جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:
رحمي دليلة

تحت إشراف
د/ضريفي الصادق

لجنة المناقشة

الأستاذ:.....رئيسًا
الأستاذ: ....مُشرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ: .....ممتحنا

تاريخ المناقشة
2015/...../.....

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول المولى عز وجل

"... نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم"

سورة يوسف، الآية: 76.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين تبارك وتعالى، له الكمال وحده

والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه ورسوله الأمين

وعلى سائر الأنبياء والمرسلين.

أحمد الله تعالى الذي بارك لي في إتمام بحثي هذا

والذي يعود الفضل فيه إلى أستاذي الفاضل الدكتور ظريفي الصادق

والذي اتقد م إليه بجزيل الشكر لما أمده لي من عون طيلة بحثي هذا

حيث لم يبخل عليا بأفكاره النيرة، ونصائحه القيمة، وتوجيهاته الهادفة

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من أمد لي يد المساعدة في

انجاز هذا البحث

كما أتقدم بالشكر المسبق لأعضاء لجنة المناقشة على قبولها مناقشة

المذكرة

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذه إلى من ربياني على حب العلم والفضيلة

وأسمى القيم إلى من أضاء لي درب العلم شموعا

ابي

إلى من يصعب حصر جميلها، والجنة تحت أقدامها.

أمي

إلى أعز الناس: أخواتي

إلى أبناء:أختي ليزا، وإكرام وهبة

وإلى كل من أمد إلي يد المساعدة في إنجاز هذا البحث ،كما أتقدم بالشكر المسبق لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة المذكرة

قائمة المختصرات

-ص: الصفحة

- ق. أ.ج: قانون الأسرة الجزائري .

- ج: جزء

مقدمة

الأسرة هي نواة المجتمع واللبنة الأساسية في بنائه، فصلاحها يعني صلاح المجتمع وفسادها يعني فساده، لهذا نجد ديننا الحنيف أولى الأسرة رعاية، من خلال وضع الأسس والقواعد الراسخة التي تبنى عليها، كما قدم لها جميع مقومات الحياة التي تحفظ كيانها باعتبارها عماد الأمّة[1].

وأساس الأسرة في نظر التشريع الإسلامي الفطرة البشرية والطبيعية التي خلق الله عزوجل عليها الرجل والمرأة، من حب الإجتماع والتقارب الذي هيأ له الإسلام بالزواج [2]. فهذا الأخير هو نظام إلاهي شرعه الله سبحانه وتعالى لصالح عباده ومنافعهم، يظفر منه بالمقاصد الحسنة والغايات الشريفة، ويحفظ به الذرية والنسل ويعف من حلاله عما حرم الله،كما أحاطه بعناية بالغة، فلم يتركه للنّاس يقيمون قواعده، ويضعون نظمه وأحكامه على حسب هواهم، وجعله أية سبحانه ومبعث للمودة والرحمة بين الزوجين [3]. لقوله تعالى:" ومن أياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" [4]. وكذلك منشأ للبنين و الحفدة لقوله تعالى: " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمت الله هم يكفرون[5]".

ولما كان الأولاد هم غاية هذا الزواج وثمرته، فإن الشريعة الإسلامية أولت لهم أهمية بالغة من خلال تقرير مجموعة من الحقوق تتدرج معهم منذ نشأتهم وتضمن لهم عيشة

---

[1] – محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج و أثاره،بدون طبعة ،دار الفكر العربي للطباعة و النشر و التوزيع ،القاهرة 1971،ص08.

[2] – أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، بدون طبعة، دار المعارف، القاهرة، 2001، ص 05.

[3] – عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثانية ،دار القلم ،1990،ص 16.

[4] – سورة الروم الأية :21.

[5] – سورة النحل الأية :72.

كريمة ورعاية صالحة من الولادة إلى غاية بلوغهم سن الرشد، وأول ما يثبت للأولاد من حقوق هو ثبوت النسب والذي يعد إحدى نعم الله على عباده، ومظهر من مظاهر قدرته جل وعلا، وهذا منعا لإختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والإضطراب حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها [1].

و الأساس في النسب هو إثباته، فيعني ثبوت النسب هو حق للولد والذي يكون سببه الشرعي حسب الشريعة والقانون راجع للزواج الصحيح المحتوي على جميع شروطه وأركانه كما يثبت بالوطء بشبهة وبالزواج الفاسد باعتبارها من الأسباب المنشأة لهذا الحق، كما أن هناك أسباب وطرق أخرى كاشفة لهذا الحق والمتمثلة في كل من الإقرار والبنية والقيافة.[2]

والجدير بالذكر أن التطورات العلمية من خلال أبحاثها العلمية في مجال الهندسة الوراثية أكدت بوجود معطيات علمية جديدة في إثبات النسب والمصنفة إلى نوعين الطرق العلمية القطعية في إثبات النسب (البصمة الوراثية) وكذلك الطرق العلمية الظنية في إثبات النسب (تحليل فصائل الدّم) والتي أشار إليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 02/40 ق. أ .ج .[3] حيث أنه جعل للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب والكشف عن هذه الواقعة المادية.

غير أن في كثير من الأحيان تعتري الأسرة في مسيرتها الطويلة بعض الاضطرابات والأزمات التي تهدد إستقراراها وأمنها، وما قد يترتب عن ذلك من نتائج سلبية وخيمة لاسيما على الطفل الذي تؤدي به إلى عدم الإستقرار، وبالتالي الحرمان من الحماية التي يحتاج

---

[1] – بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،(الزواج و الطلاق) ،الجزء الأول ،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2004،ص 189.

[2] – د.محمد صبحي نجم ،محاضرات في قانون الأسرة ،الطبعة الثالثة ،دار المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1992 ،ص 28.

[3]– القانون رقم 11/84المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ،المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،و المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جوان 1984 العدد 24.

إليها في مرحلة الطفولة والتي يرجع سببها إلى إنحلال الرابطة الزوجية سواء كان ذلك نتيجة وفاة أحد الوالدين أو نتيجة إنفصام العلاقة الزوجية بالطلاق و هذا الأخير حق مشروع غير أنه غالبا ما يكون سببا في معاناة الكثير من الأطفال و تعرضهم لأوضاع صعبة[1]. وذلك لعجزهم عن تولي شؤونهم بأنفسهم و هم بحاجة إلى من يقوم ويتولى أمورهم ، لذا كان على الشريعة الاسلامية أن تضبط هذا الموضوع (الحضانة) من خلال وضع نصوص وأحكام حتى لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين، وذلك بتحديدها لهذا الحق من خلال ترتيبها لمستحقي الحضانة وكذلك مراعاة شروط يستوجب توفرها في الحاضن حتى تسند له حضانة هذا الطفل[2].كما أن المشرع الجزائري هو الأخر اعترف بهذا الحق و إعتبره أثر من الأثار الناجمة عن إنهاء العلاقة الزوجية وذلك طبقا للمواد 62 إلى72 ق.أ.ج. ووفقا لما جاء في الشريعة الإسلامية .

كما يدخل ضمن المصالح الاجتماعية حماية الطفل، وتقرير أحكام متماشية ومصلحته لأن ذلك يكفل له التربية الحميدة، ولا مصلحة للمجتمع في إقرار حضانة لا تتوفر على تلك الحماية ولهذا وجبت العناية بالطفل وإعداده أفضل إعداد وذلك تحسبا للمستقبل وضمانا لسلامة المجتمع لأن الطفل هو أساس قيام المجتمع والعنصر الأهم فيه. وهذا الأخير لا يستطيع أن ينمو جسديا و فكريا بشكل أحسن إلا عندما تتقرر رعايته في ظل أسرة تمنحه الأمان والإستقرار لكونه في حاجة دائما إلى من يوليه الرعاية والحماية التي تتطلب من الوالدين ومن هنا يظهر دور القانون في ذلك بإعتباره مصدر الرعاية وذلك بتنظيمه للعلاقة النسبية بين الطفل وأبويه[3].

---

[1] زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق ،2008،ص05 ،06.

[2] – الرشيد بن الشويخ ، قانون الأسرة الجزائري ، المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،الطبعة الأولى دار الخلدونية ،الجزائر ،2008،ص 253.

[3]– زهية رابطي ،المرجع نفسه ،ص 04.

من خلال ما سبق فإن موضوع البحث والدراسة يتمثل في حقوق الأولاد في النسب والحضانة بين الشريعة والقانون الذي يكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى الحياة الاجتماعية التي نعيشها الأن وذلك بإبراز وإظهار أهمية العلاقة الزوجية الشرعية بالنسبة للأولاد وما ينتج عن ذلك من حقوق تحضنهم منها :الميراث ،النفقة ، الحضانة، النسب والتطرق إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون فيما يخص هذه الحقوق المتمثلة في حق النسب وحق الحضانة، حيث أن كلا من الشرع الإسلامي والقانون دعى إلى حماية هذه الحقوق من خلال تشريع أحكام ونصوص لضبطها.

وقد إخترت هذا الموضوع لما لي من ميول له بإعتباره يمس الطبقة الضعيفة في المجتمع وهم الأطفال، ولإبراز مدى اهتمام الشريعة والقانون بالثمرة والغاية الناتجة عن الزواج وهم الأولاد، وكذلك لعدم الاستهانة بحقوق الأطفال في المجتمع.

وقد حاولت معالجة هذا الموضوع من خلال الإجابة على هذه الإشكالية: **ما هي الأحكام الفقهية والقانونية المتعلقة بحقي الأولاد في النسب و الحضانة ؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية عالجت هذه الدراسة وفق خطة ثنائية تنقسم إلى فصلين أساسيان الفصل الأول تم التعرض فيه إلى حق الأولاد في النسب.

أما الفصل الثاني يمثل حق الأولاد في الحضانة

ولبلوغ الهدف في الوصول إلى حل الإشكالية السابقة تم الاستعانة بمنهج مقارن والمنهج التحليلي لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بحقي الأولاد في النسب والحضانة.

الفصل الأول

حق الأولاد في النسب

من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية حفظ الأنساب إذ به تقوى الأواصر الاجتماعية و تدوم المودة و الألفة، و عليه تترتب الكثير من الحقوق كالتربية و الحضانة و النفقة ،فإن كل امرئ يحب أن يبقى اسمه و لا ينمحي رسمه و لا يتحقق ذلك إلا بثبوت نسب الولد إليه، ولهذا حرصت الشريعة على إثبات النسب و وضعت له القواعد و الأحكام التي يتم به [1]. حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها ،لقوله تعالى:" هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا [2]. فيعني ذلك أن رابطة النسب إحدى نعم الله على عباده ومظهر من مظاهر قدرته جلى وعلا [3] . ويقصد بالنسب حسب الدكتور العربي بلحاج : "هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة ، وينبني عليه الميراث، وتنتج عنه موانع الزواج وتترتب عليه حقوق وواجبات ابوية وبنوية [4].

و تجدر الإشارة إلى أن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أو غير شرعية، أما فيما يخص نسب الولد و انتمائه لأبيه فسببه الشرعي هو الزواج، ويعني الفراش لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : "الولد للفراش وللعاهر الحجر" [5]. أي أن الولد

---

[1] _ محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ،دار الفكر ،الأردن،2007 ،ص 349.

[2] – سورة الفرقان،الأية54.

[3] – بلخير سديد ،الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ،دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2009،ص 23.

[4] – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،(مقدمة الزواج الخطبة –الطلاق –الميراث– الوصية)،ج1 الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 188.

[5] – أبي الحسن مسلم ،بن الحجاج القشيري النيسابوري ،صحيح مسلم ، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش و توقي الشبهات ، الأحاديث من رقم 3613 حتى رقم 3616 ص 620.فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت لبنان ،بدون سنة.

يكون لصاحب الفراش وينسب إليه وأبطل أن تكون الزنا والعهر طريقا لثبوت النسب، فالزاني ليس له إلا الرجم بالحجارة ،إذا توفرت شروط إقامة الحد وإن الأساس في النسب هو إثباته فثبوت النسب حق للولد ، ونظمه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، وقد نصت المادة 40 على أسباب وطرق إثبات النسب وحددتها بكل من الزواج الصحيح ، الزواج الفاسد، نكاح شبهة، الإقرار البينة مع الإشارة إلى الطرق العلمية في المادة 40 ف 02 على إجازة إثبات النسب بهذه الطرق متى كانت العلاقة شرعية . مع عدم تحديده ما إذا كانت طرق علمية قطعية أو ظنية .

كما أوجب توفر مجموعة من الشروط تم حصرها في نص المادة 41 من قانون الأسرة أن الولد ينسب إلى الأب متى كان الزواج شرعي ، مع إمكانية تلاقي الزوجين وكذا عدم نفي النسب بالطرق المشروعة والمتمثلة في اللعان، أما المادة 43 من نفس القانون فقد نصت على حالة ثبوت النسب من الأب بعد الفرقة سواء كان ذلك لوفاة أو طلاق مع ضرورة وضع الحمل خلال عشرة أشهر(10).

وتفصيلا لذلك قسمنا هذا الفصل إلى الأسباب المنشاة لحق النسب (مبحث أول) والأسباب الكاشفة لهذا الحق (مبحث ثاني) .

المبحث الأول

الأسباب المنشاة لحق النسب

قبل التطرق إلى هذه الأسباب، تجدر الإشارة إلى أن سبب ثبوت النسب للأم هو الولادة، فمتى جاءت المرأة بولد ثبت نسبه منها دون توقف على فراش أو إقرار أو إدعاء أو شي أخر ولا فرق أن تكون الولادة من زواج صحيح ، أو فاسد، أو نكاح شبهة سواء كانت من علاقة شرعية أو غير شرعية ،أما بالنسبة للرجل فإن النسب يثبت في حقه بالفراش الصحيح وما ألحق به [1] .

وتفصيلا لما سبق قسمنا المبحث الأول إلى النسب حال قيام العلاقة الزوجية وانقضائها (مطلب أول) أما فيما يخص (المطلب الثاني) فسوق نتطرق إلى ثبوت النسب في حالة الزواج الفاسد أما في (المطلب الثالث) إلى ثبوت النسب في حالة الوطء بشبهة.

المطلب الأول

النسب حال قيام العلاقة الزوجية وانقضائها

السبب الرئيسي في ثبوت النسب هو العقد الصحيح سواء كان ذلك حال قيام العلاقة الزوجية أو في حالة إنقضائها بطلاق أو وفاة متى توافرت الشروط اللازمة في ذلك: من إمكانية تلاقي الزوجين مع عدم نفي النسب بالطرق المشروعة، هذا فيما يخص حالة العلاقة الزوجية (الزواج الصحيح) بينما عند إنقضاء العلاقة الزوجية (وفاة، طلاق) فهنا تستوجب شرط أساسي وهو ولادة هذا المولود في الفترة المخصوصة تبعا للفرقة التي يقع عليها

[1] – د/ أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الاسلام الطلاق، الخلع ،وحقوق الاولاد و نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2004،ص202.

الإنفصال وتبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة و عدم وجوبها [1].

سنتناول في هذا المطلب النسب حال قيام العلاقة الزوجية (فرع أول) والنسب حال إنحلال الرابطة الزوجية (فرع ثاني).

الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح

الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروط صحته يكون سببا شرعيا لثبوت النسب، بحيث أن الشريعة قضت بأن الولد ينسب الى الفراش لقول النبي صلى عليه وسلم: "الولد للفراش و للعاهر الحجر"، والمراد بالفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل وإمرأته حين ابتداء الحمل، فنسب هذا المولود يكون إلى صاحب الفراش، وتعد هذه القاعدة حجر الأساس في إثبات النسب، يعني ذلك أنه لاحاجة إلى أن يقر زوجها بأبوته له وبدون أن تأتي هذه الزوجة ببينة على أن هذا الولد منه [2].و إنما هي قرينة قاطعة [3]. و أما العاهر هو الزاني و الزنا لا يثبت به نسب، لأن النسب نعمة و الزنا جريمة يستحق فاعله النقمة و الرجم بالحجارة [4]. و بالتالي يكون الشارع قد شدد الخناق على كل ما يعكر صفو النسب و خلصه مما يلتصق به من لصائق و لواحق، و كذا إبطال الطرق الغير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من تبني و إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة لقوله تعالى فيما يخص التبني: "و ما جعل أدعيائكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم، و الله يقول الحق و يهدي السبيل، أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا أباءهم فإخوانكم في الدين و

---

[1] – د/ عبد القادر داودى،أحكام الاسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ،دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر 2010،ص0 19.

[2] – د/ عبد القادر داودى ، المرجع نفسه ، ص 191.

[3] –سعيد الزعيم، إثبات النسب، www.marok.droit.com

[4] – محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق، ،ص349.

مواليكم"[1].

كما إهتم المشرع الجزائري بثبوت النسب بالزواج الصحيح و نظمه من خلال نص المادة 40ق.أ.ج و إعتبر الزوجية (الفراش) هو السبب الرئيسي و الأساسي لثبوت النسب كما إشترط بالإضافة إلى العقد الصحيح، تحقق الدخول أو إمكانية الإتصال الجنسي، مع عدم نفي الولد بالطرق المشروعة (اللعان)،و قد تم النص على ذلك في المادة 41ق.أ.ج مع ضرورة وضع الحمل بين أقل و أقصى مدة للحمل.

ومن هنا اشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

أولا: إمكان المعاشرة (الوطء) بعد العقد وهو أن يثبت التلاقي بين الزوجين بعد العقد الشرعي، ذلك أن العقد وحده لا يكفى، إذا لابد فيه من الدخول ، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد الى الزوج ، كما لوكان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في بلده بعيد غيبته لفترة إمتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل.

ومن هنا يشترط المشرع الجزائري في المادة41 ق أ ج [2]. بالإضافة الى عقد الزواج الصحيح ، ضرورة ثبوت التلاقي بين الزوجين بعد العقد، أي بمعنى تحقق الدخول أو إمكانية الإتصال الجنسي، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من أن عقد النكاح وإن كان سبب لثبوت النسب، غير أنه لابد فيه من الدخول [3]. وعلى هذا يجب أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل، بأن يكون بالغا أو مراهقا إقترب من البلوغ فإن كان الزوج صغيرا و جاءت زوجته بولد، فإن نسب هذا الولد لا يثبت منه لقيام

---

[1] – سورة الأحزاب الآيتان: 4و5.

[2] –تنص المادة 41ق أج:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"

[3] – بلحاج العربي ،أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2013،ص 630.

القرينة القاطعة على أن الولد ليس منه[1].

ثانيا : أن تتحقق مدة الحمل المعتبرةشرعا

أ- أقل مدة الحمل

أجمع الفقهاء على أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر [2]. لقوله تعالى :"وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" و قوله :"وفصاله في عامين" [3].

ووجه الإستدلال أنه سبحانه جعل مدة الفصال (الذي هو الرضاع)وحدها حولين كاملين وهي أربعة وعشرون شهرا، وجعل مدة الحمل و الرضاع جميعا ثلاثين شهرا، فدل المجموع على أن مدة الحمل وحدها "ستة أشهر" فيعني ذلك أن من تزوج إمرأة ثم ولدت مولودا بعد ستة أشهر من دخوله بها نسب المولود إليه ولا تتهم المرأة ، أما إذا وضعته قبل مضي ستة أشهر من الدخول ،فإنه لا ينسب للزوج و تتهم المرأة إلا أن يدعيه الرجل أو يلحقه به [4].

ب – أما أكثر مدة الحمل

و مع أنه ورد في أقل مدة الحمل الأيتان السابقتان ،إلا أنه لم يرد شيء في كتاب الله تعالى و لا سنة رسوله صلى الله عليه و سلم ما يحدد أقصى مدة الحمل، الأمر الذي جعل أراء الفقهاء تتضارب و تختلف إختلافا كثيرا، و لهم في ذلك عدة أقوال:

القول الأول: قول أبي حنيفة رحمه الله، وحاصله أن أكثر مدة الحمل سنتان، وسنده في

---

(1) –د /عبد القادر داودى، المرجع السابق، ص191.

(2) – موفق الدين ابن قدامى ،المغني ،ج 9، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1983،ص 116.

(3) – الأحقاف:الأية15،لقمان الأية14

(4) – محمد محي الدين عبد الحميد ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الاخرى ، المكتبة العلمية ،لبنان 2003،ص 370.

ذلك حديث روي عن عائشة رضي الله عنها، وهو قولها :"الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل " [1].

و القول الثاني: قول الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و أحمد ، وحاصله أن أكثر مدة الحمل أربع سنين [2].

– ومنهم من قدرها بخمس أو ستة أو سبع سنين

–وذهب محمد بن عبد الحكم (من المالكية) الى أنه لا يزيد على سنة قمرية [3].

–وقال ابن حزم : لا يزيد عن تسعة أشهر [4].

الترجيح : الغالب هو المتعارف عليه بين الأطباء و بين سائر النساء و هو ألا يتجاوز مدة الحمل (10 أشهر) ،و الطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصي مدة الحمل بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرا . و بذلك المشرع قد إختار الرأي الموافق[5].

و هذا يظهر جليا من خلال نص المادة 42 من ق أ ج أن أقل مدة الحمل ستة أشهر

---

[1] – أحمد بن الحسين البيهقي :السنن الكبرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، 1984 ، 7 / 443 ، الدارقطني3 /454، و ظل مغزل :أي دوران المغزل و هي كناية عن قصر المدة.

[2] – محمد محي الدين عبد الحميد ،المرجع السابق ،ص 370.

[3] –ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2، دار شريفة ، الجزائر ، 1989،ص 202.

[4] – العلامة أبو محمد علي بن أحمد بن سعد بن حزم الأندلسي ،المحلى بالأثار ،الجزء 10، دار الفكر ، لبنان ، 2001،ص 133.

[5] – بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،مقدمة الزواج الخطبة،الطلاق،الوصية،الميراث، الزواج و الطلاق،ج1،الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004،ص 193.

و أقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر " [1] .

ثالثا : ألا ينفي الزوج الولد بالطرق المشروعة (اللعان)

يعني ذلك أنه يثبت نسب الولد إلى أبيه في حالة عدم نفيه بالطرق المشروعة،غير أن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب، بل وردت شاملة تحتمل عدة معاني، ولم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 40 ق أ ج ، إلا أنه أشار إليه في المادة 138من نفس القانون :" يمنع من الإرث اللعان و الردة " [2]. و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها لاتقبل نفي النسب بعد ثبوته مهما كان الحامل عليه أو الداعي إليه إلا عن طريق واحد وهو اللعان [3].

أ- تعريف اللعان

اللعان في اللغة مشتق من اللعن ، وهو الطرد و الإبعاد من الخير ،وسمي بذلك ،لأن الزوجين يبتعدان عن الزواج ، و يتأبد التحريم بينهما، فالزوج يلعن نفسه في الشهادة الخامسة ، ويتهم زوجته بأن الولد ليس منه و يطرده [4].

واللعان في الشرع و المعنى الإصطلاحي هو عبارة عن شهادات تجرى بين الزوجين حين قيام الزوجية مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج و بالغضب من جانب الزوجة [5].

---

[1] – تنص المادة 42ق.أ.ج:"أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشر(10أشهر)".

[2] –بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و أثارها ، نفس المرجع ،ص 636.

[3] – حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،2010،ص 48.

[4] – بلحاج العربي ، المرجع نفسه ،ص 637.

[5] – حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 49.

ب- صفة اللعان

وصفته أن يأمر الإمام أو نائبه الزوج أن يلاعن زوجته فيقول :"أشهد بالله أن زوجتي هذه قد زنت ، فيسميها باسمها ،أو يشير اليها ويكرر ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين " [1].

وإذا أراد الزوج دعوى الزنا قال: و إن هذا الولد من زنا ، ثم تقول الزوجة :"أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، تكرر ذلك أربع مرات ثم تقول في الخامسة وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين" ، وإن كان الزوج قد نفى ولدها قالت: وإن هذا الولد منه و ليس من زنا و يجب على المتلاعنين التقيد بهذه الصفة و الألفاظ في اللعان إتباعا للكتاب و السنة [2]. لقوله تعالى : "والذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، و الخامسة أن لعنة الله إن كان من الكاذبين ، و يدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " [3] . و قد جاء في قرار للمحكمة العليا :" اللعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق و لا يصح في غيره من المساجد، و في أجل محدد لا يتجاوز 8 أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا " [4] .

ج – إجراءات اللعان:

أما فيما يخص كيفية إجراء الملاعنة بين الزوجين فإن ذلك يتم من خلال رفع دعوى اللعان أمام المحكمة، بعد تعيين جلسة سرية يحضرها كل من الزوج و الزوجة، وإذا أصر

---

[1] – حسام الأحمد ، المرجع نفسه ،ص 50.

[2] - محمد محي الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ،ص 373.

[3] – سورة النور ،الأيتان :06 ،09.

[4] – قرار صادر من المحكمة العليا ،ملف رقم 204821، المؤرخ في 1998/10/20، المجلة القضائية ،عدد03 ،ص 82.

الزوج على إتهام الزوجة بالزنا فإن القاضي يأمره بالملاعنة المذكورة أعلاه و بعد الإنتهاء من هذه الصيغة الشرعية يثبت القاضي ذلك في حكمه و يقرر التفريق بينهما حالا بطلقة بائنة [1].

د- شروط اللعان

ويشترط الفقهاء لصحة اللعان من الزوجين أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- قيام الزوجية بين الزوجين المتلاعنين و هذا الشرط يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخول أو غير مدخول بها ،كما أن الزواج الفاسد لا لعان فيه لأن الزوجة فيه تعتبر أجنبية .

- النطق بألفاظ اللعان .

- أن يحصل النفي دون أن يكون قد حصل من الزوج إعتراف بالولد صراحة أو ضمنا .

- أن يحصل النفي وقت ولادته [2].

-أن يكون الزوجين مكلفين.

-أن يكون الزوج مختارا للعان ، وغير مكره عليه.

-أن يقدف الزوج زوجته بالزنا، فتكذبه.

- أن يكون اللعان بأمر من الإمام أو نائبه [3].

---

[1] – سعاد داودى ، ثبوت النسب بالزواج الصحيح ، 2014، www.startimes.com

[2] – بومجان سولاف ،إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء 2008 ، ص 13.

[3] – حسام الأحمد المرجع السابق ، ص 50 .

الفرع الثاني : النسب حال العدة (بعد انحلال الرابطة الزوجية)

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بأي سبب كان بطلاق أو وفاة فإن النسب لا يثبت إلا إذا ولدته في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الإنفصال، وفيما يلي بيان حكم كل حالة وفقا للمذاهب الأربعة و القانون :

أولا : النسب بعد الفرقة

أ- **المطلقة قبل الدخول:** إختلف الفقهاء رحمهم الله فيمن طلقت بعد العقد عليها ولم يدخل بها الزوج

1- رأي الجمهور: فحسب رأيهم أن الرجل لو تزوج امرأة ثم طلقها عقب العقد مباشرة من غير وطئها، وأتت بولد لستة أشهر من العقد لم يلحق به و حجتهم في ذلك أن إمكان الوطء أو التلاقي هوشرط لثبوت النسب ، وليس العقد الذي هو سبب الوطء بدليل قول الرسول صلى الله عليه و سلم "الولد للفراش"

- **الحنفية :** قالوا لو أنه عقد عليها ثم طلقها عقب العقد وأتت به لستة أشهر لا أقل و لا أكثر منها فإن الولد حينئذ يلحقه لحدوثه قبل الطلاق و بعد العقد. وحجتهم أن النسب يثبت بمجرد العقد

- **الرأي الراجح :** هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الولد يثبت نسبه من المطلق اذا طلق قبل الدخول وأتت بالولد لستة أشهر أو أكثر مع إمكان التلاقي لأن التلاقي شرط لثبوت النسب[1].

[1] - خليفة علي الكعبي،البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر،2004 الإسكندرية مصر، ص 220.

– **المطلقة بعد الدخول:** قبل الفصل في ذلك لابد أولا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في نص المادة 43ق .أ.ج لم يميز بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن بل حددها بكلمة ألا وهي الانفصال فيعني في مقصوده الطلاق، ولهذا يتم الرجوع إلى رأي الفقهاء في هذا الشأن:

– **المعتدة من طلاق رجعي:** وأتت بولد لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر، و لم تكن قد أقرت بأن عدتها قد إنقضت ثبت نسبه من مطلقها، وإن كانت أقرت بإنقضاء العدة لايثبت نسبه إلا اذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ليتبين كذبها أو خطأها في إقرارها [1] .

– **المعتدة من طلاق بائن:** ولم تقر بإنقضاء عدتها، وأتت بولد لمدة عشرة أشهر أو أقل من سنة، يثبت نسب الولد، أما إذا أقرت بإنقضاء العدة في مدة يحتمل إنقضائها فإن الولد يثبت نسبه إذا جاءت به خلال عشرة أشهر من وقت الطلاق أو لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولا يثبت إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر [2].

ثانيا: النسب بعد وفاة الزوج

يجب التمييز بين حالة إقرار الزوجة بإنقضاء عدتها، أين ينسب الطفل للزوج المتوفى إذا وضعته الزوجة في أقل مدة للحمل، أي أقل من ستة أشهر، فهنا يثبت النسب من الزوج المتوفى و يفترض صحة إقرارها، أما في حالة عدم إقرار الزوجة بانقضاء عدتها فإن نسب المولود يثبت للمتوفى إذا وضعته ما بين تاريخ الوفاة و أقصى مدة للحمل (عشرة أشهر) أما أكثر من ذلك فلا يثبت به النسب لأنه من غير المعقول أن تكون قد حملت بعد وفاته [3].

---

[1] – نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة الجزائر،2006، ص93 ، ص94.

[2] – صلاح الدين أبو الحاج ، سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق ، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع ،الأردن 2005،ص341 ، ص342 .

[3] – د /مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، الزواج و إنحلاله ،ج 1، الطبعة التاسعة، دار الوراق للنشر والتوزيع،

وعليه فإن المشرع قد حدد المدة التي تستوجب فيها ثبوت النسب في حالة إنحلال الرابطة الزوجية ومهما كان سبب هذه الأخيرة، سواء كان سببه راجع لطلاق أو وفاة حددها بعشرة أشهر كحد أقصى لوضع الحمل و هذا ما تم النص عليه من خلال المادة 43 قانون الأسرة الجزائري [1].

و كان هذا رأي المشرع الجزائري أما نظرة الأئمة الأربعة فهي مختلفة، حيث قال الإمام أبو حنيفة أنه يثبت نسب المطلقة رجعيا إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ما لم تقر نإقضاء عدتها، ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت لإقرار فإنه يثبت نسبه لتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار وهذا كذلك في المطلقة بائنا والمتوفي عنها زوجها إذا إدعت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لتمام 6 أشهر لا يثبت نسبه من الميت وإن جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه.

أما المالكية فقالوا هي أربع سنين، فعندهم إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا أو طلاقا يملك فيه الرجعة، فإن المطلق يلزم بالولد إذا جاءت به لأربع سنين ، فالمعتدة إذا أقرت بإنقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد ستة أشهر فصاعدا بعد إنقضاء عدتها يلحق بالزوج مالم تتزوج [2].

دمشق،2001،ص214

214.

[1] – تنص المادة 43ق.أ.ج :"ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10)أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

[2] – أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 208 ،ص 209.

المطلب الثاني

ثبوت النسب بالزواج الفاسد

الزواج الفاسد يعد سبب لإثبات النسب و طريق لثبوته في الواقع ، فمتى ثبت الزواج ولو كان فاسدا ثبت كل ما تأتي به المرأة من أولاد ، ومن خلال مراجعة المواد 32-33-34 من قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا أن النكاح الفاسد هو الذي إختل فيه شرط من شروط الصحة ويتوفر فيه سبب من أسباب الفسخ ويعتبر هذا الأخير الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد [1] .

ستتناول في هذا المطلب تعريف الزواج الفاسد (فرع أول) ، ثبوت النسب في العقد الفاسد (فرع ثاني) وشروط ثبوت النسب بالعقد الفاسد (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد

هو كل نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ و تبين أمره قبل الدخول ، و قد حدد المشرع الجزائري هذه الأسباب في المادة 32 ق أ ج ، و هي أنه كل عقد إختل فيه واحد من الأركان أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو إرتد الزوج و تبين أمره قبل الدخول [2].

الفرع الثاني : ثبوت النسب بالزواج الفاسد

السبب في ثبوت النسب في النكاح الفاسد هو الدخول الحقيقي، و متى حصل الدخول و

---

[1] -بلخير سديد ، المرجع السابق،ص24.

[2] – طفياني مختارية ، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة بومرداس .

جاء الولد في المدة المحددة من يوم الدخول ، فالنسب يثبت [1].

و إذا تزوج رجل إمرأة وقد فقد عقد الزواج شرطا من شروطه أو ركنا من الأركان أو أكثر من ركن أو شرط مما يؤثر إختلاله في صحة النكاح ، فإن هذا النكاح يحكم بفسخه ولو بعد الدخول عند الفقهاء، وإذا نتج عن هذا الزواج الفاسد حمل ، فإن الولد ينسب لأبيه الحقيقي وهو الزوج [2]. لأنها تكون *قد* حملت به بعد أن صارت فراشًا له بالدخول بها، ولا يتوقف ثبوت نسب الولد في هذه الحالة على إعتراف الزوج بنسبه، وحتى إذا نفاه لا ينتفي لأن النفي في حال قيام الزواج الصحيح، إنما كان باللعان ولا ولعان بين الزوجين في الزواج الفاسد. وإن الشريعة الإسلامية نصت على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إذا تم الدخول بالفعل احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 40 قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول [3]. والفرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من حيث النسب أمرين :

- الأمر لأول: أن الفراش الذي يثبت النسب بموجبه يتحقق بالعقد في الزواج الصحيح ويتحقق بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، ولهذا حسبت مدة الحمل من مبدأ العقد في الأول ومن مبدأ الدخول الحقيقي في الثاني.

- أماالأمر الثاني: أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالعقد في الزواج الصحيح ولهذا إستطاع الزوج أن ينفي عن نفسه نسب من ولد لستة أشهر فصاعدا في الزواج الصحيح ، ولم يستطع أن ينفي نسب من ولد لهذه المدة

---

[1] – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء،ج1،الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005.ص 147.

[2] – د/ عبد القادر داودى ، المرجع السابق،ص192

[3] – د/ أحمد فراج حسين،المرجع السابق،ص311

في الزواج الفاسد [1]. إلا أن الفقهاء لا يفرقون بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح لأن في كليهما يثبت نسب الولد ويتم إلحاقه بأبيه [2].

الفرع الثالث:شروط ثبوت النسب بالزواج الفاسد

يشترط لثبوت النسب في النكاح الفاسد مايلي:

- تصور الحمل من الزوج الذي يدعي النسب بأن يكون بالغا.

- تحقق الدخول الحقيقي بالمرأة، فلا حكم لنكاح الفاسد قبل الدخول الحقيقي من حيث ثبوت نسب الولد [3] .

- أن تأتي المرأة المدخول بها في النكاح الفاسد بحيث تكون المدة بين الدخول والولادة ستة أشهر فأكثر، فعندما يثبت نسب الولد من الزوج بالفراش ، لأن الحمل يعتبر حاصلا بعد الدخول لأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما إذا كانت المدة أقل من ستة أشهر فلا يثبت نسب الولد من الزوج في الزواج الفاسد. ويتم حساب المدة من حين الدخول الحقيقي و الخلوة الصحيحة، إلا أن الفقهاء إختلفوا في هذا الشأن:

أبو حنيفة ويوسف : حساب مدة الحمل من وقت العقد .

أما محمد بن الحسن :حساب مدة الحمل من وقت الدخول ورأيه هو الراجح ، وعليه فان أقل فترة للحمل بالنسبة للزواج الفاسد تحسب من وقت الدخول بينما أقصى فترة الحمل تحسب

---

[1] – محمد محي الدين عبد الحميد،المرجع السابق،ص374.

[2] – د/عبد القادر داودى ، المرجع السابق ص 192.

[3] – بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و أثارها ،المرجع السابق ، ص 644.

من تاريخ التفريق بين الزوجين [1].

المطلب الثالث

ثبوت النسب بنكاح شبهة

ثبوت النسب بالوطء بشبهة هو إحدى الوسائل التي نصت عليها المادة 40 ق أ ج أنه يثبت النسب بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33و 34 من هذا القانون .

ولمعالجة هذا المطلب خصصت له ثلاثة فروع ، ففي الفرع الاول أتطرق الى تعريف وطء بشبهة ، وفي الفرع الثاني أتطرق الى أنواع الوطء بشبهة ، وفي الفرع الثالث أتطرق إلى ثبوت النسب بنكاح بشبهة .

الفرع الأول : تعريف الوطء بشبهة

الشبهة لغة : من أشبه الشيء الشيء أي :ماثله في صفات [2].

أما معناها الإصطلاحي : فهي الأمر الذي يشبه الثابت و ما هو بثابت ، وقد سئل الإمام أ حمد: ما الشبهات فأجاب هي منزلة بين الحلال و الحرام إذا إستبرأ لدينه لم يقع فيها والوطء بشبهة هو خطأ يقع فيه الشخص كأن يجامع أخت زوجته التوأم التي زفت إليه فلم يفرق بينهما ،و قد قيل هو وطء حرام لا حد فيه [3]. و في الحديث المتفق عليه :إن

---

[1] – محمود علي السرطاوي،المرجع السابق،ص301

[2] – أبو عبد الله بلال الجزائري ، إثبات النسب عند الوطء بشبهة بين قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية www.alqayim.net.2013،

[3] – أبو عبد الله بلال الجزائري ، نفس المرجع .

الحلال بين و أن الحرام بين، و بينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن إتقى الشبهات إستبرأ لدينه و عرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام [1].

الفرع الثاني :أنواع الوطء بشبهة

والشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة :كالشبهة في الحكم ، الشبهة في العقد الشبهة في الفعل، والتي سيتم عرضها كالتالي :

أولا : شبهة الحكم : فحاصلها أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل ، فيفهم من إباحة وقاع المرأة في حين أنه غير مباح له مثلا أن يواقع الرجل إمرأته التي طلقها طلاقا بائن وهي في عدتها منه ظنا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيا. إعتمادا على قول الرسول صلى الله عليه و سلم:" الكنايات رواجع".

ثانيا: شبهة العقد

فحاصلها أن يعقد الرجل على المرأة، و يدخل بها دخولا حقيقيا وهو يعتقد أنها تحل له ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له ، كما إذا تبين أنها أخته من الرضاعة مثلا .

ثالثا: شبهة الفعل

فمفادها أن يواقع الرجل إمرأة على أنها زوجته ثم تبين له من بعد ذلك أنها ليست بزوجته [1(2)].

---

[1] –أخرجه مسلم ، صحيح مسلم تحقيق فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، بدون سنة

[2] – محمد محي الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 370.

الفرع الثالث: ثبوت النسب بوطء بشبهة

السبب في ثبوت النسب في الوطء بشبهة هو الدخول الحقيقي ، و متى حصل الدخول و جاء الولد بعده بستة أشهر فأكثر من وقت الدخول لا من يوم العقد ، فالنسب هنا يثبت ، أما في حالة مجيء الولد لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول فلا يثبت النسب لأنه ثبت يقينا أنها كانت حاملا به قبل الدخول [1].

وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالوطء بشبهة، ففي بعضها أثبتوا النسب وبعضها الآخر لم يثبتوه، و مرد ذلك إلى الحكم على واقعة الدخول هل تعتبر كالزواج الفاسد أوكالباطل وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب ، من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة و الصداق و حرمة المصاهرة وغير ذلك ، و إن الاتصال الجنسي إذا لم يكن شبهة فيكون عندئذ زنا، ولا يثبت النسب بالزنا حتى و لو جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الزنا لأن الشريعة لم تعتبر الزنا سبب لثبوت النسب لقوله ص:(و للعاهر الحجر) [3].

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع إعتبر الوطء بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب و بالتالي قد أقر مطلقا بثبوت النسب في النكاح بشبهة إذا جاءت به المرأة مابين أقل مدة للحمل و أقصاها و هذا طبقا لنص المادة 40 ق.أ .ج المذكورة سابقا.

---

[1] – الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق،ص 147.

[2] –بلحاج العربي ،أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 647.

المبحث الثالث

الأسباب أو الوسائل الكاشفة لحق النسب

بعد أن تطرقت في المبحث السابق للأسباب أو الطرق المنشاة لحق النسب فسوف أتطرق في المبحث التالي للوسائل أو الطرق الكاشفة لحق النسب، و التي يتم فيها الكشف عن واقعة سابقة، وهذه الطرق حسب رأي الفقهاء تتمثل في كل من لإقرار والبينة وهي وسائل تنصب على إظهار نسب شخص مجهول فيكشف عنه بهذه الطرق فيصبح معترفا به شرعا و قانونا ، كما أقر المشرع الجزائري ثبوت النسب بهذه الطرق و ذلك من خلال نص المادة 40 ق.أ.ج .

وبالرجوع إلى الفقرة 02 من نفس المادة المذكورة سالفا نجد أن المشرع أجاز إثبات النسب بالطرق العلمية و هذا نظرا لتأثره بالتطورات العلمية في كلا المجالين البيولوجي و التكنولوجي و الذي نتج عنهما استحداث تقنيات في المعرفة العلمية، كما ترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إليها دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها ، علما أن البحوث الطبية و الدراسات العلمية في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية فالأول بكونه قطعي الإثبات و الثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس أنه ظني الثبوت يعطينا مجرد احتمالات .

وتفصيلا لما سبق ذكره سنتناول في هذا المبحث الوسائل التقليدية الكاشفة لحق النسب (مطلب أول) والوسائل المعاصرة (مطلب الثاني) أما فيما يخص المطلب الثالث خصصته لتحديد القيمة القانونية و الفقهية للطرق العلمية في إثبات حق النسب.

المطلب الأول

الوسائل التقليدية الكاشفة لحق النسب

سنتناول في هذا المطلب الإقرار كطريق تقليدي للنسب (الفرع الأول) والبينة في(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: ثبوت النسب بالإقرار

يتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى الإقرار كوسيلة تقليدية للكشف عن حق النسب من حيث تعريفه وأنواعه و شروطه وفي الأخير تبيان دوره في الإثبات.

اولا: تعريف الإقرار

أ-تعريف الإقرار لغة : هو إثبات الشيء ، والإعتراف به [1].

ب-الإقرار في الإصطلاح الشرعي: فهو إخبار الإنسان بحق عليه لأخر ، والإقرار بالنسب هو أن يعترف شخص بنسب شخص ما إليه [2].

ثانيا: أنواع الإقرار بالنسب وشروطه

يقسم أهل العلم الإقرار بالنسب إلى قسمين:

أ-الإقرار على النفس: و هو إقرار مباشر بحيث لاتكون فيه واسطة بين المقر و المقر له وهي البنوة و الأبوة و الأمومة ،مثلا: أن يقر الأب بأن فلانا ابنه ، أو أن يقر ابن أن فلانة

---

[1] – بلحاج العربي، أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 650.

[2] – د/عبد القادر داودى ، المرجع السابق ، ص 193.

أمه أو أن فلان ابوه، و الإقرار هنا حجة قاصرة على المقر لا تتعداه، و هو جائر في حالتي الصحة و المرض [1].

حتى يكون الإقرار المباشر صحيحا ومنتجا لأثاره و محققا لمقصده بتحقق الشروط الأتية:

- أن يكون مما يمكن أن يولد له مثله ، وأن يكون المقر في سن تسمح له بأن يكون مثل المقر له إبنا له مثلا: فلو كان عمر المقر له قريبا أو مساويا لعمر المقر كان هنا كذب الاقرار ظاهرا، فلا يثبت به النسب (فارق السن).

- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأنه لا يمكن ثبوت نسب ولد من رجلين.

- أن لا يصرح المقر بأن المقر له ابنه من الزنا لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب كما قررنا **من قبل**.

- أن يصادق المقر له إن كان مميزا المقر، لأن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى الغير بدون بينة، أما لو كان المقر له غير مميز، فلا يحتاج إلى تصديقه ويثبت نسبه من مدعيه و تجب له كل الحقوق [2].

ب- الإقرار المتعلق بغير المقر: و ذلك بأن يقر لشخص بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه فان الأخوة و العمومة و البنوة لإبن الإبن لا تثبت إلا بالتصديق على الإقرار من الأب عند الإقرار بالأخوة، والجد عند الإقرار بالعمومة، وأن يقيم المقر البينة على إقراره فيعامل المقر بمقتضى اقراره في حق نفسه، وهذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر، لأن من أقر

---

[1] – د/عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،2007، ص206.

[2] – د/ محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة ،الطبعة الثالثة ، دار المطبوعاتالجامعية،الجزائر،1992،ص30.

بأن فلانا أخوه إقتضى أن يكون المقر له إبنا لوالد المقر أولا، فإذا صح الإقرار، صح كون المقر أخا للمقر له [1].

و يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة المذكورة أعلاه توفر أحد الأمور الأتية:

– البينة

– تصديق المقر عليه إن كان حيا

– تصديق الورثة إن كان ميتا، فان أقر واحد فقط و أنكر غيره ، عومل بمقتضى إقراره هو فقط في الميراث لأن الإقرار حجة قاصرة و لا يتعداه إلى غيره [2].

***إقرار الزوجة أو المعتدة** : إذا كان المقر ببنوة الطفل زوجة أو معتدة، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الإعتراف ببنوته له أيضا، أو أن يثبت ولادتها له من ذلك الزوج ،لأن فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلابتصديقه [3].

ثالثا: ثبوت النسب بالإقرار

فحكم النوع الأول أنه يثبت به النسب ، من غير توقف على بيان سبب النسب من زواج أو غيره ، فإذا أقر شخص بأن هذا الولد إبنه ثبت نسبه منه و ترتب على هذا الإقرار جميع الحقوق التي تثبت للأبناء على أباءهم كالإرث و النفقة، متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته، والإقرار هنا حجة قاصرة على المقر لا تتعداه و هو جائز في حالتي الصحة و المرض، وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه و هو ما نصت عليه المادة

[1] – محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ،353.

[2] – د /عبد القادر داودى ،المرجع السابق،ص196،194.

[3] – د/مصطفى السباعي،المرجع السابق ،،ص216.

44 و45 ق.أ.ج فهذا يكون رأي المشرع الجزائري [1].

بينما رأي الفقهاء فيما يخص النوع الأول من الإقرار يشترط للأخذ بهذا الإقرار أن تصدقه القرائن و ظواهر الحال عند الحنفية ، وإشترط المالكية للأخذ بهذ الإقرار أن لا تكذبه ظواهر الحال [2].

الفرع الثاني: البينة

يتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى البينة كوسيلة كاشفة للنسب بعد إنشائه ، من حيث تعريفها وتبيان دورها في إثبات حق النسب

أولا: تعريف البينة

للبينة معنيان:

أ- **البينة بمعنى الدليل:** وهي الحجة أو البرهان، و البينة ترشد إلى الصواب و الإقناع.

ب- **البينة بمعنى الشهادة:** ويقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاءعما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره[3]. و البينة هي شهادة رجلين أو رجل و إمرأتين و هذا هو نصاب الشهادة في غير الزنا [4].

---

[1] – د/ بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية،الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر،2008،ص234.

[2] – محمود علي السرطاوي، المرجع السابق ،ص 302.

[3] – بومجان سولاف ، المرجع السابق، ص33.

[4] – نبيل صقر، المرجع السابق ،ص 102.

ثانيا : أنواع البينة

أ – **الشهادة المباشرة :** ويقول فيها الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره ، و الشاهد يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية ، سواء رآها بعينه أو سمعها بأذنه ، و تكون الشهادة عادة شفوية .

ب – **الشهادة السماعية** : و تكون غير مباشرة ، و تختلف عن الشهادة المباشرة ، كون أن الشاهد يشهد بما سمعه رواية عن غيره و هي تعتبر شهادة على شهادة .

ج – شهادة بالتسامع : وهي شهادة بما يتسمع به الناس ، فلا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع في وسط الناس عن هذه الواقعة .

د– الشهادة بالشهرة العامة: هي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية، تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة [1].

ثالثا : دور البينة في ثبوت النسب

البينة تعد وسيلة من الوسائل الكاشفة لواقعة مادية موجودة وجود حقيقي ألا وهي النسب و من هنا يكون الإثبات في هذا الأخير عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل و إمرأتين وعليه إذا إستطاعت المرأة أو الرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب ثبت شرعا و قانونا وترتب عليه كل الحقوق و الأحكام المترتبة على قرابة النسب [2].

ويقول الفقهاء أنه إذا إختلف الزوجان في إثبات ولادة المولود بأن إدعت الزوجة الولادة في وقت معين أو إدعت أن المولود هو ذلك الولد، و أنكره الزوج ، يكفي في إثبات ما ينكره الزوج شهادة

---

[1] – صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون،جامعة الجزائر،2007، ص40.

[2] – د/ بن شويخ الرشيد،المرجع السابق،ص236.

القابلة هذا إذا كانت الزوجية قائمة، وهذا كان حسب رأي مذهب أبي حنيفة وأصحابه ووافقه أحمد بن حنبل ولكن الإمام مالك إشترط شهادة إمرأتين و إشترط الإمام الشافعي شهادة أربع من النساء أما إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو وفاة فجاءت بولد فأنكره الزوج فإن الولادة لا تثبت إلا بشهادة رجلين و رجل و امرأتين [1]. و هذه الأخيرة تسمى بالبينة الكاملة التي إشترطها الأحناف في إثبات النسب، أما الحنابلة و الشافعية فقد إشترطوا شهادة جميع الورثة، أما الشيعة فقد فرقوا بين النسب و الولادة و إشترطوا في إثبات النسب شهادة رجلين أما في الولادة فقد أجازوا شهادة المرأة منفردة [2].

وعليه تجدر الإشارة إلا أن المشرع الجزائري صرح في نص المادة 40 ق أج أنه يثبت النسب بالبينة و جعلها وسيلة من الوسائل الكاشفة لحق النسب، وهي حجة متعدية غير قاصر حكمها الثابت بها على المدعى عليه ، بل يتعداه إلى غيره .

المطلب الثاني

الوسائل الحديثة (المعاصرة) للنسب

قبل التطرق إلى هذه الوسائل تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية للكشف عن الواقعة المادية و هي النسب من خلال نص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب مع عدم تحديد معناها و كذا صورها ، وهي إضافة مهمة في مكانها الصحيح بحيث يستعان بالطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة ،ومنعا من التلاعب في قضايا إثبات النسب جعل المشرع الأمر جوازيا و ليس مطلقا ، ولكن مع الدراسات العلمية و البحوث الطبية الكثيفة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية بعد أن كان العالم

---

[1] – د/محمد صبحي نجم،المرجع السابق،ص 29،30.

[2] – طفياني مختارية، ،المرجع السابق ، ص72.

بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، وذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء (abo)، وتلا هذا الإكتشاف تحليل الحمض النووي (adn) بالإضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الإكتشاف [1].

وعليه سنتناول الطرق العلمية القطعية و المتمثلة في البصمة الوراثية (فرع أول) والطرق العلمية الظنية (فرع ثاني) .

الفرع الأول: الطرق العلمية القطعية(البصمة الوراثية)

يتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى البصمة الوراثية من حيث تعريفها وخصائصها وشروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها و في الأخير تبيان دورها في إثبات حق النسب .

أولا : تعريف البصمة الوراثية

أ – تعريفها لغة :

البصمة الوراثية: مركب وصفي من كلمتين (البصمة و الوراثية) .

– البصمة : من بصمة وهي كلمة عامية تعني العلامة و أثر الختم بالإصبع .

– أما الوراثية : فهي من الوراثة من مصدر ورث وهو الإنتقال، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل لأخر [2].

ب–اصطلاحا:

ويقصد بها البنية الجينية نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المعروف بأي– دي– أنA.D.N وهي المادة الوراثية التي يحملها الإنسان بالوراثة عن أبيه و أمه في خليته الجينية[3] .

---

[1] – أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية ،دار الجامعة الجديدة ، مصر ،2010،ص 183

[2] – حسام الأحمد ، المرجع السابق ، ص 19.

[3] – أحمد شامي، المرجع نفسه، ص181.

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

وتتلخص أهم الخصائص فيما يلي:

- تعد البصمة الوراثية أدق وسيلة في تحديد هوية الإنسان أو إثبات أو نفي الأمومة.

- إنفراد كل شخص ببصمة وراثية لا تتوافق و لا تتشابه مع أي شخص أخر في العالم إلا في حالة التوائم المماثلة.

- إمكانية الإحتفاظ بها في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة و إستحضارها كلما دعت الحاجة لذلك.

- يمكن إستخلاص البصمة الوراثية من الحامض النووي لأي خلية في جسم الإنسان ماعدا خلايا الدم الحمراء التي لا يوجد بها حمض نووي [1].

ثالثا: شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها

و التي بدورها تنقسم إلى قسمين:

أ-الضوابط الشرعية والقانونية للعمل بالبصمة الوراثية:

و تتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة الشريفة ، ومن ثم لا يجوز إستخدامها في التشكيك في صحة الأنساب المستقرة الثابتة و زعزعة الثقة بين الزوجين.

---

[1] – أحمد شامي، المرجع السابق، ص184.

– يجب أن لا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق و الحس والواقع ،فمثلا لايمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه لأن البصمة الوراثية هنا تكون قد إعتراها الخطأ و التلاعب وخالفت العقل و الواقع وهو ما ينبغي رفضه.

– أن تكون أوامر التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناءا على أوامر من القضاء أو من له سلطة ولي الأمر حتى يقفل باب التلاعب و إتباع الأهواء الظنية عند ضعاف النفوس.

– أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه و المحافظة عليه [1].

ب–شروط البصمة الوراثية من الناحية العملية:

–أن تكون المختبرات و المعامل الفنية تابعة للدولة و تحت رقابتها.

–أن تكون هذه المختبرات و المعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية و المواصفات الفنية القابلة للإستمرارية والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة.

–أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء وفنيين.

–أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية و المستوى الرفيع وممن يشهد لهم بالتقدم العلمي والتقني حتى لا يؤدي عدم ذلك إلى تدهور النتائج

[1] – حسام الأحمد ، المرجع السابق ، ص 118، 119.

الفنية و بالتالي ضياع الحقوق من أصحابها[1].

رابعا : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

لقد ذكرنا سابقا أن النسب الشرعي يثبت بالطرق الشرعية و القانونية المحددة في المادة40 /1ق.أ.ج، كما يمكن اللجوء إلى الطريقة العلمية لإثبات النسب و المتمثلة في البصمة الوراثية كخبرة طبية أ و كدليل علمي ،لإثبات البنوة أو الأبوة بيولوجيا وفقا للمادة40 /2ق.أ.ج و عليه لايجوز للبصمة الوراثية بأي حال من الأحوال أن تتقدم على الطرق الشرعية و القانونية التي أوردها المشرع لثبوت النسب ،لأنها حسب رأيه تعد دليلا مساعدا أو إحتياطيا يأخذ به القاضي في حال فقدان الطرق الشرعية كما في حال النسب المجهول أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية، و البصمة الوراثية تعد قرينة من القرائن وتخضع لسلطة تقدير القاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية ولا يمكن اللجوء إليها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا أو التشكيك فيها، كما أن نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يكون إلا باللعان فليس للبصمة الوراثية أن تتقدم على اللعان في نفي النسب.

و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي في مسألة ثبوت النسب نجد أنه كان يعتمد على وسيلة تسمى "بالقيافة" والتي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل و الفرع أما في العصر الحاضر تم إكتشاف العلامات الوراثية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ، والتي تقوم أساسا على معرفة الشبه بين الولد و والديه ولكن عن طريق النمط الوراثي العلمي للحامض النووي (أي.دي.أن)، و قد أفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية تعد وسيلة قطعية تمتاز بالدقة في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين [2].

---

[1] – خليفة علي الكعبي، نفس المرجع، ص33.

[2]– عبد القادر ادريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،2010 ص126، ص،127.

الفرع الثاني: الطرق الظنية في إثبات النسب(تحليل فصائل الدم)

يتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى تحليل فصائل الدم كطريقة ظنية لإثبات النسب من حيث تعريف الدم مع تحديد مكوناته ووظائفه و في الأخير تبيان دور تحليل الدم في إثبات النسب أو نفيه.

أولا: تعريف الدم

أ-الدم في الإصطلاح الطبي: هو السائل الأحمر الذي يضخه القلب عبر الشرايين و الأوردة و الشعيرات الدموية إلى الجسم ، و هو عبارة عن نسيج مؤلف من خلايا متنوعة هي كريات بيضاء وأخرى حمراء و صفائح دموية تسبح جميعها وسط سائل لزج ، يدعى البلازما، و لونه أحمر، و طعمه مالح و يتبدل لونه حسب درجة تشبعه بالأكسجين [1].

ثانيا: مكونات الدم : يتركب الدم من العناصر التالية:

1-البلازما: وهو عبارة عن سائل مائي لونه أصفر ، باهت تسبح فيه مكونات الدم الأخرى.

2-كريات الدم الحمراء: وهي عبارة عن كريات دائرية الشكل شديدة التمييز، ولها غشاء خلوي عادي، وسبب تسميتها بكريات الدم الحمراء بدلا من خلايا الدم الحمراء هو عدم إحتوائها على النواة و على مكونات الخلية الحية.

3-كريات الدم البيضاء: و هي مجموعة من الخلايا حقيقة النواة، و تختلف عن الكريات الحمراء ببعض الصفات، كفقدان اللون الأحمر، وكبر حجمها، وقدرتها على الإنقسام كما سميت بهذا الإسم لخلوها من الهيموجلوبين، وتعتبر الخلايا البيضاء خلايا دفاعية، تعمل كخط دفاع في الجسم بمعنى أنها تعمل على قتل الميكروبات الداخلة إلى الجسم

4-الصفائح الدموية : و هي جسيمات صغيرة جدا، وهي أجزاء من سيتوبلازم وهي الخلية

[1] – عبد الله علي الصيفي وعارف عز الدين حسونة،تحليل الدم و دوره في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية 2011 .www.lawgo.net

الموجودة داخل النخاع العظمي، و يطلق عليها أيضا الخلايا المتجلطة [1].

ثالثا: وضائف الدم : للدم وظائف متعددة و مختلفة وهي كالتالي:

– التنفس: حيث يقوم الدم بنقل الأكسجين من الرئتين إلى الأنسجة بواسطة الهيموجلوبين ويقوم بنقل ثاني أكسيد الكربون من الأنسجة إلى الرئتين لطرحها خارج الجسم.

– التغذية: يقوم الدم بنقل و توزيع المواد الغذائية من الجهاز الهضمي إلى جميع أنسجة الجسم.

– الإخراج يقوم الدم بتخليص الجسم من المواد السامة و الضارة مثل البولين عن طريق الكلية.

– التوازن المائي: يقوم الدم بالمحافظة على كمية الماء الموجودة في الجسم، وذلك عن طريق إخراج الماء الزائد عبر الكليتين و الجلد.

– نقل إفرازات الهرمونات: حيث يقوم الدم بنقل الهرمونات التي تفرزها الغدد من مراكز تكوينها إلى الأعضاء التي تتأثر بها.

– تجلط الدم: يعمل الدم على الوقاية من النزيف بواسطة التجلط فيحافظ على كمية الدم الطبيعية في الجسم.

–تنظيم حرارة الجسم: يساعد الدم في تنظيم درجة حرارة الجسم، حيث يشترك مع الجلد في حفظ درجة الجسم ثابتة ، و ذلك عن طريق الأوعية الدموية [2].

–الحماية: حيث يساعد الجسم في الدفاع عن نفسه سواء ضد الأجسام الغريبة أو الجراثيم و

---

[1] – عادل الأنصاري ،تركيبة الدم ،2011 ، lewbpedagogique.com

[2] – عائشة ابراهيم أحمد المقادمة ، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة ، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية ، بغزة فلسطين ، 2012 ، ص 38، ص 39.

الميكروبات [1].

رابعا: دور تحليل الدم في إثبات النسب

الدم البشري يشتمل على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب و الأم، فيأخد الولد نصف الصفات من أبيه و النصف الأخر من أمه يعني مناصفة ، سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين ، ففي حالة توافق الفصائل بين الطفل و مدعيه ، فإن هذا ليس قطعيا في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحدا منهم و مثلا : لو ولدت إمرأتان في مستشفى و إختلط الولدان و تعذر تمييزهما فيمكن عن طريق تحليل الدم معرفة نسب الولد الصحيح وفي حال إختلاف الفصائل يكون التحليل قاطعا في نفي النسب أما في حال التوافق فيتم إلحاقه و لكن من باب الإحتمال فقط.

وفصائل الدم البشري تنقسم إلى أربع فصائل حسب رأي الدكتور لاند (مكتشف الفصائل) وهي :

A–B–AB–O

و ما يمكن إستخلاصه أن وراثة فصائل الدم يؤخذ بها في نفي النسب لا في إثباته بمعنى أنه إذا إدعى زوجان ببنوة ولد ما ثم تبين من تحليل الدم أن هذين الزوجين لا يمكن أن يولد لهما ولد يحمل هذه الزمرة من الدم، فتم القضاء بعدم بنوة هذا الولد لمثل هذين الأبوين و هذا معنى النفي، أما إذا تبين أن فصيلة دم هذين الزوجين توافق فصيلة دم الولد فلا يحكم القاضي بثبوت النسب لأنه يبقى محتمل و ذات حجية ظنية في الإثبات و لهذا تم اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة علمية قطعية للإثبات اليقيني للنسب [2].

---

[1] – عائشة ابراهيم أحمد المقادمة،المرجع السابق، ص 40.

[2] – حسام الأحمد ، المرجع السابق ، ص 78، ص 79.

المطلب الثالث

القيمة القانونية و الفقهية للطرق العلمية(البصمة الوراثية) في إثبات النسب

اللجوء إلى الطرق العلمية، لا يتعارض في شيء مع أحكام الشريعة الإسلامية بل هي تدعيم للقاعدة الأصلية "الولد للفراش" ذلك أن الفقه الإسلامي قادر على مسايرة المعطيات العلمية المعاصرة و إقامة العدل الذي يقوم عليه القضاء عن طريق الإستعانة بالطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وإتضح كذلك تأثر المشرع الجزائري بالتطورات العلمية الحاصلة في كلا المجالين البيولوجي و التكنولوجي والذي إستحدث طرق علمية لإثبات النسب والتي تم النص عليها في الفقرة الثانية من المادة 40 ولما جعل الأمر جوازي على القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية كان هذا إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها و حجيتها وهذا فتح المجال لإختلاف فقهي حول هذه الوسيلة الحديثة و المستجدة وهي (البصمة الوراثية) فمنهم من يجيز إثبات النسب بها و منهم من لا يجيز ذلك [1].

وعليه سنتناول موقف الفقه من البصمة الوراثية (فرع أول) وموقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية (فرع ثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه من البصمة الوراثية

تعتبر مسألة البصمة الوراثية و مدى الإحتجاج بها في إثبات النسب من القضايا المستجدة التي إختلف فيها فقهاء العصر إلى رأيين: رأي يجيز إثبات النسب بها و رأي أخر لا يجيز ذلك ، وهذا ما سنبينه من خلال الآتي:

[1] – د/عبد القادر داودى ، المرجع السابق ، ص 200 ، ص201.

– **الرأي الأول:** ذهب فريق من العلماء والمعاصرين إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية و ذلك تخريجا على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة عند النزاع على النسب.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب (القيافة ،الشهادة) من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة ، وذلك لإستنادها على ضوابط علمية (المورثات الجينية).

–**الرأي الثاني:** فحسب رأيهم هو عدم إعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب والظاهر أنهم تأثروا بما ذهب إليه فقهاء الحنفية من عدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقة من الماء لا إثبات الفراش ، فلا تكون حجة في إثبات النسب.

و استدل أصحاب هذا الرأي لقوله تعالى :"الذي خلقك فسواك فعدلك في أي صورة ما شاء ركبك ". فالله ركب و خلق الإنسان كما يشاء و ليست قاعدة التشابه بين الولد أصوله ومعنى ذلك أن القيافة تعتمد على الشبه ، و هذا الأخير قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، و لما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب فإنه يسقط الإستدلال بها تبعا لذلك .

–الرأي الراجح : هو رأي الجمهور، و ذلك لأن أصحاب الرسول صلى الله عليه و سلم إعتبروا النسب بالنسبة لقول القائف، فاذا كانت القيافة تعتمد على الشبه ، فالبصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب مثل القيافة من حيث درجة الوصول إلى

الحقيقة [1] .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية

المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84-11 لم يتضمن نص خاص بالبصمة الوراثية و إكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الاسلامي كوسائل لإثبات النسب ونظرا لتأثر المشرع بالتطورات العلمية أدى به الأمر الى تعديل نص المادة40 في فقرتها الثانية والتي نصت على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، و كان الإقتراح بتحديد الطرق العلمية القاطعة تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية [2]. لكون أن البصمة الوراثية تقوم أساسا على معرفة الشبه بين الولد و أبيه عن طريق النمط الوراثي للحمض النووي آي دي أن) ، فهي نوع من القيافة لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة، كما لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة النسب بهذه الطريقة إلا باللجوء إلى إستشارة أراء الخبراء و العلماء المتخصصين في مجال البيولوجية للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة، وفي هذا يقول الدكتور سعد الدين هلالي:" وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية ، دون ما كشف للعورة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، ودون ما تشكك في ذمم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع الى كشف ألي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للاثبات" [3] .

---

[1]- أحمد شامي،نفس المرجع،ص189،188،187،185.

[2] -بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص 668 ،ص669 .

[3] -حسام الاحمد،المرجع السابق ،ص 75.

خلاصة الفصل

نخلص من خلال ما درسناه في هذا الفصل أن النسب هو من أول الحقوق التي تثبت للولد منذ الولادة، لكون إنتمائه ونسبه من أمه ثابت بالولادة سواء كانت العلاقة شرعية أو غير شرعية، أما فيما يخص نسبه وإتمائه إلى أبيه فسببه الشرعي هو الإتصال بالمرأة في زواج صحيح سواء كان حال قيام العلاقة الزوجية أو حال إنقضائها، وإن الأساس في النسب هو إثباته، فثبوت النسب حق للولد، فلا يصدق الزوجان في إبطاله ولو تعاونا على ذلككما يثبت النسب أيضا في جانب الرجل بالزواج الفاسد، وهو الذي فقد شرطا من شروط صحته وكذلك يثبت هذا الحق من خلال الاتصال بالمرأة بناء على شبهة والذي يرجع سبب ثبوت النسب فيه إلى الدخول الحقيقي.

كما تم إبطال الزنا والعهر كأن تكون طريقا لثبوت النسب لكون الزاني ليس له إلاّ الرجم بالحجارة يعني أن الزنا لا يثبت نسبا.

وبالإضافة إلى الأسباب المنشأة لحق النسب هناك أسباب أخرى كاشفة لهذا الحق فحسب رأي الفقهاء تتمثل في أسباب تقليدية تشمل كل من الإقرار والبنية وكذلك أسباب حديثة (علمية) تشمل الطرف العلمية الطيبة (تحليل فصائل الدّم) وكذا الطرف الطرق العلمية القطعية (البصمة الوراثية).

أما عن موقف المشرع الجزائري نلاحظ أنه سار على نفس منهج الفقهاء فيما يخص الأسباب المنشأة لحق النسب ونص عليها من خلال نص المادة 40ق،أ،ج ، وكذا نظرا لتأثره بالتطورات العلمية فإنه نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات حق النسب،حيث أنه ترك السلطته التقديرية للقاضي في ذلك دون تحدي المقصود منها أو حصر لصورها في إثبات هذا الحق.

الفصل الثاني
حق الأولاد في الحضانة

بعد تطرقنا في الفصل الأول إلى حق الأولاد في النسب، والذي يعتبر من أهم الحقوق المقررة شرعا للأولاد، والمتفرع عنه العديد من الحقوق من بينها حق الأولاد في الرعاية والتربية التي خصتها الشريعة الإسلامية عناية بالغة لما تخلفه من أثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع لأنها تختص بالصغير بإعتباره اللبّنة الأولى التي تتكون منها الأسرة .

والحضانة تعد من النتائج المترتبة عن إنحلال الزواج ، لكون موضوع الحضانة لا يطرح في حالة قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين لأن الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد بإعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير الذي لا يستطيع التكفل بنفسه ولكن في حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة ينشأ ويطرح بحدة لتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير، ولهذا السبب نجد أن التشريع الإسلامي قد ضبط هذا الموضوع من خلال النصوص الشرعية وإجتهادات الفقهاء حتى لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين، ومسألة الحضانة تعد من أصعب المسائل المطروحة على القاضي لأن الأحكام التي يصدرها يكون أساسها مراعاة مصلحة المحضون بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة، وإنحلال عقد الزواج يترتب عليه حقين حق للولد في التربية والرعاية وحق للحاضن الذي يكون أقدر على الإهتمام والعناية بشؤون المحضون.

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري موضوع الحضانة من خلال المواد من 62 إلى 72 ق، أ،ج والذي يعرف الحضانة من خلال نص المادة 62 أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، مع وجوب توافر في

الحاضن مجموعة من الشروط من عقل وبلوغ وقدرة.. إلى غير ذلك من الشروط العامة وكذا شروط خاصة بالنساء وشروط خاصة بالرجال بالرغم من عدم ذكرها من طرف المشرع الجزائري بل إكتفى بكلمة أهلا مما يحيلنا الأمر إلى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 ق. أ. ج وقد روعي في هذه النصوص جملة من المسائل لعلّ أولهما أنه أعطى الأولوية للأم في أحقية الحضانة وذلك تحقيقا لمصلحة المحضون ومتى توفرت الشروط اللازمة للرعاية ، ولكن هذا الترتيب ليس إلزامي ويمكن مخالفته إذا كانت مصلحة المحضون تستدعي ذلك. ومنعا من التعسف نص المشرع الجزائري على حق الزيارة عند إسناد الحضانة للحاضن،كما أوجب للحاضن مقومات أساسها المال و دلك لتغطية كل ما يحتاجه المحضون من ضروريات بإعتبار أن العنصر المادي من مأكل و ملبس و مسكن أو بدل إيجار و أجرة للحاضنة مقابل العمل الذي تؤديه كل ذلك يساهم بشكل كبير في راحة الطفل و شعوره بالحماية غير أن عدم قدرة الطفل تعتبر عجز مؤقت ينتهي ببلوغ سن إكتمال الأهلية القانونية و التي يصبح من خلالها قادرا على الإستغناء على غيره في تولي أموره ,وعليه إن قام الحاضن بما ألزمه القانون بقي له هذا الحق و إن أخل بإلتزاماته وجب إسقاطها منه كما يمكن عودتها عند زوال السبب ،كما يمكن أن تسقط لسبب راجع لتصرف مستحقي الحضانة و التي لايمكن عودتها له إذا طلبها.

وتفصيلا لذلك قسمت هذا الفصل إلى معرفة هذا الحق من خلال مفهوم الحضانة (مبحث أول) والأحكام الموضوعية بعد إسناد الحضانة (مبحث ثاني).

المبحث الأول

مفهوم الحضانة

من أهم الآثار القانونية لإنحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشئونه والطفل حظي بعناية بالغة من قبل الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري من خلال تشريع أحكام تحفظ حقوقه وتكفل رعايته منذ الولادة حتى البلوغ ، والحضانة حسب رأي المشرع الجزائري هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ، كما أنها حق للولد وحق للحاضن فحق للولد لكون هذا الأخير غير قادر على تولي شؤونه بنفسه فبالطلاق ينشأ حقه في من يكفل شؤونه وحق للحاضن في أحقية الحضانة مع وجوب توفر مجموعة من الشروط و ذلك لكي يصبح أهلا لرعاية هذا الولد.كما حدد وتطرق قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 64 إلى تحديد أصحاب الحق في الحضانة على سبيل الدّقة ورتبهم حسب الأولوية تجنبا لأي نزاع فيها، غير أن هذا الترتيب في إسناد حق الحضانة لأي منهم يخضع لتقديم القاضي الذي يراعي في ذلك مصلحة المحضون مع إسناد الحضانة لمستحقيها مع الحكم بحق الزيارة التي حتى لا يحرم المحضون (الولد) من أهله تعسفا منه.

وعليه قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب فتناولت تعريف الحضانة (مطلب أول) وشروط إستحقاق الحضانة (مطلب ثاني) وفي الأخير مراتب الحاضنين (مطلب ثالث).

المطلب الأول

تعريف الحضانة

لمعالجته هذا المطلب خصصت له ثلاثة فروع ، ففي الفرع الأول أتطرق إلى تعريف الحضانة لغة و إصطلاحا وفي الفرع الثاني أتطرق إلى التعريف الفقهي للحضانة وفي الأخير كفرع ثالث أتطرق إلى التعريف القانوني للحضانة.

الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة و إصطلاحا

أولا:تعريف الحضانة لغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرها مأخوذ من الحضن، وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما وحضنت الأم ولدها، إذ ضمنته إلى جنبها أو صدرها [1]. فيقال :حضن الطائر بيضه إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكذا المرأة حينما تضم ولدها وتحضنه.

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

هي ضم الأم ولدها الى جنبها و اعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه و امساكه قبل الفرقة أو بعدها [2].

الفرع الثاني :تعريف الحضانة فقها:

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا وعقليا كي يقوي على النهوض بتبعات الحياة والإضطلاع بمسؤولياتها

–وقد عرفها الإمام مالك:هي حفظ الولد وصيناته والقيام بمصالحه حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء.

---

[1] – د/ عبد الحميد الجياش ،الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما دراسة فقهية مقارنة ،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2009، ص287.

[2] – باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،بدون طبعة،دار الهدى ،الجزائر،2012،ص123.

-أما بعض فقهاء الشافعية يعرفونها بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ، بما يصلحه ويقيه وما يضره .

-"**وعند الحنفية** :" تربية الولد ممن له حقها" .

وفي المذهب الحنبلي يعرفونها على أنها" حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه [1].

الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة

إن المشرع الجزائري عرف الحضانة من خلال نص المادة 62 ق،أ،ج كالأتي:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربية على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" تطرق من خلال تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة وجمع في عموميته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية إلاّ أنه خالف تعريف الفقهاء في اعتبار المحضون يتجاوز الصغر وعدم الاحتلام إلى البلوغ الشرعي المرادف لسن التمييز [2].

المطلب الثاني

شروط استحقاق الحضانة

تعد الحضانة من الولايات الخاصة، والغرض منها صيانة المحضون ورعايته ، وهذا لا يتحقق إلاّ إذا كان الحاضن أهلا لذلك بمعنى أن يكون الحاضن قادرا ماديا وقانونيا على توفير وتولي شؤون الصغير بالتّراضي أو التقاضي، وإن البعض ينظر إليها على أنها حق للحاضن و لكنها في أول الأمر ونهايته حق للصغير المفتقر إلى من يرعاه، وليست حق

[1] – الدكتور أحمد محمد علي دواد/الأحوال الشخصية ،الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،2009، ص09،ص10.

[2] – عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر

لأحد سواه ، وليس كل من جاء في ترتيب المستحقين للحضانة من يكون أهلا لها فللحضانة شروط إ شترطها الفقهاء، من شأنها أن لا تثبت الحضانة إلاّ لمن توفرت فيه.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع حدد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بفقرة جد مختصرة في المادة 62 ق، أ،ج [1]."أن يكون أهلا بذلك" والأهلية المنوه عنها هي تلك المتعلقة بالقدرة والإستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه وهاته المهمة لا يمكن أن تؤدى على أكمل وجه إلاّ بتوافر عديد الشروط التي أجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 منه على أنه يمكن الرجوع إلى الشريعة فيما لم يرد عليه النص في القانون وهذه الشروط هي على ثلاثة أقسام: شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء ، وشروط أخرى تخص النساء بمفردهن وشروط تخص الرجال لوحدهم.

وتفصيلا لذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، الشروط العامة الخاصة بالرجال والنساء(فرع أول) والشروط الخاصة بالنساء(فرع ثاني) والفرع الثالث خصصته للشروط الخاصة بالرجال.

الفرع الأول: الشروط العامة الخاصة بالرجال والنساء

الأهلية في الحضانة تثبت للرجل كما تثبت للمرأة، وإن قدم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملا وصبرا على تلبية طلباته وحاجياته بحكم الفطرة ولكي تثبت الأهلية للحضانة لا بد من توافر شروط عامة في الرجال والنساء والتي تتمثل فيما يلي:

أولا: العقل

يعني أن يكون الحاضن مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه يتعلق بحضانة الصغير،لأنه ليس باستطاعة المجنون أن يقوم بشؤون نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره، ويرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون، سواء كان جنونا متواصلا أو متقطعا، فكلاهما يعد من موانع الحضانة، وإضافة إلى العقل إشترط المالكية الرشد ،أما

[1] – تنص المادة 62 فقرة 02:"ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

عن الحنابلة أيضا إشترطوا في الحاضن أن لا يكون مريضا مرضا منفر [1].

وأكد ذلك المشرع على شرط العقل من خلال المادة 87ق، أ،ج ونص على أن الحضانة هي ولاية على النفس كون من تعطى له الحضانة لا ينبغي أن تكون تصرفاته غير نافذة .

ثانيا: البلوغ

حتى تتوافر أهلية الحضانة لابد أن يكون الحاضن بالغ يستطيع تحمل مسؤولية المحضون لكون الحضانة مهمة صعبة ومسؤولية شاقة، لاّ يتحمل تبعاتها الا الكبار،وعليه منع الصغير ولو كان مميزا من الحضانة لكونه عاجز ومحتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره [2].

ثالثا: الأمانة

إن الأمانة صفة في الحاضن يجب توفر ها فيه لكي يكون أهلا للحضانة والأمانة المقصودة هنا هي أن يكون الحاضن أمينا في خلقه مع المحضون وأمينا في الاهتمام به ورعايته مصالحته ،لأن الحاضن الذي يغيب طول النهار أولا يهتم به ويتركه يخالط رفقاء السوء لا يكون قادرا على الحضانة [3].

رابعا: القدرة على القيام بشؤون المحضون

من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو تقدم في السن فلا تكون أهلا للحضانة ويرى غالبة الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة ولا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يقف بينها وبين المحضون حائلا عن القيام بشؤونه ولا متقدمة في السن ولا لغير

---

[1] – باديس دياني ، المرجع السابق ، 128.

[2] – محمد كمال الدين إمام،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، بدون طبعة ،الدار الجامعية،مصر ، ص491.

[3] – عبد العزيز سعد،المرجع السابق ص 296.

المكترثة بشؤون بيتها و أبنائها [1].

خامسا: الإسلام

إختلف الفقهاء بشان الإسلام كشرط من شروط ممارسة الحضانة:

–فالشافعية والحنابلة يرون أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد الحضانة عندهم لغير المسلمة ،مستشهدين بقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" .[2]

–أما المالكية والأحناف فلا يرون أن الإسلام شرطا لممارسة الحضانة، فيجوز أن تكون الحاضنة غير مسلمة، وتبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل و خدمته وذلك يجوز للمسلمة وغيرها.

كما أضاف الأحناف شرط أن لا تكون الحاضنة الغير مسلمة مرتدة لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب أو تعود إلى الإسلام[3].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه ساير المذهب المالكي لكون دور الحاضن لا لا تتعدى حد الارضاع وخدمة المحضون ودليل ذلك ما ورد في المادة 62 ق،أ،ج[4].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة نجد

---

[1] – رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ، 2007، 590.

[2] – سورة النساء ،الأية 141.

[3] – باديس ديابي ،المرجع السابق ،ص 130، 131.

[4] – تنص المادة 62ق.أ.ج:"الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر عى حمايته وحفظه صحة و خلقا."

أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة والتي يتم ذكرها كالأتي:

أولا: أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه

يعني أن لا تتزوج الحاضنة بأجنبي عن الصغير،لما رواه احمد وغيره أن امرأة قالت:يا رسول الله،إن ابني هذا كان في بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني ،فقال :أنت أحق به ما لم تنكحي "[1]. فهذا صريح في أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب،إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت حضانتها، لأن الأجنبي يبغضه ويتمنى موته ،ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة، وهذا واقع معاش،أما إذا تزوجت بذي رحم من الصغير فإن هذا الأخير له شفقة على نفع المحضون ورعاية أمره مع التعاون مع أمه على كفالته وتربيته على أحسن الوجوه لأنه شاركها في القرابة[2].

ثانيا: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون

إن سكن الحاضنة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك،فشرط السكن اللائق والملائم شرط ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة في دراسته وصحته وخلقه لأن التربية السليمة لا تقم بغذاء البدن، فقط بل بسلامة الروح أيضا[3].

ثالثا: ألا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند إعسار الأب:

إن إمتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند عجز الأب عن دفع أجرة الحضانة، فهذا بعد مسقطا لحقها في الحضانة،وفي حالة قبول قريبة أخرى بتربية الطفل

---

[1] – أخرجه أبو داود في الطلاق ،باب من أحق بالولد رقم 2276.

[2] – رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق،ص592.

[3] – محمد كمال الدين امام ،المرجع السابق،ص493،492.

مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة [1].

الفرع الثالث :الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى الشروط العامة شروط خاصة أقرها الفقهاء وهي كما يلي:

أولا :أن يكون الحاضن محرمًا إذا كانت أنثى

أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها ،وعلى هذا لا يكون للرجل الحق في حضانة ابنة عمه ليس محرما لها سدا لذريعة الفساد والفتنة.

فيرى الأحناف والحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذار من الخلوة بها لانتهاء المحرمية ،أما في حالة عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضانتها لأنه في حال البلوغ لا يكون لابن العم حضانة ابنه عمه البالغة.

أما الحنفية فإنهم أجازوا حضانة ابن العم لبنت عمه إذا لم يكن لهما أحد [2].

ثانيا: إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون

إن انتقال الحضانة إلى الرجال يشترط فيها إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لان الأصل فيها الميراث إذ لا تورث بين المسلم وغير المسلم كون اختلاف الدين يعد مانع من الميراث يسقط الحق في الحضانة،ويعني ذلك أنه إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة ،بل حضانته إلى ذوي لرحمه من أهل دينه ،أما إذا كان المحضون مسلما وذا رحمه دون ذلك ،فلا حضانة إليه لأنه لا توارث بينهما ،وهذا ما

[1] – محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق ،ص 493.

[2] - د/أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 33.

يشترطه مذهب الحنفية[1].

المطلب الثالث
مراتب الحاضنين

يثبت حق الحضانة للرجال والنساء ،على ما هو أنفع للمحضون و أصلح له، إلاّ أن المذاهب الأربعة أجمعوا على أحقية الحضانة للنساء،لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به، وجعلوا الأم هي أولى بحضانة ولدها ما لم تتزوج ولا شك أن أم الطفل أوفر النساء شفقة عليه، وأكثرهن صبرا على احتماله ، والرعاية له والسهر من أجله وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه سار بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة وذلك وفقا للمادة 64 ق،أ ،ج [2]. قبل التعديل الوارد عليها بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 إلاّ أن هذا الأخير أحدث إنقلابا في هذه المادة بعد ما كان النساء ثم العصبات أصبحت الأم ثم الأب ثم من يليهم كما جاء في نص المادة كونه جاء معالجة للواقع ،وتجنبا لأي نزاع.

وتفصيلا لما سبق قسمت مراتب الحضانة إلى ثلاث فالأولى خصصتها إلى الأم و من يليها من قريباتها (فرع أول) والثانية للأب ومن يليه من أقربائه (فرع ثاني) وفي الأخير

---

[1] – د/ أحمد محمد علي داود،المرجع نفسه ،صرح 34.

[2] – تنص المادة 64 ق، أ،ج "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالةثم الأب ثم أم الأم ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ،أن يحكم بحق الزيارة."

الأقربون درجة (فرع ثالث).

الفرع الأول: الأم ومن يليها من قريباتها:

إن تقديم جهة النساء على الرجال في حضانة الصغار هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى من حياة الأطفال،وقررتها الشريعة الإسلامية طبقا للعقل والفطرة السليمة ،وذلك بناءا على مصلحة المحضون وبناء على شفقة النساء على المحضون لتميزهم بالعاطفة ،ولكون ثم تكن النساء طبقا للمادة 64ق، أ،ج كما لي:

أولا : الأم

لقد إتفق الفقهاء على أن الأم لها الأولوية في حضانة ولدها ، ولا شك أن أم الطفل أوفر النساء شفقة عليه، وأكثر هن صبرا على احتماله،والرعاية له، والسهر من أجله،ودليل تقديم الأم ما روي عن أبي بكر رضي الله عنه حين فصل في النزاع الذي رفع اليه بين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه و مطلقته ،إذا كان عاص في حضانتها و لكن عمر أراد حرمانها منه فذهب إليها و مسك الغلام و أخد يجدبه بين يدي أمه التي راحت تلتصق به هي الأخرى فتجادباه حتى بكى فرفعا امرهما إلى أبي بكر الذي قال في جمع من صحابة رسول الله يخاطب عمر بن الخطاب « ريحها و مسها ومسحها خير له من الشهد و العسل ك ياعمر »[1].

ثانيا: أم الأم (الجدة)

انه طبقا لنص المادة 64 ق، أ،ج فإنه في حالة سقوط الحضانة عن الأم لأي سبب من الأسباب فتليها في أحقية الحضانة أمها مباشرة وذلك لمشاركتها في الإرث والولادة ، وكذلك بناءا على الرأفة و الشفقة التي تتمتع بها الجدة اتجاه ابن ابنتها.[2]

---

[1]- رواه الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ج 5 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،1987.

[2] – باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 143.

ثالثا: الخالة

وإن مرتبها تأتي بعد الجدة (أم الأم) مباشرة طبقا لرأي الفقهاء وكذلك المادة 64 ق، أ،ج قبل تعديلها، واعتبروا شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه ،والدليل على ذلك من السنة ،حيث روي عازب أن البني ضمن قضى في ابنة حمزة لخالتها

وقال: "الخالة أم" [1]. وكلمة الخالة جاءت إجمال يمكن أخت شقيقته لام أو أخت لأب أو أخت لأم.

الفرع الثاني: الأب ومن يليه من أقربائه

إن لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم، انتقلت الحضانة ،مباشرة إلى الأب وقد حددت المادة 64 من قانون الأسرة هؤلاء الأشخاص تحديد حصريا:

أولا :الأب

إن الأنثى تم تغليبها على الرجل وذلك كما قلنا سابقا لما تتميز به من العاطفة والصبر و لكن بالرجوع إلى نص المادة 64 نجد أن المشرع خالف ذلك من جانب تسبيقه للأب على أم الأب خلافا لما قال به الإمامان مالك وأبو حنيفة ، ويظهر جليا تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشافعي والحنبلي بتقدي هما للأب على أم الأب[2].

ثانيا: أم الأب

وهي الجدة لأب والتي تم تأخيرها بالرغم من انتمائها إلى النساء فطبقا لنص المادة 64 ق، أ،ج قبل التعديل نجد تسبيق الأب في أحقية الحضانة على الجدة لأب، والظاهر أن إعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيرا لأنه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما،كما أنه هناك أمر مادي ومصلحي وهو إسناد الحضانة للجدة لأب يفيد الأب

---

[1] – أخرجه أبو داود ، المرجع السابق.

[2] – محمود علي السرطاوي ،المرجع السابق، ص 365.

وذلك لتطلعه على أحواله دون صعوبة كما تخفف عليه مسألة النفقة والسكن في حالة عدم طلبها من قبل الجدة لأب[1].

الفرع الثالث: الأقرب درجة

إن نص المادة 64 ق،أ،ج قبل التعديل جاءت مبهمة فيما يخص الأقربون درجة وهذا سمح لنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق،أ،ج.

أولا: القريبات من المحارم

اختلفت الفقهاء في هذا الشأن إلى ما يلي:

أ –المالكية: فحسب رأيهم أن القريبات من المحارم حسب الترتيب التالي:

الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم العمة يعني أخت أبيه،ثمّ عمة أبيه أخت جده،ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم،ثم بنت الأخ لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب،وإن اجتماع هؤلاء يقدم الأصلح منهن للحضانة وإن تساوت الحاضنات تقدمن أكبرهن سنا،فإن تساوين من كل وجه تقدم الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

ب– الشافعية:

فحسب رأيهم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ، ثم العمة،ثم بنت العم ثم بنت الخال، وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب تقدم على التي لأم خلافا للمذهب الملكي والحنفي [2].

ج– **الأحناف:**

يقولون أن القريبات من المحارم حسب الترتيب هن:

أخوات المحضون ثم بنات الأخوات ، ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي.

---

[1] – د/ الرشيد بن شويخ ،المرجع السابق ، ص256.

[2] – باديس دياني ، المرجع السابق ، ص 146.

د- الحنابلة:

فحسب قولهم الترتيب كما يلي:

الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم أخت لأب،فالخالة ،فالعمة ثم خالات الأم،ثم خالات الأب ثم عمات أبيه ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته،ثم أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه[1].

ثانيا: العصبات من المحارم (الرجال):

إن في حال غياب المحارم من النساء أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصبة المحارم من الرجال حسب ثم ترتيبهم في الإرث وهو كما يلي:

الأب، ثم أب الأب وإن علا ثم أخوه الشقيق ثم أخوه لأب،ثم ابن أخيه الشقيق ،ثم ابن أخيه لأب ،ثم عمّه الشقيق ،ثم عمه لأب ثم عم أبيه الشقيق ثم عم أبيه لأب [2].

ثالثا: محارم الرجال من غير العصبة

فإن لم يوجد من عصبة الرجال المحارم أحد أو وجد و ليس أهلا للحضانة انتقل حق حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبة على هذا الترتيب:

الجد الأم،الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ،العم لأمّ ،ثم للأخوال بتقديم الشقيق فالخال لأب والخال لأم [3].

رابعا:من يراه القاضي أصلح للمحضون

تمتد حق ممارسة الحضانة إلى من يراه القاضي أهلا للقيام بذلك ،يعني في حالة عدم وجود الأقارب المنوه عنهم في ترتيب الحاضين،وإن أمر الصغير أو الصغيرة يكون مفوضا إلى القاضي ليسلمه لمن يثق بقدرته على الحضانة[4].

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن هذا الترتيب كان طبقا للشريعة الإسلامية بالرغم من اختلاف المذاهب الأربعة في بعض المراتب وتنوعها ،وفي الحديث عن مصلحة المحضون

---

[1] – باديس ديابي،المرجع السابق ،ص 147.

[2] – رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ،ص 588.

[3] –عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،الطبعة الثانية،دار القلم، 1990، ص195

[4] – رمضان علي السيد الشرنباصي ،المرجع نفسه، ص589.

يقودنا بصفة آلية إلى الجزم بأن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64ق، أ،ج قبل التعديل ليس من النظام العام، ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02- الذي خرج فيه عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في مسألة ترتيب الحاضنين وقام بتقديم الأب وأعطاه المرتبة الثانية وساوى بين الأم والأب في الحضانة إلاّ أنه أبقى الأولوية للأم كما تتميز به من شفقة وقدرة وصبر على الصغار ويظهر هذا التغيير جليا في نص المادة 64 ق،أ،ج المعدلة بموجب الأمر 05-02 [1]. وهذا لتجنب النزاع وكذا مراعاة للواقع المعاش.

المبحث الثاني

الأحكام الموضوعية بعد إسناد الحضانة

من المتفق عليه أن الطفل يحتاج لرعاية خاصة، علما أن المحضون في فترة الطفولة غير قادر على تحمل المسؤولية لعدم اكتمال الأهمية القانونية،لذلك كان للأبوين عند إسناد الحضانة الدور الفعال في تكوين نفسية وشخصية هذا المحضون،والذي يتطلب مسؤولية شاقة ومجهودات كبيرة قوامها المال،لكون توفير العنصر المادي للطفل وذلك بالانفاق عليه وتغطية حاجاته الضرورية من مأكل وملبس ومسكنو إلى غير ذلك فمن شأنه أن يساهم في إحساس الطفل بالراحة والشعور بالحماية والأمن في نفسيته [2].

كما أن أداء الحضانة وممارستها لها من قبل الحاضنة يتطلب مقابل وأجرة عن هذا العمل طيلة فترة الحضانة بمجرد القيام به ، والأجرة تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها اتجاه المحضون إذا طالبت بها ومنعا من حرمان المحضون من والديه تم تقرير حق الزيارة عند إسناد الحضانة لمستحقيها والتي يكون المحضون في الغالب مع أمه ويغادره أبوه، ولكي لا

---

[1] – تنص المادة 64 ق،أ،ج "الأم أولى بحضانة ولدها ،ثم الأب ،ثم الجدة الأم، ثم الخالة ،ثم الجدة لأب ، ثم الأقربون درجة..

[2] – د/الرشيد بن شويخ ، المرجع السابق ، ص 253.

يحرم هذا الأخير من رؤية ولده أسند له حق الزيارة وذلك للإطلاع على أحوال المحضون المعيشية والتربوية والخلقية [1].

غير أن عدم القدرة على قيام المحضون بحاجاته الضرورية يعتبر عجز مؤقت ينتهي ببلوغ سن إكتمال الأهلية القانونية والتي يصبح بها قادرا على الاستغناء عن غيره في تولي أموره وهذا ما يسمى بانتهاء مدّة الحضانة والتي تناولها المشرع الجزائري من خلال المادة 65 ق،أ،ج والذي فرق بين الذكر والأنثى، فبالنسبة للذكر تنتهي ببلوغه (10سنوات) أما الأنثى ببلوغها سن الزواج،كما أورد على هذه القاعدة إستثناء مفاده إمكانية تمديد حضانة الذكر إلى سن ستة عشرة سنة مع مراعاة بعض الشروط في ذلك من عدم زواج الأمّ ثانية وكذا مراعاة مصلحة المحضون، ولما كانت الحضانة أداء أوجبه القانون فإنه لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه فإن قام الحاضن بما أمره المشرع والتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني وإن أخل بالإلزام المرمي على عاتقه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه، بقوة القانون دون أي دخل لإرادته والتي يمكن أن تعود فيها حق ممارسته الحضانة إن زال السبب المؤدي للسقوط ،كما يمكن أن تسقط لأسباب راجعة لإرادة الحاضن كتنازله مثل أو التقادم الدعوى فهنا لا يمكن عودتها من جديد لأن سبب السقوط ناتج عن تصرف مستحق الحضانة.

وتفصيلا لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، فالمطلب الأول خصصته للآثار المترتبة عند إسناد الحضانة أما المطلب الثاني فخصصته لانتهاء الحضانة وتمديدها وفي المطلب الثالث والأخير سنتطرق إلى مسقطات الحضانة وعودتها.

---

[1] – محمد عاطف عبد المقصوطي ، الزواج و الطلاق في الإسلام و حقوق الزوج و الزوجة و الأولاد ، الطبعة الأولى ، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع ، القاهرة ،2001،ص 108.

المطلب الأول

أثار الحضانة

لا تظهر قيمة ممارسة الحضانة من قبل أحد الزوجين أو غيرهما ممن هو أحق بها إلاّ من خلال الآثار التي تترتب عليها ، والتي من شأنها تساهم في ممارسة الحضانة على أكمل وجه ، لكون تربية المحضون ونشأته النشأة السوية تستوجب مسؤوليته شاقة ومجهودات كبيرة قوامها المال،لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لابد منها وعليه فإن توفير العنصر المادي للطفل من مأكل وملبس ومسكن وغير ذلك مما يحتاجه يساهم في إحساسه بالراحة وكذا الشعور بالحماية والأمن، وهذا ما يطلق عليه بالنفقة وكذا فيما يخص الحاضنة باعتبارها تؤدي عمل للمحضون فتستحق مقابل وأجرة لذلك ، إذا كانت مصلحة المحضون تستدعي ذلك ومنعا للتعسف نص المشرع الجزائري على حق الزيارة عند إسناد الحضانة لأحدهما فإن الحق للأخر يكون بزيارة ابنه المحضون والغرض من ذلك منع حرمان المحضون من والديه حتى ولو كان مطلقين،لذلك كان من الضروري الوقوف على حقيقة هذه الآثار من خلال ثلاثة فروع مستقلة ،نخصص الفرع الأول لنفقة المحضون وأجرة الحاضنة وفي الفرع الثاني لسكن ممارسة الحضانة ،أما فيما يخص الفرع الثالث فخصصته لحق زيارة المحضون.

الفرع الأول : نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

إن من الحقوق التي يقررها القانون للمحضون كأثر مترتب عن الحضانة هو حقه في الإنفاق عليه مادام عاجز غير قادر على الكسب ،وكذا فيما يخص العمل الدي تؤديه الحاضنة للمحضون فهل تستحق مقابل وأجرة لذلك؟ وهذا ما سأتعرضه إليه كما يلي:

أولا : نفقة المحضون

إن النفقة طبقا لنص المادة78ق،أ،ج تشمل كل من الغذاء والكسوة والعلاج والسكن

يعني كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته والنفقة تكون لسببين إما للزواج وإما للقرابة والنفقة تعدّ ملزمة على الأب في إطار عمود النسب إذا لم يكن للولد مال[1].أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلاّ أنه يستغني عنها بالكسب،فهذا بالنسبة للذكور بينما الإناث تظل محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها[2].وبالنسبة للملتزم بالنفقة ووفقا لمبدأ (من إلتزم بشيء لزمه) فالنفقة تبقى لازمة عليه إلاّ في حالة سقوطها إما بالعجز أوبالوفاة ،والأصل في الالتزام قوله تعالى:" يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود"[3].لكن إذا كان للولد مال فنفقته وسكنا من ماله، كما لو كان وارثا أو يكون موهوبا له،أو موصى له بأموال من قبل الأقارب[4]. وهذا ما تبناه الأئمة الأربعة.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري هو الأخر سار على نفس المنهج من خلال نص المادة 75ق،أ،ج [5].وتجدر الإشارة كذلك الى أن النفقة تعد من بين الموضوعات التي تثير نقاشات عميقة بالقضاء الأسري نظرا لطابعها المرتبط بالواقع الاجتماعي والاقتصادي للمتقاضين وما تقتضيه من طابع الاستعجال ،مما يجعلها النواة المستقطبة لوجهة نظر المشرع.

وفي حالة امتناع المحكوم عليه بالنفقة من أدائها بالرغم من أنه قادرعلى القيام بما حكم به فهنا يتم حبسه، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أوأحضر كفيلا، فإنه يخلى سبيله.[6] كما أنه يتم تقديم النفقة من قبل القاضي بناءا على حال الزوج عند الحكم وهذا ما

---

[1]– محمد عاطف عبد المقصوطي، الزواج و الطلاق في الإسلام و حقوق الزوج و الزوجة و الأولاد الطبعة الأولى ، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع القاهرة، 2001، ص 108.

[2] – باديس ديابي، المرجع سابق، ص 153، 154.

[3] – سورة المائدة، الآية 01.

[4] – بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ، ص 387.

[5] –تنص المادة 75قنأ،ج تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ،فبالنسبة للذكور الى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية ،أوبدنية أو مزوالا للدراسة،وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

[6] – محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ،بدون طبعة ،دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع ،القاهرة،1971 ، ص 312.

ذهبت إليه المحكمة العليا في هذا السياق حينما نصت على أنه:"من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج [1] .كما أنه لا يقبل مراجعتها الا بعد مرور سنة كاملة ابتداء من تاريخ تقريرها والحكم بها وهذا ما جاءت به المادة 80ق،أ،ج.

ثانيا: أجرة الحاضنة

لما كانت الحضانة عمل تؤديه الحاضنة للمحضون طيلة فترة الحضانة ،فهي تستحق هذا الأجر مقابل العمل الذي تقوم به للصغير من حفظه ورعايته وهو في سن الحضانة،كما لها أجرة سكن للحضانة تحضن فيه الصغير،كما أن أجرة الحضانة أجرة عن عمل وتجب بمجرد القيام به، فإذا قامت أم الصغير بحضانته التي هي حقها وجب لها أجرة لذلك [2].

وتسمى أجرة الحضانة وهي تختلف عن نفقة المحضون، فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون،أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طالبت بها [3].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم يتطرق إلى أجرة الحضانة مما يتطلب منا حسب نص المادة 222ق،أ،ج الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال أراء الفقهاء المختلفة حول أجرة الحضانة فمنهم من قال حق الحاضنة في الآجر ومنهم من قال عدم وجود مقابل أو أجر وهو كما يلي:

– فإذا كانت الحاضنة غير الأم تجب لها الأجرة مطلقا سواء كانت متزوجة بأبي

---

[1] –المحكمة العليا، قرار رقم 51715 الصادر تاريخ 16 / 01 / 1989المجلة القضائية ،سنة 1992 ،عدد 2،ص 55.

[2] – أحمد نصر الجندي،الأحوال الشخصية في الإسلام ، بدون طبعة ،دار المعارف،القاهرة ،2001، ص 71، 72.

[3] – حميدو زكية،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة،رسالة لنيل شهادة دكتورا في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2005، ص 125.

الصغير أو معتدة له أولا [1] .أما إذا كانت الحاضنة هي الأم فهنا ثار الخلاف بين الفقهاء:

–فيرى المالكية : بأنه ليس للحاضنة أجرة على حضانتها لأولادها، وبغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أومعسرة، فإن كانت فقيرة ولودها مال،انفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس حضانته.

– أما الحنفية : قالوا بوجوب أجرة الحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة ولم تكن معتدة من طلاق رجعي أو معتدة من طلاق بائن لكون لا يتم الجمع بين نفقتين من شخص واحد [2].

أما الشافعية والحنابلة: فانهم أقروا للأم بطلب أجرة مقابل حضانتها لأولادها، وهذه النفقة تؤخذ من مال المحضون ان كان له مال او تقع على عاتق المكلف بنفقته ،وإن وجدت متبرعة والأم لم تطلب أجرة الحضانة ،فالأم أولى بها ،وتفضل لأن مصلحته معها،أما إذا طالبت الأمّ بأجرة ،ووجدت متبرعة، فهنا نكون أمام أمرين:الأول هوالحفاظ على مال المحضون إن كان له مال وبالتالي تعطى الأولوية المتبرعة والثاني تغليب الجانب المعنوي فنفضل الأمّ ، وهنا يجب أن يخضع الأمر للقاضي [3] .

الفرع الثاني: حق المحضون في السكن

بالإضافة إلى حق المحضون في النفقة،هناك حق أخر يتمتع به، والذي يعدّ من الآثار المترتبة على الحضانة،ألاّ وهو حقه في السكن والذي يمثل هذا الأخير مقر أو مكان ممارسته الحضانة والمأوى الذي يحتمي فيه الطفل المحضون.

---

[1] – صلاح محمد أبو الحاج،سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق،بدون طبعة ،مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع،الأردن،2005،ص347.

[2] – أحمد محمد علي داود،المرجع السابق،ص68.

[3] – حميدو زكية ،المرجع السابق،ص127.

أولا: المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته

إن المشرع الجزائري حسم مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة وأوجبها على الأب،وذلك بصيغة الوجوب من خلال نص المادة 72ق،أ،ج : "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعلية دفع بدل الإيجار" .

ويتضح من خلال المادة أعلاه أن توفير سكن للحضانة هو واجب والتزام على عائق الأب فعليه أن يوفر سكنا ليحضن فيه ابنه وإلاّ فإنه يكلف بدفع أجرة مسكن للممارسة الحضانة فيه [1]. وبالرجوع إلى نص المادة 78ق،أ، نجدها هي الأخرى نصت على السكن وجعلته في المرتبة الرابعة بعد الغذاء والكسوة والعلاج لكونه يعد المجال أو الإطار الذي ينشأ فيه الطفل ويحظى بالرعاية والتربية،وعدته من مشتملات النفقة والتي تكون من مال المحضون إن كان له مال ،أما إذا لم يكن له مال فنفقته وسكناه واجب على الأب.

ثانيا:مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون

أ- مكان ممارسة الحضانة

إن مسكن الزوجية هو كان ممارسة الحضانة طالما كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم،وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن ووجب عليها الإقامة في البيت الزوجي ولا يحل لها ترك بيت الزوجية لأن المرأة تعتبر ناشزة في هذه الحالة،وعليها أن يعيدها إلى مسكن الزوجية،إذ له عليها حق الطاعة إن كانت زوجة ،وله عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة [2].

أما في حالة انتهاء العدةّ أو كانت الحاضنة غير الأم ، فهنا وجب على الزوجة ترك بيت الزوجية لأنها أصبحت أجنبية عنه ولكن بعد أن يوفر لها الأب سكن [3].

---

[1] – عبد العزيز سعد،المرجع السابق، ص304.

[2] – الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ،الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة، 1971، ص410.

[3] – نبيل صقر، المرجع السابق ، ص 245.

ب- السفر بالمحضون:

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير،إلاّ أن يتم استخلاص ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69ق،أ،جّ :" إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أحد إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

وعليه فإنه يستوجب على الحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحضون ،والذي يعتبر محل إقامة أبيه ،حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته،ولكن في حالة أن الحاضن أراد أن يستوطن في الخارج فهنا يرجع الأمر للسلطة التقديرية [1].

وبالرجوع إلى الشريعة السلامية نجد أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسالة إلى عدةّ أراء:

- المالكية: لقد ساوى فقهاء المالكية بين الحاضنة والولي في إسقاط حضانتهما إذا سافر أحدهما إلى بلد أجنبي بمسافة تقدر بما يزيد عن ستة برود وهو ما يعادل تقريبا 133كلم بقصد الإقامة.
- الشافعية: فرق الشافعية بين السفر لحاجة والسفر لنقله،فإذا أراد الولي السفر لحاجة ثمّ يعود،فالمقيم أولى بالمحضون،وذلك لما في السفر من خطورة على المحضون ،أما إن كان لنقله ، فالعصبة من أب أو غيره بشرط وجود الأمن في الطريق وأمن البلد المقصود وإلا بقي عند أمه.
- الحنفية: يرى الحنفية انه إذا كان المحضون في حضانة أمه أوغيرها فهنا يمنع على الأب الانتقال به إلا برضاها، لأن فترة الحضانة هذه من حقها إلاّ إذا سقطت حضانتها ولا يوجد من يليها وانتقلت إلى الأب، فإذا أراد السفر به جاز له ولكن لبلد قريب من بلد الأم لكي تتمكن من رؤيته وإلاّ لا يجوز له ذلك.
- **الحنابلة:** يرى الحنابلة أنه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحضون إلى بلد مسافته أكثر من ستة برود كان البلد والطريق أمنا من أجل السكن،فهنا الأب أحق بحضانة الطفل سواء كان الأب مقيم أو هو المنتقل لأن الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء [2].

---

[1] - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 161.

[2] - د.المصري مبروك،الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائري،بدون طبعة،دار هومة للنشر و التوزيع،الجزائر ،2010،ص516.

وما يمكن استخلاصه أن السفر بالمحضون لا يسقط حق الحضانة وهذا كان حسب رأي الحنفية، بينما رأي الجمهور(المالكية ،الشافعية، الحنابلة) فإن حق الحضانة يسقط بالسفر بمحضون وتراعى مصلحة المحضون في السفر لأن يمنع على الأبوين السفر ما دام فيه مضرة بالمحضون .

الفرع الثالث: حق الزيارة

إن من الآثار المترتبة عند إسناد الحضانة إلى من هو أحق بها حق زيارة ورؤية المحضون ، وذلك لمنع حرمان المحضون من والديه حتى ولوكانا مطلقين،و لأن في الغالب يكون المحضون مع أمه ويغادره أبوه ولكي لا يحرم هذا الأخير من رؤية المحضون أسند له حق الزيارة والذي يقصد به الإطلاع على أحوال المحضون المعيشية والتربوية والصحية والخلقية ويكون على علم دائم بها [1].

أولا: بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده تضمن هذا الحق من خلال نص المادة 02/64ق،أ،ج نصبها:" وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

و مايتم استخلاصه من هذه المادة أن المشرع أوجب وألزام على القاضي الحكم بحق الزيارة عند إسناد الحضانة إلى من هو أحق بها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه احدهما ذلك [2].

وإن حق الزيارة يتمتع بحماية قانونية نظر لأهمية ورعاية دائمة لمصلحة المحضون،ففي حالة الإخلال بهذا الالتزام يتعرض صاحبه غلى عقوبات جزائية تظهر جليا من خلال نص المادة 328ق،ج سواء بالحبس من شهر الى سنة وبغرامة من 500دج، إلى 5000دج [3] .

ثانيا: أما بالنسبة إلى الفقه فإنهم اتفقوا على حق الأب في زيارة ولده المحضون ورؤيته بل والإشراف على تعليمه وتربيته ،وليس للأم الحاضنة أوغيرها منعه من ذلك أو وضع

---

[1] – باديس دياني ، المرجع السابق ، ص 158.

[2] – باديس دياني ، المرجع نفسه ، ص 159.

[3] – عبد العزيز سعد،المرجع السابق ، ص297.

العراقيل أمامه [1]. وهو حق ثابت لكل من والديه ،لأن حرمان أحدهما من ذلكيلحق ضررا له ،وهذا الضرر منهي عنه لقوله تعالى:" **لاتُضَار وَالدةُ بولدها ولا مولود له بولده**" [2].

وقد نظم الفقهاء هذا الحق من حيث مكان الرؤية ومدتهما على وجه لا يضر بالحاضنة ،وكذلك لا تجبر الحاضنة للصغيرعلى نقله للمحكوم له برؤيته ليراه وإنما ينحصر واجبها في تمكينه من رؤيته،وليس له أن ينزع الصغير من يدها ويسافر به من محل إقامتها المعتبر شرعا ،حتى لا يتخذ الحكم برؤية الصغير ذريعة للإضرار بحاضنة.

كما أنه ليس له إن سقط حق الأمّ في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ،ولا يجبر إلى إرساله إليها [3].

المطلب الثاني

مدّة انتهاء الحضانة وتمديدها

إن الحضانة هي رعاية الصغير والقيام بشؤونه، لكونه عاجز لا يستطيع تولي شؤونه بنفسه،فهو يعتمد على غيره في كل ما يحتاج إليه من ضروريات الحياة،الاّ أنه ليس بصفة دائمة بل محددة ببلوغه سن معينة سواء كان ذكر أم أنثى يصبح بهذه السن قادرا على الاستغناء عن غيره في تولي أموره وهذا ما يسمى بانتهاء مدّة الحضانة الاّ أن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل يمكن أن تمده الحضانة بقرار من المحكمة بناء على طلب الحاضن والذي يعد استثناء من قاعدة انتهاء مدّة الحضانة .

وعليه ارتأينا أن نتطرق في هذا المطلب بتقسيمه إلى فرعين مستقلين،فالرفع الأول خصصناه لمدة إنتهاء الحضانة أما فيما يخص الفرع الثاني فخصصناه لحالة تمديد الحضانة.

---

[1] – محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق ن ص498.

[2] – سورة البقرة،الآية 233.

[3] – أحمد محمد علي داود، المرجع السابق ،ص 83.

الفرع الأول: مدّة انتهاء الحضانة

إن انتهاء الحضانة طبقا لما جاء في نص 65ق،أ،ج :"تنقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه (10سنوات) ،والأنثى ببلوغها سن الزواج" .وعليه فإن من خلال نص المادة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد إنقضاء مدّة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه العشر سنوات ،ويفهم من ذلك أنه يحق لأحد الوالدين عند الحكم بطلاقهما أن يطالب بحضانة ولدهما إلاّ في حالة ما إذا كان سنه يقل عن العشر سنوات [1].

أما بالنسبة للبنت فتنص المادة على أنه تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج ،والمحدد بسن19سنة طبقا لنص المادة 07ق،أ،ج "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة" [2] .

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم من حيث المبدأ متفقون على أن الحضانة تبتدئ منذ ولادة الطفل الى سن التمييز،أما انتهائها ففيه اختلاف كبير بين الفقهاء:

-**المالكية:** يرون بأن الحضانة تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه أما يخص الأنثى تنتهي بالزواج ودخول الزوج بها وليس ببلوغها سن الزواج.

-**الحنفية:** يرون بأن الحضانة تنتهي بإستغناء المحضون عن خدمة الحاضنة،أي ببلوغ السبع أو ثمانية سنوات بالنسبة للذكر أما الأنثى ببلوغها التسع سنوات.

أما الحنابلة: فحسب رأيهم فإن انقضاء مدّة الحضانة للصبي أي سواء كان ذكر أم أنثى فقد حدده بسن السبع سنوات ،مع إمكانية التخيير بالنسبة للذكر بعد إكماله السابعة من العمر.

الشافعية: يرون أنه إذا بلغ الصبي ذكر أم أنثى سن التمييز فتنقضي حضانتها [3].

وما يمكن استخلاصه من خلال ما سبق ذكره هو أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 65ق،أ،ج قد خالف بها المذاهب الأربعة في تحديده سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر أم للأنثى ،إلا أنه أصاب وهو الأقرب إلى الصواب لكون الطفل يكون بأمس الحاجة

---

[1] – عبد القادر داودى ، المرجع السابق ، ص 205.

[2] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص298.

[3] – عبد الحميد الجياش،المرجع السابق، ص296.

إلى مصاحبة النساء ومعاشرتهن في سن السابعة.

الفرع الثاني: تمديد مدّة الحضانة

إنه جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 65ق،أنج " وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

ومن خلال تحليلنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد وأضاف استثناء على القاعدة التي تقضي بانتهاء مدة الحضانة للذكر ببلوغه سن العشر سنوات مع إمكانية طلب تمديدها من سن العشر سنوات إلى غاية بلوغه السادسة عشر سنة وذلك بشرط انتهاء المدّة القانونية لحضانته وطلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديدها وذلك في حالة توفر شرطين [1].

أن تكون الحاضنة طالبة التمديد هي الأم نفسها.

-أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل أم ليس بمحرم للمحضون ، ومعنى ذلك أنه اذاقضت المحكمة حين فصلها في موضوع الطلاق بإسناد حضانة الطفل المحضون لأمه ،وكان سنه لا يتجاوز مثلا السبع سنوات ثمّ بلغ سن العشر (10)سنوات وبالتالي انتهت المدة القانونية المنصوص عليها في نص المادة 65ق،ا،ج ،جاز لها أن تطالب من هيئة المحكمة بتمديد مدّة الحضانة وإبقاؤها عندها إلى أن يبلغ سن السادسة عشر من عمره،أما في حالة عدم مطالبتها بتمديد مدّة الحضانة فإنها تسقط منها.

أما فيما يخص الأنثى لا يمكن للأم أولغيرها أن تقوم بطلب التمديد مدّة الحضانة مطلقا[2].

وتجدر الاشارة إلى أن السبب الذي خفض من أجله سن حضانة الذكر إلى أقل من

---

[1] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 298.

[2] – عز الدين بن عبد الله،الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، 2013..montada,echorouk online.com

الأنثى هو أن الذكر يفضل عدم النساء ويستغني عن خدمتهن إبتداءًا من سن الاحتلام (المراهقة).

لأنه حينئذ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال والأخذ بأسباب العلم والمعرفة والأب هو أقدر من الأم على ذلك بينما البنت فإنها تحتاج بعد الاستغناء عن خدمته غيرها إلى معرفة أداب النساء والعمل في المنزل والتدريب على مهمتها في المستقبل والنساء على ذلك أقدر من الرجال ولهذا كان من الأفضل أن تبقى في يد الحاضنة مدّة أطول سواء كانت الحاضنة أم أو غيرها.

ودعوة المحضون بعد انتهاء مدّة الحضانة لم يتكلم عليها المشرع مما يحيلنا الأمر الى أحكام الشريعة الاسلامية طبقا لنص المادة 222ق،أ،ج والتي نجد فيها اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة ومنهم من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع وليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو إلى الأم ومنهم من يقول بأن المحضون مخير وله حق في أن يلجأ إلى أي الوالد يستأنس إليه[1].

المطلب الثالث: مسقطات الحضانة

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين بالمادة 62 سالفة الذكر هو رعاية الولد رعاية على الوجه المطلوب فليس مقررة بصفة مؤبدة لصاحبها وإنما هو أداء أوجبه القانون ،فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع والتزم بشروطه بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65من قانون الأسرة الجزائري وإن أخل بالتزام من الالتزامات المرمية على عاتقه أو فقد شرط من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها منه كما يمكن أن تزول لأسباب اختيارية، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب

[1] – نبيل صقر،المرجع السابق، ص246،245.

سقوطها [1].

وعليه ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع مستقلة ،فالفرع الأول خصصته لأسباب السقوط القانونية أما الفرع الثاني فخصصته لأسباب السقوط الاختيارية أما فيما يخص الفرع الثالث والأخير فإني خصصته لعودة الحضانة بعد سقوطها.

الفرع الأول: الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة

لقد نص المشرع الجزائري على الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة من خلال المواد 67،66،70،69ق،أ،ج والتي تتمثل فيما يلي:

أولا: زواج الحاضنة بغير قريب محرم

يسقط حق الحضانة إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون ،أي برجل غريب عن أبنائها ،وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي أسند إليها حق حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بحكم القانون بمجرد أنها تتزوج من أجنبي ولولم يدخل بها أثناء قيام حق الحضانة،0وهذا ما نصت عليه المادة 66ق،أ،ج "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير محرم" ،ويتم السقوط بناءا على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسندت إليهم حق الحضانة [2].

كما تجدر الإشارة إلى أن زواج الحضانة من أجنبي ليس أمر وجوبي لسقوط الحضانة بل أن تقدير ذلك متروك للقاضي حق تقديره[3].

---

[1] – الرشيد بن شويخ ، المرجع السابق ،ص 260، ص 261.

[2] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص 300.

[3] – محمد مجدي منيب، إسقاط الحضانة،أسباب سقوط الحضانة من الأم الحاضنة،2011،– Mohamed lawyer@live.com

ثانيا: سكن الجدة أو الخالة بمحضونها مع أمّ المحضون المتزوجة بغير قريب محرم:

يعد هذا السبب هو الأخر من أسباب سقوط حق الحضانة بقوة القانون ،وذلك ما نصت عليه المادة 70ق،أ،ج"تسقط حضانة الجدّة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أمّ المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" ويعني ذلك أنه إذا كانت الحاضنة هي خالة المحضون أو جدته لأمه وسكنت به في مسكن أمّه بصفة دائمة ومستمرة، وإن الأمّ متزوجة مع رجل غريب عن المحضون و لا تربطه به قرابة التحريم ،فان الخالة أو الجدة سيسقط حقها في الحضانة بقوة القانون ، ويجوز لمن ينتقل إليه حق الحضانة من غيرهما أن يطلب من المحكمة الحكم بسقوط الحضانة على أية واحدة منهما وإسنادها إليه،إذا كان ممن تتوفر فيه الشروط القانونية وضمانا لمصلحة المحضون[1].

ثالثا: تخلف أحد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62، ق،أ،ج

إن اختلال أحد الشروط القانونية يعد كأحد الأسباب المؤدية إلى سقوط الحضانة وهو ما ورد النص عليه في المادة 67ق،أ،ج والتي تقضي بأنه: "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه[1].

وعليه إذا أسندت الحضانة بموجب قرار قضائي إلى أحد مستحقيها قانونا وثبت فيما بعد أن هذا الشخص ليس أهلا لها بمعنى قد عجز أو أهمل واجبه نحو المحضون بحيث يكون قد تركه بدون رعاية ولا حماية ولا تعليم ولا تربية، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة متى طلب بذلك أحد المستحقين من أصحاب

---

[1] – نسرين شرقي وكمال بوغرورة ،قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الأولى ،دار بلقيس للنشر، الجزائر،2013، ص110.

[2] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ،ص 301.

الدرجات الأخرى، مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك[2].

رابعا:سفر الحاضنة بالمحضون

ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير،إلا أنه و بالرجوع الى نص المادة 69ق.أ.ج والتي تقضي بأنه :"إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون "و عليه نستنتج بأن المشرع الجزائري يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الخضانة في بلد المحضون ، والذي يعتبر محل اقامة أبيه و ذلك لتمكين هذا الأخير من زيارته [1].

أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي ،رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في أن يثبت لبحضانة له أو يسقطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك [2].

خامسا: عمل المرأة المؤدي إلى إهمال المحضون

جاء في االمادة 67ف02 ق،أ،ج أنه:" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة..." وتنص الفقرة الأخيرة من نفس المادة على وجوب مراعاة مصلحة المحضون،وما يمكن استخلاصه من ذلك أن الأصل عمل المرأة ليس من أسباب سقوط الحضانة ،لكن في حالة تم الإضرار بالمحضون وإهماله وعدم تقديم

---

[1] – عبد العزيز سعد ،المرجع نفسه، ص301.

[2] – باديس دياني ، المرجع السابق ، ص 161.

[3]– بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص389.

الرعاية الكافية له فإن عمل الحاضنة يعتبر سبب مسقط لحقها في الحضانة بقوة القانون [3].

الفرع الثاني: الأسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة

بعد ما تناولنا في الفرع السابق الأسباب القانونية المسقطة للحضانة يعني بقوة القانون هناك أسباب أخرى تسقط الحضانة اختياريا فسببها يرجع إلى إرادة الحاضن وليس القانون والتي سيتم بيانها فيما يلي:

أولا:سقوط الحضانة بالتنازل عنها

إن تنازل الحاضنة القانونية عن حقها في حضانة الصغير ،يعد سبب من أسباب سقوط الحضانة والتي نصت عليها المادة 66ق، أ،ج".... ،وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "،وذلك يعني أنه ادا سبق للمحكمة أن قضت بإسناد حق الحضانة إلى مستحقيها وأثناء فترة قيام الحضانة جاء الحاضن أو الحاضنة وقدم المحضون إلى القاضي أو إلى شخص أخر من أصحاب حق الحضانة وأعلن تنازله عن حقه في حضانة المحضون،فهنا حقه سيسقط حتما بحكم القانون مع التقيد بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون ،لأنه إذا كان مثل هذا التنازل يضر بمصلحة المحضون فلا سقوط لحق الحاضنة في الحضانة حتى ولو طلبها غيرها مادامت تتوفر فيها الشروط القانونية والشرعية للحضانة ،ومصلحة المحضون مازالت متعلقة بها[1].

ثانيا: سقوط الحضانة بالتقادم

إن من أسباب سقوط حق الحضانة كذلك التقادم بمعنى أن الحاضن لم يطلب الحضانة لمدّة تزيد عن سنة بدون أي عذر،وهذا ما ورد النص عليه في المادة 68ق،أ،ج والتي جاء فيها أنه:"إذا لم يطلب الحضانة مستحقها لمدّة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" وعليه إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمنيا ولم يطلبها في الوقت

---

[1]- نسرين شريقي و كمال بوغرورة،المرجع السابق،ص110.

[2] – حميدو زكية ،المرجع السابق، 467.

المناسب بل بعد مرور سنة أو أكثر من النطق بحكم الطلاق فحقه سيسقط وذلك لتقادمها وبدون عذر [1]. مثال:وقع طلاق بين زوجين وبقي الأولاد عند أبيهم دون أن تطلب أمهم أو خالتهم حضانتهم حتى مضى على هذه الحال أكثر من سنة فإنه لم يعد من حق الأمّ ولا من حق أمها أو غيرها أن يطالبوا أمام المحكمة بحقهم في الحضانة ويبقى الأولاد عند الأب لكون هذا الأخير هو الحاضن الفعلي والقانوني لهم إلاّ إذا توفي وسقط حقه بالوفاة ،لتقادم الدعوى وبدون عذر [2].

الفرع الثالث:عودة الحضانة بعد سقوطها

إن أسباب سقوط الحضانة تتخلف من سبب لأخر فهناك أسباب قانونية يكون فيها طالب الحضانة ليس له أي دور في سقوطها ،أي أن هذا السقوط سببه غير اختياري، والتي إذا زال سبب سقوطها تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة ،أما أسباب السقوط الاختيارية هي راجعة إلى تصرف مستحق الحضانة ولا يمكن استرجاع الحضانة حتى ولو زال سبب سقوطها.

و هذا ما سنحاول دراسته كما يلي:

أولا: سقوط حق الحضانة الغير اختياري

لقد نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير اختياري" ويتضح من خلال هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية ،كأن يكون غير قادر على رعايته وحمايته وضمان العناية به صحيا وخلقيا،فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة[3]. أما إذا سقط حقها في الحضانة سبب الزواج من غير قريب محرم

---

[1] – عبد الفتاح تقية،محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ،بدون طبعة الجزائر، 2007، ص137.

[2] – عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص302،301.

[3] – بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص390.

للصغير ثمّ طلقت فقد اختلف الفقهاء في رجوع حقها في الحضانة على النحو التالي:

-الإمام أبو حنيفة: ذهب إلى أنه أن كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها في الحضانة حتى تنتهي عدتها لأن الزوجية قائمة بينها،وإن كان الطلاق بائنا عاد حقها في الحضانة.

-الإمام مالك:دهب الى أن حقها في الحضانة لا يعود بحال ،لأن زواجها يعتبر رضا منها بتسليم الولد الى الذي يحضنه بعدها.

-الإمام الشافعي والإمام أحمد: إلى أن حقها في الحضانة يعود سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا قياسا لو كان الطلاق رجعيا ،لأن المطلقة رجعيا كالبائنة[1].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم يفصل في ذلك فمن خلال المادة 71فإنه أجمل في ذلك وبعبارة "إذا زال سببه غير الاختياري " عليه يعود الحق لهذه المتزوجة بالزوج الأجنبي إذا هي طلقت أو توفي عنها زوجها ولم تتزوج بعده بمعنى غياب سبب سقوط الحضانة يؤدي ذلك إلى عودة الحضانة إلى مستحقيها.

ثانيا: سقوط الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة

إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف مستحق الحضانة وبناءا على رغبته واختياره فإن حق الحضانة سوف لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه لكون هذا الأخير راجع للتنازل الصريح الطوعي أو مترتب عن الإهمال الطوعي لحقه في الحضانة لمدّة أكثر من عام، وعليه فإن الأم أو الخالة أو أم الأم أو غيرهم من الرجال أو النساء لا يمكن لأحدهم أو لإحداهن أن تستفيد من أحكام المادة 71ق،أ،ج إذا كان حقها في الحضانة قد سقط عنها بسب تنازلها أو بسبب عدم طلبه خلال المهلة القانونية المحدّدة في المادة 68 السابق ذكرها ودون أي مبرر شرعي ،وبالتالي لا يجوز لها أو لإحداهن بأي حال من الأحوال أن تطلب من المحكمة أن يعيد إليها حقها في الحضانة إذا تراجعت عن قرارها عن التنازل[2].

---

[1] – محمود علي السرطاوي،المرجع السابق، ص374.

[2]– عبد العزيز سعد ،المرجع السابق، ص304،303.

خلاصة الفصل:

نخلص من خلال مادرسناه في هذا الفصل أن الحضانة هو حق من الحقوق المقررة للطفل شرعا وقانونا والتي تعد كنتيجة مترتبة عن انحلال الزواج ،يعني الطلاق ،لكون الطفل في هذه الفترة يكون عاجزا وغير قادر عن تولي شؤونه بنفسه،لذلك كان من الضرورة وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه من خلال إسناد الحضانة لمستحقيها على سبيل الدّقة والترتيب مع مراعاة مجموعة من الشروط متعلقة بالحاضنة والمنصوص عليها في المادة 62ق،أ،ج: " أن يكون أهلا لذلك" والأهلية المنوه عنها هي تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه ،وهي تمثل مجموعة من الشروط الخاصة بالنساء وأخرى خاصة بالرجال وكذلك الخاصة بهم معا.

وإن إسناد الحضانة لمستحقيها يترتب عليه مجموعة من الآثار التي تساهم في ممارسة الحضانة على أكمل وجه،لأن التربية السليمة تستلزم مسؤولية ومجهودات قوامها المال من نفقة المحضون وأجرة للحاضنة مع مكان لممارسة الحضانة أو دفع إيجاره،مع الحفاظ على نفسية المحضون من خلال إسناد حق الزيارة.

كما تجدر الإشارة إلى إسناد الحضانة لا يكون بصفة دائمة لكون عدم قدرة الطفل وعجزه يكون مؤقت وينتهي ببلوغ سن إكتمال الأهلية القانونية المحددة بالنسبة للذكر ب(10) سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16عشرة سنة أما الأنثى ببلوغها سن الزواج،كما يمكن أن تنقضي قبل انتهاء السن القانونية لإكتمال أهلية المحضون عند عدم قيام الحاضن بما أوجبه عليه القانون من التزامات تجاه المحضون أو فقد شرط من شروط أهلية الحضانة فهنا تسقط بقوة القانون أما إذا كان سبب السقوط راجع لتصرف مستحق الحضانة فهنا سقوط اختياري والذي يمكن عودة الحضانة إلى مستحقها حتى ولو طلبها.

بعد ما حاولنا دراسة رابطة النسب و الذي يعتبر من الحقوق المقررة شرعا توصلنا إلى أن المشرع الجزائري إقتدى بما أتت به الشريعة الإسلامية ، لكون الوسائل الشرعية عند الفقهاء لإثبات النسب تتمثل في الفراش و الإقرار و البينة و القيافة و القرعة، أما الوسائل الثلاث فمتفق عليها ، و أما القيافة فقال بها جمهور الفقهاء و القرعة قال بها بعضهم .

و لقد تبنى المشرع الجزائري الأساس في ثبوت حق النسب وهو الفراش يعني الولد يكون لصاحب الماء لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : "الولد للفراش و للعاهر الحجر"،مع وجوب توفر مجموعة من الشروط من تصور الحمل في المدة المحددة و كذا إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد،مع عدم ملاعنة الولد و هذا كان طبقا لنص المادة 41 ق.أ.ج .إ ضافة إلى ذلك يمكن إثبات النسب بالوط بالشبهة و بالزواج الفاسد و الذي يرجع سببه إلى الدخول الحقيقي كما إعتمد على الطرق العلمية في مجال إثبات النسب و الذي لا يعتبر ذلك خروجا عن مبادئ الشرع طالما فيها فائدة و حقيقة معرفة نسب الولد ،غير أن ذلك يترك للسلطة التقديرية للقضاء و هذا ما ورد في نص المادة 20 /2 ق.أ.ج دون تحديد لصورها إلا أن الإكتشافات العلمية اثبتت نوعين من الطرق العلمية منها ما هو قطعي الثبوت و المتمثل في البنية التفصيلية التى تدل على هوية كل شخص بعينه ، (البصمة الوراثية)، و هي من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية و تعد دليل مستقل بمراعاة الشروط و الضوابط اللازمة و التى يلجأ إليها بعد حصول التنازع في النسب.أما النوع الثاني من الطرق العلمية و هو الظني الثبوت (تحليل فصائل الدم)

و الذي يفيد نفي النسب و ليس إثباته.

أما فيما يخص الحق الثاني المقرر للولد حقه في الرعاية و التربية هو الأخر حق مقرر شرعا و قانونا بعد إنفصام العلاقة الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة و لكي لايقع

الولد بين صراع الأبوين إهتمت الشريعة بهذا الحق من خلال وضع أحكام تنظمه.و المشرع الجزائري سار على نفس المنهج و ذلك من خلال نصوصه القانونية التي تبناها في الحضانة من المادة 64 إلى المادة 71 ق.أ.ج والمتضمنة لتعريف الحق وكذا تبيان المستحقين للحضانة مع مراعاة شروط أهلية الحضانة مع إعطاء الأولوية للأم في رعاية ولدها المحضون لما تكتسي من الشفقة و العاطفة اتجاه المحضون .ولما كانت ممارسة الحضانة تتطلب مقومات لممارستها دعت الضرورة إلى وجوب إعطاء نفقة للمحضون لسد حاجياته وكذا مقابل للحاضنة و توفير مسكن أو دفع بدل إيجاره و هذه كلها تعد أثار ناتجة عن إسناد الحضانة لمن هو أحق بها .غير أن عجز الولد هو عجز مؤقت لكونه يزول بالاستغناء عن غيره في تولي أموره و يمكن إنتهاء الحضانة باكتمال الأهلية القانونية و يمكن أن تنتهي بقوة القانون عند الإخلال لمستحق الحضانة لأي شرط من الشروط .كما يمكن الانتهاء بناءا على تنازل صاحب الحق عى الحضانة بإرادته المنفردة.

ويعاب على المشرع فيما يخص حقي الولد في النسب والحضانة أنه في النسب جمع بين الطرق المنشأة له و بين الطرق الكاشفة له في مادة واحدة.مع عدم تحديده للطرق العلمية من خلال تبيان صورها.

كما يعاب عليه أنه في المادة 62 لم يحدد الشروط الخاصة بالحاضن بل أجمعها بكلمة أهلا و تركها مبهمة.

كما جعل طلب تمديد الحضانة للأم فقط دون غيرها، مع عدم تحديد سبب سقوط حق الحضانة للجدة أو الخالة بسكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

مع عدم تحديده للنفقة التي تعد من النظام العام في مادة 72 بالرغم من ذكره للسكن .

وعليه فالمشرع بعدم دقته في النصوص القانونية و نقصها هذا يحيل إلى الشريعة الإسلامية و الذي يعني انه طبق ماجاء به الشرع دون زيادة أو نقصان .

بناءا على ماسبق نقترح:

النص صراحة على الطرق العلمية لإثبات النسب دون إرجاعها للسلطة التقديرية للقاضي مادام تم مراعاة شروطها و ظوابط الاخذ بها.

نزع التناقض الحاصل بالمادتين 41 و42 أقل مدة 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر ثم ينص على إمكانية نسب الولد لأبيه متى وضع الحمل خلال 10 اشهر فهنا تكرار لمضمون المادة السابقة . فيستوجب إلغاءها.

إضافة مواد صريحة لتبيان شروط أهلية الحضانة في مادة مستقلة.

تكريس قاعدة مصلحة المحضون في الواقع .
طلب تمديد الحضانة يكون للأم و لغيرها ممن لهم الحق في إسناد الحضانة.
تبيان أثار الحضانة في مادة مستقلة لأنها تعد الأساس في ممارسة الحضانة .
تمكين القاضي من الخبرات الطبية و ذلك لكي يستطيع تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب.

وفي الأخير يمكننا القول أن الاحكام المتعلقة بالنسب و الحضانة و إن إتضحت لنا الغاية التى وضعها المشرع الجزائري من خلاله نصوصه القانونية إلا أن تلك الغاية مازال يعتريها بعض الغموض و النقص و نتمنى أن يتم تعديلها بما يحقق مصلحة المحضون أكثر.

أولا:المصادر

أ- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

ب- كتب الحديث و علومه

1- أبي الحسن مسلم بن الحجاج القيشري النيسابوري، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش و توقي الشبهات، الأحاديث من رقم 3613 حتى رقم 3616، الطبعة الأولى دار إحياء التراث العربي ، لبنان .

2- ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، دار شريفة ، الجزائر،1989.

3- أحمد بن الحسن البيهقي ،السنن الكبرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العربية ، 1984.

4- أبو محمد علي بن أحمد بن سعد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالأثار ،ج10، دار الفكر، لبنان، 2001.

5- موقف الدين ابن قدامى، المغني ،ج9 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1983.

ثانيا:المراجع

أ- الكتب

1_ أحمد فراج حسين،أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق ،الخلع و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية) ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة ،2004.

2- أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2010.

3- أحمد محمد علي داودى،الأحوال الشخصية ،الجزء الثالث و الرابع ،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،2009.

4_ أحمد نصر الجندي ،الأحوال الشخصية في الإسلام، بدون طبعة ،دار المعارف ،2001

5- المصري مبروك ،الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائري ،بدون طبعة ، دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2010.

6_ الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،الجزء الأول ،الطبعة الأولى ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2005.

7 - الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،الطبعة الأولى ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2008 .

8 - بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2004.

9- بلحاج العربي،أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني ،بدون طبعة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،2013.

10- باديس ديابي ،صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،بدون طبعة ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،2012 .

11- بلخير سديد ،الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ،دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2009.

12- حسام الأحمد ،البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2010.

13- خليفة علي الكعبي ،البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ،دراسة مقارنة ،بدون طبعة ،دارر الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ،2004.

14- رمضان علي السيد الشرنباصي ،أحكام الأسرة الخاص بالزواج و الفرقة و حقوق الاولاد في الفقه الإسلامي و القضاء ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2007.

15- صلاح محمد أبو الحاج ،سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق ،بدون طبعة ،مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع ،الأردن ،2005.

16- عبد القادر داودى ،أحكام الأسرة بين لبفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،بدون طبعة ،دار البصائر للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2010.

17- عثمان التكروري ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،2007.

18- عبد القادر إدريس ،الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،2010.

19- عبد الحميد الجياش ،الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و اثارهما دراسة فقهية مقارنة ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،2009.

20- عبد العزيز سعد ،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر.

21- عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثانية ،دار القلم ،1990.

22- عبد الفتاح تقية ،محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ،الجزائر ،2007.

23- محمود علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ،دار الفكر ،الأردن ،2007.

24- محمد محي الدين عبد الحميد ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مايقابلها في الشرائع الأخرى ، بدون طبعة ، المكتبة العلمية ،لبنان ،2003.

25- محمد صبحي نجم ،محاضرات في قانون الأسرة ،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1992.

26- مصطفى السباعي ،شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج و إنحلاله،الجزء الأول ،الطبعة التاسعة ،دار الوراق للنشر و التوزيع ،دمشق ،2001.

27- محمد كمال الدين إمام ،الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي،بدون طبعة ،الدار الجامعية ،مصر.

28- محمد عاطف عبد المقصوطي ،الزواج و الطلاق في الإسلام و حقوق الزوج و الزوجة و الأولاد ،الطبعة الأولى ،مؤسسة المختار للنشر و التوزيع ،مصر ،2001 .

29- محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي للطباعة و النشر و التوزيع ،مصر ،1971.

30- محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج و أثاره ،بدون طبعة ،دار الفكر العربي للطباعة و النشر و التوزيع ،مصر ،1971.

31- نبيل صقر ،قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ،بدون طبعة ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،2006.

32- نسرين شريقي و كمال بوغرورة ،قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الأولى ،دار بلقيس للنشر ،الجزائر ،2013.

ثانيا:الرسائل و المذكرات الجامعية

1- بومجان سولاف ، إثبات النسب و نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ،2008.

2- حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة دكتورا في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ،2005.

3- صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة الجزائر ،2007.

4- طفياني مختارية ، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،جامعة بو مرداس .

5_ عائشة إبراهيم أحمد المقادمة ،إ ثبات النسب في ضوء علم الوراثة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية بغزة 2012.

ثالثا :المقالات

1-أبو عبد الله بلال الجزائري ،إثبات النسب عند الوطء بشبهة بين قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية،2013،www.alqayim.net.

2- سعيد الزعيم ،إثبات النسب ،المجلة القانونية ،2013،.www.marokdroit.com.

3- سعاد داودى ،ثبوت النسب بالزواج الصحيح،2014،www.startimes.com.

4_عبد الله علي الصيفي و عارف عزالدين حسونة ،تحليل الدم و دوره في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية ،2011، www .lawgo.net.

5-عادل الأنصاري ،تركيبة الدم ،2011lewbpedagogique.com .

6-عزالدين بن عبد الله ،الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري ،2013، montada .echoroukonline.com

7 - محمد مجدي منيب ،إسقاط الحضانة ،أسباب سقوط الحضانةمن الأم،2011، lawyer@live.com mohamed.

8_ نزية عبد اللطيف ،إثبات النسب في الشريعة الإسلامية ،ماجستير للقانون الجنائي،2011،www.nazihaadellatif.blogspot.com.

النصوص القانونية

-الأمر 66-156المؤرخ في 08 يونيو 1966،و المتضمن قانو العقوبات ،ج ر عدد 49 ،المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06-23المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ج ر عدد 84

-الأمر رقم 80-57 الوؤرخ في 26 سبتمبر 1970 المتضمن القانون المدني ،المعدل و التمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984،يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول:حق الأولاد في النسب	05
المبحث الأول :الأسباب المنشأة لحق النسب	07
المطلب الأول :النسب حال قيام العلاقة الزوجية و إنقضائها	07
الفرع الأول : ثبوت النسب بالزواج الصحيح	08
أولا :إمكان المعاشرة بعد العقد	09
ثانيا:أن تتحقق مدة الحمل المعتبرة شرعا	10
أ- أقل مدة الحمل	10
ب_أقصى مدة الحمل	10
ثالثا: ألا ينفي الزوج الولد بالطرق المشروعة	12
أ- تعريف اللعان	12
ب- صفة اللعان	13
ج- إجراءات اللعان	13
د- شروط اللعان	14
الفرع الثاني : النسب حال العدة	15
أولا : النسب بعد الفرقة	15
أ- المطلقة قبل الدخول	15
ب- المطلقة بعد الدخول	16
ثانيا: النسب بعد وفاة الزوج	16
المطلب الثاني : ثبوت النسب بالزواج الفاسد	18
الفرع الأول :تعريف الزواج الفاسد	18
الفرع الثاني : ثبوت النسب بالزواج الفاسد	18
الفرع الثالث :شروط ثبوت النسب بالزواج الفاسد	20

المطلب الثالث :ثبوت النسب بنكاح شبهة	21
الفرع الأول : تعريف الوطء بشبهة	21
الفرع الثاني : أنواع الوطء بشبهة	22
أولا: شبهة الحكم	22
ثانيا :شبهة العقد	22
ثالثا :شبهة الفعل	22
الفرع الثالث : ثبوت النسب بوطء بشبهة	23
المبحث الثاني : الأسباب أو الوسائل الكاشفة لحق النسب	24
المطلب الأول :الوسائل التقليدية الكاشفة لحق النسب	25
الفرع الأول : ثبوت النسب بالإقرار	25
أولا : تعريف الإقرار	25
أ- تعريف الإقرار لغة	25
ب- تعريف الإقرار في الإصطلاح الشرعي	25
ثانيا : أنواع الإقرار بالنسب و شروطه	25
أ- أنواع الإقرار بالنسب	25
ب- شروط الإقرار بالنسب	26
ثالثا: ثبوت النسب بالإقرار	27
الفرع الثاني : البينة	28
أولا :تعريف البينة	28
أ- البينة بمعنى الدليل	28
ب- البينة بمعنى الشهادة	28
ثانيا : أنواع البينة	29
أ- الشهادة المباشرة	29
ب- الشهادة السماعية	29
ج- شهادة بالتسامع	29
د- الشهادة بالشهرة العامة	29

ثالثا: دور البينة في ثبوت النسب	29
المطلب الثاني : الوسائل الحديثة (المعاصرة للنسب)	30
الفرع الأول : الطرق العلمية القطعية (البصمة الوراثية)	31
أولا : تعريف البصمة الوراثية	31
أ- تعريفها لغة	31
ب- تعريفها إصطلاحا	31
ثانيا : خصائص البصمة الوراثية	32
ثالثا: شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها	32
أ- الضوابط الشرعية و القانونية للعمل بالبصمة الوراثية	32
ب- شروط البصمة الوراثية من الناحية العملية	33
رابعا: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب	34
الفرع الثاني :الطرق الظنية في إثبات النسب (تحليل فصائل الدم)	35
أولا: تعريف الدم	35
أ- الدم في الإصطلاح الطبي	35
ثانيا : مكونات الدم	35
ثالثا: وظائف الدم	36
رابعا : دور تحليل الدم في إثبات النسب	37
المطلب الثالث :القيمة القانونية و الفقهية للطرق العلمية في إثبات النسب	38
الفرع الأول : موقف الفقه من البصمة الوراثية	38
الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري	40
خلاصة الفصل	41
الفصل الثاني: حق الأولاد في الحضانة	42
المبحث الأول: مفهوم الحضانة	44
المطلب الأول: تعريف الحضانة	45
الفرع الأول: تعريف الحضانة لغة و اصطلاحا	45

أولا: تعريف الحضانة لغة	45
ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا	45
الفرع الثاني: تعريف الحضانة فقها	45
الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة	46
المطلب الثاني: شروط استحقاق الحضانة	46
الفرع الأول: الشروط العامة الخاصة بالرجال والنساء	47
أولا: العقل	47
ثانيا: البلوغ	48
ثالثا: الأمانة	48
رابعا: القدرة على القيام بشؤون المحضون	48
خامسا: الإسلام	49
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء	49
أولا: أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه	50
ثانيا: أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون	50
ثالثا: أن لا تكون الأم قد امتنعت عن حضانته مجانا عند إعسار الأب	50
الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال	51
اولا: ان يكون الحاضن محرما اذا كانت انثى	51
ثانيا: اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون	51
المطلب الثالث: مراتب الحاضنين	52
الفرع الأول :الأم و من يليها من قريباتها	53
أولا :الأم	53
ثانيا:أم الأم	53
ثالثا:الخالة	54
الفرع الثاني :الأب و من يليه من أقربائه	54
أولا: الأب	54
ثانيا: أم الأب	54

الفرع الثالث: الأقرب درجة	55
أولا: القريبات من المحارم	55
ثانيا: العصبات من المحارم (الرجال)	56
ثالثا: محارم الرجال من غير العصبة	56
رابعا: من يراه القاضي أصلح للمحضون	56
المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية بعد إسناد الحضانة	57
المطلب الأول: أثار الحضانة	59
الفرع الأول: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة	59
أولا: نفقة المحضون	59
ثانيا: أجرة الحاضنة	61
الفرع الثاني: حق المحضون في السكن	62
اولا: المكلف بتوفير سكن الحضانة أو أجرته	63
ثانيا: مكان ممارسة الحضانة والانتقال بالمحضون	63
أ- مكان ممارسة الحضانة	63
ب- السفر بالمحضون	63
الفرع الثالث: حق الزيارة	65
المطلب الثاني: مدة انتهاء الحضانة وتمديدها	66
الفرع الأول: مدة انتهاء الحضانة	67
الفرع الثاني: تمديد مدة الحضانة	68
المطلب الثالث: مسقطات الحضانة	69
الفرع الأول: الأسباب القانونية لسقوط الحق في الحضانة	70
أولا: زواج الحاضنة بغير قريب محرم	70
ثانيا: سكن الجدة أو الخالة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم	71
ثالثا: تخلف احد الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة الجزائري	71

رابعا: سفر الحاضنة بالمحضون	72
خامسا: عمل المرأة المؤدي إلى إهمال المحضون	72
الفرع الثاني: الاسباب الاختيارية المسقطة لحق الحضانة	73
اولا: سقوط الحضانة بالتنازل عنها	73
ثانيا: سقوط الحضانة بالتقادم	73
الفرع الثالث:عودة الحضانة بعد سقوطها	74
أولا:سقوط حق الحضانة الغير اختياري	75
ثانيا: سقوط الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة	75
خلاصة الفصل	76
خاتمة	78
قائمة المراجع	82
الفهرس	90