حماية المحضون بين إجحاف النص التشريعي واجتهادات قاضي شؤون الأسرة

Custody protection between the prejudice of the legislative text and the jurisprudence of the family affairs judge

تاريخ الاستلام: 2020/02/23؛ **تاريخ القبول:** 2021/01/03

ملخص

غالبا ما تتعارض مصالح الأبوين بعد انحلال الرابطة الزوجية التي يتقرر بموجبها بقاء الأولاد عند أحدهما، وغيرهما ممن هو أحق بالحضانة قانونًا وشرعًا، ولما كان الطفل المحضون صغير السن لا يعرف مصلحته فقد منح المشرع لطرف ثالث خارج عن العلاقة سلطة تقدير هذه المصلحة وهو القاضي.

وفي غياب النص القانوني الذي يحدد معنى مصلحة المحضون وجد قاضي شؤون الأسرة المجال مفتوحا للتعبير عنها بما يضمن الاستقرار النفسي والعاطفي والاجتماعي للطفل المحضون.

إلا أن إعمال السلطة التقديرية للقاضي لم يكن كافياً لحماية مصلحة المحضون في ظل الفراغ القانوني الذي تعانيه بعض المسائل مثل حق الزيارة.

الكلمات المفتاحية: حضانة، مصلحة المحضون، حق الزيارة، آثار الطلاق، أسرة.

*** د.بوصبيعات سوسن**

كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر.

Abstract:

The interests of the parents often come into conflict after the dissolution of the conjugal bond, according to which it is decided that the children will stay with one or the other who is legally entitled to custody, and since the child being cared for does not know his interest, the legislator has granted to a third party outside the relationship the power to value this interest, which is the judge.

In the absence of a legal text defining the meaning of the interest of the child in care, the family affairs judge found an open field to express it to guarantee the psychological, emotional and social stability of the child in care.

However, the exercise of the judge's discretion was not sufficient to protect the interest of custody child in the light of the legal vacuum to which certain questions such as the visit rights.

Keywords: Custody, interest of the child being cared for, right to visit, effects of divorce, family.

Résumé :

Les intérêts des parents entrent souvent en conflit après la dissolution du lien conjugal, selon lequel il est décidé que les enfants resteront avec l'un ou l'autre qui a légalement droit à la garde, et puisque l'enfant gardé ne connait pas son intérêt, le législateur a accordé à un tiers en dehors de la relation le pouvoir de valoriser cet intérêt , qui est le juge.

En l'absence de texte juridique définissant le sens de l'intérêt de l'enfant gardé, le juge aux affaires familiales a trouvé le champ ouvert à l'expression de manière à garantir la stabilité psychologique, émotionnelle et sociale de l'enfant gardé.

Cependant, la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire du juge n'était pas suffisante pour protéger l'intérêt de l'enfant gardé à la lumière du vide juridique auquel sont soumises certaines questions telles que le droit de visite.

Mots clés : Garde, Intérêt de l'enfant gardé, Droit à la visite, effets du divorce, famille.

*Corresponding author,e-mail:saoussen.bousbiat@gmail.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2020.

مقـــدمـــة:

لقد أعطى الشرع حقوقا للأولاد وحرص على كفالة القيام بها على أكمل وجه لضمان إستقرار المجتمع وحفظ النسل وتربية الأولاد وتنشئتهم النشأة الصالحة, ومن أهم هذه الحقوق حق الحضانة, وهو حق قائم وواجب على الأبوين حال قيام الزوجية وحال إنتهائها, غير أن هذا الحق لا يثار إلا بعد الفرقة الزوجية,لأن حضانة الأب والأم لأولادهما أثناء قيام الرابطة الزوجية واجب عليهما, ولا يثار حولها أي خلاف.

ولأن بيت الأسرة القائم على الحب والتفاهم والوئام هو المكان الطبيعي والأصلح لرعاية الأولاد, فإنه في حالة فك الرابطة الزوجية وإنهيار الأسرة, تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها, بسبب تعرض الطفل لمخاطر كبيرة تهدد حاضره ومستقبله.

ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام الحضانة من خلال قانون الأسرة, وأخضع بعضا منها للتعديل, وبعد مصادقة الجزائر على إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل, صدر القانون المتعلق بحماية الطفل الذي كرس الأحكام الواردة في تلك الإتفاقية, كما تعززت الحضانة بحماية دستورية من خلال التعديل الدستوري لسنة2016, والذي إعتبر من خلال مادته72 الأسرة على أنها الحاضنة الأولى لتربية الأطفال, تحظى بحماية الدولة والمجتمع, الأمر الذي دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام الحضانة بما يضمن إحترام الإتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل؟ وهل وفق من ورائه قاضي شوؤن الأسرة في تطبيق هذه الأحكام بما يضمن حماية مصلحة المحضون؟

ولأن دراستنا سترتكز أساسا على النصوص القانونية مع الإستعانة بالقرارات القضائية الصادرة في هذه المسألة, فإن المنهج الوصفي والتحليلي لتلك النصوص سيكون هو الأنسب.

وقد كانت خطتنا على النحو التالي:

المبحث الأول: الحماية القانونية للمحضون.

المطلب الأول: الأساس القانوني لحماية المحضون في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: إلتزام الجزائر بالإتفاقيات الدولية وإنعكاساته على حماية الطفل المحضون.

الفرع الثاني: حماية الطفل المحضون في القوانين الخاصة الجزائرية.

المطلب الثاني: مبدأ مراعاة مصلحة المحضون كأساس لسن الأحكام المتعلقة بالحضانة.

الفرع الأول: ظوابط ومعايير مصلحة المحضون.

الفرع الثاني: مظاهر الأخذ بمصلحة المحضون في الأحكام المتعلقة بالحضانة.

المبحث الثاني: تنظيم حق الزيارة كصورة من صور سد الفراغ التشريعي في مسائل الحضانة قضائياً.

المطلب الأول: أهمية حق الزيارة وأساسه القانوني.

الفرع الأول: أهمية حق الزيارة في حياة المحضون.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لحق الزيارة.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تنظيم ممارسة حق الزيارة والإشكاليات المتربطة بها.

الفرع الأول:سلطته في تحديد المستفيدين من حق الزيارة.

الفرع الثاني: سلطته في تحديد مدة الزيارة ومكانها.

خـــــاتمة.

المبحث الأول
الحماية القانونية للمحضون في التشريع الجزائري.

تعتبر الحضانة من أهم الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عنها, وقد حاول المشرع الجزائري الإلمام بكل جوانب الحضانة التي تكفل للمحضون العيش الكريم حتى لا ينشأ شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع, وقد ساير في ذلك الإتجاه الدولي الذي يسير نحو الإهتمام أكثر فأكثر بالطفولة **(المطلب الأول).**

ولأن أحكام الحضانة في التشريع الجزائري يحكمها مبدأ هام هو مراعاة مصلحة المحضون, ولأن المشرع الجزائري إكتفى بالنص على هذا المبدأ دون تحديد مفهومه ولا معيار تطبيقه, فمما لاشك فيه أن أحكام الحضانة كلها جاءت أحكاما إجتهادية يظهر فيها دور القاضي في تقدير هذه المصلحة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
الأساس القانوني لحماية المحضون في التشريع الجزائري.

إن منظومة حماية حقوق الطفل عموما والتي تحوزها الجزائر على المستوى النظري هي منظومة قانونية وحقوقية متكاملة وذات مصادر عالمية وهذا ما سوف نوضحه في **الفرع الأول** من هذا المطلب وتعززها قيم الدين الإسلامي ومختلف القيم المجتمعية والثقافية التي تولى حماية خاصة للطفل بإعتباره الحلقة الأضعف في الرابطة الأسرية وهذا ما سوف نوضحه من خلال **الفرع الثاني** من هذا المطلب.

الفرع الأول
إلتزام الجزائر بإتفاقية حقوق الطفل وإنعكاساته على الطفل المحضون.

إنطلاقا من حاجة الأطفال إلى الحماية والرعاية, ونظرا للظروف التي مرت بها البشرية من كوارث طبيعية وحروب ونزاعات ومجاعات كانت آثارها السلبية أشد قسوة على الإنسان عامة والأطفال خاصة في جميع أنحاء العالم, إرتأت الأمم المتحدة[1] في سنة1989 ضرورة التوصل إلى إتفاقية تضمن بشكل حقيقي حقوق الطفل[2].

وقد إعتمدت الإتفاقية وعرضت للتوقيع والتصديق والإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44-25 في نوفمبر1989 بعد دخولها حيز النفاد في2 سبتمر1990[3], وقد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-41 المؤرخ في 19 ديسمبر1992[4] تلاها الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد في أديسبابا في يوليو1990 وقد صادقت عليه الجزائر في سنة2003[5]والبروتوكول الإختياري الملحق بإتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال وإستغلالهم في البغاء المعتمد في نيويورك سنة2000 والذي صادقت عليه الجزائر سنة 2006[6].

وتعد إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 علامة فارقة في مجال إرساء المعايير الدولية لحقوق الطفل إذ تؤكد على روح الشراكة بين جميع الأطراف المعنية برفاهية الطفل (الأسرة,المجتمع,الدولة) وعلى كافة المستويات (المحلية,القومية,الدولية) وتعزيز دور المنظمات غير الحكومية والمجتمع الدولي. كما تؤكد الإتفاقية على الدور الأساسي للأسرة وللوالدين في رعاية الأطفال وحمايتهم وبواجب الدولة في مساعدتهم على القيام بهذه المهام[7].

وبموافقة أي دولة على الإلتزام بتصديقها على هذا الصك أو الإنضمام إليها تكون الدولة قد ألزمت نفسها حماية حقوق الأطفال وضمانها ووافقت على تحمل

مسوؤليتها قبل هذه الإلتزامات أمام المجتمع الدولي بل أن الإتفاقية تلزم الأطراف فيها بتطوير وتنفيد جميع إجراءاتها وسياساتها على ضوء مصالح الطفل الفضلى مما يعني تعرض الدولة للمسائلة من قبل المجتمع الدولي في حالة الإخلال ببنود هذه الإتفاقية[8].

وقد صدر عن لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل في شهر أكتوبر1996 وثيقة تضمنت مجموعة مبادئ توجيهية حول كيفية إعداد التقرير الذي يجب أن ترفعه الدول الأطراف إلى اللجنة[9] في السنة الخامسة للإنضمام للإتفاقية ويجب أن يتضمن التقرير مجموعة وافرة من المعلومات لاسيما فيما يتعلق بالصعوبات التي تواجه الدول الأطراف أثناء التطبيق وبالتدابير المعتمدة لضمان إرساء نظام معلوماتي حول مدى تأمين أو إنتهاك حقوق الطفل.

وإنطلاقا من تبني إتفاقية حقوق الطفل لمبدأ حق الطفل في الرعاية البديلة الذي يخص فئة الأطفال الذين لا أسرة لهم سواء كان ذلك بصفة مؤقتة أو دائمة وأخذًا بعين الإعتبار لرفض الإسلام لفكرة التبني[10] لمخالفتها للشريعة الإسلامية فقد أقرت الإتفاقية الحضانة كوسيلة من وسائل الرعاية البديلة التي تتلافى كافة عيوب نظام التبني المعمول بها من جانب الدول غير الإسلامية لتصير الحضانة نظامًا إسلاميًا من جهة ونظامًا عالميًا يتفق مع القانون الدولي وحقوق الإنسان من جهة أخرى.

وقد ورد ذكر الحضانة في أكثر من موضع في الإتفاقية حيث ذكرت في الديباجة التي إعتبرتها وسيلة لحماية الأطفال ورعايتهم بقولها:« **وإذ نشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الإجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم,مع الإهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي.**» وفي المادة 20 بقولها:«**....يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور الحضانة,أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي.**» وكذا في الفقرة الرابعة من المادة 40 بقولها:« **تتاح ترتيبات مختلفة مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف والمشورة والإختبار والإرشاد والحضانة وبرامج التعليم والتدريس المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسة لصفات معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاههم وتتناسب مع ظروفهم وجوهم على السواء.**»

وقد عرفت المادة 61 من الإتفاقية الطفل بأنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر من العمر ما لم يبلغ سن الرشد قبلا بموجب القانون المطبق عليه.فتكون الأسس المعتبرة طبقا لقانون الدولة المنظمة إلى الإتفاقية, ولأن الإتفاقية أجازت أن يكون السن أقل من ثمانية عشر ولم تجز أن يكون أكثر من ذلك,فهذا يعني أنه إذا كانت الدولة قد حددت سن الرشد بأكثر من ثمانية عشرة سنة فتنتهي مرحلة الطفولة بها بإتمام الطفل الثامنة عشرة سنة[11].غير أن المشرع الجزائري حدد سن الرشد بـ19 سنة في القانون المدني(المادة40),أما قانون العقوبات فجعل سن المسوؤلية الجنائية هو18سنة كاملة.

إن الإتفاقية بتحديدها سن الطفل بما لا يتجاوز18عاما قد أخذت بالإتجاه الحديث الذي يميل إلى رفع الحد الأقصى لسن من يعتبر طفلاً وذلك يهدف اسباغ حماية وفيرة ورعاية كافية لأطول فترة ممكنة للصغار ومساعدتهم على إستكمال تعليمهم خاصة في المرحلة الأولى التي يعتمدون فيها على الكبار في المأكل والمشرب والمأوى والملبس والتعليم....إلخ,وغيرها من الحاجات البيولوجية والنفسية اللازمة لنموهم الجسمي والعقلي والتي يحتاجون في تأمينها إلى رعاية الأبوين والمجتمع لذلك فإن الطفولة جديرة بأن تطول أكثر من غيرها[12], ومن أهم المبادئ التي تضمنتها إتفاقية حقوق الطفل والتي تكرس حقوق الطفل عامة والمحضون بصفة خاصة:

-**حق الطفل في أن يكون له أسرة:** حيث نصت المادة07 في فقرتها الأولى من الإتفاقية على حق الطفل في الأسرة لكي يتوفر له الجو العائلي الطبيعي والمناسب ويعرف والديه ويتلقى الرعاية. ولذلك يجب أن تكون الأسرة مقيمة في مكان واحد بصورة تجمع شملها, وأيضا يجب لضمان كفالة حق الطفل في الأسرة ألا يتم فصله عن والديه وإذا حدث إنفصال وفسخ عقد الزواج من الأب والأم يجب أن يؤمن للطفل حق الإتصال بوالديه[13] حيث أشارت المادة الخامسة من الإتفاقية إلى تبني المفهوم الواسع للأسرة بقولها:« **تحترم الدول الأطراف مسوؤليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الإقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسوؤلون قانونا عن الطفل....»**

ومن مستلزمات تفعيل حق الطفل في أن يكون له أسرة عدم الفصل بينه وبين والديه وجمع شمل الأسرة,فبدون هذان الأمران يذهب حق الطفل في أن يكون له أسرة أدراج الرياح وبالنسبة لحق الطفل في عدم فصله عن والديه نصت عليه الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الإتفاقية, وإعتبرت ذلك قاعدة عامة لا يجوز الخروج عنها إلا في حالات الضرورة مثل قرار السلطات المختصة أن ذلك الإنفصال في مصلحة الطفل كأن يسيء الوالدان معاملته.

أما في الحالات التي يكون فيها إنفصال الطفل عن والديه ناشئا عن إجراءات إتخدتها الدولة كما لو تعرض أحد الوالدين أو كلاهما أو الطفل للإحتجاز أو الحبس أو الترحيل أو الوفاة (بما في ذلك الوفاة التي تحدث لأي سبب أثناء إحتجاز الدولة للشخص) في هذه الحالات تلتزم سلطات الدولة المعنية وفقا للفقرة الرابعة من المادة 9 بتقديم المعلومات الأساسية المتعلقة بمحل وجود عضو الأسرة الغائب إلا إذا تعارض تقديم هذه المعلومات مع مصلحة الطفل الفضلى[14].

أما بالنسبة لمبدأ جمع شمل الأسرة فقد أوجبت المادة 10 من إتفاقية حقوق الطفل على الدول الأطراف العمل على جمع شمل الأسرة والنظر بشكل إيجابي وسريع وإنساني في الطلبات التي يقدمها الطفل أو الوالدان لدخول أو مغادرة الدولة المعنية بهدف جمع شمل الأسرة [15],ولأن الفقرة الثانية من المادة11 من الإتفاقية نصت على ضرورة أن: « **نشجع الدول الأطراف عقد إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو الإنضمام إلى إتفاقيات قائمة.»** فقد عقدت الجزائر مع فرنسا في إتفاقية 21 جوان1988 نتيجة حالات الزواج بين الجزائريين والفرنسيات والتي كانت تقوم فيها الزوجات الفرنسيات بأخذ الأطفال اللاتي أنجبن من أزواجهن الجزائريات وعدم السماح لهم بعودتهم إلى أبائهم مرة أخرى وذلك بطريقة غادرة وغير شرعية.

فكانت الإتفافية أعلاه وسيلة لحل هذه المشكلة[16] فنصت المادة السادسة منها في فقرتها الثانية على وجود إرتباط إجباري بين ممارسة حق الحضانة لأحد الوالدين وحق الزيارة عبر الحدود للآخر بما يتوافق مع مصالح الطفل إلا أنه يجب تقييد ممارسة هذا الحق بما يحول دون إتخاده وسيلة لإختطاف الأطفال إلى الخارج, وهو تأكيد لما جاء في إتفاقية حقوق الطفل التي نصت في الفقرة الأولى من مادتها الحادية عشر مع إلتزام جميع الدول الأطراف بأن تتخد تدابير لمكافحة نقل الأطراف إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير شرعية.

فحق الطفل في التواصل مع والديه بعد الإنفصال صار حقاً دولياً تشيد به المواثيق الدولية[17]وتسير على دربه القوانين الداخلية للدول.

- **تحقيق مصالح الطفل العليا:** إن تبني الإتفاقية لمبدأ «**الطفل أولاً**» ومراعاة مصالح الطفل العليا أولاً قبل مصلحة الدولة أم والديه أو أوصيائه هو نقلة جديدة على

الصعيد الدولي نحو حماية حقوق الطفل لأنه ليس بالضرورة أن تكون مصالح الطفل مرتبطة مع مصالح والديه أم أوصيائه, ورغم أن الإتفاقية لم توضح مضمون مبدأ «**الطفل أولاً**» إلا أن المبدأ عموما مفاده أن تحظى مصالح الطفل بالأولوية والرعاية في كل الأوقات العادية والإستثنائية لأن القول بأن هذا المبدأ يطبق فقط في الظروف الإستثنائية كالكوارث والحروب والنزاعات المسلحة يؤدي إلى فقدان وضياع مضمون الحماية الواردة في هذه الإتفاقية لصالح الطفل[18]ويجب أن يكون ماهو أفضل لمصلحة الأطفال مصدر الإهتمام الأساسي للمؤسسات الآتية:مؤسسات الرعاية الإجتماعية الخاصة,المحاكم,الجهات التشريعية والأجهزة الإدارية[19].

ولم يشر المشرع الجزائري عن هذا المبدأ فجعل من مراعاة مصلحة المحضون الأساس الذي تبنى عليه الأحكام المتعلقة بالحضانة بل أنه إمتنع عن تعريف هذا المبدأ تاركاً المجال خصبا للفقه وللقضاء للتعبير عنه وهو ما سوف نبينه لاحقاً.

يفهم مما تقدم أن حقوق الطفل المحضون لم تكن بعيدة عن نظر من تصدوا لإعداد اتفاقية حقوق الطفل وصياغة نصوصها فقد تفهمت الاتفاقية حاجة الطفل للشعور بالأمن العاطفي والاستقرار النفسي الحقيقي الذين يوفرهما شعور الطفل بالإنتماء إلى أسرة متحابة متفاهمة مكرسة حق الطفل في عدم فصله عن والديه.فصار حق الحضانة حقا دوليا تضمنته المواثيق والإتفاقيات وتسعى القوانين الداخلية للدول للأطراف تكريسه.

وإذا كان تعريف المشرع الجزائري للحضانة[20]سابقا لصدور إتفاقية حقوق الطفل إلا أنه يسير معها في نفس الإتجاه من حيث رعاية الولد والسهر على حمايته[21]وتعليمه[22]ورعايته الصحية[23] لكن الإختلاف يكمن في نص المشرع الجزائري على تربية الطفل على دين أبيه الأمر الذي يتناقض مع الفقرة الأولى المادة 14 من الإتفاقية والتي تنص على: « **تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين**» فالشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني لقانون الأسرة الجزائري ودين الأب المقصود في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري هو الدين الإسلامي[24] لذلك قدمت الحكومة الجزائرية تصريح تفسيري بخصوص هذه المادة تطبيقا للمادة 51 من الإتفاقية التي تتيح للدول تقديم تحفظا[25].

الفرع الثاني
حماية الطفل المحضون في القوانين الخاصة الجزائرية

عرفت الجزائر في الفترة مابين1962 و1984 فراغا تشريعيا من حيث تنظيم شؤون الأسرة,فكانت الأحكام الصادرة عن القضاة متضاربة ومتناقضة سواء تعلق الأمر بالزواج أو الطلاق أو آثارهما,فكان كل قاضي يستند إلى مصدر مختلف يستمد منه المبادئ التي يطبقها على القضية المطروحة عليه.

وبهدف توحيد المصادر المستعملة لتسهيل العمل القضائي أصدر المشرع الجزائري بموجب القانون رقم84-11 الصادر في 09 جوان 1984 قانون الأسرة الجزائري[26],وقد عالج هذا القانون مختلف المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية بما فيها الحضانة بإعتبارها أثراً من آثار الطلاق,وقد بقيت أحكامها مجالا للإختلاف الفقهي إلا أنها لا تخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية إذ لا يعدو أن يكون خلافا في طريقة تكييف وتطبيق بعض الجزيئات وذلك راجع إلى طبيعة وأسباب إختلاف الفقهاء[27].

وقد عدلت النصوص المنظمة للحضانة في قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم05-02 في محاولة للموازنة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات,كما

بسط المشرع على حقوق المحضون حماية جزائية في حالة مخالفة أحكام الحضانة أو الإخلال بمصلحة المحضون من خلال قانون العقوبات الجزائري,مما يعني أن مصلحة المحضون محمية في التشريع الجزائري من خلال دعاوى مدنية وكذا من خلال متابعات جزائية سلطها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة,كما يشدد قانون العقوبات على مرتكبي الجرائم ضد القصر وموازاة مع ذلك يستفيد الطفل القاصر مرتكب الجريمة بموجب قانون الإجراءات الجزائية من حماية إجرائية خاصة عند محاكمته تراعي وضعه الجسدي والذهني والنفسي وهي إجراءات لا تهدف إلى معاقبته بقدر ما تهدف إلى إسترجاعه من خلال إعادة تصحيح وضعه النفسي والأسري والتربوي الذي دفعه إلى الجنوح.

ومن أهم النصوص الجزائية التي قد تفيدنا عند الحديث عن الطفل المحضون هي المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري التي تعاقب بالحبس من شهرين إلى 6 أشهر وبغرامة من25.000 دج إلى 100.000 دج أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده, وواحد منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم كالإعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقضي بذلك,حيث تندرج هذه الجريمة ضمن الجنح غير أن الأعمال المنصوص عليها في هذا النص ليست على سبيل الحصر بل ذكرت على سبيل المثال.

ويبقى التعديل الدستوري لسنة 2016 على رأس التشريعات التي تحمي حقوق الطفل حيث نص في مادته 72 على أن الأسرة بإعتبارها الحاضنة الأولى لتربية الأطفال,تحظى بحماية الدولة والمجتمع وتكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم ومجهولي النسب ويتعرض كل شخص يمارس العنف ضد الأطفال إلى متابعة جزائية,كما ألزمت هذه المادة الدولة بأن تعمل على تسهيل إستفادة الفئات الضعيفة ذات الإحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بها لباقي المواطنين.

وبعد المصادقة على إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل,صدر القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو2015 المتعلق بحماية الطفل الذي كرس الأحكام الواردة في الإتفاقية ووضع النصوص الكفيلة بصياغة الرعاية الإجتماعية والحماية القانونية والقضائية للأطفال وهو قانون حديث راعى فيه المشرع مستلزمات حماية الطفولة بناء على واقع المجتمع الجزائري الراهن,ورغم أن الجزائر صادقت على إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل سنة1992 إلا أن صدور هذا القانون تأخر كثيرا حيث إستغرق إصداره 23 سنة ومعظم نصوصه مستوحاة من الإتفاقية أعلاه القوانين الداخلية مثل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وقانون السجون والإدماج الإجتماعي,حيث يكرس هذا القانون للطفل المحضون الحماية من العنف داخل الأسرة وخارجها, كما وضع على عاتق الدولة مسؤولية ضمان حق الطفل في الحماية من كافة أشكال الضرر والإهمال أو العنف أو الإستغلال أو الإساءة البدنية أو الجنسية وضرورة إتخاد كافة التدابير المناسبة لوقايته وتوفير الشروط اللازمة لنموه ورعايته والحفاظ على حياته تنشئته تنشئة سليمة وآمنة في بيئة صحية وصالحة.

كما إستحدث القانون رقم 15-12 الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة[28]التي تضع الدولة تحت تصرفها كل الوسائل اللازمة من أجل أن تعمل على حماية حقوق الطفل وترقيته ويترأسها المفوض الوطني لحماية الطفولة الذي يعمل تحت وصاية الوزير الأول,وهو الذي يعد التقارير المتعلقة بحقوق الطفل والتي تقدمها الدولة للهيئات الدولية مع إعداد تقرير سنوي عن حقوق الطفل ومدى تنفيد الإتفاقية الخاصة بذلك ليرفع هذا التقرير إلى رئاسة الجمهورية ومن ثم نشره وتعميمه خلال الثلاثة أشهر الموالية لهذا التبليغ[29].

كما تنص المادة 15 من هذا القانون على: « **يخطر المفوض الوطني لحماية الطفولة من كل طفل أو ممثله الشرعي أو كل شخص طبيعي أو معنوي حول المساس بحقوق الطفل.**»

ولم يكتفي المشرع بتجريم الإمتناع عن تسديد النفقة المقررة شرعا وقانونا للطفل المحضون حيث إستحدث المشرع بموجب القانون رقم 05-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة آلية أخرى لحماية وتكريس حق الطفل المحضون في النفقة غير أن حرص المشرع على عدم ضياع المخصصات المالية لهذا الصندوق[30]جعله يقيد الإستفادة بإجراءات معقدة تحول دون تلبية الغرض من إنشاء هذا الصندوق وهو تحصيل النفقة للطفل المحضون في أقل أجل ممكن كما رتب على سقوط الحضانة أو إنقضائها سقوط النفقة,رغم أن حق الطفل المحضون في النفقة يبقى قائما بعد سقوط الحضانة,حيث يرجع السبب في إعداد هذا القانون دون إخضاعه لدراسة معمقة مما يستوجب إعادة النظر في أحكامه وتقليص الإجراءات الإدارية والقضائية[31]الواجب إتباعها للإستفادة من مستحقات صندوق النفقة.

المطلب الثاني
إعتماد مبدأ مراعاة مصلحة المحضون كأساس لسن الأحكام المتعلقة بالحضانة

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به,لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي يستطيع من خلالها القاضي حماية الطفل ورعاية مصلحته,وأهم منفذ وضعته التشريعات هو قاعدة مراعاة مصلحة الطفل المحضون,حيث لقيت هذه القاعدة إهتماما كبيراً من طرف المشرعي إلـى درجة أنها أصبحت القاعدة الوحيدة التي يفصل القاضي على ضوئـها في مسائل الحضانة وهي قـاعدة مرنة ومطاطة تتأقلم مع مختلف الظروف الزمنية والمكانية فهي تختلف من زمان لآخر, ومن طفل لآخر, كما تختلف من قاضي لآخر حسب قناعته الفكرية.

وفيما يلي تناول ظوابط ومعايير مصلحة المحضون في **فرع أول** ومظاهر مصلحة المحضون في الأحكام المتعلقة بالحضانة في **فرع ثان**.

الفرع الأول
ظوابط ومعـــايير مصلحة المحـــضون.

إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون لم يحل دون إقتراح بعض المعايير.

<u>أولا</u>:الخـــبـــرة

الخبرة تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات فنية ضرورية من أصحاب الإختصاص أو إثبات وقائع مادية معينة محل نزاع حاصل أو محتمل حصوله في مستقبل قريب وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون القانونية التي يختص بها القاضي وحده[32].

وقد جاء في القرار رقم 153640 الصادر بتاريخ 1997/02/18: « **من المستقر عليه قضاءاً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون إعتمادًا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية طبقوا صحيح القانون.**»[33]

حيث يجوز للقاضي الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص طبي أو نفسي أو عقلي للمحضون وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا رقم 337176 الصادر بتاريخ

2005/11/16 الذي جاء فيه: «**على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة إجتماعية.**» (34)

ثانيا: المعـــايـــنـــة

المعاينة هي مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليه, ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق القضية ما يكفي لذلك(35), للقاضي الإنتقال إلى المكان الذي يمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه الطفل المحضون ومن هذه الظروف ضيق المسكن أو إتساعه,حالة الحي الذي يعيش فيه,مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده وغيرها من الظروف التي يأخدها القاضي في الحسبان عند إسناد الحضانة إلى مستحقيها.

ثالثا: سماع الشهـــود

للقاضي طلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم أو زوج أحد الخصوم أو أحد أفراد العائلة عموما من أجل جمع المعلومات التي ساعدت في بناء رأيه تطبيقا للمادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أن:« **يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين.**»

ولأن قانون الأسرة يخلو من أي نص يجيز سماع المحضون في مسائل الحضانة فغالبا مكان موقف القضاء الجزائري بشأن هذه المسألة هو عدم الأخد برأي المحضون حيث جاء في قرار المجلس الأعلى رقم26503 بتاريخ1982/01/11: « **من المقرر أن رغبة المحضون لا تؤخد بعين الإعتبار في تعيين الحاضن ومن تم يجوز للحاضن وهو الأب المقيم بفرنسا بعد أن تنازلت الأم عن حضانة الأولاد أن يضع أولاده لدى من يثق بهم من أهله وأقاربه.**»(36)

وفي حالة الأخد برأي المحضون كون الأمر جوازيا بالنسبة للقاضي فيجب أن يخضع لشروط كان ينفرد القاضي بالمحضون في مكتبه وأن يكون التخيير من بين أصحاب الحق في الحضانة المنصوص عليهم قانونا وأن يكون المحضون قد بلغ سن التمييز (37).

فما دامت مصلحة المحضون هي الأساسية يجوز للقاضي إعطـاء المحضون فرصة للإسهام في تحقيقها بنفسه لأنه يحس ويرغب ولكنه إنسـان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر ويحتاج إلى توجيه في إختيار الحاضن الذي يكون أهلا لذلك(38).

الفرع الثاني
مظاهر الأخد بمصلحة المحضون في الأحكام المتعلقة بالحضانة.

ولقد إخترنا التركيز على بعض أحكام الحضانة وفق للتعديل الجديد أي الأحكام الذي أحدث فيها المشرع تغييرات من خلال تعديل قانون شؤون الأسرة بمقتضى الأمر رقم 05-02 وهي بالتحديد المواد64 و67 و72 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا: الأولى بالحضانة

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على: «**الأم أولى بحضانة ولدها,ثم الأب,ثم الجدة,ثم الجدة لأب ثم الخالة,ثم العمة,ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**», أي أن الحضانة تكون مباشرة للأب بعد الأم, بعد عدول المشرع عن مذهب الجمهور وخاصة المذهب المالكي في ترتيب الحواضن, كما كانت عليه المادة 64 قبل تعديلها(39).

إن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في موضوع الحضانة بمختلف مبادئها إنما يهدف بالأساس إلى حماية مصلحة المحضون ويتجلى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي,والتي تقضي بما يضمن تحقيق المصلحة للمحضون بالدرجة الأولى ومثال ذلك إنتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة المقررة في المادة 64 أعلاه حيث إحتفظ المشرع في ترتيب الحاضنين بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال, وهذا يعني أن مصلحة المحضون فوق كل إعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة للخالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأنها ضمان مصلحة المحضون[40].

وقد إستند المشرع فيما ذهب إليه من جعل إنتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة إلى ما ورد في فقه الحنابلة حيث جاء في المغني:" ولا يشاركها- أي الأم في الحضانة- في القرب إلا أبوه, وليس له مثل شفقتها, ولا يتولى الحضانة بنفسه, وإنما يدفعه إلى إمرأته, وأمه أولى به من إمرأة أبيه"[41].

أي أن المشرع أخذ في هذه المسألة بالرواية المرجحة عند الحنابلة إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال,كما إستند إلى ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/02/18 والذي جاء فيه :« **من المستقر عليه قضاءاً أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون,ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة مصلحة المحضون وإعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك,فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن.**» [42]

وكذا القرار المؤرخ في 2001/02/12[43] الذي جاء فيه:«**إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم,كون المصلحة تقتضي ذلك بعد تطبيقا صحيحا للقانون**».

<u>ثانيا:</u> سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة

إستدرك المشرع النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري مسايرا ماجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/07/18 وجاء فيه:« **من المستقر عليه قضاء,أن عمل المرأة لايعتبر من مسقطات الحضانة ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بإعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون,وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وإنعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقص القرار المطعون فيه**»[44].

هذا الموقف من المشرع يدل على الإتجاه السياسي في تعزيزه لحرية المرأة في العمل والطريق إلى
تحقيق مساواتها بالرجل في مختلف مناحي الحياة وهو نفس الإتجاه المكرس في المادة 19 من قانون الأسرة التي تجيز لها إشتراط العمل أو الإستمرار فيه بحيث يحق لها طلب التطليق في حال تخلف شرطها بعد الزواج[45].

لكن يبقى على المرأة محاولة التوفيق والموازنة بين عملها وأداء دورها الحقيقي النابع من عاطفة الأمومة التي لا يجدها الولد في دار الحضانة التي تضظر إلى أخذه لها أثناء ممارسة عملها ويؤكد علماء النفس أن الطفل يكون في سنواته الأولى بأمس الحاجة إلى التواجد بجانب والدته الأمر الذي قد يؤثر سلبا على نفسيته في حال تواجده في دار الحضانة.

وبناء على ما تقدم أكد المشرع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها – ولا سقوط حقها في الحضانة وإحتياطيا ربط

المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون, وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سبب من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام, فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما- مما يخل بمصلحة المحضون وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/07/03 الذي جاء فيه:**«عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها,ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في الرعاية والعناية.»**[46]

ثـالثـا: سكن الحاضنة أو بدل الإيجار

إذا كانت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديلها تشرط لإستحقاق الحاضنة للسكن أن يكون لها أكثر من ولد فإن التعديل الجديد ومن خلال المادة 72 من قانون الأسرة قد كفل لها الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لإبن واحد أو بنت واحدة حيث نص على:**« في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار, وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيد الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.»** بخلاف النص القديم الذي إستعمل عبارة **«مع محضونيها»**.

كما لم يقيد المشرع حق المرأة الحاضنة في السكن كما لو كان للحاضنة سكن آخر غير مسكن مطلقها حتى يعفى ذلك الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في إستطاعته الحصول على غيره كما ذهب إلى ذلك الفقهاء .كما أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها للمحضون مال يمكن معه إستئجار منزل الحضانة له ولحاضنته قياسا على كون النفقة تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال أما إذا كان له مال فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيرا كان أم كبيرا وهو الرأي الذي قال به جمهور الفقهاء[47].

وكان يجدر أيضا بالمشرع عدم النص على بقاء المطلقة في بيت طليقها إلى حين توفير مسكن لها لممارسة الحضانة لأنه بعد الطلاق يعتبر أجنبيا عنها يضاف إلى ذلك أن تنفيد الحكم المتعلق بالسكن يطول تنفيده كما أن إستعمال مصطلح بيت الزوجية ليس في محله بل الأصح بيت المطلق.

فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم بإيجابه.كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة التي لا يكون بمقدورها الإنفراد بمسكن مستقل عن أهلها لما قد ينجر عن ذلك من مفاسد قد تلحق الحاضنة وتضيع بذلك مصلحة المحضون ومنه فإن هذا النص مجحف في حق الحاضنة لأن مسكن الزوجية - سابقا- أو توفير مسكن ملائم كاد يكون مستحيلا خاصة في ظل غيـــاب الإجراءات القـــانونية التي تمكن القاضي من التحقق من الممتلكات العقارية للزوج[48].

المبحث الثاني
تنظيم حق الزيارة كصورة من صور سد الفراغ التشريعي في مسائل الحضانة قضائيا.

رأينا في المبحث السابق من هذه الورقة البحثية أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون يسيطر على النصوص التشريعية المنظمة للحضانة وأن المشرع رغم إعطائه للقاضي كافة الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون إلا أنه لم يقدم له المعايير التي تساعده في تقدير وجود هذه المصلحة من عدمه وعندما يتعلق الأمر بمسألة الزيارة فإن الحِمل يصير ثقيلاً على كاهل القاضي في غياب النصوص القانونية

التي تنظم ممارسة هذا الحق الذي يرتبط إرتباطا وثيقاً بتنشئة الطفل وسلوكه المستقبلي,فإلى أي مدى وفق القاضي في تنظيم ممارسة هذا الحق بما يضمن حماية مصلحة المحضون؟ وهذا ما سوف نوضحه من خلال بيان شروط الإستفادة من حق الزيارة **(المطلب الأول)** وموقف الإجتهاد القضائي من تحديد مدة الزيارة ومكانها والإشكاليات التي صادفت هذا الإجتهاد **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول
أهمية حق الزيارة في حياة المحضون وأساسه القانوني.

يحتاج كل طفل إلى أن يشعر بعناية والديه وأنه محبوب عندهم لأن الحب المعتدل بينه وبين إخوته وأقرانه حاجة لازمة لصحته النفسية. فالطفل دائماً يشعر أنه مرغوب فيه وأنه ينتمي إلى جماعة أو بيئة إجتماعية, فهو دائماً يحتاج إلى الصداقة والحنان,فالطفل الذي لا يشبع هذه الحاجة إلى الحب والإهتمام, فإنه يعاني الجوع العاطفي ويشعر دائماً أنه غير مرغوب فيه فيصبح سيء التوافق مضطرب النفس مشتت الذهن, خائفاً قلقاً كئيباً كأبناء الأسر المفككة[49].

وفيما يلي نتناول أهمية حق الزيارة في حياة الطفل المحضون **(الفرع الأول)** وأساسها القانوني **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول
أهمية الزيارة في حياة الطفل المحضون.

إن أول مشكلة تظهر بعد إفتراق الأبوين هي محاولة إستئثار من بيده الحضانة للولد وإبعاده عن
الآخر وكون المحضون هو محور هذا التنازع فإن ذلك يعرضه للكثير من الإنعكاسات النفسية والتربوية وقد يؤول إلى الإنحراف[50].فمهما تظافرت الجهود لتعويض الطفل عن فقدان أحد والديه فلن تتمكن من بلوغ الشأو المطلوب.

وتكمن أهمية الزيارة في حياة الطفل المحضون في كون هذا الأخير يحتاج إلى الشعور بالأمن والطمأنينة والإنتماء إلى الأب والأم والإخوة وأفراد الأسرة الآخرين, فهذه الرعاية النفسية هي التي تؤمن للطفل العيش في جو آمن يشعر فيه بالحماية من كل العوامل الخارجية المهددة لوجوده فيعمل على إستمداد هذا الشعور بالأمن في حاضره ومستقبله كما يجب مراعاة الوسائل التي تشبع حاجاته حتى لا يشعر بالتهديد لكيانه فيؤدي به إلى إكتساب أساليب سلوكية قد تكون سلبية في حياته كالكذب والسرقة والعدوانية وقد أشار **"بيك"** في دراسته أن طلاق الوالدين يحرم الطفل في سنوات الطفولة المتأخرة وبداية البلوغ من إشباع حاجاته إلى الإنتماء إلى الأسرة وينمي عنده القلق والإضطراب والإنفعال بسبب غموض أدواره الراهنة والمستقبلية, وتدفعه للإنسحاب والإستغراق في أحلام اليقظة أو إلى التمرد والمروق والعدوان والتدخين وإدمان المخدرات والإنغماس في العلاقات الجنسية الشاذة ثم يصبح أكثر إستعداداً للجنوح[51].

الفرع الثاني
الأساس القانوني لحق الزيارة

إكتفى المشرع الجزائري في تنظيمه لحق الزيارة بالإشارة إلى هذا الحق من خلال الفقرة الثانية من المادة64 من قانون الأسرة التي جاء فيها:« **وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.**» فلم يخصص لهذا نصاً خاصاً مستقلاً وإكتفى بالنص عليه عرضنا في مادة متعلقة بالحضانة[52],التي فصل المشرع في معظم الأحكام المتعلقة بها في عشرة مواد(من المادة62 إلى المادة72 من قانون

الأسرة الجزائري.) فبينما أخضع المشرع أحكام الحضانة إلى التشريع ترك أحكام الزيارة للإجتهاد القضائي.

ومن خلال المادة 64 أعلاه يتضح أن المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة التي من مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه فأعطاه سلطة الحكم بالزيارة من تلقاء نفسه, ولو غفل المعني عن طلبها مما يعني أن الحكم يكون معيباً إذا نطق بإسناد الحضانة دون النطق بحق الزيارة, كما أن حق الزيارة من النظام العام لا يمكن الإتفاق على منعه أو إسقاطه[53].

والغاية من منح القاضي سلطة الحكم بالزيارة من تلقاء نفسه هي تحقيق مصلحة المحضون النفسية في التواصل مع والديه بمعنى أن حق الزيارة مقرر أساساً لمصلحة المحضون وليس لمصلحة المحكوم له بالزيارة , فإذا أراد المحضون أن يزور آباه أو أمه كان له ذلك, وينبغي على الأب والأم-على حسب الأحوال- أن يجيباه إلى طلبه رعاية للعامل النفسي لدى الطفل ولا يمنعانه من ذلك لما فيه من الإغراء على قطع الرحم, فحق رؤية الأبوين مقرر شرعاً لأنه من باب صلة الرحم التي أمر بها الله عزوجل في قوله:﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾[54]

كما أن في نص المادة 64 تكريساً لما جاء في المادة التاسعة من إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي تنص على:« **تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما في الإحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية وإتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل**».

المطلب الثاني
سلطة القاضي في تنظيم ممارسة حق الزيارة والإشكاليات المرتبطة به.

لقد ترك المشرع للقاضي سلطة الفصل في كل الأحكام المتعلقة بالزيارة سواء من حيث تحديد صفة الأشخاص المخول لهم ممارسة هذا الحق أو من حيث تحديد مكان الزيارة ومدتها...إلخ,كما لم يتطرق المشرع إلى جزاء الإمتناع عن الزيارة رغم أن حق الزيارة مقرراً أساساً لمصلحة المحضون والتي تعد المعيار الذي يستند عليه القاضي في أعمال سلطته التقديرية عند الفصل في المسائل المتعلقة بالزيارة أو الحضانة عموماً, وكله في سبيل أن ينمو المحضون نمواً طبيعياً بعيداً عن العقد والأمراض النفسية, فيكون فرداً فاعلاً في المجتمع لا عالة عليه, وفيما يلي نتناول في **فرع أول** مستحقي حق الزيارة وفي **فرع ثانٍ** مدتها ومكانها.

الفرع الأول
سلطة القاضي في تحديد مستحقي الزيارة.

من أجل الإستفادة من حق الزيارة يجب التقيد بمجموعة من الشروط[55]:
يجب الإلتزام بالمكان والوقت المحددين للزيارة مع عدم إتخاذ هذا الحق ذريعة للإخلال بحق الحضانة. وأن لا يصادف حقا للصغير ولذلك لا يجوز للمستفيد من حق الزيارة المطالبة به أثناء فترة نوم الصغير ليلاً أو في أثناء فترة تعليم الصغير نهاراً...وكذلك وقت الحر الشديد أو البرد الشديد أووقت إرضاعه.وأن لا يخشى على المحضون الهرب أو السفر له من صاحب حق الزيارة إذا كان هدد بذلك أو سبق له الهرب به.وأن يكون مسؤولاً عن الصغير خلال فترة الزيارة ولا يهمله بل يبقى تحت رقابته طوال هذا الوقت لحاجته في هذا السن لذلك, وأن لا يستخدمه للتأثير على الحاضن للتنازل عن حقه.

وبالنسبة للمستحقي الحضانة جاء في قرار المحكمة العليا رقم258479 بتاريخ2001/01/23.
« للخالة حق الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة لمن يستحقون حقوق الحضانة,ومتى كان ذلك فإن لها الحق في الزيارة مما يجعل القرار المطعون فيه قد وفق فيما يقضي به»[56]
مما يعني أن حق الزيارة لا يقتصر على طرفي النزاع حول الحضانة بل يتجاوزهما لكل من يرى
القاضي فيه مصلحة المحضون من رؤيته كالخالة والجد والجدة....إلخ.ومنه فإن عدم النص صراحة على أصحاب الحق في الزيارة يؤدي إلى إعتبارهم هم نفس الأشخاص أصحاب الحق والحضانة[57], كماأن لأي شخص الحق في زيارة المحضون متى رأى القاضي أن في ذلك تحقيق لمصلحة المحضون.

الفرع الثاني
سلطة القاضي في تحديد مدة الزيارة ومكانها.

بالنسبة لمدة الزيارة وبالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده قد إستقر على منح الزيارة أيام العطل الأسبوعية أو الموسمية أو العطل المدرسية والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية, ويتم تحديدها تبعا للسلطة التقديرية للقاضي التي تختلف من محضون لآخر تبعاً لسنه وللظروف المحيطة به,فبالنسبة لعطل نهاية الأسبوع فيقضيها مع الأب وغالبا ما تحدد مدة الزيارة من 9 صباحاً إلى16مساءاً,أما إذا كان المحضون رضيعاً فالزيارة تكون أقل من ذلك بكثير.

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم59784 الصادر بتاريخ 16أفريل 1990:**« متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقا لما تقتضيه حالة الصغار, فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع... ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يقضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون خرقا للقانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار القاضي المطعون فيه.»**[58]

أما بالنسبة لمكان الزيارة هو ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات محدودة ولذلك لا يكون مكان الزيارة سبباًحرجاً للزائر كمسكن المطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه[59],حيث جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم14290 المؤرخ في 1998/12/15:**« من المقرر شرعاً بأنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة, ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن في بيت المطعون ضدها فبعد طلاقها أصبحت أجنبية عنه وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والديها ولو ساعات محددة, ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة.»**[60]

وفي قرار آخر رقم79891الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/30 جاء فيه:**« إن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن فبقضائه,كما فعل تجاوز إختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع, ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.»**[61]

ولضمان تنفيد حق الزيارة لمصلحة المحضون أضفى المشرع الطابع الإستعجالي على القضايا المتعلقة بزيارة المحضون لتوفر عنصر الإستعجال فيها كونه

حقاً للمحضون ويرتبط بإحتياجاته العاطفية والنفسية حيث جاء في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري: « **يجوز للقاضي الفصل على وجها لإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لا سيما ما يتعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن.**» ومنه يجوز اللجوء إلى رئيس قسم شؤون الأسرة من أجل إستصدار أمر ينفد مباشرة بقوة القانون مما يسمح لغير الحاضن باللجوء إلى الغرامة التهديدية أو إلى المتابعة الجزائية ضد الحاضنة في حالة المساس بهذا الحق.

كما يستطيع القاضي تطبيقا لأحكام المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري أن يحكم بإسقاط حق الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون متى كانت الحاضنة قد إستوطنت بلداً أجنبياً مما يمنع المحضون من رؤية والده, ويلاحظ أن المشرع لم يربط الإنتقال بالمحضون بموافقة غير الحاضن وإنما ترك الأمر للقاضي الذي يستطيع منع السفر بالمحضون حفاظاً على حق المحضون في عدم فصله والديه المنفصلين ومنه يقع على عاتق قاضي شؤون الأسرة التأكد من الطبيعة العرضية للإنتقال بالمحضون والتحقق من وجود ضمانات كافية لعودة المحضون إلى أرض الوطن[62].

ويبقى الإشكال قائما بشأن غياب نصوص قانونية تضمن تمتع المحضون بحق الزيارة -الذي يتعلق بإستقراره النفسي والعاطفي- لأن لا يوجد نص يعاقب المستفيد من حق الزيارة في حالة إمتناعه عن زيارة المحضون بإستثناء المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري التي تفرض عقوبات جزائية على كل من يخل بهذا الحق أو يعبث به[63].

ولعل من الضروري الإستنجاد بنص المادة 02 من قانون حماية الطفل رقم 15-12 الذي عرف الطفل في خطر بأنه:« **الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمته في خطر أو عرضة له أو تكون ظروف المعيشة أو سلوكه من شأنها أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية والنفسية أو التربوية للخطر.**»

فإذا أسقطنا هذا النص على حالة المحضون الذي إمتنع والده عن زيارته وجعله معرضاً للوقوع في الأمراض والعقد النفسية فإن المادة 32 من القانون أعلاه تنص على :« **يختص قاضي الأحداث لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو مسكنه أو محل إقامته أو مسكن ممثله الشرعي وكذلك قاضي الأحداث للمكان الذي وجد به الطفل في حالة عدم وجود هؤلاء بالنظر في العريضة التي ترفع من الطفل أو ممثله الشرعي أو وكيل الجمهورية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل أو مصالح الوسط المفتوح أو الجمعيات أو الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفولة كما يجوز للقاضي أن يتدخل تلقائيا...يمكن تلقي الإخطار المقدم من الطفل** »

لكن عمليا لا يوجد تفعيل لهذه النصوص,مما يستدعي تدخل المشرع بنصوص تجبر على تلبية طلب الطفل المحضون في رؤية أبيه أو أمه حسب الحالة تحت طائلة الأمن في رؤيته, تحت طائلة توقيع عقوبات جزائية لأن الحلول والتدابير المقررة في قانون حماية الطفل لم تلتفت إلى هذه المسألة رغم أهميتها.

كما أن منع الحاضنة للأب من زيارة إبنه يقابله عجز أب المحضون عن التنفيد حيث يصادف ذلك عطلة نهاية الأسبوع أو عيداً وطنياً...إلخ,فلما يلجأ صاحب الحق إلى تحرير محضر إمتناع يكون المحضر في عطلة وكذلك وكيل الجمهورية أما مصالح الشرطة فترفض اللجوء إلى التنفيد لأنها تعمل تحت سلطة وكيل الجمهورية وبالتالي ندخل في دوامة نهايتها عدم رؤية المحضون مما يدفع الأب إلى مقاضاة أم المحضون جزائياً[64].

خـــاتمـــة:

رغم إعتماد مبدأ مراعاة مصلحة المحضون كأساس لسن الأحكام المتعلقة بالحضانة هذا المبدأ الذي صار مبدأ عالمياً كرسته إتفاقية حقوق الطفل التي إلتزمت بها الجزائر منذ عام 1992,إلا أن المشرع كان شحيحاً في سن النصوص القانونية التي تنظم هذه المصلحة ,حيث أن السلطة التقديرية للقاضي التي تختلفمن محضون لآخر تبعاً لظروف كل قضية وتبعا لقناعة كل قاضي.

وما لاحظناه من خلال هذه الورقة البحثية هو غياب شبه تام لبعض الأحكام التي تساعد القاضي في ردع كل من يمس بمصلحة المحضون وهو ما بيناه من خلال تعرضنا لمسألة الزيارة فلا يوجد أي نص قانوني يلزم الأب بزيارة إبنه المحضون رغم أن حق الزيارة مقرراً أساساً لمصلحة المحضون وليس لمصلحة من حكم له بالزيارة رغم تأكيد إتفاقية حقوق الطفل على عدم فصل الطفل المحضون عن والديه المنفصلين ورغم تأكيد كل الدراسات النفسية على أهمية الأسرة في تنشئة الطفل فيجد القاضي نفسه عاجزاً أمام إستنجاد الحاضنة به لحماية المحضون من شبح الوقوع في الأمراض والعقد النفسية نتيجة إمتناع والده عن ممارسة حق الزيارة في غياب نص قانوني يلزمه به تحت طائلة توقيع عقوبات جزائية على غرار جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة رغم أن الزيارة أهم من النفقة في حياة المحضون فإنفصاله عن والده يجعل منه شخصية مهزوزة نظراً لفقدانه الشعور بالإنتماء إلى والده على غرار أقرانه في المدرسة, لذلك نناشد المشرع من خلال هذه الورقة البحثية إلى ضرورة الإلتفات إلى هذه المعضلة التي تهدد أبنائنا والتدخل العاجل بنصوص قانونية تكفل للمحضون التمتع بهذا الحق .

هوامش ومراجع:

1_ الأمم المتحدة منظمة عالمية تضم في عضويتها جميع دول العالم المستقلة وقد تأسست هذه المنظمة في 25 أكتوبر 1945 في مدينة سان فرانسيسكو في ولاية كاليفورنيا الأمريكة, وللأمم المتحدة ميثاق وهو مكون من ديباجة قصيرة و111 مادة موزعة على تسعة عشر فصلاً إضافة إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الذي يتكون من 80 مادة, يعد جزءاً لا يتجزأ من الميثـاق وأي سلوك دولي يتناقض ويشكل خرقاً لميثاق الأمم المتحدة يصبح بالضرورة سلوكا منافيا للقانون الدولي وللشرعية الدولية وهنالك منظمات فرعية تتفرع عن الأمم المتحدة مثل مجلس الأمن, محكمة العدل الدولية,الجمعية العامة, المجلس الإقتصادي والإجتماعي, مجلس الوصاية, منظمة الأمم المتحدة لشوؤن الطفل,اليونيسيف, مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان, منظمة الأمم المتحدة للثقافة والعلوم"اليونيسكو".
(الشحات إبراهيم محمد منصور, حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية,2011,ص52.)

2_ كان من المفترض أن يتم إبرام إتفاقية حقوق الطفل في عام 1979 وذلك بمناسبة عشرين عاما على إصدار الأمم المتحدة إعلان حقوق الطفل في عام 1959 وإعتبار عام 1979 هي السنة الدولية للطفل, وهذا ما دفع دولة بولندا إلى تقديم إقتراحها بعقد هذه الإتفاقية الدولية إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة وذلك عن طريق لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان وكان ذلك بداية عام 1978, وكان الإقتراح البولندي مطابقا تماما لمبادىء إعلان حقوق الطفل الصادر عام1959 وتعمدت بولندا ذلك لأن هذا الإعلان قد وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة من قبل ولكن الميزة في تكرار نفس مبادئ الإعلان في صورة إتفاقية دولية هو منح هذه المبادئ والحقوق الخاصة بالطفل الصفة القانونية الملزمة.

(منتصر سعيد حمودة, حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي ,دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2007, ص65.)

3_ تعتبر إتفاقية حقوق الطفل أسرع الإتفاقيات العامة دخولا حيز النفاذ فقد قرر ذلك في مدة قياسية وهي تسعة أشهر من تاريخ إعتمادها, إذ لاقت قبولا واسعا من الدول,نظرا لأهمية حقوق الطفل وحمايتها عند دول العالم, فالإتفاقية تخاطب الحكومات وسلطات الدولة وأيضا تخاطب كل فئات المجتمع والآباء والأمهات وأعضاء الأسرة, وكافة العاملين في مجال المدارس وأصحاب المهن وكل فئات المجتمع التي تتعامل مع الطفل وقد صادقت عليها حتى الآن191 دولة أي كل دول العالم بإستثناء دولتي الصومال والولايات المتحدة الأمريكية.
(المرجع السابق,ص65.)

4_ ج ر,عدد91 مؤرخة في 23 ديسمبر1992.

5_ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 -242 المؤرخ في 8 جويلية 2003, ج ر عدد41,سنة2003.

6_ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-300 المؤرخ في 2 سبتمبر2006, ج ر,عدد55.

7_ وسيم حسام الدين الأحمد,حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية,منشورات الحلبي الحقوقية,لبنان,ص77.

8_ شحات إبراهيم منصور,مرجع سابق,ص 152.

9_ يتم تكوين لجنة خبراء مستقلين ترشحهم الدول الأطراف وتنتخبهم الجمعية العامة للأمم المتحدة لمدة أربع سنوات وكانت المادة43 من الإتفاقية تنص على أن عدد أعضاء اللجنة هم 10 لكن نظراً للزيادة غير المتوقعة في عدد الدول المصادقة فقد قررت الجمعية العامة زيادة عدد الأعضاء إلى 18 عضوا. تعقد اللجنة ثلاث دورات سنوية إلى جانب الدورات التمهيدية, وتتلخص مهام اللجنة في تلقي تقارير الدول الأطراف عن التدابير المتخذة لنفاد الإتفاقية في غضون سنتين من بدء نفاد الإتفاقية بالنسبة للدولة الطرف وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات (المادة44) كما تصدر ملاحظات عامة بشأن مواضيع تتعلق بتفسير الإتفاقية أو تشكل أهمية خاصة في تطبيق الإتفاقية.
(وسيم حسام الدين الأحمد,مرجع سابق,ص80.)

10_ التبني محرم في الإسلام كونه يؤدي إلى إختلاط الأنساب, فالإسلام يحرص على حق الطفل في الإنتساب لأبيه حتى لا ينتشر التفكك في المجتمع الإسلامي بزيادة عدد الأبناء الذين ليس لهم إنتماء إلى آباء وهذا معناه ضياع الطفولة لضياع الهوية والأنساب الفعلية مما يؤدي إلى إنتشار الحقد والكراهية والجرائم اللاخلاقية.
(الشحات إبراهيم منصور,مرجع سابق,ص158.)

11_ ريبوار صابر محمد,حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية,مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية,2015,ص54.

12_ المرجع نفسه,ص22.

13_ أثناء إنعقاد مجموعة العمل المكلفة بإعداد إتفاقية حقوق الطفل في الفترة من 1980 إلى 1987 وعند وضع المسودة النهائية لمشروع الإتفاقية صار خلاف بين أعضاء هذه المجموعة حول وضع تعريف الأسرة داخل مسودة هذا المشروع نظرا لأن بعض الدول تأخذ في تعريف الأسرة بمفهوم ضيق يقصر الأسرة على الوالدين والأطفال فقط,وأيضا فإن هنالك عددا كبيرا من الدول يوسع نطاق الأسرة لتشمل الأقارب والأهل بجانب الأبوين لذلك تم التوصل إلى حل وسط توفيقي بين الإتجاهين المتضاربين وترك مفهوم وتعريف الأسرة للدول الأطراف, حتى يستطيع القانون الدولي التكيف مع كل أنماط وأشكال الأسر الموجودة في دول العالم,فتم التخلي عن فكرة وضع تعريف دقيق للأسرة ملزم على المستوى العالمي.
(منتصر سعيد حمودة,مرجع سابق,ص75.)

14_ أسماء ثنيوة,حقوق الطفل بين الشريعة والقانون,رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله,جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية,قسنطينة,السنة الجامعية2005-2006,ص150.

15_ لعل مشكلة الطفل الكوبي" أليان جونزاسي" التي تابعها العالم خير شاهد على ضرورة جمع شمل الأسرة لكي ينعم الطفل بهذا الحق الإنساني وتخلص وقائع هذه القصة التي أثارت أزمة سياسية بين الولايات المتحدة الأمريكية وكوبا,حيث كانت والدة الطفل الكوبي تحاول دخول الولايات المتحدة الأمريكية ومع الطفل بطريقة غير شرعية بواسطة مركب في المحيط فغرقت الأم وماتت ونجا الطفل من الحادث فإستلمته السلطات الأمريكية في ولاية فلوريدا وسلمته لأقارب الزوجة المتوفية المقيمين في هذه الولاية ولما حاول والد الطفل المقيم في كوبا إسترجاع الطفل من السلطات الأمريكية رفضت طلبه, وبعد عرض الأمر على إدارة الهجرة الأمريكية أصدرت قرارها بعودة الطفل إلى والده في كوبا,فرغم أن الولايات المتحدة الأمريكية ,ليست منظمة إلى إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989,إلا أنها إتخدت هذا القرار بإعتبار عدم فصل الطفل عن والديه أو إحداهما وجمع شمل الأسرة صار من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان التي نصت عليها مواثيق دولية سابقة على هذه الإتفاقية.
(منتصر سعيد حمودة,مرجع سابق,ص78.)

16_ أسماء ثنيوة,مرجع سابق,ص151.

17_ ثمة قصة شهيرة حدثت بعد إبرام إتفاقية حقوق الطفل في قضية "بيرهاب"حيث كان ينفق على أولاده الصغار ويراهم مرة كل أسبوع طيلة أربع سنوات كاملة,وعندما تقدم بطلب تجديد التصريح الخاص بإقامته في هولندا رفضت الحكومة الهولندية ذلك الطلب لكونه قد تزوج من سيدة ألمانية فرفع "بيرهاب" دعواه إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مؤسساً إياها على خرق هولندا للمادة8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على وجوب إحترام وحدة الأسرة وذلك بحرمانه من رؤية أولاده فإستجابت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لطلبه مبطلة وهو نفسه مضمون الفقرة 3 من المادة 9 من إتفاقية حقوق الطفل التي إنضمت لها كل دول أوروبا.
(منتصر سعيد محمود,مرجع سابق,ص80.)

18_ تنص المادة 3 من إتفاقية حقوق الطفل على:" في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الإجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الإعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

19_ كما أكدت المادة14 من الإتفاقية حقوق الطفل على واجبات الدول والوالدين في تربية الطفل في ظل النظام العام والصحة العامة والآداب العامة وغيرها من الحقوق

التي تجعل من الطفل مستقبلا الرجل المثقف الواثق من نفسه الذي يتحمل المسؤوليات الملقاة على عاتقه ويساهم في تقدم ورقي مجتمعه ودولته.

20_ الحضانة لغة مأخودة من الحضن وهو الجنب أو الصدر وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها وقامت بتربيته وتسمى حينئذ حاضنة.
(المعجم الوسيط,ص182.)
وإصطلاحا الحضانة هي القيام برعاية وتربية من لايستطيع الإستقلال بنفسه من قبل من له الحق في ذلك من الأقارب كالأم والأب وغيرهما.
(مصطفى عبد الغاني شيبة,أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية,منشورات جامعة صبها, ليبيا,2006,ص224.)
وشرعا الحضانة هي رعاية من لا يستطيع أن يستقل بأمره وتربيته وحفظه عما يهلكه ويضره,كما نعرف بأنها تولي الحاضنة أمرالطفل فتقوم على رعايته وحفظه مما يؤذيه أو يضره بنظافته وتقوم على تربيته جسميا وعقليا وإجتماعيا وتتولى أمر طعامه وشرابه مادام طفلا لا يستطيع أن يقوم بذلك بنفسه,كما تعرف بأنها إيواء الصغير وكفالته حتى سن البلوغ وهي حق الأطفال للحفاظ على أبدانهم وعقولهم.
(ريبوار صابر محمد,مرجع سابق,ص155.)
أما الطفل المحضون فيمكن تعريفه على أنه كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة وإذا كان هذا القصر بسبب صغر سنه أو ضعف عقله.
(تشوار حميدو زكية,مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة,دكتوراه في القانون الخاص,كلية الحقوق,جامعة أبى بكر بلقايد تلمسان,2005,ص46.)

21_ تنص المادة 3 من الإتفاقية:"تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازميين لرفاهه مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه فتتخد تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية."

22_ تنص المادة 28 من إتفاقية حقوق الطفل على حقه في التعليم.

23_ تنص المادة 24 من الإتفاقية على حق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي وبحقه في مرافق علاج الأمراض.

24_ تنص المادة62 من قانون الأسرة الجزائري على أن الحضانة في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً.

25_ شوقور فاضل,قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء إتفاقية حقوق الطفل,مجلة الدراسات القانونية والسياسية,عدد6, جوان2017,ص334.

26_ القانون رقم84-11 المؤرخ في5 يوليو1984المتضمن قانون الأسرة الجزائري,ج ر لسنة1984,عدد24صادرة في12-06-1984.
27_ محفوظ بن صغير,قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم05-02,دار الوعي,الجزائر,2012,ص280.

28_ المادة 11 من القانون رقم 15-12.

29_ المادتين 19 و20 من نفس القانون.

30_ صندوق النفقة هو صندوق مالي إحتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون تقبضه المرآة الحاضنة في حالة تعذر التنفيد الكلي أو الجزئي للحكم

القضائي الملزم بالنفقة بسبب إمتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو في حالة جهل محل إقامته.
(عثمان حويدق ومحمد لمين مجرالي,صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص,مجلة الشهاب,عدد5 ديسمبر 2016,ص203 [مقال من ص197- ص220]).

31_ المرجع نفسه,ص219.

32_ سناء عماري,التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري,مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص,تخصص أحوال شخصية,كلية الحقوق والعلوم السياسية,جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي,السنة الجامعية 2014-2015,ص198.

33_ م ق,إجتهادات المحكمة العليا,عدد1 لسنة1997,ص39.

34_ م ق,للمحكمة العليا,عدد 65 لسنة 2010,ص319.

35_ مراد محمود سنيكات,الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني(دراسة مقارنة)ط1,دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان2008, ص45.

36_ نشرة القضاء لسنة 1982,عددخاص,236.

37_ بوبكر خلف,مصلحة المحضون,دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة,مجلة العلوم الإنسانية.جامعة محمد خيضر بسكرة, عدد44, ص530[مقال من ص519-ص534].

38_ أحمد سامي,السلطة التقديرية لقاضي شوؤن الأسرة,دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية,رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص,كلية الحقوق والعلوم السياسية,جامعة أبى بكر بلقايد,تلمسان,السنة الجامعية 2013-2014.

39_ الحضانة تكون للنساء والرجال المستحقين إلا أن النساء يقدمن على الرجال لأنهن أشفق وأرفق وبها أليق. وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر,فتكون حضانة الولد للأبوين إذا كان النكاح قائما بينهما فإن إفترقا,فالحضانة للأم لما ورد أن إمرأة جاءت إلى النبي _ص_ فقالت يا رسول الله إبني هذا كان بطني له وعاء,وثدي له سقاء وحجري له وعاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال رسول الله _ص_ :«أنتي أحق به ما لم تنكحي».
(الدار القطني,كتاب النكاح,باب الحضانة,حديث رقم3808. 468/4)
وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة التي نصت على أن الأم هي الأولى بحضانة ولدها.

40_ محفوظ بن صغير,مرجع سابق,ص303.

41_ إبن قدامة,المغني414/11.

42_ قرار رقم 13546,م ق,عدد 1 لسنة1997,ص39.

43_ قرار رقم 6629, م ق لسنة2004,عدد2,ص421.

44_ قرار رقم 245156, م ق لسنة2011,عدد خاص,ص188.

45_ المادة 53 الفقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري.

46_ ملف رقم 274207,م ق لسنة2004,عدد1,ص262.

47_ جاء في قرار المحكمة العليا رقم 012705 الصادر بتاريخ 1994/11/29:« من المقرر قانونا أن نفقة المحضون وسكناه من ماله أن كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا أما إذا تعذر عليه فعليه أجرته, ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن ممارسة الحضانة وأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذللك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة».
(م ق لسنة 1995,عدد1,ص170.)

48_ أكدت المحكمة العليا أن للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر حيث إعتبرت هبة الزوج لمسكن الزوجية إلى أبويه بعد صدور حكم الطلاق بمثابة تهرب وإحتيال قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة.
(قرار صادر بتاريخ 1998/03/17, م ق لسنة2001,عدد خاص,ص210.)

49_ بلقاسم شتوان,ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري,أسبابها وآثارها النفسية والإجتماعية والإقتصادية, دراسة فقهية إجتماعية, دار النشر, مطبعة المنار, سطيف, ط1, 2010, ص296.

50_ إن رؤية المحضون لها مردود إيجابي على الناحية النفسية للطفل ذلك أنه إذا كان الطفل يجنح لإرتكاب الجرائم لغياب الوالد مثلاً فإن رؤية الوالد لطفله تشعره بأن هنالك من يراقبه ويعمل من أجله ونحو ذلك, وبالتالي فإن الطفل ينشأ تنشئة مستقيمة تقية من الإنحراف والتشرد.
(بلقاسم شتوان,مرجع سابق,ص299)

51_ المرجع نفسه.

52_ لأن الزيارة أثر من آثار الحضانة.

53_ بوزيونة لينة, زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري,دراسة بين القانون والواقع,المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية,عدد2 سبتمبر2019,ص291[مقال من ص283 إلى ص 299].

54_الآية 75 من سورة الأنفال.
وإذا مرض المحضون كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها لأنه صار بالمرض كالصغير في حاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به أما إذا مرض أحد لأبوين وكان الولد عند الآخر فإن هذا الولد لا يمنع من المشي إلى ولد,فمشي ولده إليه أولى أما في حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترتها أولى والأم تزور إبنتها لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة.
(أنظر:الشحات إبراهيم محمد منصور,مرجع سابق,ص18.)

55_ آمال رواق,علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارها,دراسة مقارنة,أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون,تخصص أحوال شخصية,جامعة الأمير عبد القادر, قسنطينة, قسم الشريعة والقانون,السنة الجامعية2017/2016,ص382.

56_ م ق, لسنة2001,عدد2, ص300.
57_ تنص المادة64 من قانون الأسرة على:« الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدةلأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.»

58_ م ق,لسنة1991,عدد4, ص126.

59_ سناء عماري,مرجع سابق, ص44.

60_ م ق لسنة 2001,عدد خاص, ص194.

61_ م ق لسنة1992,عدد1,ص55.

62_ عيسى طعيبة,حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيده على ضوء قانون الأسرة والإجتهاد القضائي,مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية,جامعة أبو بكر بلقايد,ص276[مقال ص267-280].

63_ تنص المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500دج إلى 5000دج للأب أو للأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة وكذلك كل من وكلت إليه حضانته أو من المكان الذي وضعه فيه أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على إبعاده إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أوعنف".

64_ بوزيونة لينة, مرجع سابق,ص292.