

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: 04

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## الحق في النسب والحضانة على ضوء قانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون قضائي

تحت إشراف الأستاذ(ة):

عوايل عبد الصمد

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب(ة):

بركان فتحي

### أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

مشرفا مقرا

مناقشا

الأستاذ(ة): عباسي عبد القادر

الأستاذ(ة): عوايل عبد الصمد

الأستاذ(ة): بن عوالي علي

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 2019/07/07

# الشكر والتقدير

أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل المشرف على هذا العمل "مهايل عبد الصمد" على توجيهاته ونصائحه القيمة أثناء إعداد هذه المذكرة.  
كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل.

# الإهداء

إلى روح والدي رحمة الله وأنار الله قبرها، وأسكنها فسيح جنانه.

إلى والدي الكريم أطال الله في عمره.

إلى رفيقة دربي زوجتي العزيزة، وإبني الغالي عبد الغني.

إلى كل إخوتي وأصدقائي

أهدي هذا العمل.

# قائمة المختصرات

## قائمة المختصرات

م ع: المحكمة العليا

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية

م ق: المجلة القضائية

مَقَامَاتُ

إن من أعظم النعم التي من الله بها على الإنسان هي نعمة الأولاد، فبهم يستمر النسل ويتحقق معها غاية وجوده وهي عمارة الأرض والاستخلاف فيها، لذا أولتهم الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية عناية كبيرة واهتماما بالغا، فشرع الزواج كوسيلة لإنجابهم وتحسينهم من الضياع والعار والذي جعله الله عز وجل ميثاقا غليظا بين الزوجين ورتب عليه حقوقا أولها ثبوت نسب كل فرد إلى والديه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأولاد، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بمسألة النسب اهتماما فائقا، إذ جعلته من مقاصدها وأحد الكليات الخمس الواجب حفظها وهي حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل -النسب-، ذلك أنه بثبوت النسب تصان وتحفظ حقوقا مشتركة بين الله عز وجل وبين الأم والأب والولد، فكونه حق الله عز وجل فلأنه يتصل بحرمان أوجب الله رعايتها وهذه الرعاية لن تأتي إلا بالمحافظة على الأنساب، وأما كونه حق للأب، فلأنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ولايته عليه ما دام صغيرا، وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانه الأم له، وحق إرثه إن مات الولد قبله وحقه في انفاق الولد عليه ما دام الأب محتاجا والإبن قادرا، وأما كونه حق للولد فلأنه محتاج إليه دفعا للعار عن نفسه بكونه ولد زنا ولأنه يترتب له حقوقا بيّنها الشرع كما بينتها القوانين الوضعية كحق النفقة والحضانه والإرث.

والنسب باعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد يدور حول محورين أساسيين هما الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق والنفي وفق الشروط والضوابط الشرعية والقانونية.

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى اهتم بموضوع النسب اهتماما كبيرا مستتبعا أحكامه من الشريعة الإسلامية، فنظمه في المواد من 40 إلى 46 من تقنين الأسرة الجزائري وحصر أسباب ثبوته في الزواج الصحيح وما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البينة.

ونظرا للتطورات العلمية في المجال البيولوجي والطبي والتي جعلت من الإنجاب الاصطناعي حقيقة واقعة وبديل للإنجاب الطبيعي في حالة قلة الخصوبة أو عقم أحد الزوجين، الأمر الذي استدعى تدخل فقهاء الشريعة الإسلامية لمواكبة هذه التطورات العلمية ومحاولتهم ضبطها في إطار شرعي وأخلاقي حتى لا تتسبب في اختلاط الأنساب وضياعها أمام الانتشار الواسع للعيادات الطبية المتخصصة في التلقيح الاصطناعي، وهو الأمر الذي سار عليه المشرع الجزائري بإدراجه للطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة دون أن يحصر صورها، مما يفتح الأبواب لاجتهاد القاضي وذلك بالاستعانة بما توصلت إليه الدراسات العلمية في هذا المجال.

إن اهتمام الشريعة الإسلامية وعلى غرارها المشرع الجزائري بمسألة النسب مرده إلى حماية الطفل وكفالة نشأته نشأة صالحة كريمة، فثبتت نسبه من والديه ينتج له العديد من الحقوق كحقه في النفقة والميراث، وفي مقدمة هذه الحقوق حق الطفل في الحضانة ضمانا لتربيته ورعايته والقيام بكل شؤونه.

وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بالعديد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض بجعل المصلحة الفضلى للطفل فوق كل اعتبار في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال ولا يختلف اثنين أن الحضانة من بين أهم الأولويات التي يجب حملها محمل الجد.

ولقد نظمت الشريعة الإسلامية مسألة الحضانة وقررت لها عديد الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منها ألا وهو رعاية الولد والقيام بتربيته على أحسن وجه، والأصل فيها مصلحة الصغير التي تعد مناط الإسناد لها وهي مبنية على الشفقة كون المحضون محتاج لذلك وأن رعايته مقدمة على أي مصلحة أخرى، فحددت الشريعة الإسلامية من له الحق في الحضانة ومراتب الحاضنين وكذا الشروط الواجب توافرها في الحاضن وغيرها من المسائل باعتبار الحضانة من أهم الآثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج كما يعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة، فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل

رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث اتخذها الفقهاء والمشرعون أساسا وسندا لوضع نصوص شرعية تنظم موضوع الحضانة وهو حال المشرع الجزائري في قانون الأسرة والتي ضمنها من المادة 62 إلى 72 منه.

ومما تقدم بيانه ينحصر موضوع البحث الذي قمت به في تبيان قواعد النسب والحضانة في ظل أحكام قانون الأسرة رقم: 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ووفق أحكام الشريعة الإسلامية مستفيدا من أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى إبراز مواقف المحكمة العليا من المسائل المتعلقة بهما مزوجة مني بين الجانب النظري والتطبيقي.

ولقد كان الدافع لاختيار هذا الموضوع كمحور لهذه الدراسة هو اعتبارات موضوعية كون مسألتني النسب والحضانة بالغتا الخطورة ولهما آثار نفسية على الطفل بدرجة أولى، كما لهما بعد اجتماعي لكونهما يحققان مصلحة عامة للمجتمع ويتضمنان حرمان الله تعالى.

وأردت أن أعالج ذلك ضمن الإشكالية الأساسية التالية:

**ما هي القواعد القانونية التي نظم من خلالها المشرع الجزائري مسألتني النسب والحضانة؟**

ويتفرع عن هذه الإشكالية، التساؤلات الفرعية التالية:

- ما هي الأسباب المنشأة للنسب في قانون الأسرة الجزائري؟
- ما موقف المشرع الجزائري من التطورات الحديثة التي طرأت على النسب؟ وما موقف الشريعة الإسلامية والقضاء الجزائري من ذلك؟
- ما هي ضوابط قيام الحق في الحضانة؟ وما هي الأسباب المنهية لهذا الحق؟

وللإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، قمت بتقسيم البحث إلى مقدمة وفصلين، وكل فصل يحتوي على مبحثين، وكل مبحث مقسم إلى مطالب:

### الفصل الأول: الحق في النسب

المبحث الأول: الطرق المنشئة للنسب

المبحث الثاني: الطرق الكاشفة للنسب

### الفصل الثاني: الحق في الحضانة

المبحث الأول: القواعد والأسس الناظمة لتولي الحضانة

المبحث الثاني: الأسباب المنهية للحق في الحضانة

وختمت البحث بخاتمة تضمنتها بعض الملاحظات والنقاط التي رأيتها جوهرية وتستدعي تدخل المشرع لمعالجتها.

ولقد أسقطت على البحث المنهج التحليلي، وذلك لأنه منصب على دراسة وتحليل المواد المنظمة لمسألتي النسب والحضانة في القانون الجزائري.

# الفصل الأول: الحق في النسب

الفصل الأول: الحق 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 لأبائهم هو أقسط عند الله...»<sup>1</sup>.

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»<sup>2</sup>، كما نهى المرأة أن تتسب لزوجها ولدا تعلم أنه ليس منه فقال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته»<sup>3</sup>، كما أقر النبي صلى الله عليه وسلم قاعدة أبطل من خلالها أن يكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب لقوله: «الولد للفرش وللعاشر الحجر»<sup>4</sup>.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد والحاquem بنوهم مستتبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية ونظّمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون 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.

وسأتطرق في هذا الفصل لموضوع النسب من حيث الطرق المنشئة له والطرق الكاشفة له بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

<sup>1</sup> - سورة الأحزاب الآية : 05.

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

<sup>3</sup> - الإمام أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، نفس المرجع، ص 663.

<sup>4</sup> - الإمام أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، نفس المرجع، ص: 663.

### المبحث الأول: الطرق المنشئة للنسب

إذا كانت مسألة ثبوت 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 لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».<sup>1</sup>

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 البيعة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

ومن خلال استقراء نص المادة يتضح أنها تعالج أسباب ثبوت النسب والتي تشمل الطرق المنشئة له والطرق الكاشفة له، وسأكتفي في هذا المبحث بالتطرق إلى الطرق المنشئة للنسب من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح.

المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة.

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

### المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

يعتبر الزواج الصحيح سببا شرعيا لثبوت نسب الولد من أبيه، إذا تزوج رجل من امرأة زواجا صحيحا مستوفيا أركانه وشرائطه، ثم جاءت الزوجة بولد ثبت نسبُ هذا الولد من الزوج من غير حاجة إلى اعتراف صريح أو إقامة بينة على البنوة<sup>1</sup>.

فالعقد الصحيح يعد سببا شرعيا لثبوت نسب الولد سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضائها بطلاق أو وفاة متى كان الاتصال بين الزوجين ممكنا، 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 صحيحا إذا تم مستوفيا لجميع أركانه وشروطه، سواء تلك التي نص عليها الشرع الإسلامي، أو تلك التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها 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"<sup>2</sup>.

والزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي الفراش، وثبوت النسب بالفراش وفقا لنظامه الشرعي يقوم على أساس أن الزواج الصحيح هو الذي يحل للرجل مخالطة المرأة ويقصرها عليه وحده فهو إذن الذي تعتبر به المرأة فراشا ولا تحل لغيره كما لا يحل لها أن تمكن غيره من الاستمتاع بها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص: 284.

<sup>2</sup> - م ع، غ أ ش 1984/10/08 ملف رقم 34137، م ق، سنة 1998، عدد 04، ص: 89.

<sup>3</sup> - محمد محمد أبو زيد، التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996، السنة العشرون، العدد الأول، ص: 231.

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 شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ولا يعتبر الفراش طريقاً طبيعياً لثبوت النسب، إلا بتحقيق شروط منها ما يتعلق بالزوجين وما يلزم من إمكانية التلاقي بينهما، ومنها ما يتعلق بالزوج بأن يكون ممن يتصور منه الحمل ومنها ما يتعلق بمدّة الحمل وعدم نفيه بالطرق المشروعة.

#### أولاً: 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 النسب<sup>1</sup>، واشترط "الظاهريّة" 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 كافياً 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:

<sup>1</sup> - عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 284-285.

"من المقرر قانوناً أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"<sup>1</sup>.

كما يجب أن يتصور إمكانية حمل المرأة من زوجها بأن يكون الزوج ممن يأتي منه الحمل، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل خالياً من العيوب وهي العنين والخصي ونحوهم التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية، فلو كان صغيراً لا يتصور منه الحمل، لا تعتبر المرأة فراشاً له لأنه لا يتصور أن تحمل منه، ومن ثم لا يثبت نسب من وضعت 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.<sup>2</sup>

### 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 أساساً 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، وبتحاد 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 ليتحدوا ثم ستدخل اللقيحة إلى الرحم.

<sup>1</sup> - م ع، غ أ س، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص: 64.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 285.

أ- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة حالتين فقط للتلقيح الاصطناعي،<sup>1</sup> والمتمثلة في:

**الحالة الأولى:** جواز أخذ نطفة الزوج وحقنها في رحم زوجته مادام لم يقيم 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 وتخصيبها 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:<sup>2</sup>

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

- أن تكون الزوجية قائمة.

- 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.

<sup>1</sup> - جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبيعية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2001، ص: 97.

<sup>2</sup> - 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 يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"

ثانيا: 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 واستتبطوا ذلك من القرآن الكريم في

قوله تعالى: «ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله

ثلاثون شهراً...»<sup>1</sup>، وقوله تعالى: «ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله

في عامين...»<sup>2</sup>.

إذ أن الآية الأولى جمعت مدة الحمل والفصال معا بثلاثين شهرا، بينما حددت الآية الثانية

مدة الحمل وهي عامين وبخضم مدة الفصال من الثلاثين شهرا تبقى ستة أشهر وهي أقل مدة

للحمل.<sup>3</sup>

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1990/01/22 حيث جاء فيه:

"من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما

يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن مدة الحمل المطعون ضدها

هي خمسة أشهر وعدة أيام أقل من الحد الأدنى قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب

الطفل لأبيه خرقوا القانون"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الأحقاف، الآية: 15.

<sup>2</sup> - سورة لقمان، الآية: 14.

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

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

2- أقصى مدة الحمل:

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»<sup>1</sup>

- 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.<sup>2</sup> 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 الشرعية

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: "كلما 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.

<sup>1</sup> - محمد محدة، مرجع سبق ذكره، ص: 424.

<sup>2</sup> - محمد محدة، نفس المرجع، ص: 426.

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 شهود 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﴾»<sup>1</sup>.

ويشترط الفقهاء لصحة اللعان من الزوجين أن تتوفر فيه الشروط الآتية:<sup>2</sup>

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 الفقهاء<sup>3</sup> 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..."<sup>4</sup>.

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:

<sup>1</sup> - سورة النور، الآيات: 6-7-8-9.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999، ص: 346.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، نفس المرجع، ص: 346.

<sup>4</sup> - م ع، غ أ ش، 1991/04/23، ملف رقم 69798 م ق، عدد 3، سنة 1994، ص: 54.

"ومن المقرر أيضا 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"<sup>1</sup> 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..."<sup>2</sup>.

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 ذلك أن استعمال هذه الوسائل لإثبات النسب يقتضي بالضرورة ومن باب أولى استعمالها كذلك للنفي، ما دامت تؤدي إلى نفس النتيجة الأكثر حتمية مقارنة باللعان الذي يبقى مجرد تصريح للزوجين يحتمل الصدق والكذب معا.

#### الفرع الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين

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.<sup>3</sup>

#### أولا: 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»<sup>4</sup> وهذا ما أقرته

<sup>1</sup> - م ع، غ أ ش، 1998/10/20، ملف رقم 204821، م ق سنة 2001 عدد خاص، ص: 82

<sup>2</sup> - م ع، غ أ ش، 1998/10/20 ملف رقم 172379، م ق سنة 2001 عدد خاص، ص: 70.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 286. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، طبعة 1998، ص: 202.

<sup>4</sup> - سورة الأحزاب، الآية: 49.

المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/06/1996: "من المقرر شرعا أن تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب على المرأة المطلقة غير المدخول بها"<sup>1</sup>. 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 للفرش، باعتبار أن ستة أشهر أقل مدة للحمل ويحكم بأن الزوج قد دخل بزوجته 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 والخلوة 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 احتياطا في الأنساب وسترا للأعراض<sup>2</sup>.

2- ثبوت 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".

<sup>1</sup> - م ع، غ أش، 18/06/1996، ملف رقم 137571، م ق عدد 02 سنة 1997، ص: 93.

<sup>2</sup> - أحمد فراج حسين، مرجع سبق ذكره، ص: 203.

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

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

\* إذا لم تقر المطلقة رجعياً 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 وضعته قبل مضي أقصى مدة الحمل تكون قد حملت به قبل الطلاق، وإن وضعته بعد المدة القصوى للحمل، تكون قد حملت به وقت العدة أي يحتمل أنه قد راجعها أثناء العدة.<sup>1</sup>

\* إذا أقرت المطلقة رجعياً 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.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص: 204.

<sup>2</sup> - أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص: 204.

ب- ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً باتناً:

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، وتبعاً لذلك فلا يثبت نسب ولد المطلقة إذا ولد بعد مضي أقصى مدة الحمل اعتباراً 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 قانوناً 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 اعتماداً على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية".<sup>1</sup>

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

ثالثاً: 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

<sup>1</sup> م.ع. ع.أ.ش، 1998/05/19، ملف رقم 193825، م ق 2001، عدد خاص، ص: 73.

قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب المولود بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبية الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة".<sup>1</sup>

### 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.<sup>2</sup>

الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والزواج الفاسد في قانون الأسرة

أولاً: الزواج الباطل

عقد الزواج الباطل لا وجود له في نظر القانون الذي قرر إبطاله ولو بعد الدخول ونص عليه المشرع الجزائري في المادتين 32 و 33 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 باطلاً وفقاً 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 و 30 من قانون الأسرة.
- 3- إذا اشتمل عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج.

### ثانياً: 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، 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

<sup>1</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1997/07/08، ملف رقم 165408 م ق سنة 2001، عدد خاص، ص: 67.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص: 147-148.

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.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: ثبوت النسب من الزواج الباطل والزواج الفاسد

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.<sup>2</sup> إلا أن المشرع الجزائري رتب على عقد الزواج الباطل ثبوت النسب وذلك في المادتين 34 و 40 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

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 148.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، نفس المرجع، ص: 152.

النسب، فكلاهما فيه إحقاق الولد بأبيه متى تم وضعه بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد مع إمكانية الاتصال بين الزوجين.<sup>1</sup>

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 شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له"<sup>2</sup>.

### 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 له<sup>3</sup>، 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

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 149.

<sup>2</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م.ق، عدد 1، سنة 1997، ص: 42.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دمشق، 1952، ص: 688.

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.<sup>1</sup>

### 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 الموطوءة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك»<sup>2</sup>

### 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 الوطاء تعلقت به شبهة، أما إذا كان عالما بالتحريم فإن العقد باطل ولا شبهة فيه قط ولا يثبت به النسب عند جمهور الفقهاء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء وقضاء "النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب"، ص: 81-85

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص: 87.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996، ص: 214.

### المبحث الثاني: الطرق الكاشفة للنسب

يقصد بالطرق الكاشفة للنسب 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 و33 و34 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 :

المطلب الأول: ثبوت النسب بالإقرار.

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالبينة.

المطلب الثالث: ثبوت النسب بالطرق العلمية.

### المطلب الأول: ثبوت 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". وتتص 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 بان 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 بالبنوة<sup>1</sup>.

#### 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

<sup>1</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، ص: 91.

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، واقتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر، وإذا قال هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده لأن معناه هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات.<sup>1</sup> 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 تم يسري إلى غيره، أما الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فإن النسب يثبت فيه من غير المقر ثم يسري منه إلى غيره.

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.<sup>2</sup> 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 الملعان نفسه بعد نفيه الولد، وفي هذه الحالة يثبت نسبه من أبيه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 289. عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 110-111.

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 93.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 690 وما بعدها.

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 كاذباً 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.<sup>1</sup>

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».

## 2- إقرار الولد بالأبوة أو الأمومة:

وفيه يقر الولد أن شخصاً 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 أباً للمقر، فإن حلف بطل إقرار المقر، وإن نكل ثبتت دعوى المقر فيثبت نسبه من المقر له.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 691. عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 289.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، ص: 98-99.

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.<sup>1</sup>

### 3- الإقرار بالأمومة:

كما يقبل الإقرار من الرجل بالبنة، يقبل من المرأة الإقرار بالأمومة، بشرط ألا يكون للولد أم معروفة، وأن يولد مثله لمثلها، 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.<sup>2</sup>

ولقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1988/12/19 بأنه: "من المقرر 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..."<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 102.

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص: 99-101.

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

ثانيا: 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.

فلذلك 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 إقراره<sup>1</sup> ، 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، وبشارك 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 ثلاثة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص: 198 - 199.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 693.

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 قضوا برفض دعوى النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون".<sup>1</sup> ويفهم من رفض المحكمة العليا للإقرار 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 الطاعنة، كما أن المادتين 341- 461 من القانون المدني لا تطبق على قضية 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 فيه".<sup>2</sup> ويفهم من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تشترط أن يتم الإقرار أمام المحكمة.

<sup>1</sup> م.ع. غ أش، 1998/11/17، ملف رقم 210478، م ق 2001، عدد خاص، ص: 85.

<sup>2</sup> م.ع. غ أش 1998/12/15، ملف رقم 202430 م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص: 77.

المطلب الثاني: ثبوت النسب بالبينة

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا وقونا بالاتفاق، والفرق بينها وبين الفراش أن هذا الأخير هو السبب المنشئ للنسب. أما البنية 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 الغير<sup>1</sup>، ولقد نص المشرع الجزائري على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 من قانون الأسرة.

الفرع الأول: تعريف البينة

للبنية معنيان، الأول عام والثاني خاص.

أولا: المعنى العام

هي الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو بالفراش، 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 مسماها، ولم تأت البينة في القرآن قط مراد بها الشهادة وإنما أتت مراد بها الحجة.<sup>2</sup>

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 لغيره.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 292.

<sup>2</sup> - محمد محدة، مرجع سبق ذكره، ص: 432.

<sup>3</sup> - أحمد فراج حسين، مرجع سبق ذكره، ص: 211.

الفرع الثاني: أنواع البيئة

أولاً: 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.

ثانياً: 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.<sup>1</sup>

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 الشهادة صاحبها يشهد بما يتسامع الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الناس بشأنها، والشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون صراحة.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بالوجه العام، الإثبات وآثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان طبعة 1982، ص: 313.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص: 314.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص: 314.

الفرع الثالث: ثبوت 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 شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له ولما كان أن قضاة المجلس لما قضاوا 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 طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>

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 وامرأتين لقوله تعالى: «... فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان...» (البقرة الآية: 282)

الفرع الرابع: حجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب

تعتبر البينة أقوى من الإقرار<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1999/10/28، ملف رقم 172333 م ق عدد 01، سنة 1997، ص: 42.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص: 299

<sup>3</sup> - عبد الفتاح تقيّة، مرجع سبق ذكره، ص: 286.

وتجدر الإشارة إلى أن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره 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.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: ثبوت 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 وآخذ بها.

فما هي أنواع الطرق العلمية؟ وما هو موقف القضاء الجزائري منها؟ وما مدى تأثيرها على

قواعد وأحكام النسب؟

الفرع الأول: أنواع الطرق العلمية

أولا: نظام فحص الدم

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

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، مرجع سبق ذكره، ص: 218.

موجودة عند الأب، فإذا ثبت غياب الخاصية عند الأب المفترض، فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة ويتم على أساسها نفي النسب.<sup>1</sup>

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 دمه 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<sup>2</sup>، 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: البصمة الوراثية

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

<sup>1</sup> - محمد محمد أبو زيد، مرجع سبق ذكره، ص: 176 - 177.

<sup>2</sup> - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص: 173 وما بعدها.

إنسان على وجه الأرض بصمته الوراثية الخاصة به،<sup>1</sup> وعليه لتحديد البصمة الوراثية لأي شخص يتم عن طريق فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسمه كالدم والمني واللعاب 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%<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نفي النسب بين 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؟

إن المتفق عليه فقها بأن الزوج - عند تعذره على إقامة الدليل بما يدعيه - طلب اللعان لنفي نسب الولد الذي جاءت به الزوجة، وأن كان هذا الإجراء مشروط بعدة قيود وأهمها أن لا يكون الزوج قد سبق له أن أقر بنسب الطفل، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28: "من المستقر عليه قضاءً أنه يمكن نفي النسب عن طريق

<sup>1</sup> محمد محمد أبو زيد، مرجع سبق ذكره، ص: 179.

<sup>2</sup> بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص: 108 - 109.

اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"<sup>1</sup>، 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"<sup>2</sup>.

وعليه فإن الزوج إذا أقر بنسب الولد إليه ضمنا أو تصريحًا، فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك لأنه بعد إقراره به فقد ثبت النسب الذي هو حق للولد لا يملك الزوج الرجوع فيه، ولكن إذا تراجع الزوج عن إقراره بالنسب ألا يعد ذلك قذفا واتهاما للزوجة بالزنا، ومن ثم يمكن لها أن تدفع هذا الاتهام بطلب إجراء الملائنة بينها وبين زوجها، إلا أن إجراء الملائنة لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج، فالولد يبقى منسوبًا إليه ويجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة وبالتالي فالقاضي يمكن أن يستجيب لطلب الزوجة بإجراء اللعان ولكن يعطل أثر نفي النسب وترتيبًا على هذا المنطق يمكن القول أن القاضي يمكنه أن يجري الملائنة دون أن يعوق ذلك في الاستجابة لإجراء الفحص الطبي، فإجراء الملائنة يتم للتفريق بين الزوجين وإجراء فحص الدم عن طريق البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملائع هو الأب الحقيقي أم لا، فإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد انتفاء النسب فلا مشكلة فيصبح اللعان سببًا موجبًا للفرقة و ينتفي النسب عن الزوج وهكذا يتحد أثر اللعان في نفي النسب مع نتيجة البصمة الوراثية، وإذا كانت النتيجة تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملائع، حكم القاضي بثبوت النسب دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائمًا كسبب للفرقة بين الزوجين وهكذا يرفع التعارض بين استخدام الفحص الطبي (البصمة الوراثية) إذا ما أفاد في ثبوت النسب من الزوج المدعى عليه وبين اللعان كإجراء شرعي لنفي النسب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سبق ذكره.

<sup>2</sup> - سبق ذكره.

<sup>3</sup> - 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.

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 خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"<sup>1</sup>.

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 طبقا 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 إحقاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية ولما تبين أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إحقاق 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 وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيئة ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إحقاق هذا الولد بأبيه وهو المطعون ضده ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إحقاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار 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 فيه"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> م ع. غ أش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م ق 2001، عدد خاص، ص: 88.

<sup>2</sup> م ع. غ أش، 05/03/2006، ملف رقم 355180، م ق 2006، عدد 01، ص: 469.

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:

الحق في الحضارة

### الفصل الثاني: الحق 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 جسامه مهمة من يسند له القيام بالحضانة لما لها من أثر على نشأة الولد نفسيًا وصحيا وخلقيا ودينيا.

وسأتطرق في هذا الفصل من الدراسة لموضوع الحضانة من حيث القواعد والأسس الناظمة لتوليها والأسباب المنهية للحق فيها وذلك بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

### المبحث الأول: القواعد والأسس الناظمة لتولي 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 بحضانته.

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 والآثار الناجمة عن ممارسة الحضانة.

وهذا ما سأتطرق إليه في المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط إسناد الحضانة.

المطلب الثاني: ترتيب المستحقين للحضانة.

المطلب الثالث: آثار الحضانة.

### المطلب الأول: شروط إسناد 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:

#### أولا: العقل

لا يتصور أن يتولى المجنون حضانة طفل ذلك أنه لا يستطيع القيام بشؤون نفسه و بالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره فهو في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه، ويستوي في الجنون أن يكون دائما أو منقطعاً، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر إلى هذا الفرق بين أنواع الجنون، فكلاهما مانع من الحضانة، ولا فرق بين جنون منقطع 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<sup>1</sup>، ولأن المقصود من الحضانة كفالة مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له.

ويأخذ المعتوه حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير وبالتالي لا يمكنه أن يرضى غيره، ولأن ولايتهما تثبت لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على المحضون إذ الحضانة 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.<sup>2</sup>

### ثانياً: البلوغ

الحضانة هي تولى 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: 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.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، ص: 235.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص: 380.

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 صونا وحفاظا على أخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة عليه، أما الرجل الفاسق فلا حضانة له<sup>1</sup>.

ولقد اعتبر القضاء الجزائري الأمانة على الأخلاق شرطا جوهريا في الحاضن وكرس 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 للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة"<sup>2</sup>.

### رابعاً: القدرة على التربية

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<sup>3</sup>. 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

<sup>1</sup> - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص: 242.

<sup>2</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص: 169.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 762.

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 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.<sup>1</sup>

#### خامساً: 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»<sup>2</sup>.

أما الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء كانت أمًا أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز ارضاع 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 إلى أن يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة، وقال المالكية أن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد.<sup>3</sup>

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.

<sup>1</sup> - م ع. غ أش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م ق 1989، عدد 04، ص: 76.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية: 141.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 763.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

أولاً: ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن الصغير

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

1- قولهم أن الحضانة تسقط بالتزويج مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً 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 إبني 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 للأُم حتى تتزوج وعندها لا يكون لها هذا الحق، وكذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأُم حتى تتزوج فتسقط عنها، ويبدل 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 زماناً ومكاناً<sup>1</sup>.

2- وقيل أن الحضانة لا تسقط بالتزويج مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً 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 كفالتها لابنها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، ص: 258.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص: 258.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتتص 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 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 لأنها المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"<sup>1</sup>. وبذلك يكون المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور إلا أنه وخدمة لمصلحة المحضون فإن سقطت 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: 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 العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكر لعدم المحرومية، ولهن الحق في حضانة الإناث، ولا حق لبني الخال والخالة والعم والعمة في حضانة الإناث ولكن لهم الحق في حضانة الذكور<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1986/05/05، ملف رقم 40438، م.ق. 1989، عدد 02، ص: 75.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1957، ص: 408.

ثالثا: عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من بيغضه

نص المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون الأسرة على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، وهذا مسايرة منه للرأي الغالب في الفقه الذي مفاده أن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والضياح، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها.

رابعا: شرط ألا تكون قد امتنعت عن حضائته مجانا والأب معسرا

إن امتناع الأم عن حضانة الولد مجانا وكان الأب معسرا يسقط حقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرطا من شروط الحضانة<sup>1</sup>.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال

أولا: أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كانت أنثى

لقد حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تقاديا 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 يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة منه<sup>2</sup>.

ثانيا: 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 مسلما فليس له حق الحضانة بل حضائته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه وإذا كان الولد مسلما وذو رحمة غير مسلم، فلا تسند الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، ص: 274.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 730.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص: 408.

### 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 شرعا وقضاء أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لوفرة شفقتها 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 تتكحي».

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 لنفسه<sup>1</sup>.

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 ينازعها أحد في ذلك<sup>2</sup>.

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 طبقا 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:

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 720 - 721.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، 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 لأب<sup>1</sup>.

### 2- المذهب الشافعي:

يرتب أصحاب هذا المذهب القريبات من المحارم بدءا بالأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة، ثم بنت العمة، 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 بدءا بالأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب، فالخالة، فالعمة، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات أبيه، ثم بنات اخوانه، ثم بنات إخوته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عمّاته، ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه<sup>2</sup>.

### 4- المذهب المالكي:

يرتب القريبات من المحارم ابتداء من الأخت الشقيقة على التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب، ثم عمته أخت أبيه، ثم عمة 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.

<sup>1</sup> - أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص: 405.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 722.

وإن تساوت الحاضنات في جميع ذلك تقدمت أكبرهن سناً، فإن تساوين من كل وجه تُقدّم دوماً الشقيقة على التي لأُم، وتقدم هذه الأخيرة على التي لأب<sup>1</sup>.

### 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.

### الفرع الثالث: المحارم من الرجال من ذوي الأرحام

لا تتوقف القرابة عند القربيات من المحارم أو العصابات من المحارم 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 العصابة، وهم على الترتيب كالتالي: الجد لأُم، ثم أخ لأُم، ثم ابن أخ لأُم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأُم<sup>2</sup>.

### 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 وذلك في إطار نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص: 724.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص: 730.

### 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 قادرة على ذلك". فعبرت المادة عن إعسار الأب بكلمة "عجز"، ويقصد بها هنا عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرد فقرة وإعساره، 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 سفر<sup>1</sup>.

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 وخلقا 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، صندوقا 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

<sup>1</sup> - عبد العزيز عامر، مرجع سبق ذكره، ص: 275.

(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 العقوبات<sup>1</sup>.

### 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". 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 لإيجار 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"<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: حق الزيارة

حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظراً لأهميته البالغة في الرعاية الدائمة لمصلحة المحزون<sup>3</sup>، بحيث نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: "...على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

<sup>1</sup> - القانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436هـ الموافق لـ 04 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

<sup>2</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1997/11/25، ملف رقم 175646، نشرة القضاة عدد 56، ص: 30.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص: 386.

فعلى القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلي غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معا بحق الزيارة لرؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية.

ولقد رتب القانون عقوبات جزائية لمن يُخل 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 حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة؛ وكذلك كل من خطفه ممن وكّلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده 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 ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

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 الحاضن<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق. 1991، عدد 04، ص: 126.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص: 392.

### المبحث الثاني: الأسباب المنهية للحق في الحضانة

بعد التطرق في المبحث الأول إلى القواعد والأسس الناظمة لتولي الحضانة، سأتطرق في هذا المبحث إلى الأسباب التي ينقضي بها هذا الحق، في حالة عدم تحقق الأهداف التي شرعت من أجلها وهي حماية الولد المحضون ورعايته وحفظه صحة وخلقا، الأمر الذي يستدعي إسقاطها عن من أسندت إليه وإسنادها لغيره ممن له الحق فيها.

وسأقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي:

المطلب الأول: الحالات المسقطة لحق الحضانة.

المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة.

المطلب الثالث: مراعاة المصلحة الفضلى المحضون.

### المطلب الأول: الحالات المسقطة لحق الحضانة

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

الفرع الأول: الأسباب المنصوص عليها 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".

أولا: 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 تنازلا اختياريا عن الحضانة؟، أو غير اختياري وبالتالي يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه طبقا 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 قانونا 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 إذا 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 القانون"<sup>1</sup>.

### ثانياً: التنازل عن الحضانة

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه اختيارياً ولا يقبل طلب استرجاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/03/27 حيث جاء فيه: "من المقرر فقهاً 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 مخالفاً للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم 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 والقانون"<sup>2</sup>.

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

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

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

المحضون، ذلك أن مناط إسناد الحضانة هي المصلحة الفضلى للولد المحضون، حيث جاء في قرارها المؤرخ في 20/04/1999 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 و 67 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 فيه<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: الأسباب المنصوص عليها في المادتين 68 و 70 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".

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 09/07/1984: "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"<sup>2</sup>.

كما اعتبرت المحكمة العليا إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقاً للقانون، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 05/02/1990: "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

<sup>1</sup> م.ع. غ.أ.ش، 20/04/1999، ملف رقم 220470، م.ق 2001، عدد خاص، ص: 181.

<sup>2</sup> م.ع. غ.أ.ش، 09/07/1984، ملف رقم 32829، م.ق 1990، عدد 01، ص: 60.

بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لازالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون<sup>1</sup>.

### ثانيا: 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 الحاضنة، وهنا تعود الحضانة إلى الذي يليهم في الترتيب حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة إذا توافرت فيه الشروط وكان ذلك متفقا مع مصلحة المحضون.

### الفرع الثالث: الأسباب المنصوص عليها في المادتين 67 و69 من قانون الأسرة

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

### أولا: 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 شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثابتا - في قضية الحال

<sup>1</sup> م.ع. غ أش، 1990/02/05، ملف رقم 38225، م ق 1993، عدد 03، ص: 53.

- أن المجلس القضائي لما قضي بإبقاء حضانة الولد لأمه باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>.

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"<sup>3</sup>. 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".

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

<sup>2</sup> - تم ذكره.

<sup>3</sup> - تم ذكره.

ثانيا: سقوط الحضانة عند إقامة الحاضن في بلد أجنبي

هذه الحالة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع 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 بالقضية<sup>1</sup>.

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"<sup>2</sup>. 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 المسافة<sup>3</sup>.

وجاء في قرارها المؤرخ في 1990/02/19 أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً 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 بعيداً عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءً مخالفاً للشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، مرجع سبق ذكره، ص: 389.

<sup>2</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1993/06/23، ملف رقم 9671، م ق 1994، عدد 01، ص: 72.

<sup>3</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1995/11/21، ملف رقم 111048، عدد 52، ص: 102.

<sup>4</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 1990/02/19، ملف رقم 59013، م ق 1991، عدد 04، ص: 116.

### المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة

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

#### الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: "تتقضي 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 بانتهاؤها 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 فتتقضي 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 قانوناً 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"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 10/12/1999، ملف رقم 25566 .

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي

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

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 ربيبة عليه فإنه يعيش أين شاء، أما إذا كانت هناك ربيبة منه فإنه يضم إلى والده، أما البنت فإن لها ببلوغها الحق في أن تنفرد عن أبيها 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 الفساد<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: مراعاة المصلحة الفضلى 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 وضمان 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.

### الفرع الأول: إعمال قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة

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:

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

1993/02/23 أنه: "من المقرر قانوناً 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 للمحزون"<sup>1</sup>.

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

2- المادة 65 من قانون الأسرة، اشترطت في الحكم القاضي بإنهاء الحضانة مراعاة مصلحة المحزون هذا المبدأ كرّسته 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 للبنين إلى الدخول بهما، الأمر الأول يبقى إلزام المطعون ضده ببقاء الحضانة ونفقة محزونها بالسكن... لممارسة الحضانة إلى حين سقوطها فعلاً، ما دام الأمر كذلك يتعين القول أن قاضي أول درجة طبق صحيح القانون وكان صائباً في حكمه، مما يترتب عليه نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة، والقول أن قضاة المجلس قد خالفوا المادة 65، لما قضاوا بإسقاط الحضانة على جميع الأولاد المحزونين دون مراعاة مصلحتهم كما تشترط المادة 65 من قانون الأسرة"<sup>3</sup>.

3- ما جاء في المادة 66 من قانون الأسرة التي نصت على مراعاة مصلحة المحزون حتى في الحالات التي تسقط فيها الحضانة ومنها تنازل الحاضنة عن حضانة المحزون غير أنه لا يعتد بهذا التنازل إذا كان يضر بمصلحة المحزون، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/04/21 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر

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

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

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

بمصلحة المحضون ومن ثمَّ فإنَّ القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون<sup>1</sup>.

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 فعلا تسقط طبقا 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 ثمَّ فإنَّ قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"<sup>2</sup>.

5- وأوجبت 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

<sup>1</sup> م.ع. غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189234، م ق 2001، عدد خاص، ص: 175.

<sup>2</sup> م.ع. غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 564787، م ق 2010، عدد 02، ص: 262.

القانون كإجراء 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 لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدّة، وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقاً رسمياً"<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> - م.ع. غ.أ.ش، 2011/03/10، ملف رقم 613469، م.ق 2012، عدد 01، ص: 285.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة لموضوعي النسب والحضانة، يتبين أنهما من أعقد المواضيع، لذا أولتهما الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا، وأحاطتهما بسياسيمنع أي عدوان، ولقد حذا 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:

- وجود تناقض بين نص المادة 32 والمادة 35 من قانون الأسرة، فلقد قضت المادة 32 ببطان عقد الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين أن المادة 35 قضت ببطان الشرط فقط الذي يتنافى ومقتضيات العقد وإبقاء العقد صحيحا، فكان على المشرع ألا يقع في هذا التناقض ويقر بحكم المادة 35 لتوافقها مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

- على المشرع أن يتدخل بوضع أحكام ناظمة لمسألة نفي النسب باللعان و بيان إجراءاته على غرار التشريعات العربية.

- 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 عالما بالتحريم.

- لقد أجازت المادة 40 من قانون الأسرة 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.

- المادة 40 من قانون الأسرة لا تلزم الزوج بالخضوع لإجراء الفحص الطبي فالأمر جوازي، وخاضع للسلطة التقديرية للقاضي لذلك ينبغي وضع التحاليل الجينية ضمن الإجراءات الملزمة خاصة في حالة إنكار الزوج للنسب.

- تقضي المادة 41 من قانون الأسرة على أن ثبوت الولد لأبيه إذا كان الزواج شرعياً أي صحيحاً، في حين المادة 40 من نفس القانون تقضي بثبوت النسب ولو كان الزواج فاسداً أو جاء نتيجة لشبهة، أي إذا كان غير صحيح، وعليه فقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والفاقد والوطء بشبهة بشأن ثبوت نسب الولد فاعتبرته شرعياً في كل الحالات، في حين أن المادة 41 تقضي بمفهوم المخالفة بأن الولد لا يثبت نسبه لأبيه إذا كان الزواج غير صحيح.

- 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.

فهل فكر المشرع في 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؟

- قد جعل المشرع الجزائري من بين أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه، وقد ساوى الفقه والقضاء بين المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة، ويقع على عاتق الوالد أو من يحل محله عبء مراقبة ومتابعة ما إذا كانت تربية الولد تتم فعلاً على دين أبيه، لكن السؤال الذي يطرح نفسه: كيف يتمكن الأب من مراقبة تربية الطفل على دينه عندما تمنح الحضانة لأم غير مسلمة؟ نلاحظ أنه من الصعوبة بما كان أن يستطيع متابعة ابنه في هذه الحال، ولبعده عنه وعدم التقائه يومياً به، والقول بأن الوالد يراقب الطفل عند ممارسته لحقه في

الزيارة في غير محلّه كون أنّ المدة التي يبقى فيها معه عند ممارسته لهذا الحق لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة . ثم إنّ الزيارة حق ، فماذا يترتب لو لم يمارس صاحب الحق حقه ؟ وكيف تكون تربية الطفل ؟ ومن يراقب ذلك ؟، نرى أنّه على المشرع أن يتدخّل لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة، وتربية الولد على دين أبيه .

- كما أنّه يلاحظ على نفس المادة أنّها أهملت الحديث أو تحديد شروط الحضانة برغم أهميتها واكتفت بعبارة " وأن يكون أهلا للقيام بذلك"، وضبط هذه الشروط من شأنه أن يكون خطوة أساسية نحو تحديد معالم مصلحة المحضون.

- حددت المادة 64 من قانون الأسرة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، ثم نصت على الأقربين درجة، إلّا أنّها لم تبين من هؤلاء الأقربون درجة، وتركت الباب مفتوحا للقاضي ولم يحدد له المذهب الذي يتبعه مع الإشارة إلى أن هنالك اختلافا 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 بتعديل لمراجعة الأحكام المنظمة للنسب والحضانة، وتوضيحها بدقة وذلك لتدارك النقائص الموجودة.

قائمة المصادر

والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع:

### أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.

- الأحاديث النبوية:

1- الإمام أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003.

### ثانياً: المراجع

- 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 الجامعية للنشر، الإسكندرية، طبعة 1998.

3- جمال سايس، الاقتصاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية قرارات المحكمة العليا، منشورات كيليك، الجزائر، جزء 1 و 2 و 3، 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 الجامعية 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 وآثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان طبعة 1982.

## قائمة المصادر والمراجع:

- 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 تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، مطبعة ثالثة، 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.

### - 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.

## قائمة المصادر والمراجع:

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

### - 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.

### - النصوص القانونية:

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

# الفهرس

الصفحة	العنوان
	الشكر والتقدير
	الإهداء
	قائمة المختصرات
أ-د	مقدمة
39-07	<b>الفصل الأول: الحق في النسب</b>
08	<b>المبحث الأول: الطرق المنشئة للنسب</b>
09	المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح
09	الفرع الأول: ثبوت النسب حال قيام الزوجية
16	الفرع الثاني: ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين
20	المطلب الثاني: ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح
20	الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والزواج الفاسد في قانون الأسرة
21	الفرع الثاني: ثبوت النسب من الزواج الباطل والزواج الفاسد
22	المطلب الثالث: ثبوت النسب بالوطء بشبهة
22	الفرع الأول: تعريف الوطء بالتشبيهة
22	الفرع الثاني: أقسام الوطء بشبهة وقواعد إثبات النسب فيها
24	<b>المبحث الثاني: الطرق الكاشفة للنسب</b>
25	المطلب الأول: ثبوت النسب بالإقرار
25	الفرع الأول: أنواع الإقرار
26	الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالإقرار
30	الفرع الثالث: شكل الإقرار
31	المطلب الثاني: ثبوت النسب بالبينة
31	الفرع الأول: تعريف البينة
32	الفرع الثاني: أنواع البينة
33	الفرع الثالث: ثبوت النسب بالبينة في التشريع والقضاء الجزائري

33	الفرع الرابع: حجية البينة مقارنة بالإقرار في إثبات النسب
34	المطلب الثالث: ثبوت النسب بالطرق العلمية
34	الفرع الأول: أنواع الطرق العلمية
36	الفرع الثاني: نفي النسب بين اللعان والبصمة الوراثية
38	الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من الطرق العلمية
68-41	<b>الفصل الثاني: الحق في الحضانة</b>
42	<b>المبحث الأول: القواعد والأسس الناظمة لتولي الحضانة</b>
43	المطلب الأول: شروط إسناد الحضانة
43	الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء
47	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء
49	الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال
50	المطلب الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة
51	الفرع الأول: القريبات من المحارم
52	الفرع الثاني: العصابات من المحارم من الرجال
52	الفرع الثالث: المحارم من الرجال من ذوي الأرحام
52	الفرع الرابع: ما يراه القاضي أصلح للمحضون
53	المطلب الثالث: آثار الحضانة
53	الفرع الأول: نفقة المحضون
55	الفرع الثاني: مسكن لممارسة الحضانة
55	الفرع الثالث: حق الزيارة
57	<b>المبحث الثاني: الأسباب المنهية للحق في الحضانة</b>
57	المطلب الأول: الحالات المسقطة لحق الحضانة
57	الفرع الأول: الأسباب المنصوص عليها في المادة 66 من قانون الأسرة
59	الفرع الثاني: الأسباب المنصوص عليها في المادتين 68 و70 من قانون الأسرة

60	الفرع الثالث: الأسباب المنصوص عليها في المادتين 67 و69 من قانون الأسرة
63	المطلب الثاني: انقضاء المدة المحددة لممارسة الحضانة
63	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري
64	الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي
65	المطلب الثالث: مراعاة المصلحة الفضلى المحضون
65	الفرع الأول: إعمال قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في تشريع الأسرة الجزائري
67	الفرع الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون
70	خاتمة
75	قائمة المصادر والمراجع
79	الفهرس