جـامعة زيان عاشور –الجلفة–

Zian Achour University of Djelf

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political

قسم الحقوق

دور القاضي في الحفاظ على الآداب العامة في قضايا شؤون الأسرة

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

اعداد الطالب

– حسيني منال

– بن جدوا سارة نجلة

اشراف الاستاذ :

–د. بن مصطفى عيسى

لجنة المناقشة

– د/أ. صدارة محمد رئيس	**رئيسا**
– د/أ. بن مصطفى عيسى	**مقررا**
– د/أ. بن نويوة عبد المجيد	**ممتحنا**

الموسم الجامعي 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر و تقدير

بعد شكر الملك الرحمن، نتقدم بجزيل الشكر والعرفان و الكثير من الثناء و الامتنان إلى الأستاذ المشرف

الأستاذ بن مصطفى عيسى

جزاك الله خيراً و عافاك و زادك في الاحسان.

كما أتوجه بالشكر إلى كل أساتذة كلية الحقوق في جامعة زيان عاشور وكل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل.

و لا يفوتني أن أقدم جزيل الشكر و التقدير للجنة المناقشة على ما ستبذله من جهد من أجل تصويب هذا العمل الى جهة صائبة.

شكراً

إهـــــداء

لا يطيب الكلام الا بذكر الله ولا يصفو المقام الا بالصلاة
والسلام على خير الأنام ولا تستساغ الدنيا الا بالوالدين

الى روح صديقتي *لعليبي ايمان* رحمها الله واسكنها فسيح جنانه

الى التي أهدتني حبها وحنانها وقدمت لي زهرة شبابها الى التي كانت
سندا لي في أصعب الظروف
الى أمي الغالية حبيبتي حفظها الله ورعاها

الي الذي علمني أن الحياة نضال وكفاح ورباني على حسن الخلق وعلى
سيرة الاسلام
الى الذي شاب لأعيش الشباب أبي قرة عيني الذي
غرس في نفسي حب الله ورسوله
الى مصدر سعادتي وفرحتي اخوتي مراد ،صليحة، كوثر، أحمد، سمية،
وائل
الى خالاتي و خالي الوحيد والى جدي عزيزي أطال الله في عمره ،عمي
جمال و زوجته العزيزة
الى جيراني اجمعين كبيرا منهم و صغيرا

منال

إهـــــداء

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه سبحانك لا نحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك خلقت فأبدعت،وأعطيت فأفضت،فلا حصر لنعمك ولا حدود لفضلك،وصلى الله وسلم على اشرف عبادك وأكمل خلقك خاتم المرسلين ومعلم المعلمين نبينا محمد بن عبد الله الأمين،خير من علم وأفضل من نصح.

إلى ذلك الحرف اللامنتاهي من الحب والرقة والحنان،إلى التي بحنانها ارتويت وبدفئها احتميت،وبنورها اهتديت وببصرها اقتديت ولحقها ما وفيت،إلى من يشتهي اللسان نطقها،وترفرف العين من وحشتها،والتي كانت تتمنى رؤيتي وأنا أحقق هذا النجاح،وشاء الله أن يأتي هذا اليوم،اهدي هذا العمل إلى أمي.

إلى ذرعي الذي به احتميت،وفي الحياة به اقتديت،والذي شق لي بحر العلم والتعلم،إلى من احترقت شموعه ليضيئ لنا درب النجاح،ركيزة عمري،أبي إبراهيم أطال الله في عمره.

إلى روح أبي الثاني"حريزي المقدم"رحمه الله واسكنه فسيح جنانه.

إلى من يذكره القلب قبل أن يكتب القلم،إلى من قاسمني حلو الحياة ومرها،تحت السقف الواحد أخي الغالي شريف وائل.

إلى من تحييني بسمتهن وتميتني دمعتهن،إلى مسك البيت جدتي"عائشة"و"فاطنة" أطال الله في عمرهم.

إلى كل من يحمل لقب "بن جدو" وعلى رأسهم المقربين أعمامي

إلى كل من يحمل لقب "ونوقي" وعلى رأسهم خالي الأستاذ "عطية"

إلى أحسن من عرفني بهم القدر،الأصدقاء القدامى،وأصدقاء الدراسة إلى:نوري،فايزة،إيمان،شريفة ،منار،سهيلة،حليمة،هيبة.

إلى كل قسم الحقوق، وجميع دفعة 2021

إلى كل من كان لهم اثر على حياتي، والى كل من أحبهم قلبي ونسيهم قلمي.

ســـــــارة

مـــقـدمـــة

تعتبر الاسرة الخلية الاساسية للمجتمع ، و هي اللبنة الأولى و لها صلة بالارتباط بالوحدة و الصلاحية و عليه فان كل الذاهب الفقهية قد وضعت قواعد و أسس تنظيمية و تشريعية لتحقيق هذه الأهداف، و لقد اعتنى الاسلام بالأسرة و ارشد الى تكوينها على اساس سليم و منهج قويم و قواعد متينة و جعل نواتها الزوج و الزوجة، و اساسها الزواج الصحيح، فيه تتكون و في ظله تنمو و تكبر و تقوى و تشتد، فأرشدنا اليه و رغبنا فيه وفي ذلك جاء قوله تعالى" ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة و رحمة، ان في ذلك آيات لقوم يتفكرون". و ايضا قوله صلى الله عليه وسلم: "تناكحوا تناسلوا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة"، و جاءت نصوص كثيرة من الكتاب و السنة ، مبينة احكامه و شروطه و اركانه و اثاره، و موجهة الى تيسيره و مؤكدة على قدسيته و قيامه على المودة والرحمة.

الزواج في اللغة يعني : الازدواج والاقتران والارتباط ، يقال : زوج الشيء بالشيء ، وزوجه إليه : قرنَه ، وتزاوج القوم وازدوجوا تزوج بعضهم بعض .

جاء في معجم متن اللغة: زوجته امرأة، جعلتها زوجة له. وفي التهذيب تقول العرب : زوجته امرأة ، وليس من كلامهم : تزوجت بامرأة ، ولا زوجت منه امرأة ، والتعدية بالباء لغة أزد شنوءة ، والشيء بالشيء ، أي قرنه ، ومنه قوله تعالى: ﴿وزوجناهم بحور عين ﴾[الآية 54] .

والاسم الزواج ، أزوج بينهما ، وزواج قرن ، ومنه قوله تعالى ﴿أو يزوجهم ذكرانا وإناثا﴾، والزواج للمرأة بعلها. وللرجل : امرأته وهي زوجته. وعلى ذلك فالمراد بقوله: ﴿وزوجناهم بحور عينه ﴾أي قرناهم ،ولقد ذاع استعمال كلمة الزواج في الارتباط بين الرجل والمرأة والاقتران طلبا للاستئناس والتناسل ، وذلك عن الطريق الشرعي الوارد في الكتاب والسنة . وكذلك ذاع استعمال كلمة النكاح في معنى الزواج ، بل إن القران الكريم قد استعملها في هذا المعنى أكثر من كلمة الزواج ، يقول الله تعالى : ﴿وعزموا عقدة النكاح حتى بلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة الآية٢٣] وعلى ذلك فالنكاح في اللغة والزواج يعني : الوطء على العقد الشرعي الرابط للزوجين ، وقد استعمله النبي وأطلق عليه الوطء في حديثه : ولدت من نكاح لا من سفاح.

والزواج شرعا و في اصطلاح الفقهاء ، هو والنكاح مترادفان ، والمقصود بكل منهما أنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا أو هو العقد الذي يعطي لكل واحد من الرجل والمرأة حق الاستمتاع بالآخر مدى الحياة على الوجه الشرعي يقول الشوكاني : والنكاح في الشرع عقد بين الزوجين يحل به

الوطء، وهو في حقيقة العقد مجاز في الوطء وهو الصحيح لقوله تعالى :

﴿ فأنكحوهن بإذن أهلهن﴾ النساء:[الآية 20] ، والوطء لا يجوز إلا بالإذن .

و على ذلك فالزواج سنة أرادها الله لعباده لسير سفينة الحياة، وهي سنة من سنن الله في الخلق والتكوين، وهي عامة مطردة لا يشذ منها عالم الإنسان أو الحيوان، أو عالم النبات. لقول الله تعالى : ﴿ومن كل شيء خلقنا زوجين اثنين لعلكم تذكرون﴾[الذاريات:الآية 46]، فهو الأسلوب الذي اختاره للتوالد والتكاثر ، واستمرار الحياة بعد أن أعد كلا الزوجين وهياهما بحيث يقوم كل منهما بدور إيجابي في تحقيق هذه الغاية .

والزواج في الإسلام دين وشرع يقرر تبعة المؤمن في أسرته وواجبه وبيته ، والبيت المسلم هو نواة المجتمع المسلم ، وهو الخلايا التي يتألف منها ، والزواج في الإسلام يعطي للحياة صفة الاتزان والرقي والتقدم ، والحضارة ، وليس هو فقط نزوة عاجلة ، أو شهوة بهيمية تقضى ، أو وطء سرعان ما يزول ، بل هو حياة قائمة إلى ما شاء الله ، ترتكن وترتكز على الشرع العظيم ، والمنهاج القويم المأخوذ من شرعة رب العالمين ، وكتابه الكريم ، وهدي خير المرسلين ، وليس هو ذلك المعنى الرديء الذي استشرى وفشا بين شباب الجامعة ، أو من سلك الزنا المقنع المعروف بالزواج العرفي ، وإنما كان ذلك ثمرة للتغريب الثقافي ، والغزو الفكري الذي سرى في جسد الأمة ، واستهانة بمفهوم الزواج في الإسلام.

نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع تعريفا لعقد الزواج في المادة الرابعة المعدلة من قانون الاسرة الجزائري زواج عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة على الوجه و الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و تحصين الزوجين و المحافظة على الأنساب

و الجدير بالذكر أن أهم القوانين التي شرع المشرع من خلالها الى الحفاظ على الآداب العامة في المجتمع قانون الأسرة بالرغم من عدم التصريح بمصطلح الآداب العامة في نصوصه الا أن معاني هذه الآداب مبثوثة في مواد هذا القانون . فللقاضي دور فعال في الحفاظ على أسس المجتمع و حماية مبادئه و تثبيت القيم الصالحة، و يمنع كل أسباب الفساد و قد حفظ لكل أفراد المجتمع حقوقهم المادية و المعنوية، و من أهم الحقوق المعنوية حق العرض و الشرف.

و يقصد بالآداب العامة مجموعة القيم الاخلاقية التي يقوم عليها بناء المجتمع التي تؤدي مخالفتها الى انحلال الرابطة الاجتماعية، و فكرة الآداب العامة هي الجانب الاخلاقي لفكرة النظام العام، وقد عرفه بعض الكتاب بأن الآداب العامة هي مجموعة النظم و التقاليد السائدة التي تحكم السلوك السوي أخلاقيا في مجتمع وقت معينين و هي ليست ثابتة في سائر المجتمعات، فهو يحتم جميع أفراده لاحترام قواعده و يعاقب كل من يخالفه باحتقار و استنكار.

و يكمن دور القاضي في حفظ الآداب العامة كما يظهر في تطبيق المواد القانونية المصرحة بعبارة الآداب العامة، و من أبرز المواد ما ورد في قانون العقوبات من المادة 304 الى المادة 349 بعنوان الجنايات و الجنح ضد الأسرة و فيها تفصيل لهذه الجنايات و من ذلك الاجهاض، الفعل العلني المخل بالحياء، هتك العرض، زنا الأزواج و التحريض على الفسق و الدعارة. و قد بينت المواد المصرحة بمصطلح الآداب العامة في القانون المدني 24 التي تنص على عدم تطبيق القانون الأجنبي إن كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر و لقاضي السلطة التقديرية بالرجوع الى النظام القانوني الذي يحكم المجتمع .

أهمية الموضوع

ان اشكالية الزواج العرفي من المواضيع التي احدثت ضجة و نقاشا واسعا و كبيرا على المستوى الفقهي و القانوني خاصة لنظرية لهذا الموضوع

اشكالية البحث:

ما هو دور القاضي في الحفاظ على الآداب العامة في شؤون الاسرةمن خلال أحكام الزواج العرفي و أحكام النسب والحضانة؟

أهداف الموضوع

اخترت هذا الموضوع بالذات الى:

- رغبتي النفسية في التطرق الى معالجة مثل هذا الموضوع .
- كثرة القضايا المتعلقة بهذا الموضوع..
- ما يشكله هذا الموضوع من مخاطر اتجاه الاسرة و المجتمع.

المنهج المتبع

لقد اتبعت في كتابة بحثي الى المنهج لاستدلالي اساسا عن طريق تتبع الآراء الفقهية في مختلف المذاهب وكذا النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية والمنهج المقارن عن طريق مقارنة مع بعض قوانين العربية المختلفة من اجل الوصول الى كيفية حفاظ القاضي على الآداب العامة في شؤون الأسرة.

صعوبات البحث

الاختلاف الكبير و الجدل الواسع الموجود بين الفقهاء والقانونيين حول هذا الموضوع مما وضعني في دائرة واسعة وصعبة في انتقاء المعلومات،

يكاد ينعدم الاجتهاد القضائي الجزائري في دارسة هذا الموضوع مما اوجب علينا الاستعانة باجتهاد القضاء المصري .

الدراسات السابقة

من خلال بحثي في جمع المعلومات من اجل معالجة موضوع دوور القاضي ي الحفاظ على الآداب العامة في شؤون الأسرة لم اجد اي مرجع معتمد المتخصص في النظر في هذا الموضوع بالذات، اما بالنسبة للمراجع العامة التي تناولت صور الزواج العرفي وأسباب اللجوء اليه واثبات ابن الزنا واحكام الحضانة فكانت متوفرة ما عدا دراسة الآدمية عبارة عن رسالة ماجستير، و التي تطرقت الى هذا الموضوع بصفة عامة .

الخطة المتبعة

بناءًا على ما تقدم فان خطة بحثنا ستكون كالتالي:

في الفصل الأول كان تحت عنوان دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال الأحكام المتعلقة بالزواج العرفي، وتطرقت فيه الى مبحثين تناولت في المبحث الأول الزواج العرفي و عوامل وجوده حيث يتحدث لمطلب الأول عن مفهوم الزواج العرفي شرعا وقانونا اما المطلب الثاني اسباب اللجوء الى الزواج العرفي ،في حين المبحث الثاني فكان رفض القاضي اثبات الزواج العرفي ، المطلب الاول بينا رفض القاضي اثبات الزواج في علاقة غير شرعية والمطلب الثاني رفض بسبب خلل في العقد .

أما الفصل الثاني فكان تحت عنوان :دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال احكام النسب والحضانة وقسمته الى مبحثين المبحث الاول دور القاضي في حفظ النسب المطلب الاول اثبات ابن الزنى في القانون الجزائري والشريعة ، ثم المطلب الثاني تغيير القضاء في بعض القرارات المحكمة العليا المتعلقة بالنسب لحفاظ على الآداب العامة في حين المبحث الثاني ذهبنا الى دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال احكام الحضانة خصصت المطلب الاول الى الشرووط الخلقية الواجب توفرها في الحاضن اما المطلب الثاني اسقاط القضاء حق الحضانة عن مستحقها بسبب الاخلال بالآداب العامة .

وسنعرض بعون الله في الخاتمة اهم النتائج التي توصلنا اليها في بحثنا.

الفـــــصـــــــــــل الأول

دور القاضي في حفظ الآداب العامة المتعلقة بالزواج العرفي:

يعتبر عقد الزواج من اهم العقود التي شرعها الله سبحانه وتعالى ، وهذا لتنظيم الحياة البشرية في الأرض، ويعرف الزواج عامة بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة و النسل". ولقيام عقد الزواج يجب أن يتوفر ركن الرضا أي الصيغة في عقد الزواج بتخلفه يعتبر ف في حد ذاتها من شرط إلى آخر، عقد الزواج باطلا، على غرار شروط عقد الزواج التي تختل عقد الزواج العرفي هو الع كما يمكن القول بأن قد الذي يستوفي جميع الأركان والشروط ، إلا أنه غير مسجل لدى الجهات الرسمية، وبالتالي لا يمكن الاعتراف به من الناحية القانونية ، إلا إذا إثباته بطرق الإثبات المتعارف عليها في نظرية الإثبات في القانون المدني وقانون الأسرة،

تم ولتبيان ذلك خصصنا هذا الفصل للحديث عن هذه المسألة وذلك من خلال مبحثين أولهما والذي كان بعنوان

الزواج العرفي و عوامل وجوده و المبحث الثاني تحت عنوان رفض القاضي اثبات الزواج العرفي

المبحث الاول: الزواج العرفي و عوامل وجوده

يكاد الزواج العرفي يستحوذ على أغلب الناس على أنه هو فقط الزواج غير الرسمي، و كنا سوف ننجرف الى هذا التيار لولا أننا تأكدنا أخير أن للزواج غير الرسمي صور أخرى و ان كانت أهمها هي صورة الزواج العرفي، الأمر الذي جعلنا نستهل به حديثا عن الزواج غير الرسمي لكونه تكمن فيه صفات الزواج غير الرسمي و أغلب خالات هذا الاخير تقع تحت مسمى الزواج العرفي.

و في السطور التالية سنحاول استعراض أهم جوانب ما يطلق عليه زواج عرفي و ذلك من خلال خمس.

المطلب الأول : مفهوم الزواج العرفي قانونا و شرعا

لضبط مفهوم الزواج العرفي ارتأينا أنه من الضروري التعرف به شرعا وقانونا

1-تعريف الزواج العرفي:

يعرف رجال القانون الزواج بأنه الزواج غير الموثق الذي يتم بإيجاب و قبول الطرفين-الزوج والزوجة- من خلال ورقة عرفية، و لكن يعاب عليه عدم توثيقه و تسجيله سواء على يد مأذون شرعي في مكمة الأحوال الشخصية أو في الشهر العقاري ،و الزواج العرفي له صورتان:

الصورة الاولى:

هي الغالبة في المجتمع المصري و فيها يتم عقد الزواج بإيجاب و قبول من كلا الطرفين –الزوج والزوجة- من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها باسميهما، مع حضور شاهدين مستأجرين أو من أصدقاء الزوجين يوقعان على العقد العرفي مع عدم اعلان و اشهار هذا الزواج العرفي أو علم الأهل و الأصدقاء به .

الصورة الثانية:

يتم عقد الزواج بإيجاب و قبول الطرفين من خلال ورقة عرفية فقط دون حضور شهود للتوقيع عليه و دون اعلانه و اشهاره بين الناس.

-أستاذ سمار عبد العزيز ،الزواج العرفي في القانون الجزائري ،استشارات قانونية مجانية،محاماة نت،الموقع https//www.mohamah.net/

- فارس عمران ، صور الزواج لعرفي و صور اخرى للزواج الغير الرسمي،دار لجامة الجديدة، مصر 2001،الباب الأول ، ص 19 –20–

2-تعريف العلماء والمشرع الجزائري للزواج العرفي:

يقول علماء الشرع ان الزواج العرفي سليم من الناحية الشرعية وعليه فالزواج العرفي هو ذلك الزواج القائم على جميع أركانه الشرعية من رضا الزوجين و ولي الزوجة و الصداق و الشاهدان، غير أنه لم يتم تسجيله أمام الجهات الرسمية، و يسمى بالزواج العرفي لأنه زواج يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد الرسول صلى الله عليه و سلم ،فتسجيل الزواج أمام الجهات الرسمية لم يكن معروف في القرون السابقة ،بل يعد تسجيل عقود الزواج أمام جهات رسمية بمثابة ظاهرة جديدة في مجتمعاتنا العربية و الإسلامية .

و هو الذي يتم بالإيجاب وقبول الطرفين الزوج والزوجة مع مباشرة الولي لعقد الزواج تحت ولايته مع حضور شاهدين عدل يوقعان على عقد الزواج، مع الاعلان واشهار هذا الزواج وعلم الناس به وان كان يعاب عليه من الناحية القانونية عدم توثيقه رسميا لان مسألة التوثيق غير معروفة في وقت الصحابة ولكن الزواج العرفي بصورته الشرعية التي ذكرها العلماء الشرع نادر الحدوث في المجتمع المصري. لان الشائع ان يتم الزواج العرفي في السر بعيدا عن اعين الأسرة والمجتمع دون اعلانه والاشهار به وعدم حضور ولي الزوجة لمباشرة العقد لها، في حين ان القانون الجزائري لم يعتبر الزواج العرفي جريمة اي انه لم يعاقب عليها حتى لو تم الزواج من فتيات قاصرات على عكس القانون التونسي الذي يعاقب على الزواج العرفي بالحبس والغرامة منذ سنة 1956 بل حتى تعدد الزوجات في تونس يشكل جريمة يعاقب عليها بالحبس والغرامة.

اما القانون الجزائري مثله مثل كثير من الدول العربية القانون المصري والمغربي اعترف بالزواج العرفي وسمح للمتزوجين عرفيا بإثبات زواجهم لاحقا امام الجهات الرسمية والحصول على الدفتر العائلي، ويتم تثبيت الزواج العرفي في الجزائر عن طريق المحكمة كما نصت المادة 22 من قانون الاسرة (يثبت الزواج بنسخة من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة).

وعليه يتضح لنا من خلال هذه المادة انه يمكن تدارك عدم تسجيل الزواج امام ضابط الحالة المدنية باللجوء لاحقا أمام المحكمة، ويتم ذلك في الواقع العلمي بواسطة عريضة مشتركة بين الزوجين تودع أمام المحكمة.

-الأستاذ سمار عبد العزيز،مقالة مأخوذة من الانترنت، https://www.mohamah.net/

-المرسوم التنفيذي رقم 06-154،مؤرخ 11ماي سنة 2006،المادة 22من قانون الأسرة دار بلقيس للنشر ،الدار البيضاء، طبعة أفريل 2015

المطلب الثاني : أسباب اللجوء الى الزواج العرفي

بعد ذكرنا المطلب الأول الزواج العرفي و صوره سنبين في المطلب لثاني جملة الاسباب الداعية لتفشي و انتشار الزواج العرفي

أسباب *اللجوء الى الزواج العرفي:*

تعددت اسباب اللجوء الى الزواج العرفي و يصعب تحديدها جميعا، لان ذلك يحتاج الى كثير من الابحاث و قد حصرت الاسباب بعضها البعض الى اسباب دينية و اجتماعية و قانونية و اقتصادية

أ-الأسباب الدينية :

هي من اكثر الاسباب المؤدية الى هذه الظاهرة، و يمكن وضعها في اندثار القيم القومية، فضلا عن السلوكيات الداخلية التي ليست من الدين،. كما يعد اضطراب الفتوى و تضاربها مع العلماء و اختلافهم بشان الشرعي لزواج غير موثق سببا اخر من اسباب انتشاره،. فبعض المفتيين يحل الزواج العرفي و الاخر يحرمه و هنا قد كثرت الفتوى.

ب- الأسباب الاجتماعية:

هي الاخرى لها اليد الطولي خاصة عدم ترسيخ القيم الاجتماعية الصحيحة في النفوس، فلا يوجد توعية بالإضافة الى ما تقدمة وسائل الاعلام من المادة الاستفزازية التي تثار في نفوس الشباب ما أيضا ما تعرضه من مظاهر تثير غرائزهم الجنسية التي لا تتاح الفرصة لإشباعها بطريقة صحيحة و عدم تمسكهم بالقيم الاخلاقية

---

www.uslamway.com-مجلة منير للاسلام، عند شهر صفر سنة 1448ص 87، و ما بعدها، مقالة ماخوذة من الانترنيت، موقع:

- فارس محمد عمران، الزواج العرفي، و الصور الأخرى للزواج غير الرسمي، دار جامعة جديدة بمصر 2001 ص 71.

– المرسوم التنفيذي رقم 06–154،مؤرخ 11ماي سنة 2006،المادة 07من قانون الأسرة دار بلقيس للنشر ،الدار البيضاء، طبعة أفريل 2015

– المرسوم التنفيذي رقم 06–154،مؤرخ 11ماي سنة 2006،المادة 08من قانون الأسرة دار بلقيس للنشر ،الدار البيضاء، طبعة أفريل 2015

–الباب الثالث الزواج العرفي و دواعي و أسباب العلاج، ص 95–96

ج- الأسباب الاقتصادية:

في مقدمتها البطالة بصفة خاصة هي تعد المتهم الاول في مشكلة الزواج العرفي، لان الزواج الرسمي يحتاج الى مبالغ كبيرة لتأسيس منزل الزوجية و بالتالي فلا بديل عن الزواج العرفي الذي لن يكلف سوى ورقة . و يعتبر غياب دور الاسرة في توجيه الابناء و تعليمهم اصول الزواج الصحيح بالاعتماد على الأحكام الشرعية الدينية، و هذا يعتبر من اكبر الفتن العامة، و ايضا كثرة المعاصي. فاين رقابة الاب و الام على اولادهم يقول صلى الله عليه وسلم {كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته}

من هذه الاسباب نستنتج ان الزواج العرفي يؤدي الى ضياع الحقوق الشرعية و القانونية للزوجة، و ينتج منافذ الظن السيء و القذف بالزنا و انتشار اشاعات حول العلاقات المشبوهة. و قد انتشرت هذه الظاهرة في الجزائر في الارتباط بفتيات قاصرات، فالمادة 07 من قانون الاسرة حددت السن القانوني للزواج ب 19 سنة بالنسبة لكل من الرجل و المرأة، و زواج القاصرين و القاصرات طبقا للمادة 07 من قانون الاسرة يخضع لشروط تتمثل في الحصول على ترخيص من القاضي، علما ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في القبول و الرفض للزواج من فتاة قاصرة.

و بالتالي يلجأ أغلب الرجال الراغبين بالزواج من القاصر الى الزواج العرفي لتجنب الإجراءات القضائية أو كنتيجة لرفض القاضي منح الترخيص اللازم لإتمام هذا الزواج، وتعبر أيضا وسيلة للتحايل على أحكام المادة 08 من قانون الاسرة الذي يلزم الرجل الراغب في الزواج مرة اخرى موافقة الزوجة الاولى و بالتالي يلجأ الرجل للزواج العرفي و قد تم التعديل في قانون الاسرة حيث تم الغاء موافقة الزوجة بالزواج من امرأة اخرى. يلجأ البدو و الرحل و سكان المناطق النائية للزواج العرفي بسبب العزلة و البعد عن المقرات الرسمية و يلجأ ايضا المطلوبين لدى العدالة للزواج العرفي باعتبار أن هؤلاء الاشخاص ارتكبوا جرائم خشية توقيفهم عند التقدم للسلطات الرسمية من أجل ابرام عقد الزواج..

و تعتبر الفوارق الطبقية الاجتماعية دافعا لأنها تجعل البعض يقدم على الزواج العرفي السري، فمرض الفوارق الأدبية و الاجتماعية و المالية يؤدي الى سرية العقد كزواج الطبيب بالممرضة، المدير بالسكرتيرة، و صحاب البيت بالخادمة الى غير ذلك من الزيجات التي تثمر في النهاية عن مولد الطفل ينشأ تحت ستار الزواج السري العرفي الباطل مما يذهب حقه و حق أمه.

و على الناس جميعا أن يعلموا أنه لا فرق بين الجميع و أن الفرق المعترف به جانب الشرع هو التقوى و الدين والايمان و الخلق، و أن هذا الوهم من سمات الجاهلية التي هو ضد التطور و التحضر الذي تعودنا عليه، و قد بينا ان اغلب أو بعض الاسباب المؤدية الى الزواج العرفي هو عدم الرغبة في التنازل على المعاش للزوج أو الزوجة التي مات عنها زوجها و لها ولد منه ترعاه فلا تتزوج بعد زوجها الا عرفيا.

د- الأسباب القانونية:

تعد الأسباب القانونية احد اهم العوامل التي تدفع الأفراد نحو التهرب من توثيق عقود زواجهم، خاصة بعد تعديل قانون الأسرة ويقصد بها القيود القانونية التي تفرضها الحكام الجديدة عند اجراء عقود الزواج، حيث استحدث المشرع شروطا يتعذر على بعض الأفراد تلبيتها، مما ادى الى تزايد ملحوظ لظاهرة الزواج العرفي.

يفرض قانون الأسرة على طالبي الزواج احضار وثائق ادارية لا سيما عقد الميلاد و شهادة طبية من اجل التوثيق الرسمي للعقد، فاذا تخلفت وثيقة واحدة يمتنع ظابط الحالة المدنية او الموثق عن تحريره. قد تشكل وثائق الحالة المدنية قيودا يصعب على بعض الأفراد تحصيلها خاصة وان منهم من لم يسجل بالحالة المدنية و بالتالي ال يملك اي وثيقة تثبت هويته، الأمر الذي يدفعه للزواج دون توثيق و يلزم القانون المطلقين احضار شهادة الطالق بالنسية للرجل وشهادة تثبت استنفاذ العدة شهادة اثبات الطالق منذ اكثر من ثالثة اشهر، فبالنسبة للأخيرة فإنها ال تسلم غالبا الى بعد احضار نسخة من حكم الطالق و نسخة من محضر تبليغ الحكم، و امام صعوبة استخراج مثل هذه الشهادة يضطر الأفراد للزواج العرفي او ايضا هروبا من شرط الاهلية او لعجز في احضار وثيقة طبية و بالنسبة لموظفي الأمن و افراد الجيش الشعبي الوطني و الدرك الوطني ان القوانين الخاصة التي يخضعون لها تلزمهم بالحصول على ترخيص مسبق بعد الفحص

-سمير عبد العظيم ،الزواج العرفي،دار القمة دار الايمان الاسكندرية،2002،ص36-37-38.

-الأمر رقم 05, 02 المؤرخ فبراير 2000معدل قانون رقم 18/11، المؤرخ في 09يونيو 1984،متضمن قانون الأسرة.

المبحث الثاني : رفض القاضي اثبات لزواج العرفي

ان المبادئ والشروط التي استقر عليها القضاء تعتبر عاملا مهما جدا لحفظ قدسية عقد الزواج و عدم التلاعب به و من ثم حفظ الآداب العامة في المجتمع و أي مخالفة لهذه الآداب الى رفض اثبات الزواج و قد يكون الرفض لكون العلاقة بين الرجل و المرأة في أصلها علاقة غير شرعية. أو لكون العقد المبرم فيه خلل لا يمكن معه الحكم بصحة الزواج.

المطلب الأول: رفض القاضي اثبات الزواج الذي يكون في أصله علاقة غير شرعية

نتطرق في هذا المطلب الى رفض القاضي رفض اثبات الزواج الذي يكون في علاقة محرمة

الأمر الذي استقر عليه لقضاء هو رفض دعوة ثبات لزواج اذا كانت العلاقة بين الرجل و المرأة علاقة غير شرعية و ليست علاقة زواج ،جاء في قرار المحكمة العليا أن القضاء يرفض دعوة تثبت الزواج الناتج عن علاقة غير شرعية هو قضاء سليم.

و قد تباينت القوانين في درجة حمية العرض تبعا للتباين في المعتقدات ؤ الاعراف و تعد الشريعة الاسلامية النظام الذي بلغ الدرجات العليا في هذه الحماية ، فقد اعتبر العرض حق من حقوق الله فلا يجوز المساس به التهاون في حفظه.

لذلك كانت جريمة الزنى لا تثبت الا بإقرار أو اربعة شهود في حين أن الجرائم الأخرى تثبت بشاهدين فقط و نجد الاشارة في هذا المقام بأن الحكم على العلاقة بكونها غير شرعية لا يمكن أن يكون الأبناء اقرار أو بينة قوية من حكم جزائي نهائي ، أو شهادة أربع شهود و أي نقص في وسائل الاثبات يؤدي الى عدم الحكم على العلاقة بكونها غير شرعية ، ذلك لأن العرض من أهم الحقوق المعنوية بشرف الانسان و سمعته و يتعدى أثره الى سمعة العائلة و المجتمع.

– دكتورة نوارة العشي ،أستاذة محاضرة ،حوليات جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق، العدد 31.الجزء الثاني ص 281

و قد اهتمت القوانين بالحماية ووضعت الاحكام التي تمنع الاعتداء عليه و جعلت القضاء حارسا له بإصدار الأحكام التي تزجر كل من اعتدى على عرض و شرف غيره

و بهذه الشروط المقررة شرعا و قانونا تصان الأعراض في المجتمع فلا يتجرأ على النيل و الانقاص من اعرض الآخر، و علو هذا المنوال سار القضاء ، فقد جاء في قرار المحكمة العليا من المقرر قانونا بأن الزنى لا يثبت الا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي ، أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود يشهدون في آن واحد مباشرة الزنى و بما أن الأمر لس كذللك في قضية الحال فالقضاة لما اعتمدوا على شهادة رجل و امرأة لا ثبات الزنى كانوا منتهكين لقواعد الاثبات و بالتالي خالفوا القانون و الشرع معا مما يجعل قراراهم معرضا للنقض .

و قد أبطلت المحكمة العليا حكم القضاة الاستئناف بتصحيح الزواج و الحاق نسب الولد عند وجود اعتراف من الطرفين بالعلاقة غير الشرعية ، جاء في القرار(من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر فيه الأركان المقررة شرعا يكون باطلا و من ثم لا تعبر العلاقة غير شرعية اذا كان ثابتا في لقضية و يعتبر زواجا اذا كان ثابتا في القضية .

و في حال كانت العلاقة غير شرعية اذا كان كلاهما قد اعترف بارتكاب الفاحشة فان قضاة الاستئناف يقومون بإعطاء اشهاد للمستأنف على اعترافه بالزواج و تصحيحه و الحاق نسب الولد لأبيه وتحقق الحقوق المستأنفة خرقو احكام الشريعة الاسلامية .

فالنيابة العامة حق تقدم الطلبات بطلان الازواج عندما يكون الزواج باطل بطلان مطلقا و ذالكاذ كان احد الزوجين غير بالغ او ارتكب فاحشة طبقا لنص المادة 48من الامر رقم 70 /20 المتعلق بالحالة المدنية.

اذ نصت على انه يجوز الطلب الابطال من قبل الاشخاص المعنيين او من قبل نائب العام لداعي النظام العام و بسجل المقرر النهائي سجلات الحالة المدنية و يشار اليه في الهامش العقد المقرر لابطاله

– مادة48من الامر رقم 20/70،المتعلق بالحالة المدنية،المرجع السابق، لأمر رقم 20/70،المرجع السابق

– دكتورة نوارة العشي ،أستاذة محاضرة ،حوليات جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق، العدد 31.الجزء الثاني ص 282

كما يمكن طلب تصحيح العقود الحالة المدنية وذالك بناء على العريضة يقدمها الوكيل النيابة ومن بين القاضايا التي ترفع ضد النيابة العامة نجد ان اثبات قضايا الزواج العرفي والقضية ترع من طرف مدعي او المدعية ضد النيابة العامة ومثل هذه القضايا لا يوجد فيها نزاع وذالك في حالة وجود اتفاق بين الطرفين وترفع الدعوى من أطرافها والنيابة تلمس تطبيق القانون .

المطلب الثاني: رفض القاضي اثبات الزواج العرفي لوجود خلل في العقد

و في هذا المطلب سنتناول رفض القاض للزواج لعرفي لوجود مانع في العقد

اذا اختل الزواج العرفي لوجود مانع من موانع او نقص في اركانه وشروطه فان هذا الزواج يعتبر باطل لأنه مخالف لشرع و القانون وبهذا الاختلال والنقص يكون مخالف للآداب العامة ‘ فيحكم القضاء برفض اثبات هذا الزواج .

وللمكمة العليا دور كبير في هذا المجال ويمكن ابراز هذا الدور من خلال بعض قراراتها الرافضة لإثبات الزواج العرفي في الخلل في العقد التي يمكن تقسيمها حسب نوع العقد :

-أولا : رفض اثبات الزواج العرفي بسبب وجود مانع من موانع الزواج

أوجبت الشريعة الاسلامية لانعقاد الزواج خلو الزوجين من الموانع الشرعية المؤبدة ؛ كانت او المؤقتة وقد بين قانون الاسرة هذا الحكم في فصل موانع الزواج من المادة 23 الى 30 .

-مادة48من الامر رقم 20/70،المتعلق بالحالة المدنية،المرجع السابق.

-دكتورة نوارة العشي،أستاذة محاضرة ،حوليات جامعة الجزائر 1 العدد 31الجزء الثاني، ،ص 283/282.

موانع الزواج:

• **المادة 23:** يجب ان يكون كل من الزوجين خلو من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

• **المادة 24:**موانع النكاح ألمؤبدة هي :

- القرابة

- المصاهرة

- الرضاع

• **المادة 25:**المحرمات بالقرابة هي :

الأمهات، والأخوات ، والعمات، والخالات، وبنات الاخ، وبنات الاخت.

• **المادة 26** : المحرمات بالمصاهرة :

- اصول الزوجة بمجرد العقد عليها

- فروعها ان حصل دخول بها

- ارامل او مطلقات اصول الزوج وان علو

- ارامل او اصول الزوج وان نزلوا

• **المادة 27** : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

• **المادة28** : يعد الطفل الرضع وحده دون اخوته واخواته ولدا للمرضعة وزوجها واخا للجميع اولادها ويسري تحرم عله وعلى فروعه

• **المادة 29** :لا يحرم الرضاع الا ما حصل قبل الفطام او في الحولين سواءكان اللبن قليلا او كثيرا

• **المادة 30:** يحرم من النساء مؤقتا :

- المحصنة

- المعتدة من الطلاق او الوفاة

- المطلقة ثلاثا

- كما يحرم مؤقتا :

الجمع بين الاختين او بين المرأة وعمتها أو خالتها أو لاب أو لام أو من الرضاعة.

- **المادة 32** : يبطل الزواج اذا اشتمل على مانع او شرط يتنافى أو مقتضيات العقد
- **المادة 33:** يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا
- **المادة 34:** كل الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء
- **المادة 35** : اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا .

–مرسوم التنفيذي رقم 06 –154 مؤرخ في 11ماي سنة 2006، قانون الأسرة الجزائر دار بلقيس للنشر ،الدار البيضاء،طبعة أفريل 201

والزواج العرفي الذي يقضي التحقيق بشأنه انه وقع على المرأة والعصية زوجها السابقة القائمة أو قبل انتهاء عدتها من الطلاق او الوفاة يعتبر الزواج باطلا وترفض المحكمة اثباته .

جاء في قرار المحكمة العليا {من المقرر شرعا عدم صحة العقد على المرأة هو وجودها في عصمة رجل اخر أو في عدة من الطلاق أو في عدة من الوفاة }.

بل ذهبت المحكمة الى ابعد من ذلك عندما اعتبرت زواج المرأة عرفيا قبل صدور الحكم بالطلاق من زوجها السابق علاقة غير شرعية جاء في قرار المحكمة العليا من المقرر قانونا انه يعتبر زنا حالة الزوجة تنظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها ؛والتي تزوجت من رجل اخر بالفاتحة رغم عدم صدور الحكم بالطلاق .

وجاء في قرار آخر ان الاقتران الزوجة بالزوج ثان رغم وجود روابط الشرعية مع زوجها الاول فإنها قامت بارتكاب جريمة الزنى بكل ارادة ولا مجال لتفسير آخر.

والاشكال الذي يمكن طرحه في حالة كون الطلاق وقع قبل لرفع الدعوى ثم انتهت العدة قبل صدور الحكم القاضي وتزوجت المرأة عرفيا فهذا الزواج يعتبر جائزا في راي الشرع لسبب انتهاء العدة ، ولكنه في نظر القانون غير جائز لان الحكم القضائي لم يصدر بعد وهذا الامر يحتاج الى اعادة النظر .

- ثانيا: سبب رفض اثبات الزواج العرفي بسبب انعدام بينة تقييد توفر الشروط:

اذا انعدمت في الدعوة اثبات الزواج العرفي البينة التي تثبت ان عقد الزواج قد ابرم حقيقة بشروطه اللازمة فأن المحكمة العليا ترفض اثباته سواء كان المدعي هو الزوج او الزوجة ، جاء في قرار المحكمة العليا {اذا كان من الثابت في القضية الحال ان الطاعن لم يأتي بأي شهادة المعاين أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الاساس القانوني .

كما قضت المحكمة العليا أن يمين الزوجة دون البينة تقيد توفر الاركان لا يكفي لإثبات الزواج العرفي ،وان في اثباته مع هذا الخلل مخالفة للشرع والقانون وقد ذهبت المحكمة العليا في حفظها–

–دكتورة نوارة العشي،أستاذة محاضرة،حوليات جامعة الجزائر 1–العدد 31 الجزء الثاني ،ص 284

للآداب العامة إلى مستوى اعلى في التحقيق عندما رفضت اثبات الزواج عرفي متنازع فيه مع وجود شهود ،صرحوا ان الرجل و المرأة كانا يعيشوا عيشة الازواج .

واشترطت ان تكون الشهادة تقيد انعقاد الزواج وشروطه ألمعروفة وليس ألمجرد العيش كالزواج وقد عبرت المحكمة العليا في قرارها من قبل ان مجرد معاشرة و العيش المشترك ليس دليل على اقامة عقد الزواج جاء في القرار {من المقرر ألزوجية لا تثبت الا اذا توفرت شروطها الاساسية }.

ان رفض إثبات الزواج العرفي يكون في حالة اختلال الشروط الصحيحة لعقد النكاح ومن ذلك تعدد شروط المختلة حسب ما كان منصوص عليه قبل التعديل 2005 .

أما اذا نقص شروط واحد كالوالي وحدث دخول فان المحكمة قضت إثبات الزواج طبقا للمادة 33.

ومن ذلك ايضا أن المحكمة العليا قضت بصحة الأزواج العرفي الذي لم يحدد فيه الصداق لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل .

– دكتورة نوارة العشي،أستاذة محاضرة،حوليات جامعة الجزائر 1–العدد 31 الجزء الثاني ،ص 284

الفصل الثاني

دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام النسب و الحضانة

قد اختلف فقهاء الشريعة في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية بين مؤيد ومعارض،اذ أتفق جل الفقهاء على جواز الاخذ بها في أإثبات النسب مع ضرورة إحاطتها بضوابط تكفل مصداقيتها،أما القانون الجزائري فقد أجاز الاخذ بالطرق العلمية وجعلها من سلطة القاضي التقديرية وهذا ما سنتاوله في مبحثنا الاول تحت عنوان... ام المبحث الثاني:دورالقاضي في الحفاظ على الاداب العامة من خلال احكام الحضانة وفي هذا المبحث عالجنا موضوع ظوابط. سلطة تقدرية للقاضي الجزائري في اسناد الحضانة استنادا في ذلك على النصوص القانونية و بعض الاراء الفقهية،بالاضافة الى اجتهادات وقرارات قضائية في هذا المجال،وهذا للطبيعة التي يتميز بها هذا الموضوع عن غيره ونظرا لمكانة المحضون بصفته رجل الغد ومكانة الاسرة في المجتمع،وتطرقت الى اهمية الدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال.

المبحث الأول: دور القاضي في إثبات النسب

لقد عني الإسلام بالنسب رعاية فائقة ونظمه من خلال علاقة الزواج، إذ أصبح عقد الزواج الصحيح التي توافرت أركانه وشروطه سبب لصحة الأنساب وقد نصت المادة 40 من التعديل: " انه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو النكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و33 و 34 من هذا القانون" كما نص في الفقرة الثانية من المادة نفسها "انه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية للإثبات النسب"

المطلب الأول: إثبات ولد الزنا في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

الزنا من أكبر الجرائم التي حرمها الإسلام و ل عليها حملة صارمة لأنه يؤدي إلى فساد العلاقات واختلاط الأنساب وهتك الحرمات وضياع الحياء وتحلل الأخلاق، ومن هذا المطلب سنتطرق إلى إثبات ولد الزنا في قانون الجزائري والشريعة الإسلامية

-أولا: إحكام نسب ابن الزنا في الشريعة الإسلامية:

عرفه الحنفية حيث قال ابن نجيم: (الزنا وطء في قبل خال عن مالك وشبهته)[1]

أما تعريف المالكية قال خليل: (الزنا وطء مكلف مسلم أو ذمي فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمدا)[2]

وعرفه ابن رشد: (كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين) [3]
يقول التميمي: (الزنا هو وطء المرأة من غير عقد شرعي، ولا يدخل في مفهوم الزنا أي ممارسة بين الرجل والمرأة دون الوطء)[4]
وقال ابن عرفة: (الزنا الشامل للواط مغيب حشمة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمدا)

[1] ابن نجيم أبي بكر عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النفسي،الشرح لزين الدين إبراهيم محمد، شرح كنز الدقائق، (في فروع الحنفية)، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1418ه/1997م.

[2] صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل ج2،دط، دار الكتب الثقافية، بيروت لبنان ص 283

[3] ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بدية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2،ط3،مكتبة الخاتجي 1994، ص 324

[4] عز الدين الخطيب التميمي، نظرات في الثقافة الإسلامية دط، دار الشهاب الجزائر 1988 ص 215

اما الشافعية: (الزنا إيلاج حشفة أو قدرها من الذكر المتصل الأصلي الواضح ولو أشل وغير منتشر بفرج محرم لعينيه خال عن الشبهة مشتهي يوجب الحد)[5]

تعريف الحنابلة قال ابن مفلح في تعريف الزنا:(هو فعل فاحشة في قبل أو دبر)[6]

وأدلة تحريم الزنا كما جاء في القرآن قال تعالى:"قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذالكم وصاكم به لعلكم تعقلون"[7]

-ثانيا: نسب ابن الزنا في القانون الجزائري:

حسب نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا"

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وان صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة وبخلاف ما جاء في الفقه الإسلامي حيث يشمل كل الأحوال الذي يطلق عليه الاسم سواء كان من ارتكب عليه الجريمة رجل أو امرأة فهي زنا ولمس نظام عام وجعل الزواج معيار لتشديد العقوبة من جلد إلى رجم، لهذه الاختلافات بين الفقه وقانون جزائري يقترح بعض فقهاء القانون تغيير الزنا إلى عبارة الخيانة الزوجية حتى تعبر عن المسمى الحقيقي لها ولا تكاد تلمس أي اتفاق بين قانون الجزائري وفقه الإسلامي في التجريم والعقاب سوى تقرير الشرعيين لعقوبة واضحة ضد مرتكب هذه الجريمة مدونة في نصوص التشريعية والقانونية وليست من اجتهاد

[5] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4،ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان سنة 1418 هـ 1997 م ص 186

[6]أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج7،ط1 دار الكتب العلمية، بيروت لبنان 1418 هـ 1997 م ص 380

[7] سورة الأنعام الآية 151

المادة 339 قانون العقوبات الجزائري ص 103

الفقهاء كما إن كليهما لا يعاقب على الشروع في الجريمة.

صورة المسألة: إن الأساس الذي تقوم عليه مسألة ولد الزنا إلى الزاني إذا ادعاه حيث لا فراش[8]

هو وجود الدعوى من الزاني لنسب ما ولد له من الزنا مع عدم وجود الفراش

وان هذه الدعوى من الزاني لنسب ولد الزنا هو مجرد ادعاء لا دليل عليه ولا أمارة واثبات النسب بمجرد الدعوى يفتح باب المفسدة فلا يؤمن معه إلحاق الشخص بمن لا ينسب اليه، ولا يخفى ما في ذلك من أثر سلبي على ما أمرنا الله بحفظه وجعله مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو حفظ النسل.

كما جاء في أراء العلماء اتجاهين:

الاتجاه الأول: الذي يربط إثبات نسب ولد الزنا من الزاني بوجود دلائل وأمارات ظاهرة تؤكد هذا الأمر

الاتجاه الثاني: هو الذي لم يرى تلك الدلائل كافية في إثبات النسب وتصديق الزاني في دعواه

اختلاف الفقهاء في نسب ولد الزنا إلى الزاني إذا ادعاه، ولم تكن المزني بها فراشا لزوج على ثلاث مذاهب:

المذهب الأول: لا يثبت ولد الزنا، ولا يلحق بالزاني إذا ادعاه واليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، والظاهرية[9]

المذهب الثاني: يثبت نسب ولد الزنا ويلحق بالزاني إذا ادعاه مطلقا[10] واليه ذهب سليمان بن يسار وإسحاق بن راهوية[11] وعروة بن الزبير

---

[8] مذكرة إثبات نسب ابن الزنا

[9] المبسوط (279/17) نظام وغيره الفتاوي الهندية (127/4) الحطاب مواهب الجليل (252/7) اسنى المطالب (319/2)، حاشية الجمل (201/9) المغني (130/7) المحلي (203/9)

[10] المغني (130/7)، مجموع الفتاوي (137/32)

[11] إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي ابو محمد بن راهوية المروزي ثقة حافظ مجتهد قرين احمد بن حنبل ذكر ابو داود انه تغير قبل موته بيسير مات سنة ثمان وثلاثين وله اثنتان وسبعون البخاري:التاريخ الكبير (379/1) ابن الثقات (115/8)

المذهب الثالث: يثبت نسب ولد الزنا ويلحق بالزاني،إذا ادعاه بشرط إن يقام عليه الحد[12] واليه ذهب الحسن البصري، ابن سيرين،وابن إبراهيم النخعي.
وقد ذكر ابن قدامةأن علي بن عاصم روى عن أبي حنيفة انه قال إلا أرى باسا بإثبات النسب إذا تزوج الزاني بامرأة التي حملت منه وستر عليها.

- الاختلاف في تكييف إثبات النسب للزاني:

من رأى إن حرمان الزاني من نسبه الولد له، إنما شرع على جهة العقوبة له على ارتكابه جريمة الزنا ذهب إلى عدم إثبات نسب الولد للزاني

بينما من رأى أن إلحاق الولد بالزاني هو إثبات حقيقة واقعة وخاصة إذا قامت الدلائل والإمارات على صدقه في دعواه بأنه خلق من مائه ذهب إلى إثبات نسب الولد للزاني

الطرق العادية للإثبات النسب:

1) الفراش: أن مسالة ثبوت نسب الولد من أمه ليست محل خلاف بين فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية ذلك أن واقعة الولادة هي نسب ثبوت نسب الولد من أمه في كل الحالات وسواء كانت الولادة شرعية أو غير شرعية فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها، ومن المتفق عليه أيضا أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الفراش والمراد بالفراش الزواج الصحيح والزواج الفاسد الذي يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، وكذا الوطء بشبهة[13]
2) الإقرار: يعد الإقرار من بين طرق إثبات النسب ويختلف تعريفه حسب موضوعه فإذا كان محله الاعتراف بالولد فانه يعني أن لا يلتحق نسب ولد أبيه إلا إذا اعترف به قانونا،وقد تعرض المشرع الجزائري للإقرار في نص المادة 44،40،45 واعتبره طريقا من طرق إثبات النسب[14]
3) إثبات النسب بالبينة: من بين الطرق الشرعية لإثبات النسب البينة،فالبينة من الطرق المتفق عليها شرعا في إثبات النسب ويقصد بها شهادة الشهود وهو مانص عليها المشرع في مادة 40

[12]المغني (130/7)، مجموع الفتاوي (137/32)

[13]ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء ص 3382

[14]اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية أثرها على النسب، ط1، الأمل، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائري 2012،ص 725

المادة 44 قانون أسرة الجزائري
المادة 45 قانون أسرة الجزائري

الطرق العلمية لإثبات النسب:

1) **البصمة الوراثية:** البصمة الوراثية من القضايا المستجدة والاكتشافات العلمية الحديثة التي ظهرت منذ سنوات وتعني إن لكل إنسان بصمة خاصة به يرثها من أبيه وأمه،وهي عملية تستخدم لتحديد الهوية كما عرفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية البصمة الوراثية بأنها البصمة الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي نسبة إلى الجينات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه[15]

خصائص البصمة الوراثية:

أ) تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية صاحبها،وذلك اذا أجريت طبق معايير وضوابط معينة[16]

ب) عدم التوافق والتشابه بين كل فرد وآخر عند تحليل البصمة الوراثية ومن المستحيل أن تطابق بصمة شخص آخر إلا في التوائم المتماثل

ج) البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لأخر في جسم الإنسان بل البصمة الموجودة في أي جزء تطابق البصمة الموجودة في جزء آخر

ّمن مصادر البصمة الوراثية:

أ) الدم والمني: من أهم مصادر البصمة الوراثية الآثار الدموية سائلة أم جافة لأنه يتم من خلالها معرفة هوية الشخص لاسيما في جرائم القتل والسرقة وحوادث الاغتصاب

كما يحتوي السائل المنوي على خلايا حية التي تمثل القاعدة الأساسية في فحص الآثار المنوية ويعتبر مصدرا مهما في الجرائم الجنسية[17]

ب) العظام والأسنان والأنسجة الجلدية والأظافر: يمكن استخلاص وتكاثر الحمض النووي من عينات العظام والأسنان في حالة تعفن العينات البيولوجية نتيجة تقادمها

كما يمكن استخراج الحمض النووي من خلال النخاع وجماجم الرأس وتمثل الأنسجة بجميع أنواعها مصادر أساسية للبصمة الوراثية حيث تتكون من خلال حمض النووي مثل الخلايا المخاطية والجلدية.

---

[15] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مجلد11 الجزء الثالث رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة 1914 هـ/ 1998 م ص 541

[16] إبراهيم احمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض،2-1428/11/4 هـ الموافق لـ 2008/11/14.12، ص 4

[17] بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومشروعيتها في إثبات او نفي النسب مرجع سابق، ص 13

ج) الشعر واللعاب والمخاط: يعد الشعر دليلا حاسما لإثبات الجريمة في ظل البصمات الوراثية، وذلك استنادا إلى أن جسم الشعرة أو جذورها أو بصيلتها، تحتوي على خلايا بشرية يتواجد في نواتها الحمض النووي،أما اللعاب والمخاط أثبتت الدراسات العلمية إمكانية الحصول على اللعاب واستخلاص البصمة الوراثية منه من بقايا الطعام التي يعثر عليها في مكان الحادث

2) فصائل الدم: للدم أهمية كبيرة لإثبات النسب حيث أن فصيلة دم الابن لا تخرج عن تركيب الجيني لفصيلة دم الأبوين والدم عبارة عن نسيج سائل أحمر يقوم بإمداد جميع خلايا و أنسجة الجسم بأكسجين والغذاء وله عدة مكونات يتركب منها.[18]

الظوابط التي يستلزم على القاضي التقيد بها:

كان ينتظر من تعديل 2005 لقانون الأسرة الكثير خاصة في ما يتعلق بأحكام النسب ويتدارك من خلالها النقائص التي كانت موجودة في ظل قانون (84/11) فصحيح من خلال الأمر (5/2) حاول المشرع أن يتماشى مع التطورات البيولوجية في مجال إثبات النسب و ذلك بأن أضاف إمكانية للقاضي وهو اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة، وكذلك ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي وفق شروط قانونية وشرعية إلا أن هذا التعديل لم يكن في المستوى المتوقع فهو أبقى على نص المواد 44-42-41-45-46 من قانون الأسرة (84/11) دون أي تعديل وحتى المادتين 40 المعدلة و 45 مكرر المضافة بموجب الأمر وكذلك ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي (5/2) قد طرحتا إشكالات عديدة في التطبيق من قبل القضاء من خلال ما ذكر نجد أن المشرع الجزائري قد قصر في جانب إثبات النسب إلا أن هذا الأمر لا يعد ذريعة للقضاء على كافة المستويات أن يقف مكتوف الأيدي في هذه المسألة لأن لها أبعاد خطيرة جدا سواء على الأسرة أو المجتمع فهنا يجب أن يبرز دور القاضي من أجل المحافظة على الأنساب وتحقيق العدالة لأي طفل حقه في أن ينسب لأبيه ولا يجوز لهذا الأخير أن يتنازل عن أبيه أو أن يتبنى غير ابنه الذي من صلبه وبالتالي يجب على القضاة التأني في الفصل في قضايا النسب من خلال الأحكام الصادرة فيها[19]، فلا يجعلون همهم هو تطبيق النص القانوني دون النظر إلى التأثيرات السلبية على الولد والمجتمع ولذلك يجب على المحكمة العليا أن تفعل الاجتهاد القضائي في مسائل إثبات النسب وتتدارك النقائص والثغرات خاصة فيما يتعلق بموضوع الملاعنة لكثرة دعاوى النسب ونفيه بين الزوجين

[18] مذكرة الطالبة نورة بخشوش، الطرق العلمية لإثبات النسب دراسة فقهية وقانونية مقارنة 2017، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي.

[19] فاروق خلف، أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الإطار القانون والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، العدد 2016/06/4، الوادي.

ذلك أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة اللعان بالرغم من أهميتها وتأثيرها على الأسرة ونجد في القانون المغربي قد تطرق اللعان ووضع شروطا له وأبرزها أن يأتي الزوج بأدلة واضحة و أن يكون بحضور محضر قضائي وأن يكون بناءا على حكم قضائي وذلك على عكس المشرع الجزائري[20]

المطلب الثاني

تغيير قضاء في بعض قرارات محكمة العليا المتعلقة بالنسب لحفاظ على الآداب العامة :

وفي هذا المطلب سوف نتكلم عن إجحاف قانون الأسرة قبل وبعد التعديل في أحكام نسب ابن الزنا بانعدام النص القانوني الذي يتكلم على هذه الحالات التي جزء من المجتمع وذلك قبل وبعد تعديل قانون الأسرة

أولا:نسب ابن الزنا في قضاء الجزائر في ظل قانون 84/11:

سنتطرق إلى بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية في ظل قانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة:

أ) قرار رقم 35934 الصادر في 25/02/1985:

(من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا و أن القرار الذي قضى قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضى 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها باطل)[21]

إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توفر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان،أما إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه حينئذ لا يعتبر النسب صحيحا كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين.

[20] مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الاغواط ،ص 105.

[21]انظر قرار 35934 بتاريخ 1985/02/25 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية المحكمة العليا لسنة 1989 العدد 01 ص 83

ب) القرار رقم 99000 الصادر في 23/11/1993:

(من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة، ومن المستقر عليه قضاء أن مدة الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام ومتى تبين –في قضية الحال– أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحدودة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا ولأن الولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة و أخطئوا في تطبيق المادتين 41–42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب)[22]

ج) قرار رقم 103232 الصادر في 02/05/1995:

(ومن ثم فان قضاة الموضوع لما ألغوا الحكم القضائي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصفة للطاعنين مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة مثبتين دعواهم بشهادة الشهود حسب المحضر المؤرخ في 24/12/1985 وناقشوا دعوى إبطال النسب كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون ضده)[23]

د) قرار رقم 222674 الصادر في 15/06/1999:

(من المقرر قانونا أنه يثبت نسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة وأن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة عشرة (10) أشهر من تاريخ

الطلاق او الوفاة الطلاق أو الوفاة)[24]

ثانيا:نسب ابن الزنا في قضاء الجزائر على ضوء القانون 02/05:

ورد في المادة 40 من قانون 84/11 قبل التعديل طرق إثبات النسب لكن ما تم من التعديل وإضافات بموجب الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 فتح المجال للقضاء بإتباع طرق

[22] انظر قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، الاجتهاد القضائي، المحكمة العليا عدد خاص ص 65

[23]انظر قرار رقم 3223210 بتاريخ 1995/05/02 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، الاجتهاد القضائي، المحكمة العليا، لسنة 2001 ص 152

جديدة لإثبات النسب،وذلك من خلال الفقرة الثانية المضافة للمادة 40، حيث كانت المادة تتضمن الأدلة العامة في النسب وغيره كالإقرار والبينة لإثبات حقوق ما ومن خلال ماسبق سنتطرق إلى بعض تطبيقات قضاة الموضوع للطرق العلمية وتأثيراتها المشتملة على قرارات المحكمة العليا.

أ) قرار رقم 355180 الصادر في 2006/03/5:

(يمكن طبقا للمادة 40 من قانون أسرة الجزائري إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية الحمض النووي) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية

حيث الاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامية،إلى إلحاق نسب المولود بالمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة الطبية معتمدين في ذلك على المادة (40) من قانون الأسرة[24]

ب) قرار رقم 617374 الصادر في 12/05/2011:

الاغتصاب –الثابت بحكم قضائي– يعد وطأ بالإكراه ويكيف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب بدعوى أن قضاة الموضوع اكتفوا بالقول أن مدة الحمل المنصوص عليها قانونا بين تاريخ ابرام عقد الزواج في 01/07/2006 وتاريخ ازدياد البنت في 04/09/2006، غير متوفر دون مراعاة الزواج العرفي الجاري في المجتمع،وان قضاة الموضوع لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والتحري عن معطيات هذا الزواج والوصول إلى الحقيقة خاصة وأن الطاعنة في ردها على دعوى إلغاء أكدت تعرضها للاغتصاب مما يجعل القرار مشوب بعيب القصور في التسبب ويعرض القرار للنقض[25]

المبحث الثاني : دور القاضي في الحفاظ على الآداب العامة من خلال احكام الحضانة

تعتبر الحضانة من اهم الوسائل التي اعطتها الشريعة الاسلامية أهمية وكذلك قانون الأسرة لأجل توفير الحماية المادية والمعنوية لصغير وذلك نتيجة الوفاة او الطلاق الذي يمكن ان

[24] انظر قرار رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية، المحكمة العليا لسنة 2006 العدد01 ص 469

[25] انظر قرار رقم 617374 بتاريخ 2011/05/12 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، المحكمة العليا، لسنة 2012 العدد1، ص 297.295

يحدث بين الزوجين والذي من شأنه ان يحدث نزاع في مسألة الحضانة بالنسبة الى الصغير وبالتالي يجب وضع الطفل عند من هو اقدر بالعناية به واهتمام بشؤونه وكذا من يكفل له التربية الجيدة والخلقية السليمة حتى يكون فردا صالحا في المجتمع .

المطلب الاول : الشروط الخلقية التي يجب توفرها في الحاضن

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء، وعليه فالحضانة تثبت من كان أهلا لها وذلك بتوفر شروطها وهذا ما سنتناوله في مطلبنا هذا.

نص المشرع الجزائري في المادة26من قانون الأسرة" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشرط في الحاضن أن يكون أهال لذلك" حيث يتبين من هذه المادة أن المشرع لم يبين بوضوح الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند له المحكمة حق الحضانة كما أنه أجملها في عبارة واحدة. وبما أن تربية الطفل و رعايته تتطلب عناية خاصة وقدرة معينة فإنه يشترط في استحقاقها شروط باجتماعها يمكن الوصول إلى التربية المنشودة وتحقيق المصلحة المراد الوصول إليها، ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها المشرع صراحة ينبغي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة66 من قانون الأسرة التي جاء فيها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه ."إلى أحكام الشريعة الإسلامية

فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها ذلك بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروط عامة البد من توافرها في الرجال والنساء حتى تثبت الأهلية للحضانة بالإضافة إلى شروط يختص بها الحاضن من الرجال أو الحاضنة من النساء. وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى شروط ممارسة الحضانة على ضوء الفقه مع الإشادة إلى موقف القضاء الجزائري من خلال الاستشهاد ببعض قرارات المحكمة العليا لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

-هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية دراسة تحليلية مقارنة(، دارشتات للنشر،سنة 2013 -الاسكندرية)

الشروط العامة في الرجال و النساء:

الأهلية للحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن تقديم حضانة النساء على حضانة الرجال الا أنهن بحكم الفطرة والتكوين لهن القدرة على رعاية الصغير ،وأنهن بالمحضون أشفق وعلى

القيام به أصبو بأمر التربية أبصر ومن بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال وللنساء نجد:

1 العقل: يشرط في الحاضن أن يكون عاقلا فال حضانة لمجنون أو معتوه والدليل على هذين الشرطين أن كال من الصغير والمجنون والمعتوه في حاجة إلى من يحضنه ويقوم على شؤونه نفسه فمن فمن باب أولى ال يحضن غيره وال يقوم على شؤونه، وأن الحضانة والية وال والية لكل على باب أولى ال والية له على غيره . وعليه فال تثبت الحضانة للمجنونة والمعتوهة ألنها ال تحسن القيام بحفظ الصغير ورعايته، بل قد يخشى عليه منها .أما موقف المشرع الجزائري من شرط العقل فإنه يرى أن ا لحضانة والية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون

غيره، وهذا حسب المادة من قانون الأسرة التي تنص أنه" من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا أحكام هذا القانون" وعليه فال حضانة للمجنون أو المجنونة ألنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما وهذا حسب المواد من86إلى غاية88من القانون المدني .

أما القضاء فهو يراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضونين ويعتبرها الركيزة الأساسية لإسناد الحضانة وتحقيق المصلحة إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بسالمة الحاضن عقليا ،هذا ما ظهر جليا في العديد من الأحكام والقرارات القضائية، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى من " المقرر شرعا بأن الحكم بالحضانة يجب أن يراعى مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص إلي يكلف بالحضانة ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة وسليمة في صحتها البدنية والعقلية" .

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا " إن إسناد الحضانة لألب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة".

2 البلوغ: ال خالف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة ،ألن الحضانة جزء من الالتزامات التي ال يصح أن يقوم بها إلا مكتمل بالغ .

أما المشرع الجزائري فإنه حدد السن 10سنة ليكون الشخص أهال لممارسة الحضانة وذلك في المادة89 من القانون المدني كما خصص نصا منفردا لأهلية الزواج في قانون الأسرة حيث نصت المادة 92منه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 10 سنة.

وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " ولكن هل يمكن إسناد الحضانة ألم أو ألب يكون سنهما أقل من الأهلية المشترطة للزواج؟ أجاز قانون الأسرة الزواج بإذن قضائي عندما ال يتمتع المقبل عليه بالسن القانوني له بعد وذلك لمصلحة أو ضرورة.

وتحول المادة849من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة القدرة على ترشيد القاصر بأمر ولائي ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا. فلإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانونا، فإن وقع الطلاق يفصل القاضي في شأن الحضانة لألم في هذه الحالة حتى ولو لم تبلغ سن 10 سنة.

–سليمان ولد خسال ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثانية ،الأصالة للنشر و التوزيع ،الجزائر ،6916 ص184 .

– المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ 1020/16/66، في الملف رقم (غير موجود)، المجلة الجزائرية، 1024 العدد 8، ص1686.نقال عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات ألمر50/50، المرجع السابق، ص 224.

– المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 6996/96/12 ، في الملف رقم(620262.)نقال عن: نبيل صقر عز الدين قمراوي ،قانون السرة نصا وتطبيقا دار الهدى،الجزائر،2112 ،ص110.

– محمد كمال الدين إمام،الزوج في الفقه الاسلامي،دار الجامعة ،مصر، ص649.

– محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة و القانون ،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان 6919،ص46.

3-الأمانة:

إشتراط الأمانة في الفقه الاسلامي:اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مفهومها، من أن تكون ضد الخيانة، أو العفة والعدالة، وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع، والصلاح في الدين وعدم الفسق، وسنعرض أقوال الفقهاء كما يلي:

1-رأي الحنفية: فقالوا على الأخذ بالأمانة في الحاضن، على قولين:

أ- **القول الأول:** الأخذ بشرط الأمانة، وعدوه من ملزمات الحضانة، على أنه ورد عندهم تحت ألفاظ كثيرة تؤدي معنى الأمانة. منها قول ابن عابدين، الذي عبر عنها بالفسق، الذي يلزم منه ضياع الولد، وعبر عنها أيضا بالخروج من يديها كل وقت، وتترك البنت ضائعة، وعبر عنها كذلك بالمرأة الثقة

ب- القول الثاني: لم يأخذ بشرط الأمانة، فقال ابن عابدين في قول أخر له:(الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة، معروفة بفجور ما لم يعقل)

2-رأي المالكية: قالوا في الأمانة، أنه من كان ثقة وأمينا في حفظ المال والدين، فهو ثقة في الحضانة أمين عليها، وفاقد ذلك لا حضانة له،ولو كانت له الحضانة ثم فقدها تسقط حضانته.

فقال الإمام مالك ر حمة االله عليه، في ذلك:(فرب جدة لا تؤمن على الولد،ورب والد يكون سفيها سكيرا، يخرج من بيته ويدع الولد)

ومن هنا نفهم أن الأمانة عند المالكية لا تتحقق في الحاضن، مع السكر والسفه وكثرة الخروج من المنزل.

3-رأي الشافعية: فقد أجمعوا على أن الأمانة شرط لازم للحاضن، وقد أوردوه ضمن عدة أوصاف، كعدم الفسق والعفة والثقة فقال الشيخ الشافعي رحمة االله عليه:(إن كان أحدهما ثقة والآخرغير ثقة،أولاهما بغير تخيير)

4-رأي الحنابلة: قالوا بالأمانة ولا حضانة لمن لا أمانة له، وعبروا عنها بألفاظ عديدة منها العدالة الظاهرة، والحفظ من الفساد وعدم الفسق. فقد جاء لابن قدامة،أن الحضانة لا تكون لفاسق، لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة، ولا حفظ للولد في حضانته، لأنه ينشأ على طريقته

اشتراط الأمانة فى التشريعات المغاربية ، فقد جاءت التشريعات المغاربية مؤكدة على هذا الشرط وذلك كما يلي:

1-قانون الأسرة الجزائري:

ان لم نجد نصا صريحا يشترط، إلا أنه في التطبيقات قانون الأسرة الجزائري: ن لم نجد نصا صريحا يشترط الأمانة القضائية ما أكد على هذا الشرط.

فجاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا ، بتاريخ:1997/09/30 بقولها: "... حيث أن المادة 62 من قانون الأسرة، قد عرفت الحضانة بأنها:

رعاية المحضون من تربية وتعليم والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة، على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر.

حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا،إلا بالنسبة للولد الصغير، الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا،فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة والإحالة لنفس .

ويفهم من هذا القرار أن المرأة الزانية، غير أمينة على محضونيها، وبالتالي تسقط حضانتها، وعلى غرار التشريع جاء القضاء الجزائري، مؤكدا على اشتراط الأمانة .

– الفيروز آبادي،الشيخ محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ج3،سنة2005،المطبعة الأميرية،بولاق مصر1980، ص197.

–أبو حامد الغزالي، محمد بن محمد، ، إحياء علوم الدين، ج1 ،دار المعرفة، بيروت، لبان، دت، ص 17.

–الإمام الشافعي، عبد الله محمد بن ادريس، الأم، م3 ،ط1 ،المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق،مصر، 2000 ،ص93.

-المشرع المغربي:

أما الكشرع المغربي فقد ذكر ذلك صراحة في المدونة، في المادة 173 في الفقرة الثانية، بقولها يشترط في الحاضن:

"... الاستقامة والأمانة..."، فلا يكون أهلا للحضانة من ثبت عدم استقامته، أو عدم أمانته، لأن الحاضن مسؤول عن المحضون، وفاقد الاستقامة أو الأمانة لا يكون أمينا عن المحضون

وهذا ما ذكرته المجلة التونسية، في فصلها 58 الفقرة الثانية: "أن يكون أمينا..."بمعنى أن يؤمن على أخلاق الصغير وهو في يده،وغير الأمين لا تثبت له الحضانة، فمن كان فاسقا رجلا أو امرأة لا يكون عند الفقهاء أمينا، ومن ثم لا يسلم له الصغير في حضنه

والخلاصة أن الآراء الفقهية، تؤكد على شرط الأمانة على خلاف بينهم في مدى ضعفها وقوتها،والراجح هو ما قال به ابن حزم، والذي يشدد في حرمان الفاسقة من الحضانة، لأنها غير أمينة عن المحضون، مؤكدا على إلزامية شرط الأمانة، وهذا ما ذهب إليه المشرعون المغاربة، إلا أن المشرع المغربي أضاف كلمة استقامة. ، وهي كلمات مترادفة وقد ذكر ذلك لتأكيد، نظر فقال للحاضن أن يكون مستقيما أمينا لأهمية هذا الشرط، وتأثيره المباشر على المحضون، على عكس المشر ع الجزائري الذي اكتفى بالتلميح، وترك الفيصل في ذلك للتطبيقات القضائية، إلا أن المشرع التونسي قد ذكر بالرأي الراجح من أقوال الفقهاء ذلك صراحة، متأثرا في زمان ماض.

– محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ:1997/09/30 ،ملف رقم171684 ،م ق2001 ،عدد خاص،ص169 .

– أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار شتات للنشر و البرمجيات،مصر، ص230.

– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية فيالقانون التونسي، دار الكتب القانونية، الامارات سنة2012 ،ص87.

المطلب الثاني : اسقاط القضاء حق الحضانة عن مستحقها بسبب الاخلال بالآداب العامة

تسند الحضانة لمن كان أهلا لها، وتوفرت فيه الشروط اللازمة للقيام بشؤون الصغير على أكمل وجه،إلا أنه في حالة وجود عقبات وعراقيل تحول دون تحقيق مصلحة المحضون؛ وهذا بسبب ضياعه من الناحية الصحية أو الخلقية، فإن هذا الحق يسقط على الحاضن وينتقل إلى غيره، وهذا ما سنتطرق اليه في مطلبنا هذا.

إن التشريعات الجزائرية للأسرة، قد اشترطت في الحاضن؛ السلامة العقلية والجسدية وفي حالة فقدان هذه القوى، يصبح الحاضن غير مؤهل لممارسة الحضانة، وبالتالي يسقط حقه فيها، وهذا ما سوف نتطرق إليه، من خلال التشريعات في بعض الدول العربية ، في الفروع التالية:

- الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

فمن شروط الحضانة، المذكورة في المادة 62:هي الخلو من الأمراض العقلية والجسدية، وبالتالي لا بد للمرشح للحضانة،أن لا يكون مجنونا أو معتوها، ففاقد الشيء لا بسبب المرض أو الهرم، فإذا اختلت الشروط المنصوص يعطيه ، وأن لا يكون عاجزا عليها في المادة62 من قانون الأسرة، المتعلقة بأهلية الحاضن، والتزاماته المتعلقة بالحضانة يسقط حقه فيها،هذا ما أكدت عليه المادة67 من ذات القانون، بقولها: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه...،غير أنه يجب في جميع الحالات؛ مراعاة مصلحة المحضون".

ومن خلال هذه المادة، نلاحظ أنها جاءت عامة، وقد نصت عن حالات عدم تأهيل الأمر للتحليل الحاضن، والتي يستند عليها الحكم الذي يقضي، بإسقاط الحضانة، تاركة والتفصيل والتأويل، لسلطة القاضي التقديرية .

-زكية حميدو،رسالة جامعية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية،رسالة دكتوراه جامعة أبو بكر تلمسان الجزائر،،سنة 2005، ص392.

- محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1988/11/07 ،ملف رقم 50270 ،م ق 1991 ،عدد03 ،ص48.

- محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/07/09 ،ملف رقم 33921 ،م ق 1989 ،عدد04 ،ص76.

وقد قضت المحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في: 1988/11/07 أنه: "من المقرر شرعا، أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة، ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه،باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها،يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا".

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة، يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة، حيث الحاضنة فاقدة للبصر. فجاء في قرار أخر للمحكمة العليا، يؤكد على ذلك، والمؤرخ في: 1984/07/09 بقولها: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توفر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة، دون توافر هذا الشرط، لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة خرقا يعد للبصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها،وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية".

إن السلوك المشين المقصود منه، كل ما يؤدي إلى فساد اخلاق الحاضن، والذي ينعكس سلبا على الصغير المحضون، و قد عبر عليه المشرعون المغاربة، بضرورة توفر الأمانة والاستقامة في الحاضن، و لاسقاط حقه فيها فقد أوجبت الشريعة الإسلامية، حماية الأسر من الأخلاق الفاسدة، ووقاية أفرادها من الفاحشة وأعمال السوء، ومن هذه السلوكيات المشينة: الزنى واللواط والشذوذ الجنسي والسحاق، ويقصد به أيضا تناول المشروبات الكحولية والمخدرات والمهلوسات، ويدخل في السلوك المشين أيضا، القمار والسحر والسرقة، وكل ما هو مفسد للأخلاق والدين،وكل هذا للإسقاط الحضانة عن صاحبها، ونقلها إلى من يليه في كاف يعتبره القاضي المغاربي، سببا المرتبة، مع مراعاة مصلحة المحضون.

-زكية حميدو،رسالة جامعية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية،رسالة دكتوراه جامعة أبو بكر تلمسان الجزائر،،سنة 2005، ص392.

- محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1988/11/07 ،ملف رقم 50270 ،م ق 1991 ،عدد03 ،ص48 .

- محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/07/09 ،ملف رقم 33921 ،م ق 1989 ،عدد04 ،ص76.

فقد صدر قرار للمجلس الأعلى، يقول فيه:"من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم، لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا".

كما اعتبرت أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة، يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة وذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في:1997/09/30 بقولها:"من المقرر شرعا وقانونا، أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكومة عليها من أجل جريمة الزنا،فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"

وكما قضت أيضا محكمة تلمسان، في حكمها الصادر بتاريخ: 2000/12/10 بإسقاط حضانة الأطفال الثلاثة عن أمهم، بحجة أنها: "لم تعد أهلا لممارستها بسبب سوء سلوكها وتصرفاتها، لكونها طرف في قضية جزائية، متعلقة بغلق محل بيع الخمور وتناولها، وأنه تم سماعها كشاهدة من طرف قاضي التحقيق، في القضية رقم: 2000/61 بجلسة:2000/11/08.

وصرحت أنها معتادة على السهر والشرب في فندق"س"،حيث أن المدعي عليها لم تنكر تصريحات المدعي،واكتفت بالقول:أن القضية لم يفصل فيها بعد" ومن هنا يسقط حق الحضانة، لتناولها المشروبات الكحولية، والسهر خارج البيت مما يضر بمصلحة المحضون، لممارسة هذه السلوكات المشينة.

– محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1984/01/09 ،ملف رقم 31997 ،م ق 1989 ،عدد01 ،ص73 .

–صالح بوغرارة،حقوق الأولاد في النسب و الحضانة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية مصر،سنة 2002 ، ص142.

– محكمةالعليا،غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1997/09/30 ،ملف رقم 171684 ،م ق 2001 ،عدد خاص، ص169 .

–محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، بتاريخ:2000/12/10 ،قضية رقم 2000/321 ،غير منشور.

-الفرع الثاني :موقف المشرع التونسي

في حين رأى المشرع التونسي اعتبر التشريع التونسي السلوك المشين، من مسقطات الحضانة من خلال المنهج الذي اعتمده الفقه المغاربي عموما، وسارت عليه أحكام وقرارات القضاء في تونس، على غرار القضاء الجزائري والمغربي.

حيث نصت المجلة التونسية، في فصلها64على أنه:

"يمكن لمن عهدت إليه الحضانة أن يسقط حقه فيها ويتولى الحاكم في هذه الصورة، تكليف غيره بها". وهذا النص ليس فيه علاج واضح لسلوك المشين،وكان التشريع الجزائري والمغربي أكثر وضوح من حيث التنصيص، فقد أورد في هذا النص،إمكانية القضاء بإسقاط الحضانة –عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي،ج1،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

دون تبيان الحالات التي تندرج تحت هذا النص، إلا أنه قد علق إسناد الحضانة أو إسقاطها بمصلحة المحضون، مما يعطي للقاضي واسع النظر.

فإذا نظرنا إلى قرارات المحاكم التونسية لوجدناها واضحة وصريحة، والتي أسقطت الحضانة على الحاضن، ذا السلوك المشين دون تردد. ففي قرارها الصادر بتاريخ: 1976/12/02، قضت محكمة تونس بأن:"الأم التي ثبت انحرافها، بحكم قضائي جزائي فإنه من حق الأب ان أصبحت غير اهل للحضانة، ومن ثم يطلب إسقاطها عنها، بعدما قضى لها بها"، وأردفت بقولها: "أن السلوك المشين للأم يشكل . خطرا على التكوين السوي، والتربية المثلى للطفل وينجر عنه إسناد الحضانة إلى الأب".

-محكمة تونس، بتاريخ: 1976/12/02 ،حكم رقم 70747 ،غير منشور-

والقضاء التونسي أيضا يأخذ بالدليل والحجة حتى يعتد به، وهذا ما نستخلصه من القرار الصادر عن محكمة التعقيب التونسية، بتاريخ: 1985/02/09 وذلك لما قضت:"بأن الأم التي ثبت انحرافها بحكم قضائي جزائي، أصبحت غير أهل للحضانة، وبمفهوم المخالفة أن الزنا، لا يعد سببا لإسقاط الحق في الحضانة إلا إذا تم إثباته وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا وعلى غرار التشريعات المغاربية، التي تقول بمصلحة المحضون فوق كل اعتبار.

حيث قضت محكمة التعقيب التونسية، في قرارها الصادر بتاريخ: 1997/04/01 بأن: "مصلحة المحضون هي الرائد الأساسي، والمعيار الوحيد الإسناد الحضانة، وفق الفصل67 ، من مجلة الأحوال الشخصية..." وتسقط الحضانة أيضا للحاضن الممارس للقمار،وهذا لقول الدكتوريوسف القرضاوي: "مصلحة المحضون تتعارض مع حاضن، مستعد أن يبيع من أجل الميسر دينه وعرضه . ووطنه، مما يترتب عنه أضرار مؤكدة تجاه الفرد، والأسرة والأخلاق

- محكمة التعقيب،تونس، ، بتاريخ: 1985/02/09 ،قرار مدني رقم 11107 ،م ق ت 1986 ،عدد7،ص69 .

–زكية حميدو،رسالة جامعية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية،رسالة دكتوراه جامعة أبو بكر تلمسان الجزائر،،سنة 2005، ص419..

- محكمة التعقيب،تونس، بتاريخ: 1997/04/01 ،قرار مدني رقم 54808 ،نم ت 1997 ،ج2 ،ص281 .

- يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام، ط11 ،دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1977 ،ص249.

-الفرع الثالث: موقف المشرع المغربي

للموقف المشرع المغربي المؤثرات عديدة إن القيم التي يكتسبها الطفل، أثناء سيره نحو النضج، إنما هي نتيجة إلا أن تأثير البيت هو أقواها، إذ أن المبادئ التي سارت عليها تربيته الأولى، ستؤثر في سلوكه، ولذلك أعتبر السلوك المشين، من مسقطات الحضانة

وهذا ما أخذ به المشرع المغربي، على غرار التشريع الجزائري، وما سارت عليه أحكام وقرارات القضاء المغربي، وعند الرجوع إلى المدونة المغربية، فإننا لا نجد نص خاص يسقط هذا الحق، بسبب السلوك المشين، إلا أنها قد نصت في المادة 173 في الفقرة الخامسة، والتي اشترطت في الحاضن الاستقامة مع القدر ة على تربية المحضون،وصيانته صحة ، وفي الحقيقة أن هذه العبارة كانت عامة، خالية من الدقة، كما هو عليه الحال في التشريعات المغاربية الأخرى، إلا أنه أثناء التطبيق القضائي يتضح الأمر أكثر، وما يستوجب إسقاط الحضانة على من اتصف بالسلوك المشين، وهذا مرده أن جعل مصلحة المحضون، هي المعيار الأول والأخير في موضوع الحضانة، وقد فسرت المحاكم ذلك وقضت بما يخدم مصلحة المحضون .

وهذا ما قال به الأستاذ أحمد الخمليشي: "بأن القضاء المغربي، لن يتردد في الحكم بإسقاط الحضانة، إذا تعلق الأمر بنموذج من نماذج السلوك المشين، غير المختلف فيه بين الأمس واليوم، مثل الإدمان على المخدرات، أو الكحول وارتكاب الجرائم الأخلاقية أو المشينة"

وما قال به القضاء المغاربي في جريمة الزنا، على غرار المشرع الجزائري،أن الأمر فيه مرونة، ولا يسقط الحق في الحضانة بمجرد الزنا، بل لا بد من الاعتراف، أو إجراء تحقيق قضائي أو سماع الشهود، ومن الملاحظ على مجالس القضاء أيضا، أن الفاسقة لا يسقط حقها في الحضانة، إلا إذا بلغ المحضون سن معينة، حددها القضاء بسبع سنوات وهي سن التميز.

–أحمد الخمليشي،التعليق على قانون الأحوال الشخصية ط1،آثار الولادة و الأهلية و النيابة القانونية،دار النشر المعرفة، الرباط المغرب 1994، ص145 .

وفي هذا يقول الأستاذ بدران أبو العينين بدران: "أما إذا كان فسق المرأة والرجل لا يمنع من العناية بالصغير والقيام بأمره، فلا يسقط حقها، إلا أن المرأة إذا كانت سيئة السلوك وخيف على الولد أن يتأثر بسلوكها، فإنه يكون لها حق الحضانة إلى أن يعقل الصغير، وذلك ببلوغه سبع سنين" وفي نفس السياق، قال الأستاذ: وهبة الزحيلي: "ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها .فجور أمه فينزع منها، صونا لأخلاقه من الفساد، لأنها غير آمنة" وما أكده القضاء المغربي، بمحكمة طنجة بقولها: " أن تكون البنت المطلوب ضمها صغيرة ولا تعقل الفسق، إلا أن الاحتراف بالبغاء، من شأنه أن يضيع البنت، لعدم تفرغ أمها لخدمتها كلما لزمت الخدمة.

وهذا ما قال به الأستاذ عبد القادر عودة، بأن مدمن الخمر فاسق ملعون، قد لعنه الله ورسوله

وكما قضى المجلس الأعلى المغربي، في قراره الصادر بتاريخ:1970/06/30 بأنه: "إذ الحضانة شرعت لمصلحة المحضون،فعلى المحاكم ان تلتمس هذه المصلحة في كل قضية"

بل أن المادة 186 من مدونة الأسرة، نصت على أن: "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب"، وأن المادة173في فقرتها الخامسة من ذات القانون نصت على أنه: "إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن،خوفا منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه". وهذا عن مسقطات الحضانة بسبب زنا الحاضن،أما حالة شرب الخمر والإدمان عليه، فهو أيضا مسقط للحضانة باعتباره من السلوكيات المشينة للحاضن.

-بدران أبو العينين بدران،حقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية و القانون،مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، ص552.

-وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته،قسم الأحوال الشخصية،الجزء الثاني،دار الفكر المعاصر، الاسكندرية مصر، ص728.

-المحكمة الابتدائية طنجة، بتاريخ: 1980/12/12 ،ملف رقم 2531 ،غير منشور.

وهكذا فإن بقية الأفعال والتصرفات المفسدة للأخلاق، والتي تضر بالمحضون، من سحر وقمار ومخدرات وغيرها، وما دامها لا تخدم مصلحة المحضون، فهي أسباب كافية سنادها لمن لأن يحكم القاضي المغربي،على غرار القاضي الجزائري، بإسقاط الحضانة على من لا يستحقها.

وبالتالي فان رفع دعوى اسقاط الحضانة عن الام في الجزائر بسبب عدم استقامتها يضع عبئ كبيرا على القضاء في التحري والتحقيق في مدى توفر شرط عدم الاستقامة فلت يعقل ان يصدق المدعي في دعواه هذه الا اذا ثبت فعلا اختلال الام بالآداب العامة فإذا لم يثبت ذلك صدر حكم ببقاء للام جاء في مقرر المحكمة العليا من المقرر شرعا بانه وفقا لمصلحة المحضون فإنه لا يمكن التفكير في نزع الولد من امه ما لم يثبت انها خالفت بسيرتها او عدم استقرار مواردها الشروط التي تحددها الشريعة الاسلامية كما قضت المحكمة العليا بإبقاء الحضانة لام صدر في حقها حكم البراءة من الزنا جاء في القرار حيث انه من الثابت فقها وقضاء ان الزنا لا يثبت الا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أو بشهادة اربع شهود.

-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي،ج1،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1987ص 50.51.

- محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1982/03/08 ،ملف رقم 29293 ،غير منشور.

الـــخـــاتـــمـــة

في ختام هذا الموضوع نستنتج أن لقاضي شؤون الأسرة دورا أساسيا في حفظ الآداب العامة رغم عدم تصريح قانون الأسرة بهذا المصطلح، إلا أن معانيه مبثوثة في جل أحكامه، ويبرز هذا الدور الايجابي والفعال للقاضي من خلال هذه الدراسة في قضايا الآتية:

1. في قضايا المتعلقة بالزواج العرفي لا يحكم القاضي بإثباته إلا بعد معاينة وتكييف الوقائع المعتمدة في القضية، والتأكد من شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة اعتمادا على مبادئ وشروط استقر عليها القضاء، ذلك أن عقد الزواج ميثاق مقدس لا يثبت إلا للعلاقات الشرعية.
ومع عمل القضاء على إثبات الزواج العرفي الذي اختلت أركانه وشروطه وانعدمت الأدلة على صحته حفظا لمكانة عقد الزواج وقدسيته،وحمايته من أي تلاعب يجعله مخالفا للآداب العامة.

2. في القضايا المتعلقة بإثبات النسب يعمل القضاء على تيسير هذا الإثبات والاحتياط في نفيه في إطار الزواج، وفي المقابل إذا تبين أن العلاقة المنشئة لهذا النسب غير شرعية فان القضاء يحكم بعدم إثباته عملا بمبدأ سد الذرائع حتى لا تكون الرذائل سببا للأنساب.
ومع هذا الاتجاه العام للقضاء إلا أن هناك بعض القرارات التي ألحقت النسب في بعض حالات الاغتصاب من باب الردع والزجر، وتحميل المتسبب في إيجاد الولد عبء القيام عليه، إلا أن هذا الاتجاه لاقى الكثير من الاعتراضات وبقيت أحكامه معزولة، وان كانت مستنداته ترتكز على آراء بعض الفقهاء المخالفين لرأي الجمهور، والحقيقة أن رأي هؤلاء الفقهاء يبقى استثنائيا وقد وضعوا له شروطا وضوابط توافقا مع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها في حفظ النفس والعرض والنسل،وعليه فان اللجوء إلى هذا الرأي لابد من إخضاعه للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يكون إلا في حالات خاصة واستثنائية يجب ضبطها، مع ضرورة الموازنة فيها بين حماية الأطفال المولودين خارج إطار الزواج وبين حماية الأنساب من اختلاط وحفظ المجتمع من الانحراف وتأكيد معاني العفاف والطهر

3. في القضايا المتعلقة بحق الحضانة يشترط القانون القدرة والاستقامة والأمانة لاكتساب هذا الحق واستمراره، والإخلال بشرط الخلق المستقيم إذا ثبت للقاضي بعد التحري والتحقيق كان سببا في نزع المحضون من حاضنه، ولا يحدث الاستثناء إلا في حالة الولد الصغير غير المميز الذي لا يستغني عن أمه، وتسقط حضانتها عند تمييزه، لان فساد أخلاق الحاضن تجعله غير مستأمن على تربية المحضون، وليس أهلا لتحقيق أهداف الحضانة ومقاصدها في تكوين نشء صالح متخلق.

أخيرا يمكن القول أن قضاء الجزائري كرس مبدأ حفظ الآداب العامة في مجال الأحوال الشخصية، وقد انتهج في ذلك منهجا زاوج فيه بين الصرامة والاحتياط وبين التيسير والمراعاة حفظا للفرد والمجتمع، وفي هذا المنهج حماية لكيان المجتمع ومحافظة على توازنه وعدم انحلاله، فتنتشر فيه معاني الطهر والفضيلة وتضم معاني فجر والرذيلة، هذا الأمر الذي قصر فيه القانون في الدول الغربية، الأمر الذي أدى إلى ظهور الكثير من مظاهر الانحلال والانحراف على مستوى العلاقات الأسرية.

في المقابل فان الشريعة الإسلامية تهدف إلى حفظ قدسية الزواج وتتشوف إلى استمرار النسب و نقائه، وتعمل على حماية المحضون في أدبه وأخلاقه، وقضاء شؤون الأسرة هو المترجم لهذه المعاني، فيكون بهذا النهج المقرر في الشرع حارسا أمينا على قيم المجتمع، يسعى لنشر خلق الأدب والستر بين أفراده، ويعمل على حماية عرض الإنسان وصون شرفه وكرامته.

مـــلاحـــق

نموذج عريضة اثبات زواج عرفي:

وفق القانون الجزائري

تثبيت الزواج العرفي

لفائدة : (ب ص)...، جزائري الجنسية، الساكن بحي .....، قائم في حقه الاستاذ ... الكائن مكتبه بـ.... بصفته مدعي.

ضد : (ل م)....، جزائرية الجنسية، الساكنة بحي ..... بلدية .....الجزائر.....مدعى عليهم. بحضور : وكيل الجمهورية لدى محكمة ..... كطرف أصلي طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة. عريضة افتتاح دعوي

إلى السيد رئيس محكمة ..... –قسم شؤون الأسرة– .

* * * * ليطيب للمحكمة الموقرة * * * *

–حيث أنه كل من (ب ص) و (ل م) قد اتفقا على ربط العلاقة الزوجية، وتم بينهما عقد زواج عرفي بتاريخ ..... (وثيقة مرفقة 1)

دون أن يسجل هذا القران في سجلات الحالة المدنية

بحضور الولي،: ..... الساكن ببلدية .....، ..... (وثيقة مرفقة 2)

والشاهدين السيد ..... الساكن بـ ..... و السيد ..... الساكن بـ.. (وثيقة مرفقة 3).

وصداق قدره: 60.000 دج

–حيث أن هذا الزواج كان بطريقة شرعية، وهي المبادئ الإسلامية، ومطابق للقانون طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة.

–حيث نتج عن هذا الزواج العرفي، طفل اسمه.....ولد بتاريخ..... (وثيقة مرفقة 4).

–حيث أن الطرفين لا يزالان متزوجان إلى يومنا هذا بطريقة عادية، وعلنية ومنتظمة، مما يتوجب لهما عن هذا الزواج العرفي، وبالتالي تثبيته رسميا.

* * * * لهذه الأسباب ومن أجلها * * * *

في الشكل:

قبول الدعوى شكلا.

في الموضوع:

الإشهاد عن توافق الإرادتين في هذا الزواج العرفي.

الإشهاد أن الزواج العرفي قد وقع بتاريخ ..... الإشهاد أن هذا الزواج قد انعقد طبقا للشريعة الإسلامية والقانون، طبقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة.

الإشهاد على عدم تثبيت هذا الزواج بسجلات الحالة المدنية.

الإشهاد انه نتج عن هذا الزواج طفل يحمل اسم ..... بتاريخ .....

وعليـــــه :

-الحكم بتثبيت الزواج العرفي المنعقد بتاريخ .... بين الطرفين مع تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

-إلحاق نسب الطفل ..... لأبيه.

-إبقاء المصاريف القضائية على عاتق المدعى عليها.

تحت سائر التحفظات

عن المدعي/ وكيله

المرفقات

1 نسخة من عقد زواج عرفي

2 نسخة من بطاقة التعريف الوطنية الشاهد الأول

3 نسخة من بطاقة التعريف الوطنية الشاهد الثاني

4 نسخة لدفتر الصحي لطفل المولودة بتاريخ.... بالمستشفى الجامع

نموذج عريضة افتتاح دعوى من أجل إثبات النسب

محكمة سيدي أمحمد

فرع شؤون الأسرة

عريضة افتتاح دعوى من أجل إثبات النسب

لفائدة:.....

الساكنة بـ....شارع.....،الجزائر الوسطى ،الجزائر وكيلها الأستاذ مواس كمال، محامي لدى المجلس،....الجزائر

مدعية

ضد: السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي أمحمد

مدعى عليه

==========

ليطلب للمحكمة الموقرة

تتشرف العارضة وعلى لسان وكيلها أن ترفع عريضة من أجل الحكم لها بإثبات نسبها إلى أبيها المتوفى..... والأمر بتسجيله بالحالة المدنية وذلك بما يلي:

– حيث أن العارضة سجلت على اسم والدتها المتوفاة..... (وثيقة رقم 1)

– وحيث المرحومة والدة العارضة اقترنت بالمنسوب إليه المرحوم..... في بادئ الأمر بالفاتحة وذلك بتاريخ../../...، حيث أنه لم يتم تسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية إلا بتاريخ../../... أي بعد ميلاد العارضة (وثيقة رقم 2)

– حيث إذن نتج عن هذا الزواج ميلاد البنت....بموجب حكم خلال عام...ببلدية الجزائر الوسطى مسجلة تحت رقم...مكرر...(وثيقة رقم 1)

– حيث ولكون أن أدلة العارضة وضعت حملها سنة...والزواج وقع عرفيا سنة...ولم يتم تسجيل هذا الزواج العرفي بأثر رجعي إلا سنة 1996

– حيث أن عقد الزواج العرفي سجل أثر رجعي

–حيث أن البنت المزدادة في فترة العقد العرفي لم تسجل

– حيث أن عقد القران تم بصفة قانونية وصحيحة وبالتالي تنسب لأبيها متى كان الاتصال ممكنا عملا بنص المادة 40 و 41 من قانون الأسرة

– وحيث أن العارضة لم يبقى أمامها إلا اللجوء إلى المحكمة الموقرة لأنصافها وأنسابها لأب المرحوم.....تكملة لنسبها لأمها....

بهذه الأسباب ومن أجلها

في الشكل:

قبول الدعوى شكلا لاستيفائها الأشكال القانونية

في الموضوع:

– الإشهاد بوجود عقد زواج بتاريخ../../...تحت رقم .. مكرر

– إثبات ميلاد البنت....كمشتركة حسب شهادة ميلاد رقم.... مكرر ....

– إثبات أحكام نص المادتين 40 و 41 من قانون الأسرة

وعليه:

– القول والحكم بإثبات نسب البنت لأمها.....وكذلك لأبيها.... والأمر بتسجيله بالحالة المدنية.

تحت جميع التحفظات

عن العارضة/وكيلها

صيغة دعوى إسقاط حضانه

انه في يوم الموافق / / الساعة

بناء على طلب السيد /..... والمقيم ..... ومحلها المختار مكتب الأستاذ / أشرف رويه المحامي الكائن بدسوق شارع الشركات .

أنا ..... محضر محكمة ..... حيث أعلنت :-

السيدة / ..... المقيمة في .....

مخاطبا مع/

وأعلنته بالاتي

الطالب كان زوجا لشقيقة المعلن إليها المرحومة ..... بصحيح العقد الشرعي بموجب وثيقة عقد زواج رسمية بتاريخ / / ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ورزق منها على فراش الزوجية الصحيحة بصغير يدعى .....وقد توفيت زوجته المذكورة إلى رحمة الله بتاريخ / / فانتقلت حضانتها إلى شقيقتها المعلن إليها غير أن المعلن إليها احترفت ارتكاب جرائم السرقة وسبق اتهامها في قضايا الجنح أرقام وصار الحكم باتا وقد دأبت على ترك الصغير فى منزلها كل وقت أو معظمه دون رعاية مما يضيع معه الصغير عندها . وحيث انه من المقرر شرعا أنه يشترط في الحاضنة أن تكون أمينة على الصغير فإذا فقدت شرط الأمانة سقط حقها فى حضانة الصغير وإذ كان احترافها ارتكاب جرائم السرقة وتركها الصغير فى منزلها كل والوقت او معظمة دون رعاية يفقدها شرط الأمانة عليه فقد طالبها مرارا بان تسلمه الصغير المذكور ليكمل حضانته باعتباره أبيه ولا يوجد له حاضنة أخرى من النساء إلا أنها امتنعت على ذلك بدون وجه حق شرعي الأمر الذي اضطره إلى إقامة الدعوى للقضاء بطلباته .

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد أتنقلت إلى محل إقامة المعلن إليها وأعلنتها بصورة من هذه الصحيفة وكلفتها الحضور أمام محكمة .....الابتدائية الدائر..... أحوال شخصية للولاية على النفس بمقرها الكائن بجلستها المنعقدة في غرفة المشورة يوم الموافق / / من الساعة التاسعة صباحا لسماع الحكم .

أولا :- بإسقاط حضانة المعلن إليه لصغيره

ثانيا :- بإلزام المعلن إليها بان تسلمه صغيره ليكمل تربيته ومنع تعرضها له في ذلك

ثالثا :- بإلزام المعلن إليها بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

ولأجل العلم:-

قائمة المراجع

أولا: الكتب :

– أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن افلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج1،ط 1 دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان 1418هـ 1997م، ص 380.

– أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2،ط3، مكتبة الخاتجي 1994،ص 324.

– بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية و مشروعيتها في إثبات في نفي النسب مرجع سابق، ص 13

_ سمارة عبد العزيز الزواج العرفي في القانون الجزائري استشارة مجانية

– سمير عبد العظيم الزواج العرفي دار إيمان الاسكندر 2002 ص 36–37–38

– شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، ط1، دار المعرفة ،بيروت لبنان 1418هـ 1997م، ص 186.

– صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل ج2، دط، دار الكتب العلمية القانونية، بيروت لبنان ص 283.

– عز الدين الخطيب التميمي، نظرات في الثقافة الإسلامية دط ،دار الشهاب الجزائر1988ص 125.

_ فارس عمران، الزواج العرفي وصور الزواج العرفي الغير الرسمي دار جامعة جديدة مصر 2001.

– نجيم أبي بكر عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النفسي، الشرح لزين الدين إبراهيم محمد، شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، ج5 ،ط1، دار الكتب العلمية بيروت لبنان سنة 1418هـ/1997م.

– نوارة عشي، أستاذة محاضرات حوليات جامعة الجزائر1 كلية الحقوق العدد 31 ج2

– هدى عصمت محمد أمين حضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية دار كتب

الإسكندرية.

ثانيا : الرسائل و المذكرات :

-مذكرة إثبات نسب ولد الزنا.

-مذكرة الطالب بن إبراهيم نور الدين سنة 2014 إشكاليات الزواج العرفي.

-مذكرة الطالب كمال صمامة، سنة 2015، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية.

– مذكرة الطالبة نورة بخشوش، الطرق العلمية لإثبات النسب دراسة فقهية وقانونية مقارنة 2017، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي.

ثالثا: المجلات :

– مجلة دولية دورية علمية محكمة متخصصة في مجال العلوم القانونية والسياسية عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الاغواط ص 105.

_مجلة منير للإسلام عند شهر صفر سنة 1448ص 87 مقالة مأخوذة من انترنت.

– مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مجلد 11 الجزء الثالث رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة 1419هـ/1998م، ص541.

– فاروق خلف، أحكام إثبات النسب في التشريع الجزائري ما بين الإطار القانون والتطبيق القضائي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، العدد 2016/06/4، الوادي.

رابعا:النصوص القانونية :

– مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ 11 ماي 2006 قانون الأسرة الدار البيضاء بلقيس للنشر طبعة 2015.

_ الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المرجع السابق.

-الامر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1996 المتعلق بقانون العقوبات

خامسا:القرارات:

_ قرار رقم 35934 بتاريخ 1985/02/25 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية المحكمة العليا لسنة 1989 العدد 01 ص 83

قائمة المراجع

_ قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الاجتهاد القضائي المحكمة العليا عدد خاص ص 65

_ قرار رقم 32233210 بتاريخ 1995/05/02 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية الاجتهاد القضائي المحكمة العليا لسنة 2001 ص 152

_ قرار رقم 222674 بتاريخ 1999/06/15 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية مجلة المحكمة العليا عدد1 1998 ص 127 نقلا نامة وسيلة المركز القانوني لابن غير الشرعي

– قرار رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية المحكمة العليا لسنة 2006 العدد 01 ص 469

– قرار رقم 617374 بتاريخ 2011/05/12 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث المجلة القضائية المحكمة العليا لسنة 2021 العدد 1 ص 297.295

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة.....1

الفـصـــل الأول دور القاضي في حفظ الآداب العامة المتعلقة بالزواج العرفي.....7

المبحث الاول: الزواج العرفي و عوامل وجوده.....8

المطلب الأول : مفهوم الزواج العرفي قانونا و شرعا.....8

تعريف الزواج العرفي 8

تعريف العلماء والمشرع الجزائري للزواج العرفي.....8

المطلب الثاني : أسباب اللجوء الى الزواج العرفي.....10

أسباب *اللجوء الى الزواج العرفي*.....*10*

المبحث الثاني : رفض القاضي اثبات لزواج العرفي.....13

المطلب الأول: رفض القاضي اثبات الزواج الذي يكون في أصله علاقة غير شرعية.....13

المطلب الثاني: رفض القاضي اثبات الزواج العرفي لوجود خلل في العقد.....15

رفض اثبات الزواج العرفي بسبب وجود مانع من موانع الزواج.....15

موانع الزواج.....16

سبب رفض اثبات الزواج العرفي بسبب انعدام بينة تقييد توفر الشروط.....18

الفصل الثاني دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام النسب و الحضانة..... 20

المبحث الأول: دور القاضي في إثبات النسب.....21

المطلب الأول: إثبات ولد الزنا في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.....21

أولا: إحكام نسب ابن الزنا في الشريعة الإسلامية.....,,,.....21

ثانيا: نسب ابن الزنا في القانون الجزائري.....,,.....22

الاختلاف في تكييف إثبات النسب للزاني.....24

الطرق العادية للإثبات النسب.....24

الطرق العلمية لإثبات النسب.....25

الظوابط التي يستلزم على القاضي التقيد بها.....27

المطلب الثاني تغيير قضاء في بعض قرارات محكمة العليا المتعلقة بالنسب لحفاظ على الآداب العامة.....27

أولا:نسب ابن الزنا في قضاء الجزائر في ظل قانون 84/11.....27

ثانيا:نسب ابن الزنا في قضاء الجزائر على ضوء القانون 02/05.....28

المبحث الثاني : دور القاضي في الحفاظ على الآداب العامة من خلال احكام الحضانة.....29

المطلب الاول : الشروط الخلقية التي يجب توفرها في الحاضن.....30

الشروط العامة في الرجال و النساء.....31

العقل 31

البلوغ.....32

الامانة.....33

المطلب الثاني : اسقاط القضاء حق الحضانة عن مستحقها بسبب الاخلال بالآداب العامة.... 36

- الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.....36

-الفرع الثاني :موقف المشرع التونسي.....39

-الفرع الثالث: موقف المشرع المغربي.....41

الـــخـــاتـــــمـــــة.....44

قائمة المراجع.....43

الفهرس.....56