صادر بتاريخ 1995/11/21.

المبحث الثاني: حق الزيارة إجرائيا

الجدير بالذكر أنه في الغالب لابد من مراعاة مصلحة المحضون سواء في التشريع أو في أحكام وقرارات القضاء لكن كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان لاسيما الجزائري من جهة أو تعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى مما يصعب من مهمة القاضي. وحماية لهذا المبدأ لا بد من متابعات جزائية يسلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة ويخل بمصلحة المحضون وعليه سنتناول هذا في هذا 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.

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

المطلب الأول: تنظيم عناصر حق الزيارة

الفرع الأول: ميعاد الزيارة

تتم الزيارة نهارا أو ليلا مرة في الأسبوع بالنسبة للأم ومرة في كل شهر بالنسبة لغيرها وعند التنازع يقوم القاضي بتحديد الرؤية أو مكانها.

يعين موعدا دوريا أو مكانا مناسبا ويكلف من عنده بإحضار الولد ليراه الطرف الآخر وإن 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 قدم 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 حضانة 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 بمحضونها بأن يختلف إليه في كل 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 للأم الحق في رؤية أولادها الصغار كل يوم مرة وأولادها الكبار كل أسبوع مرة[2].

وعند الحنفية تكون زيارة المحضون كل أسبوع مرة للأم ومرة في كل شهر بالنسبة لغير الأم ويشترط أن تتم الزيارة نهارا لا ليلا.

1– أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 250.

2– أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 194–196.

أما عند الشافعية والحنابلة فالمطلوب عدم 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 فللآخرين حق رؤيته غير أن القانون لم يبين تفصيلات أخرى لا عن وقت الرؤية ولا كيفيتها أو مواعيدها.

ونجد أن المشرع الجزائري تحدث عن حق الزيارة في مادته64 من قانون الأسرة الجزائري ولكن لم يحدد موعد الزيارة[1].

الفرع الثاني: زيارة المحضون ونقله إلى بلد آخر

إنَّ لكلا الأبوين حق في المحضون، فلأم حق حضانته ولأب رعايته وتأديبه ولابد من اصطدام هذين الحقين عند السفر الحاضن بالمحضون أو نقله إلى محل إقامة جديد.

فأي الحقين يقدم إذا أراد الأب السفر أو أرادت الأم أو غيرهما من الحواضن للسف به 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 [2].

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.

1- محمد سمارة: المرجع السابق، ص 41.

2- أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 257.

أما إذا كان المحضون بيد حاضنته وأراد أن يأخذه منها أبوه ليسافر به فليس له ذلك.

وتكون الحضانة المقيمة أحق بحضانته منه لأن الخروج بالولد قبل الاستغناء عن النساء اضطرارا بالحضانة بإبطال 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 أم بعيدا.

وإذا خرج الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده إن كان قد أخرجه بإذنهما لا يلزم له ردهما بل يقل لها اذهبي وخذيه، وإن كان بغير إذنها لزم رده كما لو خرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده[1].

ثالثا: انتقال غير الأم

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمة، فليس لها الحق بالانتقال إلى بلد غير بلد أبيه إلا بإذنه، فإذا فعلت ذلك كان للأب أولوية إذا لم يكن الأب موجودا أن يمنعها من ذلك سواء كان البلد قريبا أو بعيدا وطننا أصليا أولا. لأن المعنى من أجله أبيح للأم الانتقال بالولد وهو العقد عليها وهنا لا يوجد عقد[2].

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 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 وإن كان المحضون يفضل الذهاب مع حاضنه المسافر لأن في السفر تغريرا 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.

1- أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 195.

2- محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 259.

وإذا انتقل الأب والأم إلى بلد واحد فإن الحضانة تبقى على حالها، وكذلك إذا افترقا ثم اجتمعا في بلد واحد فإن الحضانة تعود إلى الأم من النساء تقوم مقامها، وغير الأب من العصبات يقوم مقامه[1].

الفرع الثالث: حق الزيارة المؤقتة

لقد نصَّ المشرع الجزائري على حق الزيارة في الشطر الثاني من المادة 64 من قانون الأسرة على أنه " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وهذا يعني أنّ القاضي عند حكمه بفك الرابطة الزوجية يحكم أولا بإسناد الحضانة إلى صاحبها سواء أكانت الأم أو غيرها لكن غالبا تكون الأم باعتبارها الأولى رعاية لمصلحة المحضون، بعدها يحكم تلقائيا بحق الزيارة للطرف الآخر حتى ولو لم يطلب منه ذلك فإذا حكم مثلا بإسناد الحضانة للأم يحكم تلقائيا بحق الزيارة للأب لتمكنيه من رؤية ابنه المحضون المبعد عنه، وتكون الزيارة لأوقات محددة وبأماكن معينة في نفس الحكم غير أنّ المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم الزيارة ولا شروطها ولا حتى الحالات التي تسقط فيها، كما أنه لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب زيارة المحضون فهل هي حق ممنوح للوالدين فقط دون غيرهما كالجد والأعمام مثلا؟ وقد استقر القضاء على إعطاء حق الزيارة عن طريق القضاء الاستعجالي بصفة مؤقتة إلى أحد الوالدين الذي يحضن الولد وهذا راجع إلى تعسف أحدهما في استعمال حق الحضانة ومنعه للطرف الآخر من رؤية أبنائه، خاصة أنّ قضايا الموضوع المتعلقة بالزواج والطلاق كثيرة وعادة ما تطول إجراءاتها وتستغرق فترة طويلة المر الذي يحول معه دون رؤية الأبناء[2]. جرى العمل في محاكمنا في قضايا الزيارة المؤقتة أن يفصل فيها قاضي الاستعجال وذلك بناءا على طلب زيارة مؤقتة يرفع أمامه بمقتضى عريضة افتتاحية وفقا لأحكام المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية. وتثور بشأنه منازعة قضائية وبعد تأكد القاضي من صحة الادعاءات واستنباط عنصر الاستعجال من وقائع القضية فإنه يصدر أمرا استعجاليا بحق الزيارة المؤقتة إلى حين الفصل في أصل النزاع وهو ما جرى به العمل بمحكمة عين تيموشنت التابعة لمجلس قضاء بسيدي بلعباس باعتبار أمر الزيارة المؤقتة ليس أمر ولائي وإنما هو أمر قضائي يدخل في اختصاص رئيس المحكمة.

1- محمد سمارة: المرجع السابق، ص 403- 404.

2- فضيل يعيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د ط ،2007- 2008، ص 63.

في حين أنّ بعض المحاكم سلكت طريقا آخر حيث يفصل في قضايا الزيارة المؤقتة قاضي الموضوع وهو قاضي شؤون الأسرة وهذا عملا بنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي جاء بها المشرع في التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري حيث يصدر هذا الأخير أمرا على ذيل عريضة بناءا على طلب المدعي طالب الزيارة المؤقتة وهو ما يجري به العمل بمحكمة بومرداس منذ 2005 وسوف نعرض بعض التطبيقات القضائية في هذا الخصوص والصادر عن المحاكم السالفة الذكر، بعدها نحاول المقارنة بين الأمرين المتعلقين بحق الزيارة المؤقتة لدينا الأمر الصادر عن محكمة عين تيموشنت التابعة لمجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2008/02/13 تحت رقم 08/13 والقاضي بمنح المدعوة (ي،ن) حق زيارة ابنها المدعو (ب،ع) وذلك كل يوم خميس ابتداء من الساعة 10 صباحا إلى غاية 11 مساءا مع إرجاعه وتسليمه لأمه عند نهاية كل زيارة.

باستقراء هذا الأمر نجد أنه يصدر عن رئيس المحكمة بصفته قاضي الاستعجال وصاحب الولاية العامة للقضاء الاستعجالي أي أنّ القاضي هنا يستند إلى المادة 183 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية التي تعطي له الاختصاص للفصل في قضايا الاستعجال. أي أنّ طلب الزيارة المؤقتة هو طلب يرفع من قبل أحد الوالدين إلى القضاء الاستعجالي 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 أولولية 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 لعلة أنه غير مستعجل هو خطأ في تصنيف الأمور المستعجلة[1].

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك وأكدت بأنه يجوز إصدار أمر استعجالي فيما يخص الزيارة حيث جاء قرارها المؤرخ في 1990/04/30 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم 79891 المنشور بالمجلة القضائية بالعدد رقم 1992/01 على أنه إذا كان

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

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 لزمن محدد ثم يرجع الولد لحاضنه[1]. ولدينا كذلك أمر على ذيل الصادر عن محكمة تعنيف التابعة لمجلس قضاء معسكر بتاريخ 16 /2008/11 تحت رقم 08/914 والذي قضي بإعطاء حق الزيارة المؤقتة لزوج يومي الخميس والجمعة من الساعة 10 صباحا إلى غاية 18 مساءا إلى حين الفصل في الدعوى المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة تحت رقم 08/600 [2].

باستقراء هذا الأمر نجد أنه صادر عن رئيس المحكمة بصفته صاحب الاختصاص في القضاء الاستعجالي وأن الأوامر الولائية تدخل أيضا في اختصاصه كرئيس محكمة استنادا إلى نص المواد 172-173 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 2008/03/05 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 بناءا 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 المتقاضي بسرعة الفصل في الطلب المرفوع أمامه بدلا من تقديمه لرئيس المحكمة الذي يعرف مكتبه عملا واكتظاظ كبير في القضايا وهو المبدأ الذي تبناه وأيده بعض القضاة على مستوى محاكمنا ويجدر بنا أن نشير بأنّه في حالة إغفال القاضي الفاصل في النزاع الأصلي الفصل في منح

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

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

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

حق الزيارة لمن هو أحق بها فإنه يجوز للمتقاضي أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال لمنحه وتحديد ميقاته[1].

المطلب الثاني: دعاوى الحضانة الجزائية

تشهد قاعات المحاكم العديد من القضايا بسبب خلافات حول الحضانة، ورغم أن من لا تحق له حضانة الطفل يمنحه قانون الأسرة حق مشاهدة أبنائه، إلا أن البعض منهم يلجأ للانتقام من الطرف الآخر عن طريق خطف الأولاد وإخفائهم. فرعاية الطفل تقتضي احترام حق من تهم المطالبة برعايته أو بحضانته أو أمنه، لأن حق الزيارة يتمتع به خاصة الوالدين، وفي حالة منع أحد الأولياء للآخر من رؤية أبنائه فإن هذا التصرف يؤدي إلى إحداث عقبة مادية لإزالتها لا بد من منازعة قضائية، وبالمقابل تستلزم معاقبة عدم تسليمه لمن له الحق فيه قانونا أو انتهاكا لحكم قضائي، أو إخفائه مع العلم بحالة خطفه وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب:

الفرع الأول: جريمة الامتناع عن تسليم طفل لحاضنه

وهي الصورة المنصوص عليها والمعاقب عليها في المادة 328 من قانون العقوبات، وتقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية وركن مادي ومعنوي [2].

أولا: الشروط الأولية

1- المحضون القاصر: في مفهوم المادة 40 ق.م هو الشخص الذي لم يكمل التاسعة عشر من عمره أي سن الرشد، لكن مادام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة وتحديدا إلى نص المادة 65 من قانون الأسرة، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور والثامنة عشر للإناث.

لكن سواء حدد عمر القصر بست أو ثماني عشر سنة، كما جاء في قانون الأسرة أو تسع عشر سنة، كما جاء في القانون المدني، فإن للقاصر إرادة خاصة قبل تمام هذا السن وقد أخذها المشرع بعين الاعتبار في تقدير العقوبة الجزائية وهو ما يزيد الموضوع تعقيدا[3].

1- طاهري حسين: قضاء الاستعجال فقها وقضاءا، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، د ط، 2005، ص 35.

2- سعد عبد العزيز: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص124

3- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص-الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003م، ص174

2- حكم قضائي: لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، ويتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، ولكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل.

وهكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف [1].

ويكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو أثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا.

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادر عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادر عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي فإنه لا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه وممحورًا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 325 من قانون الإجراءات المدنية، أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية.

3- الحضانة: الحضانة هي الرعاية التي يعطيها القاضي لأحد الزوجين إثر دعوى الطلاق فقد يمنحها القاضي للأم كما هو الحال غالبا، وقد يمنحها للأب إذا توفر ما يبرر ذلك في ملف الطلاق، لكن من المعمول به قضاء أن للزوج الذي يحرم من الحضانة حق الزيارة، وهذا الحق يتمثل عادة في أخذ الطفل يوم الجمعة (لأنه يوم عطلة أسبوعية في الجزائر)، وفي الأعياد الوطنية والدينية من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة السادسة مساءا فنص المادة 328 يطبق على من له حق الحضانة إذا امتنع عن تمكين الطرف الذي له حق الزيارة من حقه، كما يطبق على من له حق الزيارة إذا امتنع عن إرجاع الطفل إلى حاضنه بعد انتهاء أجل الزيارة، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين حق الحضانة وحق الزيارة، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها، وبهذا الرأي يعمل القضاء في فرنسا. [2]

1- المحكمة العليا: الغرفة الجزائية، ملف رقم 132607 مؤرخ في 1996/06/16.

2- دردوس مكي: القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص150.

ثانيا: عناصر الجريمة:

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته، وهو إن كان يعتبر موقفًا سلبًا من الممتنع، إلا أنّه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، ولولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، أو متابعة المتهم ولا معاقبته بشأنها والامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ إضافة إلى ذلك يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه، ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل.

وعليه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين وتحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده أو عمه، وأنه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثاني وهو أمه مثلا أو خالته أو جدته، وعند القيام بإجراءات التنفيذ اعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم وامتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرر امتناعه بمبرر شرعي أو قانوني، فإنه يقع تحت طائلة هذه الجريمة[1].

وبالإضافة إلى ذلك يجب توفر الركن المعنوي في هذه الجريمة فهي تقتضي توافر قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم، وتطرح هذه المسألة عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه.

وقد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، وقضي بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا ولا عذرا قانونيا [2].

وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر حكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا على ذلك بترخيص من المحكمة لمدة معينة لا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك عندما قالت أنه:

«متى كان مؤدى نص المادة 328 من قانون العقوبات هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته

1- دردوس مكي: المرجع السابق، ص151-152.

2- أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص176.

بموجب حكم، إلى من له الحق في المطالبة، ومن ثم فإن أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.» [1].

كما أنه حسب نص المادة 328 قانون العقوبات: تعاقب على جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000دج.

وتأخذ جريمة عدم تسليم طفل عدة صور أهمها: اختطاف المحضون من حاضنه والامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

الفرع الثاني: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

تشترك هذه الجريمة مع الجريمة السابقة في الموضوع والهدف، إضافة إلى ذلك اشتراكهما في الخضوع إلى عقوبة موحدة، فالهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون والحاضن، ولقيام هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

1- العنصر المادي للاختطاف:

إنَّ العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور أو عدة حالات، وكل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وهذه الصور أو الحالات هي صورة اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته، وصورة اختطافه من الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيه مثل: المدرسة، دار الحضانة وما شابههما، وصورة تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من الأسباب، ولا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة وهي إتمام اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير [2].

وإذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم أو الخالة أو الجدة، فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته وبناءا على طلبه يعتبر فاعل أصلي، وأن الشخص الذي وقع حمله على الخطف أو الإبعاد ونفذ ما طُلب منه يكون شريكا في الجريمة.

1- المحكمة العليا-الفرقة الجزائية، نشرة القضاء- العدد 4 لسنة1986، ص39 قرار مؤرخ في 1982/10/12.

2- سعد عبد العزيز: المرجع السابق، ص126.

2- عنصر توفر الحكم القضائي:

سبق الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة أيضا، وذلك نظرا إلى أن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضانته وحق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ [1].

3- عنصر القصد أو النية الجرمية:

يعد من الأركان العامة المطلوب توفره في كل سلوك إجرامي، ويمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية، ولهذا فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون مباشرة ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعد عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه وإبعاده، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف ولا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، وتبقى النية هنا مفترضة ومستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة وتحديه له، وما عليه لكي يفلت أو ينجوا من المتابعة والعقاب إلا أن يثبت حسن نيته وعدم توفر عنصر القصد السيئ، ولا فعل الاختطاف أو الإبعاد. [2]

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

أولا: مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة:

من خلال قراءة نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر، ومن خلال قراءة الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط، الواقع بين الجزائريين والفرنسيات[3]، نلاحظ أن المادة 07 من الاتفاقية جاء فيها: «أن الوالد الحاضن سيتعرض للمتابعات الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيها بين حدودهما عندما يكون هذا الحق قد منح للوالد الآخر بمقتضى قرار قضائي، ويتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليميا أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري،

1- أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص 174-175.

2- نبيل صقر: الوسيط في جرائم الأشخاص، د ط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م، ص215-216.

3- وقعت المصادقة على هذه الاتفاقية في 26 يوليو 1988، بموجب مرسوم رقم 88-144.

ويباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى عن الطرف الآخر.»

ومنه إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بعدم تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والكيفية والمكان التي حددهما الحكم التام، فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة.

ثانيا: عناصر جنحة رفض حق الزيارة:

لقيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل قضي في شأن حضانته إلى من له الحق في المطالبة به، وجوب توافر العناصر التالية:

1- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حاز لقوة الشيء المقضي به.

2- أن يكون هذا الحكم قد قضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.

3- أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه، ومنه إذا توافرت هذه العناصر أو الشروط مجتمعة فإن الطرف الممتنع يكون قد ارتكب جنحة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له حق زيارته واستحق المتابعة والعقاب[1].

المبحث الثالث: أبرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة

أدّى التطور السريع الذي شهدته الحياة البشرية في الآونة الأخيرة إلى ظهور جملة من المشاكل العملية في موضوع الحضانة هذا من جهة، كما يمكن إرجاع هذا النقص إلى قصور التشريع من جهة أخرى، فيمكن حصر أهم الإشكاليات التي تصادف القضاة في عملهم في إشكالية الزواج المختلط وتأثيرها على المحضون، وكذلك إشكالية مراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي وكيفية تقديرها. وهذا ما سنحاول معالجته بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط

إنّه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها خاصة إذا كان الزواج مختلطا. لذلك تسعى أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع

1- أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص159

حلول لبعض المشاكل التي تعتري الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال لأنه يكون الأطفال هم الضحايا لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات، ومن أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر "إتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا والجزائر" والموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 144/88.غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين وأجانب لا تكون بين دولتهم وبين الجزائر معاهدة. ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري.[1]

لذلك نتناول موضوع الزواج المختلط في الفرعين الآتي ذكرهما:

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر(الاتفاقية الجزائرية الفرنسية)

تعتبر النسبة الغالبة من المهاجرين الجزائريين يتوجهون إلى فرنسا وهذا يرجع إلى أسباب تاريخية، حيث نتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، إلا أن هذه الزواجات لم تثمر كلها، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط، أبرمتا اتفاقية في 21 يونيو 1988م تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم وكذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مراعاة لمصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى وسعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين، سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية.[2]

من بين الإلتزامات ما ورد في المادة 06 من الاتفاقية والتي تنص في فقرتها الأولى:"يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودهما كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة. وهو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ ومن بين المشاكل التي قد نتصاف معها هي أنه عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر، ورغم معالجة الاتفاقية الثنائية

---

[1]– زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري–تنازع القوانين– ج1، ص 127.

[2]– الإتفاقية الجزائرية الفرنسية: المرجع السابق، المادة 1.

لمشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة. فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن،ورغم ما نوهت عليه الاتفاقية في مادتها:11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة، لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، وذلك لعدم قبول الأوامر من دول أخرى وتنفيذها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.[1]

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية والعكس صحيح إن تم عرض القضية في فرنسا، وهو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها.[2]

وعليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص. وهذا يعني أنه تم الرجوع إلى حالة عدم وجود اتفاقية، وذلك ما سوف يتم التطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.

قد يحدث في حالة الزواج المختلط وقوع تنازع بين القوانين حول أي القانونين يطبق الوطني أو الأجنبي؟ ولحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من القانون المدني الجزائري، وقد تطرق في المواد من 10 إلى 16 إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.[3]

وفي النظام القانوني الجزائري لم يعرف المشرع المقصود بالأحوال الشخصية لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة، ولكن يفهم من مضمون قانون الأسرة والديباجة الوارد في المشروع التمهيدي المقترح من طرف الحكومة والمقدم إلى المجلس الشعبي الوطني في: 1981/09/19م حيث تعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا من خلال إحلال الزواج. وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 التي تنص: " أنه يسري على إحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ". أي أنه في حالة

---

[1]– الاتفاقية الجزائرية الفرنسية: المرجع السابق المادة 11.

[2]–قرار المحكمة العليا: ملف رقم 91671، بتاريخ 1993/06/23م– م.ق 1994، ص 72.

[3]– الطيب زروتي: المرجع السابق، ص126.

ما إذا كان هناك بين زوجين من جنسية مختلفة. أن الزوج الآخر لم تبرم دولته إتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى. وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لا سيما المادة 99 منه بل أنه حتى إن كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني.[1]

وإذا رجعنا إلى نص المادة 12 من القانون المدني في فقرتها الثانية نجدها قد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى في حين أن الأمر تعقد عند نص المادة 13 من القانون المدني.أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى ك[2]ان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري، لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة.

المطلب الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالهما يستطيع القاضي حماية الطفل ورعاية مصالحه، وأهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة ومراعاة مصلحة المحضون، وقد لقيت هذه القاعدة إهتمام كبير من طرف المشركين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوئها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية .

وعليه نحاول تحديد معنى هذه القاعدة وما إعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة وإلى إي حد يقوم القاضي بتقدير هذه المصلحة .

الفرع الأول : معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون :

إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة فإنهما بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة ، فالمشرع الجزائري أحكام قانون الأسرة

---

[1]– سليمان علي علي: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1989، ص135.

2– قرار المحكمة العليا: المجلة الجزائرية – سنة 1993– العدد الرابع، ص 952.

من الشريعة الإسلامية وهذا ما جاء في نص المادة 222 منه إذا لم يجد نصا قانونيا في مسألة ما[1]، فمن أهم الخصائص و المميزات لهذه القاعدة :

أ–أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية وشخصية بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى وعلى هذا الأساس ينظر القاضي إلى كل طفل على حدى ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل حديث العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السادسة أو السابعة من العمر.

ب–قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة، بل هي قابلة للتغير فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في زمان آخر.

في حين أنه يحكم هذه القاعدة عنصران أساسيان :

أولهما : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية

ثانيهما :ت حقيق الأمن والإستقرار النفسي والعاطفي للطفل[2].

وهي العناصر التي إحتكم إليها القضاء الجزائري، وذلك كما ورد في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18م تحت رقم :153640: أنه من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح من مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون[3].

كما أنه يفهم من نص المادة 64 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري أورد قاعدة مراعاة مصلحة المحضون عندما رتب مستحقي الحضانة جعل الأم هي الأولى بحضانة الولد لكن ربط في الأخير الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون ، ويكون التقدير لهذه المصلحة من قبل القضاة حيث جاء في إختصاصات المحكمة العليا بالإضافة إلى قرارات مجلس قضاء المدية عرفت الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/06/08تحت رقم : 2002/101

وحيث أنه ردا على الطلب فإن الحضانة هي حق للمحضونين شرعا وقانونا وأن مصلحتهم هي التي تقرر الإناطة، وطالما أن الام أولى بها من غيرهما لأنهما أعرف وأرأف و أصبر بالمراعاة

1– موسوعة الفكر القانوني : العدد الرابع ،ص99.

2– حسيني عزيزة : الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، رسالة الماجستير ، جامعة الجزائر – بن عكنون ،2001،ص –ص76–78.

3– المجلة القضائية لإجتهادات المحكمة العليا –العدد الأول ، 1997، ص39.

والتربية من غيرهما، فكان عندئذ حكم المحكمة سليم عندما أسندهما إليها تماشيا و أحكام الشرع في ذلك[1].

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

رأينا أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار ومهما كانت العواقب، غير أن مراعاة هذه المصلحة أعطيت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، وكما أن هذه السلطة تختلف بنسبة تقديرهما من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بهما مما قد تؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة[2]، وحتى يستطيع القاضي تكوين قناعة التامة وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل من خلالهما يقدر ويصدر حكمه ومن ذلك :

أ-التحقيق والمعاينة : للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم ، وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون ، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون، ولقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية وهذا بأن يطلب أحد الأطرف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة وكما سبق الذكر في إحدى قرارات المحكمة العليا تبيين أن القاضي اعتمد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة للأب مراعيا في ذلك مصلحة المحضون [3].

ب-انتقال القاضي للمعاينة: وهذا إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك، والوسط الذي يعيش فيه المحضون، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها .

ج-الاستماع إلى أفراد العائلة: للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه وهذا عملا بأحكام المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء أو الأطفال المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم ، بالإضافة إلى أنه قد تدل شهادتهم بنوع من

1- المحكمة العليا قرار رقم :178086بتاريخ 1997/12/23نشرة القضاء العدد56سنة 1997، ص33

2- قرار المحكمة العليا : رقم178086بتاريخ 1997/12/23، السابق ذكره

3- قرار المحكمة العليا : رقم 153640بتاريخ 1997/12/18، السابق ذكره .

الخوف أو تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الأصوب ، كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الاكتراث[1].

1- حسيني عزيزة، المرجع السابق، ص 86.

خاتـــــــــــمة

من خلال دراستنا لموضوع الحضانة، وجدنا أنها من المواضيع الحساسة والدقيقة والمعقدة أيضا، ذلك لأنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون.

- ✓ فما يمكن ملاحظته من خلال إستقرائنا لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وبالتحديد في الشطر الثاني منها على أنها تنص: (وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)، فالمشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة، لم يحدد معناها ولا الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط هذا الحق بناءا على طلب الحاضن.
- ✓ كما جاء في نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بإعطاء صلاحيات لرئيس المحكمة للفصل على وجه السرعة في مسائل الحضانة، فإن كان حكم القاضي نهائيا لا بد أن يذيل بالصيغة النهائية ويجب تنفيذه على وجه الإستعجال مراعاة لمصلحة المحضون.
- ✓ نلاحظ أن الفقه خلافا على قانون الأسرة الجزائري قد أعطى تفصيلات أكثر بخصوص حق الزيارة قد يلجأ إليها القاضي في حالة الفراغ القانوني و إسنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة أي ما نصت عليه الشريعة الإسلامية.
- ✓ أوجب الفقهاء على أن تكون هناك آداب لحق الزيارة كأن تكون متباعدة في حدود المعقول، وأن لا يكون تكرارها إلا في حالة الضرورة.
- ✓ أن الفقهاء حددوا مواعيد لهذه الزيارة، كما اتفقوا على أن للمسافة تأثير في مسألة زيارة المحضون من قبل والديه وهو ما تحدث عنه الفقهاء حيث نظروا إلى مصلحته واتفقوا على أن تكون المسافة قريبة لا بعيدة، بحيث يمكن للأب زيارة الصغير و الإطلاع عليه والقيام بشؤونه على أحسن وجه.
- ✓ كما أنه من الواجب كذلك ضمان المحضون وقت الزيارة لأنه يعد أمانة في يد من يقوم بحضانته سواء كان الأب أو الأم أو أي جهة أخرى، فإن الطفل المحضون يستلزم له من الحاضن حفظه عما يضره سواء كان في وقت الزيارة أو غيرها.

- ✓ أن القضاة غالبا ما يحكمون في مسائل زيارة المحضون عن طريق إجتهاداتهم والتي توافق ما ذهب إليه الفقهاء.
- ✓ يستلزم أن لا يصادم حق الرؤية حقا للصغير لأن القاعدة عند الفقهاء وعند القضاء أيضا أن تراعى مصلحة الصغير قبل مصلحة والديه. وأن هذه الزيارة هي إجبارية وليست إختيارية، ولا بد أن يحدد للزيارة مكان غير مراكز الشرطة وذلك مراعاة لمشاعر وأحاسيس الطفل.
- ✓ لا بد من أن ينص القاضي في الحكم على أن المستلم للطفل المحضون يلزمه إرجاعه بعد نهاية الزيارة وذلك فيه تخفيف في المحاكم من إقامة دعاوى أخرى في حالة عدم رجوع الطفل المحضون إلى حاضنه.
- ✓ وظف المشرع الجزائري لفظ "زيارة" في مواده وأحكامه المتعلقة بحق الزيارة ومقارنة بالكتب الفقهية نجد أنها توسعت في شرح هذا الحق بلفظ مغاير وهو"الرؤية". ومن خلال المقارنة بين التعريف اللغوي للزيارة والرؤية نجد أن حق الزيارة يحمل في معناه الرؤية، وبالتالي فالزيارة والرؤية أمران متلازمان فكلاهما أمر واحد.
- ✓ ينظم حق الزيارة اتفاقا وإذا تعذر ذلك نظمها القاضي على ألا تتم في مكان يضر بالصغير نفسيا. لذلك كان من الواجب على المشرع الجزائري أن يلزم الهيئات العامة بتوفير مراكز مخصصة ومهيئة نفسيا لفائدة الطفل لممارسة حق الرؤية بما يقتضيه الشرع وما يوفره القانون من حماية لمصلحة الصغار بالدرجة الأولى، ونظام الأسرة عامة.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء: .....

مـــحكمـــة: .....

حـــــكـــم

القســـــــم: .....

بالجـــلســـــة العلنـــية المنعقـــدة بمقـــر محكمـــة .....

بتاريخ: .....

برئـــاسة الســيد (ة): ..... قاضي

رقم الجدول: .....

وبمساعدة السيد (ة): ..... أمين ضبط

رقم الفهرس: .....

وبحضور السيد (ة): ..... وكيل الجمهورية

تاريخ الحكم: .....

صـــــــــدر الحكـــــــــــم الآتـــــــــــي بيـــــــانـــــــه

مبلغ الرسم/ 300دج

بين السيـــــــد (ة):

1) ..... مدعـــى حـــاضر

العنوان: .....

المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):

بيـــــن/ **ضـــــــــــد/**

1) ..... مدعى عليه حـــاضر

.....

العنوان: .....

المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة):

وبيـــــن/

2) السيد/ وكيل الجمهورية حاضر حاضر

.....

**** بيـــــــــــــــان وقـــــــــائع الـــــــدعـــــوى ****

السيد/ وكيل الجمهورية

بموجب عريضة افتتاحية للدعوى موقعة ومودعة لدى أمانة ضبط محكمة أولاد جلال قسم شؤون الأسر بتاريخ 2014/01/13 تحت رقم 54 أقام المدعي ..... المباشر للخصام بواسطة الأستاذ ..... دعوى قضائية ضد المدعى عليها .....بحضور السيد وكيل الجمهورية جاء فيها أنه تزوج بالمدعى عليها بموجب عقد زواج عرفي والذي سجل بحكم بتاريخ 2007/12/05 ببلدية.....، ونتج عن هذا الزواج إنجاب إبنين، مضيفا أن الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة ووصلت لطريق مسدود رغم كل محاولات الاستمرار لذا لم يبقى له سوى إلتماس الحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بينه والمدعى عليها وعلى مسؤولية الزوج وإسناد حضانة الإبنين لوالدتهما على نفقة والدهما بمبلغ 2000دج لكل واحد منهما.

أجابت المدعى عليها بواسطة محاميها الأستاذ .....بمذكرة جاء فيها أنها فعلا يربطها بالمدعي علاقة زواج شرعية وأنجبا الإبنين، وأنها كانت تأمل في زوج يقدر الحياة الزوجية إلا أنه كان يعاملها بقسوة ويهملها كما أنه كان يهجرها وبقيت صابرة أمام هذه التصرفات لعله يراجع نفسه لكنه قام بطردها وأبنائها من بيت الزوجية وتركهم في إهمال منذ سبتمبر 2013 وبدون نفقة بالإضافة إلى أنه هو من يتحمل مسؤولية الطلاق كونه لم يقدم أي سبب جدي لفك الرابطة الزوجية لذا تلتمس تحميل المدعي مسؤولية الطلاق وبحسبه إلزامه بدفع مبلغ 300.000دج تعويض، وإلزامه بتمكينها من نفقة عدة بمقدار 60.000دج وتمكينها من نفقة إهمالها وابنيها بمبلغ 8000دج تسري من تاريخ 01/09/2013 لغاية

النطق بالحكم مع شمل بالنفاذ المعجل وإسناد حضانة وولاية الأبناء لامهم وعلى نفقة والدهم بواقع 8000دج شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم لغاية سقوط الحضانة قانونا أو قضاء وإلزام المدعى عليه بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجار شهري بواقع 15000دج يسري إلى غاية سقوط الحضانة قانونا أو قضاء وتمكين المدعى عليها من المنح العائلية وتحميل المدعى عليه المصاريف القضائية.

ورد المدعي بواسطة دفاعه الأستاذ ..... أنه يتمسك بطلباته السابقة وأضاف خفض مبالغ التعويض ونفقة الأبناء للحد المعقول وفقا لمقدوره وأنه يقدم للمدعى عليها بيت الزوجية من أجل ممارسة الحضانة.

وعقبت المدعى عليها بواسطة دفاعها الأستاذ..... تمسكت بسابق طلباتها وأضافت أنها وضعت مولودتها المسماة..... مؤخرا بتاريخ 2014/02/13 لذا تلتمس إسناد حضانها وولايتها لأمها على نفقة والدها بواقع 8000دج تسري من تاريخ ميلادها لغاية سقوطها قانونا أو قضاء وإلزام المدعى بتمكينها من مصاريف الوضع والعلاج بمبلغ 100.000دج.

- بعد أمر المحكمة الطرفين بالحضور الشخصي بتاريخ 2014/03/18 و2014/04/01.
- وتم عرض الملف على ممثل النيابة العامة والذي التمس إجراء عدة محاولات صلح.
- عندها وضعت القضية في النظر للفصل فيها طبقا للقانون.

**** وعليـــــــــــــــــــه فـــــــــــإن المحكـــــــــــــــمة ****

- بعد الاطلاع على عريضة افتتاح الدعوى والوثائق المرفقة والمذكرات الجوابية.
- بعد الاطلاع على المواد 13، 14، 15، 16، 17، 18، 19، 272، 275، 419، 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد الاطلاع على أحكام المادة 3 مكرر، 48، 49، 52، 57، 58، 61، 72، 74، 75، 78، 79، و80 من قانون الأسرة.
- بعد الاطلاع على التماسات ممثل النيابة العامة.
- بعد النظر قانونا.

في الشكـــــــــــــل:

حيث أن الدعوى جاءت مستوفية لكافة الشروط الشكلية والأوضاع القانونية مما يتعين التصريح بقبولها شكلا.

في الموضـــــــــــوع:

-حيث أن المدعي رافع المدعى عليها والتمس من خلال دعواه فك الرابطة الزوجية بينهما عن طريق الطلاق على مسؤوليته وإسناد حضانة الابنين لأمهما على نفقته بمبلغ 2000دج وخفض مبالغ التعويضات للحد المعقول وتحميلها المصاريف القضائية.

-حيث أن المدعى عليها أجابت والتمست تحميل المدعى مسؤولية الطلاق وبحسبه إلزامه بدفع مبلغ 300.000دج تعويض، وإلزامه بتمكينها من نفقة عدة بمقدار 60.000دج وتمكينها من نفقة إهمالها وابنيها بمبلغ 8000دج تسري من تاريخ 01/09/2013 لغاية النطق بالحكم مع شملها بالنفاذ المعجل وإسناد حضانة وولاية الأبناء لأمهم وعلى نفقة والدهم بواقع 8000دج شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم لغاية سقوط الحضانة قانونا أو قضاء أما نفقة البنت .....تسري من تاريخ ميلادها الموافق 2014/02/13 لغاية سقوطها قانونا أو قضاء وإلزام المدعى عليه بتوفير مسكن ملائم لممارسة

الحضانة أو دفع بدل إيجار شهري بواقع 15000دج يسري إلى غاية سقوط الحضانة قانونا أو قضاء، وإلزام المدعي بتمكين المدعى عليها من مصاريف الوضع والعلاج بمبلغ 100.000دج وتمكينها من المنح العائلية وتحميل المدعي المصاريف القضائية.

-حيث أن ممثل النيابة العامة التمس إجراء عدة محاولات صلح.

-حيث أن موضوع الدعوى يتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة.

-حيث أنه من الثابت للمحكمة أن طرفي الدعوى تربطهما علاقة زواج شرعية بموجب عقد مسجل لدى مصالح الحالة المدنية لبلدية رأس الميعاد بتاريخ 2007/12/05 تحت رقم 73 ونتج عن قرانهما الأبناء....و.....و..... حسب ما توضحه وثائق الحالة المدنية المرفقة.

-حيث أمرت المحكمة الطرفين بالحضور الشخصي من أجل إجراء محاولة الصلح بينهما طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة لعدولهما عن الطلاق بتاريخ 2014/03/18 وبتاريخ 2014/04/01 أين تغيب الطرفين في محاولة الصلح الأولى وحضر المدعى في الثانية أين صرح أنه متمسك بطلبه الرامي إلى الطلاق بسبب عدم طاعة المدعى عليها له وخروجها عن أوامره، وأنها ببيت أهلها منذ ثلاثة أشهر ولا ينفق عليها منذ ذلك الوقت وأنها لم تأخذ كل متعها، وتغيبت المدعى عليها، ليحرر محضر بذلك أرفق بإجراءات الدعوى.

-حيث من المقرر شرعا أن العصمة بيد الزوج والطلاق حق إرادي له، يستطيع أن يمسك أو يسرح متى شاء، مما يتعين معه الاستجابة لطلب المدعي والقضاء بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بالطلاق بالإرادة المنفردة.

-حيث أن المدعية التمست تمكينها من مبلغ 300.000دج كتعويض عن الطلاق التعسفي.

-حيث من الثابت قانونا للمادة 52 من قانون الأسرة أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

-حيث وبالرجوع لقضية الحال المدعي لم يقدم أسباب جدية لطلبه بفك الرابطة الزوجية ولم يثبت للمحكمة أن الزوجة قامت بخرق واجباتها الزوجية المقررة شرعا وقانونا، مما يجعل طلب المدعي عليها بالتعويض عن الطلاق التعسفي مؤسس ويتعين الاستجابة له مع رده للحد المعقول.

-حيث أن المدعى عليها التمست تمكينها من مبلغ 60.000دج نفقة عدة.

-حيث من الثابت قانونا طبقا للمادة 61 من قانون الأسرة أن للزوجة المطلقة الحق في نفقة العدة، وهو حق مقرر شرعا مما يتعين معه الاستجابة لطلب المدعى عليها وتمكينها من نفقة العدة مع خفض المبلغ المطالب به للحد المعقول.

-حيث أن المدعى عليها التمست تمكينها من مبلغ 8000دج نفقة إهمالها وأبنائها شهريا تسري من تاريخ 2013/09/01 إلى غاية النطق بالحكم.

-حيث من الثابت قانونا طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها وما دامت العلاقة الزوجية قائمة باعتبارها محبوسة له ولم يثبت نشوزها، وبدعوى الحال لم يقدم المدعي ما يثبت أن المدعى عليها ناشز أو أنه كان ينفق عليها وذلك بإقرار منه في جلسة الصلح أنه لم يكن ينفق عليها طيلة مكوثها ببيت أهلها كما أن المدعى عليها لم تقدم ما يثبت تاريخ إهمالها، مما يتعين معه قبول طلبها وجعله من تاريخ رفع الدعوى ويستمر لغاية صدور الحكم الحالي وخفض المبلغ المطالب به للحد المعقول.

-حيث أن نفقة الأبناء تجب على الآباء طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة وأن المدعى في جلسة محاولة الصلح أقر أنه لم يكن ينفق عليهم مما يجعل طلبها فيما يخصهم مؤسس قانونا يتعين قبوله وجعله يسري للابنين (....و....) من تاريخ رفع الدعوى لغاية صدور الحكم الحالي بالنسبة للبنت .... من تاريخ 2014/02/13 لغاية صدور الحكم الحالي.

حيث أن من المقرر قانونا طبقا للمادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤمر بالنفاذ المعجل في المسائل التي حددتها المادة ومن بينهما مواد النفقة مما يجعل طلب المدعي عليها مؤسس بجعل مبلغ النفقة معجل النفاذ رغم المعارضة والاستئناف.

-حيث أن المدعى عليها طلبت إسناد حق حضانة وولاية الأبناء على نفقة والدهم بمبلغ 8000دج شهريا تسري من تاريخ الحكم إلى غاية سقوط الحضانة قانونا أو قضاء.

-حيث ثبت للمحكمة من خلال شهادة الحالة العائلية المرفقة أن الأبناء....و....و.... مازالوا بحاجة إلى رعاية وعناية الأم وهذه الأخيرة أولى بحضانة أبنائها بالتالي فطلب المدعى عليها إسناد حضانة الأبناء إليها مؤسس قانونا طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة على نفقة والدهم تطبيقا للمادة 75 من قانون الأسرة بواقع 3000دج شهريا تسري من تاريخ النطق بالحكم وإلى غاية سقوطها قانونا أو قضاء.

-حيث من الثابت قانونا طبقا للمادة 64و 87 من قانون الأسرة أنه على القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة ومنح الحاضنة الولاية على المحضون.

-حيث وبالرجوع لقضية الحال تمنح الولاية على الأبناء المحضونين للأم الحاضنة مع منح حق الزيارة لأبيهم المدعي كما سيرد بمنطوق الحكم الحالي.

-حيث أن المدعى عليها التمست تمكينها من مسكن ملائم للحضانة وأن تعذر ذلك تمكينها مبلغ 15.000دج كبدل إيجار.

-حيث أن المدعى عليها حاضنة فلها الحق في مسكن من أجل ممارسة الحضانة وإن تعذر ذلك فبدل إيجار طبقا للمادة 72 من قانون الأسرة، مما يتعين معه قبول طلباه.

-حيث أن المدعي عليها طلبت تمكينها من مبلغ مقدر بـ 100.000دج مصاريف وضع وعلاج.

-حيث أن المدعي عليها لم تقدم ما يثبت دفعها لمصاريف أثناء الوضع أو أنها دفعت مصاريف علاج ما يجعل طلبها يفتقد للإثبات وبالتالي رفضه.

-حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك، مما يتعين معه تحميلها للمدعي في دعوى الحال طالما الطلاق بإرادته المنفردة.

<u> ولـــــــــــــــــــــــهـــــــــــــذه الأسبـــــــــــــــــــــــاب**</u>**

-حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا نهائيا فيما يخص الطلاق وابتدائيا فيما عداه:

-في الشكل: قبول الدعوى.

-في الموضوع: فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة بين المسمى ..... المولود سنة 1983ب: .....المولـــــــودة ســـــــنة 1988 ب:.....ابنـــــــة .....جعله على مسؤولية المدعي، مع الأمر بتسجيل هذا الطلاق في سجلات الحالة المدنية لبلدية ..... والتأشير به على هامش شهادتي ميلاد الطرفين وعقد زواجهما المؤرخ في 2007/12/05 تحت رقم 73.

-إلـزام المـدعي ..... بـأن يـدفع للمـدعى عليهـا ..... مبلـغ مائـة وعشـرون ألـف دينـار جزائـري (120.000دج) كتعويض عن الطلاق التعسفي، ومبلغ ثلاثون ألف دينار جزائري (30.000دج) نفقة عدة ومبلـــغ أربعـــة آلاف (4000) دينـــار جزائـــري شـــهريا نفقـــة إهمالهـــا وإهمـــال أبنائهـــا القصـــر .....لكل واحد منهم تسري من تاريخ رفع الدعوى الموافق لـ 2014/01/13 بالنسبة للمدعى عليها ..... والأبناء.... وتسري للبنت ....من تاريخ ميلادها 2014/02/13 وتستمر لغاية النطق بالحكم مع شملها بالنفاذ المعجل.

-إسناد حضانة وولاية الأبناء...و...و... لأمهم وعلى نفقة والدهم بمبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000دج) شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بهذا الحكم وتستمر إلى غاية سقوطها قانونا أو قضاء وتمكينها من المنح العائلية إن وجدت، مع تقرير حق الزيارة للأب في يوم الجمعة من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة الخامسة مساءا وبالعطل الدينية والوطنية مناصفة بينهم.

-إلزام المدعي بتوفير للمدعى عليها مسكن يتوفر على كافة متطلبات الحياة الضرورية لممارسة الحضانة وإن تعذر ذلك دفع مبلغ خمسة آلاف دينار جزائري (5000دج) كبدل إيجار شهري يسري ابتداء من تاريخ النطق بهذا الحكم وإلى غاية سقوط الحضانة قانونا أو قضاء.

-ورفض ما زاد عن ذلك من الطلبات.

-مع تحميل المدعي المصاريف القضائية بما فيها رسم رفع الدعوى والمقدر بـ ثلاثمائة دينار جزائري 300دج.

بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا بالتاريخ المذكور أعلاه، وأمضي أصله من طرف الرئيسة وأمين الضبط.

الرئيس (ة): أمين الضبط

صحيفة دعوى بطلب تنظيم رؤية الصغار

أنه في يوم..... الموافق لـ...../../.... الساعة.../../....

بناء على طلب السيد/ ..... ومهنته ..... المقيم برقم ..... شارع ..... قسم ..... محافظة.....

ومحله المختار مكتب الاستاذ ..... المحامى الكائن.....

أنا ..... محضر محكمة ..... قد أنتقلت الى محل اقامة:

السيدة / ..... المقيمة برقم ..... شارع ..... قسم ..... محافظة..... مخاطبا.....

واعلنته بالآتي

الطالب كان زوجا للمعلن اليها بموجب عقد الزواج الصحيح الموثق بتاريخ ../../ ....ورزق منها على فراش الزوجية بالوالدين ..... و ..... وقد طلقها بتاريخ ../../.... فأصبحت حاضنة لهما وفى يدها.

وإذ تنص المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100لسنة 1985 بتقرير بعض أحكام الاحوال الشخصية على أن لكل من الابوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك في حالة عدم وجود الابوين وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضي فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ولما كان حق روية الطالب لأولاده الصغار مقرر شرعا لقوله تعالى " بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " من الآية 75 من سورة الانفال.

وإذ رفضت المعلن اليها مساعي الطالب فيما يتعلق بتنظيم الرؤية اتفاقا، فقد اضطر لإقامة هذه الدعوى لاستصدار حكم بذلك وقد اقر كل من السيدين ..... و .....القابلين لتنفيذ حكم

رؤية كل بمسكنة، وهما على علاقة طيبة بطرفي النزاع، على أن تتم الرؤية للصغيرين معا يومي الجمعة الاولى والثالثة من كل شهر من الساعة... ..... الى الساعة .....

ومرفق بحافظة مستندات الطالب الاقرارين سالفي الذكر.

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في تاريخه الى محل اقامة المعلن اليها واعلنتها بصورة من هذا وكلفتها بالحضور أمام محكمة ..... الجزئية بمقرها الكائن بشارع ..... وذلك بجلستها المنعقدة في غرفة المشورة في يوم .....الموافق ../../.... الساعة ..... لسماع الحكم بتمكن الطالب من رؤية ولدية الصغيرين ..... و ..... على أن يتم ذلك في مسكن أي من السيدين ..... أو ..... يومي الجمعة الاولى والثالثة من كل شهر من الساعة ..... الى الساعة ..... مع الزام المعلن اليها المصاريف ومقابل اتعاب المحاماة وشمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة . مع حفظ كافة الحقوق ، ولأجل العلم..

قرار وزاري رقم (1150) لسنة 2010 في شأن لائحة تنظيم رؤية المحضونين

وزير العدل

بعد الاطلاع على القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1972 بشأن إختصاصات الوزارات وصلاحيات الوزراء والقوانين المعدلة له ، وعلى القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية ،

قـــــــــــــــــرر:

المادة (1) تعريفات

في نطاق تطبيق أحكام هذه اللائحة يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها ما لم يقض سياق النص بغير ذلك.

الدولة : الإمارات العربية المتحدة.

الوزير : وزير العدل أو رئيس دائرة القضاء أو رئيس دائرة المحاكم أو من يقوم مقامه.

المحكمة : المحكمة المختصة.

الجهة : الجهة المكلفة بتنظيم الرؤية.

الحاضن : المحكوم له بحضانة الصغير أو من تحت يده المحضون.

المحضون : الطفل المشمول بالحضانة ومن في حكمه.

التنفيذ : إدارة التنفيذ بالمحكمة أو الجهة المخولة بذلك.

السند التنفيذي : المحرر بالاتفاق أو الإشهاد أو الحكم أو محاضر الصلح أو الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة.

الرؤية : هي الزيارة أو الاستزارة أو الاصطحاب حسبما يقرره القاضي

(المادة 2)

تنظم هذه اللائحة إجراءات رؤية المحضون وتسليمه.

(المادة3)

يقرر القاضي الرؤية للمستحقين الآتين:

1-أحد الأبوين حال انفصالهما أو اختلافهما والزوجية قائمة وخروج أحد الزوجين من بيت الزوجية بسبب الخلاف.

2-أقارب المحضون المحارم إذا كان أحد أبوي المحضون ميتاً أو غائباً أو كان المحضون يقيم لدى غير أبويه.

(المادة 4)

1- تكون الرؤية في مكان لائق يشيع الطمأنينه في نفس المحضون

2- على كل من الحاضن والمحكوم له بالرؤية تسليم المحضون في حال لائقة
(المادة5)
تمنع رؤية المحضون في مراكز الشرطة أو المنشآت الإصلاحية والعقابية ما لم يكن أحد الأبوين نزيلاً بإحداها ، وفي هذه الحالة يشترط وجود مكان مهئ لذلك وفق البند (1) من المادة (4) من هذا القرار.

(المادة 6)

يحدد المكان المخصص لرؤية المحضون بقرار من الوزير.

(المادة7)

ينفذ الحكم الصادر برؤية المحضون ومن في حكمه في أحد الأماكن المخصصة للرؤية ما لم يتفق أصحاب الشأن
على مكان آخر وفي حال عدم تحديد مكان للرؤية يحدد القاضي المكان المناسب مع مراعاة ما ورد بالمادة 5

(المادة 8)

لا يجوز للمحكوم له بالرؤية أخذ المحضون خارج المكان المخصص للرؤية ما لم يقرر القاضي ذلك.

(المادة9)

يجوز الاتفاق على رؤية المحضون زماناً ومكاناً بإشهاد أمام قسم الإشهادات والتوثيقات أو لجان التوجيه الأسري بالمحكمة وينفذ بعد تذييله بالصيغة التنفيذية.

(المادة10)

على القاضي عند تحديد مكان وزمان الرؤية مراعاة حال المحضون وظروف الحاضن وطالب الرؤية وساعات دوام المشرفين على الرؤية وفي حالة التعارض تغلب مصلحة المحضون.

(المادة11)

يمتنع على الجهة مباشرة أي إجراء ما لم يقدم صاحب الشأن كتاباً من قاضي التنفيذ مرفق به صورة مصدقة عن السند التنفيذي أو بموجب كتاب موجه إليها من القاضي.

(المادة12)

مع مراعاة مصلحة المحضون يحدد القاضي مدة الرؤية أو المبيت على النحو التالي وذلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك

- مرة أو مرتين من كل اسبوع لأحد الأبوين .
- مرة أو مرتين في الشهر للأجداد .
- ثلاث أو أربع مرات في السنة لباقي من لهم حق الرؤية من الأقارب المحارم
- يجوز للقاضي عند وجود مصلحة معتبرة للمحضون أن يتخذ قراراً مسبباً بتحديد عدد مرات الرؤية خلافاً لما ورد أعلاه ، كما يجوز له الإذن بالتواصل عبر وسائل

الاتصال الحديثة مع المحضون في أوقات يحددها .

(المادة13)

يتعين على الطرفين الالتزام بالوقت والزمان والمكان المحدد للرؤية سواء حدد ذلك بحكم أو اتفاق.

(المادة14)

يمتنع على الجهة تعديل موعد أو مكان الرؤية دون قرار من القاضي.

(المادة15)

1- إذا لم يتمكن الحاضن أو المحكوم له من تنفيذ الرؤية في الموعد وجب عليه إخطار قاضي التنفيذ أو الجهة بذلك قبل موعد الرؤية بوقت كاف بطلب يبين فيه سبب ذلك ويقرر القاضي ما يراه مناسباً في هذا الشأن ما

لم يقبل الطرف الآخر بالسبب وعندئذ يبين قبوله خطياً وترفق صورة منه مع إفادة المحكمة المختصة.

2-إذا اتفق الحاضن والمحكوم له بالرؤية على تأجيل الرؤية وجب عليهما إثبات ذلك أمام القاضي المختص أو أمام الجهة ، وتلزم الجهة في هذه الحالة برفع الأمر للقاضي.

(المادة16)

إذا تم إخطار الجهة من قبل الحاضن أو المحكوم له بعدم تمكنه من تنفيذ الرؤية في الموعد المحدد لذلك ، تثبت ذلك في محضر وترفعه للقاضي ليقرر ما يراه مناسباً.

(المادة17)

1- يتولى متابعة التنفيذ لدى الجهة من تعتمده المحكمة لذلك

2-تتم متابعة الرؤية من خلال تقارير المتابعة التي ترفع للقاضي المختص من الجهات المكلفة بتنظيم الرؤية .

(المادة18)

يحدد الوزير الجهة المعنية بتنظيم الرؤية.

(المادة19)

على الجهة التي تتولى تنظيم الرؤية ما يأتي:

1-إعداد سجل يدون فيه رقم القضية التنفيذية وتاريخ القيد وأسماء الأطراف وجنسياتهم وملخص عن السند التنفيذي.

2-فتح ملف خاص لكل حالة ببيانات السجل ويودع فيه كتاب قاضي التنفيذ وصورة مصدقة من السند التنفيذي.

3-تحرير استمارة يدون فيها أسماء الحاضن والمحضون والمحكوم له وعناوينهم

وملخص عن حالتهم الاجتماعية وتقرير عن حالة المحضون.
4- تحرير محضر تنفيذ الرؤية في مواعيدها حسب السند التنفيذي.
5-تحرير محضر استلام وإعادة للمحضون موضحاً به تاريخ ومكان التسليم والإعادة.

(المادة20)

على الجهة رفع تقارير المتابعة لقاضي التنفيذ بالمحكمة تشمل:
1-مدى التزام الحاضن والمحكوم له بتنفيذ حكم الرؤية بتفاصيله من خلال توضيح تاريخ ومكان ووقت التسليم والإعادة للمحضون.
2- إثبات الحالة التي عليها المحضون وقت التسليم في تقارير المتابعة.
3- إثبات ما يجري أمامها من نزاع بين الأطراف أو معوقات بشأن الرؤية.

(المادة21)

إذا قررت المحكمة اصطحاب المحضون لرؤيته خارج المكان المخصص للرؤية وجب على الجهة التي تتولى تنظيم الرؤية إثبات ذلك في محضر استلام وإعادة المحضون مبين فيه تاريخ ووقت التسليم والإعادة وحالة المحضون.

(المادة22)

ينفذ الحكم الصادر بالرؤية جبراً إذا امتنع من بيده المحضون عن تنفيذه.

(المادة23)

إذا لم يتقيد الأطراف بالسند التنفيذي يرفع الأمر للقاضي المختص ليقرر ما يراه مناسبا.

(المادة24)

1-إذا تكرر عدم التزام الحاضن أو المحكوم له بتنفيذ الرؤية يثبت ذلك في محضر التنفيذ ويبين فيه عدد المرات التي تكرر فيها الامتناع عن تنفيذ الرؤية أو مخالفة أي منهما للاتفاق أو التأخر في مواعيدها ، مع بيان الطرف المخل.
2-إذا كان الإخلال من جانب الحاضن عد ذلك إخلالاً لشرط الأمانة يعتد به عند طلب إسقاط الحضانة ، وإن كان الإخلال من جانب المحكوم له فللقاضي منعه من الرؤية لفترة محددة.
3-يراعى القاضي في أي حال مصلحة المحضون.

(المادة25)

يعمل بهذه اللائحة من تاريخ صدورها وتنشر في الجريدة الرسمية.

هادف بن جوعان الظاهري
وزير العدل
تم نشره في العدد 514 من الجريدة الرسمية

تاريخ التوقيع: 2010-10-24
تاريخ النشر: 2010-10-31
تاريخ العمل به: 2010-10-24

اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،رغبةمنهمافيدعم التعاون القضائي،

وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين.

واقتناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى.

ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما.

اتفقتا على ما يلي:

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة1: تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية، ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.

المادة 2: يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

أ) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

ب) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي

يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

ج) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

د) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

ه) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

و) اطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها.

ز) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

المادة 3: يتمتع الوالدان المتنازعان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردهما، من أجل تطبيق هذه الاتفاقية.

المادة 4:

1. تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة.
2. تعلم القنصلية المختصة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد اتخاذها.

الفصل الثاني

المحافظة على علاقات الطفل بالوالدين

المادة 5: يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة.

المادة 6: يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما.

1. كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين

حدود البلدين.

2. وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل.

المادة 7: يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفالالتي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.

المادة 8: يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما.

إذا لم يرد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 5، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تم تنقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.

المادة 9: تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني.

المادة 10: يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن.

المادة 11: يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

الفصل الثالث

أحكام خاصة

المادة 12: يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.

وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الأعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها.

ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة، تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعنيتين تقوم بها السلطات الإدارية والقضائية المختصة.

وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كيفيات تنظيمها.

ويمكن أي والد معني على ضوء هذا الرأي أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الزيارة تعديل قراره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعة الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل ايقافها.

الفصل الرابع

أحكام ختامية

المادة 13: تبقى سارية المفعول أحكام اتفاقية 1964/8/27 المتعلقة بتنفيذ الأحكام، وتسليم المجرمين، وأحكام تبادل رسائل 1980/9/18 التي لم ينص عليها بصفة خاصةفيهذه الاتفاقية.

المادة :14

1. يبلغ كل من الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر، إتمام الإجراءات التي يتطلبها دستوره لدخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق.

2. تدخل هذه الاتفاقية حيز التطبيق في اليوم الأول من الشهر الموالي لتاريخ تسلم التبليغ الأخير.

3. يمكن كل واحد من الطرفين المتعاقدين إلغاء هذه الاتفاقية في أي وقت بإرسال إشعار بالإلغاء إلى الطرف الآخر عن طريق الدبلوماسي.

4. يسري مفعول الإلغاء بعد سنة واحدة من تاريخ تسلم الإشعار المذكور.

حرر بالجزائر في 7 ذي القعدة عام 1408 الموافق 21 يونيو سنة 1988، في نسختين أصليتين باللغتين العربية والفرنسية، ولكليهما نفس القوة القانونية.

عن حكومة الجمهورية	عن حكومة الجمهورية
الجزائرية	الفرنسية
الديمقراطية الشعبية	
وزير العمل والشؤون	الوزير المفوضة المكلفة
الاجتماعية	بالأسرة والتضامن
محمد نابي	جورجينا ديفوا

مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

إن رئيس الجمهورية:

- بناء على الدستور لا سيما المادتان 111 - 17 و 158 منه،
- وبمقتضى القانون رقم 88 -22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.
- وبعد الاطلاع على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

يرسم ما يلي:

المادة الأولى: يصادق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية.

المادة 2: ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية

الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988

الشاذلي بن جديد.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

أ- القرآن الكريم ، رواية ورش.

ب-السنة النبوية الشريفة.

ج- القواميس والمعاجم .

1. أبو الحسن علي بن إسماعيل المعروف(إبن سيدة المرسي): المحكم والمحيط الأعظم،ط1، ج10، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع،2000م
2. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم(إبن منظور): لسان العرب، ج1، دار صادر للنشر والتوزيع، 2003م.
3. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين: معجم مقاييس اللغة، ج2، دار الفكر، 1979م.
4. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج4، المكتبة العلمية للنشر،بيروت، لبنان، 1987م.
5. إسماعيل بن حامد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط4،ج6، دار العلم للملايين،1990م.
6. مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيرازي (الفيروز أبادي): القاموس المحيط، ط8، ج1، مؤسسة الرسالة للنشر والطبع والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005م.
7. محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي:تاج العروس من جواهر القاموس ، ط2، مكتبة الكويت للنشر والتوزيع.
8. معجم اللغة العربية: المعجم الوسيط،غ م، دار صادر، بيروت.
9. معجم المعاني الجامع.
10. معجم لغة الفقهاء:غ م، دار النفائس الأولى.

ثانيا: المراجع

أ-الكتب الفقهية:

1. إبن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني، ج4، دار الكتاب العربي.
2. أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير بن زرع المعروف ب(إبن كثير): المغني، ج4، دار طيبة للنشر والتوزيع، 2002م.
3. أبو داود: مختصر سنن أبي داود-كتاب الجهاد-ج2، حدبث رقم: 2314 وخرجه الألباني ، حديث2399 ،دار المعرفة، بيروت،1980 م
4. أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية: ط2، دار الفكر العربي' 1950م.
5. أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري: صحيح مسلم-كتاب البر والصلة والآداب، حديث رقم:4742، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
6. أبي عبد الرحمان الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين، ط1، ج8، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، 2003م.
7. الحسين بن عبد الله بن سهل بن سعيد أبو الهلال العسكري: الفروق اللغوية، ج1، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع.
8. سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي: المنتقى شرح الموطأ مالك، ط1، ج6، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999م
9. سيد سابق: فقه السنة-نظام الأسرة الحدود والجنايات- ج2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1988م.
10. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: مغني لمحتاج إلى مرفة معاني المنهاج، ط1، ج3، 1994م.
11. عبد الرحمان بن محمد بن قاسم: حاشية الروض المربع زاد المستقنع، ط1، ج1، 1397م.
12. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: التعريفات، ج1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع.
13. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، بيروت، 1992م.

14. محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري–كتاب التوحيد، ط1، حديث رقم 7085، دار السلام، الرياض، 1997م.
15. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الشهير بـ (الإمام أبو جعفر الطبري): تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج11، دار المعارف للنشر والتوزيع، مصر،2000م.
16. محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتفى الأخبار، دار الجيب، بيروت، 1973م.
17. محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الجامع الصغير وزيادته (الجامع الكبير)، ط3، ج1، حديث رقم:6412 ، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، 1988م.

ب–الكتب القانونية:

1. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص–الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال–ج1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003م.
2. أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004م.
3. أحمد محمد العساف: الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد2، دار إحياء العلوم.
4. أحمد نصر الجندي: الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004م.
5. أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي،غ م، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م.
6. 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.
7. بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون،د ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية

8. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: مقدمة–الخطبة–الزواج–الطلاق–الميراث–الوصية–ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.
9. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.
10. بلحاج العربي: قانون الأسرة–مبادئ الإجتهاد القضائي وفق القرارت المحكمة العليا، غ م، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
11. بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل–دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م.
12. دردوس مكي: القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005م.
13. رمضان علي السيد الشرنباطي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د ط، منشورات حلب الحقوقية، بيروت،2002 م.
14. زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص–تنازع القوانين–ج1
15. سعد عبد العزيز: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002م.
16. سعد عبد العزيز: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع.
17. سليمان علي علي: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989م
18. ضو مفتاح غمق: الحضانة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي–دراسة مقارنة– ط1، دار شموع الثقافة، ليبيا، 2002م.
19. طاهري حسين: قضاء الإستعجال فقها وقضاءا، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2005م.
20. عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، فقها وقضاءا، دار الفكر العربي.
21. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان: الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008م.

22. عصام أنور سليم: حقوق الطفل، غ م، المكتب الجامعي الحديث، 2001م.
23. فضيل لعيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، 2007-2008م.
24. محمد سمارة: أحكام وآثار الزوجية-شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية- الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002م.
25. محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام-دراسة مقارنة بين الفقه بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون- ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977م.
26. محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية، ج1، 1986م.
27. محمود عزمي البكري: أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، طبعة 1977م.
28. مصطفى أمين حيدر الأتروشي: أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري مقارنا بالمذاهب الإسلامية الخمسة وبعض القوانين المعاصرة، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م.
29. نبيل صقر: الوسيط في جرائم الأشخاص، غ م، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م.
30. وفاء معتوق حمزة: الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة للنشر والتوزيع، مصر، 2000م.

ج-المجلات:

❖ وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، ج17، دار طبع ذات السلاسل، الكويت.
❖ موسوعة الفكر القانوني: العدد الرابع، ص99.
❖ فتاوئ للجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء-المجموعة الأولى-المجلد 21(الرضاع-الكفارات-والحضانة)

د- الرسائل:

❖ رسالة الماجستير حسيني عزيزة: الحضانة في قانون الأسرة-قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، جامعة الجزائر بن عكنون 2001م.
❖ مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء طلبة مالك: التبني والكفالة، دفعة 14، مجلس قضاء وهران، 2006/2003م.

هـ-القوانين:

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم بالقانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق ل:08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل:26 ديسمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.
- الأمر رقم66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل:08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- المرسوم رقم 88-114 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ الموافق ل:26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الجزائر وفرنسا والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائرين والفرنسين في حالة الإنفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988.

الفهرس

مقدمة.....أ

الفصل الأول: ماهية الحضانة.....4

المبحث الأول: ماهية الحضانة.....4

المطلب الأول: تعريف الحضانة.....4

الفرع الأول: الحضانة لغة.....5

الفرع الثاني: الحضانة فقها.....5

الفرع الثالث: الحضانة قانونا.....7

المطلب الثاني: خصائص الحضانة.....8

الفرع الأول: الحضانة من النظام العام.....8

الفرع الثاني: الحضانة لا تجبر أو لا تلزم الحاضنة.....9

الفرع الثالث: الحضانة حق مشترك.....10

المطلب الثالث: علاقة الحضانة بما يشابهها.....10

الفرع الأول: الحضانة والولاية.....10

الفرع الثاني: الحضانة والوصاية.....11

الفرع الثالث: الحضانة والكفالة.....11

المطلب الرابع: مشروعية الحضانة شرعا وقانونا.....12

الفرع الأول: دليل مشروعية الحضانة من القرآن الكريم.....12

الفرع الثاني: دليل مشروعية الحضانة من السنة النبوية الشريفة.....13

الفرع الثالث: مشروعية الحضانة من الإجماع والمعقول.....15

الفرع الرابع: دليل مشروعية الحضانة من القانون.....15

المبحث الثاني: قيام الحضانة.....16

المطلب الأول: شروط المحضون.....17

المطلب الثاني: شروط الحاضن.....17

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء.....17

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء.....21

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال.....24

الفصل الثاني: حق رؤية وزيارة المحضون موضوعيا وإجرائيا وإشكالاتها عمليا.....26

المبحث الأول: حق الزيارة موضوعيا.....26

المطلب الأول: مفهوم حق الزيارة.....26

الفرع الأول: تعريف حق الزيارة والرؤية لغة.....27

الفرع الثاني: تعريف حق الزيارة فقها.....29

الفرع الثالث: تعريف حق الزيارة قانونا.....30

المطلب الثاني: مشروعية حق الزيارة شرعا وقانونا.....31

الفرع الأول: دليل مشروعية حق الزيارة من الكتاب.....31

الفرع الثاني: دليل مشروعية حق الزيارة من السنة.....33

الفرع الثالث: دليل مشروعية حق الزيارة من الإجماع.....34

الفرع الرابع: دليل مشروعية حق الزيارة من القانون.....35

المطلب الثاث:العناصر المؤثرة في حق الزيارة.....36

الفرع الأول: مسألة التخيير في رؤية المحضون.....36

الفرع الثاني: الأحق بزيارة المحضون ومدى إرتباطها بالسلطة
الأبوية.....38

المبحث الثاني: حق الزيارة إجرائيا.....39

المطلب الأول: تنظيم عناصر حق الزيارة.....40

الفرع الأول: ميعاد الزيارة.....40

الفرع الثاني: زيارة المحضون ونقله إلى بلد آخر.....41

الفرع الثالث: حق الزيارة المؤقتة.....43

المطلب الثاني: دعاوى الحضانة الجزائية.....46

الفرع الأول: جريمة الإمتناع عن تسليم طفل لحاضنه.....46

الفرع الثاني: جريمة إختطاف المحضون من حاضنه.....49

الفرع الثالث: جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.....50

المبحث الثالث: أبرز الإشكالات المطروحة في مجال الحضانة.....51

المطلب الأول: إشكالية الزواج المختلط.....51

الفرع الأول: إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود إتفاقية مع الجزائر (الإتفاقية الجزائرية الفرنسية).....52

الفرع الثاني:إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية مع الجزائر.....53

المطلب الثاني: إشكالية مراعاة مصلحة المحضون.....54

الفرع الأول: معنى قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.....54

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....56

خاتمة.....58

قائمة المصادر والمراجع.....60

الفهرس.....66