



جامعة زيان عاشور
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للنسب و
الحضانة
في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات الحصول على شهادة ماستر

تحت اشراف الاستاذ
عباس عبد القادر

اعداد الطالبة
طيباوي صابرينة

دفعة 2016

مقدمة

مقدمة:

إن الأولاد في هذه الحياة هم عماد المستقبل وعليهم يعتمد في هذا الوجود، لذا أولتهم الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي عناية كبيرة وجانبا عظيما من الاهتمام، فشرعت كثيرا من الأحكام المتعلقة بالطفل من وقت أن تدب فيه الحياة وهو ما يزال في بطن أمه، إلى أن يشب ويكبر وهذا كله محافظة منها على قيام المجتمع على أسس متينة، وصيانة أفراده من الفساد فشرع الزواج كوسيلة لإنجابهم وإيجادهم لهذا الوجود، فإذا ما ولد الطفل حصنته من الضياع والعار، وذلك بأن أثبتت له النسب من والديه كأول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه، بهدف المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أرقى الروابط بين أفرادها وإلا تفككت، فلقد اعتنى الشارع الحكيم بالنسب عناية فائقة فنظمه وأرسى قواعده، وجعله من إحدى الكليات الخمس وهي حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل، لأن ثبوت النسب تتعلق به حقوق مشتركة بين الله عز وجل والأم والأب والولد.

وإن كانت مسألة إثبات نسب الولد من أمه ليست محل خلاف بين رجال الفقه الإسلامي ورجال القانون، فإنه كذلك من المتفق عليه أيضا أن فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد المولود عن اتصال الزوجين بطريقة طبيعية إلى أبيه، إلا أن التطور العلمي الحديث في ميدان الطب جعل عملية الإنجاب ممكنة، حتى في حالة وجود عوائق مرضية تحول دون تحقيق الحمل بصفة طبيعية وذلك بواسطة التلقيح الصناعي، وأدى التطور العلمي إلى اكتشاف ما يعرف بالبصمة الوراثية التي تبقى ملازمة للفرد، دون أن تتشابه مع البصمة الوراثية لأي إنسان آخر، الأمر الذي قلب الموازين الإثبات المنصوص عليها شرعا وتشريعا.

ولقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون على حد سواء بهذه التطورات العلمية في المجال البيولوجي والطبي، وحاولوا ضبطها في إطار قانوني وأخلاقي حتى لا تتسبب في اختلاط الأنساب وضياعها خاصة أمام انتشار العيادات الطبية المتخصصة في التلقيح الصناعي، ذلك أن الممارسات التي استتبعها التطور العلمي انعكست آثارها على الساحة القانونية لتطرح على رجال الفقه والقانون بصفة عامة ورجال القضاء بصفة خاصة مجموعة هائلة ومعقدة من المشاكل المستجدة.

ويرجع هذا الاهتمام الكبير بالنسب من طرف الشريعة الإسلامية، وتشريع الأسرة الجزائري إلى أن ضياع النسب يؤدي بالولد إلى المهانة والذل والضياع، فإذا ثبت نسبه من والديه نتج عنه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل، كحقه في النفقة والميراث، وفي مقدمة هذه الحقوق حق الطفل في الحضانة لضمان تربيته ورعايته والقيام بكل شؤونه.

فمسألة الحضانة من أهم المسائل التي نظمتها الشريعة الإسلامية، وقررت لها العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود، ألا وهو رعاية الولد والقيام بتربيته على أحسن وجه، فحددت من له الحق في الحضانة ومراتب الحاضنين، وكذا الشروط الواجب توفرها في الحاضن وغيرها من المسائل المتعلقة بالموضوع، على اعتبار أن الحضانة من أبرز النتائج المترتبة على انحلال عقد الزواج كما هي مظهر من مظاهر العناية التي توليها الشريعة

الإسلامية للطفولة، هذه الأحكام التي اتخذها الفقهاء والمشرعون سندا لوضع نصوص تشريعية تنظم موضوع الحضانة، وهو حال المشرع الجزائري في قانون الأسرة ضمن المواد من 62 إلى 72 منه.

وذلك ومما سبق بيانه ينحصر موضوع البحث الذي قمت به في تبيان قواعد النسب والحضانة في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري، والشريعة الإسلامية بالإضافة إلى بعض قرارات المحكمة العليا للمزج بين الجانب النظري والتطبيقي، وهذا بمعالجة الإشكالية التالية:

ما هي القواعد القانونية التي نظم من خلالها المشرع الجزائري مسألتي النسب والحضانة؟ وما موقف القضاء الجزائري منها؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية تقسم موضوع البحث إلى فصلين :
نتناول في الفصل الأول أحكام النسب مبينا طرق ثبوته، وطرق إثباته، أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى القواعد المنظمة للحضانة من خلال تبيان ضوابط قيام الحق فيها، والأسباب المنهية لها.

خطة البحث:

مقدمة

الفصل الأول: حق الأولاد في النسب.

المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب.

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح.

المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزوج غير الصحيح.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء الشبهة.

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب.

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة.

المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية.

الفصل الثاني: حق الأولاد في الحضانة.

المبحث الأول: ضوابط قيام الحق في الحضانة.

المطلب الأول: شروط ممارسة الحضانة.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الثالث: آثار الحضانة.

المبحث الثاني: الأسباب المنهية للحق في الحضانة

المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة.

المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة.

المطلب الثالث: مراعاة مصلحة المحضون.

الخاتمة.

الفصل الأول: حق الأولاد في النسب

الفصل الأول: حق الأولاد في النسب

إن أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه هو النسب هذه الرابطة التي جعلتها الشريعة الإسلامية من أبرز آثار الزواج وأولتها اهتماما بالغا وجعلتها كذلك أحد الكليات الخمس الواجب حفظها فنهى الله عز وجل الآباء أن ينسبوا أبناء غيرهم إليهم، قال تعالى: «ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله...»¹

كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم الأبناء أن ينسبوا لغير آبائهم فقال: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»²، كما نهى المرأة أن تنسب لزوجها ولدا تعلم أنه ليس منه فقال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته»³. كما أقر النبي صلى الله عليه وسلم قاعدة أبطل من خلالها أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب بقوله: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

ولقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإحاقهم بذويهم مستنبطاً أحكامه من الشريعة الإسلامية ونظمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 المتعلق بقانون الأسرة وحصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 في الزواج الصحيح وما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البينة، ومسايرة من المشرع للتطورات العلمية وخاصة في مجال العلوم الطبية أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب في الفقرة 2 من المادة 40، ونص في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على إمكانية اللجوء إلى التلقيح الصناعي في حالة وجود مانع يحول دون الإنجاب وضبطه بعدة شروط.

وسأنتظر في هذا الفصل لموضوع النسب من حيث أسباب ثبوته وطرق إثباته بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

1- سورة الأحزاب الآية : 05.

2- الإمام أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003، ص: 662-663.

3- نفس المرجع.

المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب

إذا كانت مسألة إثبات نسب الولد من أمه ليست محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، ذلك أن واقعة الولادة هي سبب ثبوت نسب الولد من أمه في كل الحالات وسواء كانت الولادة شرعية أم غير شرعية، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها، دون توقف على شيء آخر من فراش أو إقرار، وكذلك فإنه من المتفق عليه أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزواج الصحيح بقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»¹.

وقد اقتفى المشرع الجزائري أثر الشريعة الإسلامية، بحيث أقام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج فجعل الثانية سبب لثبوت الأولى؛ حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

ومن خلال استقراء نص المادة يتضح أنها تعالج أسباب ثبوت النسب وطرق إثباته، وسأكتفي في هذا المبحث بالتطرق إلى أسباب ثبوت النسب من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح.

المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة.

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

يعتبر الزواج الصحيح سبباً شرعياً لثبوت نسب الولد من أبيه، إذا تزوج رجل من امرأة زواجا صحيحا مستوفيا أركانه وشرائطه، ثم جاءت الزوجة بولد ثبت نسب هذا الولد من الزوج من غير حاجة إلى اعتراف صريح أو إقامة بينة على البينة².

فالعقد الصحيح يعد سبباً شرعياً لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضائها بطلاق أو وفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكناً، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق الشرعية، فمتى ما حصلت ولادة الولد خلال أدنى مدة الحمل وأقصاها ثبت نسبه من الزوج وهذا ما سأفصله في فرعين:

الفرع الأول: ثبوت النسب حال قيام الزوجية

تبدأ الحياة الزوجية بواقعة الزواج بين رجل وامرأة بموجب عقد زواج صحيح أو غير صحيح، ويكون العقد صحيحاً إذا تم مستوفياً لجميع أركانه وشروطه، سواء تلك التي نص عليها الشرع الإسلامي، أو تلك التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها

1- عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة تالة، الجزائر، سنة 1999-2000، ص: 283.

2- عبد الفتاح تقيّة، نفس المرجع، ص: 284.

بحيث جاء في قرارها المؤرخ في 1984/10/08 ما يأتي: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"¹.

والزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي الفراه، وثبوت النسب بالفراه وفقا لنظامه الشرعي يقوم على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحل للرجل مخالطة المرأة ويقصرها عليه وحده فهو إذن الذي تعتبر به المرأة فراهشا ولا تحل لغيره كما لا يحل لها أن تمكن غيره من الاستمتاع بها.²

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة الشرعية في قانون الأسرة ضمن المادة 40 التي نصت على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وكذلك المادة 41 التي نصت على أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ولا يعتبر الفراه طريقا طبيعيا لثبوت النسب، إلا بتحقق شروط منها ما يتعلق بالزوجين وما يلزم من إمكانية التلاقي بينهما، ومنها ما يتعلق بالزوج بأن يكون ممن يتصور منه الحمل ومنها ما يتعلق بمدة الحمل وعدم نفيه بالطرق المشروعة.

أولا: إمكانية الاتصال بين الزوجين

قد يحدث الحمل بالطريقة الطبيعية المتمثلة في الاتصال الجنسي بين الزوجين، وقد يحدث بغير الطريقة الطبيعية وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي.

1- إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين:

لقد اشترط جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد) إمكان الدخول أي إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد عادة، فلو انتفى إمكان التلاقي لا يثبت النسب³، واشترط "الظاهرية" الدخول الحقيقي مع إمكان الوطء وليس المشكوك فيه ونتيجة لذلك لا يثبت نسب الولد من الزوج عند الجمهور طالما لم يثبت إمكان التلاقي الفعلي أو الحسي بين الزوجين بعد العقد.

غير أن الحنفية خالفوا الجمهور ولم يشترطوا إمكان الدخول واكتفوا بالعقد الصحيح واعتبروه كافيا لثبوت النسب، فمتى جاءت المرأة بولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر يثبت النسب سواء ثبت التلاقي أم لا. ولقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء في المادة 41 من قانون الأسرة حيث اشترط إضافة إلى العقد الشرعي تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها بحيث جاء في قرارها رقم 99000 المؤرخ في 1993/11/23 أنه: "من المقرر قانونا أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"⁴.

1- م ع، غ أ ش 1984/10/08 ملف رقم 34137، م ق، سنة 1998، عدد 04، ص: 89.

2- محمد محمد أبو زيد، التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996، السنة العشرون، العدد الأول، ص: 231.

3- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص: 284-285.

4- م ع، غ أ س، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص: 64.

كما يجب أن يتصور إمكانية حمل المرأة من زوجها بأن يكون الزوج ممن يأتي منه الحمل، بأن يكون بالغا أو مراهقا على الأقل خاليا من العيوب وهي العنين والخصي ونحوهم التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية، فلو كان صغيرا لا يتصور منه الحمل، لا تعتبر المرأة فراشا له لأنه لا يتصور أن تحمل منه، ومن ثم لا يثبت نسب من وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد والوضع وهذا متفق عليه بين الفقهاء، لأن الشرط الأساسي لأي نسب هو أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه وتختلف هذا الشرط يعد قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.¹

2- الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين (التلقيح الاصطناعي):

تعتبر عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين هي الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب والتي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، إلا أن هذه الطريقة قد تعترضها عوائق مرضية تحول دون تحقيق هذه النتيجة ترجع أساسا إلى العقم التام لدى أحد الزوجين أو إلى خلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى أحدهما.

وقد كشفت العلوم البيولوجية الحديثة على وجود عدة وسائل للإنجاب بالطرق الصناعية، حيث تتم بإحدى الطريقتين الأساسيتين:

الطريقة الأولى: التلقيح الداخلي ويتم عن طريق إدخال الحيوان المنوي إلى قناة فالوب بالرحم ليتحد مع البويضة، وباتحاد المني مع البويضة تتكون النطفة الأمشاج وذلك في حالة ضعف الحيوان المنوي للزوج.

الطريقة الثانية: التلقيح الخارجي، ويتم باستخراج الحيوان المنوي واستخراج البويضة والجمع بينها في أنبوب اختبار ليتحدا ثم ستدخل اللقيحة إلى الرحم.

أ- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة حالتين فقط للتلقيح الاصطناعي،² والمتمثلة في:

الحالة الأولى: جواز أخذ نطفة الزوج وحقنها في رحم زوجته مادام لم يقم أي شك حول استبدال أو اختلاط هذه النطفة بنطفة الغير، وهذا ما يعرف بالتلقيح الداخلي.

الحالة الثانية: تتعلق بالتلقيح الاصطناعي بحيث يجوز أخذ بويضة الزوجة وتخصيها بنطفة زوجها خارج الرحم في أنبوب اختبار، ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجته نفسها وحتى تكون عملية التلقيح الاصطناعي مثبتة للنسب فإن الفقهاء يشترطون توافر الشروط الآتية:³

- أن لا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت الحاجة القصوى لإجرائه.

- أن تكون الزوجية قائمة.

1- عبد الفتاح تقي، المرجع السابق، ص: 285.

2- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2001، ص: 97.

3- حميدو زكية تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصر في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 01، 2003، ص: 79 وما بعدها.

- أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوج.
 - أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها.
- كما اتفق الفقهاء صراحة على تحريم الأم البديلة لأن ذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب من جهة الأم وذلك قياساً على الزنا والتبني.

ب- موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي:

لقد أخذ المشرع الجزائري بموقف الفقه الإسلامي سواء من حيث اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، أو من حيث اللجوء إلى استعمال الأم البديلة فنص في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعياً.
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
 - أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"

ثانياً: ولادة الجنين بين أقل مدة الحمل وأقصاها

لقد حدد المشرع الجزائري مدة الحمل في المادة 42 من قانون الأسرة التي جاء نصها كما يلي: "أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".

1- أقل مدة الحمل:

لقد أجمع الفقهاء أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر واستنبطوا ذلك من القرآن الكريم في قوله تعالى: «ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً...»¹، وقوله تعالى: «ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين...»².

إذ أن الآية الأولى جمعت مدة الحمل والفصال معاً بثلاثين شهراً، بينما حددت الآية الثانية مدة الحمل وهي عامين وبخضم مدة الفصال من الثلاثين شهراً تبقى ستة أشهر وهي أقل مدة للحمل.³

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1990/01/22 حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن مدة الحمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر وعدة أيام، أقل من الحد الأدنى قانوناً فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون"⁴

1- سورة الأحقاف، الآية: 15.

2- سورة لقمان، الآية: 14.

3- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، شهاب الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص: 419.

4- م غ، غ أ ش، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م ق سنة 1992، عدد 02، ص: 71.

2- أقصى مدة للحمل:

لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية تحديد لأقصى مدة الحمل، واختلف في ذلك الفقهاء اختلافا كبيرا على عدة أقوال:

- ذهب الشافعية والمالكية في القول المشهور عندهم إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات وفي قول آخر أنها خمس سنوات.

- ويرى الحنفية أنها سنتان لما روى من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عمود المغزل»¹

- أما الجعفرية والظاهرية فقالوا بتسعة أشهر وعشرة أشهر.

بينما يقرر الطب بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادراً، إذ أن الحمل يكون عادياً إذا نزل لـ 42 أسبوعاً وإذا زاد على ذلك يكون غير عادي. وقول الطب بأن أقصى مدة الحمل لا تزيد عن عشرة أشهر فهو ثابت يقينياً ولا يتعارض مع الشرع، ذلك لعدم ثبوت نص يقيني قاطع يفيد مخالفة هذه الحقيقة العلمية الثابتة ذلك أن كل الذي ثبت من آراء الأئمة لا يرقى إلى مرتبة اليقين.² ولقد حدد المشرع الجزائري أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر وذلك في المادة 42 من قانون الأسرة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها.

ثالثاً: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال بين الزوجين ولم ينفه بالطرق الشرعية" إلا أن المشرع لم يحدد ما هي الطرق المشروعة لنفي النسب، وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها حددت طريقاً شرعياً واحداً لنفي النسب وهو اللعان. ويكون اللعان إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ولم يكن له بينة على دعواه وقد يكون اتهام الزوج زوجته بالزنا ونفي الولد، ومشروعية اللعان ترجع إلى القرآن الكريم في قوله تعالى: «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين (6) والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين (7) ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (8) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين (9)»³.

ويشترط الفقهاء لصحة اللعان من الزوجين أن تتوفر فيه الشروط الآتية:⁴

1- محمد محدة، المرجع السابق، ص: 424.

2- محمد محدة، المرجع السابق، ص: 426.

3- سورة النور، الآيات: 6-7-8-9.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999، ص: 346.

1- قيام الزوجية الصحيحة بين المتلاعنين سواء دخل بها أو لم يدخل بها، وعليه لا يقع اللعان إذا كان الزواج فاسداً أو باطلاً.

2- أن يكون كل من الزوجين عاقلاً، بالغاً وألاً يكون هذا النفي قد سبقه إقرار بهذا الولد سواء كان إقراراً صريحاً أو ضمناً بالقول أو الفعل.

3- ألا يكون للزوج بينة أخرى لإثبات زنا زوجته، وأن تكون الزوجة ناكرة لفعل الزنا إنكاراً صريحاً واضحاً.

وإذا تم اللعان يفرق القاضي بين الزوجين فرقة مؤبدة، بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين أن يعودا إلى بعضهما البعض بعقد جديد وهذا رأي جمهور الفقهاء¹ وهو الرأي الذي تبناه القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/04/23: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين..."².

ولم يحدد المشرع الجزائري مكان ومدة رفع دعوى اللعان ونفي النسب، إلا أن المحكمة العليا حددت مدتها بثمانية أيام وذلك في قرارها المؤرخ في 1998/10/20 والذي جاء فيه: "ومن المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"³ أما عن مكان إجراء اللعان فحدده بقرارها المؤرخ في 1998/10/28 حيث جاء فيه: "إن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق..."⁴.

وتجدر الإشارة أن المشرع نص في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وإن كانت هذه الفقرة خاصة بإثبات النسب وليس نفيه، لكن يفهم منها بمفهوم المخالفة أنه يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الطرق العلمية لنفي النسب دون أن يبين المشرع هذه الطرق، والتي سأتناولها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بأي سبب كان بطلاق أو وفاة، أو بتوقيف هذه الرابطة بغياب الزوج عن زوجته، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا ولدته الزوجة في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الانفصال وتبعا لوجوب العدة على المرأة وعدم وجوبها، وتبعا لتقدير أقصى مدة الحمل.⁵

1- العربي بلحاج، نفس المرجع، ص: 346.

2- م ع، غ أ ش، 1991/04/23، ملف رقم 69798 م ق، عدد 3، سنة 1994، ص: 54.

3- م ع، غ أ ش، 1998/10/20، ملف رقم 204821، م ق سنة 2001 عدد خاص، ص: 82.

4- م ع، غ أ ش، 1998/10/20، ملف رقم 172379، م ق سنة 2001 عدد خاص، ص: 70.

5- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص: 286. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، طبعة 1998، ص:

أولاً: ثبوت نسب ولد المطلقة

1- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول:

إن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها»¹ وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/06/18: "من المقرر شرعاً أن تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب على المرأة المطلقة غير المدخول بها"²

فإذا جاءت المرأة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول، فإن النسب يثبت من المطلق متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر، وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل حدث قبل الطلاق، فيكون الولد للفراش، باعتبار أن ستة أشهر أقل مدة للحمل ويحكم بأن الزوج قد دخل بزوجه وحملت منه قبل أن تطلق منه، وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق، فإن النسب لا يثبت وأساس عدم ثبوته في هذا الفرض أنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الطلاق لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الطلاق، لأن مدة ستة أشهر تصلح لتكوين الجنين.

ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها ومتى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب، لأن المطلقة قبل الدخول والخلو يشترط لثبوت نسب ولدها أن يحصل اليقين أن الولد منه، ولكن ولأن الأمر احتمال لا يقين فقد أقر الفقهاء ثبوت نسب الولد إذا دعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا، ويحمل على ذلك أنه اتصل بها بناء على شبهة احتياطاً في الأنساب وستراً للأعراض³

2- ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول:

تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى" وعليه فإن المطلقة بعد الدخول لا تعتبر مطلقة إلا إذا حكم القاضي بذلك.

وتنص المادة 43 من قانون الأسرة على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، وفي حين تنص المادة 60 من نفس القانون على أنه: "أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق".

وعليه فإن حساب مدة 10 أشهر من أجل إلحاق نسب الولد لأبيه تبدأ من تاريخ صدور حكم الطلاق حتى وإن كانت قد أنجبته خلال مدة أكثر من 10 أشهر من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين، لأن الفرقة الحقيقية في

1- سورة الأحزاب، الآية: 49.

2- م ع، غ أش، 1996/06/18، ملف رقم 137571، م ق عدد 02 سنة 1997، ص: 93.

3- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص: 203.

غالب الأحيان لا تكون يوم صدور الحكم بالطلاق وإنما من اليوم الذي يتلفظ فيه الزوج بالطلاق، وهذا قد يتضارب مع القواعد الأساسية للنسب.

أ- ثبوت نسب ولد المطلقة رجعيًا:

الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره وإنما تبقى الزوجية قائمة حكما طوال فترة العدة، فيجوز للمطلق رجعيًا أن يستمتع بمطلقة في عدتها ويعتبر ذلك رجعة لها، ونميز بين حالتين:

* إذا لم تقر المطلقة رجعيًا بانقضاء عدتها من مطلقها، يثبت نسب الولد من الزوج سواء أتت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة الحمل ذلك أن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها.

وعليه فإن وضعت قبل مضي أقصى مدة الحمل تكون قد حملت به قبل الطلاق، وإن وضعت بعد المدة القصوى للحمل، تكون قد حملت به وقت العدة أي يحتمل أنه قد راجعها أثناء العدة.¹

* إذا أقرت المطلقة رجعيًا بانقضاء عدتها ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسبه من المطلق، بشرط أن تكون الفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة للحمل. أما عن إقرار الزوجة بانقضاء العدة فإنها تعد مخطئة في التقدير أو كاذبة فيه ومن ثم لا يعمل به، أما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها بانقضاء عدتها فلا يثبت النسب من المطلق.²

ب- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقًا بائنا:

لثبوت نسب ولد المطلقة لأبيه يشترط أن يوضع في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الانفصال الفعلي بين الزوجين وهذا ما أكدته المادة 43 من قانون الأسرة، وتبعًا لذلك فلا يثبت نسب ولد المطلقة إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل اعتبارًا من تاريخ الانفصال إلا إذا أقر به الزوج المطلق وهي الحالة الوحيدة التي يثبت بها النسب ولكن بالإقرار وليس بالزواج.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19 حيث جاء فيه: "من المقرر أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونًا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وضع بعد 04 أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني اعتمادًا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعًا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية".³

ثانياً: ثبوت نسب ولد المتوفي عنها زوجها

نصت المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة، وهذا الاحتمال أن الحمل كان قائماً وقت الوفاة ويكون الفراش قائماً وقت الوطء فيثبت النسب احتياطياً

1- أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص: 204.

2- عبد الفتاح تقيّة، نفس المرجع، ص: 286. أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص: 204.

3- م.ع. ع.أ.ش، 1998/05/19، ملف رقم 193825، م ق 2001، عدد خاص، ص: 73.

لمصلحة الولد ولا يثبت نسبه إذا جاءت به لأكثر من 10 أشهر لأنه من غير المعقول أن تكون حملت به بعد وفاة الزوج.

ثالثا: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

بالنسبة للمرأة التي غاب عنها زوجها لسبب من الأسباب كأداء الخدمة الوطنية، أو انتقاله للعمل في الخارج، أو دخوله السجن لارتكابه جريمة ما واستمر غيابه مدة تزيد عن عشرة أشهر دون أن يثبت أنه وقع اتصال بين الزوجين وجاءت الزوجة بولد بعد انقضاء أقصى مدة الحمل منذ غيابه فإن المولود ينسب إلى أبيه إلا إذا نفاه باللعان. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1997/07/08 الذي جاء فيه: "متى تبين أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب المولود بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة"¹

المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح

لقد تأثر المشرع الجزائري بالفقه الحنفي فقسم عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد خلافا لبقية المذاهب الأخرى والذين لم يجعلوا لعقد الزواج أكثر من حكمين صحيح وباطل.²

الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والفساد

أولا: الزواج الباطل

عقد الزواج الباطل لا وجود له في نظر القانون الذي قرر إبطاله ولو بعد الدخول ونص عليه المشرع الجزائري في المادتين 32 و33 من قانون الأسرة.

حيث جاء في نص المادة 32: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" وجاء في نص المادة 33 ما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" وعليه فعقد الزواج يكون باطلا وفقا لقانون الأسرة في الحالات التالية:

- 1- إذا اختل ركن الرضا والذي اعتبره المشرع الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج.
- 2- إذا اشتمل عقد الزواج على مانع شرعي من الموانع المؤبدة أو المؤقتة التي نص عليها المشرع في المواد: 23- 24- 25- 26 و30 من قانون الأسرة.
- 3- إذا اشتمل عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج.

ثانيا: الزواج الفاسد

لقد رتب المشرع الجزائري الفساد على عقد الزواج إذا فقد شرط من شروط الصحة حسب ما جاء في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي،

1- م.ع. غ.أ.ش، 1997/07/08، ملف رقم 165408 م ق سنة 2001، عدد خاص، ص: 67.
2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 147 وما بعدها.

الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية" وذلك بعد توافر ركن الرضا وهذا ما نصت عليه المادة 33 فقرة 2: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل". وتبعاً لذلك فإن الزواج الفاسد هو الذي يتوافر فيه ركن التراضي ولكن تضمن سبباً من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول.¹

الفرع الثاني: ثبوت النسب من الزواج الباطل والفاقد

أولاً: بالنسبة للزواج الباطل

يرى الفقهاء أن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من الآثار التي يترتبها الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، وإذا دخل الرجل على من عقد عليها عقداً باطلاً كان دخوله بمنزلة الزنا إذا كان عالماً، ويرى جمهور الفقهاء أن لا يجب المهر بالدخول في الزواج الباطل، بل يجب حد الزنا على الزوجين إذا كانا مكلفين عالمين بالتحريم.² وذلك مثل الزواج بالمحارم إلا أن المشرع الجزائري رتب على عقد الزواج الباطل ثبوت النسب وذلك في المادتين 34 و40 من قانون الأسرة رعاية لحقوق الولد.

ثانياً: بالنسبة للزواج الفاسد

نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة بأنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32-33-34 من هذا القانون. ووفقاً لذلك فإن هذا الأخير لا يختلف كثيراً عن الفقه الإسلامي، إذ أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الفاسد، إذا اكتشف سبب الفساد فيه قبل الدخول بالزوجة فالعقد الفاسد يفسخ ولا تستحق الزوجة من الصداق شيئاً، ولكن الأمر يختلف في أن المشرع اعتبر أن اكتشاف سبب الفساد بعد الدخول وزفاف الزوجة إلى منزل الزوجية يقتضي الاستمرار في العقد رغم فساده ويثبت به النسب، وذلك إعمالاً لقاعدة إحياء الولد، لهذا قال الفقهاء بأنه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب، فكلاهما فيه إحقاق الولد بأبيه متى تم وضعه بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد مع إمكانية الاتصال بين الزوجين.³

ولقد أكدت المحكمة العليا على أن الزواج الفاسد سبب لثبوت النسب في قراراتها، إذا جاء في القرار المؤرخ في 1997/10/28م ما يلي: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلاً

له"⁴

1- العربي بلحاج، نفس المرجع، ص:148.

2- العربي بلحاج، نفس المرجع، ص:152.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:149.

4- م.ع. غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م.ق، عدد 1، سنة 1997، ص:42.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة

لقد اعتبر المشرع الجزائري نكاح الشبهة سببا من أسباب ثبوت النسب، حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول...". إلا أنه لم يفرق بين شبهة وأخرى مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة

الفرع الأول: تعريف الوطء بالشبهة

المقصود بالشبهة هي ما لم يتيقن من كونه حراما أو حلالا، أما الوطء بشبهة فهو الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناءً على عقد زواج صحيح أو فاسد فيقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، مثل وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له¹، والشبهة قد تكون شبهة الفعل وشبهة الملك وشبهة العقد ولكل قسم منها حكم خاص في ثبوت النسب.

الفرع الثاني: أقسام الوطء بشبهة وقواعد إثبات النسب فيها

أولا: شبهة الفعل

وفيه يعتقد الرجل حل الفعل ويظن في نفسه أن الحرام حلالا من غير دليل قوي أو ضعيف وتكون هذه الشبهة كما لو دخل رجل على امرأة ظانا منه أنها زوجته ثم تبين له أنها ليست كذلك، فإذا جاءت بولد فإن النسب لا يثبت له وإن ادعى الزوج الولد، فالنسب لا يثبت سواء ظن الحل أو أنه عالم بالحرمة، لأن هذا الأمر متعلق بالفعل نفسه، إذا الفعل في ذاته لا شبهة فيه أنه زنا والزنا لا يثبت به النسب.²

ثانيا: شبهة الملك

وتسمى كذلك شبهة المحل أو شبهة الحكم، وفيها يثبت النسب للواطئ إذا ادعاه وذلك لأن الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل والحكم، ويثبت النسب لأن النسب يحتاط في إثباته، فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظن الفاعل، بل على أن الفعل في ذاته حلال لدليل شرعي قد يفيد الحل ويضرب الفقهاء مثلا بقولهم من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد لقيام بشبهة في المحل وهو الأمة الوطوءة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك»³

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دمشق، 1952، ص: 688.
2- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاء "النسب، الرضاع، الحضنة، نفقة الأقارب"، ص: 81-85
3- عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص: 87.

ثالثا: شبهة العقد

وحاصلها أن يعقد الرجل على امرأة، وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات ومثال هذا النوع من الشبهة أن يتزوج شخص أخته من الرضاع، أو خامسة على أربع في عصمته. فيثبت النسب من شبهة العقد إذا حصل حمل أو ولادة قبل علم الواطئ بسبب التحريم، لأن الوطء تعلقت به شبهة، أما إذا كان عالما بالتحريم فإن العقد باطل ولا شبهة فيه قط ولا يثبت به النسب عند جمهور الفقهاء.¹

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب

يقصد بطرق إثبات النسب هي تلك الطرق التي تكشفه بعد نشوئه ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الطرق في المادة 40 من قانون الأسرة، حيث جمع فيها بين أسباب ثبوت النسب وطرق إثباته بنصها على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

فنص على ثبوت النسب بالإقرار أو بالبينة، حيث أجاز قانون الأسرة للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، كأم أو أب يدعي كل منهما بنوة ولد معين أو يقوم الولد بادعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة رجل معين وهذا ما يسمى إقرارا في القانون، كما أجاز قانون الأسرة لشخص أن يدعي أخوة أو عمومة شخص آخر، ويمكن أن يثبت النسب في كل الأحوال عن طريق البينة.

ولقد أجاز المشرع اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب وذلك مسايرة منه للتطورات العلمية في مجال الطب وعلم البيولوجيا وعلم الوراثة. حيث نصت الفقرة 02 من المادة 40: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وهذا ما سأطرق إليه في هذا المبحث من خلال المسائل التالية :

- إثبات النسب بالإقرار.
- إثبات النسب بالبينة.
- إثبات النسب بالطرق العلمية.

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996، ص:214.

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

لقد اعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقاً من طرق إثبات النسب ونص عليه في المواد 40-44-45 من قانون الأسرة، غير أنه لم يورد تعريفاً له من خلال هذه المواد، بل عرفه في المادة 341 من القانون المدني إذ نصت على أن: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

الفرع الأول: أنواع الإقرار

تنص المادة 44 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة".

وتنص المادة 45 من قانون الأسرة على أنه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

يتضح من المادتين أنهما صنفتا الإقرار إلى نوعين وحددت الشروط الواجب توافرها لإثبات النسب بالإقرار.

أولاً: الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة

نصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة السالفة الذكر، وهو ما اصطلح عليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، واعتبروا بأن هذا الأخير لا يكون إلا بالإقرار بالبنوة المباشرة أو الأبوة المباشرة، وذلك بأن يقر مثلاً بأن هذا الولد ابنه، أو يقر بأن هذا الرجل أبوه، ففي هذا النوع من الإقرار ليس فيه تحميل نسب على الغير، لأن المقر بالأبوة يكون قد حمل النسب على نفسه، والشأن نفسه بالنسبة للمقر بالبنوة¹.

ثانياً: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة

نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة، ويعبر عنه بالإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، ويكون هذا الإقرار في حالة قرابة الحواشي، كالإقرار بالأخوة والعمومة والأجداد، وواضح أن هذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر أولاً، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر فإذا قال هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه أي على الغير، لأن معناه هذا ابن أبي، فافتضى ذلك في أول مرة أن المقر له ابن الأب المقر، وافتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر. وإذا قال هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده لأن معناه هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات².

ويختلف الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير عن الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير في أن الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، فإن النسب فيه يثبت أولاً من المقر ثم يسري إلى غيره، أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فإن النسب يثبت فيه من غير المقر ثم يسري منه إلى غيره.

1- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 91.

2- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص: 289. عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 110-111.

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالإقرار

أولاً: في حالة الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة

تنص المادة 44 من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

من خلال نص المادة 44 يتضح أنه لثبوت النسب بالإقرار يجب توافر شروط بالنسبة لكل نوع من الإقرار.

1- الإقرار بالبنوة:

أ- أن يكون الولد مجهول النسب بمعنى لا يعلم له أب، فإذا كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر فلا يصح الإقرار، فمتى تأكد ثبوت النسب من شخص لا يقبل منه الانتقال إلى غيره فلكي ينتج الإقرار أثر يجب أن يكون المقر له مجهول النسب.¹

ولقد استثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان، فالإقرار في هذه الحالة لا ينتج أثره لأن هذا الولد برغم انتفاء نسبه من أبيه إلا أنه يحتمل كذب الملاحن نفسه بعد نفيه الولد، وفي هذه الحالة يثبت نسبه من أبيه.²

ب- أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة؛ أي أن يكون المقر له بالبنوة ممن يولد مثله لمثل من يقر بنسبه، بحيث لو كان المقر له ابن 13 سنة والمقر ابن 20 سنة، فإنه لا يصح إقراره لأن

العقل والعادة تكذبه وبالتالي لا يثبت النسب بهذا الإقرار لأنه كاذب.

ويشترط كذلك ألا يكون هنالك من ينازع المقر بدعوى نسب هذا الولد، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارض الإقرار، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

هذان الشرطان نص عليهما المشرع الجزائري في المادة 44 من قانون الأسرة إلا أن الفقهاء أضافوا شروطاً

أخرى بعضها متفق عليها وبعضها الآخر مختلف فيه وهي:

أ- أن يصدقه الولد المقر له بالنسب إذا كان مميزاً أهلاً للتصديق، وإن كان كذبه في الإقرار فلا يثبت النسب به، فإذا كان المقر له طفلاً غير مميز يثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق، لأنه ليس أهلاً للتصديق وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له.³

ب- ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا فإن صرح بذلك لا يثبت النسب منه لأن الزنا لا يصلح سبباً لثبوت النسب لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

1- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 93.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 690 وما بعدها.

3- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص: 691. عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص: 289.

2- إقرار الولد بالأبوة أو الأمومة:

وفيه يقر الولد أن شخصا معيناً هو أبوه، ويشترط فيه أن تتوفر فيه شروط الإقرار بالبنوة وذلك بأن يكون الولد المقر مجهول النسب، وألا يقول أنه نتاج زنا من والديه، وأن يكون مثل المقر يولد لمثل المقر له وأن يصدقه المقر له في هذا الإقرار.

أما إذا كذبه فإن للمقر في هذه الحالة أن يثبت إقراره بالبينة، وإذا عجز عن ذلك يحلف المقر له بأنه ليس أبا للمقر، فإن حلف بطل إقرار المقر، وإن نكل ثبتت دعوى المقر فيثبت نسبه من المقر له.¹ كما يمكن أن يقر الولد بأن امرأة معينة هي أمه، وهذا الإقرار يأخذ حكم الإقرار بالأبوة باستثناء شرط الزنا، فيثبت نسبه من أمه ولو كان نتاج زنا، هذا كذلك إن صدقته وإن لم تصدقه في إقراره فإنه يستطيع إثباته بالبينة، وإن عجز عن الإثبات بها تحلف المقر لها بأن المقر ليس ابنها، فإن حلفت بطل إقراره ولم يثبت نسبه منها وإن نكلت ثبت نسبه منها.²

3- الإقرار بالأمومة

كما يقبل الإقرار من الرجل بالبنوة، يقبل من المرأة الإقرار بالأمومة، بشرط ألا يكون للولد أم معروفة، وأن يولد مثله لمتلها، وأن يصدقها الولد في هذا الإقرار.

فإذا كانت المرأة المقررة متزوجة، فإما أن تقر بأن هذا الولد من زوجها وهذا الأخير إن صدقها في الإقرار يثبت نسبه منهما سوياً، أما إذا كذبها ففي هذه الحالة تثبت فيها الفراش بالبينة ويثبت النسب في هذه الحالة بالبينة بدل الإقرار. أما أن تقر بأنه ابنها من غيره وهنا لا يعلق إقرارها على تصديق الزوج، وتثبت الأمومة بتوافر شروط الإقرار المذكورة سابقاً.

أما إذا كانت المرأة المقررة غير متزوجة وغير معتدة من زواج وتوفرت شروط الإقرار فإن النسب يثبت منها، ولا يعتد بشرط نفي الولد كونه من زنا، لأنه ولد يثبت نسبه من أمه ولا يثبت من الذي زنا بها.³ ولقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1988/12/19 بأنه: "من المقر قانوناً أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحاً ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض..."⁴.

ثانياً: في حالة الإقرار في غير الأبوة والأمومة والبنوة

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من قانون الأسرة بنصها: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، وهذا النوع من الإقرار يعرف في الفقه الإسلامي بالإقرار بالنسب على غير المقر، كأن يقر شخص بأن هذا أبوه أو عمه.

1- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 98-99.

2- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 102.

3- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 99-101.

4- م.ع. غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51414، م ق 1991، عدد 3، ص: 52.

فذلك لا يصلح هذا الإقرار وحده لثبوت النسب، فبالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من قانون الأسرة أضاف المشرع شرطا آخر وهو شرط تصديق الغير أي أن يصدقه المقر عليه كالأب عند الإقرار بالأخوة والجد عند الإقرار بالعمومة وأن يقيم المقر البيئة على إقراره¹، وهذا النوع من الإقرار يعتبر حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره.

وقال الحنفية إن لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة، أو لم تقم بيئة على صحة الإقرار، يعامل المقر بمقتضى إقراره على نفسه، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزا فقيرا، والمقر موسرا، ويشترك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه.

وقال المالكية يأخذ المقر له بالأخوة المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره فإذا أقر ولد بأخوة آخر، وأنكر الولد الآخر، أخذ المنكر نصف التركة وشارك المقر له المقر في النصف الآخر عند الحنفية، وعند المالكية يأخذ المنكر نصيبه كاملا ويأخذ المقر له ما نقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة².

الفرع الثالث: شكل الإقرار

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على شكل معين للإقرار، كما لم يحدد الجهة التي يدلى به أمامها. وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا، فنلاحظ وجود غموض وتناقض وهذا يتضح من خلال القرارين التاليين:

1- القرار الصادر بتاريخ: 1998/11/17 جاء فيه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر

وأقصاها عشرة أشهر... كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون"³. ويفهم من رفض المحكمة العليا الإقرار الذي تم أمام مديرية الصحة والحماية الاجتماعية، أن هناك جهة مختصة لتلقي الإقرار رغم أن القرار لم يحدد تلك الجهة.

2- القرار الصادر بتاريخ: 1998/12/15 جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل

في بيان أحكام الإقرار... ومتى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ: 1997/04/06، فإن الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعية عن

إقرار المطعون ضده لحمل الطاعنه، كما أن المادتين 341- 461 من القانون المدني لا تطبق على قضية

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 198- 199.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 693.

3- م.ع. غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210478، م ق 2001، عدد خاص، ص: 85.

الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة وعليه فإن القضاة لما لم ينتهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹. ويفهم من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط أن يتم الإقرار أمام المحكمة.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا وقونا بالاتفاق، والفرق بينها وبين الفرائض أن هذا الأخير هو السبب المنشئ للنسب. أما البينة فهي أمر كاشف بالشهادة لهذا النسب، مثلها مثل الإقرار، وإن كانت أيضا تختلف عن الإقرار حيث أنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه فقط، بل يثبت عليه وعلى غيره، أما الإقرار فحجية الحكم الصادر بناء عليه حجية قاصرة على المقر لا يتعداه إلى الغير²، ولقد نص المشرع الجزائري على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 من قانون الأسرة.

الفرع الأول: تعريف البينة

للبينة معنيان، الأول عام والثاني خاص.

أولا: المعنى العام

هي الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو بالفرائض، فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فنقصد بها هنا البينة بمعناها العام، ويعرفها ابن قيم الجوزية بأن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين لم يوف مسماهما، ولم تأت البينة في القرآن قط مراد بها الشهادة وإنما أتت مراد بها الحجة³.

ثانيا: المعنى الخاص

هي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، ويقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالأخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره⁴.

الفرع الثاني: أنواع البينة

أولا: الشهادة المباشرة

ويقول فيها الشاهد ما وقع تحت سمعه وبصره، فالشاهد يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية، سواء رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو رأى وسمع، وتكون الشهادة عادة شفوية وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

1- م.ع. غ.أ.ش 1998/12/15، ملف رقم 202430 م.ق، سنة 2001، عدد خاص، ص: 77.

2- عبد الفتاح تقيية، المرجع السابق، ص: 292.

3- محمد محدة، المرجع السابق، ص: 432.

4- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص: 211.

ثانيا: الشهادة السماعية

وتكون غير مباشرة، وتختلف عن الشهادة المباشرة كون أن الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه أو سمعها بأذنه وتبعاً لذلك تعتبر الشهادة السماعية، شهادة على الشهادة وهي جائزة قانوناً مع خضوعها لسلطة القاضي التقديرية.¹

ثالثاً: الشهادة بالتسامع

وهي شهادة بما يتسامع به الناس، فلا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع في وسط الناس عن هذه الواقعة، فهذه الشاهدة صاحبها يشهد بما يتسامع الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الناس بشأنها، والشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون صراحة.²

رابعاً: الشهادة بالشهر العامة

وهي لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح، وإنما هي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية، تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهادة العامة، فهذه الشهادة تفترض وجود موظف عام - قاض أو موثق- يدلي أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها، ويشترط أن يكون لهؤلاء الشهود معرفة شخصية بهذه الوقائع.³

الفرع الثالث: إثبات النسب بالبينة في التشريع والقضاء الجزائري

لقد اعتبر المشرع الجزائري البينة إحدى طرق إثبات النسب وذلك في نص المادة 40 من قانون الأسرة، وأكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها ومنها القرار الصادر بتاريخ 1999/10/28 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتله ولما كان أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة، كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية مما استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴

وتجدر الإشارة أن نصاب البينة قد اختلف الفقهاء فيها على عدة أقوال إلا أن الرأي الأرجح هو قول أهل الحنفية الذين اشترطوا شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وإمرأتين لقوله تعالى: «... فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان...» (البقرة الآية: 282)

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وأثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان طبعة 1982، ص: 313.
2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 314.
3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 314.
4- م.ع. غ أش، 1999/10/28، ملف رقم 172333 م ق عدد 01، سنة 1997، ص: 42.

الفرع الرابع: حجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب

تعتبر البينة أقوى من الإقرار¹ لكونها لا تقتصر على المقر كما هو الحال في الإقرار بحيث يثبت الحكم الثابت بالبينة في حقه وحق غيره، فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد.²

وتجدر الإشارة إلى أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصويره إلا في الحالة التي يكون فيها الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، أما إذا كانت قد جمعت بينهما علاقات غير شرعية ولا قانونية ونتج عن هذه العلاقات ولد ثم وقع النزاع بشأن واقعة ولادته أو بشأنه هو ذاته فلا يمكن إثبات نسبه إلى أي شخص بأية بينة كانت ولا يمكن تسجيله على لقبه أو باسمه في سجلات الحالة المدنية باستثناء إسناد نسبة إلى والدته.³

المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وذلك خلال تعديل قانون الأسرة سنة 2005 مواكبة منه للتطورات العلمية الحديثة التي شهدتها البشرية خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات والتي انعكست على مواد الإثبات المدنية والجزائية، وقد برز دورها جليا في مجال إثبات النسب ونفيه، الذي أثار كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني بين رافض لها وأخذا بها.

فما هي هذه الطرق العلمية؟ وما هو موقف القضاء الجزائري منها؟ وما مدى تأثيرها على قواعد وأحكام النسب؟

الفرع الأول: أنواع الطرق العلمية

أولا: الطرق العلمية الظنية

أظهرت الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة أن دم أفراد بني البشر يتنوع إلى عدة فصائل وأن لكل فصيلة خصائص محددة، ومن هنا أخذ نظام فحص الدم كأحد الطرق العلمية الشائعة الاستعمال في مجال نفي النسب؛ ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تتحدد عن طريق تحليل فحص الدم، فكل طفل له خاصية جينية إما مع الأم أو مع الأب وبما أن الأم معروفة دائما بواقعة الولادة، فإذا كان له خاصية لم تكن موجودة عند أمه فهي بالضرورة موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب الخاصية عند الأب المفترض، فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة ويتم على أساسها نفي النسب.⁴

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 299

2- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص: 286.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 218.

4- محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص: 176-177.

فالولد الذي فصيلة دمه (o) فيكون التركيب الجيني لفصيلة دمه (o،o)، والأم التي فصيلة دمها (A)، فيكون التركيب الجيني لفصيلة دمها إما (A،A) أو (A،O)، والرجل الذي فصيلة دمه (B) فيكون التركيب الجيني لفصيلة دمها إما (B،B) أو (B،O)، فالواضح أن الأم لا بد أن تكون فصيلة دمها (A،O)، وإذا كان الرجل فصيلة دمه (B،O)، فهذا معناه قد يكون الرجل الأب الحقيقي وقد لا يكون ذلك لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الأب المحتمل واحد منهم.¹ وعلى ضوء هذه المعطيات العلمية يتبين أن فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل قاطع لنفي النسب، وأنها لا تفيد في الحصول على دليل مؤكد لثبوت النسب، بل هي قرينة يعوزها البرهان.

وهكذا يكون واضحاً أهمية هذا التحليل بالنسبة للطرف الذي يريد التوصل إلى دليل نفي النسب فهذا الفحص يمكن أن يفيد في خصوص دعواه، إذ قد يثبت من نتائج التحليل أن الطفل لا يمكن أن ينسب إليه، أما بالنسبة للطرف الذي يريد الوصول إلى إثبات النسب، فلا يجدي معه هذا التحليل، فالزوجة العفيفة التي اتهمها زوجها زوراً وبهتاناً بأن الولد ليس منه لن تجد في طريقة تحليل الدم الوسيلة التي تبرئ بها نفسها وإثبات أن الطفل من الزوج.

ثانياً: الطرق العلمية شبه القطعية

على إثر اكتشاف حمض معين في جسم الإنسان، أمكن اكتشاف جزء معين في تركيب هذا الحمض ويتميز هذا الجزء بأنه يحمل الصفات الوراثية الخاصة بكل فرد والتي تبقى ملازمة له مدى الحياة ولقد سمي هذا بالبصمة الوراثية (ADN) لأنه لا يتشابه فيها إنسان مع آخر، فلكل إنسان على وجه الأرض بصمة الوراثية الخاصة به،² وعليه لتحديد البصمة الوراثية لأي شخص يتم عن طريق فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسمه كالدّم والمني واللحاح أو لأحد أنسجة الجسم كاللحم أو الجلد أو مواد أخرى كالشعر والعظام. وبذلك تساهم البصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب باعتبارها تقنية ذات قوة ثبوتية شبه قطعية، فهي موجودة في صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم (دم، مني، شعر...) أو أي عضو من أعضاء الجسم وهو عبارة عن بروتين يحمل مورثات تحمل مواصفات تختلف من شخص لآخر مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل بتحليل (ADN) له وتحليل (ADN) الأب بغرض إثبات الأبوة، وتحليل (ADN) الأم لإجراء المطابقة، فإذا تمت المطابقة ثبت نسب الطفل للأب أو للأم أو لكليهما معاً، وإذا لم تتم المطابقة فهذا يدل على نفي النسب منهما، واللجوء إلى البصمة الوراثية له دقة في ثبوت النسب أو نفيه بهذه الطريقة حسب تصريحات الأطباء والخبراء إلى نسبة 99% وتقول التقارير أن تطور العلوم بشأن الحمض النووي (ADN) كفيل بالوصول في ظرف زمني قريب إلى نسبة 100%³.

1- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص: 173 وما بعدها.

2- محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص: 179.

3- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص: 108-109.

كما أن الباحثين استندوا في اعتماد البصمة الوراثية طبقا لما جاءت به المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إلى البحث الصادر بتاريخ 21 رجب 1422هـ الموافق لـ 08 أكتوبر 2001، حيث توصل إلى أن الإسلام يقر الأخذ بالبصمة الوراثية في حال تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب، فقد ذكر الأمين العام للمنظمة في جريدة البيان بتاريخ: 2001/10/09 الدكتور أحمد الجندي أن 26 باحثا شاركوا في إعداد بحث البصمة الوراثية وذلك من الناحية الطبية والشرعية وتوصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وضرورة الاحتكام إليها في حالة تنازع اثنين في مجهول النسب أو عدول الأب عن استلحاق مجهول النسب أو إنكار أبنائه وتوريث مجهول النسب إذا أقر بعض الإخوة بأخوته ونفاها آخرون وفي حالة إدعاء امرأة بأبوتها لشخص ما دون دليل على ولادتها، كما أنه ذكر أن كل إنسان ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، ولا يشاركه فيه أي شخص آخر وهو ما يعرف بـ (ADN)¹.

الفرع الثاني: نفي النسب بين نظام اللعان والبصمة الوراثية

بالنظر للتطورات العلمية في المجالات الطبية والبيولوجية والدور الذي أصبحت تلعبه في مسألة إثبات النسب أو نفيه فهل يوجد تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام الطرق العلمية لإثبات نسب مولودها من الزوج، وبين طلب الزوج إجراء اللعان؟ وهذا ما سأوضحه من خلال ما يلي:

أولا: نفي النسب ليس من لزوم اللعان

إن المتفق عليه فقها بأن الزوج - عند تعذره على إقامة الدليل بما يدعيه - طلب اللعان لنفي نسب الولد الذي أتت به الزوجة، وأن كان هذا الإجراء مشروطا بعدة قيود وأهمها أن لا يكون الزوج قد سبق له أن أقر به، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/10/28: "من المستقر عليه قضاءً أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"²، وكذلك في قرارها المؤرخ في 1998/10/20 حيث جاء: "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا"³.

يظهر مما سبق أن الزوج إذا أقر بالنسب ضمنا أو صراحة، فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك لأنه بإقراره فقد ثبت النسب الذي هو حق للولد لا يملك للأب الرجوع فيه.

ولكن إذا تراجع الزوج عن إقراره بالنسب ألا يعد ذلك كذفا واتهاما للزوجة بالزنا، ومن ثم يمكن لها أن تدفع هذا الاتهام بطلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها، إلا أن إجراء الملاعنة لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج، فالولد يبقى منسوبا إليه ويجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة وبالتالي فالقاضي يمكن أن يستجيب لطلب الزوجة بإجراء اللعان ولكن يعطل أثر نفي النسب وترتيبها على هذا المنطق يمكن القول أن القاضي يمكنه أن يجري

1- بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص: 109-110.

2- سبق ذكره.

3- سبق ذكره.

الملاعنة دون أن يعوق ذلك في الاستجابة لإجراء فحص الدم، فإجراء الملاعنة يتم للتفريق بين الزوجين وإجراء فحص الدم عن طريق البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملعن هو الأب الحقيقي أم لا، فإن كانت النتائج تؤكد انتفاء النسب فلا إشكال وفي هذه الحالة يتحد أثر اللعان في نفي النسب مع نتائج البصمة الوراثية، ولكن إن جاءت النتائج تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملعن، حكم القاضي بثبوت النسب دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائماً كسبب للفرقة بين الزوجين وهكذا يرفع التعارض بين استخدام فحص الدم - البصمة الوراثية - في حالة الدلالة على ثبوت النسب وبين إجراء اللعان وأثره النافي للنسب.¹

ثانياً: نفي النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين

تم اتفاق العلماء على أن الولد المنتفي نسبه باللعان يلحق بأمه، غير أن الفقه الإسلامي أقر أن الولد الذي نفي نسبه باللعان لا يعتبر في منزلة مجهول النسب، فلا يجوز لأحد غير الزوج الملعن أن يدعي نسبه - يعامل كأنه ابنه من باب الاحتياط-، وإن هذا الولد وإن نفي نسبه تبقى له بعض الأحكام لمن نفاه، حيث لا يحل لأحدهما إعطاء زكاته للأخر، ولا يقبل شهادة أحدهما للأخر، ولا يقتل الأب به قصاصاً إذا قتله، وتثبت بينهما حرمة المصاهرة، فلا يجوز أن يزوجه من أولاده، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس، ولكن يكون أجنبياً في بعض الأحكام كالتوارث والنفقة.²

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من الطرق العلمية

إن القضاء الجزائري كان يرفض اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب وما يؤكد هذا قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15/06/1999 الذي جاء فيه: "ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"³.

ولكن بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر (رقم 05-02) أصبحت المحكمة العليا تجيز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 05/03/2006 ما يلي: "يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 40 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ولما تبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص م) للمطعون ضده باعتباره أب كما أثبتته الخبرة العلمية (ADN) معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة، رغم أن هذه الأخيرة تفيد

1- جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 41، عدد 01، 2003، ص: 11-12.

2- محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص: 293-294.

3- م.ع. غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م ق 2001، عدد خاص، ص: 88.

وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيينة ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو المطعون ضده ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما أثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه¹.

هذا وتجب الملاحظة أن الفقهاء يرون أن الطرق العلمية لا يثبت بها النسب لوحدها كما في حالة الزنا، فالقاعدة الشرعية تقول: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». فعلى القاضي قبل أن يبحث عن نسب الطفل عليه أن يتأكد من شرعية الزواج أولاً، فالزنا لا يعد طريقاً لثبوت النسب شرعاً وقانوناً.

الفصل الثاني: حق الأولاد في الحضانه

الفصل الثاني: حق الأولاد في الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم وأبرز النتائج المترتبة عن فك الرابطة الزوجية لأنها تتعلق بمصير الأولاد الناجمين عن رابطة الزواج وبتربيتهم ورعايتهم وحمايتهم من عوامل الانحراف والانحلال بما يمكنهم أن يكونوا أفرادًا صالحين داخل مجتمعهم، لذلك قد أولتها الشريعة الإسلامية اهتماما بالغًا لعظيم أثرها وأحاطتها بأحكام تحفظ للأولاد حقوقهم من خلال إسناد مهمة القيام بهم إلى من هو أقدر وأجدر بها.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، حيث عرفها في الفقرة 1 من المادة 62 التي نصت على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

وباستقراء الفقرة السالفة الذكر من المادة 62 من قانون الأسرة يتبين لنا جسامة مهمة من يسند له القيام بالحضانة لما لها من أثر على نشأة الولد نفسيًا وصحيا وخلقيا ودينيا.

وسأطرق في هذا الفصل من الدراسة لموضوع الحضانة من حيث الضوابط التي تحكم قيام الحق فيها والأسباب المنهية لها وذلك كله في الشريعة والقانون.

المبحث الأول: ضوابط قيام الحق في الحضانة

إن من بين أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هو حقه في الرعاية والتربية حتى بعد انفصال والديه بالطلاق وهو ما يعبر عنه بالحضانة.

فالحضانة تعتبر حقا وواجبا في نفس الوقت فهي من جهة حق للمحضون وحق للحاضن، ومن جهة أخرى واجب على الحاضن الذي أسندت إليه مهمة الحضانة، لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين فإنه ينتج عن ذلك مباشرة حق للحاضن في طلب الحكم له بحضانة الصغير، كما ينتج عنه حق للولد على حاضنه يتعلق بحضانتها. وقد قررت الشريعة الإسلامية عديد الأحكام المنظمة لموضوع الحضانة تحقيقا للهدف المقصود منه والمتمثل في رعاية الأولاد وتربيتهم على أحسن وجه - وعلى نهجها سار المشرع الجزائري - فحددت شروط ممارسة الحضانة، ومراتب الحاضنين بحسب القرابة وكل ما يتعلق مع طبيعة الموضوع.

وهذا ما سأطرق إليه في المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط ممارسة الحضانة.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة.

المطلب الثالث: آثار الحضانة.

المطلب الأول: شروط ممارسة الحضانة

تنص المادة 62 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، فنجد أن المشرع حصر شروط الحضانة في الأهلية والتي يقصد بها القدرة على القيام بمهمة شاقة تتعلق بتربية الطفل وتعليمه وحمايته وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل.

ولتحديد هذه الشروط لا مناص من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحيلنا إليها المادة 222 من قانون الأسرة بنصها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء يرون أن هناك شروط عامة يجب توافرها في الرجال والنساء معا، وبعضها يخص النساء فقط والبعض الآخر لا بد من توافرها في الرجال، وهذا ما سأبينه في النقاط التالية:

- الشروط العامة في الرجال والنساء.

- الشروط الخاصة بالنساء.

- الشروط الخاصة بالرجال.

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

على اعتبار أن الحضانة تثبت للرجال والنساء على حد سواء، وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال، لا بد من توفر بعض الشروط العامة لممارسة حضانة الرجال والنساء والمتمثلة في:

أولاً: شروط العقل

لا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل، لأنه هو في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه، وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون دائماً أو متقطعاً، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى هذا الفرق بين أنواع الجنون، فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ولو كان من القلة بحيث لا يحدث إلا مرة واحدة في السنة، وذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه.¹ ولأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له.

ويأخذ المعتوه حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير وبالتالي لا يمكنه أن يرعى غيره ولأن ولايتهما تثبت لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على المحضون إذ الحضانة نوع من الولاية كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصراً في حق نفسه بحيث لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة وتكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير والأخذ بيده في شؤون نفسه، فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على غيره باعتبار الحضانة ولاية على النفس.²

ثانياً: شرط البلوغ

الحضانة هي تولي شؤون الصغير ورعايته، لذلك لا يعقل لمن هو ليس من أهل الولاية أن تسند له الحضانة، فالصغير الذي لا يتولى نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولي شؤون غيره، لأن الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤوليتها إلا الكبار لذلك فإنه يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً. وتجدر الإشارة أن البلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام سن (19) التاسع عشر سنة والذي يكتسب فيه الشخص أهلية الأداء التي تسمح له بتسيير شؤونه بنفسه، ليتسنى له القيام بشؤون غيره والسهر على مصالحه والمحافظة عليه.

ثالثاً: شرط الأمانة على الأخلاق

الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلاً لممارسة الحضانة وعليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، ولقد اتفق الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الفسق مانع من موانع الحضانة لأن الفاسق لا يمكن الاعتماد عليه في تربية الصغير ولا ثقة فيه بل يخشى منه أن ينشأ فاسقاً مثله.

وقد قيد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة عندهم بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه فجور أمه ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صوتاً وحفاظاً على أخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة عليه، أما الرجل الفاسق فلا حضانة له.³

1- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 235.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 380

3- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 242.

ولقد اعتبر القضاء الجزائري الأمانة على الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن وكرّس ذلك في كثير من قراراته حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1997/09/30 على أنه: "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 الأولاد الثلاثة للأُم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"¹

رابعاً: شرط القدرة

يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية فلا تكون الحاضنة مسنة إذ يحول سنّها دون الاعتناء بالصغير، كما يجب ألا تكون مريضة بمرض يقعدها الفراش أو مرض معدي من شأنه أن يخشى على الطفل من انتقال العدوى إليه، كما يجب أن لا تكون منشغلة على الصغير بحرفة ما بحيث لا تملك الوقت الكافي لرعايته، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة.² ويرى اغلب الفقهاء ألا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر.

ولقد اعتبر القضاء الجزائري القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة إذ جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/07/09: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمة فإن القضاء بتقدير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذه الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه."³

خامساً: شرط الإسلام

يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية ولا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى: «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»⁴.

أما الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز أوضاع الطفل وخدمته، ولأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة والتي لا تختلف باختلاف الدين، لكن هؤلاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة، فقال الحنفية يبقى عندها

1- م.ع. غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص:169.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 762.

3- م.ع. غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م ق 1989، عدد 04، ص:76.

4- سورة النساء، الآية: 141.

إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة، وقال المالكية أن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.¹ أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي الطفل على دين أبيه، وبالرجوع إلى أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/13.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

أولا: شرط ألا تتزوج الحاضنة بغير محرم للصغير

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي على المحضون على أراء منها:

1- قولهم أن الحضانة تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وهو ما اتفق عليه الأئمة الأربعة: المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية وحجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاءً وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني، فقال صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تتكحي». فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق، وكذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج فتسقط عنها، ويدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له أبو بكر الصديق: أنها أحق به ما لم تتزوج، وقد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم وكان بحضور الصحابة ولم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبي بكر سار القضاة ابتداءً من شريح لا يختلفون فيه زمانا ومكانا.²

2- وقيل أن الحضانة لا تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وهذا الرأي أكد عليه الحسن البصري وهو قول ابن حزم الظاهري وحجتهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، فقال يا رسول الله إن أنس غلام كيس فليخدمك، قال فخدمته في السفر والحضر...، وإن أنسا كان في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لم ينكر ذلك، وحجتهم كذلك أن أم سلمة لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه وسلم لم تسقط بزواجها كفالته لابنها.³

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتتنص المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/05/05: "من المقرر في أحكام الشريعة

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 763.

2- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 258.

3- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 258.

الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج أمّا إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدها لأمها المتزوجة بأجنبي عن المحضونة¹. وبذلك يكون المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور إلا أنه وخدمة لمصلحة المحضون فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه استثناءات منها:

- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم.
- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، ويبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى انقضاء سنة كاملة طبقاً للمادة 68 من قانون الأسرة.
- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض.

ثانياً: شرط أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير

أي أن تكون الحاضنة رحماً محرمًا على المحضون كأمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمه وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكر لعدم المحرومية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمه في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور².

ثالثاً: شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدّة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

رابعاً: شرط ألا تكون قد امتنعت عن حضانة مجانا والأب معسرا

إن امتناع الأم عن حضانة الولد مجانا وكان الأب معسرا سقط حقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة³.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

أولاً: شرط أن يكون الحاضن محرمًا للمحضون إن كانت أنثى

لقد حدد الحنابلة والحنفية سنّها بسبع سنين تقادياً للخلوة بها لعدم المحرومية، وإن لم تبلغ البنت حد الفتنة أعطيت له بالاتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه، وأجازها الحنفية إذا لم

1- م.ع. غ.أ.ش، 1986/05/05، ملف رقم 40438، م.ق 1989، عدد 02، ص: 75.
2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1957، ص: 408.
3- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 274.

يكن لبنت العم غير ابن العم وإبائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه¹.

ثانياً: شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم وذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلماً فليس له حق الحضانة بل حضانتها إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه وإذا كان الولد مسلماً وذو رحمة غير مسلم، فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما².

المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

إن مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة من المسائل المختلف فيها بين المذاهب، إلا أنه من المتفق عليه شرعاً وقضاً أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شفتها ودليل تقديم الأم من السنة ما روى أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت له: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، قال: «أنت أحق به ما لم تنكحي».

وروي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقال أبو بكر مسحها وريحها وحجرها خير له منك، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه³.

وبهذا فإن الأم تعد المدرسة الأولى للطفل وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية له واستقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه واستقامة سلوكه، بالإضافة إلى ذلك فهي مصدر غذاء بالنسبة للصغير في بداية تكوينه الجسدي والعقلي وهي كذلك منبع العطف والحنان ولهذا فهي أولى بحضانة الطفل فإذا توافرت فيها الشروط لن يباينها أحد في ذلك⁴.

ولقد رتب المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة في نص المادة 64 من قانون الأسرة على ستة درجات ثم جاء بعبارة – ثم الأقربون درجة – ولم يبين ما المقصود بها الأمر الذي يؤدي بالقضاة إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة لتحديد هؤلاء الأقربون درجة عندما تفوق درجة الحضانة الرتبة السادسة وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية نلاحظ أنها تختلف في تحديد مراتب الأشخاص وذلك وفق التفصيل التالي:

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 730.

2- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص: 408.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 720-721.

4- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 228.

الفرع الأول: القريبات من المحارم

1- المذهب الحنفي:

يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بداية بأخوات المحضون، ثم بنات الأخوات ثم الخالات، على خلاف المذهب المالكي الذي يرتب الخالة بعد الأم مباشرة ثم بنات الأخوة، ثم عمات المحضون، فخالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأم، ثم عمات الأب، وتقدم دوما الشقيقات على التي لأم على الأخت لأب¹.

2- المذهب الشافعي:

القريبات من المحارم هن: الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمّة، ثم بنت العمّة، ثم بنت العم، ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن، والتي لأب تقدم على التي لأم على خلاف المذهبين المالكي والحنفي.

3- المذهب الحنبلي:

يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات الحاضنات بدءاً بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب، فالخالة، فالعمّة، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه، ثم بنات أخوانه، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عمّاته، ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه².

4- المذهب المالكي:

يرتب القريبات من المحارم ابتداءً من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت أبيه، ثم عمّة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم الذي لأم، وبعدها الذي لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأم، وتليها لأب، وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة. وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سناً، فإن تساوين من كل وجه تُقدّم دوما الشقيقة على التي لأم، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب³.

الفرع الثاني: العصابات من المحارم من الرجال

عرفت المادة 150 من قانون الأسرة العاصب بأنه: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له". وعرفت المادة 152 من قانون الأسرة العاصب بنفسه بنصها: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر". وقياساً على الميراث فإن حضانة الولد تعود لهؤلاء في حالة استغراق كل الأشخاص السالف ذكرهم، وقد حددت المادة 153 من قانون الأسرة هذا الصنف حسب أربع جهات أولها جهة البنوة، ثم جهة الأبوة، ثم جهة الأخوة وأخيراً جهة العمومة.

1- أبو زهرة، المرجع السابق، ص: 405.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 722.

3- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص: 724.

الفرع الثالث: المحارم من الرجال من ذوي الأرحام

لا تتوقف القرابة عند القريبات من المحارم أو العصبات من الرجال، حيث أنه إذا لم يوجد من هذه الفئة من يحضن الولد أو وجد وليس أهلاً للحضانة انتقل حق الحضانة إلى محارم المحضون من غير العصبية، وهم على الترتيب كالتالي: الجد لأم، ثم أخ لأم، ثم ابن أخ لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم¹.

الفرع الرابع: ما يراه القاضي أصلح للمحضون

في حالة ما إذا لم يكن أهلاً لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم سالفاً أو لم يوجد من يحضنه لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون، كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة ابنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهة بحيث لا يخشى عليها الفتنة.

المطلب الثالث: آثار الحضانة

إن إسناد حضانة الأولاد بعد الطلاق لمن له الحق فيها من الزوجين، أو غيرهما ينتج عنه آثار تتطلبها ممارستها وذلك مراعاة لمصلحة المحضون لينشأ سليماً، ويتجلى ذلك في ما تتطلبه الحضانة من نفقة على المحضون، ومسكن لممارستها، وحق للزيارة كمقابل لمن لم يستفيد من حق الحضانة، وهي الآثار المترتبة عن الحضانة والتي سأفصلها في الفروع التالية:

الفرع الأول: نفقة المحضون

إن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وعلاج وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة بنصها: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وبخصوص نفقة المحضون نصت المادة 75 من قانون الأسرة على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". فحكم النفقة على الابن المتضمن في نص المادة 75 من قانون الأسرة يبقى قائماً وواجباً على الأب سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار حضانة مسندة بعد انحلال عقد الزواج.

وقد نقل المشرع واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة، بأن يكون لها مال وذلك طبقاً للمادة 76 من قانون الأسرة التي تنص على: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت

1- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص: 730.

قادرة على ذلك". فعبّرت المادة عن إفسار الأب بكلمة "عجز"، ويقصد بها هنا عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرد فقرة وإفساره، وإلا تقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على أبنائهم المحضون لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون، بل إن الفقهاء يذهبون إلى حد إمكانية الحكم بحبس الأب المتقاعس على كسب قوت أبنائه رغم قدرته على ذلك، فالأصل ألا يحبس الوالد وإن علا في دين لابنه وإن سفر¹.

والأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند امتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون لارتباط هذه النفقة بالحضانة، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها للطفل إلا بتحقيق الإنفاق عليه وقد نصت المادة 79 من قانون الأسرة في مسألة تقدير النفقة على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". ويظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون في إطار احتياجات هذا الأخير من أجل رعايته وتعليمه والقيام بتربيته وتنشئته التنشئة السليمة وتحقيق الحماية له صحة وخلقاً

ولقد كرست المحكمة العليا في اجتهاداتها هذه القواعد وذلك في مختلف قراراتها التي أصدرتها في مسألة النفقة - نفقة المحضون -.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري استحدث بموجب القانون رقم: 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436هـ الموافق لـ 4 يناير سنة 2015، صندوقاً للنفقة، وذلك قصد التكفل بالصعوبات التي تواجه المرأة الحاضنة في تحصيل النفقة لإعالة الأطفال المحضون وحماية الحقوق الأساسية للطفل في حالة طلاق والديه وضمان العيش الكريم له ولحاضنته، في حالة ما إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي الذي حكم بالنفقة بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته، مع ملاحظة أن قيام الصندوق بدفع مبلغ النفقة المحكوم بها للأطفال المحضون لا يبرأ من ذمة المدين بالنفقة (الأب) الذي يبقى ملزماً بدفع هذا المبلغ لصندوق النفقة، ولا يحول دون المتابعة الجزائية له عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات².

الفرع الثاني: مسكن لممارسة الحضانة

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

1- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 275.

2- القانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436هـ الموافق لـ 04 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

حيث يتبين من استقراء نص المادة 72 أن المشرع ألزم الأب أن يوفر سكناً لممارسة الحضانة فيه وإلا فإنه مكلف بدفع بدل الإيجار، لأن السكن هو الإطار المكاني الذي تمارس فيه الحضانة وينشأ فيه الطفل ويتحقق فيه مضمون الحضانة بما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة.

وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/11/25 هذا الحق، حيث جاء فيه: "إن عدم الاستجابة لطلب الطاعنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل إيجار مسكن، رغم القضاء لها بعد الطلاق بنفقة العدة ونفقة الإهمال وتعويضها عن الطلاق والحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين، إلا أنه وحسب المادة 72 من قانون الأسرة فإنه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحزون سكناً أو أجرته، مما كما يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو أجرته"¹.

الفرع الثالث: حق الزيارة

حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظراً لأهميته البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحضون²، بحيث نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: "...على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فعلى القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلي غيرهما أن يقضي حتماً لأحد الوالدين أو لهما معا بحق الزيارة لرؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية. ولقد رتب القانون عقوبات جزائية لم يُخلُ بهذا الحق، إذ تنص المادة 328 من قانون العقوبات بأنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضائته بحكم مشمول بالإنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة؛ وكذلك كل من خطفه ممن وُكِّلت إليه حضائته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعدته عنها. أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزداد عقوبة الحبس إلى 03 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

وقد كرست المحكمة العليا حق الزيارة في عدة قرارات، إذ جاء في قرارها المؤرخ في: 1990/04/16: "أنه متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإنّ القرار المطعون

1- م.ع. غ. أ. ش، 1997/11/25، ملف رقم 175646، نشرة القضاة عدد 56، ص: 30.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 386.

فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

وما ينبغي الإشارة إليه فيما يتعلق بحق الزيارة، على أنه كان على المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة، والحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن².

1- م.ع. غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59784، م ق 1991، عدد 04، ص: 126.
2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 392.

المبحث الثاني: الأسباب المنهية للحق في الحضانة

بعد التطرق في المبحث الأول إلى الضوابط التي تحكم قيام الحق في الحضانة، سأطرق في هذا المبحث إلى الأسباب التي ينتهي بها هذا الحق، ذلك أن الحضانة لم تشرع إلا لصالح الولد المحضون من أجل حمايته ورعايته وحفظه صحة وخلقاً، فإذا لم تحقق الحضانة هذه الأهداف فلا مناص من إسقاطها عن أسندت إليه وإسنادها لغيره ممن له الحق فيها، وقد تنتهي الحضانة بانقضاء المدة المحددة لممارستها.

وسأقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي:

المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة.

المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة.

المطلب الثالث: مراعاة مصلحة المحضون.

المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة

إن دعوى إسقاط الحضانة هي دعوى أصلية يلجأ إليها صاحب الصفة في الدعوى كلما اختلت شروط الحضانة وكانت مصلحة المحضون في خطر، وقد تطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبها وهي كالتالي:

الفرع الأول: أسباب السقوط الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة

نصت المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

أولاً: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، لكن هل زواجها هذا بالأجنبي غير المحرم يعد تنازلاً اختيارياً عن الحضانة، أو غير اختياري وبالتالي يحق له المطالبة بها بعد طلاقها منه طبقاً للمادة 71 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري". قد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/02/05 أنه: "من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير اختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً، فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفاً للقانون".

إلا أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا الموقف واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في قرارها المؤرخ في: 1998/07/21 أنه: "من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذ زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين – في قضية الحال – أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها

في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون¹.

ثانياً: التنازل عن الحضانة

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختياريًا ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/03/27 حيث جاء فيه: "من المقرر فقها وقانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغب على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون².

إلا أن المحكمة العليا عدلت عن موقفها هذا إذا كان في التنازل مساس بمصلحة المحضون، لأن المشرع اشترط في التنازل عن حق الحضانة ألا يكون مضراً بمصلحة المحضون، ذلك أن مناط إسناد الحضانة هي المصلحة الفضلى للولد المحضون، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1999/04/20 أنه: "من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص الأشخاص ومصالحهم ومتى تبين – في قضية الحال – أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرّمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقاً لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة.

وإن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه³.

الفرع الثاني: أسباب السقوط الواردة في المادتين 68 و70 من قانون الأسرة

نصت المادة 68 من قانون الأسرة على أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

كما نصت المادة 70 من قانون الأسرة على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

1- م.ع. غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 201336، م.ق. 2001، عدد خاص، ص: 178.

2- م.ع. غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53340، م.ق. 1990، عدد 03، ص: 85.

3- م.ع. غ.أ.ش، 1999/04/20، ملف رقم 220470، م.ق. 2001، عدد خاص، ص: 181.

أولاً: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر

لقد كرست المحكمة العليا المبدأ القانوني المنصوص عليه في المادة 68 من قانون الأسرة في قرارات لها، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1984/07/09: "من المقرر شرعاً وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط على مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية"¹.

كما اعتبرت المحكمة العليا إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقاً للقانون، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 1990/02/05: "من المقرر قانوناً أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاء المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون"².

ثانياً: سقوط الحضانة عن الجدة والخالة

ويكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وعلة ذلك أن الحكمة التي جعلت المشرع يسقط عن الأم حقها في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون متوافرة متى سكنت وهي متزوجة ذلك الأجنبي مع الجدة أو الخالة الحاضرة، وهنا تعود الحضانة إلى الذي يليهم في الترتيب حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة إذا توافرت فيه الشروط وكان ذلك متفقاً مع مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: أسباب السقوط الواردة في المادتين 67 و69 من قانون الأسرة

تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المعتمدة شرعاً في المادة 62 من قانون الأسرة، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي طبقاً للمادة 69 من قانون الأسرة.

أولاً: سقوط الحضانة عند اختلال شروطها

لقد نصت على هذه الحالة الفقرة الأولى من المادة 67 من قانون الأسرة بنصها على أنه إذا اختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة من تربية ورعاية صحية وخلقية... فإنه يحكم بسقوط الحضانة ولكن مع مراعاة مصلحة المحضون، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1988/11/07 أنه: "من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته. ومن ثم فإن النعي على القرار

1- م.ع. غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، م ق 1990، عدد 01، ص: 60.

2- م.ع. غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم 38225، م ق 1993، عدد 03، ص: 53.

المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضي بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً¹. وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/07/09 على أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة حيث جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينهما القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقدير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذه الحال حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"².

كما جاء في قرارها المؤرخ في: 1997/09/30 على أن تخلف شرط الأمانة على الأخلاق يؤدي إلى إسقاط الحضانة حيث جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين - من قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"³. وتجدر الإشارة أن عمل المرأة لا يشكل سبباً من أسباب سقوط الحضانة طبقاً للمادة 2/67 التي نصت على: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

ثانياً: سقوط الحضانة عند إقامة الحاضن في بلد أجنبي

المسألة في هذه الحالة تقديرية، والأمر يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الحاضن، ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي انطلاقاً من قناعته ومراعاة لمصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية⁴.

وقد أقرت المحكمة العليا المبدأ القانوني المتضمن في المادة 69 من قانون الأسرة وذلك في قرارها المؤرخ في 1993/06/23 حيث جاء فيه أنه: "من المقرر قانوناً إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع الشرط"⁵. وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1995/11/21 أن الإقامة في الخارج يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها للأب، لأنه يتعذر عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذلك حق الزيارة وذلك لبعده المسافة⁶.

1- م.ع. غ.أ.ش، 1988/11/07، ملف رقم 50270، م.ق. 1991، عدد 03، ص: 48.

2- تم ذكره.

3- تم ذكره.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 389.

5- م.ع. غ.أ.ش، 1993/06/23، ملف رقم 9671، م.ق. 1994، عدد 01، ص: 72.

6- م.ع. غ.أ.ش، 1995/11/21، ملف رقم 111048، عدد 52، ص: 102.

وجاء في قرارها المؤرخ في 19/02/1990 أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون والقيام على تربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءً مخالفا للشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

وعليه فإن حق الحضانة كما تقدم هو أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما أمر الشرع والقانون بذلك بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بها وجب إسقاطها عليه وإسنادها لمن هو أحق بها.

المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة

سنتناول بالدراسة انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة بين القانون والفقهاء الإسلامي وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

من خلال نص المادة المذكور أعلاه، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد مدة حضانة الذكر بعشر سنوات، بمعنى أنه في حالة حدوث طلاق فيحق لأحد الوالدين المطالبة بحضانة الولد الذكر إذا كان سنه لا يقل عن العشر سنوات، أما بالنسبة للأنثى فتنتقضي مدة حضانتها ببلوغها سن الزواج.

كما نصت المادة 65 على إمكانية تمديد مدة حضانة الذكر إلى ستة عشر (16) سنة من طرف القاضي بشرط أن تكون الحاضنة هي الأم وألا تكون قد تزوجت وأن يكون التمديد في مصلحة المحضون.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 10/12/1999 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة سنة، إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين من القرار المطعون فيه أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت شخص غير محرم فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة"².

الفرع الثاني: موقف الفقهاء الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد انتهاء مدة الحضانة سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى وذلك

على عدة آراء:

1- م.ع. غ.أش، 1990/02/19، ملف رقم 59013، م ق 1991، عدد 04، ص: 116.
2- م.ع. غ.أش، 1999/12/10، ملف رقم 25566 .

فالحنفية يرون التفريق بين الغلام الراشد، والغلام الذي يبلغ غير رشيد، فإذا بلغ رشيدا ينفرد بنفسه في سكن مستقل على أبيه بشرط أن تكون أخلاقه سوية ويكون مأمونا على نفسه، وإذا كان فاسد الأخلاق فإن والده يضمه إليه جبرا حماية له فإن لم يوجد الأب فالجد أو العصابة حسب تربيتهم، أما الغلام الذي يبلغ غير رشيد كالمعتوه مثلا، فإن الحنفية يرون بقاءه عند أمه لأنه مثل الصغير، وبخصوص البنت فقد فرّق الحنفية بين البكر والثيب، فإن تعلق الأمر بالبكر فإن أبوها يضمها إليه ومع ذلك فإن تقدمت في السن وكانت لها حنكة وتجربة في الحياة فيمكنها أن تسكن وحدها، أما الثيب فإن كانت أخلاقها حسنة فإنها لا تضم إلى والدها لأن الولاية سقطت عنها ولأن لها تجارب في الحياة، ولكن إذا كانت أخلاقها فاسدة فالأجدر ضمها جبرا لوالدها لتأديبها، وإن انعدم الأب فالجد وحده دون غيره له الحق في ضمها إليه، فإن لم يتمكن من ضمها إليها، حق لهما اللجوء إلى القاضي ليضمها إلى قوم صالحين لأنه ذو ولاية عامة.

أما المالكية فإنهم يرون أن الغلام يبقى عند أمه إلى أن يحتلم فمتى بلغ حق له الذهاب إلى أيهما شاء في حين أن البنت تكون إما عند أمها أو جدتها أو خالتها وذلك حتى تبلغ سن النكاح، فإن كانت أمها أمينة تبقى عندها، وإن كانت غير ذلك فإنها تضم إلى والدها.

أما الشافعية فإنهم يرون أن الغلام إذ بلغ ولم يكن هناك ربية فإنه يعيش أين شاء، أما إذا كانت هناك ربية منه فإنه يضم إلى والده، أما البنت فإن لها ببلوغها الحق في أن تنفرد عن أبويها بشرط ألا يخشى عليها والدها، فإن خشي عليها حق له منعها من الإنفراد بنفسها.

أما الحنابلة فقد قال ابن قدامة أن البالغ الراشد لا حضانة له فهو يختار مع من يريد العيش، فإذا كان الغلام أمره يخشى عليه من الفتنة فإنه يمنع من مفارقة والديه، وقد اشترط ابن قدامة في الغلام أن يكون عاقلا، فإن كان معتوها يبقى عند أمه. أما بخصوص البنت فإن الحنابلة يرفضون فكرة تركها منفردة لأن في ذلك خطر عليها، وخوفا عليها من الفساد¹.

المطلب الثالث: مراعاة مصلحة المحضون

بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالحضانة، يتضح أنها قائمة على معيار أساسي ألا وهو مصلحة المحضون، وذلك أن تحقيق المصلحة الفضلى للطفل وضمن حقوقه والتكفل به هو هدف التشريعات الحديثة، حيث أنه على ضوء قاعدة مراعاة مصلحة المحضون يفصل القاضي في موضوع الحضانة على حسب سلطته التقديرية.

وعليه سأقسم الدراسة في هذا المطلب إلى:

- ما اعتمده المشرع الجزائري في تطبيق قاعدة مراعاة المحضون.
- سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

1- عبد الرحمان الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص: 523- 524.

الفرع الأول: إعمال قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في تشريع الأسرة الجزائري

لم يضع المشرع الجزائري في قانون الأسرة تعريفا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون ذلك أن مصلحة المحضون تختلف من طفل إلى آخر ومن قضية إلى أخرى بحسب الظروف والملابسة لكل قضية، فما يكون أصلح للطفل الرضيع لا يكون أصلح للطفل الصغير، لأن مصلحة الأول مع أمه إلى غاية فطامه، أما الثاني فقد تكون مصلحته مع أبيه خاصة إذا كان أبوه جزائريا وأمه أجنبية.

ورغم عدم تعريف المشرع الجزائري لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون، إلا أنه اهتم بها وذكرها في جُلّ المواد التي عالجت الحضانة وذلك في النقاط التالية:

1- ما نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة حول ترتيب مستحقي الحضانة، حيث جعل المشرع الأم هي

الأولى بحضانة الولد، لكن في الأخير رُبط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها، حيث جاء في قرارها المؤرخ في: 1993/02/23 أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة بالنسبة للحاضن إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بالحماية والرعاية للمحضون"¹.

كما جاء في قرار آخر لها مؤرخ في 1998/03/17: "من المقرر أنه لا يجوز قانونا مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحضانة"²

2- المادة 65 من قانون الأسرة، اشترطت في الحكم القاضي بإنهاء الحضانة مراعاة مصلحة المحضون هذا

المبدأ كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها حيث جاء في قرارها المؤرخ في 2001/02/12 أين أسس القضاة قرارهم على ما يلي: "حيث أنه - في قضية الحال- يوجد ارتباط بين الحضانة والنفقة بالنسبة للقاصرين والنفقة بالنسبة للبننتين إلى الدخول بهما، الأمر الأول يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محضونها بالسكن... لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلا، ما دام الأمر كذلك يتعين القول أن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون وكان صائبا في حكمه، مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة، والقول أن قضاة المجلس قد خالفوا المادة 65، لما قضوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحضونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة"³.

3- ما جاء في المادة 66 من قانون الأسرة التي نصت على مراعاة مصلحة المحضون حتى في الحالات التي

تسقط فيها الحضانة ومنها تنازل الحاضنة عن حضانة المحضون غير أنه لا يعتد بهذا التنازل إذا كان

1- م.ع. غ. أش، 1993/02/23، ملف رقم 89672، م ق 2001، عدد خاص، ص: 166.

2- م.ع. غ. أش، 1998/03/17، ملف رقم 179471، م ق 2001، عدد خاص، ص: 172.

3- م.ع. غ. أش، 2001/02/12، ملف رقم 257693، م ق 2002، عدد 03، ص: 436.

يضر بمصلحة المحضون، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/04/21 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثمَّ فإنَّ القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون"¹.

4- كما نصت المادة 67 من قانون الأسرة على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بسقوط الحضانة لاختلال أحد الشروط، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2010/07/15 أنه يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون حيث جاء في حيثياته أنه: "إن الحضانة وإن كانت فعلاً تسقط طبقاً لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"².

5- وأوجب المادة 69 من قانون الأسرة مراعاة مصلحة المحضون وذلك في حالة إسناد الحضانة إلى شخص يتوطن في بلد أجنبي، وتركت إسناد الحضانة أو إسقاطها إلى السلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون

قد جعل المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي القاعدة الواجبة التطبيق عند الحكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها إلا أنه أخضعها في نفس الوقت إلى السلطة التقديرية للقاضي بما له من صلاحيات منحها له القانون للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، ذلك لأن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير المصلحة وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون بصفة دقيقة له في ذلك اللجوء إلى الوسائل التي منحها له القانون كأجراء تحقيق بالاستماع إلى أطراف النزاع والمعاينة وكذلك الاستماع إلى كل شخص يكون سماعه مفيداً، أو الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي.

ولقد كرّست المحكمة العليا في عدة قرارات لها هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في سبيل تقدير مصلحة المحضون، حيث جاء في قرارها المؤرخ في : 2011/03/10 ما يلي: "حيث أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية

1- م.ع. غ.أش، 1998/04/21، ملف رقم 189234، م ق 2001، عدد خاص، ص: 175.

2- م.ع. غ.أش، 2010/07/15، ملف رقم 564787، م ق 2010، عدد 02، ص: 262.

لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة، وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقاً رسمياً¹.

ومنه يتبين لنا أن مصلحة المحضون هي مناط إسناد الحضانة ولكن هذه المصلحة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة والتي على أساسها يصدر حكمه.

1- م.ع. غ. أش، 2011/03/10، ملف رقم 613469، م ق 2012، عدد 01، ص: 285.

الغائمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوعي النسب والحضانة، يتضح أنهما من أعقد المواضيع، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بهما اهتماما بالغاً، وأحاطتهما بسياسيم منع أي عدوان، ولقد هذا المشرع الجزائري في قانون الأسرة حذو الشريعة الإسلامية واقتفى أثرها عند تنظيمه لأحكام النسب والحضانة، وأكدت ذلك المحكمة العليا في قراراتها، ولكن من خلال هذه الدراسة يمكن الوقوف على عدة ملاحظات تستدعي تدخل المشرع لإعادة صياغة دقيقة لنصوصه لإزالة التناقض والغموض في بعض المواد على ألا يخالف ذلك الثوابت الشرعية، وتتمثل أهم الملاحظات فيما يلي:

- يؤخذ على نص المادة 40 من قانون الأسرة أنها ساوت من حيث ثبوت النسب بين الزواج الباطل كزواج المرأة المتزوجة أو المعتدة أو زواج المسلمة بغير المسلم الذي كان فيه عالمان بالحرمة وبين الذي لم يكن فيه عالمان بها، كما نصت على ذلك المادة 34 من قانون الأسرة، مع التنويه أن جمهور الفقهاء اعتبروا أن الوطء في الزواج الباطل زنا ووجب الحد فيه ولا يثبت النسب إلا إذا كان الرجل غير عالماً بالتحريم.
- لقد أجازت المادة 40 من قانون الأسرة للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فقط، مما يعني أنه لا يجوز اللجوء لهذه الطرق إذا كان الأمر يتعلق بنفي النسب، ومن ثم الأمر مقتصر على اللجوء إلى اللعان فقط لنفي النسب كما أنها لم تحدد هذه الطرق العلمية.
- هناك نوع من الغموض بين نص المادتين 43 و60 من قانون الأسرة، حيث تنص المادة 43 على أنه: ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. في حين تنص المادة 60 على أن: أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.
- فما هو الفرق بين مصطلح الطلاق والانفصال؟ أليس من المتصور أن يتم الانفصال الجسدي بين الزوجين ومع ذلك يبقى الزوجان متزوجان طالما لم يصدر في حقهما حكم يقضي بالطلاق حسب ما تنص عليه المادة 49 من قانون الأسرة، وعليه فمتى يبدأ حساب هذه المدة؟ هل من تاريخ الانفصال الجسدي بين الزوجين أو من تاريخ صدور حكم الطلاق.
- لم يقم المشرع الجزائري بتحديد شروط الحضانة بالرغم من أهميتها، واكتفى بعبارة: ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك.
- حددت المادة 64 من قانون الأسرة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، ثم نصت على الأقربين درجة، فالمشرع لم يحدد هؤلاء الأقربون درجة، وترك الباب مفتوحاً للقاضي ولم يحدد له المذهب الذي يتبعه مع الإشارة إلى أن هناك اختلافاً بين المذاهب في الترتيب.
- نص المشرع على تمديد حضانة الذكر الذي أتم 10 سنوات إلى غاية 16 سنة، وحصر طلب ذلك على الأم فقط، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان

الحاضن شخصا غير الأم، حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد، كما أنه لم يحدد المعيار الذي حدد به سن 16 سنة.

- لم يبين المشرع الجزائري سبب سقوط الحضانة عن الجدة والخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة، بغير قريب محرم دون غيرهما.

- لقد جعل المشرع الجزائري معيار إسناد الحضانة هو مصلحة المحضون، حيث أنه ذكره في جل المواد المتعلقة بالحضانة، إلا أنه لم يوضحه ولم يحدده بدقة، وترك مسألة البحث وتقدير هذه المصلحة تقع على عاتق القاضي باعتباره حامي مصلحة المحضون، وهي مسألة صعبة، تتطلب وضع متخصصين نفسانيين، ومرشدين اجتماعيين تحت تصرف القاضي لإنارة الدرب الذي يسلكه حيال وضعية الطفل باعتماده على تقاريرهم في المسائل الفنية.

وعليه نرى أنه من الضروري على المشرع الجزائري أن يتدخل مرة أخرى بتعديل جديد لمراجعة الأحكام المنظمة للنسب والحضانة، وتوضيحها بدقة وذلك لتدارك النقائص الموجودة.

الفهرس

الفهرس:

الصفحة	العناوين
1	مقدمة
5	الفصل الأول: حق الأولاد في النسب
6	المبحث الأول: أسباب ثبوت النسب
6	المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح
6	الفرع الأول: ثبوت النسب حال قيام الزوجية
7	أولاً: إمكانية الاتصال بين الزوجين
7	1- إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين:
8	2- الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين (التلقيح الاصطناعي):
8	أ- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي:
9	ب- موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي:
9	ثانياً: ولادة الجنين بين أقل مدة الحمل وأقصاها
9	1- أقل مدة الحمل:
10	2- أقصى مدة للحمل:
10	ثالثاً: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة
11	الفرع الثاني: ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية
12	أولاً: ثبوت نسب ولد المطلقة
12	1- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول:
12	2- ثبوت ولد المطلقة بعد الدخول
13	أ- ثبوت نسب ولد المطلقة رجعياً
13	ب- ثبوت نسب المطلقة طلاقاً بائناً
13	ثانياً: ثبوت نسب ولد المتوفي عنها زوجها
14	ثالثاً: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها
14	المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزوج غير الصحيح
14	الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والزواج الفاسد
14	أولاً: الزواج الباطل
14	ثانياً: الزواج الفاسد
15	الفرع الثاني: ثبوت النسب من الزواج الباطل والفاسد
15	أولاً: بالنسبة للزواج الباطل
15	ثانياً: بالنسبة للزواج الفاسد
16	المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة
16	الفرع الأول: تعريف الوطء بالشبهة
16	الفرع الثاني: أقسام الوطء بشبهة وقواعد إثبات النسب فيها

16	أولاً: شبهة الفعل
16	ثانياً: شبهة الملك
17	ثالثاً: شبهة العقد
17	المبحث الثاني: طرق إثبات النسب
18	المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار
18	الفرع الأول: أنواع الإقرار
18	أولاً: الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة
19	ثانياً: الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة
19	الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالإقرار
19	أولاً: في حالة الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة
19	1- الإقرار بالبنوة:
20	2- إقرار الولد بالأبوة أو الأمومة:
20	3- الإقرار بالأمومة
21	ثانياً: في حالة الإقرار في غير الأبوة والأمومة والبنوة
21	الفرع الثالث: شكل الإقرار
22	المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة
22	الفرع الأول: تعريف البينة
22	أولاً: المعنى العام
23	ثانياً: المعنى الخاص
23	الفرع الثاني: أنواع البينة
23	أولاً: الشهادة المباشرة
23	ثانياً: الشهادة السماعية
23	ثالثاً: الشهادة بالتسامع
23	رابعاً: الشهادة بالشهر العامة
23	الفرع الثالث: إثبات النسب بالبينة في التشريع والقضاء الجزائري
24	الفرع الرابع: حجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب
24	المطلب الثالث: إثبات النسب بالطرق العلمية
25	الفرع الأول: أنواع الطرق العلمية
25	أولاً: الطرق العلمية الظنية
25	ثانياً: الطرق العلمية شبه القطعية
26	الفرع الثاني: نفي النسب بين نام اللعان والبصمة الوراثية
26	أولاً: نفي النسب ليس من لزوم اللعان
27	ثانياً: نفي النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين
27	الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من الطرق العلمية

30	الفصل الثاني: حق الأولاد في الحضانة
31	المبحث الأول: ضوابط قيام الحق في الحضانة
31	المطلب الأول: شروط ممارسة الحضانة
31	الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء
32	أولاً: شروط العقل
32	ثانياً: شرط البلوغ
32	ثالثاً: شرط الأمانة على الأخلاق
33	رابعاً: شرط القدرة
33	خامساً: شرط الإسلام
34	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء
34	أولاً: شرط ألا تتزوج الحاضنة بغير محرم للصغير
35	ثانياً: شرط أن تكون الحاضنة ذات دم محرم من الصغير
35	ثالثاً: شرط عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من بيغضه
35	رابعاً: شرط ألا تكون قد امتنعت عن حضانة مجاناً والأب معسراً
35	الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال
35	أولاً: شرط أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إن كانت أنثى
36	ثانياً: شرط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون
36	المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة
37	الفرع الأول: القربيات من المحارم
37	1- المذهب الحنفي
37	2- المذهب الشافعي
37	3- المذهب الحنبلي
37	4- المذهب المالكي
37	الفرع الثاني: العصابات من المحارم من الرجال
38	الفرع الثالث: المحارم من الرجال من ذوي الأرحام
38	الفرع الرابع: ما يراه القاضي أصلح للمحضون
38	المطلب الثالث: آثار الحضانة
38	الفرع الأول: نفقة المحضون
39	الفرع الثاني: مسكن لممارسة الحضانة
40	الفرع الثالث: حق الزيارة
42	المبحث الثاني: الأسباب المنهية للحق في الحضانة
42	المطلب الأول: حالات سقوط الحضانة
42	الفرع الأول: أسباب السقوط الوارد في المادة 66 من قانون الأسرة
42	أولاً: زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

43	ثانيا: التنازل عن الحضانة
43	الفرع الثاني: أسباب السقوط الواردة في المادتين 68 و70 من قانون الأسرة
44	أولا: سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر
44	ثانيا: سقوط الحضانة عن الجدة والخالة
44	الفرع الثالث: أسباب السقوط الواردة في المادتين 67 و69 من قانون الأسرة
44	أولا: سقوط الحضانة عند اختلال شروطها
45	ثانيا: سقوط الحضانة عند إقامة الحاضن في بلد أجنبي
46	المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة
46	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري
47	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي
47	المطلب الثالث: مراعاة مصلحة المحضون
48	الفرع الأول: إعمال قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في تشريع الأسرة الجزائري
49	الفرع الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون
52	الخاتمة
	الفهرس
	قائمة المراجع
	الملاحق

المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

- 1- أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003.
- 2- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، طبعة 1998.
- 3- جمال سايس، الاقتصاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية قرارات المحكمة العليا، منشورات كيلايك، الجزائر، جزء 1 و2 و3، الطبعة الأولى، 2013.
- 4- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001.
- 5- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 6- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
- 7- عبد الرزاق السهوزي، الوسط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وأثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان طبعة 1982.
- 8- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.
- 9- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاة "النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب".
- 10- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة ثالة، الجزائر، سنة 1999-2000.
- 11- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999.
- 12- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1957.
- 13- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، شهاب الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2000.

14- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دمشق، 1952.

ثانياً: المقالات

1- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانون، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.

2- جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي للقاعد القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 41، عدد 01، 2003.

3- حميدو زكية تشوار، حكم وسائل الحمل المعاصر في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 01، 2003.

4- محمد محمد أبو زيد، التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، مارس 1996.

ثالثاً: المجالات القضائية

1- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 02.

2- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04.

3- المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 03.

4- المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 03.

5- المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 04.

6- المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 02.

7- المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 02.

8- المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.

9- المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 02.

10- المجلة القضائية لسنة 2002، عدد 02.

رابعاً: النصوص القانونية

- 1- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 2- الأمر 156-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- 3- القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير سنة 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

خامساً: قائمة المختصرات

- م ع: المحكمة العليا
غ أش: غرفة الأحوال الشخصية
م ق: المجلة القضائية