



جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



حماية حقوق الطفل في قانون الأسرة .

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف الأستاذة:

- سيليني كريمة

- رئيسا

- مشرفا و مقرا

- مناقشا

من إعداد الطالبة:

- لكريشي إبتسام

لجنة المناقشة :

- د. بودفع علي

- أ. سيليني كريمة

- أ. عبادة سيف الإسلام

2015 - 2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرّفان

أشكر الله وأحمده، الذي وهبني التوفيق والسداد و أعانني على إتمام هذا البحث، والصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين .

أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي الفاضلة " سيليني كريمة " التي لم تبخل علي بنصائحها و إرشاداتها و توجيهاتها طيلة مشوار البحث .

كما أتوجه بالشكر و العرفان لسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذا البحث .

كما أتقدم بجزيل الشكر و الامتنان إلى كل من ساعدني و أمدني بيد العون لإتمام هذا البحث .

الإهداء

بسم الله الرحمان الرحيم

يا رب إذا أعطيتني نجاحا فلا تأخذ تواضعي، وإذا أعطيتني التواضع فلا تأخذ مني الاعتزاز بكرامتي، وإذا أسأت إلى الناس فامنحني شجاعة الاعتذار، وإذا أساء الناس إلي فامنحني شجاعة العفو أهدي ثمرة جهدي هذا:

إلى أحلى كلمة يرددتها لساني...إلى التي حملتني وهنا على وهن... إلى أجمل كائن عرفته عيوني...إلى التي سهرت الليالي من أجلي...إلى السند المتين في حياتي...إلى من منحتني وتمنحني من غير أن تسألني عطاء...إلى التي أحيا لأجلها...قرة عيني، الصدر الحنون، إلى التي لم أجد كلمة توفي حقها أُمي الغالية أدامها الله لي و أطال في عمرها وحفظها من كل كرب إلى من فاق حنانه غزارة الأمطار، وبني بعطفه قصرا من الحلم، وتلقى نجاحاتي دوما بأحضان وتتبع خطواتي رغم مشاغل الأزمان، إلى من رعاني مند نعومة أظفاري أبي العزيز أطال الله في عمره و حفظه إلى أخوي سيف الدين و جابر اللذان كانا لي سندا وساعداني في إتمام هذا العمل إلى زهور الأمل و منابع الحياة أخواتي: شيماء، نور الهدى، مروة اللواتي كنت أهديهم مع كل موسم حصاد ثمرة فيهدونني فرحة ترسم على الشفاه بسمة حلوة و إلى كل الأهل و الأقارب، إلى كل النفوس الطيبة و الإيرادات الخيرة التي وقفت إلى جانبي لانجاز هذا العمل المتواضع إلى من هم في ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي، إلى من هم في قلبي و لم يسعهم قلبي.

قائمة المختصرات:

- ص / صفحة .
- د.ط / دون طبعة .
- ط / طبعة .
- ج / جزء .
- ق.أ.ج / قانون الأسرة الجزائري .
- ق.م.ج / قانون مدني جزائري .
- ق.إ.م.إ.ج / قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .
- ق.ع.ج / قانون العقوبات الجزائري .
- د.ت / دون تاريخ نشر .
- ق.ح.م.ج / قانون الحالة المدنية الجزائري .

مقدمة

مقدمة :

- الأولاد هم زينة الحياة الدنيا، ومقصد وغاية الحياة الزوجية وثمرتها، وبهم يستمر الوجود الإنساني، وحب الإنسان للولد هو من سنن الله تعالى في خلقه فقد عد الله تعالى الولد من النعم الكبرى التي أنعم بها على الإنسان لقوله تعالى: ﴿ ٤٥ ﴾ "أَلَمْ أَلِّمُوا وَلَدَهُمْ أَنْ يَرْتَدَّ بِعُنُقِهِمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ" (1) "أَلْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَالْبَنَاتِ الصَّالِحَاتِ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا" (1)

- فالشريعة الإسلامية أولت موضوع الطفولة كل الاهتمام، بحيث وصلت فيه إلى درجات من الاهتمام والرعاية لم تصلها بعد القوانين الوضعية، فالإسلام اعتبر رعاية الطفل مسؤولية أبوية لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "كلكم راع و مسؤول عن رعيته".

- ونجد أيضا المادة 65 من الدستور الجزائري لسنة 1996 تنص على: >> يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم و رعايتهم...<<

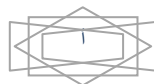
- فالوالدان يمثلان في حياة الطفل أهم ركيزة يقوم عليها تكوينه .

- كما تعتبر مرحلة الطفولة عند بني الإنسان هي من أهم المراحل التي تستغرق فترة زمنية طويلة من عمره وتعتبر أيضا أهم مرحلة، إضافة إلى ارتباطها بالعجز وعدم القدرة على إشباع الحاجات و حماية النفس من الأخطار و تقييم وتقدير خطورة الأمور .

- ومن هنا كان موضوع رعاية الطفل موضوعا مهما شد اهتمام القوانين الوضعية بالأطفال حيث أصدرت في حقهم نصوصا و تشريعات وقوانين لحمايتهم و رعايتهم و مراعاة حقوقهم .

- ونجد المشرع الجزائري قد كفل حقوق الطفل بنصوص قانونية لحمايته و ضمان

(1): سورة الكهف الآية 46 .



حقوقه من الناحية المدنية و الجنائية، ونجد أيضا قانون الأسرة رغم أنه لم يخصص فصلا خاصا بالطفل و حقوقه و حمايتها، إلا أنه تناول الأحكام المتعلقة بالطفل في ثناياه وذلك عند حديثه عن النسب، والنفقة و الميراث و الولاية... إلخ .

- وذلك لاعتبار قانون الأسرة ذو أهمية بالغة لأنه ينظم جانبا حساسا من الحياة الاجتماعية ألا وهو الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع، ولأنه أغلب أحكامه مستمدة مباشرة من الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي، نجد الأحكام التي تحكم وتنظم الأسرة و الطفل لن تخرج عن إطار ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، حتى فيما لم يرد فيه النص يرجع فيه إلى أحكام الفقه الإسلامي، كما جاء في المادة 222 من قانون الأسرة: >> كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية <<.

ومن خلال التمعن في نصوص قانون الأسرة نجده قد تضمن حقوق الطفل بنوعيتها أي المعنوية و المادية، لذا رأينا أنه من الضروري الانتباه إلى اهتمام المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري بوضعية الطفل وكفالة حقوقه من خلال الإجابة عن الإشكالية التالية:

- هل نصوص قانون الأسرة كفلت الحماية الشاملة للطفل ؟

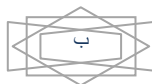
- وهل وافق المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في نصه على حقوق الطفل والحماية المقررة لها ؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها :

- ما هي الحماية المقررة لحقوق الطفل المعنوية في قانون الأسرة ؟

- ما هي الحماية المقررة لحقوق الطفل المادية في قانون الأسرة ؟

أهمية الموضوع:



- إن البحث و الدراسة في هذا الموضوع، سيتيح الفرصة لكل من يهيمه الأمر لمعرفة حقوق الطفل في قانون الأسرة والحماية المقررة لها .

- إن الأبناء باعتبارهم ثمرة العلاقة الزوجية من جهة و كونهم جيل المستقبل من جهة أخرى، فإن التعرض لمعالجة حقوقهم المعنوية و المادية و حمايتها، بالشرح التفسير من شأنه أن يبين حكمة التشريع الأسري ويحافظ على الروابط و العلاقات الأسرية و استقرارها .

- إن موضوع حقوق الطفل وحمايتها، يكتسي أهمية بالغة، لما له من أثر فعال على الأبناء فتمتعهم بهذه الحقوق في ظل أسرة مستقرة، سيضمن لهم نشأة متوازنة .

أسباب اختيار الموضوع :

- حقوق الطفل موضوع يحتاج إلى البحث فيه، لأنه يمس واقع الأسرة و استقرارها .

- جهل بعض الآباء لحقوق أولادهم، وعدم الاهتمام لأمرهم .

أهداف البحث :

- إن الغرض من هذه الدراسة هو :

- تسليط الضوء على حقوق الطفل، بقصد تحديدها وبيان أحكامها و الحماية المقررة لها في قانون الأسرة الجزائري .

- توعية الأولياء بضرورة الاهتمام بأبنائهم، وتوفير لهم جميع حقوقهم سواء مادية أو معنوية، عدم إهمال أي حق من هذه الحقوق .

- إبراز الأهمية التي أولتها الشريعة الإسلامية و كذلك قانون الأسرة الجزائري لحقوق الطفل، وذلك لاعتبار أن طفل اليوم هو رجل المستقبل .

المنهج المتبع :

- وقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الإستنتاجي، ويتضح ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث و معرفة مضمونها، والمنهج المقارن في بعض مباحث البحث للوقوف على مدى توافق الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة حول الموضوع، ذلك للحصول على نتائج تحقق أهداف البحث و أهميته .

صعوبات البحث :

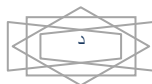
- من الطبيعي أن يعترض كل باحث مجموعة من الصعوبات و العقبات أثناء انجاز بحثه و التي تتحدد بحسب طبيعة البحث و ظروف الباحث، وما يمكن تسجيله عن العقبات التي اعترضت بحثي هي :

- صعوبة التفريق بين الحقوق المعنوية و المادية للطفل لكثرة تداخلها .

- قلة الدراسات القانونية المتعلقة بحقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري .

الدراسات السابقة :

- اعتمدت في إعداد هذا البحث على مجموعة من الرسائل الجامعية، كرسالة الماجستير " حماية الطفل في قانون الأسرة "، للطالبة سلامي دليلة و التي تناولت الموضوع من الجانب القانوني، كما رجعت إلى رسالة ماجستير أخرى بعنوان " حقوق الطفل بين الشريعة و القانون "، للطالبة مداني هجيرة نشيدة التي ركزت في دراستها على الجانب الفقهي .



تقييم المراجع:

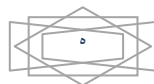
لقد اعتمدت بشكل عام على المراجع القانونية العامة حيث جاءت فيها حقوق الطفل ضمن آثار الزواج، فلا توجد مراجع جزائرية تناولت حقوق الطفل بشكل مفصل في قانون الأسرة الجزائري .

خطة البحث :

لقد تمت الإجابة عن إشكالية البحث، بتقسيمه إلى فصلين وخاتمة، حيث تعرضت في الفصل الأول إلى دراسة حماية حقوق الطفل المعنوية و ذلك من خلال بيان هذه الحقوق و الحماية المقررة لها في قانون الأسرة، فتناولت في المبحث الأول حماية حق الطفل في النسب، و إلى حماية حقوق الطفل المتعلقة بالرعاية في المبحث الثاني .

أما فيما يخص الفصل الثاني فتناولت فيه حماية حقوق الطفل المادية، و الذي قسمته بدوره إلى مبحثين، مبحث أول تطرقت فيه إلى حماية حق الطفل في النفقة والميراث، وإلى حق الطفل في النيابة الشرعية كمبحث ثاني .

وختمت البحث بخاتمة جمعت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها مع بعض الاقتراحات



الفصل الأول

حماية الحقوق المعنوية للطفل .

تمهيد:

إن الأبناء هم ثمرة العلاقة الزوجية ونتائجها، ولهم حقوق تقع على عاتق آبائهم وأمهاتهم و من هذه الحقوق نجد الحقوق المعنوية التي تعتبر التزامات تقع على عاتق الوالدين منذ ولادة أبنائهم إلى بلوغهم الرشد، وهي حقوق شرعية، قانونية تلبي حاجيات الأبناء العاطفية والأخلاقية، فالابن بمجرد ولادته يكون له الحق في معرفة هويته التي تثبت انتماءه إلى أبويه، ويحتاج أيضا إلى رعاية والديه وحفظهما سواء مجتمعين أو منفصلين .

ولهذا خصصنا هذا الفصل لدراسة حماية الحقوق المعنوية للطفل التي تضمنتها نصوص قانون الأسرة الجزائري، وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول تعرضنا فيه إلى حماية حق الطفل في النسب، و المبحث الثاني تناولنا فيه حماية حقوق الطفل المتعلقة بالرعاية .

المبحث الأول: حماية حق الطفل في النسب .

إن النسب من أهم الحقوق التي تثبت للطفل بمجرد ولادته ذلك باعتباره أهم حق يثبت هويته من خلال انتمائه إلى عائلة معينة وأب معين، لأن ثبوت نسبه من أمه ثابت لا محالة سواء كان ناتج عن علاقة شرعية أو لا، لكن ثبوت نسب الطفل من أبيه وفقاً للشرع والقانون لا بد من علاقة شرعية أي زواج صحيح، وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين تعرضنا في المطلب الأول إلى تعريف النسب وأسباب ثبوته، وإلى طرق إثبات النسب في المطلب الثاني .

المطلب الأول: تعريف النسب وأسباب ثبوته.

لقد أولت الشريعة الإسلامية اهتمامها بالنسب، و اتخذت من الاحتياجات ما يكفل ثبوت نسب الأولاد إلى آبائهم، وذلك حفاظاً على بقاء الأسرة وعدم تفككها ولعدم ضياع ثمار الزواج فرابطة النسب هي نسيج الأسرة وهي نعمة أنعمها الله على الإنسان لقوله تعالى " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا " (1)

لذلك سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى النسب وأسباب ثبوته في فرعين: تعريف النسب (فرع أول)، وإلى أسباب ثبوته (فرع ثاني) .

الفرع الأول: تعريف النسب.

النسب لغة: هو الأصل والانتساب إلى الجد الأكبر (2)، كما عرف بأنه هو القرابة التي سببها الولادة وقيل هو الاشتراك من جهة أحد الأبوين وهو نسب القرابات ومفرده مأخوذ من الأنساب ويكون في الآباء خاصة. (3)

(1):سورة الفرقان الآية 54 .

(2):جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت ، د.ت ، ص 310 .

(3):المرجع نفسه، ص755 .

أما النسب في الاصطلاح أو في نظر الفقهاء فهو القرابة التي سببها الولادة، ويثبت بالأب ويثبت بالفراش القائم قبل الولادة بمعنى الزوجية التي هي أصل أساسي من الأصول التي يتحقق بها نسب الولد إلى أبيه لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش و للعاهر الحجر"،⁽¹⁾ وثبوت النسب هو حق للطفل.

الفرع الثاني: أسباب ثبوت النسب.

أولاً: الزواج الصحيح .

يقصد بالزواج الصحيح، الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة على أساس عقد زواج استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة طبقاً لما نصت عليه المواد من 7 إلى 31 ق، الأسرة.⁽²⁾

فالفراش يعد سبباً وجيهاً وبيننا لثبوت نسب الطفل لأبيه ، دون حاجة إلى الإقرار أو البينة .

وبالإضافة إلى شروط الزواج الصحيح يجب احترام ما نصت عليه المادة 41⁽³⁾ و 42 من ق الأسرة من الشروط:

أ- أن يكون الاتصال بين الزوجين ممكناً: يجب التأكد من أن الاتصال قد تم فعلاً وإلا فلا يثبت نسب الطفل.

لكن ما تم إثباته من خلال التطور العلمي الحاصل من خلال الأبحاث الحديثة أنه بإمكان أن تحمل المرأة دون أن يكون هناك اتصال جنسي وذلك ما يطلق عليه بالتلقيح الاصطناعي⁽⁴⁾ ونجد المشرع الجزائري قد أضاف مادة جديدة بعد التعديل الذي أجري على قانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 من خلال المادة 45 مكرر.

(1): عبد الغني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج3، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ت ، ص22 .

(2): بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص191 .

(3): المادة 41 من ق. أ. ج: <<ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة>>

(4): سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008 ص 11.

ب- أن تكون الولادة بين أقل وأقصى مدة الحمل: فمن خلال نص المادة 42 ق.أ.ج اقل مدة للحمل ستة أشهر (06) وأقصاها عشرة (10) أشهر .

وقد بين أيضا القرآن الكريم ذلك بقوله تعالى "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا^ط وَحَمَلُهُ^ط وَفِصْلُهُ^ط ثَلَاثُونَ شَهْرًا⁽¹⁾"، فهنا الآية الكريمة بينت لنا مدة الحمل والرضاع معا، فعند فصلنا لمدة الرضاع والتي هي عامين أو حولين كاملين كما جاء في القرآن الكريم فتبقى مدة ستة (06) أشهر وهي تمثل أقل مدة للحمل.

أما فيما يخص أقصى مدة للحمل فنجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على مدة 10 أشهر بقوله في نص المادة 42 من ق.أ.ج و أقصاها عشرة (10) أشهر ، ولا ندري هل اعتمدها على أساس فقهي معين أم على خبرة طبية معينة⁽²⁾ هذا بطبيعة الحال عندما تكون الزوجية قائمة ، أما إذا توفي الزوج أو طلقت الزوجة فورد في نص المادة 43 ق.أ.ج : >> ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة<<.

ج- عدم نفي الولد بطرق الشرعية: الأصل أن الولد الذي تأتي به الزوجة يثبت نسبه إلى أبيه بشرط أن لا ينفيه بالطرق الشرعية وكما نعلم أن النفي لا يتم إلا بواسطة حكم يصدر من القاضي ، ومن أهم هذه الطرق اللعان كما نص الشرع و بالإضافة إلى طرق أخرى منها:

- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب: ومثاله إذا كان الرجل مريض بمرض جنسي يستحيل معه الإنجاب ففي هذه الحالة جاز له نفي النسب بطبيعة الحال راجع إلى الإثبات من خلال خبرة طبية .

(1): سورة الأحقاف ، الآية 15 .

(2): قد اختلف الفقهاء حول أقصى مدة للحمل فمنهم من قدرها بسنتين كالحنفية ، وأما المالكية فقدروها بخمس سنوات والشافعية بأربعة سنوات أما الظاهرية بتسعة أشهر ، أنظر حسن حسن منصور ، المحيط في شرح الأحوال الشخصية ، أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاة ، المؤسسة الوطنية لطباعة والنشر و التوزيع ، 1998 ، ص286 .

- نفي النسب عن طريق إنكار الولادة: فإذا كان الزوج يعلم أن زوجته عقيم أو حامله لمرض يستحيل أن تحمل معه أو كانت مستأصلة الرحم مثلا ، فله أن ينكر ولادتها وينفي نسب الطفل.⁽¹⁾

- نفي النسب لعدم التلاقي: إذا ثبت الزوج أنه لم يكن هناك اتصال جنسي فله أن ينكر أو ينفي نسب الطفل .

- نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل: إذا جاءت الزوجة بالولد قبل المدة الأدنى للحمل (أقل مدة للحمل) وهي ستة أشهر من تاريخ الزواج ، فلا يثبت نسب المولود منه ، ونفس الأمر ما إذا جاءت بالولد في مدة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهو ما بينته المادة 42 ق.أ.ج.

- اللعان: وهو الطريق المشروع والمعروف في الشرع قبل القانون ويقصد به اتهام الزوج لزوجته بالخيانة وتتم الملاعنة أمام القاضي ، ومدته هي ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل فإذا مرت المدة لا يقضى بنفي نسب الطفل⁽²⁾

ثانيا: الزواج الفاسد .

إن الزواج الفاسد يأخذ في النسب نفس حكم الزواج الصحيح لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ، ويشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ما يأتي:

- الاتصال الجنسي بالمرأة أو الخلوة بها الصحيحة: بمعنى إذا كان الزواج فاسد لكن تم الاتصال الجنسي فيه ثبت نسب الولد أما إذا لم يدخل بها ولم يحصل أي اتصال لا يمكن نسب الولد.

(1): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 15 .

(2): يتم اللعان بشهادة الزوج أربعة شهادات ويقول أنه لمن الصادقين فيما رميتها به والخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتشهد الزوجة أربعة شهادات أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإذا تم اللعان فرق القاضي بينهما بتطبيقه بئنة، أنظر أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد ونفقات الأقارب، د. ط، الدر الجامعية، بيروت، 1998، ص 248 .

وأيضاً إذا أتت المرأة بالولد لمدة ستة أشهر أو أكثر من يوم الدخول فإنه يثبت نسبه من الزوج ، أما إذا جاءت به لأقل مدة للحمل مثلاً: خمسة أشهر من تاريخ الدخول أو أقل فلا يثبت نسبه من الزوج .

- أن يكون الرجل ممن يمكن أن يكون الحمل منه: بأن يكون بالغاً عند المالكية أو بالغاً أو مراهقاً عند الحنفية، وقد تم النص من طرف المشرع الجزائري في المادة 40 من ق.أ.ج المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 والتي جاء في مضمونها: <<... أو بكل زوج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون >> .

ويستنتج من هذا أن ثبوت نسب الطفل في الزواج الفاسد يستلزم الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة .

ثالث: النكاح لشبهة .

يقصد بالشبهة هي أن يتصل الرجل بالمرأة اتصال جنسي غير مبني على عقد صحيح أو فاسد ، كما لا يعتبر زناً أيضاً و تأخذ الشبهة في عقد الزواج أشكالاً عدة:

- الشبهة في العقد: مثل وطء المطلقة ثلاثاً على اعتقاد من زوجها أنها تحل له.
- الشبهة في الحكم : كجهل الزوج حكماً من أحكام الزواج ونتج عنه الدخول بالمرأة .
- الشبهة في الفعل : كوطء الرجل امرأة يجدها في فراشه فيظنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته (1).

فإذا ما تم الاتصال خارج الحالات المذكورة أي ارتكاب فاحشة الزنا لا يمكن نسب الولد للرجل ، ذلك أن الشريعة الإسلامية قد حظرت فعل الزنا لأن النسب نعمة والزنا جريمة فكيف تكون الجريمة سبباً في ثبوت النعمة (2).

(1):مصطفى عبد الغني شيبية ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، 2006 ، منشورات جامعة سبها ، ليبيا، ص 201←203.

(2): أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص259.

وفي نكاح الشبهة يدفع للمرأة الموطوءة مهر المثل⁽¹⁾ .

المطلب الثاني: طرق إثبات النسب .

لقد أكد الإسلام على ثبوت النسب بالنسبة للأولاد حتى لا يضيعوا أو يعرضوا للضرر وقد نهى عن ينكر نسب أولاده وتوعده بالعقاب كما سيبين في الفروع الآتية: الإقرار (فرع أول)، البيينة (فرع ثاني)، الطرق العلمية (فرع ثالث)، ثبوت نسب الطفل بالتلقيح الاصطناعي (فرع رابع) .

الفرع الأول: الإقرار .

ويقصد بالإقرار هو إعلام شخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر وهذه القرابة تنقسم إلى نوعين:

- قرابة مباشرة: أي الإقرار بأصل النسب وهو البنوة أو الأبوة أو الأمومة بمعنى هي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة .

- قرابة غير مباشرة: وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر وتسمى بقرابة الحواشي كالإقرار بالأخوة أو العمومة .

ومن هذا يمكن القول بأن الإقرار بالنسب نوعين:

أولاً: إقرار بالنسب محمول على نفس المقر: وهذا النوع يثبت فيه النسب من غير توقف على بيان سبب النسب من زواج أو غيره فإذا اقر شخص بأن هذا الولد ابنه ثبت نسبه منه ، بحيث يترتب على هذا الإقرار ، جميع ما يترتب على النسب الصحيح⁽²⁾ ويشترط لصحة هذا الإقرار الشروط التالية :

1- أن يكون الولد مجهول النسب ، لأنه إذا كان معلوم النسب فإن ذلك يعني أن المقر كاذب في إقراره .

(1): محمد محدة ، الخطبة والزواج ، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية ، ط2 دار شهاب ، 2000 ، ص275 .

(2): أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص260 .

2- أن يكون الشخص المقر ممن يمكن أن يولد له مثل هذا الولد .

3- أن لا يكون هناك من يدعي بأن هذا الولد ولده .

4- أن يكون المقر بالغاً عاقلاً مختاراً، بمعنى لا يصح إقرار الصغير والمجنون والمكره .⁽¹⁾

وهذا النوع من الإقرار نجد أنه ورد النص عليه في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 44 منه حيث جاء فيها: <حيثب النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة>> .

ومن هذا يمكن القول بأنه إذا صدر الإقرار من الأب أو الأم يسمى إقرار بالبنوة وإذا صدر من الولد يسمى إقرار بالأبوة أو الأمومة .

ثانياً: إقرار بالنسب محمول على الغير: وهو إقرار بنسب فرعي ، أي الإقرار بقرابة فيها واسطة بين المقر والمقر له ، ومثاله :

الإقرار بالأخوة أو العمومة، وقد نصت المادة 45 ق.أ.ج بقولها: <> الإقرار بالنسب في غير البنوة ، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه <> .

إذن فالإقرار بالأخوة أو العمومة هو إقرار بالنسب محمول على الغير وحتى ينتج أثره لابد من توفر جملة الشروط التي سبق ذكرها في الإقرار بالنسب محمول على نفس المقر إضافة إلى أحد الشرطين التاليين:

1- تصديق المحمول عليه النسب لهذا الإقرار: فإذا أقر شخص بأن شخص آخر أخاه أو عمه يشترط لثبوت نسبه بأن يصدقه الأب في الإقرار بأخ ،والجد بالإقرار بالعم والابن في الإقرار بابن الابن ، فإذا حدث الإقرار وتم تصديقه ثبت نسبه وترتب عليه أثره ، ومن هذه الآثار إذا أقر شخص بأن شخص آخر أخوه وإذا صدقه أبوه يعتبر إقرار بالبنوة

(1): العربي بختي ، أحكام الطلاق حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري ، ط 1 ، 2013 ، مؤسسة كنوز الحكمة ، 2013 ، ص 217 .

وبالتالي يثبت نسبه من أبيه وتثبت أخوته بينه وبين الأبناء الآخرين وتكون له حصته من ميراث أبيه

2- إقامة البينة من المقر على صحة دعواه ، أو تصديق ورثة المقر عليه بعد وفاته.(1)

ولعل ما يجب الإشارة إليه أن الحديث عن الإقرار بالنسب ليس هو التبني فإنه منشئ للنسب بحيث أن البنية في التبني تتحقق ولو كان الشخص معروف الأب ، وهذا ممنوع شرعا وقانونا بنص المادة 46 ق.أ.ج حيث جاء فيها ما يلي: >> يمنع التبني شرعا وقانونا << .

الفرع الثاني: البينة .

إن البينة⁽²⁾ هي وسيلة من وسائل إثبات النسب لكن لا يثبت بها إلا نسب الولد ، أما بالنسبة للأخ أو العم فلا بد لهم من الإقرار ، وهذا الأخير في حد ذاته حجة قاصرة على المقر ولا تتعدى غيره ، على خلاف البينة التي إذا ثبتت كانت ملزمة لكل الأطراف .

فالبينة إذا هي كل وسيلة يظهر بها الحق و تتكشف حقيقته ، وتعرف البينة على أنها الحجة ، ويطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف وهو الشهادة .

وبالتالي البينة التي قصدتها المشرع في نص المادة 40 ق.أ.ج هي الشهادة دون غيرها ، والبينة التي يثبت بها النسب هي: شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند الحنفية ، وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف .

لكن لو حدث نزاع بين الزوجين كأن تدعي الزوجة الولادة وينكر الزوج أو يعترف بالولادة وينكر الولد الذي عينته فعليها البينة ، فيكفي في هذه الحالة في البينة شهادة امرأة

(1): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 22.

(2): البينة لغة: بين يبين أبان بان الشيء بيانا ظهر واتضح وانكشف و الجمع بيانات وهي الحجة الواضحة ، البرهان ، الدليل ، أو كل ما يثبت الحق ويفصل به بين الخصوم ، أنظر أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، مجلد 1 ، ط 1 ، عالم الكتب ، مصر ، 2008 ، ص 276 .

واحدة مسلمة معروفة بالعدالة ، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، كما يمكن للزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها بشهادة الطبيب الذي باشر ولادتها.

كما يمكن أن يثبت النسب بشهادة التسامع⁽¹⁾ على اتفاق بين الفقهاء ، وقالوا: لأن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس فإذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام المترتبة عليها .⁽²⁾

أما فيما يخص دعوى النسب فهي تختلف باختلاف أحوال النسب ، فإذا كانت الدعوى ليس فيها إلحاق النسب بغيره وكان المدعى عليه حيا ، فإن الدعوى تسمع ولو كانت أصلية بمعنى غير مرتبطة بحق آخر فإذا أقر المدعي عليه ثبت النسب وأن أنكر اتبعت طرق الإثبات الأخرى المقررة ، وهي تختلف في حالة قيام الزوجية عن حالة العدة ، فإذا لم تكن عدة ولا زوجية قائمة يتعين الاعتماد على الحجة الكاملة .

وأما إذا كانت دعوى النسب في الحالة التي ليس فيها تحميل النسب على الغير وكان المدعى عليه ميتا ، ففي هذه الحالة ، لا بد أن تكون دعوى النسب ضمن حق آخر مطالب به وهذا شرط في الدعوى التي تقام على الميت وهو غائب ، حيث أن الدعوى على الغائب لا تسمع إلا إذا اتصلت بحق للحاضر .⁽³⁾

الفرع الثالث: الطرق العلمية .

إن النسب باعتباره من أقوى وأسمى روابط الإنسانية ، فإن الشريعة اعتنت به عناية كاملة وحمته من كل ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب واختلال الحياة ، وبعد تقدم العلم تم طرح السؤال الأتي : هل بإمكان الاستعانة بالطرق العلمية لإثبات النسب ؟

(1):التسامع: هو استفاضة الخبر و الاشتهار بين الناس وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع كما هو الشأن في الزواج و الزفاف والولادة والوفاة ، أنظر رمضان علي الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 ، ص 576 .
(2):المرجع نفسه ، ص 577 .
(3): الغوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 157 .

إن المشرع الجزائري قبل التعديل الصادر سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 بالنسبة لقانون الأسرة لم يكن يعترف بالطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب ويظهر هذا من خلال القرار الصادر بتاريخ 1999/10/15 عن المحكمة العليا والذي جاء فيه لمتى يتبين من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد ثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض⁽¹⁾.

لكن بعد التعديل الصادر بموجب الأمر 02/05 نجد المادة 40 الفقرة الثانية منه تنص على: << يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية >>.

بحيث أن هذا التعديل قد جاء تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات ، ويتم اللجوء إلى الوسائل العلمية عندما يقوم الزوج بملاعنة الزوجة ونفي نسب الولد منه حتى وإن حدث اللعان بحيث يشهد الزوج على سبيل التأكد أن الزوجة قد ارتكبت جريمة الزنا ، وفي المقابل تشهد الزوجة على أن زوجها كاذب فيما يقول ، فهذا لا يعني أن الولد أجنبي عن الزوج الملاحن كليا ، حتى وإن كان الزوج صادقا في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا ، لكن يمكن أن يكون الحمل منه .

والوسيلة العلمية الحديثة التي ارتضاها العلم والطب حاليا لإثبات النسب بشكل أدق هي البصمة الوراثية ، واعتبرها المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي أكثر وسيلة تمتاز بالدقة في التمييز بين الأشخاص والتحقق من شخصية الفرد وهويته وذلك من خلال تحليل جزء من حمض DNA⁽²⁾ التي توجد في نواة أي خلية من خلايا جسم الإنسان ، وبهذا يمكن اعتبار هذا الفحص دليل نفي أو إثبات النسب بطريقة أكيدة وأن نتائجها شبه قطعية ، إذ لا تقل نسبة صحتها عن 98% وهذا ما يجعلها ترقى إلى مستوى القرائن القوية ، بحيث

(1): المحكمة العليا ، قرار بتاريخ 1999/10/15 ، ملف رقم 222674 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، عدد خاص ، 2001 ، ص 88 .

(2): هو رمز اختصار للمصطلح العلمي الفرنسي acide désoxyribo nucléique

أنها تعتبر من الناحية العلمية وسيلة لا تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية .

ولذلك نجد أن القضاء الجزائري قد احتكم إليها في كثير من القضايا ومن أشهرها قضية الطفلة المسماة ب(صفية) التي ادعى أبوتها رجل جزائري و آخر فرنسي وكانت نتائج (DNA) مثبتة للتقارب بين بصمات الطفلة وبصمات والدها الجزائري .⁽¹⁾

إن اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الطفل ليس إهدار أو منع الزوج من ممارسة حقه في طلب اللعان ، لكن الهدف أسمى وأبلغ وهو حماية حق الطفل من الضياع وعدم حرمانه من حق أساسي وهو الحصول على نسب أب معين و الانتساب إلى عائلة .

كما أنها تعتبر وسيلة لمنع التحايل ، فالزوج الذي يعلم أنه هو الأب الحقيقي ولكن يريد التصل من نسب الطفل وذلك من خلال نفي الاتصال بزوجه أو ادعائه أنه غاب عنها أو أنه مريض مرض يستحيل معه أن تحمل الزوجة منه ، وبالنسبة للزوجة أيضا لا يمكنها أن تنسب لزوجها الطفل وهي تعلم أنه ليس منه.⁽²⁾

- إذن فالطرق العلمية جاءت لحماية الطفل أولا ووسيلة لكشف التحايل والتدليس

ثانيا .

الفرع الرابع: ثبوت نسب الطفل بالتلقيح الاصطناعي .

إن التلقيح الاصطناعي يعتبر من الوسائل العلمية للإنجاب ، حيث تساعد على تحقيق رغبة بعض الأزواج الكامنة والعارمة في الإتيان أو الحصول على الأولاد ، ويقصد به أن تحمل المرأة وتلد مولودها دون اتصال جنسي طبيعي بينها وبين الرجل ، ويعتبر وسيلة بديلة في حالة تعذر التلقيح الطبيعي .

ونجد المشرع الجزائري قد نص على التلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 مكرر من ق.أ.ج المعدل بأمر 02/05 ، وقصد ربطه بشروط معينة حتى يصبح مشروعا .

(1): العربي بخني ، مرجع سابق ، ص 222 ← 224 .

(2): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 26

حيث جاء فيها ما يلي: >> يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعياً .
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين أثناء حياتهما .
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها .
- ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة << .

أولاً: المقصود بالتلقيح الاصطناعي:

هو عبارة عن عملية أو وسيلة تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهم في الإنجاب و يتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوان المنوي من الزوج إلى العضو التناسلي للزوجة وذلك بغير الاتصال المعروف (1).

وهو على نوعين:

(أ) التلقيح الداخلي: ويتم عن طريق نقل مني الزوج نفسه إلى زوجته ، ويتم داخل الجسم عن طريق إدخال الحيوان المنوي إلى قناة فالوب برحم المرأة ليتحد بالبويضة وتتكون نطفة أمشاج (2).

(ب) التلقيح الخارجي: ويتم من خلال استخراج كلا من الحيوان المنوي و البويضة وجمع بينهما في أنبوب اختبار ليتحدا ، فبعد تلقيحها ، و بلوغها اليوم الرابع من التلقيح يعاد إدخالها إلى الرحم (3) فتتعلق بجداره حيث تصبح علقة عالقة ثم تبدأ في النمو نموا طبيعياً من العلقة إلى مضغة ثم إلى عظام يكسوها اللحم كما جاء في قوله تعالى " ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي

(1): صفاء مشري، التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة ، 2013 ، ص 03.

(2): بلقاسم شتون، (التلقيح الاصطناعي في الفقه و القانون المقارن)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ، العدد 12، سنة 2006، ص 89 .

(3): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 28 .

قَرَارٍ مَكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾". (1)

ثانيا: شروط التلقيح الاصطناعي .

يتبين من خلال نص المادة 45 مكرر من ق.أ.ج الشروط التالية:

(أ) أن يكون الزواج شرعيا: يشترط في ثبوت نسب الطفل من أبيه دائما أن يكون الطفل نتاج أو ثمرة علاقة شرعية ، سواء كانت ولادته عن الطريق الطبيعي (الاتصال الجنسي) أو عن طريق التلقيح الاصطناعي .

وعلى اعتبار أنه من مقاصد الزواج الأصلية هي الإنجاب والحصول على الذرية ، يمكن القول أنه لا يمكن للمرأة غير المتزوجة أن تجري التلقيح الاصطناعي لأنه يتعارض مع النظام العام والآداب العامة .

وبالتالي فإنه لا يمكن أن يتم التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الشرعية الصحيحة ، ذلك لاعتبار أن عقد الزواج ينشئ التزامات عدة من بينها الامتناع عن إقامة أي علاقة جنسية أخرى خارج نطاق الزواج.(2)

(ب) أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

باعتبار أن عقد الزواج هو عقد رضائي حسب نص المادة 04 ق.أ.ج المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 ، ولإجراء عملية التلقيح الاصطناعي أيضا يجب على الطبيب الجراح أو المختص الحصول على رضا الزوجين ، فالرضا المتبادل بينهما هو الذي يبيح تدخله ويتمثل رضاهما في شكل موافقة كتابية على ذلك ، (3) وفي حالة إجراء التلقيح الاصطناعي دون موافقة أحد الزوجين فإنه يعد اعتداء على حقوق والتزامات الزوج وقد يكون دافعا

(1): سورة المؤمنون الآية: 13 14 .

(2): سلامي دليلة ، مرجع سابق، ص 29 .

(3): بلقاسم شتون ، مرجع سابق ، ص 95 .

للطلاق⁽¹⁾، ويجب أن يتم أثناء حياتهما ولعل هذا ما يفسر كون عملية التلقيح الاصطناعي تتم بالرضا المتبادل للزوجين (بمعنى أنها تكون مقتصرة أثناء حياتهما) لأنه بعد الوفاة تعتبر العلاقة الزوجية منتهية.⁽²⁾

ج) أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: وقد اشترط المشرع الجزائري هذا الشرط لإمكانية إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعدة أشكال ، فهذا يعني عدم جوازه شرعا وقانونا إلا إذا تم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما لأنهما ضمن علاقة شرعية في الزواج تسمح بالعلاقة الجنسية بين الزوجين .

ويمكن أن يطبق هذا الشرط في أسلوبين فقط من التلقيح الاصطناعي الأول يتعلق بالتلقيح الداخلي والذي سبق ذكره حيث يتم بأخذ مني الزوج وحقنه في مهبل الزوجة ، ثم تتكون البويضة الملقحة التي بدورها تعلق في جدار الرحم وتنمو نموها الطبيعي ، أما الأسلوب الثاني فيتمثل في التلقيح الخارجي وأيضا قد تم التعرض إليه سلفا حيث يتم بأخذ نطفة الزوج وبويضة من مبيض الزوجة ويتم وضعهما في أنبوب اختبار حتى يتم التلقيح بعدما تبدأ البويضة في الانقسام والتكاثر تنقل من الأنبوب إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة حتى تلتصق بجدار الرحم وتنمو .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تم التلقيح لاصطناعي دون هاتين الطريقتين يعتبر غير جائز شرعا وقانونا.⁽³⁾

المبحث الثاني: حماية الحقوق المتعلقة برعاية الطفل .

إن الطفل في مراحله الأولى من الحياة يحتاج إلى عناية و رعاية خاصة وذلك لعجزه عن القيام بحوائجه وأيضا حتى ينمو سليما لذلك نجد من هذه الحقوق حق الرضاع الذي شرعه الله للطفل وكفله له حتى بعد الطلاق أيضا بالنسبة لحقه في الحضانة والرعاية

(1): سلامي دلييلة ، مرجع سابق ، ص 30 .

(2): المادة 47 من ق.أ رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 تنص على: << تتحل الرابطة الزوجية بطلاق أو الوفاة >> .

(3): سلامي دلييلة ، المرجع السابق ، ص 31 .

ذلك لأنه محتاج لما يقوم بشؤونه ويرعاه ، وأيضا في حالة طلاق أبويه وإسناد الحضانة إلى أحدهما من حق الآخر في رؤية طفله والاطمئنان عليه حتى لا يربى الطفل بعيدا عن أحد أبويه .

ومن حق الطفل أيضا أن ينعم بعائلة ويعيش في كنفها ولعل هذا ما يعرف بنظام الكفالة وذلك يكون وفق شروط معينة ، كل هذا ستتعرض له المطالب التالية: حماية حق الطفل في الحضانة والرضاع (مطلب أول)، حق الطفل في الكفالة الشرعية (مطلب ثاني) .

المطلب الأول: حماية حق الطفل في الرضاع والحضانة .

إن أول ما يحتاج إليه الطفل بمجرد ولادته هو الغذاء والتي يتم بواسطة الإرضاع من ثدي الأم ، وبعدها يحتاج إلى رعاية خاصة تشمل التربية والسهرة على حمايته وهذا ما يسمى بالحضانة⁽¹⁾، وسنعرض هذا من خلال الفروع التالية: الرضاع (فرع أول)، الحضانة (فرع ثاني)، رؤية المحضون (فرع ثالث) .

الفرع الأول: الرضاع .

لقد كفلت الشريعة الإسلامية حق الطفل في الرضاع بمجرد ولادته وبمدة كافية لنموه وهذه المدة هي سنتين كاملتين لقوله تعالى "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ"⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 قد قام بإلغاء هذا الحق بعدما كان منصوص عليه في القانون 11/84 في المادة 2/39 ق.أ.ج بقولها: >> يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم<<.⁽³⁾

(1): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 34 .

(2):سورة البقرة ، الآية 233 .

(3): سلامي دليلة ، المرجع السابق، ص 35 .

و لا ندري ما قصد المشرع من إلغائه لهذه المادة ، حتى أنه عند ذكره للحقوق والواجبات المشتركة للزوجين في نص المادة 36 من ق.أ.ج لم ينص عليه كواجب على الزوجة .

ولكن من خلال المادة 222 من ق.أ.ج يمكن الرجوع أو الاستعانة بآراء الفقهاء ، حيث نجدهم يتفقون على أن الرضاع واجب على الأم ديانة أي أنها تسأل أمام الله يوم الدين وتأتّم إذا امتنعت عن إرضاع ولدها دون عذر .⁽¹⁾

ولقد اختلفوا الفقهاء في وجوبه قضاء عليها أي هل يستطيع القاضي إجبارها عليه أم لا ؟

فالمالكية: يرون أنه يجب على الأم إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي إرضاع ولدها فلو امتنعت عن إرضاع ولدها دون عذر أجبرها القاضي و استثنوا من ذلك المرأة الشريفة⁽²⁾ أو المريضة ، أما الحنفية فيرون أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها من طرف القاضي حتى وأن وجب عليها ذلك ديانة ،⁽³⁾ أما الحنابلة فيرون أن الإرضاع واجب على الأب وحده فليس له إجبار الأم عليه .⁽⁴⁾

ولعل أن هذا الاختلاف في آراء الفقهاء ناتج عن اختلاف فهمهم لمراد الآية لكن هناك حالات ثلاثة اتفق فيها الفقهاء على إجبار الأم إرضاع صغيرها قضاء:

1) عدم قبول الطفل الرضاع من ثدي غير ثدي أمه .

2) ألا توجد مرضعة أخرى سوى الأم.

(1): كمال لدرع ، (حماية حقوق الطفل) ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، العدد 9 ، سنة 2004 ، ص 557 .

(2): المرأة الشريفة : سواء كانت لثراء أو حسب فلا يجب عليها الإرضاع إن قبل الولد من غيرها ، إذا كان من عادة قومها عدم إرضاع الشريفة للولد .

(3): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 36 .

(4): كمال لدرع ، المرجع السابق ، ص 558 .

(3) في حالة كون الأب فقيرا ولم يكن للولد مال لاستئجار مرضعة فيجب عليها إرضاع ولدها حتى لا يضيع أو يموت .(1)

وكما نرى أن الرضاع هو حق أساسي للطفل من اجل حمايته و نموه باعتباره غذاء له في تلك الفترة ، و من ذلك نجد المادة78 من ق .أ.ج تعتبر الغذاء من مشتملات النفقة باعتباره من الأساسيات ، لذلك تجدر الإشارة إلى أنه من واجب الأم إرضاع وليدها وعلى الأب دفع أجرة للمرضعة أو تعيين مرضعة و يدفع لها أجرها ، لقوله تعالى " ...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ " (2)

كما انه يجب الإشارة إلى أنه في حالة قيام الزوجية أو أن الأم معتدة من طلاق رجعي لا تستحق الأجرة ، لأن نفقتها على زوجها أصلا فلا تستحق نفقة على الإرضاع .
لكن قد تستحق الأم الأجرة على الرضاع إذا لم تكن الزوجة قائمة أو كانت في عدة الوفاة أو معتدة من طلاق بائن .

أما عن مدة الإرضاع التي تستحق عليها الأجرة ، فهي كما حددها القرآن الكريم في الآية الكريمة 233 من سورة البقرة هي مدة حولين كاملين أي سنتان فقط ، وفي هاتاه المدة تستحق الأجرة ولها أن تطالب بها .

وفي حالة وجود متبرعة بالرضاع تقدم دائما الأم إذا لم تطلب زيادة على ما تأخذ الأجنبية ، وذلك لأن الأم أكثر نفعا لوفور حنانها وعاطفتها من غيرها .(3)

كما أنه في حالة وفاة الأب لا تسقط أجرة الرضاع بل تجب لها من تركته و تشارك غرماءه فهي كغيرها من أصحاب الديون .(4)

(1): كمال لدرع، مرجع سابق، ص 559 .

(2): سورة البقرة، الآية 233 .

(3): رمضان علي الشرنباصي و جابر عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص 582 .

(4): أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 274 .

وتظهر أهمية الرضاعة في حفظ الولد وحياته ، وقد أثبت الطب الحديث أهمية حليب الأم أو الرضاعة الطبيعية لا مثيل لها ومن محاسن الرضاعة الطبيعية:

- (1) أنها تساعد على نمو أحسن للطفل وخاصة في الشهور الأولى من عمره .
- (2) يقي الطفل من التلوث ذلك لأنه يصب في جوف الطفل مباشرة .
- (3) التقليل من نسب العدوى ، وحصول الأمراض على الأقل خلال فترة عامين .
- (4) احتواء الحليب على أجسام مضادة لكثير من الأمراض .
- (5) تمتين العلاقة بين الرضيع وأمه وبالتالي يكون الطفل أكثر استقرارا .⁽¹⁾
- (6) وقاية الأم من سرطان الثدي .

لكن في بعض الحالات قد لا يكون حليب الأم كافي لإشباع الصغير فتلجأ إلى الرضاعة الصناعية رغم قلة فائدتها و هو من باب ارتكاب أقل الضررين .⁽²⁾

الفرع الثاني: الحضانة .

أولاً: المقصود بالحضانة .

إن المشرع الجزائري في نص المادة 1/62 من ق.أ.ج قد ذكر تعريف الحضانة على أنها: <<الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً >> .

ويرى في هذا التعريف الأستاذ عبد العزيز سعد أنه قد شمل أفكار لم يشملها غيره لأنه جمع كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية و الخلقية التربوية والمادية .⁽³⁾

(1): أبو بكر لشهب ، (الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية ، دراسة مقارنة) ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، العدد 9 ، سنة 2004 ، ص 465 .

(2): أبو بكر لشهب ، المرجع نفسه ، ص 270 .

(3): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 38 .

ومن هذا يتضح أن للحضانة عدة أهداف والتي بدورها تعتبر واجبات ملقاة على عاتق الحاضنة ، وتجدر الإشارة إلى أن هذا لا يعني أن الحضانة حق خالص للطفل فقط فهي تعتبر في المقابل واجب على الحاضنة وحق أيضا، لكن حق الطفل مقدم لأن مصلحته أهم من مصلحة الحاضن .

وتتمثل أهداف الحضانة فيما يلي:

- تعليم الولد: من حق الطفل التعليم باعتبار أن التعليم إجباري ، وذلك حتى ينمو عقله وتزود ملكاته الفكرية بالمعارف .

- تربية الولد على دين أبيه: فترية الولد يجب أن تتم وفق مبادئ وتعاليم الدين الإسلامي .

- السهر على حماية المحضون: وتتمثل الحماية من الجهة المادية والمعنوية ، من الناحية المادية كحماية من جميع أشكال الضرب والتعدي ، أما معنويا فتمثل في حمايته من التخويف والترهيب أو خلق له عقدة نفسية .

مع الإشارة إلى أنه يمكن تأديب الطفل أحيانا ، لكن ضمن الحدود المضبوطة دون مجاوزتها ويكون ذلك تماشيا مع سن الطفل .

- حفظ الطفل من الناحية الخلقية: ويتمثل ذلك بالاهتمام بالجانب الأخلاقي للطفل و تهديبه .

- رعاية المحضون صحيا: ويتمثل ذلك في إعطائه اللقاحات والاهتمام بها والقيام بها في المواعيد خاصة في السنوات الأولى من حياته ، وكذلك أخذه للطبيب متى استدعت الضرورة لذلك .

وعلى ذلك يجب على المحكمة أن تراعي أهداف الحضانة التي تضمنتها المادة 62 ق.أ.ج لما لها من تأثير على نشأة الطفل وتوازنه النفسي والصحي .⁽¹⁾

(1): عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط3 ، دار هومة، الجزائر ، ص 293 .

و باعتبار الحضانة مهمة نظرا لآثارها فإنه يجب أن تسند لكفؤ تتوفر فيه جملة من الشروط:

شروط الحضانة:

بالنظر إلى قانون الأسرة فنجد أنه نص على الشروط الواجب توفرها في الحاضن بعبارة (أن يكون أهلا للقيام بذلك) وذلك في الفقرة الثانية من المادة 62 ق.أ.ج .

لكن من خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع لم يبين لنا بوضوح الشروط ، بل أشار فقط إلى أن يكون الشخص الحاضن له القدرة على القيام بشؤون المحضون و اكتفى بهذا ، ومن أجل معرفة هذه الشروط يجب اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك من خلال الاستعانة بنص المادة 222 من ق.أ.ج ، وحسب آراء الفقهاء فإن هذه الشروط منها العامة التي يشترك فيها الرجال و النساء على حد سواء ، وهناك شروط يختص بها الرجال دون النساء وهناك أخرى تختص بها النساء دون الرجال .

أ) الشروط العامة التي يشترك فيها النساء والرجال:

- البلوغ: حيث أنه لا يمكن أن تسند الحضانة لشخص هو في الأصل أيضا يحتاج لرعاية كالصغير مثلا⁽¹⁾، ونجد أن المشرع الجزائري قد حدد سن الرشد في القانون المدني ب19 سنة وأيضا في قانون الأسرة نجده أنه حدد سن الزواج ب19 بالنسبة للذكر والأنثى في نص المادة 7 منه، ونصت أيضا على أنه يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين حيث تثبت للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج .

ما يتبين لنا من خلال هذا الكلام أن القاصر الذي ترشد من أجل الزواج تمنح له أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج فهذا يعني يمكنه أن يطلب حضانة الصغير والحصول عليها.

(1): مصطفى عبد الغني شيبية ، مرجع سابق ، ص 229 .

- العقل: ليس من المعقول لا شرعا ولا قانونا إسناد الحضانة إلى معتوه أو مجنون حتى وأن كان ممن يستحقونها ، لأنهما يشكلان خطرا عليه أكثر من أن يكونا حاميان له .

- القدرة: و هي الاستطاعة على تربية المحضون ورعايته حق رعاية و الاعتناء به و السهر على سلامته الجسدية والخلقية ، ولا نقصد بالقدرة القدرة المادية فقط بل الجسدية أيضا ، حيث أنه لا يمكن أن تسند الحضانة لعاجزة مريضة مسنة حيث لا يمكنها القيام بشؤون المحضون ومصالحه أو أن تكون عمياء أو صماء ، وبالطبع كل هذه الأمور يعتد بها قاضي الدعوى .

- الأمانة: نجد أن القانون ينص على أنه يجب حفظ المحضون صحة وخلقاً ، لذلك يشترط أن يكون الحاضن متخلقا ذو سيرة حسنة مستقيم في سلوكه حتى يؤتمن على الطفل وهو في حضانته ، لذلك لا يمكن أن تسند الحضانة لفاسق فيضيع المحضون خلقا .

وقد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق كأن يكون الحاضن شارب خمر أو مشتهر بالزنا أولا يراعي للأخلاق وزنا ولا يراعي حرمة الشرف ، وذلك لأن الطفل يتأثر بمن يحيط به .⁽¹⁾

ب) الشروط الخاصة لاستحقاق النساء حضانة الطفل:

أن تقديم النساء على الرجال في تولى الحضانة قاعدة شرعية وذلك لأن النساء أكثر شفقة وحنان من الرجال وأكثر صبورا واحتمال ، لذلك فإنها تقدم على غيرها عند التنازع عن الحضانة إذا توفرت فيها الشروط ، وفي هذا يقول الرسول -صلى الله عليه وسلم- "من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة".

ولهذا فإنه إضافة للشروط التي تم ذكرها (العامة) يشترط ما يلي أيضا:

* أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير: فالأم المطلقة لها الحق في الزواج ثانية لكن حتى يثبت حقها في حضانة ولدها يجب أن تتزوج بقريب محرم من الطفل ، لأن القانون في نص المادة 66 ق.أ قد اعتبر المرأة التي تتزوج بغير قريب محرم من الأمور

(1): نظيرة عتيق (شروط الحضانة)، محاضرة أقيمت على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة ، سنة 2013-2014 .

التي بسببها يسقط حقها في الحضانة ، والحكمة من ذلك أن القريب قد يعطف على الصغير ولا يبغضه فمثلا إذا كان هذا الزوج هو عمه ولا يمكن تصور أن يبغض ابن أخيه .

- ألا تقيم بالصغير في بيت مع من يبغضه: لا يتصور أن يقيم المحضون مع شخص يبغضه ويكرهه وذلك باعتبار أن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير والإقامة مع من يبغضه يؤدي إلى ضياعه وتتسبب في أذاه .(1)

- أن لا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إفسار الأب: بمعنى إذا امتنعت الحاضنة الأم عن حضانة ولدها إذا كان الأب معسرا ووجد حاضنة أخرى متطوعة فإن الحضانة تنتقل للمتطوعة ، لكن يجب أن تتوفر فيها الشروط .(2)

- أن لا تكون المرأة الحاضنة مرتدة: إذا كانت الأم مسلمة و ارتدت عن الإسلام لا يكون لها الحق في الحضانة ذلك لأن حكم المرتدة في الشريعة الإسلامية أنها تحبس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت لهذا فهي لا تستطيع القيام بتربية أولادها و رعايتهم .

كما أنه يمكن الإشارة إلى أن الفقهاء قد ذهبوا أنه ليس شرطا أن تكون الحاضنة مسلمة حتى تستحق الحضانة وسواء كانت هذه الحاضنة أما أو غيرها ، لكن اختلفوا في المدة التي يقضيها معها المحضون .(3)

ج) الشروط الخاصة بالرجال للاستحقاق الحضانة:

وقد اشترط لاستحقاق الحضانة إذا كان الحاضن رجلا ما يلي:

- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى: وعلى هذا لا يمكن للرجل أن يحضن ابنة عمه ذلك لأنه ليس محرما لها وذلك من أجل سد باب الذرائع وخشية

(1): أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة ، د.ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 ، ص 152 .

(2): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 43 .

(3): مصطفى عبد الغني شيبية ، مرجع سابق ، ص 231 .

لما يؤدي إليه عدم المحرمية بينه وبين ابنة عمه ، لكن إذا لم يكن لهذه البنت غيره فيجوز للقاضي إبقاؤها عنده إذا كان أميناً عليها .

- أن يكون مع الحاضن امرأة تصلح للقيام بخدمة الصغير: كأن يكون عند الحاضن إذا كان أباً أو غيره من يصلح للحاضنة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة ، ذلك لأن الرجال لا صبر لهم على أحوال الأطفال كالنساء .(1)

- إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: وذلك على اعتبار أن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، فلا توارث بين المسلم وغير المسلم وبالتالي لا حضانة لكافر على طفل مسلم .

ومما سبق بيانه فيثبت لنا أن الحضانة تثبت للنساء والرجال لكن وفق شروط ومعايير يجب مراعاتها وأهم شيء يجب أن يراعيه القاضي قبل إسناده للحضانة هو النظر إلى مصلحة المحضون .(2)

أما فيما يخص ترتيب الحواضن فنجد المادة 64 من ق.أ.ج المعدلة بموجب الأمر 02/05 فإن الترتيب في قانون الأسرة كالتالي: <<الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم ، الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك>>.

ومن خلال النص يتبين أن المشرع أعطى الحضانة للأم أولوية لما من مصلحة للمحضون بقربها باعتبارها الأحن و الأشفق عليه ، ويليهما مباشرة الأب في حضانة الطفل ذلك أن الطفل في السنوات الأولى من حياته يحتاج إلى رعاية خاصة ، وبعد سن العاشرة يحتاج إلى رعاية الأب حتى ينشأ منشأ الرجال (3)، ولعل أن المشرع الجزائري قد أصاب في ترتيب الأب بعد الأم ذلك لأن الطفل هو ثرة زواجهما .

(1): مصطفى عبد الغني شيبية ، مرجع سابق ، ص 232 .

(2): محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق

الأولاد في الفقه والقانون ، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ، ص 494 .

(3): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 45 .

كما أنه نجده قد ساوى بين أقارب الأم والأب على النحو الآتي: الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمّة، الأقربون درجة .

وأيضاً مما يؤخذ على المشرع أنه كان لابد عليه أن يبين من هم الأقربون درجة في هذا المجال .

ثانياً: أحكام الحضانة:

أ) مدة الحضانة: نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 65 من ق.أ.ج تنص : >> تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشرة (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون << .

من خلال النص يتضح أن مدة حضانة الذكر هي 10سنوات ، أما الإناث ببلوغهن سن الزواج وهو كما نصت المادة 7 من ق.أ.ج هو 19 سنة ، مع جواز تمديد مدة حضانة الذكر إلى غاية بلوغه سن 16 سنة .

وهذا التمديد لا يكون إلا بشروط حسب نص المادة 65 من ق.أ.ج .

- أن تكون الحاضنة أما ، والمحضون ذكرا .

- أن لا تكون قد تزوجت بغير ذي محرم للمحضون .

- أن يكون التمديد إلى سن السادسة عشر ، وتجدر الإشارة إلى أن سن 16عشر كأقصى حد حيث أنه يمكن للقاضي أن يستجيب لطلب الأم لكن يمددها إلى غاية سن الرابعة عشر بمعنى أن هذا راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي وحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون .

لكن ما يجب الإشارة إليه أيضاً أن المشرع الجزائري لم يبين لنا مصير الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة ، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في آرائهم ، حيث يرى الحنفية عند انتهاء مدة الحضانة ينزع من أمه و يأخذه أبوه دون أن

يختار عند من يود البقاء⁽¹⁾، أما الشافعية فيرون أن المحضون له الحق في أن يختار في اللجوء إلى أحد الوالدين ويبقى معه ، أما الحنابلة فيقتصرون التخيير في الذكر دون الأنثى حيث أن الأنثى ترغم على أن تبقى تحت حضانة أبيها حتى تتزوج⁽²⁾.

أجرة الحضانة:

يمكن أن تكون الحضانة أما كما يمكن أن تكون غيرها من سائر الحاضنات ، فإذا كانت أما وزوجيتها قائمة مع أب الطفل ، أو كانت معتدة له من طلاق رجعي أو بائن فلا تستحق أجرة على الحضانة لأن النفقة ثابتة لها على زوجها .

فإذا انقضت العدة فيرى الحنفية باستحقاق الحضانة أجرا لأنه يعتبر عملا من الأعمال فيستحق صاحبه أجرة ، إلا إذا كان الحاضن متبرعا .

أما الجعفرية والمالكية فقد ذهبوا إلى أنه لا أجرة للأم الحضانة لعدم وجود نص يدل على الوجوب ، حتى يكون على الأب دفع أجرة الحضانة⁽³⁾.

أما إذا كانت الحضانة غير الأم فإنها تستحق الأجرة ، أما عن وقت استحقاق أجرة الحضانة فيبدأ من وقت صدور الحكم القاضي بها ، أو الاتفاق ، وإذا قامت بحضانة الصغير قبل صدور الحكم القضائي وكانت الحضانة أما فهذا لا يعد تبرعا منها بل أنها قامت بالحضانة دون أن تنتظر الاتفاق أو صدور الحكم لفرط شفقتها على ولدها فهي لا تنتظر الاتفاق أو صدور الحكم حتى ترعى ولدها .⁽⁴⁾

إلا أن الأمر يختلف إذا كانت الحضانة غير الأم فلا تستحق الأجرة على حضانتها الولد قبل صدور الحكم بها وإذا قامت بذلك قبل صدور الحكم تعتبر تبرعا .

(1): عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 299 .

(2): محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهدي سالم الشافعي ، مرجع سابق ، ص 499 .

(3): أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 292 .

(4): مصطفى عبد الغني شيبية ، مرجع سابق ، ص 238 .

و تجدر الإشارة إلى أن أجره الحضانة هي غير أجره الرضاع وغير نفقة المحضون وهذه الأجرة تعتبر ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. (1)

ثالثاً : تطبيق مبدأ مصلحة المحضون .

إن مصلحة المحضون قاعدة فقهية يصعب إفراغها في قاعدة أو مادة قانونية ، فهي قواعد متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها ، ونجد المشرع يأخذ بها دون أن يحدد لها معنى عاماً ومجرداً ، كما أنها تعتبر قاعدة ذاتية أي أنها تتعلق بكل طفل على حدى ، حيث القاضي ينظر إلى الظروف الخاصة و المحيطة بكل طفل من حيث السن والحاجيات وأيضاً بالنسبة للمحيط الذي يتربص فيه ، وقد عرفها أبو حامد الغزالي بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة ودفع مضرة ، وتعتمد مصلحة المحضون على معيارين أساسيين الأول هو معنوي والثاني مادي ، فالمعيار المعنوي عنته النصوص التشريعية بتعليم الولد وتربيته الدينية وحفظه خلقاً بالإضافة إلى توفر الأمن والاستقرار للطفل ورعايته مادياً. (2)

لاشك أن هذه المعايير تقرب حكم القاضي إلى الموضوعية وذلك لسبب وساعة المجال الممنوح له في مسائل الحضانة .

ويعتبر مبدأ مصلحة المحضون هذا آلية لحماية حق الطفل في فترة الحضانة .

تطبيقات قاعدة مصلحة المحضون:

أ) بالنسبة لمستحقى الحضانة: نجد المشرع الجزائري من خلال المادة 64 من ق.أ.ج المعدل بموجب الأمر 02/05 نجد أنه رتب أصحاب الحق في الحضانة ، إلا أنه يمكن للقاضي أن يخالف الترتيب إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك ، فمثلاً إذا كانت الأم منحرفة أخلاقياً كاشتغالها بالزنا فإنها رغم أن الترتيب أعطاها أولوية فإن القاضي لا يسندها الحضانة لأن مصلحة الطفل لا تكون معها، ومن جهة أخرى يمكن للمحكمة أن تقضي

(1): أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 293 .

(2): تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية الأسرة ، رسالة دكتوراه منشورة ، جامعة أبو بكر قايد ، تلمسان ، 2005 ، ص 67 .

بإجبار الأم على الحضانة حتى لو كانت تنقصها بعض الشروط شرط أن لا تكون مؤثرة في ضمان مصلحة المحضون .

ب) بالنسبة لمدة الحضانة وانقضائها: إذا بلغت الأنثى المحضونة 19 سنة والطفل المحضون 10 سنوات ، وإذا مدت حضانتها إلى ستة عشرة سنة فإن الحضانة تسقط بقوة القانون وفقا لنص المادة 65 ق.أ.ج لكن مع هذا يراعى القاضي في انتهائها مصلحة المحضون .

ج) بالنسبة لسقوط حق الحاضنة⁽¹⁾: نجد أن المادة 67 من ق.أ.ج تنص على: >> تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه ، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة << .

وتنص المادة 66 من ق.أ.ج أيضا على: >> يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون << .

فيما يخص زواج الحاضنة بغير قريب محرم فهذا في الغالب ما يكون سببا جديا لإسقاط الحضانة عن الأم لأنه قد يبغض الطفل أو يكرهه وهذا يؤثر في نفسية الطفل ويجعله غير مرتاح .

إلا أن إعطاء السلطة التقديرية للقاضي من خلال قاعدة مصلحة المحضون فإنه يمكن أن يقوم بتقدير ما إذا كان الزواج يؤثر سلبا على مصلحة الطفل أم لا، حيث نجد في بعض الأحيان أن مصلحة الطفل تستدعي عدم إسقاط الحضانة عن الأم ولو تزوجت بأجنبي عن المحضون ويكون ذلك في الحالات التالية:

- عدم وجود من يحضن الطفل دون الأم، فالأم أولى به بدلا من أن يوضع في دور الحضانة .

- أن لا ينازع الأم بعد تزوجها بالأجنبي أحد من أصحاب الحق في الحضانة

(1): تنص المادة 70 من ق.أ.ج: >> تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم << .

- أن يترك الأب الطفل لأمه عن تراضي .

- إذا كان الطفل المحضون رضيع وفي انتزاعه من أمه ضررا له .⁽¹⁾

وأیضا مراعاة لمصلحة الطفل فإن للقاضي رفض تنازل الحاضنة عن الحضانة إذا رأى أن حضانة الطفل لا تكون إلا معها ولعل هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/21 حيث جاء فيه: { من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثمة فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون ومن ذلك استوجب رفض الطعن } .⁽²⁾

د) بالنسبة الاستيطان بالمحضون في بلد أجنبي: حيث تنص المادة 69 من ق.أ.ج على: >> إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه ، مع مراعاة مصلحة المحضون << .

ولعل أن المشرع الجزائري قصد بالبلد الأجنبي هو الدولة الأجنبية و الإقامة فيها إقامة دائمة ، لذلك السفر بالطفل إلى بلد أجنبي من أجل قضاء العطلة لا تخضع لأحكام المادة 69 من ق.أ.ج .⁽³⁾

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا تم السفر بالطفل المحضون إلى بلد أجنبي مسلم فلا تسقط الحضانة، لكن إذا تم السفر به إلى بلد أجنبي غير مسلم فذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ولعل هذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى للمؤرخ في 1989/01/02 حيث قضي بأنه: {من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين

(1): نظيرة عتيق ، (الحضانة وسقوطها) ، محاضرة أقيمت على طلبة سنة أولى ماستر تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق ، جامعة سكيكدة ، 2013-2014 .

(2): قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21 ، ملف رقم 189234 ، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، عدد خاص ، 2001 ، ص 175 .

(3): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 53 .

في دولة أجنبية غير مسلمة...}.⁽¹⁾

الفرع الثالث: حق الزيارة.

نجد المادة 2/64 من ق.أ.ج المعدل بموجب الأمر 02/05 على >> وعلى القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة<<، و يلاحظ من خلال نص المادة أن القاضي بمنحه حق الحضانة لمستحقها، أنه يقضي في نفس الحكم تلقائيا إلى حق الزيارة ، فهو حق لكل من الأبوين ، فإذا كان الطفل في حضانة أمه أو غيرها من النساء للأب حق الزيارة، والعكس إذا كان في حضانة الأب للأم حق رؤية ولدها وزيارته أم من يقوم مقامه من العصابة لما في ذلك من الصلة والمودة.⁽²⁾

كما أنه لا يجوز للأب أن يمنع الأم من زيارة الولد إذا انتهت مدة الحضانة ، أو سقط حقها في الحضانة .⁽³⁾

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يوضح لنا بدقة كيف يتم ممارستها وذلك بتحديد أو الإشارة إلى أوقاتها وأماكنها، لأن المسألة رضائية يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا فالمشرع لم يحدد الزمن الذي تستغرقه الزيارة ساعة واحدة أو عدة ساعات وكذا عدد الأيام وترك ذلك للقاضي الذي يراعي العرف والعادة ولقد جرت العادة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية وكذلك الأعياد الدينية و الوطنية وكذا في أيام العطل المدرسية إذا كان المحضون متمدرسا .⁽⁴⁾

إن تمكين أحد الوالدين من رؤية ولده ليس الهدف الوحيد من تقرير الزيارة و إنما الهدف أسمى لها أيضا إنما يتجسد في حماية الطفل وذلك حتى ينشأ نشأة متوازنة ، بعيدا عن التوتر ، حتى يحس أنه يعيش في كنف الأسرة وينعم بدفتها ، فإذا كان مثلا قد أسندت

(1): قرار للمجلس الأعلى ، ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02 ، مجلة القضاة عدد 4 ، سنة 1990 ، ص 74 .

(2): أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 298 .

(3): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 47 .

(4): رحايل سارة ، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق ، جامعة 20 أوت 1955،

سكيكدة ، 2013 ، ص 59.

حضانة الطفل إلى أمه فلا يجب عليها أن تحتكر الطفل وتمنع الأب من رؤية ولده كما على الأب أن يزور الطفل حتى يمارس حقه و يمكن الطفل من حقه وعليه أن يتابعه في دروسه مثلا وينصحه ويرشده إذا اقتضى الأمر .

و تجدر الإشارة أيضا إلى أن المحكوم له بالحضانة سواء الأب أو الأم أو غيرهما سيكون مسؤولا عن الطفل وحمايته وتربيته وإقامة مصالحه كما أنه سيكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن تعويض كل ضرر يلحقه المحضون بالغير طوال مدة الحضانة .

أما إذا كان المحضون لدى المحكوم له بحق بالزيارة فإنه يكون تحت مسؤولية ورقابة هذا الأخير وبالتالي يكون هو المسؤول عن الضرر الذي يلحقه المحضون بالغير على أساس سلطة الرقابة الممنوحة له مدة الزيارة .⁽¹⁾

وكل تقصير بشأن حضانة الطفل و يلحق ضررا بمصلحته يخضع لأحكام المادة 328 من ق.ع.ج .⁽²⁾

المطلب الثاني: الكفالة .

تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية ، قرر المشرع منع التبني وإحلال نظام آخر معروف في الشريعة الإسلامية هو نظام الكفالة حتى يكون حلا بالنسبة للأسرة التي لا تستطيع الإنجاب ،سنتعرض إذن من خلال الفروع التالية ، إلى تعريف الكفالة و شروطها (فرع أول) ، ثم الأشخاص المعنيين بالكفالة (فرع ثاني) ، ثم التعرض إلى نسب الطفل المكفول (فرع ثالث) ، ثم التعرض إلى إجراءاتها و أثارها (فرع رابع) .

(1): عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 298 .

(2): <جيعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة ... الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به > .

الفرع الأول: تعريف الكفالة وشروطها:

أولاً: تعريف الكفالة :

لغة: هي مكافلة يقال كفله أي حاله وعاهده فالكافل هو أيضا من القائم بأمر اليتيم وكذلك الكافولة ما يلف به الأطفال ، كما أن الكفالة جمعها كفالات وهي الضمان .⁽¹⁾

اصطلاحاً: تعتبر التزاماً من نوع التبرع ، حيث تقوم الأسرة بالتكفل بولد ليس له من يقوم برعايته وتربيته والنفقة عليه ، وتكون من خلال عقد شرعي وذلك حماية للطفل في المستقبل ونجد المادة 116 من ق.أ.ج تنص على: >> الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي << .⁽²⁾

ثانياً: شروطها :

1- شروط الكافل: تنص المادة 118 من ق.أ.ج على هذه الشروط بقولها: >> يشترط أن يكون الكافل مسلماً ، عاقلاً ، أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته << .

- الإسلام: لقد أشرت الشريعة الإسلامية أن يكون الكافل مسلماً ذلك حتى يتربى الطفل على مبادئ وأخلاق سامية مستمدة من تعاليم الدين الإسلامي الحنيف .

- الأهلية الكاملة: فالأهلية حسب القانون المدني الجزائري في المادة 40 لا تكتمل إلا ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة ، وبالتالي تدخل هنا الأهلية بنوعها أهلية الوجوب وأهلية الأداء .

- أن يكون الكافل عاقلاً: أي أن يكون الشخص معروف بحسن السيرة والمعاملات مع بني البشر وغير مستغل للأطفال .

(1): المنجد الأبجدي ، ط7، دار المشرق بيروت ، لبنان ، 1967 ، ص844 .

(2): قاشي علال ، (أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة

العدد 31 خاص بالملتقى الوطني الطفولة المسعفة في الجزائر ، ج2 ، 2013 ، ص 527 .

- القدرة على رعاية الولد المكفول: ويقصد المشرع هنا أن يكون الكافل قادرا على توفير كل من الظروف المادية، فمثلا يجب أن يكون الكافل يعمل ويتقاضى مالا يكفي لتغطية نفقاته العائلية، وأن يكون له مسكن وقاطن في حي غير معروف بانحلال الأخلاق ، ومعنويا يجب أن يقوم الكافل بتعليم الطفل .

2- شروط المكفول:

- أن يكون المكفول قاصر: والطفل القاصر هو كل شخص لم يبلغ 19 سنة ، ذلك اعترافا بالمولود الجديد ، مروراً بالصبي الذي يبلغ 18 سنة⁽¹⁾، وذلك عملا بما جاء في القانون المدني ، ذلك لأن المادة 116 من ق.أ.ج تنص فقط عن الولد القاصر.⁽²⁾

الفرع الثاني: الأشخاص المعنيون بالكفالة:

نجد المادة 119 من ق.أ.ج تنص : >> الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب <<.

1- الطفل معلوم النسب: يمكن أن يكون الطفل المكفول معلوم النسب بمعنى معروف الأبوين أي لديه عائلة ، وغالبا ما تكون هذه العائلة تتكون من عدد كبير من الأفراد أي الأطفال وظروفها المادية صعبة فترغب هذه العائلة في حماية طفل أو عدة أطفال عن طريق تقديمهم للكفالة من قبل أقاربهم ، كأن يقوم شخص بكفالة ابن أخيه مع رضا الطرفين بذلك ، إضافة إلى رضا زوجة الكافل إذا كان متزوجا .

2- مجهول النسب: وتقوم الكفالة هنا على رغبة بعض الأسر التي لا تحظ بالأطفال حيث تقوم بكفالة أطفال مولودين من أبوين مجهولين ، وتتم كفالتهم عن طريق مصلحة المساعدة العمومية ، فالكفالة في هذه الحالة تطمح من جهة إلى إنقاذ عائلة محرومة من الأطفال ، ومن جهة أخرى تؤمن تربية و رعاية لطفل محروم من العائلة.⁽³⁾

(1): مصطفى معوان ، (أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة) مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ، العدد 9 ، سنة 2004 ، ص 517-520 .

(2): الغوثي بن ملح ، مرجع سابق ، ص 170 .

(3): Nadia Younssi Hadad ، 'Lakafala en droit Algérien' université d'Alger·R.A.S.J.E.Pn⁰=4·1999: p16.17

3- اللقيط⁽¹⁾: لم يتم النص على كفالة اللقيط في النصوص القانونية الواردة في ق.أ، لكن الشريعة الإسلامية حثت على التقاط الطفل اللقيط وجعله أمرا واجبا لأنه فيه إحياء للنفس، وجعلت حكم التقاط اللقيط فرض عين على من وجده في مكان يغلب عليه الظن بهلاكه أو ترك فيه، مندوب إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه .

ومن يجد الطفل اللقيط وهو الملتقط يكون أحق الناس بإمساكه وحفظه لأنه هو الذي تسبب في إحيائه وليس للحاكم أو غيره أن يأخذه منه جبرا عنه، إلا إذا ثبت أنه غير صالح للقيام برعايته .

وإذا اقر أو ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توافرت فيه الشروط أي شروط الإقرار السابقة ذكرها في المبحث الأول، يصبح بعد ذلك ابنا حقيقيا له، أما إذا ادعى أكثر من أحد بنوته فإن الأحق به لمن يقيم البينة على دعواه و ذلك لأن البينة أقوى من الإقرار.

وإذا ادعت امرأة بنوة اللقيط وإذا صدقها زوجها أو أشهدت القابلة أو أقامت البينة على ذلك صحت دعواها ثبت نسبه منها.⁽²⁾

الفرع الثالث: نسب الطفل المكفول.

تنص المادة 120 ق.أ.ج على: >> يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب ، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية <<.

ما يجب ملاحظته من خلال نص المادة أنه بالنسبة للطفل المكفول المعلوم النسب يجب أن يحتفظ بنسبه الأصلي ، فالنسب هو الطريق الوحيد لاكتساب الهوية فيه يكسب

(1): اللقيط لغة: مأخوذ من لقط الشيء وألنقطه من الأرض واللقيط هو المنبود ، أنظر محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ط 1 ، 1994، دار الكتاب الحديث، الكويت، ص 257 .

(2): سلامي دليلة ، مرجع سابق ، ص 39 .

الإنسان اسمه الذي يميزه عن غيره ويسجل عند الميلاد في سجل الولادات .

أما فيما يخص الطفل مجهول الأبوين واللقيط فلا يمكن لأحد منهم أن يحمل اسم عائلي، لكن القانون لم يتركهم مجهولين بل أعطى حلا لحالتهم وذلك من خلال نص المادة 2/64 من ق.ح.م.ج والتي تنص على <>... يعطى ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي << .

من خلال نص المادة يتبين أن مسؤولية إعطاء الاسم للقيط أو مجهول الهوية تقع على عاتق ضابط الحالة المدنية ، حيث يعطيه مجموعة من الأسماء ويتخذ آخرها كلقب عائلي له ، وتطبيق مثل هذه الأحكام تؤكد أولا منع التبني المنصوص عليه في المادة 46 من ق.أ.ج، وثانيا تمنع الكافل من أن ينسب الطفل المكفول إليه، وكذلك الكفالة لا تؤثر في أحكام النسب وحتى على موانع الزواج، فالطفل المكفول أجنبي عن العائلة يمكنه الزواج من أحد أولاد الكافل .

لكن يوجد المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13/01/1992 الذي جاء من أجل تعديل حوالي أربعة مواد من المرسوم 157/71 المؤرخ في 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب ، وقد تضمن المرسوم رقم 24/92 في مواده أنه يمكن للكافل أن ينسب الطفل مكفول إليه مع الإشارة في سجلات الحالة المدنية على الهامش إلى أن هذا الطفل مكفول بكتابة عبارة "مكفول".

ولعل هذا ما يثير الإشكال هل نحن بصدد عقد كفالة أو تبني لأن إعطاء الكافل لقبه للمكفول قد يثير إشكالات عدة منها الميراث ، حيث نجد في قانون الأسرة أن التبني ممنوعا شرعا وقانونا وذلك وفق ما جاء في المادة 46 من ق.أ.ج .

ونجد أن للقضاء أيضا دورا في منع التبني وذلك من خلال صدور عدة قرارات قضائية للمحكمة العليا منها القرار الصادر في 02/05/1995 ، ملف رقم 103232 ، وكذلك القرار الصادر في 28/06/1994 ملف رقم 122761 ، وكذلك القرار الصادر في

2000/11/21 ملف رقم 246924. (1)

الفرع الرابع: إجراءات الكفالة وآثارها .

أولاً: إجراءات الكفالة: إن الطلب بممارسة الكفالة يتم عن طريق إجراءات معينة أمام القضاء:

- المرحلة الأولية للإجراءات: يكون في هذه المرحلة التعبير عن إرادة أبوي الولد موضوع الكفالة ، عن موافقتهما على الكفالة ، وهذا يتم بمقتضى تصريح من الأبوين أمام القاضي أو أمام الموثق الموجود بموطن أو إقامة من يوافق على الكافل أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج وذلك حسب المادة 117 من ق.أ.ج، حيث يكون التعبير الصادر عن أبوي المكفول بموجب ورقة رسمية ، حسب ما أقرته المادة 116 من ق.أ.ج يتم بعقد شرعي .

- مرحلة تثبيت الكفالة أمام القضاء: حيث يرفع الطلب بموجب عريضة تقدم من الكفالة إلى القاضي وتكون مرفوقة بنسخة موافقة من أبوي الولد المكفول أو لأحد منهما والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب وإن كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول .

وحيث يتم أمام القاضي نقاش فقط لا مرافعة ، كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة ، ومهمة القاضي تكمن في التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانونا لقيام عقد الكفالة ، ثم يصدر أمرا بإسناد الكفالة لطالبيها ، حيث يكون الأمر الصادر من القاضي غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ، ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول . (2)

(1): قاشي علال ، مرجع سابق ، ص 538 .

(2): الغوثي بن ملح ، مرجع سابق ، ص 171-172 .

ثانياً: آثار الكفالة .

ينشأ عن الكفالة علاقة قانونية بين الطفل المكفول والكافل وهذا ما يسمى بأثار الكفالة وتتمثل فيما يلي:

- السلطة الأبوية: (الوضعية القانونية للمكفول): وهي عبارة عن وسيلة حماية لا وسيلة سيطرة الآباء على الأبناء ، فحلول الكافل محل الأب يتطلب بدون شك تحليه بكل الأساليب والسلطات التي تمكنه من ممارسة دور الأب بصفة تضمن له النجاح التام وتكون للكافل هذه السلطة بمقتضى الكفالة قانونا ، من ذلك نجد نص المادة 121 من ق.أ.ج: >> تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي <<.

وأيضاً هذه السلطة الأبوية تمنح للكافل أن يمارس حق الحراسة على المكفول ويكون من يوم الالتحاق ببيت الكافل ، كما تمكنه من مراقبة علاقات الطفل ونشاطاته فله أن يمنع أشخاص من زيارته إن كانوا ممن لا يستحب رفقتهم وذلك مخافة على أخلاقه.⁽¹⁾

وأيضاً من خلال سلطة الأبوة على الكافل أن يلتزم بالإنفاق على المكفول وتربيته ورعايته مثل ما هو معتاد في معاملة الأب لابنه⁽²⁾، وأيضاً تعليمه كل ما يتعلق بدينه الإسلامي .

السلطة المالية: نجد المادة 122 من ق.أ.ج تنص على: >> يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث و الوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول << فعلى الكافل كرب أسرة أن يدير أموال الطفل المكفول إلى الأحسن و بطريقة تعود عليه بنفع ، وتتوقف هذه الإدارة لأمواله عند سن الرشد .

(1): مصطفى معوان ، مرجع سابق ، ص 529 .

(2): الغوثي بن ملحّة ، مرجع سابق ، ص 173 .

ونجد أيضا المادة 123 من ق.أ.ج تنص على: >> يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وأن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة << .

ويستنتج من هذه المادة أنه يمكن للكافل أن يوصي للمكفول في ماله لكن في حدود الثلث وأن يتبرع له أما فيما يخص الميراث لا يجوز للطفل المكفول أن يرث الكافل بعد موته لأنه لا قرابة بينهما .

نتائج الفصل الأول:

من خلال ما تم عرضه في الفصل الأول يمكن استنتاج النتائج التالية:

- المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن الحقوق المعنوية للطفل ولم يخصص لها فصلا إلا أنه تطرق إلى ما يتعلق من حقوق الطفل باعتباره ثمرة زواج شرعي .
- النسب من أهم الحقوق التي تثبت بها هوية الطفل .
- المشرع الجزائري قد أعطى حماية خاصة لحق الطفل في النسب من خلال تبنيه أحكام الشريعة الإسلامية فنجده مثلا من خلال أسباب ثبوت النسب أنه حتى و إن كان النكاح لشبهة يثبت نسب الولد ولا يعتبر ولد زنا ، وكذلك الأمر في الزواج الفاسد وهذا يعتبر حماية لحق الطفل في النسب .
- إن الطرق العلمية تعتبر وسيلة لحماية حق الطفل في النسب أولا ، ولمنع التحايل والتدليس ثانيا .
- يعد الإنجاب بطريقة التلقيح الاصطناعي تقنية طبية حديثة في علاج العقم وأسبابه.
- التلقيح الاصطناعي نوعين داخلي وخارجي ويجوز لكل زوجين اللجوء إليها ولكن وفق شروط وضوابط .
- تحريم وتجريم كل عملية تلقيح اصطناعي تتم خارج العلاقة الزوجية .
- الرضاع حق مكفول لطفل شرعا .
- اعتماد المشرع على مصلحة المحضون دون الخضوع لأي اعتبار آخر من أجل تنشئة الطفل تنشئة صحيحة .

- رغم مراعاة المشرع لمصلحة المحضون إلا أنه يوجد بعض التقصير خاصة من ناحية النصوص القانونية التي تكفل حماية المحضون مما أدى إلى وجود العديد من الإشكالات التي تعترض تطبيق هذه القاعدة خاصة من ناحية الشروط .
- لقد قرر المشرع حق الزيارة لأحد الوالدين من جهة ، ولحماية الطفل من التوتر وإحساسه بالاستقرار من جهة أخرى .
- الكفالة وسيلة قانونية لحماية الأطفال المحرومين من العائلة .
- المشرع الجزائري اتبع مبادئ الشريعة الإسلامية بوضع بديل للتبني وهو نظام الكفالة لأجل رعاية الطفل والمحافظة عليه .

الفصل الثاني

حماية الحقوق المادية للطفل .

تمهيد:

تثبت للطفل بصفته شخصا قانونيا مجموعة من الحقوق المادية، و تثبت له بصفته جنينا أو بعد ولادته حيا، كالميراث والنفقة، وبعض الحقوق قد تثبت له لكن لا يمكنه مباشرتها بنفسه لصغر سنه وعدم قدرته على التمييز بين النافع والضار له، فيكون على وليه أو نائبه الشرعي إدارة و تسيير أمواله إلى بلوغه السن القانوني سن الرشد .

لذلك قد تناولنا في هذا الفصل حماية حقوق الطفل المادية .

حيث بينا حماية حقه في النفقة والميراث (مبحث أول)، وحق الطفل في النيابة الشرعية (مبحث ثاني) .

المبحث الأول: حماية حق الطفل في النفقة والميراث.

إن النفقة والميراث من أهم الحقوق التي تثبت للطفل حتى وإن كان جنين في بطن أمه ويكون ذلك بشروط، وهذه الحقوق ثابتة له بالشرع و القانون، وسنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة حماية حق الطفل في النفقة (مطلب أول)، وحماية حق الطفل في الميراث (مطلب ثاني).

المطلب الأول: حماية حق الطفل في النفقة. (1)

حق الطفل في النفقة هو في الأصل التزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى ما بعد الطلاق، ذلك لأن الأب ينفق على أولاده كما لو كان ينفق على نفسه لأنهم جزء منه، و يظل هذا الحق قائماً حتى يستغنوا عنه بالكسب أو يسقط عنهم عندما تتوفر فيهم شروط، وتضمن هذا المطلب الفروع التالية: المقصود بالنفقة (فرع أول) والأشخاص المعنيين بالنفقة (فرع ثاني)، تقدير النفقة (فرع ثالث)، وتم التطرق إلى دور القضاء في حماية حق الطفل في النفقة (فرع رابع).

الفرع الأول: المقصود بالنفقة .

النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة ، والأصل والمقرر أن نفقة الابن على أبيه لأنه منسوب إليه وهو جزء منه لذلك تجب نفقته عليه دون سواه لقوله تعالى: "وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تَكْلَفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ وَبَوْلِدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ" (2) وقوله -صلى الله عليه وسلم- لهند زوجة أبي سفيان حين اشتكت إليه شح زوجها فقال لها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" (3)

(1): النفقة هي ما ينفق من الدراهم ونحوها، أنظر عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة

الإسلامية، ط1، 2005، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، شركة الجلال للطباعة، ص134 .

(2): سورة البقرة الآية 233 .

(3): فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص50 .

ونجد المشرع الجزائري قد أشار في المادة 78 من ق.أ إلى مشتملات النفقة بقوله: >> تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة <<

وقد أحسن المشرع صنعا حينما أورد مشتملات النفقة على سبيل المثال لا الحصر والدادل على ذلك عبارة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة و ذلك لمسايرة المستوى العام للحياة الاجتماعية و في حدود طاقة الزوج، لذلك على قاضي الموضوع أن يراعي كل هذه العناصر مجتمعة في حالة وجود نزاع حول النفقة .⁽¹⁾

إن التزام الأب بالنفقة قد يكون أحيانا مؤقتا و أحيانا أخرى مستمرا ولعل هذا ما نصت عليه المادة 75 من ق.أ.ج: >>تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث⁽²⁾ إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب <<.

من هنا نرى أن نفقة الذكر تنتهي ببلوغه سن الرشد المحددة بتسعة عشرة سنة كاملة طبقا لأحكام المادة 40⁽³⁾ من ق. م. ج ، أما الأنثى فتستمر نفقتها إلى غاية زواجها والدخول بها و قد تبقى مستمرة إذا كان الطفل عاجزا عن الكسب لآفة عقلية كالجنون والعتة أو آفة في البدن كإعاقة أو شلل أو مرض مزمن أو مزاولا للدراسة باعتباره منشغلا في طلب العلم الذي ينفعه وينفع به أهله، في هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا الذي يقضي بأنه: من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإفناق على الولد الذي ليس له كسب، ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه

(1): عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، 2007، دار الخلدونية، الجزائر، ص389 .

(2): يستنتج أن نفقة البنت العازبة أو المطلقة لا تسقط عليها إلا بالكسب، هذا ما جاء في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد 3 لسنة 2000، (نقلا عن عمار فرطاس، الإجتهد القضائي في مواد النفقة، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014، ص51) .

(3): جاء في المادة 40 ق. م (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة) .

قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق ويتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن. (1)

وتجدر الإشارة إلى أن حكم المادة 75 من ق.أ.ج لم يفرق بين نفقة الولد في حال قيام الرابطة الزوجية بين أبويه ونفقته في حال انحلالها إذا يمكن تطبيق المادة بخصوص نفقة الأولاد في الحالتين، وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 01/15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1463 الموافق ل04 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة في مادته الثانية نص على نفقة الأولاد المحضونين أي بعد حصول الطلاق حيث جاء فيها: <<...النفقة: النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق و النفقة المحكوم للمرأة المطلقة...>> (2)

الفرع الثاني: الأشخاص المعنيون بالنفقة .

إن سبب نفقة الولد في قانون الأسرة يعود إلى القرابة حيث تجب نفقته على الأب والأم وباقي الأقارب حسب القدرة و الاحتياج ودرجة الإرث.

أ) نفقة الأب: يعتبر الأب هو المنفق الأول وبصورة رئيسية باعتباره رب الأسرة دون تمييز بين الولد الذكر أو الأنثى حيث يبقى مسؤولا عن ولده حتى بعد إسناد حضانته لأمه أو لغيرها .

باعتبار أن الأب هو المسؤول عن النفقة نجد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا جاء في أحد قراراتها: من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي، إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم

(1): قرار المحكمة العليا بتاريخ 17/02/1998، ملف رقم 179126، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، 2001، ص198 .

(2): الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد1، 07 يناير 2015، ص07 .

المستأنف بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطئوا في تطبيق القانون (1).

(ب) نفقة الأم: نجد المادة 76 من ق.أ.ج تنص على: <<في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك>>، بمعنى إذا أصبح الأب فقيرا وعاجزا عن الكسب فإن واجب الإنفاق على الولد الصغير الذي ليس له مال ينتقل من الأب إلى الأم ويلاحظ استعمال المشرع الجزائري لفظ عجز في المادة يشمل الفقر وعدم العمل والمرض (عقلي أو بدني) تصبح الأم ملزمة بالإنفاق على أولادها سواء بصفة مؤقتة أو مستمرة بشرط أن تكون ذات مال من عمل أو تجارة أو غيرها. (2)

ويلاحظ أن المشرع قد أخذ برأي الشافعية الذي يجيز للأب الإنفاق على أولادها خلافا للمذاهب الأخرى. (3)

وقد أحسن المشرع صنعا عندما أشرك الأم في مسؤولية الإنفاق على الطفل لتعاونها مع الأب على ضمان رعاية و حماية الطفل .

(ج) نفقة باقي الأقارب: جاء في المادة 77 من ق.أ.ج: <<تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث>>، ويستخلص من المادة إلزام الأصول أي الأب و الأم والجد و الجدة و إن علوا بالإنفاق على الفروع سواء كانوا ذكورا أو إناثا و إن نزلوا، مع إلزام الفروع أيضا بالإنفاق على أصولهم بشروط معينة حسب قدرة المكلف بالإنفاق وحاجات مستحق النفقة، ومن أهم الشروط التي تضمنتها المادة سالفه الذكر هي أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليه، وفي هذا الحكم أخذ

(1): قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/09، ملف رقم 138958 (نقلا عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د. ط، دار الهدى 2006، عين مليلة، الجزائر، ص 278 .

(2): مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 1، 2012، ص 148 .

(3): يرى الشافعية أنه تجب نفقة الولد على أمه لقوله تعالى: "...لا تضار والدة بولدها ... لأنه إذا وجبت النفقة على الأب لولادة الولد منه من جهة الظاهر، فإن نفقته تجب على الأم لولادتها له يقينا، (أنظر المرجع نفسه، ص 247) .

المشرع الجزائري بما أخذ به الشافعية و الحنابلة من حيث تمديد النفقة الواجبة لتشمل كل الأصول و كل الفروع حسب درجة الإرث. (1)

في هذا الصدد نجد قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 21 أبريل 1998 جاء فيه...{ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له الحق في الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من ق.أ.ج فإن القضاة بقضائهم طبقوا صحيح القانون...}. (2)

وبهذا نجد المادة 17 فقرة 2 من ميثاق الطفل في الإسلام تنص على: <<...ويثبت هذا الحق للطفل الذي لا مال له على أبيه، ثم على غيره من أقاربه الموسرين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويمتد هذا الحق للولد حتى يصبح قادرا على الكسب وتتاح له فرصة عمل وللبنت حتى تتزوج أو تستغني بكسبها...>>. (3)

الفرع الثالث: تقدير النفقة .

لقد منح القانون للقاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة النفقة ولم يقيد بشيء إلا مراعاة حال المعيشة وغلاء الأسعار، طبقا لما نصت عليه المادة 79 من ق.أ.ج حيث جاء فيها: << يراعي القاضي عند تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم >> .

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما نص على أن النفقة تحتاج إلى المراجعة ذلك أن الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقديره للنفقة غير ثابتة بل هي متغيرة بتغير مستوى المعيشة و ظروف المجتمع ومتطلبات الحياة شريطة أن يكون قد انقضى عام كامل من تاريخ الحكم بالنفقة، ويكون ذلك بموجب طلب يقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 80 من ق.أ.ج التي نجدها تنص على: << تستحق

(1): عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 226 .

(2): قرار المحكمة العليا، بغرفة الأحوال الشخصية و المواريث في 21/04/1998، مجلة قضائية، عدد خاص، رقم 2، 2001، ص 192 .

(3): لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، د. ط، دار الهدى لطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، ص 296 .

النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى >> .

فعند صدور الحكم بالنفقة الواجبة على الأب طبقا لما نصت عليه المادة 80 من ق.أ.ج، فإن تاريخ بداية استحقاقها يكون من تاريخ تسجيل الدعوى في كتابة ضبط المحكمة وهذا هو الأصل لكن قد لا تدرك الفتاة الراشدة غير المتزوجة أو الحاضنة للإجراءات الواجب اتخاذها، الأمر الذي يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة، لذلك نجد المشرع قد نص على الاستثناء من الأصل الذي جاء في المادة 80 من ق.أ.ج الذي مفاده أنه إذا تم تقديم بينة للقاضي فهذا الأخير أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي إلى ما قبل رفع الدعوى لمدة لا تتجاوز السنة، وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها هذه المسألة إذ جاء فيها: { من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة على رفع الدعوى، و من ثمة النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبب ليس في محله، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة إهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون و سببوا قرارهم تسببيا كافيا}.⁽¹⁾

وعند صدور الحكم بالنفقة يقوم المستفيد منه باستخراج نسخة من الحكم و يبلغه إلى المحكوم عليه بالنفقة لتنفيذه، وهذا بطبيعة الحال ضمانا لحق الطفل وحماية له .

وتجدر الإشارة أيضا إلى نقطة مهمة هي أن حق الطفل في النفقة مرتبط بحق آخر متمثل في حق السكن حيث نجد المشرع قد ذكره كعنصر من عناصر النفقة عندما نص في المادة 78 منه على مشتملات النفقة، و أيضا جانب من الفقه يرى ذلك (أن السكن من مشتملات النفقة)، حيث اعتمد ابن الهمام عند تعريفه للنفقة على حديث قال فيه الرسول -صلى الله عليه وسلم- ردا على سؤال هشام عن النفقة أنها: "الطعام والكسوة والسكن".⁽²⁾ ونجد أن المشرع قد اعتبر هذا الحق واقع على الأب لأنه المسؤول عن إيواء عائلته، فحق

(1): سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 82-84 .

(2): تشوار حميدو زكية، مرجع سابق، ص 121 .

الطفل في السكن أثناء قيام الرابطة الزوجية يتجسد في مسكن الزوجية بموجب عقد الزواج بحيث يكون توفيره للمسكن بحسب قدرته وإن تعذر عليه الحصول على سكن توجب عليه دفع بدل أجرته حماية لأولاده من الضياع و التشرّد .

أما بعد حل الرابطة الزوجية أي حصول الطلاق نجد المادة 72 من ق.أ تنص على: >> في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن<<، وهذا ما دعمته العديد من قرارات المحكمة العليا حيث نجد القرار رقم 253111 الصادر بتاريخ 2000/10/17 الذي قضى ببقاء المطلقة بعد الطلاق في مسكن الزوجية.(1)

بالتالي على الأب أن يوفر المسكن و إذا تعذر أجرته وفقا للمادة 72 من ق.أ بغض النظر عن عدد المحضونين⁽²⁾، كما أنه يجب الإشارة إلى أن إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الولد المحضون بالسكن أو أجرته و لعل هذا أيضا ما جسده قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/05/08 .⁽³⁾

وفيما يخص الفقرة الثانية من المادة 72 من ق.أ.ج والتي جاء فيها: >>تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن<< .

ونجد المشرع في حالة الطلاق قد ألزم الأب بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، فإن لم يستطع فعليه توفير بدل الإيجار، وهنا نستنتج أن المشرع لم يجعل الأمر اختياريا بين السكن أو دفع بدل الإيجار .⁽⁴⁾

(1): قرار للمحكمة العليا، بتاريخ 2000/10/17، ملف رقم 253111، المجلة القضائية، العدد 2، 2003، ص 278 .

(2): قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2002/03/13، ملف رقم 276760، لـجاء فيه أنه من حق المحضون في السكن حتى و إن كان وحيدا، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص 274 .

(3): قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282052، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص 279 .

(4): جغادر خليفة، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955،

سكيكدة، 2014، ص 55 .

فهذا الإجراء استحدث لدفع الزوج إلى تنفيذ التزامه بتوفير السكن للممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة بعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو بشكل مؤقت.⁽¹⁾

الفرع الرابع: دور القضاء في حماية حق الطفل في النفقة .

لقد اعتبر المشرع الجزائري الامتناع عن دفع النفقة المقررة للأبناء، جريمة معاقب عليها بنص المادة 331 من ق.ع.ج التي جاء فيها: <<يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم .

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال، تختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة هي محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة...>>.

لقد أحسن المشرع صنعا حينما اعتبر أن كل من إعسار الناتج عن الكسل أو الاعتياد على سوء السلوك أو السكر لا يعتبر عذرا مقبولا للإفلات من المسؤولية .

وحتى تقوم هذه الجريمة يجب أن تتوفر العناصر التالية:

- 1) شرط وجود حكم قضائي نهائي: يعتبر أول شرط من الشروط الخاصة حتى تطبق المادة 331 من ق.ع.ج حيث يكون حائز لقوة الشيء المحكوم فيه و لم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية .

(1): بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، 2008، دار الخلدونية، الجزائر، ص 260 .

(2) شرط الامتناع المتعمد عن أداء النفقة قضاء: ويقصد به تجاهل المدين للحكم الصادر بأداء النفقة وتطاوله على أحكام القضاء، لكن إذا كان الامتناع لعذر شرعي مقبول، فهنا عنصر الامتناع المتعمد ينتفي و بذلك تنتفي الجريمة .

(3) الامتناع لمدة أكثر من شهرين: حتى تقوم جريمة الامتناع عن تسديد النفقة يجب أن يكون الامتناع قد استغرق مدة أكثر من شهرين متتاليين دون انقطاع ودون مبرر شرعي، وبالتالي الامتناع طوال هذه المدة يشكل قيام الجريمة .

(4) تخصص المبالغ المحكوم بها لإعالة أسرة المتهم أو أقاربه: يجب أن تكون المبالغ المحكوم بها على المدعي عليه مبالغ مخصصة لإعالة أحد أو بعض أو كل أفراد أسرة هذا الشخص أو المخصصة للإنفاق على أصوله أو فروعه وتضمنها منطوق الحكم بكل دقة ووضوح .

(5) تبليغ الحكم الصادر عن المحكمة بأداء النفقة إلى المحكوم عليه .⁽¹⁾

وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة لذلك يعتبر المتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم عليه قضاء لصالح زوجته و أولاده يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين الوفاء التام بالدين الواجب الأداء .

كما يعقد اختصاص النظر في هذه الجريمة لمحكمة موطن أو محل إقامة المستفيد من النفقة ويعد هذا الامتياز ممنوح لشخص الدائن بالنفقة فقط .

وتجدر الإشارة إلى أنه ما نصت عليه المادة 331 من ق.ع بشأن الاختصاص لا يصلح إذا كان الدائن بالنفقة يقيم بالخارج و بالتالي تطبق قواعد الاختصاص العام .⁽²⁾

(1): عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2013، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص38←40 .

(2): أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، ط2003، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، ج1، ص162-163 .

المطلب الثاني: حماية حق الطفل في الميراث .

يعتبر الميراث من أهم الحقوق التي تثبت للطفل و ترتب في ذمته المالية أموال معتبرة، حتى و إن كان جنينا في بطن أمه و لكن بشروط، ولذلك سنتعرض إلى المقصود بالميراث (فرع أول)، وإلى حق الطفل في الميراث (فرع ثاني)، وحق الحمل في الميراث (فرع ثالث).

الفرع الأول: المقصود بالميراث .

يعرفه الفقهاء بأنه علم بقواعد فقهية وحسابية يعرف بها نصيب كل واحد من التركة و يستمد هذا العلم مبادئه و أحكامه من أربعة مصادر رئيسة و هي القرآن و السنة و الإجماع و اجتهاد الصحابة.

- أركان الميراث: للميراث ثلاثة أركان:

- 1) المورث: وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرث منه .
- 2) الوارث: وهو من ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الإرث .
- 3) الموروث: أي التركة وهي الأموال بأنواعها منقولات كانت أو عقارات .

-أسباب الميراث:

- 1) الزواج الصحيح: ولو من غير دخول أو خلوة، فمتى عقد الزواج صحيحا فقد وجب سبب التوارث بين الزوجين مادامت الزوجية قائمة، فإذا وقع الطلاق فلا توارث بينهما.
- 2) النسب الحقيقي: وهو كل صلة سببها الولادة ويشمل ذلك أنواع الورثة الثلاثة: أصحاب الفروض و العصبات و ذوي الأرحام .

- شروط الميراث:

- 1) موت المورث حقيقة أو حكما كالمفقود الذي حكم القاضي بموته .
- 2) حياة الوارث عند موت المورث حقيقة أو تقديرا كالحمل .

(3) أن لا يقوم بالوارث مانع من موانع الميراث. (1)

الفرع الثاني: ميراث الطفل.

نجد أن المشرع الجزائري قد اتبع في مسألة الميراث القواعد الشرعية لحل مسائله وتوزيع الأنصبة على أصحابها ومستحقيها من ذكور وإناث وذلك مصداقا لقوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ" (2)

وقد اتبع المشرع الجزائري ما قرره الشريعة باعتبار أن الإسلام دين الدولة وهذا ما قرره المادة 2 من الدستور الجزائري. (3)

فالشخص بمجرد أن يولد حيا يأخذ حقه كاملا في الميراث سواء كان ذكرا أو أنثى. (4)

وتجدر الإشارة إلى أن مفاد الآية السابقة الذكر أن الذكر مسؤولياته متعددة اتجاه نفسه واتجاه أسرته وأقاربه و ذلك بخلاف المرأة حين جعل الإسلام كفالتها إلى الرجل في جميع مراحل حياتها .

كما أن نصيب الأولاد يفوق نصيب الأبوين بالرغم من أنهما في درجة واحدة من القرابة، ذلك أن حاجة الأولاد أكثر باعتبار أنهم مقدمون على الحياة فكان العطاء لهم أكثر،

(1): نبيل صقر، مرجع سابق، ص220 ← 222 .

(2): سورة النساء الآية 11 .

(3): تنص المادة 2 من الدستور الجزائري: (الإسلام دين الدولة)

(4): كمال لدرع، (مقال بعنوان مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية و المعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري)، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة الأمير عبد القادر، العدد2، سنة2002، ص191-192 .

أما الأبوان فهما في الغالب ما يملكانه من المال، أو يرثانه بيؤول لأولادهما، ونصيب الطفل يحفظ له من قبل والديه أو من قبل وليه أو وصيه إلى غاية بلوغه سن الرشد.

ويلاحظ أن الأولاد ذكورا وإناثا متواجدون في أغلب مسائل الميراث على اختلاف المستحقين للتركة (أصحاب فروض، العصبية، ذوي الأرحام، مسائل الحجب... إلخ) .

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن المشرع الجزائري قد أشار في ق.أ.ج إلى أغلب مسائل الميراث، و لا تخلو المسائل المشهورة⁽¹⁾ في الميراث من تحديد أنصبة الأولاد تبعا لكل مسألة كما جاء في قانون الأسرة .

أما عن ميراث ولد الزنا و ولد اللعان فنجد المادة 138 من ق.أ.ج تنص على: <يمنع من الإرث اللعان والردة>> وأيضا نجد أنه من أسباب الميراث الزوجية الصحيحة لذلك نجد أن ولد اللعان يمنع من ميراث أبيه لعدم تحقق سبب الميراث و هو القرابة .

أما ولد الزنا فقد اشترط المشرع الجزائري وجوب ثبوت النسب الشرعي كسبب للتوارث الصحيح، وعليه فإن ولد الزنا لا يرث من أبيه و أقاربه من أبيه لا يرثونه، حيث يرث من أمه وأقربائها فقط ويرثونه أيضا.⁽²⁾

أما فيما يخص ميراث الطفل المكفول معلوم النسب فلا خلاف في أنه يرث أباه أو أحد أقربائه المتوفين .⁽³⁾

(1): المسائل المشهورة في الميراث هي: مسألة الأكدرية و الغراء المادة 175 من ق.أ.ج، مسألة المشتركة المادة 176 من ق.أ.ج، مسألة الغراوين المادة 177 من ق.أ.ج، مسألة المبالهة المادة 178 من ق.أ.ج، مسألة المنبرية المادة 179 من ق.أ.ج .

(2): بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية والميراث، ط1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ج2، ص213 .

(3): يحي آمنه، كفالة الطفل في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت1955، سكيكدة، 2013، ص127 .

الفرع الثالث: ميراث الحمل .

لقد نصت المادة 128 من ق.أ.ج: >> يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث <<، ونجد أيضا المادة 134 من ق.أ.ج تنص على: >> لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة <<.

ما يلاحظ من نص المادتين أنه حتى يثبت للحمل الحق في الميراث يجب توفر

شروط:

- أن يولد الحمل حيا: وهذا حتى تثبت أهليته للتملك حيث أن المذهب الحنفي يرى أنه يكفي في ثبوت حياته خروج أكثره حيا لأن للأكثر حكم الكل غير أن القانون قد أخذ بخلاف ما جاء به الحنفية أي أخذ القانون الجزائري بشرط أن يولد كله حيا وهو مذهب الأئمة الثلاثة .

وبناء على ما أخذ به القانون لو انفصل الجنين ميتا أو انفصل بعضه حيا ثم مات قبل انفصاله نهائيا فإنه لا يرث .

وحتى تعرف حياة الحمل من مماته يجب أن تظهر عليه أمارات من أمارات الحياة كالصراخ و العطاس فعن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إذا استهل المولود صلي عليه وورث "، فإن لم يظهر شيء من الأمارات فللقاضي أن يسأل الذين عاينوا الولادة وحضروها كما له أن يستعين بأهل الخبرة و الاختصاص كالأطباء .⁽¹⁾

- أن يكون الحمل حيا و موجودا وقت وفاة مورثه و يعرف ذلك من خلال العلم أن الحمل كان موجودا في بطن أمه خلال مدة معينة أو من خلال انفصاله عن أمه في مدة معقولة، وللإشارة فإن هذا الشرط ليس في الحمل فقط بل في كل الورثة فمن لم يكن حيا

(1): عبد الودود محمد السريتي، الوصايا و الأوقاف و المواريث في الشريعة الإسلامية، د ط، دار النهضة العربية، 1997

أثناء وفاة المورث فلا يرث (1).

وكما نجد أيضا المادة 25 من ق.م.ج قد نصت على هذين الشرطين بقولها: >> تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا <<.

وللاشارة أيضا أن ميراث الحمل يعتبر ميراثا بالتقدير، لأن الحمل عند قسمة التركة يعطى له على فرضين: على فرض الذكورة، وعلى فرض الأنوثة ثم يوقف له الأكثر من الفرضين إلى أن تضع الحامل حملها .

المبحث الثاني: حق الطفل في النيابة الشرعية .

يقصد بالنيابة الشرعية قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية و المالية و تعني أيضا قيام شخص مقام آخر و الإشراف عليه و التصرف عنه: لسبب من الأسباب كأن يباشر عنه العقود و التصرفات القانونية و يقوم بتنفيذها ويتحمل الالتزامات التي تترتب عنها (2).

لذلك سنتعرض في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب الأول سنتناول فيه (حق الولاية)، و الثاني (الوصاية)، والمطلب الثالث (التقديم) .

المطلب الأول: في الولاية .

تعتبر الولاية في القانون أسرة الجزائري نظاما لحماية القاصر في نفسه و ماله وهو مستمد من الشريعة الإسلامية، حيث نجد المواد من 87 إلى 91 من ق.أ.ج تحدثت عن الولاية على مال القاصر، حيث أن الولاية على نفس الطفل القاصر قد تم التعرض إليها في أحكام الحضانة و ما يتعلق بها من حفظ ورعاية .

(1): محمد محدة، التركات والموارث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط1، دار الفجر لنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 261 .

(2): مداني هجيرة نشيدة، مرجع سابق، ص 54 .

والولاية على المال في القانون الجزائري هي تكليف شخص معين بأن ينوب عن القاصر في مباشرة التصرفات القانونية التي منع من مباشرتها بمفرده، لذلك فالصبي غير المميز بحاجة لمن ينوب عنه لأنه ممنوع من مباشرة التصرفات القانونية مهما كان نوعها، أما الصبي المميز فحاجته إلى الولاية قاصرة على ما منع من إجرائه، وقد تم التطرق إلى الولاية على القاصر و أحكامها في فروع، حيث تضمن (الفرع الأول) من له الحق في الولاية، وإلى سلطات الولي (فرع ثاني)، و إلى انتهاء الولاية (فرع ثالث) .

الفرع الأول: من له الحق في الولاية .

نجد الولاية على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري تكون للأب ثم الأم ذلك حسب نص المادة 87 من ق.أ.ج التي جاء فيها: >> يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد<< .

وتجدر الإشارة إلى أن ولاية الأب هي ولاية على النفس والمال معا، وهي شرعية وقانونية إجبارية لا يملك الأب التتحي عنها، كما أنها شخصية لا يرثها ورثته عنه.⁽¹⁾

أما عن ولاية الأم في القانون الجزائري تكون بعد وفاة الأب وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: لمن المقرر قانونا أن يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القضاة لم قبلوا استئناف الأم وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لازال قاصرا و أن أباه هو وليا عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا فقد خرقوا الأشكال الجوهرية في إجراءات القانون مما يستوجب نقض القرار.⁽²⁾

(1): إذا كان للقاصر مال، كان للأب الولاية على ماله حفظا و استثمارا باتفاق المذاهب الأربعة، أنظر وهبة الزحيلي،

الفقه الإسلامي و أدلته، ط2، 1985، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق، ج7، ص749 .

(2): قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 187692، نقلا عن نبيل صقر قانون الأسرة نسا

و فقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص292 .

ويعتبر الولي سواء كان أبا أو أما نائبا قانونيا عن القاصر يمارس الولاية عليه دون تجاوز لسلطاته، وفي حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر يتدخل القاضي ليعين متصرفا خاصا تلقائيا أو يكون ذلك بطلب من له مصلحة حسب نص المادة 90 من ق.أ.ج التي تنص: <>إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة <<، وعليه لا يجوز منح الولاية لشخص آخر عند وجود الأم إلا إذا ثبت وجود تعارض بين مصلحة القاصر و مصلحتها .

الفرع الثاني: سلطات الولي .

تصرفات الولي في مال القاصر مقيد بالمصلحة التي تعود على القاصر، حيث لا يجوز له مباشرة التصرفات ضارة بمال القاصر المولى عليه، كأن يتصدق به أو البيع و الشراء بغبن فاحش ففي هذه الحالة يكون تصرفه باطل لقوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"⁽¹⁾، الأصل في الولاية شمولها لمال القاصر كله، إلا أن المشرع أخرج بعض التصرفات من نطاقها و أخضعها لرقابة القاضي حماية للقاصر ورعاية لمصالحه .

1) التسيير المباشر لمال القاصر: تنص المادة 88 فقرة 1 من ق.أ.ج على أنه: <>على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام<<.

فالأب بصفته الولي الشرعي لأولاده القصر له حق التصرف في أموالهم ويكون ذلك عن طريق تسييرها والتصرف فيها تصرف الرجل الحريص⁽²⁾، إذا ما دام الأمر يتعلق بإدارة الأموال لحساب الطفل القاصر، فإنه يمكن القول بأن التصرفات التي لا تتطلب الحصول على إذن مسبق من القاضي هي تلك التي لا ينتج عنها أي أضرار بأموال القاصر، ويندرج بالتالي ضمنها أعمال الحفاظ على المال، وأعمال الإدارة، والتصرفات النافعة نفعا محضا .

(1): وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 725 .

(2): الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 207-208 .

- أعمال الحفاظ على المال: تعتبر هذه الأعمال ضرورية وذلك لأنها تهدف إلى عدم إتلاف المال، ولهذا فإنه يقع على الولي واجب القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر، ويقع أيضا عليه واجب القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقارات المملوكة للقاصر، وأيضا واجب عقد التأمينات العادية الرامية إلى تغطية خطر ضياع أموال القاصر.

- أعمال الإدارة: وهي الأعمال التي تكون أخطر من أعمال الحفاظ على المال وأقل خطورة من أعمال التصرف ويدخل ضمن أعمال الإدارة:

1 - بيع المنقولات العادية: وهو المنقول الذي ليست له قيمة مالية كبيرة .

2- بيع الثمار: لاعتبار الثمار تفسد بعد النضج، فإنه يقع على الولي بيعها قبل تلفها أو فسادها .

3- إيجار العقارات لمدة تقل عن ثلاث سنوات: ذلك أن الإيجار الذي تتجاوز مدته ثلاث سنوات يستلزم الحصول على إذن مسبق من القاضي .

4- دفع ديون القاصر، وتسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير .

5- تمثيل القاصر في الدعاوى القضائية: يمكن للولي أن يكون طرفا في الدعاوى القضائية لحساب القاصر كلما كانت تلك الدعوى لا تلتحق بأضرار به، وأيضا يجوز للولي أن يمثل القاصر الذي تحت ولايته كمدعى عليه في دعاوى القسمة .

- التصرفات النافعة نفعا محضا: حيث يكون للولي السلطة المطلقة في القيام لحساب القاصر بكافة التصرفات النافعة نفعا محضا،⁽¹⁾ وتتمثل هذه التصرفات في عقود التبرعات كالهبات و الوصايا .

(أ) الوصية: نجد أن المادة 184 من ق.أ.ج نصت على أن الوصية هي: >> تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع <<، ويستنتج من ذلك أن المشرع الجزائري جاء بأحكام خاصة و اعتبر أن الوصية تمليك تنتقل بواسطته ملكية الشيء الموصي به إلى

(1): سلامي دلييلة، مرجع سابق، ص 107 .

الموصى له من الموصي بإرادته الحرة .

شروطها: نجد المواد من 186 إلى 190 من ق.أ.ج نصت على الشروط الواجب توافرها في كل من الموصي و الموصى له و الموصي به حتى تعتبر وصية صحيحة وجائزة.

فيجب أن تكون للموصي أهلية التبرع وأن يكون بالغاً ويتم ذلك برضاه، وأيضاً أن يكون معلوماً غير مجهول، وأن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي، كما أن الشيء الموصي به يجب أن يكون مما يصح التوارث في، ويندرج بذلك كافة أموال الإنسان بأنواعها المختلفة و كذا الحقوق المالية أو الملحقة بالمال، كما تتدرج في ذلك أيضاً المنافع لكن بشرط أن تكون المنفعة مباحة كما اتفق الفقهاء، وأن يكون المال الموصي به مقوماً وموجوداً في ملك الموصي وقت إبرام الوصية .

ونجد المادة 191 من ق.أ.ج تنص على: >> تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك في حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية<<.

إذا الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد يحرره الموثق، حيث يتم تحريره وفق إجراءات وترتيبات من بينها أن يكون هناك شاهداً عدل، حضور الوصي، كما يجب أن يراعي بدقة صفة الوصي و الموصى له والموصي به .

وإذا حررت الوصية بوكالة يجب أن الانتباه جيداً إليها ويشترط أن تتوفر على نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية، وبعدها تسجل الوصية في مصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت ما دامت عقداً كسائر العقود، وتسلم نسخة منها للموصي ونسخة أخرى للموصى له إذا كان موجوداً .

وفي حالة حدوث مانع قاهر للموصي فيمكن أن تثبت الوصية بموجب حكم قضائي حيث يتم ذلك برفع دعوى قضائية يلتزم فيها إثبات هذه الوصية بحكم، وبعد

صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية. (1)

(ب) الهبة: تعتبر أحكام الهبة في غالبيتها مقتبسة من الفقه الإسلامي، فنجد ق.أ.ج في المادة 202 منه تنص على: << الهبة تملك بلا عوض >>.

ونجده أيضا في المادة 206 من ق.أ.ج أيضا نص على شروطها حيث جاء فيها: << تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة >>.

ويتضح من خلال المادة أن الهبة عقد يجب أن يتطابق فيه إيجاب الواهب وقبول الموهوب له، وفي هذه الحالة إذا كان الطفل قاصر يتول عنه وليه قبول الهبة .

ونجد أن المادة ذكرت الحيابة التي من شأنها جعل الواهب يتصرف في مال مملوك له لصالح الموهوب له، وذلك قصد السيطرة المادية والظهور عليه بمظهر صاحب الحق وهذا لا يكون إلا بسليم مال الموهوب إلى الموهوب له (الحيابة). (2)

كما تصح الهبة للحمل مع بقائها موقوفة على ولادة الجنين حيا فيكون المال للموهوب له، أما إذا ولد ميتا اعتبرت الهبة كأن لم تكن ويبقى المال في حياة الواهب، أما إذا مات بعد ولادته حيا مستهلا بالصراخ كانت الهبة لورثته ولعل هذا ما جاء في نص المادة 209 من ق.أ.ج التي ذكرت: << تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا >>، ويمكن اعتبار هذه الحالة التي نصت عليها المادة 209 من ق.أ.ج استثناء لما نصت عليه المادة 206 من نفس القانون .

كما نجد أيضا المادة 210 من ق.أ.ج تنص على: << يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانونا >>، فهذه المادة بينت سلطات الولي في حالة قصر الطفل فوليه هو الذي يحوز الشيء الموهوب

(1): عمار بهاليل هاني، أحكام الوصية في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007، ص 12-13 .

(2): حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة و الوصية و الوقف، ط2004، دار هومة، الجزائر، ص 08 .

له ويكون ذلك دون إذن للقاضي لأن التصرف في هذه الحالة نافع نفعاً محضاً للقاصر. (1)

(2) الحصول على إذن من القضاء من أجل التصرف في أموال القاصر:
(التصرف غير المباشر).

إن تصرف الولي في أموال القاصر لا يكون مطلقاً في كل الحالات فنجد المشرع قد قيد بعض تصرفات الولي بإجراءات محددة وفقاً للقانون و منها الحصول على الإذن المسبق من القضاء حتى يمكنه التصرف و تكون هذه الرقابة القضائية في التصرفات التي ذكرتها المادة 88 من ق.أ.ج و هذه التصرفات تتمثل فيما يلي:

- بيع العقار وقسمته ورهنه و إجراء المصالحة: يعتبر العقار حسب المادة 683 من ق.م.ج على أنه >> كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول <<، وحتى يتصرف الولي في العقار يجب عليه الحصول إذن مسبق من القضاء .

- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: ومن أمثلتها القيم المنقولة كالأسهم، الحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية و التجارية و الأدبية و الفنية، فهي منقولات لا يمكن للولي أن يتصرف فيها دون حصوله على إذن من القضاء، ولعل ما يؤخذ على المشرع أنه لم يضبط مصطلح ذو أهمية خاصة فقد يكون القاصر ينتمي لطبقة معينة حيث أن منقول واحد مملوك له بقيمة معينة يعتبره ذي أهمية خاصة، كما يمكن لقاصر آخر من طبقة اجتماعية أخرى يعتبر منقول مملوك له بقيمة المنقول الأول لكن يعتبره غير ذي الأهمية .

استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة: قد يكون الشخص المقترض معسراً أو مفلساً وهذا لا يفيد القاصر، كما أن الإقراض قد يضره لأنه يؤدي إلى الحجز، ولهذا منع الولي من إجراء هذين التصرفين إلا إذا حصل على إذن من القضاء .

(1): سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 89-90 .

إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد: للولي أن يؤجر عقار القاصر لأي مدة حتى ولو زادت عن ثلاث سنوات بشرط كما قلنا سلفا الحصول على الإذن المسبق، ونجد أن المشرع قد قيد سلطة الولي في إيجاره لعقار القاصر بعد بلوغه سن الرشد لمدة تزيد عن سنة. (1)

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الرقابة القضائية التي منحت للقاضي وسيلة ناجعة من أجل حماية وحفظ مصالح القصر، حيث أنه تمكنه من رفض الإذن إذا رأى أن التصرف سيجعل أموال القاصر في خطر. (2)

الفرع الثالث: انتهاء الولاية .

لقد نصت المادة 91 من ق.أ.ج على حالات انتهاء الولاية بقولها: >> تنتهي وظيفة الولي: بعجزه، بموته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه<<.

1-العجز: سواء كان العجز ناتجا عن حالة صحية مثلا تحول دون التمكن من رعاية المصالح المالية للقاصر أو حتى عجزه في التدبير والتسيير و يكون هذا بتعريض أموال القاصر للخطر بسبب سوء التصرف أو أي سبب آخر .

2-الوفاة إذا توفي الولي انتهت ولايته و انتقلت إلى من يليه في الدرجة وعليه فإنه إذا توفي الأب تؤول الولاية بقوة القانون إلى الأم (حسب قانون الأسرة الجزائري) .

3-الحجر: نجد أن المشرع الجزائري قد نص على إجراءات الحجر في المادة من 101 إلى 108 من ق.أ.ج حيث أن المحجور عليه يجب أن يعين له ولي أو وصي أو مقدم، إذن فلا يعقل أن يكون المحجور عليه وليا على غيره. (3)

(1): يستحب للولي أن يستثمر مال القاصر بالتجارة لقوله صلى الله عليه وسلم: "ألا من ولي يتيما له مال فليتجر له فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"، لأن حبسه عن الاستثمار يعد من وجوه الإضرار بمال الطفل، أنظر العربي بختي، (حقوق الطفل في الفقه والقانون)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد14، سنة2007، ص258 .

(2): سلامي دليمة، مرجع سابق، ص113 .

(3): عبد العزيز بودراع، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكر لنيل شهادة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة2004، ص35 .

4- إسقاط الولاية عنه: إن المشرع الجزائري لم يبين في قانون الأسرة سبب إسقاط الولاية، هذا كأن يقوم الولي بتقصير في إدارة أموال الطفل القاصر إلى حد يعرض مصالح هذا الأخير للخطر، أو بطلب من له مصلحة في ذلك عند ثبوت سوء تصرف الولي.

لكن عند اللجوء إلى ق.ع.ج نجد أنه نص على إسقاط الولاية في المادة 19 فقرة 4 منه فقصد بها أنها تدبير من تدابير الأمن الشخصية حيث جاء فيها: >> تدبير الأمن الشخصية هي ... سقوط حقوق السلطة الأبوية كلها أو بعضها <<.

ولهذا يمكن القول أن الإسقاط المنصوص عليه في المادة 91 من ق.أ.ج يتم إما بحكم جزائي كتدابير الأمن المنصوص عليها في ق.ع.ج، وإما بحكم مدني يصدر من القاضي بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.⁽¹⁾

المطلب الثاني: في الوصاية .

إن الوصاية تعتبر من الولاية، لأنها تعتبر وسيلة قانونية للنيابة عن القاصر في إدارة أمواله، وهدفها أيضا كالولاية وهو صيانة أموال القاصر، و الفرق بينهما يكمن في أن الوصاية تثبت لكل شخص ما عدا الأب والجد، وأيضا الوصاية لا تثبت بقوة القانون كما هو الشأن بالنسبة للولاية، إنما الوصي يعين من قبل الأب أو بقرار من المحكمة .

إذن الوصاية هي نوع من أنواع النيابة الشرعية، حيث تحل بها إرادة الموصي محل إرادة القاصر من انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير.⁽²⁾

وسيتم التعرض في هذا المطلب إلى تعيين الوصي (فرع أول)، و شروط الوصي (فرع ثاني)، وشروط نفاذ الوصاية (فرع ثالث)، وانتهاء الوصاية (فرع رابع)، و إلى رقابة القاضي على الوصاية (فرع خامس) .

(1): سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 115-116 .

(2): معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ط9، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج3، ص356.

الفرع الأول: تعيين الوصي .

لقد نصت المادة 92 من ق.أ.ج على: >> يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86⁽¹⁾ من هذا القانون << .

- دور الأب والجد في تعيين و اختيار الوصي: إن دور الأب في تعيين وصي على ولده القاصر هو أمر مسلم به، لأنه يعتبر أعلم الناس من غيره بمن يصلح للوصاية على ولده ومن سيكون حريصا على مصالحه بعد وفاته .

لكن فيما يخص منح الجد الحق في تعيين وصي للقاصر أمر غير مفهوم بحكم أن المشرع لم ينص في ق.أ.ج على ولاية الجد على القاصر، لكن ما يمكن قوله في منح المشرع دور تعيين الوصي للجد يعتبر تأثرا بأحكام الشريعة الإسلامية، و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا نجد قرارا صدر عنها بتاريخ 2006/05/17 حيث اعتبرت فيه الجد وصيا على الولد القاصر يتيم الأبوين بحسب نص المادة 92 من ق.أ.ج، باستقراء القرار المطعون فيه يتبين منه أن قضاة الموضوع لاحظوا بأن النزاع المعروض عليهم يتعلق بالوصاية على اعتبار أن الولد القاصر ليس له أب ولا أم بحكم القانون يصبح الجد هو الوصي وفقا للمادة 92 من ق.أ.ج⁽²⁾ .

الفرع الثاني: شروط الوصي .

نجد المادة 93 من ق.أ.ج تنص: >> يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة << .

1-الإسلام: وذلك بالنسبة للمسلم فلا بد أن يكون الوصي مسلم إذا كان الطفل

القاصر مسلماً، لأن الإيصاء كالولاية يجب أن يكون الخلف من جنس السلف، أما بالنسبة

(1): المادة 86 من ق.أ.ج تنص: >> من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من ق.م << .

(2):قرار للمحكمة العليا، بتاريخ 2006/05/17، ملف رقم 363794، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2006، ص461.

لغير المسلم فيجب أن يكون وصيا على غير المسلم .

2-البلوغ: وهذا شرط في سائر التصرفات، فإن غير البالغ لا يعلم أين تكمن المنفعة، فكيف يوكل إليه أمر النظر في شؤون القصر اليتامى وحفظ أموالهم والإشراف عليها.

3-العقل: فمثلا المجنون لا يهتدي إلى التصرف النافع بحق نفسه، فكيف يوكل إليه التصرف في شؤون غيره .

4-العدالة: لا تصح الوصاية لفاسق بالاتفاق .⁽¹⁾

5-الأمانة: لا يصح أن يكون الخائن وصيا لأن الوصاية للحفظ و الرعاية .⁽²⁾

- متى لا يجوز للشخص أن يكون وصيا ؟

- المحكوم عليه بجريمة من الجرائم المخلة بأداب، أو الماسة بالشرف أو النزاهة، بشرط أن يكون الحكم نهائيا .

- من حكم عليه بجريمة كانت تقتضي سلب ولايته على نفس القاصر .

- الشخص المشهور بسوء السيرة لأنه يكون قد فقد شرط الكفاءة والعدالة .

- من حكم عليه بالإفلاس، لأنه يمكن أن يعرض مال القاصر للخطر .

- الشخص الذي سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين وصيا على ولده متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد التحقيق فيها أنها تبرر ذلك، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية موقعة من الأب .⁽³⁾

(1): بورخوم بسمة، الوصاية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 04 .

(2): سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 121 .

(3): معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 358 ← 360 .

الفرع الثالث: شروط نفاذ الوصاية .

نجد أن المادة 94 من ق.أ.ج تنص على: >> يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها <<.

طبقا لهذه المادة فإن الوصي الذي يعينه الأب أو الجد لا يمكنه أن يباشر وصايته إلا بعد:

أ- وفاة الأب أو الجد: حيث تثبت الوفاة بمستخرج من سجلات الحالة المدنية .

ب- عرض الوصاية على القاضي: يجب عرض الوصاية على المحكمة، سواء كانت بوثيقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود، وذلك يكون من طرف من له مصلحة في مباشرة الوصي لوصايته .

ج- تثبيت الوصاية من طرف القاضي: إن المشرع لم يشترط صدور حكم قضائي لتثبيت الوصاية، وإنما اشترط فقط عرضها على القاضي لتثبيتها، فيجوز إذن عرض الوصاية على رئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل عريضة ليقعه رئيس المحكمة وبذلك يتم تثبيتها .

- لكن في حالة رفض القاضي تثبيت الوصاية فما مصير الطفل القاصر؟

الأصل أن المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي سلطة تعيين الوصي، لذا فإنه إذا رفض تثبيت الوصاية، فإنه يتم تعيين مقدم من طرف المحكمة لتسيير وإدارة مصالح الطفل القاصر (1).

وسلطات الوصي هي نفسها سلطات الولي وذلك ما نصت عليه المادة 95 من ق.أ.ج بقولها: >> للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون <<.

(1): سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 123 .

الفرع الرابع: انتهاء الوصاية .

قد تطرق المشرع الجزائري في المادة 96 من ق.أ.ج إلى حالات انتهاء الوصاية حيث جاء فيها: >> تنتهي مهمة الوصي:

- 1- بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته .
- 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه .
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها .
- 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته .
- 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر .<<

أولاً: موت الوصي أو موت القاصر: إذ أنه من الطبيعي إذا توفي الوصي تنتهي مع موته مهام وصايته للقاصر المشمول بها وبالتالي تقوم المحكمة بتعيين وصي آخر، أما إذا مات القاصر فإنه لا يوجد ثمة حاجة لإبقاء الوصاية .

ثانياً: بلوغ القاصر سن الرشد: فإذا بلغ القاصر سن الرشد وهو كما حدده المشرع 19 سنة كاملة، ولم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه لجنون أو عته، لذا عند اكتمال أهلية القاصر تنتهي مهمة الوصي بقوة القانون .

وتجدر الإشارة إلى أن ثبوت بلوغ القاصر سن الرشد يكون من شهادة الميلاد أو أية ورقة رسمية أخرى تدل على بلوغه .

ثالثاً: انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها: من الطبيعي أن تنتهي مهمة الوصي بمجرد انتهاء العمل الذي أقيم لمباشرته أو انقضاء المدة التي اقتضت بها تعيينه .

رابعاً: عزل الوصي أو قبول استقالته: إذا أحس الوصي أنه لم يعد قادراً على تحمل أعباء الوصاية ومهامها أن يطلب من المحكمة إعفاه منها فإذا قبلت المحكمة استقالته تكون

وصايته قد انتهت، كما يمكن للمحكمة أن تقوم بعزله لأسباب منها:

-إذا توفر في الوصي سبب من أسباب عدم صلاحيته للوصاية .

-إذا أساء الوصي إدارة أموال القاصر أو عرضها للخطر، و هذا التعريض للخطر راجع إلى تقدير المحكمة .(1)

خامساً: عزل الوصي بناء على طلب من له مصلحة: تنتهي مهمة الوصي أيضاً بعزله بناء على طلب من له مصلحة فيكون ذلك بتخلف شرط من الشروط التي يشترطها القانون للوصاية، ويكون العزل أيضاً إذا صارت مصلحة القاصر في خطر بسبب تصرفات الوصي .(2)

فإذا انتهت مهمة الوصي يقع على عاتقه الالتزام بتسليم الأموال التي في عهده وتقديم حساب عنها بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته وهذا في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته، كما عليه تقديم تفصيل عن الحساب المذكور إلى المحكمة .

أما إذا توفي الوصي أو كان مفقوداً فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 97 من ق.أ.ج حيث جاء فيها: <<على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رُشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء، وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر>> .

ونجد المادة 98 من ق.أ.ج جاء فيها: << يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره>> .

- (1): بورخوم بسمة، مرجع سابق، ص50←52 .
(2): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص484 .

فهذه المادة قد تحدثت عن مسؤولية الوصي إذا أصاب ضرر أموال القاصر أو عرضها للخطر .

الفرع الخامس: رقابة القاضي على الوصاية .

إن المشرع الجزائري قد وضع أحكاما يمكن اعتبارها رقابة قضائية تخضع لها الوصاية، فجنده قد قيد حرية اختيار الوصي من طرف الأب أو الجد وذلك من خلال عرض الوصي المراد تعيينه على المحكمة حتى يثبت من قبلها، ويجوز لها أن ترفض الوصاية حسب نص المادة 94 من ق.أ.ج، وما يلاحظ من خلال المادة أنها أوجبت عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب، لكنها لم تذكر الحالة التي يكون الوصي فيها مختارا من قبل الجد، فهل هذا يعني أن المشرع قد أعفى الوصي الذي يعينه الجد من رقابة القاضي ؟

يمكن القول أن هذا قد وقع سهوا من المشرع الجزائري، لأنه لا يعقل أن يخضع الوصي المعين من قبل الأب وهو الشخص الذي يعلم وله الدراية الكاملة من هو الشخص الذي يمكن أن يكون وصيا مناسبا لأولاده القصر، وإضافة إلى ذلك الأب أقرب من الجد إلى الابن . (1)

إن يستنتج أن الوصي الذي يختاره الجد أيضا يخضع للرقابة القضائية .

المطلب الثالث: في التقديم .

يعتبر لفظ المقدم هو الشائع المستعمل لدى الفقه المالكي، ويقابله لدى الفقهاء الآخرين تسمية الوصي أو القيم الذي يعينه القاضي على القاصر، وسيتم التعرض في هذا المطلب إلى من هو المقدم ؟ (فرع أول)، و الأحكام التي يخضع لها (فرع ثاني) .

الفرع الأول: المقصود بالمقدم .

المقدم في القانون هو الوصي المعين من القاضي على القاصر إذا لم يكن له ولي أو وصي اختير له من قبل الأب أو الجد، وتكمن مهمة المقدم في القيام و الإشراف على

(1): سلامي دلييلة، مرجع سابق، ص 118 .

شؤون القاصر أو من في حكمه كالمجنون أو المعتوه، وهذا ما جاء في نص المادة 99 من ق.أ.ج: >> المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة << .

ونجد أيضا المادة 469 من ق.إ.م.إ.ج تنص على: >>يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخص آخر يختاره، ويجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه << .

ويظهر من نص المادة أن الوصي يعين من قبل القاضي ويكون أحد أقارب القاصر وإذا لم يوجد مقدم مناسب من أقاربه كأن لا تتوفر فيه الشروط اللازمة (القدرة، الأمانة...)، فإن للقاضي أن يعين شخصا آخر من اختياره لكن يجب أن تتوفر فيه الشروط اللازمة حتى يمكنه القيام على شؤون القاصر ورعاية مصالحه وحفظ وصون أمواله .

ويكون طلب تعيين المقدم من قبل من له مصلحة أو من قبل النيابة العامة، حسب ما جاء في نص المادة 99 من ق.أ.ج التي سبق ذكرها، وأيضا نص المادة 470 من ق.إ.م.إ.ج التي نصت على: >> يقدم طالب تعيين المقدم في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة <<

الفرع الثاني: أحكام المقدم .

نجد المادة 100 من ق.أ.ج تنص على: >> يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام << .

يظهر من نص المادة أن المقدم له نفس سلطات الوصي المنصوص عليها في المادة 95 من ق.أ.ج التي جاء فيها: >> للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون <<.

سلطات الولي والوصي والمقدم في ق.أ.ج هي متماثلة، وما يستنتج أيضا أنه مادام أن سلطات الوصي هي نفسها سلطات المقدم، فللمقدم نفس واجبات الوصي فيكون مسؤولا عما يلحق بأموال القاصر من ضرر بسبب تفسير حاصل منه أو تعريضها للخطر.

كما أن مهمته تنتهي بنفس أسباب انتهاء الوصي المنصوص عليها في المادة 96 من ق.أ.ج التي ورد فيها: >> تنتهي مهمة الوصي:

- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته .
- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه .
- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها .
- بقبول عذره في التخلي عن مهمته .
- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر << (1).

كما يمكن الإشارة أيضا إلى أنه أجاز المذهب المالكي ولاية الكافل متى توفرت فيه الشروط العامة، التكليف، الإسلام، العدالة، التي يجب توافرها فيمن يلي أمور القاصر الصغير المالية من أب أو وصي أو مقدم، ولعل أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي بخصوص ولاية الكافل للولد المكفول،⁽²⁾ ويظهر هذا من خلال المادة 122 من ق.أ.ج التي جاء فيها: >> يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول <<.

وبالتالي يكون الكافل ملزم بتقديم حساب وفقا للمادة 97 من ق.أ.ج التي سبق ذكرها، ويكون للكافل حق استعمال محدود لأموال المكفول إن احتاج إلى ذلك.⁽³⁾

(1): سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 127 .

(2): مداني هجيرة نشيدة، مرجع سابق، ص 73 .

(3): عبد العزيز بودراع، مرجع سابق، ص 39 .

وتجدر الإشارة إلى أنه و بالنظر إلى نص المادة 83 من ق.أ.ج نجدها قد بينت حكم تصرفات القاصر المميز حيث جاء فيها: >> من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من ق.م تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء << .

وتعتبر تصرفات القاصر غير المميز باطلة كما جاء في نص المادة 82 من ق.أ.ج :>> من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة << .

إذا فتصرفات القاصر المميز لها حكم مختلف بحسب نوع التصرف الذي يقوم به. فإذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً له، وهو الذي يرتب عليه اغتناء من يباشره بدون عوض كقبول الهبة مثلاً، فيستطيع القاصر المميز مباشرته ويعتبر في هذه الحالة كأنه كامل الأهلية .

أما إذا كان ضاراً ضرراً محضاً به وهو التصرف الذي ينتج عنه افتقار في الذمة المالية دون أن يقتضي ذلك عوضاً، فيمنع عليه مباشرته وهذا التصرف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وفي هذه الحالة يعتبر القاصر المميز بالنسبة إلى هذا التصرف عديم الأهلية .

وتجدر الإشارة إلى أن الطفل الذي ليست له أهلية التعاقد سواء كان مميزاً أو غير مميز يستفيد من حماية كبيرة في مواجهة المتعاقد معه، فبالإضافة إلى بطلان أو إبطال التصرف الذي أقدم عليه، يكون غير ملزم برد ما تحصل عليه بمقتضى العقد الباطل إلا ما عاد عليه بالمنفعة طبقاً للفقرة 2 من المادة 103 من ق.م.ج التي جاء فيها: >>... غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد <<، ويراد بالأشياء النافعة تلك التي تزيد في الذمة المالية (1).

(1): عبد العزيز بودراع، مرجع سابق، ص 26-27 .

أما فيما يخص تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر، ويقصد بتصرف الدائر بين النفع والضرر هو ذلك التصرف الذي يحتمل أن يكون نافعا لشخص ومحققا لمصلحة له، ويحتمل أن يكون ضارا به يفوت عليه مصلحة ويرتب عليه التزاما بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية له كالبيع والإيجار، و الرهن و الارتهان والمقايضة و غيرها من عقود المعاوضة في مختلف صورها المحتملة للربح والخسارة .⁽¹⁾

فتكون تصرفاته في هذه الحالة متوقفة على إجازة الولي و الوصي حسب ما جاء في المادة 83 من ق.أ.ج السابقة الذكر ومعنى هذا أن التصرف لا يرتب أي أثر على الرغم من أنه عقد صحيح ولا يعترف المشرع أو القانون بوجوده إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة، وهو في هذه الحالة الولي أو الوصي على القاصر .

ولعل الحكمة من هذا هو تجنب حصول الضرر للصبي المميز، فإذا صدرت الإجازة كان لهذه الأخيرة أثر مزدوج:

- 1-نفاد التصرف الموقوف بجعله يرتب آثاره القانونية من طرف المميز .
- 2-سقوط حق التمسك بإبطال التصرف من طرف المميز .⁽²⁾

- (1): محمد السعيد جعفرور و فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2002، ص14 .
- (2): عبد العزيز بودراع، مرجع سابق، ص28-29 .

نتائج الفصل الثاني .

من خلال ما تم عرضه في هذا الفصل يمكن استنتاج النتائج التالية :

-تعتبر النفقة حقا مضمونا للطفل في قانون الأسرة الجزائري أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد انحلالها .

-إن المشرع الجزائري من خلال تعديله لنص المادة 72 من ق.أ.ج سنة 2005 ألزم الأب بضمان نفقة المسكن أو دفع بذل الإيجار لممارسة الحضانة .

-حق الطفل في الميراث ثابت بالشرعية قبل القانون، كما أنه يثبت له قبل ولادته(ميراث الحمل)، وبعد ولادته حسب موقعه من المورث .

-إن نظام النيابة الشرعية تقرر بهدف حماية حقوق الطفل .

-الولاية تكون للأب و بعد وفاته تنتقل للأُم بقوة القانون .

-للقضاء دور في حماية أموال الطفل القاصر ويظهر ذلك من خلال اشتراط القانون حصول النائب الشرعي على إذن قضائي لإجراء بعض التصرفات على أموال القاصر .

-يعين الوصي وفقا لقانون الأسرة الجزائري من قبل الأب أو الجد .

-المقدم تعيينه المحكمة إذا لم يكن لطفل ولي أو وصي، بطلب من له مصلحة أو من قبل النيابة العامة باعتبارها حامية للمجتمع .

-الطفل يستفيد من حماية حقيقية بالنسبة للمسؤولية العقدية من خلال نص المادة

83 من ق.أ.ج .

الخطاتمة

الخاتمة:

إن حماية حقوق الطفل من المواضيع ذات الأهمية البالغة من أجل معرفة مدى شمولية النصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري لهذه الحماية، حيث تمت دراسة هذا الموضوع في فصلين، حيث تعرض كل منهما إلى جانب معين من الدراسة التي تتمحور حوله ، فخصص الفصل الأول لدراسة حماية الحقوق المعنوية للطفل ، فبيننا كيف اهتم المشرع الجزائري في قانون الأسرة بهذه الحقوق ، ثم انتقلنا الى الفصل الثاني والأخير وتناولنا فيه حماية الحقوق المادية للطفل ، وذلك لاعتبار أن الطفل يمكن أن تكون له أموال في ذمته و هو قاصر لا يمكنه التصرف فيها، فعرجنا في هذا الفصل الى كيفية حمايتها من الضياع و المحافظة عليها.

وبعد التمعن في أحكام هذا الموضوع ، يمكن استخلاص جملة من النتائج التي تعتبر عصاره لما جاء في هذه المذكرة :

1- المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الحقوق المعنوية للطفل ولم يخصص لها فصلا إلا أنه تطرق إلى ما يتعلق من حقوق الطفل باعتباره ثمرة زواج شرعي .

2- النسب من أهم الحقوق التي تثبت بها هوية الطفل.

3- المشرع الجزائري قد أعطى حماية خاصة لحق الطفل في النسب من خلال تبنيه أحكام الشريعة الإسلامية، فنجده مثلا من خلال أسباب ثبوت النسب أنه حتى وان كان النكاح لشبهة يثبت نسب الولد ولا يعتبر ولد زنا، وكذلك الأمر في الزواج الفاسد.

4- الطرق العلمية الحديثة تعتبر وسيلة لحماية الطفل في النسب أولا ، ولمنع التحايل والتدليس ثانيا .

5- يعد الإنجاب بطريقة التلقيح الاصطناعي تقنية طبية حديثة لحل مشاكل العقم.

6- تحريم و تجريم كل عملية تلقيح اصطناعي تتم خارج العلاقة الزوجية .

7- الرضاع حق مكفول للطفل شرعا .

- 8- اعتماد المشرع على مصلحة المحضون دون الخضوع لأي اعتبار آخر من أجل تنشئة الطفل تنشئة صحيحة .
- 9- لقد قرر المشرع حق الزيارة لأحد الوالدين من جهة، ولحماية الطفل من التوتر وإحساسه بالاستقرار من جهة أخرى .
- 10- الكفالة وسيلة من أجل حماية الأطفال المحرومين من العائلة .
- 11- المشرع الجزائري اتبع مبادئ الشريعة الإسلامية بوضع بديل للتبني وهو نظام الكفالة لأجل رعاية الطفل والمحافظة عليه .
- 12- يعتبر حق النفقة حق مضمون للطفل في قانون الأسرة الجزائري أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد انحلالها .
- 13- صندوق النفقة جاء لحماية حق أساسي من حقوق الطفل وراعى مبدأ مصلحة المحضون و حمايته .
- 14- المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 72 من ق.أ.ج سنة 2005 بموجب الأمر 02/05 ألزم الأب بضمان نفقة المسكن أو دفع بدل الإيجار للممارسة الحضانة .
- 15- حق الطفل في الميراث ثابت بالشريعة الإسلامية قبل القانون، كما أنه يثبت له قبل ولادته (ميراث الحمل) .
- 16- إن نظام النيابة الشرعية تقرر لحماية حقوق الطفل المادية .
- 17- الولاية تثبت للأب و تنتقل بعد وفاته للأم بقوة القانون .
- 18- للقضاء دور في حماية أموال الطفل القاصر ويظهر ذلك من خلال اشتراط القانون حصول النائب الشرعي على إذن قضائي للتصرف في بعض أموال القاصر .
- 19- يعين الوصي من قبل الأب أو الجد .

20- المشرع الجزائري أضعف دور الأم في نظام الوصاية .

21- المقدم تعيينه المحكمة إذا لم يكن للطفل وليا أو وصي، ويكون ذلك بطلب من له مصلحة أو من قبل النيابة العامة باعتبارها حامية المجتمع .

22- الطفل يستفيد من حماية حقيقية بالنسبة للمسؤولية العقدية من خلال نص المادة 83 من ق.أ.ج .

وفي الأخير رغم أن قانون الأسرة الجزائري قد استقى أغلب أحكامه من الشريعة الإسلامية، إلا أننا لا حظنا بعض الهفوات من بينها:

- الرضاع حق للطفل مكفول في الشريعة الإسلامية ، لكن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد سهى عن هذا الحق الأساسي ولم يتضمنه .

أما فيما يخص الاقتراحات و التوصيات:

1- اقتراح إضافة مادة قانونية جديدة تنص على حق الرضاع باعتباره حقا أساسيا مكفول شرعا للطفل .

2- اقتراح تعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة و ذلك بإضافة فقرة جديدة تبين من هم الأقربون درجة .

3- حبذا أيضا لو أن المشرع الجزائري قد حدد مدة انتهاء الحضانة للذكر إلى غاية 19 سنة (سن الرشد)، أما للأنثى لو اتبع المذهب المالكي وحددها بالزواج أي الدخول و لم يحددها بسن الزواج .

4- اقتراح تعديل نص المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري كالتالي: >>على الوصي أن يقدم تقارير دورية عن حسابات أموال القاصر التي في عهده << ، حتى تكون هناك رقابة قضائية فعلية على الوصي، لأن المشرع نجده في نص المادة 97 من ق.أ.ج نص على الرقابة البعدية للوصاية (بعد انتهائها)، و لم ينص على الرقابة القبلية (أثناء ممارستها).

5- على المشرع استدراك الأمر و اعتبار الكافل وصيا عن أموال الطفل المكفول.

6- نتطلع من المشرع الجزائري عند إصداره لقانون حماية الطفل الذي هو الآن محل نقاش على مستوى البرلمان أن يكون قد اعتمد في إصداره لهذا القانون على مرجعية فقهية إسلامية، بالإضافة إلى الأحكام التي جاءت بها الاتفاقيات و المواثيق الدولية.

الملاحق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء: سكيكدة

محكمة: الحروش

رئيس قسم شؤون الأسرة

نحن.....رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة الحروش

رقم الترتيب

بعد الإطلاع على طلب السيد(ة).....القائم في حقها الأستاذ.....

المودع بتاريخ: 2010/07/29 .

المتضمن: إسناد حضانة التوأم.....للأم.....والزام المطلوب بأن يدفع

نفقة غذائية للزوجة وللتوأم بعشرين ألف دج شهريا بدل

إيجار قدره عشرة آلاف دج يسري من تاريخ مغادرتها

بيت الزوجية إلى غاية الفصل في دعوى الطلاق المرفقة

- بعد الإطلاع على أوراق مستندات القضية.

- بعد الإطلاع على أحكام المادة 57 مكرر من قانون الأسرة .

- حيث أن طلب إسناد حضانة التوأم.....مؤسس يتعين الاستجابة له

- حيث أن طلب النفقة الغذائية لفائدتها وتوأم....مبالغ فيه مما يتعين

تخفيضه إلى الحد المعقول .

- حيث أن طلب بدل الإيجار جاء مؤسس يتعين الاستجابة له بعد

تخفيضه إلى الحد المعقول .

لهذه الأسباب.

نأمر بصفة مؤقتة بمنح حضانة التوأم.....الذي يبلغ عمرهما عام
ونصف لفائدة العارضة وإلزام العارض ضده بتمكين العارضة من
نفقة غذائية شهرية لفائدتها و فائدة كل واحد من التوأم بمبلغ 3000
دج وبدل إيجار شهري بمبلغ 4000دج يسري من تاريخ النطق بالأمر
إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع المسجلة بتاريخ 2010/07/11
تحت رقم 2010/0852 .

حرر بالحروش في: 2010/08/03.

الرئيسة

* الوثائق التي يجب تقديمها لاستخراج عقد الكفالة :

1- بالنسبة للقاصر مجهول النسب:

- عريضة بطلب الكفالة موقعة من الكفيل أو الزوجين الكفيلين .
- شهادة ميلاد الكفيل .
- حضور شاهدين يثبتان حالة التكفل .
- وثيقة تثبت القدرة المالية على التكفل .
- شهادة صادرة من مديرية النشاط الاجتماعي، تتضمن وضع القاصر تحت كفالة الكفيل .
- دفع رسم الكفالة 500 دينار جزائري و طابع جبائي قدره 20 دينار جزائري .

2- بالنسبة للقاصر معلوم النسب:

- عريضة بطلب الكفالة موقعة من الكفيل و ولي المكفول .
- شهادة ميلاد الكفيل(إذا كانا زوجين يشترط إرفاق عقد زواجهما و شهادة ميلاد كل واحد منهما) .
- شهادة ميلاد والدي المكفول و عقد زواجهما .
- شهادة ميلاد المكفول .
- تصريح أبوي يتضمن موافقة الوالدين .
- الوثائق المثبتة لمصادر عيش الكفيلين .
- بطاقة إقامة المكفول أو والديه تثبت الإقامة بدائرة اختصاص المحكمة .
- دفع رسم الكفالة 500 دينار جزائري و طابع جبائي قدره 20 دينار جزائري .

- حضور الأطراف وشاهدين أمام القاضي ليشهد أن الكفيل مسلم عاقل وقادر على كفالة القاصر .

- نسخة من بطاقة تعريف الأطراف و الشاهدين .

- في حالة وفاة أحد والدي المكفول، إرفاق شهادة الوفاة .

- في حالة وفاة الوالدين، إرفاق شهادتي وفاتهما، وهنا يتم تعيين مقدم .

الفهارس

فهرس المراجع :

- المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب العامة:

- 1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 .
- 2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الوصية و الميراث، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 .
- 3- العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، 2013 .
- 4- الغوثي بن ملحمة قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
- 5- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
- 6- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دون طبعة، دار الجديدة للنشر، بيروت، 1998 .
- 7- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، طبعة 2003، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر.
- 8- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 9- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة و الوصية و الوقف، طبعة 2004، دار هومة، الجزائر .

- 10- حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء و أحكام القضاة، المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر و التوزيع، 1998.
- 11- رمضان علي الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 .
- 12- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، الجزء الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت، دون تاريخ نشر .
- 13- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر .
- 14- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2005 .
- 15- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، الطبعة الأولى، 2007، دار الخلدونية، الجزائر .
- 16- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثالثة، 2013، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013 .
- 17- عبد الودود محمد السريتي، الوصايا و الأوقاف و المواريث في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار النهضة العربية، 1997 .
- 18- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2008 .
- 19- لعسري عباسية، حقوق المرأة و الطفل في القانون الدولي الإنساني، دون طبعة، دار الهدى، للطباعة و النشر، الجزائر .
- 20- مصطفى عبد الغني شيبية، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2006، منشورات جامعة سبها، ليبيا .

21- محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003 .

22- محمد محدة، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار الشهاب، 2000 .

23- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة .

24- محمد السعيد جعفر و فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2002 .

25- محمد محدة، التركات و المواريث دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2004 .

26- معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، الجزء الثالث، منشأة المعارف، الإسكندرية .

27- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا و فقها و تطبيقا، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006 .

28- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء السابع، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق، 1985 .

ثانيا: المذكرات و الرسائل:

1- بورخوم بسمة، الوصاية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013 .

2- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في قوانين الأسرة الغاربية، رسالة دكتوراه، جامعة أويكر قايد، تلمسان، 2005 .

- 3- جغادر خليفة، حق المطقة الحاضنة في مسكن الحضانة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014 .
- 4- رحايل سارة، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013 .
- 5- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 .
- 6- صفاء مشري، التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013 .
- 7- عمار بهاليل هاني، أحكام الوصية في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007 .
- 8- عبد العزيز بودراع، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائريو دور القاضي في ذلك، مذكرة لنيل شهادة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004 .
- 9- فرطاس عمار الإجتهد القضائي في مواد النفقة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014 .
- 10- مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، بن عكنون ، الجزائر 1 ، 2012 .
- 11- يحي آمينة، كفالة الطفل في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013 .

ثالثا: المجالات القضائية:

- 1- المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001 .
- 2- المجلة القضائية، رقم 02، عدد خاص، 2001 .

3- المجلة القضائية، العدد02، 2003 .

4- المجلة القضائية، العدد01، 2001 .

5- مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2006 .

رابعاً: المقالات:

1- العربي بختي، (حقوق الطفل في الفقه والقانون)، مجلة العيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد14، 2007 .

2- أويكر لشهب، (الحضانة و الرضاع في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، دراسة مقارنة)، مجلة العيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد09، 2004

3- بلقاسم شتوان،(التفح الإصطناعي في الفقه والقانون المقارن)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد12، 2006 .

4- قاشي علال، (أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد31، الجزء الثاني، 2013 .

5- كمال لدرع، (حماية حقوق الطفل)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد09، 2004 .

6- كمال لدرع،(مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية و المعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة العيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد02، 2002 .

7- مصطفى معوان، (أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد09، 2004 .

خامسا: الموسوعات و الأعمال الشاملة:

- 1- المنجد الأبجدي، الطبعة السابعة، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1967 .
- 2- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، المجلد الأول، عالم الكتب، مصر، 2008 .
- 3- جمال الدين بن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر، بيروت، دون تاريخ نشر .
- 4- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1994 .

سادسا: القوانين:

- 1- الدستور، استفتاء 28 نوفمبر 1996 .
- 2- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007 .
- 3- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .
- 4- الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية .
- 5- الأمر رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
- 6- الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل و المتمم بمقتضى القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 .
- 7- القانون رقم 01/15، المؤرخ في 04 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة .

سابعاً: المراسيم:

1- المرسوم التنفيذي رقم 24/92، الصادر بتاريخ 13 جانفي 1992، المتمم للمرسوم رقم 157/71، المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب .

ثامناً: المحاضرات :

1- نظيرة عتيق (شروط الحضانة)، محاضرة ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013-2014 .

2- نظيرة عتيق (الحضانة و سقوطها)، محاضرة ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013-2014 .

- المراجع باللغة الفرنسية:

1-Nadia Younssi Hadad, Lakafala en droit Algérien Université d'Alger, R .A.S.J.E.P,n=04 ,1999 .

فهرس الآيات:

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
أ	الكهف	46	" المال و البنون زينة الحياة الدنيا... "
07	الفرقان	54	" وهو الذي خلق من الماء بشراوكان ريك قديرا "
09	الأحقاف	15	" ووصينا الإنسان بوالديه حسنا حملته أمه كرها.....و فصاله ثلاثون شهرا... "
19	المؤمنون	-13 14	" ثم جعلناه نطفة في قرار مكين.....فتبارك الله أحسن الخالقين "
21 و23 و48	البقرة	233	" والوالدت يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة.....ولاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك... "
58	النساء	11	" يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين.....وإن كانت واحدة فلها النصف "
63	الإسراء	34	" و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن..... "

فهرس الأحاديث:

الصفحة	الحديث
أ	" كلكم راع و مسؤول عن رعيته "
08	"الولد للفرش وللعاهر الحجر"
27	" من فرق بين الوالدة و ولدها..... يوم القيامة "
48	" خدي ما يكفيك و ولدك بالمعروف "
60	" إذا استهل المولود صلى عليه وورث "

فهرس المواد القانونية:

الصفحة	القانون	رقمها	المادة
أ	الدستور	65	<<يجازي القانون.....أبنائهم و رعايتهم...>>
08	ق.أ	41	<< ينسب الولد لأبيه.....ولم ينفه بالطرق المشروعة >>
09	ق.أ	42	<< أقل مدة للحمل.....عشرة أشهر >>
16 و 11	ق.أ	40	<< يثبت النسب بالزواج الصحيح.....يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب >>
13	ق.أ	44	<< يثبت النسب بالإقرار.....متى صدقه العقل والعادة >>
13	ق.أ	45	<< الإقرار بالنسب في غير البنية.....إلا بتصديقه >>
14	ق.أ	46	<< يمنع التبني شرعا وقانونا >>
18	ق.أ	45 مكرر	<< يجوز لزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.....استعمال الأم البديلة >>
24	ق.أ	62	<< الحضانة هي رعاية الولد.....أهلا للقيام بذلك >>
35 و 29	ق.أ	64	<< الأم أولى.....أن يحكم بحق الزيارة >>
33	ق.أ	67	<< تسقط الحضانة بإختلال.....من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة >>
33	ق.أ	66	<<يسقط حق الحاضنة بالتزوج.....بمصلحة المحضون >>
31	ق.أ	69	<< إذا أراد الشخص.....مع مراعاة مصلحة المحضون >>

36	ق.ع	328	>> يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة....إلى من له الحق في المطالبة به <<
37	ق.أ	116	>> الكفالة التزام على وجه التبرع.....وتتم بعقد شرعي <<
37	ق.أ	118	>> يشترط أن يكون الكافل مسلماً.....قادراً على رعايته <<
38	ق.أ	119	>> الولد المكفول.....أو معلوم النسب <<
39	ق.أ	120	>> يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه.....قانون الحالة المدنية <<
40	ق.ح.م	64	>> ..يعطي ضابط الحالة المدنيةأخرها كلقب عائلي <<
42	ق.أ	121	>> تخول الكفالة للكافل.....يتمتع بها الولد الأصلي <<
42	ق.أ	122	>> يدير الكافل أموال الولد المكفول.....الولد المكفول <<
43	ق.أ	123	>> يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول.....إلا إذا أجازته الورثة <<
49	ق.أ	78	>> تشمل النفقة:الغداء..... في العرف و العادة <<
49	ق.أ	75	>> تجب نفقة الولد.....عنها بالكسب <<
51	ق.أ	76	>> في حالة عجز الأب.....قادرة على ذلك <<
51	ق.أ	77	>> تجب نفقة الأصول.....في الإرث <<
52	ميثاق الطفل في الإسلام	17فقرة2	>> ..ويثبت هذا الحق.....أو تستغني بكسبها... <<

52	ق.أ	79	<< يراعي القاضي.....سنة من الحكم >>
53	ق.أ	80	<< تستحق النفقة.....قبل رفع الدعوى >>
54	ق.أ	72	<< في حالة الطلاق.....المتعلق بالسكن >>
55	ق.ع	331	<<يعاقب بالحبس.....أو المنتفع بالمعونة >>
59	ق.أ	138	<< يمنع من الإرث اللعان و الردة >>
60	ق.أ	128	<< يشترط لاستحقاق.....مانع من الإرث >>
60	ق.أ	134	<< لا يرث الحمل.....ظاهرة بالحياة >>
61	ق.م	25	<< تبدأ شخصية الإنسان.....أن يولد حيا >>
62	ق.أ	87	<< يكون الأب وليا.....المتعلقة بالأولاد >>
63	ق.أ	90	<< إذا تعارضت مصالح الولي.....من له مصلحة >>
63	ق.أ	88	<< على الولي أن يتصرف.....القانون العام >>
64	ق.أ	184	<< تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع >>
65	ق.أ	191	<< تثبت الوصية.....أصل الملكية >>
66	ق.أ	202	<< الهبة تملك بلا عوض >>
66	ق.أ	206	<< تتعد الهبة.....بطلب الهبة >>
66	ق.أ	209	<< تصح الهبة.....حيا >>
66	ق.أ	210	<< يحوز الموهوب له.....ينوب عنه قانونا >>
67	ق.م	683	<< كل شيء مستقر.....فهو منقول >>
69	ق.أ	91	<< تنتهي وظيفة الولي.....بإسقاط الولاية عنه >>

69	ق.ع	19	>> تدابير الأمن الشخصية.....أو <<بعضها><
70	ق.أ	92	>> يجوز للأب أو الجد.....من هذا <<القانون><
70	ق.أ	93	>> يشترط في الوصي.....فيه الشروط <<المذكورة><
72	ق.أ	94	>> يجب عرض الوصاية.....أو رفضها>>
72	ق.أ	95	>> للوصي نفس سلطة.....من هذا <<القانون><
77 و 73	ق.أ	96	>> تنتهي مهمة الوصي.....مصلحة <<القاصر><
77 و 74	ق.أ	97	>> على الوصي.....المعني بالأمر <<
74	ق.أ	98	>> يكون الوصي مسؤولاً.....تقصيره <<
76	ق.أ	99	>> المقدم هو من تعيينه.....النيابة العامة <<
76	ق.إ.م.إ	469	>> يعين القاضي طبقاً.....حماية <<مصالحه><
76	ق.إ.م.إ	470	>> يقدم طالب تعيين المقدم.....النيابة <<العامة><
76	ق.أ	100	>> يقوم المقدم مقام الوصي.....لنفس <<الأحكام><
78	ق.م	103	>> ...غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية.....بسبب تنفيذ العقد <<

فهرس الموضوعات:

أ-هـ	مقدمة
	الفصل الأول: حماية الحقوق المعنوية للطفل
06	تمهيد
07	المبحث الأول: حماية حق الطفل في النسب
07	المطلب الأول: تعريف النسب و أسباب ثبوته
07	الفرع الأول: تعريف النسب
08	الفرع الثاني: أسباب ثبوت النسب
08	أولاً: الزواج الصحيح
10	ثانياً: الزواج الفاسد
11	ثالثاً: النكاح لشبهة
12	المطلب الثاني: طرق إثبات النسب
12	الفرع الأول: الإقرار
14	الفرع الثاني: البينة
15	الفرع الثالث: الطرق العلمية
17	الفرع الرابع: ثبوت نسب الطفل بالتلقيح الاصطناعي
18	أولاً: المقصود بالتلقيح الاصطناعي
19	ثانياً: شروط التلقيح الاصطناعي
20	المبحث الثاني: حماية الحقوق المتعلقة بالرعاية
21	المطلب الأول: حماية حق الطفل في الرضاع والحضانة
21	الفرع الأول: الرضاع
24	الفرع الثاني: الحضانة
24	أولاً: المقصود بالحضانة
30	ثانياً: أحكام الحضانة
32	ثالثاً: تطبيق مصلحة المحضون

35	الفرع الثالث: حق الزيارة
36	المطلب الثاني: الكفالة
37	الفرع الأول: تعريف الكفالة وشروطها
37	أولاً: تعريف الكفالة
37	ثانياً: شروطها
38	الفرع الثاني: الأشخاص المعنيون بالكفالة
39	الفرع الثالث: نسب الطفل المكفول
41	الفرع الرابع: إجراءات الكفالة وأثارها
41	أولاً: إجراءات الكفالة
42	ثانياً: أثار الكفالة
44	نتائج الفصل الأول
	الفصل الثاني: حماية الحقوق المادية للطفل
47	تمهيد
48	المبحث الأول: حماية حق الطفل في النفقة و الميراث
48	المطلب الأول: حماية حق الطفل في النفقة
48	الفرع الأول: المقصود بالنفقة
50	الفرع الثاني: الأشخاص المعنيون بالنفقة
52	الفرع الثالث: تقدير النفقة
55	الفرع الرابع: دور القضاء في حماية حق الطفل في النفقة
57	المطلب الثاني: حماية حق الطفل في الميراث
57	الفرع الأول: المقصود بالميراث
58	الفرع الثاني: ميراث الطفل
60	الفرع الثالث: ميراث الحمل

61	المبحث الثاني: حق الطفل في النيابة الشرعية
61	المطلب الأول: في الولاية
62	الفرع الأول: من له الحق في الولاية
63	الفرع الثاني: سلطات الولي
68	الفرع الثالث: انتهاء الولاية
69	المطلب الثاني: في الوصاية
70	الفرع الأول: تعيين الوصي
70	الفرع الثاني: شروط الوصي
72	الفرع الثالث: شروط نفاذ الوصاية
73	الفرع الرابع: انتهاء الوصاية
75	الفرع الخامس: رقابة القاضي على الوصاية
75	المطلب الثالث: في التقديم
75	الفرع الأول: المقصود بالمقدم
76	الفرع الثاني: أحكام المقدم
80	نتائج الفصل الثاني
82	الخاتمة
87	الملاحق
95	الفهارس