إجحاف قانون الأسرة في تنظيم حق الزيارة

Inequality of Family Law in Visitation Planning

الدكتورة/ غنيمة قنيف[2،1]

[1] **جامعة تيزي وزو، (الجزائر)**

[2] **المؤلف المراسل:** ghenima.guenif@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/01/24 تاريخ القبول للنشر: 2022/04/04 تاريخ النشر: 2022/04/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ فريد خلفاوي (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: د./ محمد أكرم عربات (جامعة سطيف 2)

ملخّص:

تضمّن تقنين الأسرة الجزائري حق الزيارة بوصفها إحدى آثار الطلاق وتوابع الحضانة، إلاّ أنّه أغفل تنظيم آليات ممارسة هذا الحق، وهذا بالنظر إلى التعسف الذي قد ينجم عن استعمال هذا الحق من قبل الوالدين المطلقين، الأمر الذي قد يسبب أضرارا جسيمة على الحالة النفسية للأولاد المعنيين بالزيارة.

في خضم ذلك، تدخّل القضاء لإيجاد حلول كفيلة بتنظيم حق الزيارة من خلال الاجتهادات القضائية التي أصدرها في هذا الشأن، الأمر الذي يحيل إلى النقائض التي تشوب تنظيم المشرع لموضوع حق الزيارة، والتي تستدعي إعادة النظر فيها، وهو ما حاولت دراسته من خلال هذه الورقة البحثية.

الكلمات المفتاحية: الطلاق؛ الحضانة؛ الزيارة؛ إغفال؛ آليات؛ اجتهاد القضاء؛ تعسف؛ عدم تسليم الطفل؛ خطف الاطفال.

Abstract:

The Algerian family code has included visitation rights among the effects of divorce and the consequences of custody, but it has neglected to regulate the mechanisms for exercising this right, given the abuses that may result from the use of this right by divorced parents, which can cause serious damage to the psychological state of the children concerned by the visit.

In the meantime, the judiciary has intervened to try to find solutions to regulate the right of access through the case law it has issued in this regard, which refers to the contradictions in the regulation of the right of access by the legislator, which calls for reconsideration, which is what I tried to study through this research work.

Key words*: Unfairness; law; regulation; mechanisms; visiting; delivery of the child in custody; restriction; divorce; kidnapping.*

مقدّمة:

إذا فقدت العلاقة الزوجية أحد أهم ركائزها المتمثلة في المودة والرحمة والسكينة، وحل محلها الشقاق والضغينة والعداوة، وصفت بالعلاقة الفاشلة، وعدّ الطلاق حل أمان لها، ينهي الخطر الذي يهدد أطرافها. (ملوي، 2013، صفحة 9).

غير أن ثمرة هذا الزواج وهم الأطفال (للحكومة، 2015) يرون فيه وضعا مشؤوما، كونهم ضحايا مشاكل لا ذنب لهم فيها، فهم يحتاجون في مرحلة الطفولة أكثر من أية مرحلة أخرى إلى الشعور بالأمان والطمأنينة والحماية التي لا منبع لها سوى كنف أسرة متحدة، إذ أثبت علم النفس دورها الجوهري في تكوين شخصية متزنة وسوية للإنسان (فتيحة، 2018، صفحة 268). فالوالدان من أهم المؤثرات الاجتماعية التي تؤدي دورا أساسيا في تربية الطفل ونشأته (بديعة، 2018، صفحة 45)، لذلك عدت حماية الأسرة والطفولة من المبادئ الدستورية (للحكومة، المادة 71 من التعديل الدستوري لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020،ج.ر.ج.ج ع 82، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020). التى جسدها تقنين الأسرة , بموجب القانون رقم 84 -11 (للحكومة، 1984) من خلال حق الحضانة وحق الزيارة، فهما آليتان تضمنان أداء الوالدين للمهام المنوطة بهما حتى بعد فك الرابطة الزوجية.

فإذا كانت الحضانة مظهرا من مظاهر الرعاية المادية والمعنوية التي تخص المبيت والطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع والملبس وتلبية كل حاجيات الطفل التي لا يستطيع القيام بها بنفسه لعجزه وصغره (أمحمد، 2017، صفحة 53).، وهي أمور تختص بها النساء أولاهن الأم المفطورة بغريزة الأمومة والمملوءة بالحب والحنان والشفقة، فهي بذلك أحق مخلوق بولدها (محمد، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، 2014، صفحة 185)، وتعدّ الزيارة تمكين الوالد الآخر من تفقد أحوال المحضون التربوية والتعليمية والصحية والأخلاقية وتعهده بما يحتاج إليه (العزيز، 1996، صفحة 297). فإذا كانت الأم مصدر الحنان فان الأب مصدر القدرة والتوجيه والتقويم. (محمد ب.، 2006، صفحة 188)

نص المشرع الجزائري على حق الزيارة في المادة 64 فقرة 2 من تقنين الأسرة يقر فيها بهذا الحق، مخرجا القاضي من قاعدة عدم الحكم بما لم يطلبه الخصوم، وأمره بالحكم بالزيارة من تلقاء نفسه عند الحكم في دعوى الحضانة لتكاملهما، فكلاهما من آثار فك الرابطة الزوجية، وحق الزيارة من توابع الحضانة، فهما وجهان لعملة واحدة تسعيان إلى إبقاء المحضون في جو أسري يشعره بالأمان، غير أن أهمية حق الزيارة وارتباطه بالحق في الحضانة، لم يجاريه تنظيم قانوني يظهر آليات ممارسته، وبهذا يكون النص التشريعي قد أغفل تنظيم حق الزيارة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن:

ما هي الآثار المترتبة عن عدم وجود تنظيم تشريعي لحق الزيارة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من التطرّق إلى دور القاضي في حل إشكالات عدم تنظيم المشرع لحق الزيارة (المبحث الأول)، ثمّ التعسف الذي يتعرض له المحضون عند استعمال حق الزيارة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

منح القاضي السلطة التقديرية لتنظيم حق زيارة المحضون

لم ينظّم تقنين الأسرة آليات ممارسة حق الزيارة، وهو سكوت يدفع القاضي إلى الاجتهاد من خلاله وضع مبادئ ممارسة هذا الحق، وهي ضمان ممارساته وتسهيله (مطلب أول)، وعدم تقييده إلاّ إذا استدعت مصلحة المحضون ذلك (مطلب ثان).

المطلب الأول: ضمان حق الزيارة وتسهيل ممارسته

يجب على القاضي أن يحكم بالزيارة بمجرد حكمه في دعوى الحضانة، وذلك بإسنادها لمن يستحقها (فرع أول)، مبرزا أوقات ممارستها (فرع ثاني).

الفرع الأول: إسناد حق الزيارة لمستحقها

يمنح القضاء في أغلب الأحيان ومن خلال عدة اجتهادات قضائية حق الحضانة للأم بعض النظر عن مدى توافرها على الشروط الأخرى لممارسة الحضانة، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون الذي يرى في قربه إلى أمه تحقيق لأعلى مصلحة؛ لأنها أقرب مخلوق إلى ولدها، وليس هذا احتراما إجباريا لترتيب المشرع الجزائري لمستحقي الحضانة قبل تعديل تقنين الأسرة أو بعده، وهو ترتيب غير ملزم وغير مرتبط بالنظام العام بتقرير من إحدى الاجتهادات القضائية البارزة التي جعلت مصلحة المحضون المعيار الوحيد لهذا الترتيب، غير أنه نستئس بهذا النص، فحين منح الحق في الحضانة لأحد الأبوين منح الآخر حق الزيارة، كون الأبوين أحق بالحضانة والزيارة من غيرهما بتأكيد من قرار المحكمة العليا المؤرخ في 30 أبريل 1990 فهي حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه دون تضيق أو تقييد أو مراقبة.

قد يفهم من خلال النص على حق الزيارة المنظمة في المادة 64 من تقنين الأسرة بأن مستحقي الزيارة من غير الأبوين هم نفسهم أصحاب الحق في الحضانة، وهو المفهوم الذي أكده عديد من الاجتهادات القضائية، منها قرار المحكمة العليا المؤرخ في 23 جانفي 2001 الذي منح حق الزيارة للخالة مسببا قراره بأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون الحضانة، ومن كان كذلك فإن لها الحق في الزيارة، كما عدّ القضاء من جهة أخرى الجد من مستحقي الزيارة، وربط هذا الاستحقاق بالتزام الجد بالنفقة على ابن الابن، إذ يُعدّ أصلا له، وهو بمنزلة والده المتوفي. فكما تجب عليه النفقة طبقا لنص المادة 77 من تقنين الأسرة يكون له أيضا حق الزيارة، وهو ما قرره قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 أبريل 1998.

الفرع الثاني: تنظيم أوقات ممارسة الحق في الزيارة

تهدف الزيارة إلى توطيد الأواسر الأسرية، وتقريب المحضون من والده الآخر وعائلته من الجهة الأخرى وأقاربه، لذلك عد منع تسهيل ممارسة حق الزيارة شكلا من أشكال العقوق وقطع لصلة الرحم (أمحمد، 2017، صفحة 61).

يشعر أيضا المحضون من خلال ممارسة والده للزيارة، إلى اهتمام هذا الأخير به ووجود رقيب على أعماله وأفعاله، الأمر الذي يوجهه، ويجعله يخلو من العقد النفسية التي يسببها غياب أحد الوالدين أو إهماله له، فإذا كانت الزيارة من قبيل المجاملات التي تخرج عن أي جزاء قانوني في المعاملات اليومية، فهذا لا ينطبق على حالة المحضون الذي يعد بأمس الحاجة إلى الزيارة، لما فيها من راحة نفسية وإحساس بالكمال والدفء والاكتمال (أمحمد، 2017، صفحة 59)، لذلك يؤدي تحديد عدد الزيارات ومدتها دورا هاما في ممارسة هذا الحق، فكلما كانت المدة طويلة ودورية كان الترابط أكثر، وكلما كانت الزيارات متقاربة وطدت العلاقة أكثر؛لأن القرب الدائم والدوري للمحضون من والديه الحاضن والزائر على حد سواء يقلص من الآثار السلبية الناتجة عن انفصالهما.

يُعدّ قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 16 أفريل 1990 مرجعا قضائيا في تحديد زمان الزيارة ووقتها. حيث جعله لا يجب أن يقل عن مرة واحدة في الأسبوع، وكل تجاوز لهذا الحد يعد خرقا للقانون، فقد قرر نقض قرار المجلس الذي حدد وقت الزيارة للأب بمرة واحدة في الشهر، كما جرى العرف القضائي على تقسيم العطل السنوية والمدرسية مناصفة في الأعياد الدينية، فاليوم الأول يقضيه المحضون مع حاضنه، ويقضي اليوم الثاني مع صاحب الحق في الزيارة، الذي يحق له أيضا الزيارة في آخر كل أسبوع (ليندة، 2019، صفحة 291).

أما عن ضبط مده الزيارة بساعة أو ساعتين أو يوم كامل، فتكون بالنظر إلى سن المحضون، فكلما كبر احتاج لوقت أطول مع والده الآخر كي يتمكن هذا الأخير من القيام بواجب الرقابة (يزيد، 2019، صفحة 162)، فحق مبيت المحضون مرتبط بمدى إمكانية استغنائه عن الحاضنة، وقد نستأنس بالقاعدة الفقهية عن الإمام مالك عند حديثه عن الرضيع إذ أقر بأنه "و للأب تعهد ولده عند أمه ولا يبيت إلا عند أمه".

ربط القضاء أيضا مدة الزيارة ودوريتها بصاحب الحق في الزيارة، فإذا كان للأجداد حق رؤية وزيارة أحفادهم في حالة عدم وجود الأبوين أو أحدهما إلا أنها لا يمكن أن تكون مساوية في مدتها للحق في الزيارة المقررة للأب أو الأم، لاختلاف الغايتين، لذلك نقضت المحكمة العليا قضاء المجلس الذي قرر حق الزيارة مرتين في الأسبوع للجد والجدة مع حق المبيت، اذ عدّ ذلك انقاصا من حق الحاضن، فضلا عما يلحق الأبناء من ضرر سواء لصغر سنهم أو بلوغهم سن الدراسة، فتحديد وقت الزيارة وعدم مساواته مع وقت الحضانة فيه مساس بالطرفين؛ المحضون ووالده، وهذا لعدم كفايته لتحقيق الغرض من الزيارة، ففي وقت وجيز يصبح الطرفان أجنبيين مقيدين بوقت وكأنها زيارة لمسجون في حين أنها علاقة عاطفية وأبوية وجب تحريرها من قيد الوقت.

المطلب الثاني: مدى جواز تقييد الحق في الزيارة

ضمنت الاجتهادات القضائية حق الزيارة، ورفضت أن تبنى على الخوف، بل على الحق وحده دون تقييد ولا تضييق (فرع أول)، إلا إذا استدعت مصلحة المحضون غير ذلك (فرع ثان).

الفرع الأول: عدم تقييد الحق في الزيارة كأصل

يعدّ مكان ممارسة الزيارة أحد أهم الإشكالات العملية المتداولة، والمؤسف أنها لم تحظ بإجابة تشريعية واضحة، وهو ما اجتهد فيه القضاء، مستندا على قواعد شرعية تمنع التعسف في استعمال الحق، فلا يضار والد بوالديه، وقد رفض القضاء تحديد مكان الزيارة وحصره في مسكن الحاضنة، كون هذه الأخيرة أجنبية يحرم الخلوة بها، كما عدّه تقييد لحرية الأفراد، وإحراج للزائر الذي يمارس الزيارة في مسكن من كان على خلاف معها، مؤكدا أن الهدف من الزيارة لا يتحقق إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدّدة، وقد تم الجزم بذلك بموجب القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 ديسمبر 1998 (المحكمة العليا، 2001)، كما كان قد قرر في سابقة قضائية أخرى ضرورة تسهيل ممارسة حق الزيارة دون تضييق أو تقييد أو مراقبة، وعدّ اشتراط المجلس القضائي على الأم ألا تقوم بزيارة بنتها خارج السكن الزوجي تجاوزا لاختصاصاته وتقييد لحرية الأشخاص ومخالفة للشرع والقانون، وهذا من خلال القرار المؤرخ في 30 أبريل 1990 (المحكمة العليا، قرار المحكمة العليا، ملف رقم 79891، مؤرخ في 30 أفريل 1990،م ق، ع 1، 1992، 1992).

يرفض القضاء تقييد مكان ممارسة الزيارة دون إعطاء أمثلة عن الأماكن الجائز فيها ممارسة الزيارة وتلك غير الجائزة، إذ لابد أن يكون المكان هادئا بعيدا عن الخلافات العائلية وعن كل ما يحرج الزائر والمحضون، ويؤثر على نفسية هذا الأخير.

ويطرح إشكال مكان ممارسة حق الزيارة بشدة، عندما يكون الأطفال ثمرة الزواج المختلط، ويقرر أحد الأبوين العودة إلى الجزائر بعد فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي يجعل القيام بزيارته يقتضي وجوبا انتقال المحضون إلى بلد آخر غير محل إقامته، وقد كان المتزوجون بالفرنسيات يعانون كثيرا من قرارات القضاء الفرنسي الذي يسند الحضانة للأم، ولا يعطي حق الزيارة للأب لغياب ضمانات عودة المحضون، أو باشتراط أن يكون محل إقامته بفرنسا، وأكثر من ذلك سحب جواز السفر منه (الهادي، 2021، صفحة 271)، وقد أدت هذه المعاناة إلى انتشار ظاهرة اختطاف الأطفال وتناول الإعلام لها، لذلك أبرمت الدولتان اتفاقية -جزائرية فرنسية- تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، حيث أصرت على ضرورة احتفاظ المحضون بعلاقات شخصية وباتصالات مباشرة مع والده، الأمر الذي يمنح للمحضون حق مغادرة البلد محل إقامته والسفر إلى والده، وهذا هو مفهوم الزيارة حسب هذه الاتفاقية) للحكومة (www.joradp.dz, 1988 , وهي بهذا تعترف بحق الزيارة العابر للحدود وعدم تقييده بمكان إقامة الحاضن.

الفرع الثاني: إقرار مصلحة المحضون قيدا للحق في الزيارة كاستثناء

لم يضع القضاء من خلال ما سبق دراسته سواء في مستحقي الزيارة وفي زمانها ومكان ممارستها أي قيد على هذا الحق أو أصحابها، وهذا سعيا منه إلى تحقيق الهدف من الزيارة؛ وهي تمتين صلة

المحضون بوالده الآخر، إلا أن مواقف قضائية أخرى أظهرت أن القيد الوحيد على هذا الحق هو مصلحة المحضون ذاته.

إذا كان مثلا سن المحضون ليس سببا في تقييد حق الزيارة فلا يمكن ربط هذه الأخيرة ببلوغ المحضون سنا معينة، كما فعله قضاة المجلس الذين ربطوا حق الأب في زيارة ابنه ببلوغه سن 4 سنوات، وهو ما ألغاه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 4 جانفي 2006، و قد كان المبدأ المستند عليه هو: "إن زيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حق له وغير مرتبطة بسن معينة" (المحكمة العليا، قرار المحكمة العليا، غ‌أش،ملف رقم 350942، مؤرخ في 4 جانفي 2006، م ق، ع 1، 2006.، 2006)، إلاّ أنه قد يكون قيدا على مكان ممارسة الحق في الزيارة، وهذا ما يمكن فهمه من القرار المؤرخ في 23 أبريل 1991الصادر عن المحكمة العليا (المحكمة العليا، قرار المحكمة العليا، ملف رقم 71727، مؤرخ في 23 أفريل 1991، م ق، ع 2، 1993.) التي أيدت قرار المجلس الرافض لطلب الحاضنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها وبحضورها بحجة إرضاع البنت كل ساعتين، ولقد سببت المحكمة العليا تأييدها لقرار المجلس بأن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، وإن تجاوزت البنت المحضونة هذه السنّ يجعل الطلب غير مؤسس قانونا.

يفهم من هذا القرار بأنه إذا كان سن المحضون لا يتجاوز عامين حيث يستوجب إرضاعه يلزم الزائر بزيارته في بيت الحاضنة المطلقة، على الرغم مما نتج عن الطلاق من عداوة، فمصلحة المحضون أولى، وهذا قد يكون سببا في امتناع الوالد عن الزيارة.

يراعي القاضي مصلحة المحضون أيضا عند الحكم، إذ أوجبت المادة 69 من تقنين الأسرة على الحاضن الرجوع إلى القاضي في دعوى الحضانة الرامية إلى الترخيص له بالاستوطان في بلد أجنبي، وهذا ما يؤثر في حق الزائر ويمس به ويمنعه من ممارسة حقه وتحقيق الهدف منها، وقد تضمنت الالتزام بمراعاة مصلحة المحضون حين إثبات الحضانة أو إسقاطها، فالمبدأ القضائي المعمول به هو أن سفر الحاضن أو الولي خارج بلد إقامة الزائر يسقط الحق عن الحضانة؛ لأن في هذا البعد حرمان للأب من ممارسة حق الرقابة، إلا أنه رخص للحاضن السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي لعلاجه، كما لم يوقف القضاء دراسة المحضونين، واستند إلى شهاداتهم المدرسية في الخارج، وقرر أن مصلحتهم الدراسية أولى من حق الزيارة بالرغم من معارضة أبيهم صاحب الحق في الزيارة، وهو ما تستغله عدة حاضنات لإبعاد الأبناء عن آبائهم وحرمانهم من حق الزيارة.

المبحث الثاني:
تعسّف الأطراف في استعمال حقي الحضانة والزيارة

إنّ ممارسة حقي الحضانة والزيارة لابد أن يكون في ظروف عادية تنفيذا للأحكام القضائية دون التعسف من قبل الحاضن الذي يمتنع عن تسليم الطفل ويستأثر به (مطلب أول)، ولا من قبل الزائر الذي لا يعيد المحضون إلى حاضنه (مطلب ثان).

المطلب الأول: امتناع الحاضن عن تسليم الطفل

عدّ المشرع الامتناع عن تسليم الطفل من قبيل الجرائم الماسة بالأسرة، ومساسا بقوة الأحكام القضائية، واعتراضا على تنفيذها، ويعد تجريمها حفاظا على مصداقية هذه الأحكام (العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، صفحة 153) (فرع أول)، غير أن ضحية هذا الفعل تصادفه إشكالات كثيرة تصعب من متابعة المتهم (فرع ثان)

الفرع الأول: تجريم امتناع الحاضن عن تسليم الطفل

تتجلى حماية المشرع للأسرة والطفل في تقنين العقوبات في تجريم كل الأفعال الماسة بترابط الأسرة، وكل اعتداء على الطفل ومساس بسلامته، ويعد امتناع الحاضن عن تسليم المحضون للوالد الذي تقرر له حق زيارة من الأفعال المجرّمة والمعاقب عليها طبقا لنص المادة 328 ت ع التي تنص على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 الى 50000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به... وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوين عن الجاني".

فإذا كانت هذه المادة تقصد عدم التسليم وامتناع المتهم الذي كان المحضون القاصر موضوعا تحت رعايته عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي (أحسن بوسقيعة، 2007، ص. 177)، فهي بذلك تحصر نطاق تطبيقها على عدم تسليم الطفل للحضانة، فإنها صالحة التطبيق أيضا على حق الزيارة، لأن صاحبها أو المشتكي صاحب سند تنفيذي منح له حق الزيارة وضحية فعل عدم التسليم. (خلفي عبد الرحمن، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة، دراسة مقارنة، 2008، صفحة 127)، ولقد سوى القضاء الجزائري في إأد اجتهاداته بين حق الزيارة وحق الحضانة، إذ قرر أن عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يرتب المسؤولية الجزائية، يعد تحليلا منطقيا ذلك أن عدم التمكين من حق زيارته هو انتهاك لنفس الحكم الذي قرر الحضانة، ذلك أن كل حكم يفصل في الحضانة يقرر وجوبا حق الزيارة (شقرون حسينة، 2010، صفحة 26).

يكيّف هذا الفعل بأنه جنحة، وهي من الجرائم السلبية القائمة على الامتناع الذي يعد ركنا أساسيا لقيامها يكفي لقيام الركن المادي دون أن تعقبه سجنة إجرامية؛ أي أنها جريمة بسيطة من قبيل الجرائم المستمرة والمتجددة فيها يحوز محاكمة الممتنع عن التسليم مرة ثانية لاستمرار حالة الامتناع (شقرون حسينة، 2010، صفحة 24).

يستلزم قيام هذه الجنحة إلى جانب ركن الامتناع أن يتوفر صاحبها على سند تنفيذي؛ أي حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو مشمول بالنفاذ المعجل الذي قد يكون حكما مستقلا أو أمرا مؤقتا طبقا لنص المادة 57 مكررمن تقنين الأسرة، التي تمنح حق المطالبة بالزيارة في المرحلة التي تكون فيها دعوى الطلاق معروضة على القضاء، ولم يفصل فيها بعد، والتي قد تستغرق ثلاثة أشهر وهي مدة طويلة تؤثر على علاقته بأولاده.

يعدّ عدم توفر الشاكي على هذا السند سببا لرفض الدعوى لعدم قيامها وهو ما قررته المحكمة العليا في إحدى إجتهاداتها التي استند فيها الشاكي على الحكم غير مشمول بالنفاذ المعجل وكان محل

استئناف، كما تتوقف تحريك هذه الدعوى على شكوى يقدمها الشاكي ويضع التنازل حدا للمتابعة، وهذا كله حفاظا على الروابط الأسرية خاصة علاقة الطفل بوالديه، ويتطلب القانون أيضا تحرير المحضر القضائي لمحضر يؤكد واقعة الامتناع وصفة الشخص الممتنع، الذي قد يكون الحاضن أو من أي شخص آخر بتعبير نص المادة 328 ت.ع. لا بدّ أن يدون في المحضر اسم الممتنع ذلك أنه المتهم في هذه الدعوى كون الجريمة شخصية، كما لابد أن يتأكد المحضر من علم الممتنع بوجود سند تنفيذي وعصيانه له، ذلك أن العلم ونية العصيان شرطان لاكتمال القصد الجنائي للممتنع. (منصوري المبروك،صفحة 69).

الفرع الثاني: الإشكاليات العملية لمتابعة الممتنع عن التسليم

يعدّ امتناع الحاضن عن تسليم المحضون لصاحب الحق في الزيارة بداية معاناة لهذا الأخير، الأمر الذي يدخله في إجراءات قضائية معقدة، أولها وجوب اصطحابه لمحضر قضائي يثبت واقعة الامتناع وتحرير محضر يؤكد فيه ذلك، و هو أمر مستحيل في أغلب الأحيان، لأنه يصادف يوم الجمعة أو مناسبة دينية أو وطنية وهو يوم عطلة، لذلك وجب عليه الحصول على أمر من وكيل الجمهورية يرخص فيه للمحضر القضائي التنقل خارج أوقات العمل.

فكلّ من المحضر القضائي ووكيل الجمهورية يستلزمان ضرورة توفر صاحب الحق في الزيارة على سند تنفيذي، أي حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وهو الشيء الذي لا يتحقق إذا لم يقم بتبليغ الحكم للطرف الآخر، فعدم تبليغ الحكم يؤدي إلى إدّعاء الحاضن بعدم العلم، وهو ما يحول دون اكتمال شرط أساس للركن المعنوي لجنحة عدم تسليم القاصر، ولا تكتمل هذه الجنحة أيضا إذا أثار الحاضن رفض المحضون نفسه التنقل ورؤية الوالد الآخر، الأمر الذي قد يكون نتيجة التحريض من قبل الحاضن، لذلك لا بد من رفض هذا التبرير وإلزام الحاضن ببذل كل الجهد والعناية لإقناع المحضون برؤية والده الآخر.

إنّ طول هذه الإجراءات وتعقدها يؤدي إلى حرمان المحضون من والده الآخر لمدة طويلة، وهو ما يؤثر على العلاقة بينهما، ويرسخ في ذهن المحضون لصغر سنه فكرة إهمال والده له، كما أن هذا الحرمان يدفع الوالد صاحب الحق في الزيارة إلى تكوين أسرة جديدة، لسدّ هذا الفراغ، ومداواة جراح علاقته الأولى، وقد يتوقف عن دفع النفقة لأسرته الأولى، وهو أمر يدخل الأطراف في دوامة منازعات قضائية أخرى، لذلك كان من المفروض أن يجعله المشرع سببا لإسقاط الحضانة لردع الممتنع.

المطلب الثاني: تعسف صاحب الحق في الزيارة في استعمال حقه

إذا كان الطفل المحضون القاصر دائما ضحية في تعسف والديه في ممارسة حقي الحضانة والزيارة، فإنّ أدوار الجاني والضحية تتبدل لتصبح الضحية في جريمة الامتناع عن تسليم الطفل، والجاني في جريمة عدم إعادة الطفل إلى محضونه إما بإبعاده عن المكان الموجود فيه (الفرع الأول)، أو بخطفه عن حاضنه (الفرع الثاني)، والفعلان مجرّمان قانونا.

الفرع الأول: إبعاد المحضون عن المكان الموجود فيه

يعدّ ابعاد القاصر عن المكان الذي يرعى فيه، وعدم ردّه إلى مكان ممارسة حق الحضانة بعد انتهاء الأوقات المخصصة للزيارة أحد السلوكات التي يقوم بها الوالد صاحب الحق في الزيارة، انتقاما من الطرف الآخر الحاضن، الذي يمتنع عن تسليم المحضون كما سبق الإشارة إليه، ورغبة في قضاء أطول وقت ممكن مع المحضون من جهة أخرى، فقصر وقت الزيارة وارتباطها بعامل الوقت أمر يحول دون توطيد العلاقة بين الطفل ووالده الآخر لقضائه وقتا أطول مع صاحب الحق في الحضانة، يضاف إلى ذلك أن هذه الأوقات محصورة في آخر الأسبوع والعطل والأعياد الدينية، وعادة ما يمنع حق المبيت، كما لا يحق للوالد صاحب الحق في الزيارة ممارسة هذا الحق في مكان مزاولة الطفل لدراسته.

وأمام كل هذه العوائق والضغوطات يلجأ صاحب الحق في الزيارة إلى إبعاد المحضون من المكان الموجود فيه، والذي يتحقق عندما يتسلم الجاني الطفل بناءً على حق الزيارة، ثم يقوم بأخذه بعيدًا عن الشخص المكلف بحضانته، ويحتجزه خارج المكان الذي من المفروض أن يسكن فيه، وقد يتحقق بالتنقل بالطفل إلى مكان آخر (علي لعور سامية، لبكار محمود، 2017، صفحة 362).

يعدّ إبعاد القاصر استغلالا لفرصة تواجد المحضون معه لاحتجازه، ويصعب الأمر، ويتعقد أكثر عندما يقوم الجاني بتهريب الطفل خارج البلاد، وهو الأمر الذي يصعب من عملية إعادة الطفل وتسليمه إلى من يطالب به إذا كان لا يعرف له محل (علي لعور سامية، لبكار محمود، 2017، صفحة 263)، ولقد تناولت وسائل الإعلام والتواصل الاجتماعي لعديد الحالات من هذا القبيل.

قد لا يقوم الجاني بالإبعاد بنفسه، وإنما يكلف غيره بذلك، فيستعين الأب أو الأم أو الجدة بشخص آخر للقيام بالإبعاد لصالحهم، هنا يكون الشخص المنفذ أداة ووسيلة للتنفيذ، وهو بذلك فاعل مباشر لارتكابه الركن المادي للفعل، ولا يمكن عدّه شريكا؛ لأن هذا الأخير هو من يقوم بمساعدة الفاعل الأصلي من خلال القيام بأعمال تحضيرية وليست أعمال أصلية، أما عن صاحب الحق في الزيارة فهو فاعل أصلي لكونه محرض على ارتكاب الفعل.

ويعاقب المشرع من خلال نص المادة 328 الفقرة 2 من تقنين العقوبات كل من أبعد المحضون أو حمل الغير على ذلك سواء وضع ذلك باستعمال العنف والمقابل أو دونهما، ليكون المشرع الجزائري بهذا عامل صاحب الحق في الزيارة معاملة الأجنبي الذي لا يحق له رؤية ابنه أو الانفراد به إلا في الأوقات المرخصة له وكأنه يزور مسجونا، فتكييف فعل عدم إرجاع المحضون إلى حاضنه بعد انتهاء أوقات الحق في الزيارة يفضل تكييفه بالامتناع عن التسليم عوض الإبعاد، ذلك أنه من حق الوالد أن يحمل الابن أو المحضون من الوسط الذي يعيش فيه إلى وسط آخر، ولا حرج في ذلك أن الإبعاد يفترض أن يكون من شخص أجنبي، واستدل أنصار هذا الموقف بالتشريعات المقارنة المصرية والتونسية والمغربية التي لم تجرم إبعاد الوالد لولده من مكان إلى آخر (خلفي عبد الرحمن، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة، دراسة مقارنة، 2008، صفحة 245).

الفرع الثاني: خطف المحضون من حاضنه

حرمان الوالد الزائر من عدة حقوق يتمتع بها الحاضن، تدفعه إلى تجاوز حدود الإبعاد إلى القيام بخطف الطفل المحضون، وهو الفعل المجرّم والمعاقب عليه طبقا لنص نفس المادة 328 ت.ع التي جرّمت فعلي الامتناع عن تسليم القاصر وإبعاده، ويلاحظ بأن المشرع أورد ثلاث جرائم في مادة واحدة في حين أنها جرائم بصور مختلفة، وعليه كان من المفروض أن تستقل كل جريمة بنص خاص بها، لأن الجريمة الأصلية وهي الامتناع عن تسليم القاصر هي جريمة سلبية في حين أن الصورتين الأخريين هما جريمتان إيجابيتان، يؤتي فيهما الجاني سلوكا إيجابيا. فكليهما مختلفتي الأحكام وجب أن تحظيا بتنظيم خاص ومختلف عن الأولى (رواحنة نادية، 2019، الصفحات 624-641).

يعرف الخطف بأنه أخذ القاصر من بين يدي الشخص المكلف بالحضانة أو من الأماكن التي وضعه فيها، سواء مدرسة أو محل أو مكان ممارسة نشاط رياضي أو حتى عند قريب أو صديق يزروه أو شارع أو حديقة يلعب فيها، والقيام باحتجازه ونقله إلى مكان مجهول وقطع الصلة بينه وبين ذويه (علي لعور سامية، بكار محمود، 2017، صفحة 263)، وبهذا يستغل الوالد وانتهازه لفرصة تواجد المحضون دون رقابة سواء عند خروجه من المدرسة أو عند لعبه مع أقرانه ليقوم إما باستمالته أو بالتحايل عليه سواء بالعنف أو من دونه، كي يحقق النتيجة الإجرامية، ويقوم ذات الفعل أيضا سواء قام به الوالد بنفسه أو حمل غيره على القيام به، فيعدّ فاعلا محرضا على الجرم (رواحنة نادية، 2019، صفحة 699).

يؤدي الخطف إلى اختفاء الطفل المحضون وعدم الوقوف على محل وجوده ولا العثور عليه إلى الاستعانة بالقوة العمومية للوصول إليه، هذا ما سببه عدم التنظيم المحكم العادل للحق في الزيارة في تدمير الأسر، فمثل هذه الجريمة تؤدي إلى معاقبة الوالد و وسجنه وإبعاده عن المحضون، هذا الأخير الذي سيتأثر بمشهد القوة في خطفه والقوة في احتجازه، وبغياب الحاضن عنه لمدة قد تطول وقد تقصر. ويتأثر أكثر عند استرجاع الشرطة له ووقوفه أمام القضاء والمرور بكافة إجراءاته، الأمر الذي يجعل وجوب متابعته لدى طبيب نفسي أكثر من ضروري.

من هنا نقول أن للقانون وفراغاته وعدم تعديله وإنصافه لكلا الطرفين؛ الحاضن وصاحب الحق في الزيارة خاصة نصيبا في ارتكاب كل هذه الجرائم وتفكيك الأسر، كما أن غياب ثقافة الطلاق السلمي في الوسط الجزائري جعل الأبناء ضحية تصارع وانتقام لا نهاية له بين المطلّقين.

الخاتمة:

أغفل تقنين الأسرة الجزائري تنظيم حق الزيارة، إذ تغيب فيه كل آليات ممارسة هذا الحق، الأمر الذي فتح المجال للاجتهاد والسلطة التقديرية للقاضي. كما أنه يعاب على هذا التقنين تسهيله سبل فك الرابطة الزوجية وعدّدها، فقد أصبح الطلاق من أكثر القضايا في أروقة المحاكم، وأضحى إجراء جلسة الصلح أمرًا شكليا وآليا جامدًا، وأصبح الحكم بالحضانة والزيارة تقليدًا قضائيا تتشابه فيه كل الحالات.

وقد أدّى هذا الفراغ القانوني إلى معاناة أسبوعية للوالد صاحب الحق، وفتح المجال للحاضن بالتعسف والاستئثار بالمحضون لغياب الرادع القانوني، ليجد الأطراف أنفسهم في أروقة المحاكم، ضحيتها

أطفال يكبرون بعقد نفسية، فكم من مجرمين يثيرون أمام المحاكم الجنائية طلاق قضية أبويهم وطفولتهم المحرومة من حنان الأبوين سببا للانحراف.

لذلك **نقترح** ما يلي:

- ضرورة تعديل تقنين الأسرة وتضمينه آليات ممارسة حق الزيارة، ولما لا وضع قانون خاص بتوابع الطلاق من حضانة ونفقة وزيارة، يُظهر ضوابط ممارسة هذه الحقوق وجزاءات ردع المخالف لها، كما يمكن إدراجها ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الأحكام المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة

- ضرورة إعادة النظر في أوقات الزيارة وجعلها مناصفة بين صاحب الحق في الحضانة، ذلك أنّ التوقيت معيار لا يمكن استعماله في علاقة عاطفية معنوية كعلاقة الوالد بابنه، ووجوب امتداد الحق في الزيارة إلى المدرسة.

- لابد أن يشير الحكم إلى ضرورة إعلام الحاضن لصاحب الحق في الزيارة عن كل تغيير للعنوان، بالإضافة الى تنظيم أماكن ممارسة الحق في الزيارة، وتوفير ظروف مناسبة للوصول إلى الغاية من تقريرها.

- التجريم الصريح لامتناع الحاضن تسليم المحضون لصاحب الحق في الزيارة ما يضمن التحقيق الواضح لمبدأ الشرعية الجزائية.

- جعل الامتناع عن تسليم الطفل سببا من أسباب إسقاط الحضانة لردع الممتنع.

أضحى الاهتمام بالحق في الزيارة أولى من الاهتمام بجريمة تبييض الأموال وغيرها من المواضيع التي بسطت الدولة رقابتها عليها، لأنه موضوع يخلق أفرادًا بعقد نفسية وحرمان عاطفي ويفكك الأسرة الجزائرية، التي تعدّ النواة الأساسية للمجتمع، صلاحه في صلاحها وتفككه في تفككها.

الإحالات والمراجع:

1. أحسن، ب .(2007) .الوجيز في القانون الجزائي الخاص ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال .الجزائر :دار هومة للنشر.
2. الرحمن، خ. ع .(2008) .الجرائم الماسة بأحكام الحضانة، دراسة مقارنة، .المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع2،..p. 127
3. الرحمن، خ. ع .(2008) .الجرائم الماسة بأحكام الحضانة، دراسة مقارنة، .المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع p. 127.2 .
4. العزيز، س. ع .(1996) .الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري .الجزائر: دارهومة للطبع والنشر والتوزيع..
5. العزيز، س. ع .(s.d.) .الجرائم الواقعة على نظام الأسرة. تونس : الدار التونسية للنشر، المؤسسة الوطنية للكتاب.
6. المبروك، م .(s.d.) .الحماية الجزائية للطفل المحضون في قوانين الدول المغاربية، .مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد 3، ع1، .p. 69 ,
7. الهادي، ب. ز .(2021) .تنظيم حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال .حوليات جامعه الجزائر1، المجلد 35، ع271.2 p. .
8. أمحمد، ب .(2017) .مفهوم حق الزيارة وعلاقة بالحضانة .مجلة البحث القانوني والسياسي، مجلد 2، ع 1، p. , 53.
9. بديعة، ل .(2018) .دور الأسرة في النشأة الاجتماعية للطفل .مجلة الأسرة والمجتمع، مجلد 6، ع 1..p. 45
10. حسني، م. ن .(1986) .جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع .القاهرة،: دار النهضة العربية.
11. حسينة، ش .(2010) .جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه .مجلة الاجتهاد القضائي، ع7، جامعة محمد خيضر، بسكرة،.p. 26 .
12. فتيحة، ب .(2018) .العلاقات الأسرية وتأثيراتها على الاستقرار النفسي للطفل، دراسة نفسية تحليلية .مجلة البحث والدراسات العلمية،مجلد 12، ع1،.p. 268 .
13. للحكومة، ا. ا ,1966) .جوان 11 Récupéré sur www.joradp.dz .(أمر رقم 66- 156، مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج ع 49، الصادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.
14. للحكومة، ا. ا ,1984) .جوان 12 Récupéré sur www.joradp.dz .(قانون رقم 11 -84، مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج ع 24 لسنة 21، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق لـ 12 جوان 1984، معدل ومتمم.
15. للحكومة، ا. ا ,1988) .يوليو 27 Récupéré sur www.joradp.dz .(الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بتاريخ 21 يونيو 1988، مصادقة عليها بموجب المرسوم رقم 88 144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، ج.ر.ج.ج ع 30، الصادر بتاريخ 27 يوليو 1988.
16. للحكومة، ا. ا ,2015) .جويلية 19 Récupéré sur www.joradp.dz .(المادة 2 من قانون رقم 15- 12، مؤرخ في 28 رمضان عام 1436، الموافق لـ 15يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج رج.ج ع 39، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2015.

17. للحكومة، ا. ا ,2016) .مارس 7 .(المادة 72 من قانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، يتعلق بالتعديل الدستوري،ج.ر.ج.ج ع 14، الصادر بتاريخ 7 مارس Récupéré sur www.joradp.2016 .

18. ليندة، ي ,2019) .سبتمبر .(حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، دراسة بين القانون والواقع، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، ع p. 291.2 .

19. محمد، ب .(2006) .دراسات في الأحوال الشخصية .القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

20. محمد، ل .(2014) .مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية .مجلة البحوث والدراسات، ع p. 185.17 .

21. محمد، ل .(2017) .مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية .مجلة البحوث والدراسات، ع p. 185.17 .

22. محمود، ع. ل .(2017) .صور جرائم خطف الأطفال في قانون العقوبات الجزائري .مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 10، ع p. 362.2 .

23. ملوي، ل. ب .(2013) .الطلاق والخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة .الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

24. نادية، ر .(2019) جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على الضوء المادة 328 .مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، ع pp. 624-641.3 .

25. يزيد، ب. ع، 2019) .جانفي .(زيارة المحضون على الضوء الاجتهاد القضائي الجزائري .مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، ع p. 162..6.

إجحاف قانون الأسرة في تنظيم حق الزيارة ـــــــ