مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية
EL - HAKIKA (the Truth)
Journal for Social and Human Sciences

المجلد: 20 / العدد: 01 / السنة: 2021 ص ص:35-60

دور القضاء المغاربي في الحفاظ على الروابط الأسرية عند إسناد الحضانة وتنظيم الزيارة

Maghreb Judiciary's Role in Maintaining Family Ties When Giving Custody and Organizing The Visit

مروة بن شويخ[1*]، أحمد ولد عبد الدايم[2]

1 جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا)، marouabench@gmail.com

2 جامعة نواكشوط العصرية،(موريتانيا)، abdeeddayem2006@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/10/22 **تاريخ القبول:** 2021/02/13 **تاريخ النشر:** 2021/03/30

ملخص:

يتناول هذا البحث دور القضاء في الحفاظ على الروابط الأسرية من خلال موضوعين وهما إسناد الحضانة وحق الزيارة والإشكالات المتعلقة بهما، ودور القاضي هنا يتمثل في الموازنة بين ما سطرته النصوص القانونية والبحث عن مصلحة المحضون لتقرير ما يراه مناسبا عند إسناد الحضانة.

كما أن موضوع حق الزيارة يطرح إشكالات عدة سواء في النصوص القانونية أو فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة به، والسلطة التقديرية تكون للقاضي في حل هذه الإشكالات حفاظا على الروابط الأسرية.

الكلمات المفتاحية: القضاء المغاربي؛ الروابط الأسرية؛ إسناد الحضانة؛ حق الزيارة؛ التشريعات المغاربية.

Abstract:

This research deals with the role of the judiciary maintaining family ties through two topics: custody and the right to visit, and the role of the judge in balancing the legal texts and seeking the interest of the conmen to decide what he deems appropriate when assigning custody. The issue of the right to visit, in turn, raises several problems, both in the legal texts and in relation to disputes concerning it, and the discretion of the judge in resolving these problems in order to preserve familly ties.

Keywords: Maghreb judiciary; family ties; custody; right to visit; Maghreb legislation.

مقدمة:

يعتبر الحفاظ على الروابط الأسرية من أهم الواجبات الأساسية المفروضة على الدولة للحفاظ على كيان المجتمع، ومظاهر حماية الأسرة بمفهومها الواسع نجدها في تشريعات مختلفة

* المؤلف المرسل

داخل المجتمع انطلاقاً من الدستور مروراً بالقوانين الخاصة الموضوعية والإجرائية، وبذلك سهلت المهمة على القاضي والمتقاضي في الاحتكام لأحكام هذه القوانين.

وتعتبر السلطة القضائية الجهة المكلفة بحماية المجتمع وحماية الحقوق والحريات ومنها ما يتصل بحماية حقوق الأسرة استنادا للمادة 139 من الدستور الجزائري: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

كما أن مهمة الحفاظ على الروابط الأسرية موكلة إلى الجهاز القضائي من خلال دور النيابة العامة التي أصبحت طرفا أساسيا في كل القضايا الأسرة، ومن جهة أخرى فإن القاضي هو المكلف بالسعي في هذا الاتجاه من خلال الصلاحيات الممنوحة له بموجب النصوص القانونية، والهدف من ذلك كله هو الحفاظ على الروابط الأسرية والاستقرار الأسري.

ومن هذا المنطلق، سأسلط الضوء في هذا المقال على دور القضاء المغاربي في الحفاظ على الروابط الأسرية عند إسناد الحضانة وتنظيم الزيارة، نظرا لما لهما من أهمية في الحفاظ على الروابط الأسرية التي هي غايتنا من هذه الدراسة معتمدة في ذلك على المنهج الاستقرائي التحليلي مع توظيف بعض المقارنة كلما أمكن، وذلك بالتعريج على كل التشريعات المغاربية لمعرفة الأحكام التي سطرتها في الموضوع، وتوظيف التطبيقات القضائية لاستخلاص دور القضاء في الحفاظ على الروابط الأسرية في كلتا المسألتين.

ولذلك ارتأيت طرح الإشكالات التالية: ما مدى دور القضاء المغاربي في الحفاظ على الروابط الأسرية عند النظر في النزاعات المعروضة أمامه بشأن إسناد الحضانة وحق الزيارة؟ وهل القاضي ملزم بتطبيق حرفية النصوص الخاصة بضوابط إسناد الحضانة المسطرة في التشريع؟ وما هي سلطة القاضي في تنظيم حق الزيارة؟

للإجابة على هذه الإشكالات قسمت الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: دور القضاء المغاربي في الحفاظ على الروابط الأسرية عند إسناد الحضانة

المبحث الثاني: دور القضاء المغاربي في الحفاظ على الروابط الأسرية عند تنظيم الزيارة

المبحث الأول: دور القضاء المغاربي في الحفاظ على الروابط الأسرية عند إسناد الحضانة

إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد، أما في حالة الطلاق فإن مشكل الحضانة يطرح بحدة، وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير ويرى نفسه أحق بالحضانة من الطرف الآخر.

ولهذا السبب نجد التشريعات الأسرية في بلاد المغرب العربي قد اجتهدت في وضع مجموعة من الضوابط، معتمدة على الرصيد الفقهي من خلال النصوص الشرعية واجتهادات الفقهاء، حتى تسهل على القضاء المهمة.

وفي هذا المبحث سأركز على الدور المنوط بجهاز القضاء في التعامل مع هذه الضوابط القانونية في موضوع إسناد الحضانة، إذ قسمت المبحث إلى مطلبين، بحيث أعرف بالحضانة وأحدد معايير إسنادها في المطلب الأول، ثم أنتقل في المطلب الثاني إلى تحديد دور القضاء المغاربي في إسناد الحضانة.

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومعايير إسنادها في التشريعات المغاربية

تعتبر الحضانة من أهم الحقوق المعنوية للطفل، ومن أهم مظاهر رعايته، ولذلك قررت التشريعات العديد من الأحكام، الخاصة بالحضانة، فحددت المقصود بالحضانة ومن له الحق فيها، وكذا بينت شروط الحضانة ومراتب الحاضنين بحسب القرابة، وكل ما يتناسب مع طبيعة الموضوع، وسأحاول في هذا المطلب التعريج على مختلف تعريفات الحضانة في التشريعات المغاربية (الفرع الأول) ، بعد ذلك أنتقل إلى تحديد معايير إسناد الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

بداية، جاء في القاموس المحيط: "الحِضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكَشْحْ أو الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته، جمع أحضان وحضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه، والطائر بيضه حَضنًا وحِضنا وحِضانة بكسرهما وحضونا رخّم عليه للتفريخ". (**أبادي، 1952 ، صفحة 217**)

ويقصد بالحضانة في اصطلاح الفقهاء هي تربية الصغير والقيام بشؤونه خلال مدة الحضانة ممن له الحق في التربية والرعاية حسب الأولوية. (إمام، 2003، صفحة 489)

أولا: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري (القانون رقم 84-11)

نصت المادة62 على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام على تربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا؛ ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

ثانيا: تعريف الحضانة في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية (قانون رقم 2001_052)

نص المشرع الموريتاني في المادة121 على أن: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه ولا تترتب عليها ولاية".

ثالثا: تعريف الحضانة في مدونة الأسرة المغربية (ظهير شريف رقم 22.04.1)

نص المشرع المغربي في المادة 163 فقرة1 على أن "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه".

رابعا: تعريف الحضانة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية (الأمر العلي 1956)

نص المشرع التونسي في الفصل54 على أن "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

خامسا: تعريف الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الليبي (قانون رقم 10_1984)

نصت المادة 62 على أن: "الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعاية شئونه وتوجيهه من حين ولادته إلي أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي".

وبالاطلاع على مجمل هذه التعريفات نجد أنها بمعنى واحد، وتنصب على تربية الولد والقيام بشؤونه بما يحفظه ويقضي مصالحه، حيث تشابهت الصياغة بين المشرع الموريتاني والمغربي وهي مقتبسة في الغالب من الفقه المالكي السائد في البلدين، واتسمت صياغة المشرع التونسي بالإيجاز، وانفرد المشرع الليبي عن باقي التشريعات بصياغة خاصة، وذلك حين ربط تعريف الحضانة بمدتها فبنى حكمه على عجز الصبي وقرر انتهاءها ببلوغه، وكذلك مصلحة الأنثى حين قرر انتهاء حضانتها عند الدخول بها.

أما المشرع الجزائري فيبدو لي أن تعريفه كان أشمل، وذلك لاحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها إذ أنه قد أصاب إلى حد ما في تعريف الحضانة إذ ذهب إلى توضيح أهدافها من حيث شمولها لحاجيات المحضون الصحية والتربوية وكذا الجانب الروحي والعقائدي للطفل، لأنه على

القاضي حين النظر في طلب الحضانة أن يراعي هذه العناصر مجتمعة لأنها مما يحقق مصلحة المحضون في كل المجالات.

الفرع الثاني: معايير إسناد الحضانة في التشريعات المغاربية

تتمثل معايير إسناد الحضانة في مسألتين هامتين الأولى هي مراتب الحاضنين، أما الثانية فهي شروط أهلية الحاضن.

أولا: مراتب الحاضنين في التشريعات المغاربية

إن مراتب الحاضنين تتحدد بحسب القرابة وحسب الأولوية بما يتناسب مع مصلحة المحضون في تحقيق الأهداف من الحضانة، ومن خلال الأحكام الفقهية والنصوص القانونية فإننا نجد بأن الأولوية تعطى للأم أولا باعتبار أن مسألة التربية والرعاية في المراحل الأولى للصغير تتطلب ذلك.

فتقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال.

وفيما يتعلق بأصحاب الحق في الحضانة، فإن التشريعات المغاربية مختلفة بينها في ترتيب الحاضنين بين مضيق وموسع بين من إعتمد بعض الآراء الفقهية لمذاهب معينة ومن خرج عنها، وبين من راعى خصوصية المعيشة في هذه المجتمعات مراعياً في ذلك الظروف الاقتصادية والاجتماعية والنمط المعيشي في هذه المجتمعات.

بالإضافة إلى أن حق الحضانة أمر مختلف فيه من الناحية الفقهية، هل هو حق الحاضن أم هو حق للمحضون أم هو حق الحاضن والمحضون معا، ولهذا فإن التشريعات العربية منها ما نص على ذلك بترجيح واحدة من هذه المسائل ومنها ما سكت عن ذلك. **(داود، 2009، صفحة 12 وما بعدها)**

1/ في قانون الأسرة الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة 64 على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .."

هذا التوجه في القانون الجزائري في التعديل الجديد كان أقرب إلى الطبيعة المعيشية للمجتمع الجزائري، لأن السواد الأعظم من الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة، وبالتالي فالطفل دائما بعد الأبوين تجده وثيق الصلة بجداته من الجهتين، وبالتالي فإن إسناد الحضانة من بعد الأم في حالة تعذرها أو إسقاطها عنها إلى الجدات هو أمر منطقي تماما.

وإذا استثنينا الأم التي لها الأولوية بدون منازع لورود نص في الموضوع، فإن الأقارب الآخرين كان ترتيبهم من باب الاجتهاد بالرأي فقط.

2/ في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية: نص المشرع الموريتاني في الفقرة الثانية من المادة123 على أنه: "إذا انفكت العصمة فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أم أمه ثم جدة أمه لأم ثم لأب ثم خالته الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب ثم خالة الأم ثم عمتها ثم جدته لأب ثم الأب ثم أخته ثم عمته ثم بنت أخته وبنت أخيه أيهما أكفأ ثم الوصي ثم أخوه ثم جده من قبل الأب ثم ابن أخيه ثم عمه ثم ابن عمه.

ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي للأم ثم الذي للأب، الوصي مقدم على سائر العصبة في المحضون الذكر وفي الأنثى حال صغرها مطلقا وفي حال كبرها إن كان محرما أو كان أميناً متزوجاً.

يتولى القاضي تعيين أمين يثق فيه لتولي حضانته من ليس له حاضن".

3/ في مدونة الأسرة المغربية: نص القانون المغربي على مراتب الحاضنين في المادة 171على النحو التالي: "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضونين واجبات النفقة".

ما يلاحظ على القانون المغربي أنه لم يذهب بعيدا في ترتيبه لأصحاب الحق في الحضانة، فقد أعطى ثلاث مراتب فقط حسب الأولوية وترك الباقي للسلطة التقديرية للقاضي تماشيا مع مصلحة المحضون.

4/ في مجلة الأحوال الشخصية التونسية: نص الفصل57 على أن "الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الزوجية مستمرة بينهما". ونص الفصل67 على أنه "إذا انفصم الزواج بموت

عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين. وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما.

من خلال هذا النص نجد القانون التونسي لم يحدد ترتيب من له الأولوية وإنما منح القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة للأم أو الأب أو لغيرهما متوخيا في ذلك مصلحة المحضون.

5/ في قانون الأحوال الشخصية **الليبي**: نص المشرع الليبي في الفقرة ب من المادة 62 على أنه: "ب) في حالة قيام الحياة الزوجية تكون حضانة الأولاد حقاً مشتركاً بين الأبوين فإن افترقا فهي للأم ثم لأمها ثم للأب ثم لأمه ثم لمحارم الطفل من النساء بتقديم من تدلى بجهتين على من تدلى بجهة واحدة ثم لمحارم الطفل من الرجال".

من خلال هذه النظرة على مختلف التشريعات المغاربية في موضوع مراتب الحاضنين نجدها بين موسع في الموضوع بالنسبة لأصناف أصحاب الحق في الحضانة، حيث ذكرت بالتفصيل كما في القانون الموريتاني اعتمادا على الأحكام الفقهية، وبين مضيق في هذه الأصناف، حيث حددت المراتب الأولى فقط وتركت للقاضي سلطة التقدير في نقل الحضانة لمن هو أجدر من الأقارب الأولين، مراعيا في ذلك مصلحة المحضون دون التقيد بالآراء الفقهية، كما هو الحال في القانون التونسي والمغربي والجزائري.

ثانيا: شروط أهلية الحاضن في التشريعات المغاربية

نظراً لأهمية الدور الذي يقوم به الحاضن بالنسبة للمحضون فقد أوجبت قوانين الأحوال الشخصية أن تتوفر في مستحقها شروط تخضع لتقدير القاضي الذي يوازن بين مدى توفرها ومدى تحقيقها لمصلحة المحضون.

1/ في قانون الأسرة الجزائري: على خلاف باقي المشرعين لم يسرد المشرع الجزائري شروط الحضانة، وإنما أجملها في عبارة واحدة في الفقرة2 من نص المادة 62 سالفة الذكر بقوله "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى أهلية الحاضن واستحقاقه للحضانة استنادا على ما يعرض عليه من إثباتات.

والواضح أن المقصود بالأهلية هنا، هو القدرة على القيام بمهمة الحضانة التي تعتبر مهمة شاقة إذ تتعلق برعاية الطفل والحفاظ عليه وإعداده ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه مستقبلا. **(بوغرارة، د.س.ن، صفحة 71)**

ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع صراحة، وحث على الرجوع إليها في أحكام الشريعة الإسلامية وذلك استناداً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، يرى بعض المفسرين لقانون الأسرة أنه يشترط في الحاضنة أن تتحقق فيها الأوصاف التالية: العقل إذ لا حضانة لمجنون، البلوغ لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها، فلا تصلح لرعاية غيرها. **(تشوار، 2008، صفحة 254)**

2/ في قانون مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية: نصت المادة 122 على أنه: "يشترط لأهلية الحاضن : العقل/ السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب / القدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا / الاستقامة والأمانة، وهو محمول عليها حتى يثبت خلافها / الرشد فيما يقبض من نفقة المحضون/ عدم الاشتهار بغلظة تضر المحضون/ الإقامة في وسط إسلامي بالنسبة للحاضن غير المسلم فيما يتعلق بالولد ذي الأب المسلم / حرز المكان عندما يكون وضع المحضون يتطلب ذلك."

3/ في مدونة الأسرة المغربية: نص المشرع المغربي صراحة على شروط الحاضن في المادة 173 من مدونة الأسرة وهي: "الرشد القانوني لغير الأبوين/ الاستقامة والأمانة/ القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه/ عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده؛ إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه".

4/ في مجلة الأحوال الشخصية التونسية: كذلك نص المشرع التونسي على شروط استحقاق الحضانة في الفصل 58 الذي جاء فيه أنه: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية و يزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى و إذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة

عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أما وولية عليه في آن واحد."

ويرى بعض الفقهاء التونسيين أن شرط التكليف يثير مشكلا في تحديد سن الحاضن، لأن التكليف يعني توفر التمييز والإدراك وذلك لا يعني أن يكون قد بلغ سن الرشد، وبهذا يبقى نظام الحضانة هو الوحيد من مشمولات الولاية الذي يتمتع بامتياز الاستثناء من شرط الأهلية والاكتفاء بالبلوغ. **(تشوار، 2008، صفحة 258)**

5/ في قانون الأحوال الشخصية الليبي: نص المشرع الليبي في المادة 65 على أنه: "يشترط في الحاضن ذَكَراً كان أم أنثى أن يكون عاقلاً أميناً قادراً على تربية المحضون وصيانته ورعايته خاليا من الأمراض المعدية، ويختص الحاضن الذَكَر بأن يكون محرماً للمحضون الأنثى وعنده من يحضن من النساء، وتختص الحاضنة الأنثى بأن لا تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون".

المطلب الثاني: دور القضاء المغاربي في إسناد الحضانة

يتمثل دور القاضي عند إسناد الحضانة في إعمال سلطته التقديرية لتحري مدى توافر الشروط القانونية الواجب توافرها في طالب الحضانة من جهة، وضرورة الموازنة بين ما سطرته النصوص القانونية من مراتب الحاضنين وبين مصلحة المحضون من جهة أخرى.

وفي هذا المطلب سأبين السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة (الفرع الأول)، ثم أعرج على أهم التطبيقات القضائية في الموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة

يلاحظ أن جل التشريعات منحت السلطة التقديرية للقاضي في البحث والتعرف على مصلحة المحضون لتقرير ما يراه مناسبا دون تحديد الضوابط اللازمة لذلك، ماعدا ما نص عليه من شروط الحاضن.

فعند النزاع حول الحضانة يكون الإثبات أمام القضاء بكافة طرق الإثبات، فمن يرى أنه أحق بالحضانة من غيره فما عليه سوى تقديم صفته ومرتبته وفقا لما هو مقرر قانونا، وفوق ذلك كله عليه أن يبين للقضاء توفر المصلحة فيه أكثر من غيره، لأن النصوص القانونية وإن اجتهدت

في وضع الترتيبات الضرورية لأصحاب الحق في الحضانة، فإن هذا الترتيب مرهون بتحقيق مصلحة المحضون.

بمعنى أن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي، وإنما عند إسناده الحضانة لأي شخص لا يكون ذلك إلا بعد التأكد من أن مصلحة الطفل تكون مع من أسندت الحضانة إليه، ولا يكون القاضي ملزما بالترتيب إلا إذا توفرت المصلحة في كل من طلب الحضانة.

وهذا ما أكدته عديد النصوص القانونية في المنظومة القانونية المغاربية، حيث لا تتقرر الأحكام إلا بعد مراعاة مصلحة المحضون التي يتعين على القاضي التأكد منها إما بنفسه أو بواسطة الخبرة.

والقانون الموريتاني كما أسلفت هو الذي ذهب بعيدا في تفصيل مراتب الحاضنين من خلال نص المادة 123، ويلاحظ على ما يبدو أن الترتيب يكون ملزما للقاضي وبالتالي فإن سلطته التقديرية تضيق في الموضوع، ماعدا عند اتحاد رتبة الحاضنين فيختار القاضي الأصلح منهما.

فقد نص في المادة124 على أنه: "يراعى الترتيب المشار إليه في المادة123 السابقة في من لهم حق الحضانة". والمادة125 نصت على أنه: "إذا اتحدت رتبة مستحقي الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون".

أما المشرع التونسي مثلا، نص الفصل67 على أنه "إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين. وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما".

من خلال هذا النص نجد أن المشرع التونسي لم يحدد ترتيب من له الأولوية وإنما منح القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة للأم أو الأب أو لغيرهما متوخيا في ذلك مصلحة المحضون.

فمثلا لو طلب الحضانة بعد الطلاق كل من الأب والأم، فهنا إذا كانا جديرين بالحضانة وتوفرت المصلحة في كليهما، يكون القاضي مجبرا على احترام الترتيب الوارد في النص، فتسند الحضانة للأم، لأن لها الأولوية على الأب بحسب النصوص، أما إذا رأى القاضي بأن مصلحة المحضون متوفرة في الأب، فهنا لا يتقيد بالترتيب ويسند الحضانة للأب.

أما القانون الليبي فما يلاحظ عليه أنه أكثر دقة وتفصيلا فيما يتعلق بترتيب الحاضنين ودور القاضي في إسناد الحضانة وسلطته التقديرية في الموضوع بالنسبة لمدى تقيده بالترتيب الوارد في النص، فالتقيد الوارد في المادة 62 محصور في الأبوين والجدتين من الجهتين. وما عدا ذلك فالقاضي غير ملزم بالترتيب.

والمهم أن يبحث القاضي عن الشخص والمكان الملائمين لإسناد الحضانة، وأن لا يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير، مع توخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع.

وفي جميع الأحوال فإن السلطة التقديرية للقاضي في مسألة إسناد الحضانة لمن يستحق تكون بناء على ما يتوفر له من معطيات.

الفرع الثاني: أهم تطبيقات القضاء المغاربي في إسناد الحضانة

من القضاء الجزائري، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: "المبدأ: تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة64 من قانون الأسرة، يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع". **(طعن، 2011)**

ومن القضاء الموريتاني: حكم صادر عن محكمة مقاطعة تيارت: مما جاء فيه: "أن الحضانة تثبت بحفظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه، والولد يخشى عليه إذا عاش خارج بيئة والده من هلاك دينه ومروءته وأخلاقه.." **(حكم إبتدائي، 2018)**

ومن القضاء المغربي نجد مثلا قرار محكمة الاستئناف بمراكش: "وحيث أن الحضانة بين ذراعي الأم أكثر دفئا منها بين ذراعي غيرها، وتماشيا مع ما تقدم ذكره فإن الحكم الابتدائي يكون سليما فيما علل به ما قضى به ويتوجب تأييده". **(قرار استئناف، 2008)**

ومن التطبيقات القضائية في موضوع إسناد الحضانة من القضاء التونسي، نجد ما قررته محكمة التعقيب التونسية: "المبدأ: للوقوف على مصلحة المحضون ارتأت المحكمة إجراء بحث اجتماعي لتحديد الأصلح من الأبوين لحضانة الطفل وعند توصلها بنتيجته تبين لها أن مصلحة الطفل تقتضي بقاؤه مع والده، خاصة وقد أعرب الطفل الذي بلغ ستا تجعله قادرا على التعبير عن رغبته في البقاء مع والده، كما تضمن البحث نفسه تصريح الأم أن علاقتها بابنها تشهد

تأزما لرفضه الانصياع لأوامرها مما يجعل قضاء المحكمة معللا تعليلا سليما ومراعيا لمصلحة الطفل". **(قرار تعقيبي مدني، 2010)**

ومن القضاء الليبي نجد ما قضت به المحكمة العليا بتاريخ 2009/12/17، أن الحضانة في حالة افتراق الزوجين تكون لأم المحضون ثم أمها، وجرى قضاء هذه المحكمة على أن مراعاة هذا الترتيب واجبة على المحكمة، ولا يجوز تجاوزه مراعاة لمصلحة المحضون. **(زبيدة، 2013، صفحة 43)**

المبحث الثاني: دور القضاء المغاربي في تنظيم حق الزيارة

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، كما يساهم في الحفاظ على الروابط الأسرية.

إلا أن حق الزيارة قد يسيء أصحاب الحق في الحضانة استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد، وكثيرا ما يذهب الأطفال ضحية هذه الخلافات؛ فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها في بعض الأحيان تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب، وهو ما يطرح مشاكل عدة على الصعيد العملي. **(القدومي، 2007، صفحة 174)**

وهنا يتجلى دور القضاء في التدخل لإعادة التوازن وحسم الخلافات القائمة في موضوع حق زيارة المحضون، وسأبين في المطلب الأول تنظيم حق الزيارة في التشريعات المغاربية، ثم أنتقل في المطلب الثاني إلى تحديد دور القضاء في تنظيم الزيارة وتسوية النزاعات المتعلقة بها.

المطلب الأول: تنظيم حق الزيارة في التشريعات المغاربية

يكتسي موضوع زيارة الأطفال المشمولين بالحضانة ممن لهم الحق في الزيارة أهمية بالغة في تمتين الروابط الأسرية بين أفراد الأسرة، ولذلك تكفلت جل التشريعات المغاربية بمعالجة هذا الموضوع الحساس ضمن منظومتها القانونية بصورة موجزة أو مفصلة حسب الأحوال، وسأبين تنظيم المشرع الجزائري للزيارة (الفرع الأول) ثم أنتقل إلى باقي التشريعات المغاربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تنظيم حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 64 سالفة الذكر على حق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة من أصحاب الحق، دون تحديد وتفصيل في الموضوع، وذلك من خلال عبارة "وعلى

القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، وبهذا يكون المشرع قد أحال الأمر للتطبيقات القضائية في الموضوع، بتقرير ما يراه قاضي الموضوع مناسبا لتحقيق الهدف والمصلحة.

فبالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة، إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية، إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما، كما يوسع أيضا دائرة الزيارة للأقارب الآخرين كالأجداد لتوثيق الصلة بين المحضون أجداده من الجهتين بنصوص صريحة.

وفي الحقيقة فإن جل الأحكام القضائية التي اطلعت عليها لم أجد سوى الإشارة لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، وكثيرا ما يحدث النزاع بسببها.

زيادة على أن الأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة، كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، بالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك حبذا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار كل من الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا.

الفرع الثاني: تنظيم حق الزيارة في باقي التشريعات المغاربية

نص المشرع الموريتاني في المادة 133 على أنه: "لولي المحضون حق العناية بشؤونه في التأديب والمواظبة على الدراسة ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنته إلا إذا رأى القاضي مصلحة في غير ذلك".

كما نص في المادة 134على أنه: "إذا كان الحاضن عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من زيارته وتفقد أحواله، وله طلب نقله إليه للزيارة مرة في كل أسبوع على الأقل إلا إذا رأى القاضي مصلحة في غير ذلك".

وما يلاحظ على القانون الموريتاني أن حق الزيارة فيه مقرر للأبوين فقط، ولم يتوسع في موضوع الزيارة للأصناف الأخرى مع أنه توسع كما رأينا أعلاه في تقرير مراتب الحاضنين إلى أبعد مدى، وبالرغم من ذلك فإن القانون الموريتاني أعطى للولي غير الحاضن حق رقابة الطفل والعناية به والاهتمام بمواظبته على الدراسة لكنه لا يبيت إلا عند حاضنته.

غير أن الإشكال هو في عدم وضوح الآلية الإجرائية التي تمكن من تسلم الطفل ومراقبته وتأديبه وهو غير متواجد معه.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فيبدو أن موقفه في موضوع الزيارة كان أكثر تفصيلا من المشرع الجزائري وغيره، حيث خصص الباب الرابع من مدونة الأسرة والمتضمن لسبع مواد من 180 إلى 186 لزيارة المحضون، إذ ميز فيها بين حالة اتفاق الأبوين حول تنظيم زيارة محضونهما وبين حالة اختلافهما حولها، ومنح آنذاك للقضاء صلاحية تحديدها، كما تطرق لأصحاب الحق في الزيارة ومكانها وزمانها فضلا عن إقراره لجزاء حيال أي خرق أو إخلال بشروط هذه الزيارة.

وقد نصت المادة 180 على أنه: "لغير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستزارة المحضون،" ونصت المادة 181 على حالة تنظيم الزيارة باتفاق الأبوين، حيث يبلغان الاتفاق إلى المحكمة حتى يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة؛ أما المادة 182 فقد نصت على حالة عدم الاتفاق بين الأبوين وبالتالي تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ، وتراعي المحكمة في كل ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية ويكون قرارها قابلا للطعن.

كما نص في المادة 185 على انتقال حق الزيارة في حالة وفاة أحد أبوي المحضون إلى والدي المتوفى من الزوجين، أي الجد والجدة من الجهتين.

ونص المشرع التونسي على حق زيارة المحضون في الفصل66 على أنه: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه. ويبث قاضي الأسرة في طلب ممارسة حق الزيارة طبقا للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل".

أما المشرع الليبي فقد نص في المادة 69 على أنه: "إذا تنازع الحاضن وولي المحضون في زيارة الطفل تعين على القاضي المختص أن يصدر أمراً بتحديد موعد الزيارة وزمانها ومكانها، ويكون الأمر مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون".

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من النصوص القانونية السابقة، وثبوت حق الزيارة في الشريعة الإسلامية، إلا أنه ثبت من استقراء المنازعات المختلفة في هذا المجال والحوادث المتكررة التعنت من الحاضنة أو من الأب بعد أن تنتقل الحضانة إليه حتى لا يمكّن الطرف الآخر من رؤية الصغير، رغم أنه حق طبيعي ومقرر شرعا، مما يؤدي إلى الخصومة والنزاع. (**اللمساوي، 2013، صفحة 216**)

الأمر الذي يترتب عليه وجوب استصدار حكم قضائي لتنفيذ الرؤية أو الزيارة جبرا من خلال رجال الضبطية القضائية، ويقع على عاتق من له الحق في الزيارة أن يثبت أمام القضاء عدم تمكينه من حق الزيارة المقرر قانونا وقضاء بالكيفية والصورة المطلوبة، وله في ذلك كافة طرق الإثبات.

المطلب الثاني: دور القضاء في تنظيم الزيارة وتسوية النزاعات المتعلقة بها

الأصل أن يتم الاتفاق بين الأبوين وغيرهما على تنظيم موضوع الزيارة أو الاستضافة حسب ما يقتضيه الحال بين الطرفين تحقيق لمصلحة جميع الأطراف حسب ظروفهم الخاصة.

فإذا وقع خلاف حول حق الزيارة أو مكانها أو زمانها، ورفع الأمر إلى القاضي، فإن على هذا الأخير أن يحدد المكان المناسب لممارسة حق الزيارة، وعليه أيضا أن يدخل في الاعتبار أن يكون في تحديد المكان والزمان ما يمكن بقية أهل المحضون من رؤيته أملا في التعاطف والتآلف الأسري وصلة الأرحام.

وسأتناول بالدراسة في هذا المطلب: سلطة القضاء المغاربي في تنظيم حق الزيارة (الفرع الأول)، وسلطته في تعديل نظام الزيارة بسبب تغير الظروف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القضاء المغاربي في تنظيم حق الزيارة

إن تنظيم حق الزيارة يعتبر المجال الخصب للعمل القضائي الأسري في تشريعات الدول المغاربية، نظرا لما يكتسيه هذا الموضوع من أهمية بالغة في حياة الأسرة ولذلك نصت عليه التشريعات بكيفيات مختلفة كما سبق بيانه.

أولا: تنظيم الزيارة في القضاء الجزائري

قانون الأسرة الجزائري لم ينظم مسألة الزيارة، وإنما أشار إلى تقرير حق الزيارة عندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة في المادة62 دون أي تفصيل في الموضوع، وبالتالي فالقاضي حين يحكم بإسناد الحضانة فإنه يقضي من تلقاء نفسه بحق الزيارة للطرف الآخر في نفس الحكم، ولو غفل عنها المعني بالأمر، بل إن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، وبالتالي يكون المشرع في هذه الحالة قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم. **(معمري، 2015، صفحة 98)**

ومن ناحية أخرى، فعدم التحديد في هذه المسألة المهمة يجعل القاضي يتدخل وينظم حق الزيارة وفق الصور المتعارف عليها، أي خلال أيام العطل الأسبوعية والعطل المدرسية والأعياد وضمن مواقيت معينة، وهذا ضمانا لتوثيق الصلة بين المحضون ومن له حق الزيارة من الأقارب حفاظا على صلة الأرحام وتعزيزا للروابط الأسرية.

وفي الحقيقة نجد نقصا كبيرا في تنظيم هذه المسالة المهمة وفي موضوع حساس كهذا على خلاف باقي التشريعات التي أولت هذا الموضوع عناية خاصة وبدرجات متفاوتة، ولذلك نأمل أن يتدارك المشرع هذا النقص المسجل في الموضوع.

وفي ظل هذا الغموض والفراغ التشريعي، خاصة وأنه بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحيل عليها المادة 222 من قانون الأسرة فإننا نجد اختلاف فقهي في المسألة، والتالي يكون على القاضي الجزائري أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليضبط أحكامها وينظمها بالشكل الذي يتماشى ومصلحة المحضون، كيف لا والمشرع أعد له جملة واحدة فقط.

لكن رغم ذلك، فمسألة سكوت المشرع لم تكن مثبطة لجهود القضاء، بل بالعكس دفعته بأن يجتهد في تحديد مدة الزيارة، فقد حددتها المحكمة العليا في أحد قراراتها بمرة في كل أسبوع على الأقل. **(قرار، 1990)** ويكون بذلك المشرع الجزائري قد أخذ برأي الأحناف في المسألة، وبهذا القرار، أضحت سلطة قاضي الموضوع مقيدة في مدة الزيارة بما قررته المحكمة العليا.

أما بالنسبة لمكان الزيارة فقد قررت المحكمة العليا بأنه: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون... ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط ألا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل

تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". **(قرار ، 1990)**

كما قررت المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15 أنه: " أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة، لأن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة". **(دياني، د.ذ.س، صفحة 302)**

ثانيا: تنظيم الزيارة في القضاء الموريتاني

أقر المشرع الموريتاني بحق الطرف غير الحاضن من الأبوين في زيارة الطفل المحضون، كما أعطاه الحق في استضافته محددا ذلك بمرة في كل أسبوع، وترك للقاضي سلطة واسعة في تقدير التنظيم الأنسب للزيارة تماشيا مع مصلحة المحضون، أي أن قاعدة الاستضافة ومدتها وكل ما يخصها مرهون بتحقيق المصلحة التي يقدرها القاضي وفق ما يراه مناسبا للطرفين ولوضع المحضون خاصة، وعليه أيضا أن يدخل في الاعتبار أن يكون في تحديد المكان والزمان ما يمكن بقية أهل المحضون من رؤيته أملا في التعاطف والتآلف الأسري وصلة الأرحام.

ثالثا: تنظيم الزيارة في القضاء المغربي

أشرت سابقا بأن الأصل أن يتم الاتفاق بين الأبوين وغيرهما على تنظيم موضوع الزيارة أو الاستضافة حسب ما يقتضيه الحال بين الطرفين، فإذا حدث هذا فإن القاضي لا يمانع في ذلك ما دامت المسالة متفق عليها، ويتم تبليغ المحكمة بمضمون هذا الاتفاق كي يتم اعتماده في منطوق الحكم كما يشير بذلك القانون المغربي، والذي فصل في الموضوع بشكل جيد وفقا للمادة181 أعلاه. **(بكاي، 2008، صفحة 159)**

أما إذا لم يوجد اتفاق بينهما تولى القاضي ضبط هذه المسائل من جميع الوجوه، بتحديد فترات الزيارة ومكانها، وكذلك الاستضافة والوقت المناسب لذلك، مراعيا في ذلك جميع الظروف المحيطة بما يتماشى مع مصلحة المحضون استنادا لأحكام المادة182 أعلاه.

ويقع على عاتق من له الحق في الزيارة أن يثبت أمام القضاء عدم تمكينه من حق الزيارة المقرر قانونا وقضاء بالكيفية والصورة المطلوبة، وله في ذلك كافة طرق الإثبات. كما في حالة السفر بالمحضون مما قد يعيق حق الزيارة وتفقد أحوال المحضون، ولذلك عند النزاع يتولى القاضي الفصل في الموضوع بما يراه مناسبا وفق النصوص القانونية. (**الفاخوري، 2012، صفحة 339**)

وفي الجانب العملي جاء في حكم محكمة الرباط الابتدائية ما يلي: ...وحيث أنه أمام خلو الملف مما يفيد وقوع اتفاق في شأن تنظيم زيارة المحضون حددت المحكمة فترة زيارة الأب لولده في يوم الأحد من كل أسبوع ابتداء من الساعة العاشرة صباحا إلى الساعة الخامسة مساء على ألا يبيت إلا مع حاضنته. (**الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، 2012، صفحة 337**)

رابعا: تنظيم الزيارة في القضاء التونسي

باستقراء نص الفصل 66 من مجلة الأحوال الشخصية نجد أن القضاء هو الذي يتولى تنظيم حق الزيارة في حال لم يتفق الطرفان عليها أو في حال النزاع بينهما أمام القضاء المستعجل حتى لا يضار المحضون.

وقد قررت محكمة التعقيب ما يلي: "المبدأ: طالما اقتصرت المحكمة في قضائها لرفض طلب التوسع في أوقات الزيارة ومبيت المحضونة لدى والدها على عنصر وحيد يتمثل في سن الطفلة وأهملت المحكمة العنصر النفسي الذي يلعب دورا أساسيا في نشأتها نشأة سليمة تحقق توازنها النفسي والاجتماعي فإن قضائها يكون قاصرا للتعليل ومتعين النقض". (**قرار تعقيبي مدني، 2011**)

خامسا: تنظيم الزيارة في القضاء الليبي

عالج نص المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية الليبي –سالفة الذكر– مسالة التنازع على موضوع زيارة الطفل المحضون، بسبب عدم وجود اتفاق بينهما أو بسبب خلاف وقع بينهما، أو بسبب سفر الحاضن واعتراض صاحب الزيارة على السفر إذا كان لمدة طويلة ولمسافة بعيدة تعيق حق الزيارة.

وبالتالي فإن القضاء هو الذي يتولى البت في الموضوع بما يراعي مصلحة الجميع تحقيقا لمصلحة الطفل، فعلى القاضي أن يحدد موعد الزيارة ومكانها وزمانها وفقا لسلطته التقديرية ومراعاة لمصلحة المحضون بدرجة أولى.

الفرع الثاني: سلطة القضاء المغاربي في تعديل نظام الزيارة بسبب تغير الظروف

بعد تقرير حق الزيارة وتنظيمه من قبل القضاء، قد تطرأ ظروف وتحدث مستجدات تضر بأحد الطرفين إذا بقيت زيارة المحضون وفق ما حددته المحكمة، الأمر الذي يستدعي مراجعة تنظيم الزيارة من طرف القاضي بالشكل الذي يتلاءم والظروف المستجدة.

أولا: تعديل نظام الزيارة في القضاء الجزائري

رغم أن المشرع الجزائري قد سكت عن هذه المسألة، لكن يمكن استخلاصها من قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه أنه: "من المقرر شرعا كما يجب النفقة على الجد لإبن الإبن، يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة، يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون". **(قرار، 1998)**

فمن الأمور المهمة التي قد تحدث وتؤدي إلى تعديل نظام الزيارة وفاة أحد والدي المحضون، الأمر الذي قد يجعل الحاضن يمتنع أو يعرقل زيارة أهل المحضون له، وبالتالي فمنح الأجداد هذا الحق فيه منفعة عظمى على مصلحة المحضون، وفيه حفاظ على الرابطة الأسرية.

ثانيا: تعديل نظام الزيارة في القضاء الموريتاني

لم ينص المشرع الموريتاني على مسألة تعديل نظام الزيارة لكن الملاحظ من خلال المادة 133 من مجلة الأحوال الشخصية أنه أرسى مبدأ آخر أساسي في موضوع مبيت المحضون عند الحاضن، فقد قرر أن يكون المبيت عند الحاضن فقط، إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك.

ثالثا: تعديل نظام الزيارة في القضاء المغربي

يبدو أن المشرع المغربي –خلافا لباقي التشريعات المغاربية– قد راعى مسألة تغير الظروف حين قرر في المادة 183 أنه: "إذا استجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارا بأحد الطرفين أو بالمحضون أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف".

وقد جاء في شرح معنى النص في الدليل العملي لمدونة الأسرة ما يلي:

"قرارات تنظيم الزيارة مرتبطة بالظروف التي صدرت فيها، ولذلك إذا تغيرت هذه الظروف وحدث ما من شأنه أن يضر بالمحضون أو أحد الأبوين أمكن للمتضرر المطالبة بمراجعة نظام الزيارة بما يتلاءم والظروف الجديدة". **(الدليل العملي لمدونة الأسرة، 2006، صفحة 114)**

الحقيقة أن ما جاء به المشرع المغربي في هذا الصدد هو اتجاه جيد يجب التنويه به، لأنه يحقق مصلحة جميع الأطراف ومصلحة الطفل أيضا وهي الغاية من الحضانة، فقد يحدث في بعض الحالات وأن يتزامن وقت الزيارة مع وقت دراسة المحضون، أو أن يرغب المحضون في المبيت عند وليه، أو أن يتغير وضع المحضون من رضيع إلى طفل يافع يمكن نقله خارج المنزل والعناية به.

وقد أخذ المشرع المغربي بمسألة انتقال حق الزيارة للأجداد حين نص في المادة 185 من المدونة أنه (في حالة وفاة أحد والدي المحضون يحل محله أبواه في حق الزيارة).

كما أن حق الزيارة قد يتأثر بسبب مسألة السفر بالمحضون سواء داخل الوطن أو خارجه مما قد يثير نزاعا في الموضوع فيتدخل القضاء لوضع الترتيبات الجديدة تحقيقا لمصلحة المحضون وصاحب الحق في الزيارة. **(الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية، 2011، صفحة 211 و ما بعدها)**

وهذا القيد على السفر تقرر في القانون لأجل المحافظة على الروابط الأسرية وألا يتخذ السفر كوسيلة لتهريب الطفل إلى الخارج، ولذلك فلا بد من موافقة الولي الشرعي للمحضون على السفر إلى الخارج، وحتى لا يتضرر حقه في الزيارة والرقابة. **(الكشبور، 2006، صفحة 307)**

رابعا: تعديل نظام الزيارة في القضاء التونسي

أخذ المشرع التونسي ايضا بمسألة انتقال حق الزيارة للأجداد في الفصل 66، وجاء في أحد القارارت الصادرة عن محكمة التعقيب أنه: "طالما أن حق الجد في زيارة حفيده هو حق قائم بذاته لا يحتاج لإنشائه تدخل أي جهة كانت فإن حرمانه من ممارسته يخول له القيام استعجاليا في طلب تمكينه من ممارسة ذلك الحق". **(قرار تعقيبي مدني، 2004)**

خامسا: تعديل نظام الزيارة في القضاء الليبي

لم ينص المشرع الليبي على مسألة تعديل الزيارة بسبب تغير الظروف، حاله في ذلك حال بقية التشريعات –عدا المشرع المغربي– فمثلا في فيما يتعلق بالسفر ومدى تأثيره على حق الزيارة

قررت محكمة مصراتة بتاريخ2013/10/31 أن: " الحاضنة إذا استوطنت بلدا يعسر معه الإقامة فيه على ولي المحضون والقيام بواجبه نحوه سواء كان ذلك البلد داخل ليبيا أو خارجها، إذ أن الحضانة يجب ألا تتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس مما يتعين معه، والأمر كذلك القضاء بإسقاط حق حضانة المدعى عليها لابنتها". **(الهادي، 2020، صفحة 145)**

وهذا الحكم ما يهمنا منه هو أنه يبين مدى تأثير موضوع السفر بالمحضون كتغيير في وضعيته على حق الزيارة والرعاية مما يؤدي إلى سقوط الحضانة في بعض الحالات وحفاظا على مصلحة المحضون.

ونستشف من تحليل النصوص القانونية المتعلقة بحق الزيارة في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية، أن الحكمة من تقرير حق الزيارة تتجلى –من الناحية التطبيقية– في هدفين يبرران وجوده، حيث أن الأول منهما يكمن في خلق علاقات عاطفية وتوطيد روابط الأسرة اللتان تعدان ضروريتان وملحتان للنمو العاطفي العادي للمحضون، بينما الثاني منهما يتجلى في اعتباره وسيلة لرقابة الطفل من حيث صحته، وتربيته، وسلوكه الخلقي.

خاتمة:

بعد دراستي لموضوع إسناد الحضانة وحق الزيارة، والدور الذي يلعبه القضاء المغاربي للحفاظ على الروابط الأسرية من خلالهما توصلت إلى النتائج التالية:

أولا: هناك قواسم مشتركة بين جميع القوانين المغاربية فيما يتعلق بمعنى الحضانة وأهدافها وإن اختلفت صيغ التعاريف لكنها تصب في معنى مشترك.

ثانيا: فيما يتعلق بتحديد مراتب الحاضنين اختلفت التشريعات بين مضيق وموسع في الموضوع، فمن القوانين من حدد مراتب محدودة وفتح المجال للقاضي بعد ذلك لإسناد الحضانة لمن يراه أجدر من الأقارب.

ثالثا: أغلب القوانين المغاربية اجتهدت في ترتيب الحاضنين وأعطت السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الصلح بمراعاة مصلحة المحضون، أي أن الترتيب الوارد ليس ملزما للقاضي باستثناء القانون الموريتاني الذي جعله ملزما للقاضي.

رابعا: إن تدخل القضاء في حال النزاع على إسناد الحضانة بين الأقارب يتمحور في الموازنة بين النصوص القانونية والمصلحة الفضلى للطفل لأجل الحفاظ على الروابط الأسرية.

خامسا: فيما يتعلق بحق الزيارة فإن التشريعات المغاربية نصت عليه بطريقة متفاوتة بينها بين مفصل في الموضوع وبين مضيق.

سادسا: أغلب القوانين انطلقت في موضوع تقرير الزيارة من الاتفاق بين أصحاب الحق وما يقرره القضاء عند عدم الاتفاق في الموضوع، مع إعطاء مرونة في مراجعة الاتفاقات وما تقرر من أحكام قضائية في الموضوع عند حصول ظروف طارئة تحقيقا لمصلحة المحضون وأصحاب الحق كما فعل المشرع المغربي.

سابعا: هناك قوانين وسعت من دائرة حق الزيارة لتشمل الأجداد أيضا بشروط معينة وبين من ترك المجال مفتوحا دون تحديد للحفاظ على الروابط الأسرية.

المقترحات:

01/ نوصي المشرع الجزائري باستدراك النقص المسجل في تنظيم موضوع الزيارة بشكل مفصل تجنبا لأي تعسف في استعماله من الطرفين بطريقة متوازنة تنطلق من اتفاق الطرفين وعند النزاع يتولى القاضي الفصل في الموضوع.

02/ نوصي المشرعين بتوسيع دائرة الزيارة للأقارب خصوصا عند بلوغ الطفل سن التمدرس فما فوق لتوثيق الصلة بين الأطفال المحضونين والعائلة الموسعة مثل إخوة المحضون غير المشمولين بالحضانة، والأجداد والعمات والخالات باعتبارهم من أصحاب الحق في الحضانة.

03/ نص المشرع الجزائري على حق اعتراض صاحب الحق في الزيارة عند السفر بالمحضون لمسافة بعيدة ولمدة طويلة وإعطاء السلطة التقديرية للقاضي للفصل في الموضوع بمراعاة مصلحة الجميع.

04/ النص على حق استضافة الطفل المحضون لصاحب الحق في الزيارة خصوصا في العطل والأعياد حتى يألف الطفل العيش والانسجام ضمن العائلة الموسعة، لأنه في بعض الأحيان يتعذر تنظيم الزيارة في مواعيدها بسبب بعد المسافة أو بسبب التزامات صاحب الشأن مما يتطلب النقل خلال العطل.

05/ النص على تقديم الضمانات الكفيلة بعودة الطفل في حال السفر به للخارج من طرف المحضون خصوصا في قضايا الزواج المختلط حتى لا يعيق حق الزيارة.

06/ النص على حق الأطراف مراجعة الأحكام المتعلقة بالزيارة بما يحقق أهدافها وغاياتها في حال الظروف الطارئة.

المصادر والمراجع:

أ– الكتب

1- أحمد محمد علي داود، (2009)، الأحوال الشخصية، الجزء3و4، الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع.

2- إدريس الفاخوري، (2009)، العمل القضائي الأسري، ج1، ط1، الدار البيضاء: دار الآفاق المغربية.

3- إدريس الفاخوري، (2012)، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ط1، الرباط: دار أبي رقراق للطباعة والنشر.

4- الهادي علي زبيدة، (2013)، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، ج4: إسناد الحضانة وإنتهاؤها، بنغازي: دار الكتاب الوطني.

5- باديس دياني. (د.ذ.س)، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى.

6- حميدو زكية تشوار، (2008)، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ط1، لبنان: دار الكتب العلمية.

7- صالح بوغرارة، (د.س.ن)، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مصر، دار الفكر الجامعي.

8- عبير ربحي شاكر القدومي، (2007)، التعسف في استعمال الحق، عمان–الأردن، دار الفكر.

9- فايز السيد وأشرف فايز اللمساوي، (2013)، الحضانة والرؤية وأجر الحضانة وأجر السكن في ضوء القانون 4 لسنة 2005، ط4، مصر: مطبعة الشروق.

10- محمد الكشبور، (2006)، شرح مدونة الأسرة،ج2 انحلال ميثاق الزوجية، الدار البيضاء: مطبعة النجاح.

11- محمد كمال الدين إمام، (2003)، مسائل الأحوال الشخصية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

ب– المقالات

12- إدريس الفاخوري، (2011)، السفر بالمحضون أية حماية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية– عدد 12 .

13- يحي بكاي، (2008)، زيارة المحضون بين طموح التشريع وعوائق التطبيق، أشغال الندوة الدولية بعنوان مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق – الحصيلة والمعوقات– سلسلة الندوات2.

ج– الاطروحات والمذكرات

14- إيمان معمري، (2015)، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي.

15- صالح الهادي علي الهادي، (2020)، الأسباب المؤدية لانتهاء الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانونين المصري والليبي، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية.

د– النصوص القانونية

16- قانون رقم 2001_052. الصادر سنة 2001. يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

17- القانون رقم 84-11. المؤرخ في 09 يونيو 1984. المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. (الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005).

18- الأمر العلي 1956. المؤرخ في 12 أوت 1956. المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. (منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956).
19- قانون رقم 10_1984. المؤرخ في 19 أفريل 1984. المتضمن الأحكام الخاصة بالزواج و الطلاق و آثارهما. (الجريدة الرسمية للجماهيرية الليبية العدد 16 لسنة 1984 الصفحة 640).
20- ظهير شريف رقم 22.04.1. صادر في 3 فبراير 2004. بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة. (الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418).

هـ– الأحكام و القرارات القضائية

21- حكم إبتدائي، 2016/89 (محكمة مقاطعة تيارت الابتدائية 31 01، 2018).
22- طعن، 497457 (المحكمة العليا 11 05، 2009).
23- طعن، 613469 (المحكمة العليا 10 03، 2011).
24- قرار،في الملف رقم 79891 (المحكمة العليا الجزائرية 30 04، 1990).
25- قرار، الملف رقم 59784 (المحكمة العليا الجزائرية 16 04، 1990).
26- قرار، 189181 (المحكمة العليا الجزائرية 21 04، 1998).
27- قرار، 476515 (المحكمة العليا 14 01، 2009).
28- قرار، 2017/83 (المحكمة العليا الموريتانية 25 04، 2017).
29- قرار استئناف، 07-08-1268 (محكمة استئناف مراكش 05 02، 2008).
30- قرار تعقيبي مدني، 58150 (محكمة التعقيب التونسية 10 11، 1956).
31- قرار تعقيبي مدني، 11400 (محكمة التعقيب 24 01، 2002).
32- قرار تعقيبي مدني، 3770 (محكمة التعقيب التونسية 05 10، 2004).
33- قرار تعقيبي مدني، 8100 (محكمة التعقيب التونسية 13 04، 2006).
34- قرار تعقيبي مدني، 36469 (محكمة التعقيب التونسية 07 01، 2010).

35- قرار تعقيبي مدني، 58839 (محكمة التعقيب التونسية 09 06، 2011).

هـ – المعاجم

36- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، (1952)، القاموس المحيط، ج4، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده.