

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية
بعنوان:

**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة
في مسائل النسب و الحضانة**

من إعداد الطالبة: تحت إشراف الأستاذة:

✦ نور الهدى بولمش ✦ نظيرة عتيق

لجنة المناقشة:

- 1- الدكتور امحمد بوصيدة رئيسا
- 2- الأستاذة نظيرة عتيق مشرفا و مقررا
- 3- الأستاذة ليندة مبروك مناقشا

دورة جوان 2015



﴿ إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمَ فَاجْتَمَعَتْ نَمُ أَصَابِهِ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَ إِذَا حَكَمَ فَاجْتَمَعَتْ

نَمُ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ ﴾

رواه البخاري و مسلم.

شكر:

الحمد لله الذي هدانا لإتمام هذا العمل بفضلٍ منه ورحمة، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا،

و بعد:

أتقدم بواسع شكري لأستاذتي المشرفة، السيّدة عتيق نظيرة، لتفضّلها بقبول الإشراف على هذا العمل، و لنصائحها القيّمة و توجيهها الرشيد، بصبر جميل و ابتسامة لم تفارق يوماً محيّاها. أتقدم بشكري أيضاً لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل، الأستاذ الدكتور بوسيدة امحمد، و الأستاذة مبروك ليندة، لتكرّمهما بمناقشة بحثي هذا.

الشكر كلّ الشكر كذلك لأستاذي الطيّب، ضيف عبد الحميد كيفاجي، الذي يشهد الله أنّي تعلمت منه عن الحياة و الاحترام و التواضع و مكارم الأخلاق، أكثر مما تعلمت عن الحقوق و القانون. كما لا يفوتني في هذا المقام أن أشكر زميلي رابح بغداد، الذي كان خير سند لي، فأفادني بعدد المراجع، و كلما احتجت منه عوناً لم أجده إلا حاضراً قبل أن أطلب عونه. أخيراً أشكر جميع زملائي، طالبة ماستر الأحوال الشخصية، دفعة 2013-2015، على عظيم ما رأيت منهم من تأخٍ و تعاضد، فكنا بحقٍ كالجسد الواحد.

إهداء:

أهدي هذا العمل لله ربي، عسى أن يتقبله مني قبولاً حسناً و يجعله لي ذخراً يوم أقف بين يديه، و من خلقه أهديه إلى الطاهر المعصوم، حبيبي و شفيعي، محمد صلى الله عليه و على آله و سلم.
و من بقية أحبائي أهديه إلى:

السيدة الفاضلة، الغالية الحبيبة أمي، حفظها الله و رعاها و أقر عينها،

أبي... الرجل المكافح، صاحب القلب الدافئ، أسأل الله أن يحفظه لي تاجاً على رأسي،

إلى أحب الناس إلى قلبي و أقربهم إلى روحي، أختي إبتسام، التي لولاها بعد الله، لما كنت لأكون
أو لأحقق شيئاً يذكر، أسأل الله أن يسعد دنياها و آخرها... كما لا أنسى زوجها، الوافد الجديد على
الأسرة، هشام،

أختي العزيزتين، حورية "Hory" و مريم، أختي الوسيم حمزة.

إلى أخي الوقور عادل، و زوجته أنيسة، و طفليهما، حبيبي أشرف و فادي الصغير،

أختي الغالية نوال و زوجها، الأخ العزيز الذي لم تلده أمي، إبراهيم، و أطفالهما فلذات كبدي، أنيس،
راما، سيرين و رنيم "إلين".

إلى موضع سرّي، صديقتي الغالية، نجمة، سهام، فاطمة، مؤنستي في الفوج، رانية، و إلى بقية

القائمة التي لا تنتهي...

أهدي لكم هذا العمل تعبيراً عن شيء من حبي الذي لا ولن ينضب.

نور الهدى.

قائمة الرموز و المختصرات:

1- الرموز:

- - : الجمل الاعتراضية.

(): توضيح فكرة أو عبارة.

" : الاقتباس المباشر.

[] : الآيات القرآنية و الأحاديث الشريفة.

« » : النصوص القانونية و القرارات القضائية.

2- المختصرات:

ق: قانون.

ق. ح م: قانون الحالة المدنية.

ق. إج م/إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

د: دكتور.

ط: طبعة.

د م ت : دون مكان نشر.

د ت ن : دون تاريخ نشر.

ج : جزء.

غ أ ش : غرفة الأحوال الشخصية.

ص : صفحة.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه مباركا عليه كما يحب ربنا و يرضى، و الصلاة و السلام على سيد الخلق، نبي الخير و النور، محمد بن عبد الله، صلى الله و سلم و بارك عليه و على آله و صحبه و من اهتدى بهديه و اتبع سنته بإحسان، عدد ما كان و عدد ما يكون و عدد الحركات و السكون، و بعد:

إن مهمة القضاء تعد من أجلّ المهام و أعظمها بل و أخطرها على وجه البسيطة، لما فيها من احتكاك مباشر بحقوق العباد، فحكم القاضي إما أن يكون منصفا محققا للحق و بالتالي حافظا للعدالة مسهما في استقرار المجتمع، و إما أن يكون جائرا مجانبا للحق حائدا عن الصواب، و منه تبدأ الفوضى و المفسدة. و لأن القواعد القانونية التي يُرجع إليها عند التنازع يستحيل أن تستوعب كل الأوضاع، و تلم بجميع الحالات التي قد تطرأ على المجتمع، فقد اقتضى الحال أن لا تكون جميعها - أي القواعد القانونية- مطلقة الجمود، بل يجب أن تُترك بعضها مرنة تقبل تفسيرها و الاجتهاد فيها. و هنا يحال الأمر إلى القاضي، فيكون له دور إيجابي في البحث في كل منازعة على حدى حسب الظروف التي تحيط بها و تفردا عن غيرها، ليتسنى له إسقاط الحل الموضوعي الأنسب عليها. و هكذا وجدت السلطة التقديرية، تلك المكنة التي حولها المشرع للقاضي يتصرف بموجبها في الأحوال التي لم يُنص فيها على قانون، أو تلك التي يكون فيها النص القانوني غير قطعي في دلالاته... فيقدر القاضي و يقيس الأمور بأشباهاها غايته في ذلك كله تحقيق مقصد الشرع من جهة، و من جهة أخرى العمل على ما فيه صلاح الناس".⁽¹⁾

و عليه، فإن بيان مصدرها و أهدافها يمكّن من وضع تعريف اجتهادي تقريبي للسلطة التقديرية للقاضي، فنقول بأنها صلاحية منحها المشرع لشخص القاضي، يركز إليها للقيام بعمله و التفكير و التدبير، بالنظر و المقايسة، لإقامة الشرع الصحيح في الأمور المعروضة أمامه،⁽²⁾ حتى يتتبع الحق ما أمكن، و ينصف أصحابه.

من ناحية أخرى، فإن الدور الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة يختلف عن أدوار قضاة التخصصات الأخرى، فالأسرة المرجع في أحكامها ديني خالص، مستمد من الشريعة الإسلامية

1- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص أ.

2- قدوري عائشة، التعويض عن حل الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2013، ص 97.

السمة، و مشاكلها وثيقة الصلة بعوامل نفسية اجتماعية. جميع هذه المعطيات تجعل من تقدير قاضي شؤون الأسرة فيها أمراً حتمياً لا غنى عنه، و مرجعه في ذلك نص المادة 222 ق. أسرة: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.»

و من بين المواضيع الحساسة المرتبطة بشؤون الأسرة، حقوق الطفل، و نخص بالذكر هنا حقيه في النسب و الحضانة. إذ أن لهما الأثر البالغ فيما سيؤول إليه الطفل مستقبلاً و الحال التي ينتهي إليها، من صلاح أو فساد. ذلك أن النسب بثبوته له، تشريفٌ للولد و إثباتٌ أن أصله طيبٌ طاهر، فلا يكون محلاً لنهش المجتمع و أذية أفراد له بالقدح و التجريح فيه. و في الحضانة رعاية له على المستويين الروحي و البدني، و ضمان لتنشئته السوية و حفظه من كل سوء. من هنا، توجب البحث في السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة و مدى أعمالها في مختلف مسائل النسب و الحضانة، بالاستناد إلى نصوص قانون الأسرة و أقوال جمهور الفقهاء و اجتهادات المحكمة العليا.

الإشكالية:

الإشكالية التي يمكن إقامة هذا البحث عليها هي: ما مدى حرية قاضي شؤون الأسرة في الاجتهاد و التقدير في مختلف مسائل النسب و الحضانة؟ و تتفرع عنها الإشكالية الفرعية: هل من معيارٍ أو قاعدةٍ معينة يتحرّرها القاضي في اجتهاده و تقديره في هذه المسائل؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية بحثنا هذا، في كون السلطة التقديرية للقاضي أصبحت مسألة حتمية في ظل مرونة العلاقات الأسرية و عدم إمكان حصرها بنصوص قانونية جامدة، و في كون النسب و الحضانة أهم حقوق الولد، التي لها الارتباط المباشر في تكوين شخصيته و ما يصير إليه. هذا ما يستوجب تسليط الضوء على سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية فيها و البحث في حدودها و ووسائل تفعيلها. من جهة أخرى، فقد أصبحت المحاكم تعج بالقضايا المتعلقة بتتصل الأولياء من نسب أبنائهم، خاصة في حالات الزواج غير الموثق، و كذا لانتشار الخيانة الزوجية لانحطاط الأخلاق إلى مستوى يُرثى له. كما أن المنازعات التي محلها الحضانة تعد أول ما يلحق قضايا الطلاق، و التي يعرف معدلها ارتفاعاً مستمراً. هذا الواقع يتطلب البحث في مدى حرية القاضي في تقديره للحل الموضوعي لهذه المسائل أثناء فصله فيها.

أسباب اختيار الموضوع:

عن الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع للبحث فيه، فنتمثل في كون موضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - و على أهميته- لم ينل حقه من الدراسة، هذا على الوجه العام، فكيف بتخصيصه في مسائل النسب و الحضانة!

لكن أهم أسباب اختيارنا لهذا الموضوع شخصية محضة، و تتمثل في شوقنا و لهفتنا للتمكن يوماً ما من ارتداء الجبة السوداء و اعتلاء المنصة العريضة، كقاضية متخصصة في شؤون الأسرة، علّ و عسى أن نتمكن من تغيير و لو شيء ضئيلٍ القدر من واقع تدهور القضاء الجزائي و حياده عن طريق الحق و الصواب.

أهداف الدراسة:

يتمثل الهدف من هذا البحث في محاولة الخروج بخلاصة حول حرية القاضي في الاجتهاد و التقدير في مسائل النسب و الحضانة الحساسة من عدمه، إضافة إلى محاولة التوصل إلى المعيار أو القاعدة التي تقوم عليها السلطة التقديرية للقاضي في هذين المجالين.

الصعوبات:

أما عن الصعوبات التي واجهتنا فتمثل أولاً في صعوبة التنقل إلى مكاتب الجامعات المجاورة و كذا تعذر الحصول على بعض المراجع التي كنا في أمس الحاجة إليها. أضف إلى ذلك ضيق الوقت و الالتزامات العائلية التي واجهتنا - و التي نحمد الله على أنها كانت أفرأحاً-.

لكن الصعوبة التي حالت حقا دون إتمامنا لهذا العمل في الشكل الذي كنا نطمح إليه، هي رفض عدة محاكم و كذا المجلس القضائي تمكيننا من إجراء مقابلات شخصية مع قضاة شؤون الأسرة رغم استيفائنا لجميع الوثائق و الإجراءات المطلوبة. مثل هذه المقابلات كانت لتكون مرجعاً مهماً جداً لموازاة الجانب النظري لهذا البحث مع التطبيقي.

و يبقى أصعب ما واجهنا خلال إنجاز هذا البحث، مشكلة تعرض لها جهاز الكمبيوتر الخاص بنا، و التي أدت إلى حذف و إتلاف أجزاء هامة من هذا البحث، خمسة أيام فقط قبل آخر أجل لتسليمه، الأمر الذي جعلنا نقوم بإعادة معظم عمل أربعة أشهر خلال أربعة أيام، و لكم أن تتصوروا الموقف.

الدراسات السابقة:

بالنسبة للدراسات السابقة، فلم نعثر إلا على دراسات عامة في الموضوع، و تتمثل في:

* أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

* زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

* صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2006-2007م.

* شمروك محمد، مسمودي مراد، عدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008.

المنهج المتبع:

عن المنهج المتبع، فقد ركّزنا في هذه الدراسة على اتباع المنهج التحليلي، حيث ننتقل من النص القانوني، فإن لم يوجد فمن الاجتهاد القضائي أو الرأي الفقهي، و بتحليل النص المعني نخلص إلى مجمل الأحكام المتضمنة فيه. كما استعنا بالمنهج الاستقرائي بتقصّي مختلف جزئيات الموضوع و استقراء أحكامه انطلاقا من النصوص التي اعتمدنا عليها.

الخطة:

بالنسبة للخطة التي اتبعنا، فقد كانت خطة ثنائية، حاولنا فيها أن نجيب عن الإشكالية التي طرحنا سابقا، و هذا على فصلين:

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النسب.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الحضانة.

ثم يلي ذلك خاتمة ضمّناها أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال بحثنا هذا، إضافة إلى بعض التوصيات حول المسائل التي رأينا فيها موطنا للنقص أو التقصير من المشرع.

فإن أصبت فمن الله تعالى وليّ التوفيق، و إن أخطأت فمن نفسي لقلّة علمي و سوء تدبيرتي و فهمي.

الفصل الأول

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النسب:

« النسب⁽¹⁾ لحمة شرعية بين الأب و ولده تنتقل من السلف إلى الخلف»،⁽²⁾ فهو رابطة الدم و السلالة التي تصل الشخص بأصوله و فروعه و حواشيه، و هو أساس الحقوق و الواجبات بين علاقتي الأبوة و البنوة.⁽³⁾ و لأن مقاصده في النسب تطلب نسبا لا شك فيه ولا محيد به عن طريق النكاح بصفاته و خصائصه،⁽⁴⁾ فقد أحاط التشريع الإسلامي النسب بالشيء الكثير من العناية و الرعاية، فقدر و بيّن الأسباب التي تنشئه و قصرها في الزوجية الصحيحة و حرم ما دونها من علاقات الزنا و السفاح،⁽⁵⁾ ذلك أنها تبتعد بالإنسان عن إنسانيته التي كرم بها و تنزل به عن رفعة التي فضل بها عن سائر الخلق تفضيلا. كذلك قرر الشرع سقوط كل نظام نسب زائف، فحرم التبني⁽⁶⁾ و نسب الولد إلى غير أبيه و تنكر الوالد لولده...⁽⁷⁾ كل ذلك حفاظا على رابطة النسب و الحقوق المتعلقة بها.

1- النسب في اللغة يطلق على عدة معاني أهمها القرابة و الصلة. فنسب الرجل هو وصفه و قرابته. أنظر: منجد الطلاب، نظر فيه و وقف على ضبطه فؤاد إفرام البستاني، دار المشرق، بيروت، لبنان، كانون الثاني 1980، ط 10، ص 789. و المناسبة بين الرجلين هي المشاركة و القرابة و المشابهة، و النسب يكون من قبل الأب و من قبل الأم. أنظر: إسماعيل الجوهري، تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط 3، 1489هـ، ج 1، ص 224.

2- المادة 150 من القانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004، الجريدة الرسمية رقم 5184، صادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004، ص 37.

3- بلخير سديد، الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2009، ص 71.

4- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، قرطاج، تونس، ط 1، جانفي 1978، ص 161.

5- يقول تعالى: [وَلَا تَقْرُبُوا الرِّزَاءَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾]. الإسراء - الآية 32.

6- يقول تعالى: [وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾] ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۗ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۗ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٥﴾] الأحزاب - الآية 4، 5.

7- قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: [ليس من رجل ادعى لغير أبيه إلا كفر و من ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار]. أخرجه محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، مراجعة: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، 1987 م- 1407 هـ، ج 3، حديث رقم 3317. و عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة]. أخرجه أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي (المجتبى من السنن)، مراجعة: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، 1406هـ- 1986م، باب التغليب في الانتفاء من ولد، ج 6، حديث رقم 3481.

بدوره سار المشرع الجزائري على نهج الشريعة الإسلامية من خلال نصه على أحكام موازية لتلك التي قررتها، ليس فقط في مجال إثبات النسب، بل حتى بخصوص الطريق الشرعي المعتمد في نفيه، و ليس ذلك إلا لإحكام ومثالية تلك الدعائم التي أرست الشريعة الإسلامية قواعد النسب عليها. جميع هذه الأحكام جاء النص عليها في قانون الأسرة،⁽¹⁾ تحت مسمى النسب، بالفصل الخامس للباب الأول من الكتاب الأول، المواد من 40 إلى 46.

و نظرا للتطورات العلمية الحديثة الحاصلة في المجال البيولوجي، فإن المشرع في مواكبة منه لها لم يكتف بالطرق الشرعية التي قررتها الشريعة لإثبات و نفي النسب، بل جاء بموجب الأمر 02-05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة،⁽²⁾ بوسائل جديدة لهذا الصدد تحت مسمى الطرق العلمية. و قد جعل المشرع هذه الطرق بصراحة النص خاضعة لاجتهاد و تقدير قضاة شؤون الأسرة خلال أداء مهامهم لإحقاق الحقوق و إنصاف أصحابها.

و في سعي منا لتبيان هذا العمل القدير الذي يقوم به هؤلاء القضاة، فإننا سنحاول فيما يأتي تناول موضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مختلف المسائل المتعلقة بالنسب من حيث إثباته و نفيه، و البحث فيما إذا كانت له فيها حرية التقدير و الاجتهاد أم أنه ملزم بحرفية النصوص كما يبيّن ذلك ظاهرها.

هذه الدراسة ستكون على مبحثين:

- المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال إثبات النسب.
- المبحث الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال نفي النسب.

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية مؤرخة في 12 رمضان 1404 هـ، عدد 24، ص 910.

2- الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 م يعدل و يتمم القانون 84-11، جريدة رسمية عدد 15، ص 18.

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل إثبات النسب:

الأصل في تدخل القضاة بموجب سلطتهم التقديرية أن لا يكون محل النزاع المرفوع إليهم منظماً بنص قانوني يحكمه، أو - إذا كان كذلك - أن يكون النص يجيز بصراحة تدخل القاضي باجتهاده و تقديره. و لما كان النسب قد أولاه المشرع عناية هامة بحيث نص على جميع جوانبه و فصل أحكامه، فإنه يتبادر إلى الذهن أن قاضي شؤون الأسرة يكون في مسائل إثبات النسب مقيداً و لا مجال له للاجتهاد فيها للوصول إلى ما يراه حلاً منصفاً حافظاً للحقوق محققاً للعدالة. من هذا المنطلق، فإننا نحاول فيما يلي البحث في مدى تدخل القاضي في مجال إثبات النسب و ذلك عن طريق دراسة أسباب ثبوت النسب بنوعيتها الشرعية (أو التقليدية كما يسميها البعض) والحديثة التي تآتت عن طريق الاكتشافات الطبية و العلمية. و عليه، فإن دراستنا في هذا المبحث سنتناول مطلبين: فبالنسبة للمطلب الأول، فإننا نتطرق فيه إلى مدى جواز تدخل القاضي بسلطته التقديرية في الطرق الشرعية لإثبات النسب. أما عن المطلب الثاني، فإننا نتعرض فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي في إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة.

المطلب الأول: تقدير القاضي للطرق الشرعية لثبوت النسب:

حدد المشرع في الفقرة الأولى من نص المادة 40 ق. أسرة الطرق الشرعية التي يثبت من خلالها النسب و لم يخرج في ذلك عما قالت به الشريعة الإسلامية. حيث قرر أن النسب يثبت بالزواج الصحيح و غير الصحيح كطريق منشئ له، و بالإقرار و البينة طرقاً كاشفة. وقد جاء نص المادة 40 فقرة (1) على النحو الآتي: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون».

و بناء عليه، فإذا كان من المعلوم أن سبب ثبوت نسب الولد إلى أمه هو الولادة بصرف النظر عن شرعية علاقتها بالأب من عدمها، فإنه بالنسبة للرجل لا يثبت نسب الولد إليه إلا بالفراش، و متى ثار النزاع فيه، فإن له طرقاً تكشفه و تثبته و هي الإقرار و البينة.

و فيما يلي نحاول التطرق إلى هذه العناصر بالدراسة، و البحث في مدى تدخل القاضي في تقدير ثبوت النسب بها و ذلك على فرعين: أولهما للطرق المنشأة للنسب، و ثانيهما للطرق الكاشفة له.

الفرع الأول: تقدير القاضي للأسباب المنشأة للنسب:

سعيًا من المشرع في طلب المصلحة و درء المفسدة بحماية الأعراض من الدنس و الأنساب من الاختلاط، فقد جعل للنسب طريقًا واحدًا ينشأ به ويكون سببًا في إثباته و هو النكاح، و كل ما عدى هذا الطريق يعد سفاحا لا يثبت به النسب. فالنكاح هو العقد الوحيد الذي يبيح للرجل مخالطة المرأة و يقصر الاستمتاع بها عليه وحده، فتعتبر بذلك فراشا، و لذا يسمى الزواج بالفراش الصحيح. و الزواج يجعل النسب ثابتًا و كل احتمال بأن الولد من غير الزوج مرفوض، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس.⁽¹⁾ و لأن الفراش هو الأساس في إيجاد النسب، فإن جميع حقوق الولد الشرعي من نفقة و حضانة و ميراث و غيرها، ترتبط به صحة و عدما، كما قررت ذلك المحكمة العليا.⁽²⁾

و يلحق الفراش الصحيح النكاح الباطل و نكاح الشبهة، فهي و إن كانت أنكحة باطلة تستوجب التفريق بين الزوجين، إلا أنها تثبت نسب الولد لوالده، لأنه أهم حقوقه و يحتاط في إثباته ما أمكن تماشيا مع القاعدة الفقهية "إحياء الولد". هذه القاعدة كرستها المحكمة العليا في العديد من قراراتها،⁽³⁾ من بينها: « من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و البينة و شهادة الشهود و نكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقًا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له و نفيه قتلا له». ⁽⁴⁾

و فيما يلي، فإننا سنحاول الإجابة عن التساؤلات: كيف يثبت النسب بالفراش، صحيحا كان أو فاسدا؟ و ما مدى إمكانية تدخل قاضي شؤون الأسرة بسلطته التقديرية للبحث في ثبوت النسب في هذه الحالة؟

1- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 86.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1987/12/07، ملف رقم 47915، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1990، ص 65.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 202430، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1990، ص 112. و هو قرار منشور أيضا في: الاجتهاد القضائي غ أ ش، المجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 77.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1997، ص 42.

أولاً: ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

و نتطرق تحت هذا العنوان إلى ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية، ثم ثبوته بعد الفقرة.

1- ثبوت النسب خلال الحياة الزوجية:

يُثبت الفراش الصحيح متى اشتمل على شروطه نسب الولد لأبيه دون حاجة إلى إقرار الثاني و لا إقامة البينة على أبوته للولد، و دون حاجة إلى اللجوء للطرق العلمية للتحقق منه. هذه القاعدة منطلقها الحديث: [الولد للفراش و للعاهر الحجر].⁽¹⁾ و يقصد بالفراش الزواج الشرعي الصحيح.

حتى يكون الزواج شرعياً، صحيحاً و مثبتاً للنسب، فلا بد أن يتوافر على ركنه و شروطه الموضوعية كما قررت ذلك المادتان 9 و 9 مكرر ق. أسرة. و قد كانت المادة 9 قبل تعديلها بالأمر 05-02 تنص على أربعة أركان للزواج هي الرضا، الولي، الشاهدان و الصداق. و بعد التعديل حصرت الأركان في ركن وحيد هو الرضا و جعلت بقيتها شروطاً مع إضافة شرط انتفاء الموانع الشرعية.⁽²⁾ فمتى صدر الرضا بصيغته الشرعية،⁽³⁾ عن زوجين لا تحول بينهما موانع شرعية، في مجلس العقد و بحضور الولي و شاهدي عدل و بتسمية الصداق، فإننا نكون أمام عقد زواج صحيح و شرعي مرتب لآثاره. من جهة أخرى، فإن لعقد الزواج شروطاً شكلية لعل أهمها، باعتباره أساساً لإثبات واقعة الزواج و من ثم واقعة النسب، شرط تسجيل و توثيق العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق الواقع بدائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما.⁽⁴⁾

و تكون شرعية الزواج من عدمها خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند رفع النزاع إليه، فيقدر إما وجود الزواج و بالتالي ثبوت النسب، أو انعدام الأول فيلحقه انعدام الثاني. هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: « إن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك على النحو الشرعي».⁽⁵⁾ و يكون عبء إثبات الزواج على من

1- أخرجه أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري و اللفظ له، الجامع الصحيح، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط 1، 1956م، كتاب الرضاع، ج 2، حديث رقم 1457. و أخرجه البخاري بلفظ: « الولد لصاحب الفراش»، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج 6، حديث رقم 6369.

2- د. رحمان منصور، عقد الزواج، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2013-2014، (غير منشورة).

3- راجع في موضوع الصيغة خصوصاً وانعقاد الزواج عموماً: د. سلمان نصر و د. سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، ط 1، 1426هـ - 2005م، ص 81-98.

4- بن عبدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 2011، ص 43.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم 34046، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1990، ص 67.

يدعيه،⁽¹⁾ و العجز عن ذلك يؤدي إلى عدم ثبوت النسب. هذا ما قرره المحكمة العليا: « من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة، و من ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعة لم تثبت أي حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج و إثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطلب».⁽²⁾

و حتى يكون عقد الزواج الشرعي مثبتاً للنسب، فقد نصت المادة 41 ق. أسرة على وجوب توافر شروط معينة فيه، حيث جاء فيها: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة».

أ- إمكانية حمل المرأة من زوجها:

هو شرط لم يفصل فيه قانون الأسرة، لكنه شرط عقلي من جهة، فلا يتصور الحمل دونه، و هو من جهة أخرى شرط اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية و التي تعد المرجع الذي أحالت المادة 222 من قانون الأسرة قاضي شؤون الأسرة عليه في كل ما لم يرد فيه نص.

و يكون حمل المرأة من زوجها ممكناً بتحقيق شرطين:

1- أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة: و هو شرط متفق عليه بين كافة الفقهاء، و يتأتى بأن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً على الأقل، فلو كان أقل من ذلك فإن زوجته لا تعتبر فراشاً لعدم إمكانية مباشرته لها و لا يتصور حملها منه،⁽³⁾ و من ثم لا ينسب الولد الذي تضعه إليه ولو كانت جميع الشروط الأخرى محققة.

عن قانون الأسرة، يمكن القول أنه قرر ضمناً وجوب توافر هذا الشرط، و يظهر ذلك من خلال نقطتين: حيث نص في المادة 7 على أن أهلية الزواج تكتمل ببلوغ الطرفين سن 19 سنة كاملة، و كل زواج يكون أحد طرفيه دون هذه السن يكون خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية في

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/12/11، ملف رقم 55706، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1992، ص 48.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/05/21، ملف رقم 74712، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1994، ص 56.

3- د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 2، 1397هـ - 1977م، ص 684.

الترخيص به من عدمه، بعد تأكده من قدرة كليهما على الزواج. كذلك استعمل المشرع في صياغته للمادة 41 عبارة "أمكن الاتصال" و المعلوم أن الاتصال لا يكون ممكناً إلا إذا تحققت قدرة الزوج على الوطء بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل.

٢- إمكانية التلاقي بعد العقد: و التلاقي بين الزوجين يتحقق بالخلوة الصحيحة،⁽¹⁾ و يقصد بذلك إمكان الدخول. و قد اختلف الفقهاء في شرط الدخول، فذهب الجمهور إلى أن النسب لا يثبت إلا بالعقد الصحيح مع إمكان الدخول، بينما خالف الحنفية و قالوا بثبوت النسب بمجرد العقد من غير اشتراط للدخول،⁽²⁾ لأن العقد كاف لاعتبار المرأة فراشاً و وجوده يكفي لإثبات النسب باعتبار الاتصال لا يُطَّلَع عليه خلافاً للعقد.⁽³⁾

بالنسبة لقانون الأسرة، فقد أخذ برأي الجمهور، حيث اشترط إمكانية التلاقي و الاتصال بين الزوجين. فلا بد من دخول حقيقي حتى يثبت النسب، و هو ما جاء في نص المادة 41 ق. أسرة.
ب- أن لا ينفي الولد بالطرق المشروعة:⁽⁴⁾

هو ثاني شرط قرره المادة 41 ق. أسرة لإثبات النسب بالفراش الصحيح. و الملاحظ من نص المادة أن المشرع لم يحدد المقصود بالطرق المشروعة التي اعتمدها لنفي النسب. إذ جاءت صياغة المادة عامة و مطلقة بحيث تحتمل عدة معاني.⁽⁵⁾ لكن المقصود بهذه العبارة - الطرق المشروعة- هو اللعان، و يظهر ذلك من خلال أمور ثلاثة:

- * المادة 138 ق. أسرة: « يمنع من الإرث اللعان و الردة ». أي أن اللعان ينفي نسب الولد.
- * المادة 122 ق. أسرة التي تحيل القاضي إلى قواعد الشريعة الإسلامية كلما لم يرد نص في موضوع النزاع المعروض عليه أو كان فيه غموض، و طريقها الشرعي لنفي النسب هو اللعان.
- * قررت المحكمة العليا في عديد قراراتها أن اللعان هو الطريق الشرعي الذي ينتقي به النسب.⁽⁶⁾

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429-1430هـ، 2008-2009م، ص 483.

2- د. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد، عمان، الأردن، ط 1، 2009، ص 61. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 223.

3- د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 685.

4- النفي المقصود هنا هو النفي المعتبر الذي يقصد به ألا يسبقه ما يدل على الإقرار بالولد صراحة أو ضمناً. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن، ص 390.

5- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2006-2007م، ص 20.

6- سيأتي تفصيل هذه القرارات في المبحث الثاني.

ج- أن يولد الولد خلال مدة الحمل القانونية: (1)

لا يمكن القول بثبوت النسب للولد بمجرد الزواج الشرعي و إمكان الاتصال، بل لابد من مدة حمل معينة بعد الزواج و الدخول، لأقلها حد و لأقصاها حد لا يعقل تجاوزه. (2) و مدة الحمل قررها القانون بنص المادة 42 ق. أسرة: « أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر ». فإذا أتت الزوجة بولد لسته أشهر أو أكثر من يوم العقد عليها مع إمكانية الاتصال بها، فإن نسب الولد يكون ثابتا لزوجها، والعكس صحيح. و يكون القول قولها لو ادعى الزوج أنه تزوجها لأقل من ستة أشهر و ادعت هي أنها زوجته لأكثر من ذلك، لأن الظاهر يشهد لها أن حملها من نكاح لا من سفاح، (3) و ليس للزوج إلا اللجوء إلى الطرق المشروعة لنفي النسب. و قد جاء في عدة قرارات للمحكمة العليا أن الولد المولود لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه للزوج باعتبار الحد الأدنى للحمل غير محقق. (4) فحتى يثبت النسب من علاقة الزوجية الشرعية، لابد أن تأتي الزوجة بالولد لأقل مدة الحمل من وقت العقد متى كان الاتصال ممكنا. (5)

بالنسبة لسلطة القاضي التقديرية في إثبات النسب أو نفيه انطلاقا من أقل مدة الحمل، فيمكن القول فيها أنه متى تجاوز الحمل أقل مدته القانونية، لا يجوز للقاضي البحث في ثبوت النسب من عدمه، بل إنه يثبت مباشرة، و لا ينتفي إلا بطريقه الشرعي إحياءً للولد. و في ذلك قررت المحكمة

1- المرجع في حساب هذه المدة هو القرآن الكريم، فقد قال تعالى في مدة الحمل و الفصل: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۗ ﴾. الأحقاف - الآية 25. و قال في مدة الفصل وحده: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنًا وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ۗ ﴾ [٤١]. لقمان - الآية 14. فبإسقاط مدة الفصل من مدة الحمل و الفصل معا، نجد أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

أما عن دليل العمل بهذه المدة فهو ما روي عن رجل أنه تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من يوم زواجها، فبلغ ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه فهم بإقامة الحد عليها، لكن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه (و في رواية ابن عباس رضي الله عنه) منعه عنها بالآيتين، و بذلك درأ الحد عنها و أثبت نسب الولد لزوجها. راجع: ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ص 157. نقلا عن: بوزيد خالد، النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر -1، 2010-2011م، ص 36، 37.

2- د. محمد كمال الدين إمام و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 483.

3- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا و فقها و تطبيقاتها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 93.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/01/22، ملف رقم 57756، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1992، ص 71. أنظر أيضا: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 69798، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد (03)، 1994، ص 54.

5- د. جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 64.

العليا أنه يكون تجاوزا من القضاة لسلطتهم التقديرية نفي النسب اعتمادا على الخبرة الطبية طالما تحققت في الحمل أدنى مدته: « من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر. ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.

ومن الثابت - في قضية الحال- أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بأمه أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن التقويم الجاري العمل به في حساب مدة الحمل هو عند فقهاء الشريعة الإسلامية الأشهر القمرية، بينما ما يجري به العمل القضائي هو الحساب بالأشهر الشمسية.⁽²⁾

2- ثبوت النسب بعد الفرقة الزوجية:

طالما كان عقد الزواج قائما، فإن النسب يثبت به متى توافرت الشروط التي سبق إيضاحها. أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لسبب من الأسباب بطلاق أو وفاة، فإن النسب يثبت من الزوج فقط إذا ولدته الزوجة في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة و تبعا لتقدير أقصى مدة الحمل.⁽³⁾ و إذا كان من الثابت أنه تتحل الرابطة الزوجية مثلما نصت عليه المادة 47 ق. أسرة بالطلاق أو الوفاة، فإن المشرع لم يكن واضحا في صياغته للمادة 43 ق. أسرة حيث بين أقصى مدة الحمل في الفرقة الزوجية معبرا عن الأخيرة بالانفصال أو الوفاة. و المعلوم أن الانفصال يشمل كلا من الابتعاد المادي الذي يحول دون الاتصال بين الزوجين، وكذا القانوني و الشرعي

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 70.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210478، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 85.

3- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ت ن، ص 28. بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 52.

(الطلاق)، الذي يمنع الزوجين عن بعضهما. وقد يتبادر إلى الذهن أن المشرع أراد باستخدامه لمصطلح "الانفصال" أن يبين حكم النسب بين الثبوت و النفي في حالة عدم إمكان الاتصال لغيبية الزوج، لكن المحكمة العليا وضحت أن أقصى مدة الحمل لا يعتد بها متى كانت الزوجية قائمة، ولو أنت الزوجة بولد لأكثر من هذه المدة فإن نسبه يثبت للزوج و لا تأثير لغيبته، ما لم ينفه بالطرق الشرعية.⁽¹⁾ ولعل الإشكال الذي يطرحه هذا القرار القضائي هو تعارضه مع شرط إمكانية الاتصال الذي قرره المادة 41 ق. أسرة لإثبات النسب حال الزوجية، شرط يعد غير محقق في هذه القضية، ما يتعين معه عدم ثبوت النسب. هذا بالنسبة لمسألة الانفصال.

أما بالنسبة لتقدير القاضي لثبوت النسب بعد الفرقة للطلاق، فهو بدوره أمر يحتاج إلى تفصيل، خاصة في ظل الصياغة التي وردت بها نصوص قانون الأسرة. حيث لم يفرق المشرع بنص المادة 43 بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن مع العلم أن الطلاق الرجعي و بخلاف الطلاق البائن لا يرفع قيد النكاح و لا يزيل الملك و لا يؤثر في الحل،⁽²⁾ فلا يمنع الرجل من الاستمتاع بزوجه و دون عقد جديد ما لم تنقض عدتها.⁽³⁾ و بهذا فقد تكون المراجعة بجماعها خلال العدة، فتحمل الزوجة و تمضي عشرة أشهر من يوم الطلاق و تكون أقل من ذلك ليوم المراجعة. و بذا فالنسب يثبت حتى بعد فوات أقصى مدة الحمل لبقاء علاقة الزوجية حكماً. أما المطلقة طلاقاً بائناً فإن نسب ولدها لا يثبت لتطبيقها بعد فوات أقصى مدة الحمل ليقين انقطاع الزوجية فور التلفظ بالطلاق.⁽⁴⁾

من جهة أخرى يجب الإشارة إلى أن المادة 49 ق. أسرة نصت على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، فلا يعتد بطلاق الرجل لامرأته ما لم يتم إثباته بحكم قضائي. و يبدأ حساب العدة من يوم التصريح بالطلاق من قبل القاضي لا من يوم إيقاعه.⁽⁵⁾ هذا المبدأ كرسته المحكمة العليا، فجاء

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/07/08، ملف رقم 165408، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 67.

2- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ - 2003م، ص 113.

3- عبده أحمد غالب عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1411هـ - 1991م، ص 32.

4- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، 2010، ج 1، ص 375.

5- نصيب خديجة، إثبات الطلاق بين النص التشريعي و التطبيق القضائي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 3.

في قرار لها: « ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق»⁽¹⁾ و الملاحظ من هذا المبدأ أنه يتعارض و بشدة مع الشريعة من جهة، و التي تعتبر الطلاق واقعا بمجرد التلفظ به، و مع المبادئ الأساسية للنسب من جهة أخرى،⁽²⁾ ذلك أنه يثبت النسب للولد الذي تأتي به المرأة لأقل من عشرة أشهر من تاريخ صدور حكم الطلاق و أكثر من هذه المدة من يوم إيقاع الطلاق حقيقة.

أما فيما يخص ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها، فهي خلافا للمطلقة لها حكم ثابت في العدة - بشرط أن لا تكون حاملا- سواء دخل بها زوجها أو لم يدخل، و سواء اختلى بها أو لم يفعل، و بصرف النظر عن كونها صغيرة أو ممن تحيض أو آيسة منه.⁽³⁾ و على هذا فإن مسألة ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها لا تعرف إشكالا يذكر، و ليس على القاضي فيها أن يجتهد و يقدر. فإذا زادت المدة بين الوفاة و الولادة عن أكثر مدة الحمل لم يثبت النسب، و إذا كانت أقل من ذلك ثبت نسب الولد من المتوفى ثبوتا لا يقبل الانتفاء،⁽⁴⁾ و هذا لأنه من غير المعقول أن يكون الحمل منه في الحالة الأولى، بينما يتأكد أنه لفراشه في الحالة الثانية.⁽⁵⁾

ثانيا: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح:

من المسلم به أن النسب يثبت بالفراش الصحيح المحقق لشروطه باعتباره الطريق الشرعي المنشئ له، و مع ذلك فإنه يوجد من الأنكحة ما يعد باطلا يستلزم أن يستتبعه التفريق بين الرجل و المرأة، لكنه أيضا مثبت للنسب رعاية لحق الولد في دعوته لأبيه و رعاية لحق المجتمع في حفظه من اختلاط الأنساب و ضياعها.

و الأنكحة الباطلة التي نريد هنا هي ما يسمى بالفراش غير الصحيح، و تتمثل في نكاح الشبهة و النكاح الباطل.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2003/03/23، ملف رقم 330464، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2005، ص 293.

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 489.

3- مصطفى بن العددي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط 1، 1409هـ - 1988م، ص 156. أنظر أيضا في نفس الفكرة: ماهر أحمد السوسي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، بحث ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1428هـ - 2007م، ص 45.

4- د. محمد كمال الدين إمام و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 486.

5- مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص (عقود و مسؤولية)، جامعة الجزائر -1-، 2011-2012م، ص 120.

1- نكاح الشبهة:

يسمى أيضا بوطء الشبهة، ذلك أنه وطء يشتهه بالنكاح دون أن يكون نكاحا. فالشبهة هي الالتباس، ما التبس فيه الحق بالباطل و الحلال بالحرام.⁽¹⁾

و وطء الشبهة كما يعرفه المستشار أحمد نصر الجندي هو: "الاتصال الجنسي بالمرأة المبني على شبهة. بمعنى أن لا يكون هذا الاتصال زنا أو ملحقا بالزنا، و أن لا يكون بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد".⁽²⁾ فالمقصود بنكاح الشبهة هو كل اتصال بين الرجل و المرأة دون أن يرتقي إلى الزواج الشرعي المرتب لآثاره و دون أن ينزل إلى الزنا الموجب للحد، و العقد فيه غير موجود أصلا و إنما هو حاصل نتيجة لخطأ مادي أدى إلى ارتكاب الفعل عن غير قصد معتقدا فيه الشخص أنه مع زوجته ثم يتبين أمره.⁽³⁾

و الشبهة أنواع ثلاثة، شبهة محل، شبهة عقد و شبهة فعل.⁽⁴⁾

و يكون النسب ثابتا في نكاح الشبهة بتوافر الشروط السابق ذكرها في إثبات النسب بالفراش الصحيح. فيجب أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه، و يصبح شرط إمكان الاتصال تحصيل حاصل لأن نكاح الشبهة أصلا عبارة عن وطء ملتبس فيه. و عن مدة الحمل فتسقط عليها أحكام المادة 43 ق.أسرة، فتحسب لسته أشهر فأكثر من يوم الوطء. من هنا، لو أنتت الموطوءة بولد لسته أشهر فأكثر من يوم الوطء ثبت نسب الولد للرجل الذي واقعها لتأكد الحمل منه. و إن أنتت به قبل ذلك فلا نسب ليقين حدوث الحمل قبل الوطء.⁽⁵⁾

كذلك يجب أن لا تتجاوز مدة الحمل أقصاها، و هي تعتبر من تاريخ فسخ النكاح و التفريق بين الطرفين،⁽⁶⁾ ولو تجاوزت عشرة أشهر انتفى النسب عن الواطئ.

1- منجد الطلاب، المرجع السابق، ص 354.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 87.

3- د. محمد محده، سلسلة فقه الأسرة، الجزء الأول: الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالاجتهادات و القرارات و الأحكام القضائية، دار الشهاب، ط 2، 1994، ص 275.

4- أنظر لتفصيل أكثر في حالات الشبهة: فؤاد مرشد داؤود بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير، قسم الفقه و التشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 1422هـ - 2001م، ص 43-47. أنظر في الفكرة نفسها: د. هلاي عبد اللاه أحمد، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 509-511.

5- د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول: الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1976، ص 508. أنظر أيضا: د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط 3، 1431هـ - 2010م، ص 351.

6- مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 119.

و ينتفي النسب متى تحقق أن الطرفين يعلمان الشبهة أو وجودها مسبقا، حيث يعتبر الوطاء في هذه الحالة زنا موجبا للحد مسقطا للنسب لقاعدة "الولد للفراش و للعاهر الحجر".

و يكون النسب في وطاء الشبهة خاضعا لتقدير القاضي للبحث في حسن نية الطرفين و مدى وقوعهما حقيقة في لبس و غلط، و هنا يثبت النسب، أو ينتفي متى تبين له علمهما وجه الشبهة.⁽¹⁾

2- النكاح الباطل:⁽²⁾

اختلف الفقهاء في الزواج الفاسد و الباطل، فقال الجمهور بأنهما واحد، و يكون متى فقد العقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته. أما الحنفية ففرقوا بينهما و قالوا بأن الزواج الباطل هو الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده، أما الزواج الفاسد عندهم فهو العقد المستوفي لأركانه و شروط انعقاده و الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة.⁽³⁾

عن المشرع الجزائري، فقد فصل بين الزواج الفاسد و الباطل، و يتجلى ذلك من خلال العنوان الذي انتقاه للفصل الثالث من الباب الأول للكتاب الأول من قانون الأسرة (مواد من 32 إلى 35). حيث ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد، فكلما كان الخلل قويا لا يمكن تداركه، كان العقد باطلا. و متى أمكن تدارك هذا الخلل، اعتبر العقد فاسدا.⁽⁴⁾ و عليه، فإن ما ذهب إليه البعض من القول بأن الزواج الفاسد هو ما اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد،⁽⁵⁾ عديم الصحة، فالمقصود هنا هو الزواج الباطل باعتبار الزواج الفاسد هو الذي اختل فيه أحد الشروط،⁽⁶⁾ و هو يقبل التصحيح بالدخول الذي يثبتته طبقا للمادة 33 فقرة (2) ق. أسرة.

1- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 383. مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 119.

2- ما يعتبره الفقهاء فاسدا، هو ما يعبر عنه المشرع بالنكاح الباطل. أنظر: د. محمد محده، المرجع السابق، ص 43.

3- د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 4، د ت ن، ج 9، ص 86. أنظر أيضا: د. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، د م ن، 1988، ص 132، 133.

4- بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 66.

5- بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة و قانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006م، ص 20. تعابني حنان، إثبات النسب في قانون الأسرة والاجتهادات القضائية، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2013، ص 23.

6- حللمي مريم، الزواج المدني، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 28.

من هذا المنطلق، أخذنا بتسمية الزواج الباطل⁽¹⁾ نظرا لكونه يستوجب فسخه حتى بعد الدخول. رغم أن النكاح الباطل عند جمهور الفقهاء لا يترتب أثرا لكون وجوده كعدمه، إلا أن المحكمة العليا استقرت على قبوله طريقا لإثبات النسب حفاظا على حق الطفل، حيث قررت أنه: « من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار و البينة و شهادة الشهود و نكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة و الباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له و نفيه قتلا له». (2) و بذلك، فإن ما قال به البعض من أن الزواج الباطل لا يترتب أثرا في نظر القانون، (3) مردود و ليس من الصحة في شيء.

بالنسبة لإثبات النسب بالزواج الباطل - أو الفاسد كما أجمع الفقهاء على تسميته- فإن أهم ما يشترط فيه هو الدخول الحقيقي، حيث لو عقد رجل على امرأة عقدا باطلا و لم يدخل بها، لم ينسب إليه الولد الذي تأتي به. (4)

و بناء عليه، فإن النسب يثبت في النكاح الباطل بالشروط التالية:

- * أن يكون الدخول حقيقيا، فلا فراش في الزواج الباطل إلا به و بعدمه ينتفي النسب عن الولد. (5)
- * أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة، بأن يكون قادرا على الوطء و الإنجاب.
- * أن يولد الولد خلال مدة الحمل القانونية.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للأسباب الكاشفة للنسب:

إذا كان الفراش هو الطريق الأصلي المنشئ للنسب و المثبت له، فإن الأخير قد لا يكون معلوما أول الأمر، بحيث يستلزم البحث فيه للكشف عنه و إثباته. و الطرق الشرعية المعتمدة في الكشف عن النسب طريقان، هما الإقرار و البينة. وقد نص المشرع على ثبوت النسب بهما بالمادة 40 فقرة (1) ق. أسرة و جاء فيها: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...».

1- الزواج الباطل الذي نريد هنا هو الذي يجهل فيه الطرفان أو أحدهما سبب البطلان و التحريم، كأن لا يعلم الزوج أن زوجته مكروهة على نكاحه أو أنها تحرم عليه، و بذلك تخرج من هذا السياق حالة زواج المسلمة بغير المسلم لأن سبب البطلان معلوم.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، قرار مذكور سابقا.

3- لكحل راضية، زواج المسيار و علاقته بالأنكحة المشابهة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013-2014، ص 9، 10.

4- د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 506.

5- د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 114. أنظر أيضا: د. هلالى عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 506.

و من خلال الاطلاع على مواد قانون الأسرة، نجد أن المشرع فصلّ بعض الشيء في الإقرار بتوضيح أنواعه و شروطه، بينما لم يفعل في البيئة و ترك أمرها كلياً لاجتهاد القضاة، بناء على نص المادة 222 ق. أسرة.

و فيما يلي نتطرق إلى أهم ما يمكن قوله في الإقرار و البيئة، كل على حدى، ثم نحاول اختتام الحديث عنهما بالبحث في سلطة قاضي شؤون الأسرة في كل منهما.

أولاً: الإقرار: (1)

هو ثاني الطرق التي نص عليها المشرع لإثبات النسب. و هذا اللفظ في أصله كان يطلق على حمل النسب على الغير فقط، ثم أصبح للجمع بين ما كان إقراراً بثبوت النسب على النفس أو على الغير. (2)

يعرف الإقرار بالنسب على أنه اعتراف ذكر مكلف أنه أب لمجهول النسب، ذلك أن النسب قد لا يثبت بالفراش، فيثبته الإقرار دون أن يكون على المقر تبيان سببه، (3) فيُصدّق بإلحاق الولد بفراشه و يثبت النسب. (4) و الإقرار - و يسمى أيضاً بالدعوى - حجة قاصرة على المقر و لا تتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه هذا الغير أو قامت البيئة على صحته. (5)

و الإقرار على نوعين، إقرار بأصل النسب على المقر، و إقرار بالنسب محمول على الغير.

1- الإقرار بالنسب على النفس:

يقصد به الإقرار بقربة مباشرة لا وساطة فيها بين المقر و المقر له، و هي الأبوة و الأمومة والبنوة. فلا يحمل النسب على الغير و يثبت به مباشرة إلى المقر من غير توقف على بيان سبب النسب. (6) و يصح الإقرار بأصل النسب في حالة الصحة كما في حالة المرض، بل و حتى في مرض الموت، و هذا رعاية للولد من ضياع نسبه و إحياء له. فنجد المادة 44 ق. أسرة تنص على: « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل و العادة».

1- الإقرار بعموم معناه نصت عليه المادة 341 ق. مدني، و جاء فيها: « الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة».

2- د. محمد محده، المرجع السابق، ص 427.

3- د. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2004، ص 256.

4- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 385.

5- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 35.

6- د. أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2008، ص 197.

١- شروط صحة الإقرار بالنسب على النفس:

حتى يكون الإقرار بالنسب على النفس صحيحا و معتادا به لإثبات النسب للمقر له، يجب أن تتوافر فيه شروط معينة، شروط مطلوبة في المقر بالنسب، و أخرى تطلب في المقر له.

أ- الشروط المتعلقة بالمقر بالنسب: حتى يكون إقراره صحيحا، يجب أن يكون المقر بالنسب مستوفيا للشروط التالية:

* أن يكون المقر أهلا للتصديق بأن يكون مكلفا،⁽¹⁾ أي بالغاً عاقلاً، و بهذا لا يصح إقرار الصبي ولا المجنون - و من نحوهما- لسقوط التكليف عنهما، و لا يصلح سببا لإثبات النسب.⁽²⁾

* أن يكون المقر مختاراً في إقراره غير مكره عليه،⁽³⁾ و هي ما تسمى بالحالة المعتبرة شرعاً.⁽⁴⁾

* أن يصدقه الحس و لا يكذبه العقل و العادة. و تكذيب العقل بأن يكون من غير المتصور أن يولد مثل المقر له لمثل المقر،⁽⁵⁾ و يظهر ذلك من فارق السن بينهما. هذا الشرط بعينه نصت عليه المادة 44 ق. أسرة: « يثبت النسب بالإقرار... متى صدقه العقل و العادة».

ب- الشروط المتعلقة بالمقر له بالنسب: و يشترط فيه ما يلي:

* أن يكون المقر له مجهول النسب، فإن كان ثابت النسب من معلوم وقع الإقرار باطلاً⁽⁶⁾ و لا يجاب المقر لدعواه، لأن النسب الثابت لا يقبل الانتقال، بل و يجب إقامة حد القذف على المدعي بنفي نسب الولد عن من ينتسب إليهما.⁽⁷⁾ هذا الشرط قرره المادة 44 ق. أسرة.

* أن يصادق المقر له بالبنوة المقر على إقراره إن كان مميزاً، و ذلك لأن الإقرار يتضمن الدعوى بأبوة الولد المقر ببنوته، و الدعوى لا تثبت إلا بالمصادقة من المدعى عليه أو البينة من المدعي. فلو كذبه المقر له، فلا نسب.⁽⁸⁾ ولم يقل المالكية بهذا الشرط بناء على أن النسب حق للولد على

1- د. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 85.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93. د. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 256.

3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

4- د. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 352.

5- د. محمد محده، المرجع السابق، ص 429.

6- د. محمدي زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية عدد (02)، 2000، ص 76.

7- د. محمد محده، المرجع السابق، ص 429.

8- د. هلاي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 517.

الوالد، فيثبت بإقرار الثاني دون توقف على تصديق من الأول ما لم يقدّم الدليل على كذبه.⁽¹⁾ أما إذا كان الولد المقر له بالنسب غير مميز، فإن النسب يثبت مباشرة دون حاجة إلى تصديق. و في ذلك يقول الدكتور محمد مصطفى شلبي: "فإن كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون حاجة إلى تصديق، لأن غير المميز ليست له عبارة معتبرة و لأن هذا الإقرار - من ناحية أخرى- فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً، و منفعة مادية غالباً لحاجته إلى من يقوم بشؤونه و الإنفاق عليه".⁽²⁾

* أن لا يذكر المقر أن المقر له بالنسب ولد زنا، فالزنا لا يصلح سبباً لإثبات النسب.
* أن يكون الولد المقر له حياً وقت صدور الإقرار، لأن النسب يطلب حال الحياة لتكريم الشخص و حفظ شرفه، أما بعد الوفاة فلا فائدة ترجى من إثباته.⁽³⁾

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كنا بصدد إقرار بالأمومة، فإنه يشترط فيه أن لا يكون الولد معلوم الأم و أن يولد مثله لمثلها و يصدقها في إقرارها إن كان أهلاً لذلك.⁽⁴⁾ و إذا كانت المقررة ذات زوج أو معتدة من زوج قلاً يقبل إقرارها إلا إذا صادقها الزوج فيه أو أقامت البينة على ولادة المقر له لفراشه حتى يثبت النسب من كليهما. فإن لم تكن معتدة و لا ذات زوج أو ادعت أن الولد الذي تقر بنسبه من غير الزوج، فإن إقرارها بالولد يصبح على إطلاقه.⁽⁵⁾

2- الإقرار بالنسب على الغير:

يسمى أيضاً بالإقرار غير المباشر. نصت عليه المادة 45 ق. أسرة و جاء فيها: « الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه». و الإقرار في هذا النوع يكون المقر فيه طرفاً غير الولد و غير الوالد بحيث يحمل نسب الأول على الثاني، كأن يقول الرجل هذا أبي أو هذا عمي أو هذا حفيدي، فهو هنا بنسب الولد إما لأبيه أو لجدّه أو لابنه. و بذلك فهو إقرار متفرع على أصل النسب.

1- د. كامل مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010، ص 49.

2- د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 696.

3- د. هلالى عبد اللّاه أحمد، المرجع السابق، ص 518.

4- د. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 398.

5- فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 99.

و يشترط لصحة الإقرار بالنسب المحمول على الغير أن تتوافر فيه الشروط السابق بيانها إضافة إلى:

* تصديق المحمول عليه النسب لهذا الإدعاء حتى ينتج أثره.⁽¹⁾ و يكون التصديق من المحمول عليه النسب أو من ورثته، فإن لم يتم لم يسر الإقرار إلا على المقر و يكون وحده المطالب بالحقوق المالية الواجبة للمقر له بمقتضى إقراره.⁽²⁾ هذا الشرط نصت عليه المادة 45 ق. أسرة.

* شهادة شخصين عدلين أو قيام البينة على صدق إقرار المقر. و هذا الشرط انفرد به المالكية،⁽³⁾ و مرده كون الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلا بتصديقه أو بقيام البينة عليه.⁽⁴⁾

فإذا اجتمعت هذه الشروط، ثبت نسب الولد للغير الذي حمل عليه الإقرار.

3- تقدير القاضي لثبوت النسب بالإقرار:

بالنسبة لسلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير ثبوت النسب بالإقرار، فإنها تنحصر أساسا في أمرين اثنين، أولهما البحث في مدى توافر شروط الإقرار و صحته كطريق كاشف مثبت للنسب، و ثانيهما تحري إثبات النسب للولد ما أمكن إحياء له.

فإذا تبين للقاضي أن الإقرار - حسب نوعه - مستوف لشروطه، فإنه يقضي مباشرة بإثبات النسب للولد المقر له، وليس للمقر حينها الرجوع في إقراره، لأن النسب لا يحتمل النفي بعد إثباته. يقول المستشار حسن حسنين في عرضه لمضمون بعض من قرارات محكمة النقض المصرية: "و النسب مما يغتفر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه، و هو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي، لأنه من المقرر شرعا أن النفي بعد الإقرار لا يسمع و إذا أنكر الورثة النسب بعد إقرار مورثهم فلا يلتفت إلى إنكارهم، ذلك أن النسب يثبت باعتراف المقر و فيه تحميل للنسب على نفسه و هو أدري من غيره، فيرجح قوله على قول غيره".⁽⁵⁾

إذن، متى تبين للقاضي وجود إقرار صحيح بالنسب، فإنه يأخذ به مباشرة دون نظر إلى كيفية صدوره و لا إلى شكله و لا إلى المكان الذي تم فيه،⁽⁶⁾ و يتسامح فيه ما أمكن إحياء للولد. فقد

1- د. محمد محده، المرجع السابق، ص 431.

2- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 39.

3- د. محمد محده، المرجع السابق، ص 431، 432.

4- د. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 256.

5- حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها و قضاء طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط 1، 1422هـ - 2001م، ص 377.

6- بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 99.

جاء في قرار للمحكمة العليا: « من المقرر شرعا أنه يثبت النسب للإقرار لقول خليل في بيان أحكام الإقرار: "و لزم الإقرار لحمل في بطن امرأة..."»

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

و متى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة منه بشهادة جماعية أمام الموثق بتاريخ 1994/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 431، 461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و الدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر و لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

و عليه فإن القضاة لما لم يتفطنوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم بذلك خالفوا الشرع و القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

ثانيا: البيئة:

هي ثاني طريق كاشف للنسب. لم ينص قانون المشرع عليها إلا من خلال المادة 40 التي عددت و بينت طرق إثبات النسب على الوجه العام. كذلك نصت عليها كوسيلة إثبات المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.⁽²⁾ لكن هذه المواد تحكم البيئة في جانبها الإجرائي فحسب، أما جانبها الموضوعي و مختلف الأحكام المتعلقة بها فيرجع فيها إلى قواعد الشريعة الإسلامية كما تقره المادة 222 ق. الأسرة.

و فيما يلي، نحاول التطرق إلى المقصود بالبيئة ثم نشير إلى أنواعها، و نختم بعرض ما يمكن قوله في سلطة القاضي التقديرية فيها.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/12/25، ملف رقم 202430، قرار مذكور سابقا.

2- القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، مؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008.

1- المقصود بالبينة:

عرف الفقهاء البينة بالقول بأنها "إخبار صادق ممن يقبل قوله في مجلس الحاكم بلفظ الشهادات لإثبات حق للغير على الغير".⁽¹⁾ و يراد بها شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين، بتقديم الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بطريق السمع أو البصر أو غيرهما.⁽²⁾ و عن اشتراط رجلين أو رجل و امرأتين في الشهادة على وجهها العام، فهو أمر قرره المحكمة العليا تماشيا مع الشريعة الإسلامية.⁽³⁾ و تكون الشهادة بإخبار المعني عما أدركه بحاسة من حواسه و يتم ذلك أمام القاضي.⁽⁴⁾

بالنسبة للبينة في مجال النسب، فلا تطبق عليها القاعدة العامة من وجوب كونها صادرة عن رجلين عدلين أو رجل و امرأتين، حيث تعتبر شهادة النساء فيه جائزة فيه باعتبار الولادة أمرا لا يطلع عليه الرجال.⁽⁵⁾ بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أبعد من ذلك بالقول بصحة شهادة امرأة حرة مسلمة معروفة بالعدالة دفعا للحرص عن الوالدات.⁽⁶⁾ هذا الأمر يمكن القول به انطلاقا من الفقرة الأولى لنص المادة 62 ق. ح م⁽⁷⁾ التي جاء فيها: « يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا فالأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده». من هنا يمكن اعتبار المشرع يقبل إثبات واقعة الولادة،

1- د. هلاي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 517.

2- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 385. شامي أحمد، المرجع السابق، ص 536.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 15/12/1986، ملف رقم 43889، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1993، ص 37.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 11/12/1989، ملف رقم 56756، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1992، ص 61.

5- محمد الخشت، فقه النساء على ضوء المذاهب الأربعة و الاجتهادات الفقهية المعاصرة، دار الكتاب العربي، دمشق- دار الأدب الإسلامي، القاهرة، ط 1، 1414هـ - 1994م، ص 365.

6- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط 2، 1410هـ - 1990م، ص 186، 187.

7- الأمر 70- 20 المؤرخ في 30 ذي القعدة 1389هـ، الموافق لـ 6 فبراير 1970م، جريدة رسمية مؤرخة في 21 ذي الحجة 1389هـ، عدد 21.

و من ثم النسب، عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو القابلات و الممرضات بالمستشفى من منطلق أن القانون خولهن صلاحية التصريح بولادة الطفل.⁽¹⁾

تجدر الإشارة إلى أنه و قبل تعديل ق. الأسرة بالأمر 05-02 كانت البيئة لا تقتصر على الشهادة بمفهومها الضيق، بل تشمل جميع الحجج و البراهين،⁽²⁾ حيث قررت المحكمة العليا أنه: « من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و البيئة و شهادة الشهود...».⁽³⁾ ثم بعد التعديل و باعتماد المشرع للطرق العلمية في مجال النسب، أصبح من الممكن القول بأن البيئة المقصودة في نص المادة 40 فقرة (1) هي الشهادة حصرا.⁽⁴⁾

من بين المسائل التي لا بد أيضا من الإشارة إليها في موضوع البيئة في النسب، مسألة شهادة الأقارب. فالأصل أنها لا تجوز و لا تقبل، لكن استثناء في مجال النسب فهذه الشهادة معتبرة و يعتد بها نظرا لكونه من قضايا الحالة. و قد نصت على هذا الحكم (القاعدة و الاستثناء) المادة 153 ق. إج م/إ. كما قرره أيضا المحكمة العليا، إذ جاء في حيثيات أحد قراراتها أنه: « حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج و النسب مع أن الشريعة الإسلامية تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق».⁽⁵⁾

بالنسبة لأنواع البيئة بمعناها الضيق، فإن من أشهر تقسيماتها الشهادة المباشرة أو الأصلية، و تكون بأن يقول الشاهد ما وقع تحت سمعه أو يصره مباشرة. و الشهادة غير المباشرة التي تسمى أيضا بالشهادة على الشهادة، و هي التي ينقل فيها الشاهد ما سمعه رواية عن غيره.⁽⁶⁾ كذلك نجد الشهادة بالتسامع أو الاستفاضة، و هي تقوم على ما تسامعه جمع من الناس لا يتصور تواطؤهم على الكذب، و هي شهادة متفق على جواز إثبات النسب بها بمقتضى أن أمور النسب

1- شرقي نصيرة، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 29.

2- و المفروض أنه يدخل ضمن هذه الحجج و البراهين الخبرة الطبية و الطرق العلمية، لكن المحكمة العليا رفضت كليا هذا الأمر و اعتبرت اللجوء إلى هذه الوسائل تجاوزا من القضاة لسلطتهم التقديرية إلى السلطة التشريعية. أنظر: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 15/06/1999، قرار مذكور سابقا.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 28/10/1997، ملف رقم 72333، قرار مذكور سابقا.

4- تعابني حنان، المرجع السابق، ص 49.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 28/10/1997، ملف رقم 72333، قرار مذكور سابقا. أنظر أيضا: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 18/04/2001، ملف رقم 262912، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 2004، ص 409. نقلا عن:

د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 390.

6- د. هلاي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 531.

من الأمور التي لا يطلع عليها إلا الخواص من الناس فتجوز الشهادة بالاستفاضة فيها رفعا للحرص و دفعا لتعطيل الأحكام المتعلقة بالنسب مثل الإرث و حرمة المصاهرة.⁽¹⁾ من الشهادة المقبولة أيضا لإثبات النسب، الشهادة بالشهرة العامة، و هي ليست شهادة بالمعنى الصحيح، إنما هي عبارة عن ورقة تحرر أمام جهة رسمية و تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود بلغهم علمها بالشهرة.⁽²⁾ فجميع هذه الشهادات يجوز التقدم بها إلى القضاء لإثبات النسب المدعى به أو المتنازع فيه.

2- تقدير القاضي لثبوت النسب بالبينة:

بالنسبة سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في البينة كطريق كاشف للنسب مثبت له، فالأساس فيها شرط العدالة و الاستقامة في الشهود، و هو أمر يستقل القاضي بتقديره انطلاقا من المعطيات التي بين يديه. كما أن للقاضي أن يطرح ما يراه مناسبا من أسئلة على الشاهد، كما تنص عليه المادة 158 فقرة (2) ق. إج م/إ و له بعد ذلك السلطة المطلقة في تقدير قيمة الشهادة ثم الأخذ بها أو تركها،⁽³⁾ فإما أن يفصل في القضية بإثبات النسب متى تحقق لديه صدق الشهادة، و له أن يؤجل الفصل فيها إن رأى خلاف ذلك. هذا ما نصت عليه المادة 163 ق. إج م/إ: « يجوز للقاضي أن يفصل في القضية فور سماع الشهود أو يؤجلها إلى جلسة لاحقة ». و تبقى القاعدة التي يتحراها القاضي دائما هي إحياء الولد و التسامح في النسب ما أمكن رعاية للحقوق المتصلة به.⁽⁴⁾

1- فؤاد مرشد داوود بدير، المرجع السابق، ص 111.

2- بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 99.

3- بوزيد خالد، المرجع نفسه، ص 106.

4- راجع قرارات المحكمة العليا: قرار بتاريخ 1986/12/15، ملف رقم 43889، مذكور سابقا. قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 72333، قرار مذكور سابقا.

المطلب الثاني: تقدير القاضي للطرق العلمية البيولوجية الحديثة لثبوت النسب:

قبل تعديله بموجب الأمر 05-02، لم يكن قانون الأسرة ينص على أي من الطرق العلمية الحديثة التي يمكن من خلالها أن يثبت النسب. حيث حصر أسباب ثبوته فيما نصت عليه المادة 40 فقرة (1): الزواج الصحيح، الوطاء بشبهة و كل نكاح تم فسخه بعد الدخول. لكن و نظرا لأنه من أهم خصائص القاعدة القانونية ارتباطها بالبيئة الاجتماعية و تطورها مستمرا يوافق حاجات المجتمع المتجددة و يساير ما يحققه من تقدم في مختلف الميادين و المجالات،⁽¹⁾ فقد جاء المشرع الجزائري بموجب التعديل سابق الذكر بطرق بيولوجية علمية حديثة يثبت النسب من خلالها. و تتمثل هذه الطرق فيما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة تحت مسمى "الطرق العلمية"، و كذا ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي- أو الإخصاب الصناعي- الذي نصت عليه على أحكامه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

إن ما يلاحظ من صياغة الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، أن العبارة "الطرق العلمية" جاءت مفتوحة و واسعة، فلم يحدد المشرع الجزائري المقصود منها و أي طريق علمي يعتمد عليه القاضي، خاصة أن الطرق العلمية لإثبات النسب منها ما هو ظني لا يرقى بالشك إلى اليقين، و منها ما هو قطعي الدلالة و لا يدع مجالاً للشك،⁽²⁾ هذا ما يجعل الباب مفتوحاً أمام السلطة التقديرية للقاضي للأخذ بما يراه طريقاً علمياً مناسباً يعتمد عليه في إثبات النسب من عدمه.⁽³⁾ لكن يمكن القول بأن المقصود بالطرق العلمية، في ظل ما هو متعامل به و ما توصل إليه العلم الحديث، هو البصمة الوراثية.

وعليه، فإننا فيما يلي نحاول الإجابة عن التساؤلات: ما المقصود بالبصمة الوراثية و التلقيح الاصطناعي؟ و ما مدى تدخل قاضي شؤون الأسرة في تقدير ثبوت النسب بهذه الطرق؟

1- د. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1992، ص 16.

2- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 83.

3- ومن أهم الطرق العلمية الظنية نظام فحص فصائل الدم ABO و نظام مجموعة البروتينات و نظام مولدات الضد MN، أما الطرق العلمية القطعية فتتمثل حصراً في نظام البصمة الوراثية ADN.

الفرع الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق البصمة الوراثية:

كما سلف ذكره، فقبل التعديل الأخير لقانون الأسرة بالأمر رقم 05-02، لم يكن من سلطة القاضي التقديرية الاستعانة بالطرق العلمية في مسائل النسب المتنازع فيه. و قد كرست ذلك المحكمة العليا، حيث اعتبرت لجوء القاضي إلى الخبرة العلمية قصد تحديد النسب تجاوزا لسلطته الحكمية إلى التشريعية، ما يجعل قراره عرضة للطعن فيه بالنقض. ف جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 ملف رقم 222674 أنه: «... و متى تبين - من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض. و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

لكن و بعد التعديل الأخير، أصبح اللجوء إلى الطرق العلمية من صميم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل تحديد النسب المتنازع فيه بصريح نص المادة 40 فقرة (2) من ق. الأسرة: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب». بل إن العديد من الحقوقيين و رجال القانون - و من بينهم المحاميتان زهية مختاري و فاطمة الزهراء بن براهيم- يطالبون بمراجعة المادة 40 من قانون الأسرة و تعويض كلمة "يجوز" بـ "يجب" حتى يتقيد القضاة باللجوء إلى الخبرة العلمية في مسائل النسب.⁽²⁾

أما عن الطرق العلمية المقصودة في المادة 40 ق. أسرة، فهي البصمة الوراثية، ذلك أنها تعتبر بمثابة الشهادة البيولوجية في مجال البينة و وسيلة إثبات حديثة، نتائجها قطعية و دقيقة،⁽³⁾ و فيما يأتي نتطرق إلى حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب و عوائق ذلك، ثم مدى حجيتها و سلطة القاضي في قبول نتائجها أو رفضها.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 222674، قرار مذكور سابقا.

2- وهيبة سليمان، حقوقيون يطالبون بإعادة النظر في المادة 40 من قانون الأسرة، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الثلاثاء 30 ديسمبر 2014م الموافق لـ 04 ربيع الأول 1436هـ، عدد 4602، ص 15.

3- توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص 10.

أولاً: حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب:

يمكن القول بأن تعريف البصمة الوراثية له ارتباط وثيق بالحمض النووي ADN،⁽¹⁾ ذلك أنها عبارة عن "التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية".⁽²⁾ فهي بإيجاز، الصفات الوراثية التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء، و من الأصول إلى الفروع،⁽³⁾ بطريق تلاقي ماء الأب مع بويضة الأم.

و يتم الحصول على الحمض النووي ADN من أنوية الخلايا في جسم الإنسان، حيث يمكن استخلاصه من الأنسجة بمختلف أنواعها مثل خلايا الجلد، سائل و إفرازات الجسم (اللعباب، الدم، المخاط، المني... الخ)، بصيالات الشعر، الأظافر، العظام... و غيرها من أنسجة الجسم.

أما عن حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب، فهي عديدة و متنوعة، منها:

1- حالة التنازع على الأطفال مجهولي النسب إما لانقضاء الأدلة أو لتساويها كالاشتراك في وطء الشبهة، و الحالات يدعي فيها رجلان نسب مجهول النسب أو اللقيط، دون أن يوجد ما يرجح قول أحدهما على الآخر.⁽⁴⁾

2- حالة اختلاط المواليد لإهمال أو تقصير في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد و الأطفال.

3- في حالة الإقرار بالنسب على الغير، و حدث خلاف بين المقر و الغير المنسوب إليه حول ثبوت ذلك النسب، و أراد الثاني التحقق منه. فهنا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لتبين ذلك.⁽⁵⁾

1- ADN هي الحروف الأولى لمصطلح Deoxy Rebo Nuclic Acid أي الحامض النووي الديوكسي (منزوع الأوكسجين). راجع: محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 58.

كما يعرف الـ ADN بأنه المادة الوراثية المركزة على قواعد الأدينين (A)، التايمين (T)، الجوانين (G)، و السيتوزين (C)، إضافة إلى السكر الخماسي و الفسفور، و تكون جميع هذه العناصر متصلة ببعضها و ملتفة بشكل سلسلتين لولبيتين، إحداها تمثل الصفات الوراثية للأب، و تمثل الأخرى الصفات الوراثية من الأم. راجع: د. عصام أحمد البهجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، ط 2006، ص 33.

2- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2005، ص 45.

3- سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية و علاقتها الشرعية، مطبوعات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الكويت، ط 1، 2008، ص 25. بوصف فؤاد المرجع السابق، ص 6.

4- حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2010، ص 32.

5- لطيفة زاطلي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في قانون الأسرة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 34.

- 4- إثبات النسب لطفل التلقيح الاصطناعي المشتبه في نسبه نتيجة اختلاط و تبديل البويضات أو تلقيح المرأة بماء غير ماء زوجها، خطأ أو عمداً، و كذلك إثبات النسب في الحالات التي تتنازع فيها امرأتان أمومة ولد و لا بينة لأي منهما أو تساوتا في البينة.⁽¹⁾
- 5- عند الشك في شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره و لا ينكره، و مثال ذلك أن تفقد عائلة موسرة ابناً لمدة طويلة من الزمن ثم يظهر فجأة من يدعي أنه هو إما حقيقة أو طمعا في أن ينال شيئاً من الميراث، فهذه حالة يمكن فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية للتحقق من نسب ذلك الشخص إلى تلك العائلة أو تبين كذبه.⁽²⁾
- 6- في حالة اختلاط الأطفال في الحروب أو الكوارث و لم يمكن التعرف على آبائهم. كذلك يجوز استخدام البصمة الوراثية للتحقق من هوية المفقودين.⁽³⁾
- 7- الحالة التي يتنازع فيها رجلان على ولد من امرأة زوجة أحدهما و طليقة الآخر، كما لو تزوجت قبل انقضاء عدة طلاقها - و هي تظنها انقضت- ثم أتت بالولد. فهنا يمكن اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية لدفع الشك في نسب الطفل و تبين أي الرجلين ينسب إليه.⁽⁴⁾
- 8- أن يلحق شخص طفلاً لقيطاً أو ضائعاً بنفسه ثم يظهر أهل الولد فيدعون نسبه و يأتون بأدلة - غير قطعية- على قولهم، فهنا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات نسب اللقيط إلى والده الحقيقي.⁽⁵⁾
- فجميع الحالات السابقة يمكن فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية للتأكد من صحة و ثبوت النسب المتنازع فيه.

1- علي سنوسي، تحديد النسب بالبصمة الوراثية، مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب: دراسة تأصيلية قانونية، مجلة عود الند الثقافية الشهرية. راجع موقع: <http://www.oudnad.net/spip.php?article742>

2- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 34.

3- فتحي زوامبي، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، مذكرة ماستر، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، دفعة 2012-2014، ص 89-93.

4- د. أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 107.

5- د. مصلح بن عبد النجار، البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة 17، العدد 65، 1425هـ، ص 189. د. علي محي الدين القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 17، عدد 16، 1424 هـ - 2003م، ص 51. نقلا عن: د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق ص 112.

لكن من جهة أخرى، هناك من الحالات ما يخرج عن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فلا يجوز له اللجوء فيها إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. و أهم هذه الحالات:⁽¹⁾

1- إذا أقر رجل نسب مجهول النسب و كانت شروط الإقرار بالنسب متوفرة، فهنا يلحق النسب به للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الإمكان، و بذلك لا يجوز اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية للبحث في مدى صدق هذا الإقرار من عدمه.

2- إقرار الشخص بأخوة مجهول النسب، فهو لا يكون حجة على سائر إخوته متى لم يُصادق عليه، و تقتصر آثاره على المقر دون باقي إخوته، و لا اعتداد بالبصمة الوراثية في هذه الحالة.

ثانيا: عوائق اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب:

إذا كانت استعانة القاضي- بموجب سلطته التقديرية- بالطرق العلمية ممثلة في البصمة الوراثية تمكن من الوصول إلى حلول نهائية للعديد من الإشكالات المتعلقة بمسائل النسب، فإنه في المقابل نجد عدة عوائق تقف حاجزا أمام ذلك. من بينها نجد العوائق المادية و التي تتمثل أساسا في غياب أو نقص الكفاءات البشرية المؤهلة من أخصائيين و خبراء، و كذا نقص الهياكل المادية و المؤسسات الخاصة بهذا الغرض.⁽²⁾

من جهة أخرى، يقف حاجزا أمام الاستعانة بالبصمة الوراثية - في مجال النسب على وجه الخصوص- تمسك الخصم بأن في خضوعه لأي فحص طبي مساسا بحقه في معصومية جسده و حرمة حياته الخاصة، كما قد يعد ذلك متعارضا مع قاعدة عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

1- البصمة الوراثية و مبدأ معصومية الجسد:⁽³⁾

من مقتضيات إجراء تحاليل البصمة الوراثية، الحصول على خلية من جسم الشخص المعني. و عليه، فليس من الممكن أن يتم إجراء هذا التحليل إلا باقتطاع جزء من الجسد حتى يتسنى

1- زاطلي لطيفة، المرجع السابق، ص 79.

2- في الجزائر، المعهد الوحيد المرخص له القيام بالفحوصات الطبية هو المخبر المركزي للشرطة العلمية الكائن مقره بين عكنون، و الذي تم إنشاؤه سنة 2004 و بدأ سريان العمل فيه سنة 2006، ثم تفرع عن هذا المخبر المركزي مختبران جهويان: أحدهما بوهران و الآخر بالعاصمة. و هي جميعا مصالح ملحقة ببنياية مديرية الشرطة العلمية و التقنية التابعة لمديرية الشرطة القضائية. تتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن و العدالة. أما عن طاقم المستخدمين فيها، فهو يتشكل من موظفي الشرطة و أعوان مدنيين من مختلف التخصصات.

3- يقصد بمبدأ معصومية الجسد، الحماية القانونية المكفولة لكل شخص من كل مساس في جميع مكوناته العضوية و النفسية، وذلك ابتداء من تكونه كجنين إلى ما بعد وفاته.

انطلاقاً منه إجراء تحليل الحمض النووي،⁽¹⁾ الأمر الذي قد يعتبر مساساً بحرمة و معصومية جسد الشخص، و هو الحق المحمي دستورياً،⁽²⁾ و المكرس كذلك بالمادة 161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.⁽³⁾ و حتى لا نكون أمام هذا العائق القانوني، فلا بد من رضا الشخص مثلما نصت عليه المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب،⁽⁴⁾ هذا الرضا يجب أن يكون بعد شرح مستبصر، و يتم التعبير عنه صراحة بأي من طرق التعبير عن الإرادة بحيث يفيد سماح الشخص بالمساس بسلامته الجسدية، عن طريق أخذ ما يكفي من عينات لإجراء اختبارات البصمة الوراثية.⁽⁵⁾

إن مبدأ معصومية الجسد يعد من أهم القيم في أي مجتمع متحضر و من ثم لا يقبل المساس بحرمة جسم الإنسان إلا في حدود ضيقة، بما يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة و تطبيقاً للقانون.⁽⁶⁾ لكن و إن كان إجبار الشخص المعني على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية يمثل شكلاً من أشكال الاعتداء على مبدأ معصومية الجسد، فإن رفض الخضوع لهذا التحليل يعد تعدياً شديداً على حقوق تتصل بقيم على مستوى عالٍ من الأهمية.⁽⁷⁾ فالحق في النسب من أهم الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية و أحاطتها بالحفظ و الرعاية، و لذا فإنه يجوز إجبار الشخص على الخضوع للفحص الطبي من أجل إثبات النسب، ذلك أن المساس بحرمة الجسد هنا يكون خادماً لغايات أسمى يسعى إليها المشرع و هي حفظ الأنساب و الحلول دون اختلاطها. وبذلك يرفع التعارض بين مبدأ معصومية الجسد و البصمة الوراثية.⁽⁸⁾

- 1- د. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2007، ص 871.
- 2- تنص المادة 35 من دستور 1996 المعدل و المتمم بالأمر 02-03 و الأمر 08-19 على: « يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل مساس بسلامة الإنسان البدنية و المعنوية ».
- 3- القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتضمن قانون الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أغسطس 1998، جريدة الرسمية عدد 61، ص 176.
- 4- تنص المادة 44 من القانون 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على: « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة مستبصرة... »
- 5- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 123، 124.
- 6- د. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، ط 2010، ص 51.
- 7- توفيق سلطاني، المرجع السابق، ص 66.
- 8- بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 124.

2- البصمة الوراثية و مبدأ حرمة الحياة الخاصة: (1)

من الصعب إعطاء تعريف دقيق للحق في الحرية الخاصة، لأن محتوى هذه الفكرة يختلف باختلاف المكان و الزمان و المجتمع الذي يعيش فيه الفرد. (2) لكن المتفق عليه أن الحق في الحرية الخاصة يعتبر جوهر الحريات الشخصية، التي تشكل الإطار الذي يستطيع الإنسان داخله أن يمارس حقه في حرمة حياته الخاصة و يطالب بحماية حقه فيها. (3)

هذا الحق - مثله مثل مبدأ معصومية الجسد - هو حق محمي و مكفول دستوريا. (4) و تبعا لذلك، فهو يقتضي الاحترام من قبل السلطة و الأفراد. كما يقتضي أن تكفل له الحماية ضد كل انتهاك غير مشروع.

من ناحية ثانية، فإن الحق في حرمة الحياة الخاصة ليس حقا مطلقا بل تقيده اعتبارات معينة. (5) فهل يمكن إدراج تحاليل البصمة الوراثية ضمنها؟

إذا كانت البصمة الوراثية حاليا توفر إمكانيات غير معهودة و لا مسبقة في التعرف على هوية الأشخاص و إثبات النسب أو نفيه، إلا أنها في الوقت عينه قد تشكل خطرا جسيما على حق الشخص في حرمة حياته الخاصة، لاسيما إذا أسيء استعمال المعلومات الوراثية للشخص أو استعملت في غير مقتضى الغرض المخصصة له. (6) على ذلك، فحتى لا يكون مبدأ حرمة الحياة الخاصة عائقا أمام سلطة القاضي التقديرية في اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب،

1- يمكن تعريف الحق في الحياة الخاصة أو كما يسمى أيضا الحق في الخصوصية - بوجه عام- بأنه الحق في احترام سرية و خصوصية الأشخاص من أي تدخل مادي أو معنوي قد يكون فيه مساس بحياة الشخص أو حرته أو عرضه أو شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المادي.

2- زيدان لونس، الضمانات القضائية لحقوق الإنسان وقت السلم، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 64.

3- عوض محمد محي الدين، الحماية الجنائية لحق الإنسان في حرمة حياته الخاصة، دار النهضة، القاهرة، 1983، ص3. نقلا عن: عاقل فصيحة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2011-2012، ص 74.

4- تنص المادة 34 من دستور 1996 المعدل و المتمم على: « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة».

5- الحماية القانونية للحياة الخاصة، صحيفة الوسط البحرينية، صادرة يوم السبت 22 أكتوبر 2008 الموافق لـ 23 ذي القعدة 1429 هـ، عدد 2269، عن موقع:

<http://www.alwasatnews.com/2269/news/read/25151/1>

6- د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 883، 884.

و بالمقابل حتى لا تكون تحاليل البصمة الوراثية انتهاكا لهذا الحق و اعتداء عليه، فلا بد من ضمانات معينة تحقق ذلك و هي تتمثل أساسا في:

- أ- الرضا: فيجب الحصول على الرضا المستتير من صاحب الشأن الذي يراد خضوعه للتحليل.⁽¹⁾
 - ب- أن يكون إجراء الفحص مقررًا بناء على إذن أو أمر من الجهة القضائية المختصة بالنزاع.⁽²⁾
 - ج- حماية المعلومات الوراثية المتعلقة بالشخص و سريتها و الابتعاد عن التدخل في الحياة الخاصة للفرد و خصوصياته الجينية و كشف المعلومات المتعلقة بأسراره المرضية أو الصحية.⁽³⁾
- فمتى تحققت هذه الشروط - أو الضمانات- كان لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية، للكشف عن النسب محل النزاع، مشروعًا و لا يشكل مساسًا بحق الشخص في حرمة حياته الخاصة.
- 3- مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:**⁽⁴⁾

يقصد بهذا المبدأ أنه إذا كان بيد أحد طرفي الخصومة دليل يفيد خصمه، فلا يجوز إجباره على تقديم هذا الدليل، ذلك أن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، و ليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه و لا يريد تقديمه.⁽⁵⁾

و هنا يظهر التساؤل حول تعارض إجراء تحاليل البصمة الوراثية التي يقرها القاضي من منطلق سلطته التقديرية في النزاع، مع مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. يمكن إسقاط أحكام اليمين على هذا التساؤل للإجابة عنه، حيث يعتبر توجيه اليمين إلى الخصم نوعًا من إجباره على تقديم دليل ضد نفسه و ذلك متى امتنع عن أدائها، فيكون هذا الامتناع إثباتًا لما يدعيه خصمه.⁽⁶⁾ فكذا الحال في تقرير المشرع لسلطة القاضي التقديرية في اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب، فهو إجراء خادم لغايات تسمو على حق الشخص في عدم إجباره على تقديم ما يدينه، خاصة و أن الحصول على عينة من دم المعني بمجرد وخزة

1- تم شرح هذا العنصر في الفقرة السابقة المتعلقة بمبدأ معصومية الجسد.

2- د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 896.

3- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 119. د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 894. لطيفة زاطلي، المرجع السابق، ص 87.

4- "تقوم قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه، على أساس تصور معين للخصومة، و هو أنه معركة يدافع فيها كل خصم عن مصالحه دون أن ينتظر معاونة الآخر بتقديم ما يكون تحت يده من أدلة تقيده في ادعاءاته". راجع: د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 861.

5- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية طبقًا لأحدث التعديلات و مزينة بأحكام القضاء، دار الهدى، عين مليلة، ط 2009، ص 31.

6- بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 123.

إبرة أو استقطاع شعرة من بدنه لا يعد شيئاً يذكر،⁽¹⁾ مقارنة مع ما يعود به فحص تحليل البصمة الوراثية من حفظ لحقوق عظيمة الأهمية من الإهدار. و هكذا يتبين أن الخصوم مكلفون بالتعاون للكشف عن الحقيقة، و هو ما يرفع التعارض - إن صح القول - بين البصمة الوراثية كدليل يُلجأ إليه في مجال النسب و بين مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.⁽²⁾

ثالثاً: تقدير القاضي لنتائج البصمة الوراثية:

إن البصمة الوراثية متى تم استخدامها بطريقة دقيقة و صحيحة عن طريق إتباع جميع الشروط و الاحتياطات اللازمة في ذلك، تكون نتائجها صحيحة و قطعية، ما يجعلها قرينة قاطعة لا تقبل الشك في الإثبات.⁽³⁾ و بذلك فقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حين أدرج الطرق العلمية ضمن مسائل إثبات النسب كونها وسائل تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد و أبيه،⁽⁴⁾ و هذا رغم أنه اكتفى بالإشارة إلى هذه الطرق دون بيان المقصود منها و لا حصرها.⁽⁵⁾ و قبل الحديث عن مسألة إثبات النسب بالبصمة الوراثية و مدى حجيتها، لابد من التنبيه إلى نقطتين مهمتين:

* لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية للتحقق من الأنساب الثابتة، لما في ذلك من قدح في الأعراس و الأنساب و فتح لأبواب المفاسد.⁽⁶⁾

* لا يجوز استعمال البصمة الوراثية لإثبات النسب لولد الزنا لأن "الولد للفراش و للعاهر الحجر"، و بذلك يجب ربط تحليل البصمة الوراثية بوجود الفراش الشرعي المبني على العقد الشرعي.⁽⁷⁾

أما عن تقدير القاضي لثبوت النسب بالبصمة الوراثية، فإن الفصل فيه يستوجب اللجوء إلى الخبرة، نظراً لكون تحليل الحمض النووي مسألة علمية محضّة، و هو ما يجعله متوافقاً تماماً مع

1- د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 867.

2- بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 123.

3- مضوي لطيفة، أثر الإثبات بالوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014، ص 33.

4- زاطلي لطيفة، المرجع السابق، ص 95.

5- جدع آمال، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012، ص 56. نقلاً عن زاطلي لطيفة، المرجع نفسه، ص 94.

6- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1433هـ - 2012م، ص 76.

7- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 399.

نص المادة 125 ق. إ/م/إ. و القاضي كما هو معلوم غير ملزم بتقرير الخبرة كما نصت عليه المادة 144 من ق. إ/م/إ، لكنه متى ما رفضه، كان لزاما عليه تسبب قرار الرفض: « القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة». و تبقى السلطة الأولى و الأخيرة في تقدير الأدلة و الأخذ بها أو تركها راجعة للقاضي، و لا رقابة عليه من المحكمة العليا إلا من حيث تسبب الحكم.⁽¹⁾

في الأخير، نشير إلى أن تحاليل البصمة الوراثية من المسائل العلمية الدقيقة التي يصعب على القاضي استبعادها لتعذر تسبب ذلك، و لذا فإن أغلب الأحكام القضائية تأخذ بالخبرة العلمية و تصادق عليها.⁽²⁾

الفرع الثاني: تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي:

من بين أهم المقاصد الأصلية التي شرع من أجلها الزواج، تكثير النسل و ابتغاء الولد.⁽³⁾ ذلك أن الأولاد هم أعظم ثمرات الزواج، التي يسعى في طلبها كل واحد من الزوجين. لكن يمكن أن يكون أحد الزوجين مصابا بالعقم أو ضعف الخصوبة أو نحو ذلك من أمراض، تحول دون تحقق الحمل بطريقة طبيعية. علاجا لهذا الأمر، فقد توصل علماء الأجنة في العصر الحديث إلى النجاح في عملية الإخصاب الصناعي كبديل للإخصاب الطبيعي متى كان هذا الأخير متعذرا. و هي العملية التي أدت إلى تحقيق آمال العديد من الأزواج في الإنجاب.⁽⁴⁾ هذه العملية هي ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي.

سعيًا منه إلى مواكبة هذا التطور العلمي، الذي قد يكون له بالغ الأثر في استقرار الأسرة أو اهتزازها، نص المشرع على التلقيح الاصطناعي ضمن مسائل بالنسب، و ذلك بالمادة 45 مكرر

1- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 393.

2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية (ADN)، نظام تحليل الدم (ABO)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2010، ص 121.

3- د. عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 2008، ص 149. أنظر أيضا: ضيف عبد الحميد كيفاجي، مقاصد الشريعة في عقد الزواج، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أحوال الشخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014-2015 (غير منشورة).

4- مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي و القانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، تلمسان، 2006، ص 4-17. نقلا عن مهداوي حسين، المرجع السابق، ص 92.

المستحدثة بموجب الأمر 05- 02. لكن يمكن القول أن هذه المادة الوحيدة لا تكفي لرفع اللبس المتعلق بالتلقيح الاصطناعي، و الإحاطة بجميع جوانب الموضوع، و مختلف الأحكام المتعلقة به. و في ما يأتي، نحاول التطرق إلى المقصود بالتلقيح الاصطناعي و مختلف أشكاله، ثم نبيّن موقف المشرع الجزائري منه، و تقدير القاضي لنسب الطفل الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي.

أولاً: مفهوم التلقيح الاصطناعي و أشكاله:

يعرّف التلقيح الاصطناعي على أنه وسيلة يتم بمقتضاها أخذ الحيوانات المنوية للزوج ثم إيصالها - عن طريق حقنها في المكان المناسب- إلى بويضة الزوجة حتى تتم عملية التلقيح و الحمل داخل الرحم، و يتبع ذلك النمو الطبيعي للجنين إلى غاية الولادة.⁽¹⁾ فالإخصاب في هذه العملية إذن لا يتم عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين، بل يتم بطرق علاجية محددة، متى وجد مانع يحول دون الحمل بالطريق الطبيعي مع العجز الطبي عن علاجه.

و يتم التلقيح الاصطناعي بإحدى الطريقتين التاليتين:

1- التلقيح الداخلي:

و يكون بإدخال الحيوان المنوي إلى الموضع المناسب من الرحم ليتحد مع البويضة و تتم عملية الإخصاب فالحمل.

و يدخل ضمن هذه الطريقة أسلوبان:

أ- أخذ الحيوانات المنوية للزوج و حقنها في الموضع المناسب من رحم زوجته: و يلحق ذلك التلاقي الطبيعي بين النطاف و البويضات تماماً كالحال في الاتصال الجنسي الطبيعي. هذا الأسلوب يلجأ إليه في حالات مرضية معينة، مثل ضعف عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج، أو لعجزه العضوي عن إيصالها - عند الاتصال- إلى الموضع المناسب لحدوث الإخصاب.

ب- أن يتم التلقيح بنفس الأسلوب السابق لكن باستبدال نطاف الزوج: حيث تحقن زوجته بالحيوان المنوي لرجل أجنبي غير زوجها، يسمى المانح، ليلحق ذلك الإخصاب بطريقه الطبيعي ثم الحمل و الولادة. و يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة ما إذا كانت الزوج عقيماً يستحيل الإنجاب منه.

1- حسن حسانين، المرجع السابق، ص 374.

2- التلقيح الخارجي (طفل الأنبوب):⁽¹⁾

و يكون بجمع الحيوان المنوي بالبويضة و إخصابها خارج الرحم، ثم إعادة زرعها داخله بعد تمام عملية الإخصاب ليحصل الحمل ثم الولادة.

و يدخل ضمن هذه طريقة التلقيح الخارجي الأساليب الخمسة التالية:

أ- أخذ الحيوانات المنوية من الزوج و جمعها داخل طبق زجاجي (طبق بتري Petri dish)، وبعد حدوث الإخصاب و الانقسامات الخلوية يعاد حقنها في الرحم ليتم الحمل.

ب- أن يكون المنى المستخدم لتخصيب البويضة مأخوذاً من رجل غير الزوج، و تتم العملية مثل الأسلوب الأول تماماً. و يكون هذا عند عقم الزوج و عدم قدرته العضوية على إنتاج النطاف.

ج- أن تتم عملية التلقيح الخارجي باستبدال بويضة الزوجة ببويضة امرأة أخرى، إما أن تكون أجنبية، أو أن تكون زوجة ثانية للرجل. و يلجأ إلى هذا الأسلوب في حالة عقم الزوجة.

د- أن يتم التلقيح الخارجي بين بويضة و حيوان منوي لشخصين أجنبيين تماماً عن العلاقة الزوجية. و يُفترض في هذا الأسلوب أن يكون كلا الزوجين عقيماً لا يتصور إنجابهم.

هـ- أن يتم تلقيح بويضة المرأة بحيوانات زوجها المنوية، ثم يتم زرع البويضة المخصبة في رحم امرأة أجنبية أو زوجة ثانية للرجل. و هي تسمى بالأم البديلة أو الرحم المؤجر. وغالباً ما يتم اللجوء إلى الأم البديلة عندما تكون الزوجة مستأصلة الرحم.⁽²⁾

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى التلقيح الاصطناعي إطلاقاً قبل لتعديل قانون الأسرة، شأنه في ذلك شأن الطرق العلمية. ثم جاء الأمر 05-02 بتعديلات شتى فيه، و من بينها استحداث المادة 45 مكرر، التي نصت على مسألة التلقيح الاصطناعي ضمن مسائل النسب كطريق علمي بيولوجي حديث منشئ للنسب.

1- يدخل ضمن التلقيح الصناعي ما يسمى بأطفال الأنبوب. و ينشأ طفل الأنبوب بتلقيح البويضة بالحيوان المنوي خارج الرحم ثم تعاد البويضة الملقحة إلى درب الصفاق الخلفي للرحم لينمو الجنين بشكل عادي إلى غاية تمام مدة الحمل الطبيعية و انتهائها بالولادة. راجع: حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 35.

2- راجع لتفصيل أكثر في هذه الحالات: بوغرة صالح، المرجع السابق، ص 14، 15. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته الثالثة المنعقدة بعمان، الأردن، من 8 إلى 13 صفر 1407هـ الموافق لـ 11 إلى 16 أكتوبر 1986م. نقلاً عن د. أمير فرج يوسف، أطفال الأنبوب و التلقيح الاصطناعي طبقاً للحقائق العلمية و الأحكام الشرعية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 1، 1433هـ- 2012م، ص 180، 181.

و جاء نص المادة 45 مكرر كآتي: « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا،
- أن التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة».

انطلاقاً من نص المادة 45 مكرر أعلاه، نجد أن المشرع جعلها على ثلاث فقرات، تتعلق كل منها بحكم معين، و بناء على تحليل هذه الفقرات، يمكن الخروج ببعض الملاحظات التي نوردها على شكل النقاط التالية:

1- بنصه بالفقرة الأولى على: « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي»، فإن المشرع الجزائري قد جعل اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي مسألة جوازية تخضع لتقدير و إرادة الزوجين. هذا الحكم جاء عاماً و مطلقاً من كل قيد، حيث فتح المجال لكل زوجين راغبين في اللجوء إلى هذه التقنية للإنجاب دون أن يقيد ذلك بالسبب الجدي لإجرائه أو حالة الضرورة الداعية إليه، ما يطرح الإشكال، خاصة كان الزوجان سليمين و صالحين للإنجاب بالفطرة و التكوين السوي⁽¹⁾. كذلك لم تحدد هذه الفقرة الطريقة المتبعة في عملية التلقيح الاصطناعي ما يعني أنه يستوي أن يكون تلقيحاً داخلياً أو خارجياً.⁽²⁾

2- بين المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة 45 مكرر الشروط الواجب احترامها عند اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، لكنه بالمقابل لم يتطرق إلى مسألة تخلف أحد هذه الشروط و لا إلى الجزاءات المترتبة على ذلك. و لعلّه كان من الأحرى أن تكون صياغة المادة أوضح بحيث تبيّن آثار تخلفها، سواء فيما يتعلق بالنسب أو الجزاءات المقررة للشخص المخل بها. ذلك أن هذه التقنية تلحقها ولادة فأنساب، و هي أمور لا تحتمل أن يشوب النصوص التي تنظمها أي شرخ أو غموض.

3- الفقرة الثالثة تضمنت بدورها حكماً، وهو عن اللجوء إلى الأم البديلة. حيث أن المشرع منع الاستعانة بامرأة غير الزوجة لتحمل البويضة الملقحة، و هو منع مطلق سواء كانت الأم البديلة

1- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 98.

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 485.

أجنبية عن الزوج صاحب الحيوانات المنوية أو زوجة ثانية له.⁽¹⁾ هذا المنع هو في حقيقته مكمل للشروط الثلاثة المطلوبة لإجازة اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، فهو بمعنى آخر اشتراط لزرع اللقيحة على مستوى رحم الزوجة. و قد أحسن المشرع صنعا بنصه على هذا الحكم، لكونه مساهرا لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعنى بحفظ الأنساب من الاختلاط و درء المفسد و الشبهات، هذا من جهة،⁽²⁾ و من جهة أخرى فقد تفادى ما تثيره مسألة استجار الأرحام من متاعب و إشكالات قانونية و اجتماعية.

شروط التلقيح الاصطناعي:

مثلا سبق ذكره، فقد تضمنت الفقرة الثانية من نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، بيان الشروط الواجب مراعاتها للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي. و هي شروط تتماشى مع الضوابط الشرعية التي حددها علماء الفقه الإسلامي،⁽³⁾ فمتى تحققت كان الإنجاب صحيحا. هذه الشروط هي:

1- أن يكون الزواج شرعيا:

من المبادئ الأساسية لثبوت نسب الولد لأبيه، سواء ولد من إخصاب صناعي أو طبيعي، أن يكون نتاجا لعقد زواج شرعي صحيح. و بناء على ذلك، لا يجوز إجراء تلقيح صناعي بالنسبة للمرأة غير المتزوجة، وهذا شرط منطقي، إذ أن منع التلقيح الاصطناعي بين شخصين أجنبيين عن بعضهما البعض فيه حماية للشرف و صون للمجتمع من اختلاط الأنساب و ما يلحق ذلك

1- أجاز مجمع الفقه الإسلامي في قراره الخامس المتعلق بالتلقيح الاصطناعي و طفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة، المنعقدة في مكة المكرمة من 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404 هـ الموافق لـ 19 جانفي 1984، أجاز اللجوء إلى الأم البديلة متى كانت زوجة ثانية للزوج. فقرر ذلك في الفقرة (4) من البند 2 و نصها "إن الأسلوب السابع (الذي تؤخذ فيه النطفة و البويضة من زوجين و بعد تلقيحهما في وعاء الاختبار، تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم) يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة، وبالشروط العامة المذكورة". ثم استدرك المجلس في قراره الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة ما بين 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 19-28 جانفي 1985 حيث قرر سحب حالة الجواز هذه. راجع الموقع:

<http://www.islamiweb.net/fatwa/index.php?showfatwa&option=fatwald&id=5995>

2- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 410.

3- صفاء مشري، التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 32.

من أضرار وخيمة.⁽¹⁾ كما أن هذا الشرط يقوم على ترجيح - بصفة مطلقة- العلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية.⁽²⁾

ما يلاحظ من نص المادة 45 مكرر ق. أسرة أنها تحدثت عن " الزواج الشرعي". و بذلك فتح المشرع المجال للجوء إلى التلقيح الاصطناعي سواء كان عقد الزواج مسجلا في سجلات الحالة المدنية أو كان زواجا عرفيا غير موثق. لكن ما أغفل المشرع التطرق إليه، هو مدى إمكانية لجوء الزوجين المتزوجين بموجب عقد شرعي غير مسجل إلى التلقيح الاصطناعي و إثبات زوجيتهما بالشهود فقط،⁽³⁾ فهل ذلك جائز أم لا بد فيه من إثبات الزواج بموجب حكم قضائي؟⁽⁴⁾ تبقى مثل هذه التساؤلات مطروحة إلى غاية فصل المشرع فيها باستدراك نقائص المادة 45 مكرر ق. أسرة.⁽⁵⁾

2- أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين و أثناء حياتهما:

هذا الشرط في حقيقته يضم شطرين: كل منهما يعد شرطا في حد ذاته لقبول إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، حيث يجب أن تتم العملية بناء على رضا كل واحد من الزوجين. كما لا بد أن يكون إجراؤها خلال حياتهما الزوجية.

أ- رضا الزوجين:

يشترط لقبول إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن يكون ذلك بناءً على الرضا السليم لكل من الزوجين. و يشترط لصحة الرضا أن يكون مُصدره متمتعا بالأهلية الكاملة و يكون رضاه سليما

1- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 17.

2- د. تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 101.

3- العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص 20.

4- تنص المادة 22 من الأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 على: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...»

5- هذا الجدل من المرتقب أن تفصل فيه المادة 388 من مشروع قانون الصحة الجديد، حيث تشترط المادة وجود الضرورة الطبية ممثلة في العقم المؤكد طبيا و أن تتم العملية لزوجين مرتبطين قانونا و على قيد الحياة مع التشديد على استخدام مني الزوج و بويضات الزوجة دون غيرها. أنظر: إلهام بوتلجي، هكذا سيتم زرع الأجنة و انتقاء الجنس ممنوع، جريد الشروق اليومي، صادرة يوم الخميس 14 ماي 2015 الموافق لـ 25 رجب 1436هـ، عدد 4736، ص 5.

خاليا من عيوب الإرادة،⁽¹⁾ كما يجب أن يكون صريحا و يفرغ في شكل كتابي. و قد حدد المشرع الأهلية الكاملة ببلوغ 19 سنة كاملة.⁽²⁾ كذلك لا بد أن يكون الزوجان عالمين بعواقب العملية، فإن كانا كذلك، تكون قد أجريت بشكل مشروع، لأن الشرط الأساسي متوفر و هو الرضا.⁽³⁾

ب- أن يتم التلقيح أثناء حياتهما:

و خلفية نص المشرع على هذا النص هو منع اللجوء إلى بنوك النسل⁽⁴⁾ عند إجراء عملية التلقيح الاصطناعي لما قد يترتب عليه من إشكالات مثل اختلاط الأنساب⁽⁵⁾ و المساس بقواعد الميراث.⁽⁶⁾ كما أن القيام بعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، و إن كان من الثابت فيها أن الحيوانات المنوية هي من الزوج، فإنها رغم ذلك، تكون فيها مدة الحمل تتجاوز أقصاها. كملحظة على صياغة هذا الشرط، يمكن القول أنه يؤخذ على المشرع تركيزه على حياة الزوجين بدل حياتهما الزوجية. و لعلّه من الأصح أن يشترط إجراء التلقيح الاصطناعي أثناء قيام العلاقة الزوجية، حتى يتفادى بذلك إجراء التقنية بعد الوفاة و كذا بعد حل الرابطة الزوجية بالطلاق.

ج- أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة:

بنصه على هذا الشرط، فإن المشرع الجزائري قد بيّن أنه يأخذ بأسلوب التلقيح الاصطناعي اللذين قال بجوازهما الفقهاء المسلمون المعاصرون،⁽⁷⁾ وهما:

1- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2005، ص 48.

2- تنص المادة 40 فقرة (2) ق. مدني على: « و سن الرشد 19 سنة كاملة».

3- تعابني حنان، المرجع السابق، ص 65، 66.

4- كشف تحقيق قامت به جريدة الشروق اليومي مؤخرا عن واقع أن الجزائر - و خلافا لما هو معتقد- من الدول التي توجد بها بنوك لتجميد البويضات و النطاف. أنظر: نادية سليمان، فوضى بنوك النسل تشجع اختلاط الأنساب في الجزائر، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الثلاثاء 28 أبريل 2015، الموافق لـ 09 رجب 1436هـ، العدد 4721، ص 15.

5- باديس نيايبي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 32.

6- حيث أن حدوث الحمل و الولادة بعد وفاة الزوج فيه خرق لأحد أهم شروط الميراث، و هو تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث. راجع: د. فارس أبو حمزة، الموارث و الوصايا في الشريعة الإسلامية فقها و عملا، دار إيجا للنشر، د م ن، ط 3، 2003، ص 41. د. محمد علي الصابوني، الموارث في ضوء الكتاب و السنة، دار الحديث، مصر، د ت ن، ص 40.

7- مجمع الفقه الإسلامي، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، الدورة المنعقدة بمكة المكرمة من 28 ربيع الثاني إلى 01 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 19 إلى 28 جانفي 1985م. أنظر أيضا: د. محمد راتب النابلسي، هذه هي حالات التلقيح الاصطناعي المحرمة في الإسلام، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الجمعة 08 ماي 2015م، الموافق لـ 19 رجب 1436هـ، العدد 4731، ص 11.

* أن يتم التلقيح داخليا بأن تؤخذ نطفة الزوج و تحقن في الموضع المناسب من مهبل أو رحم زوجته ليتم الإخصاب و العلق فالحمل ثم الولادة، كالحال تماما في الاتصال الجنسي الطبيعي.

* أن يتم التلقيح خارجيا بأن يتم إخصاب بويضة الزوجة بنطاف زوجها ثم تزرع اللقيحة في رحمها ليحصل الحمل ثم الإنجاب. "و قد نص القانون على ذلك أخذا بتوصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة المؤسسة على اجتهاد مجلس مجمع الفقه الإسلامي".⁽¹⁾

إضافة إلى هذه الشروط الثلاثة، فإن من شراح قانون الأسرة من اشترط شرطا آخر، و هو أن يتم التلقيح إذا دعت إليه الحاجة القصوى،⁽²⁾ ذلك أن التلقيح الاصطناعي يعد في حد ذاته مخالفا للأحكام الشرعية العامة،⁽³⁾ و يقصد بها حفظ العرض، الذي هو أحد الضروريات الخمس التي حرص الشارع على إقامتها و بيان الأحكام لرعايتها و حفظها، و محله المرأة،⁽⁴⁾ وهي من تخضع لتقنية التلقيح الاصطناعي هنا. و لذلك فلا بد من ضرورة تبيح اللجوء إليه، لأن الأمور تعلل بمصالحها و الضرورات تبيح المحظورات.⁽⁵⁾

ثالثا: تقدير القاضي لثبوت نسب ولد التلقيح الاصطناعي:

بنصه على التلقيح الاصطناعي بمادة وحيدة، فإن المشرع أغفل التطرق إلى عدة نقاط جوهرية في الموضوع، نقاطاً بتيانها تتضح الرؤية فيما خص سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في التلقيح الاصطناعي و مدى جواز تدخله فيه إما لإثبات نسب الولد الناتج عنه، أو لنفيه.

فالمشرع لم يبين مدى وجوب توافر حالة الضرورة القصوى و السبب الجدي الذي يستدعي اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي كحل أخير يلجأ إليه الزوجان للإنجاب. هذا السبب يخضع في مدى جديته لسلطة قاضي شؤون الأسرة، الذي يكون له في هذه الحالة اللجوء إلى الخبرة، باعتبار تقنية التلقيح الاصطناعي و دواعيها مسألة علمية محضة،⁽⁶⁾ لإعداد تقرير من طرف

1- باديس نياي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

2- بوزيد خالد، المرجع السابق ص 27. بوغرة صالح، المرجع السابق، ص 15 . د. تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 98.

3- دليلهم في ذلك قوله تعالى: [قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴿٣٠﴾ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُنَّ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا] النور - الآية 30، 31.

4- د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 1، جمادى الثانية 1427هـ الموافق لـ جويلية 2006م، ج 1، ص 193.

5- د. تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 98.

6- تنص المادة 125، قانون الإجراءات المدنية على: « تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي».

الخبراء المتخصصين يكون للقاضي بموجبه تقدير توافر حالة الضرورة للجوء إلى التلقيح الاصطناعي من عدمها، لأن هذا و كما سبق ذكره، يعد خروجاً عن المبادئ العامة و غير متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية،⁽¹⁾ التي تعد المصدر الأول الذي يستمد منه قانون الأسرة أحكامه. من جهة ثانية، أغفل المشرع التعرض إلى موضوع الأثر المترتب عن مخالفة شروط إجراء التلقيح الاصطناعي، و هي بدورها مسألة جوهرية في توضيح مدى إمكانية تدخل القاضي بموجب سلطته التقديرية للفصل في النزاعات الناشئة عن التلقيح الاصطناعي.

"لا شك أن تأخر إحدى الشروط الواجب توافرها عند اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يؤدي إلى نفي النسب و القول بعدم شرعيته و ذلك بمفهوم المخالفة، رغم أن المشرع الجزائري لم يوضح و لم ينص على ذلك".⁽²⁾ و على هذا فلا يثبت النسب لطفل التلقيح الاصطناعي بتخلف شرط من الشروط التي قررتها المادة 45 مكرر و لو لم يرد ذلك في صريح نصها.⁽³⁾

وعليه، يكون للقاضي السلطة التقديرية للنظر في صحة و شرعية الزواج أو انتقائه، كما قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19/11/1984،⁽⁴⁾ حيث يجوز للقاضي الاستعانة بالشهود و سماع الطرفين للتأكد إما من صحة الزواج أو عدمها، فمتى تبين وجود زوجية قائمة ثبت نسب طفل التلقيح الاصطناعي إعمالاً لقاعدة: "الولد للفرش".⁽⁵⁾ و متى تبين للقاضي أنه لا زواج فإن النسب ينتفي قياساً على أن: « كل ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت به نسب الولد ». ⁽⁶⁾

و على خلاف شرط الزواج الشرعي، فإن تخلف شرط رضا الزوجين عن عملية التلقيح الاصطناعي يطرح إشكالات أكبر لا بد للفصل فيها من تدخل المشرع بنصوص حاسمة، خاصة أن انعدام الرضا أو المساس به يُعد اعتداءً على الشخص و يأخذ وصفاً جزائياً. ما يجعلنا نتساءل حول مدى إمكانية تكليف التلقيح دون رضا على أنه فعل مخل بالحياة، باعتبار أن الأخير هو كل فعل ما عدا الاتصال الجنسي يمارس على جسم شخص، و من شأنه أن يشكل إخلالاً بالآداب.⁽⁷⁾

1- د. تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 98.

2- باديس نياي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء القانون الجزائري المرجع السابق، ص 29.

3- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 488.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم 34046، قرار مذكور سابقاً.

5- حديث سبق تخريجه.

6- المحكمة العليا، القرار السابق نفسه.

7- د. بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، ط 15، 2012-2013، ج 1، ص 111.

كذلك هو الحال بالنسبة لعدم احترام شرط إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين،⁽¹⁾ حيث تتبعه إشكالية ثبوت نسب الولد. يقول د. أحمد محمد لطفي أحمد في عرضه لرأي الفقه الغالب حول مسألة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة: "إن هذه الحالة تعتبر غير جائزة شرعا و قد دل على عدم جوازها أقوال الفقهاء الواردة في هذا الشأن، كما أن العلاقة الزوجية... تنتهي بمجرد وفاته، و تصبح المرأة متوفى عنها زوجها و بالتالي يزول عنها وصف الزوجية ومعلوم أن الحمل لا يكون إلا من زوجة أضف إلى ذلك أن هذه الصورة تؤدي إلى الاختلاط في الأنساب..."⁽²⁾

لكن و فيما خص ثبوت نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة، و باعتبار التلقيح قد قيس في جوازه على الاستدخال الذي هو حقن ماء الرجل في الموضع الصحيح من امرأته، و هو مثبت للنسب،⁽³⁾ فإن الدكتور لطفي أحمد يقول بأن الشافعية⁽⁴⁾ قد أثبتوا النسب لولد التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة: "فمن النصين السابقين، يظهر أن الشافعية و إن لم يجيزوا هذه الصورة إلا أنهم أثبتوا النسب للطفل، و لعل ذلك يكون راجعا لسببين:

* أن المني هنا محترم اكتفاء،⁽⁵⁾ باعتبار حالة الإنزال فقط، لاحترامه شرعا دون حالة الاستدخال.
* أن العلوق و إن لم يكن قد تم في حياة السيد - أو الزوج- إلا أنه اكتفي بوجود أصل الجنين و هو الماء المحترم عند موت السيد. هذا فيما يتعلق بالتلقيح بعد الوفاة".⁽⁶⁾

من جهة أخرى، إذا قلنا أن نسب الولد في هذه الحالة ينتفي قياسا على تجاوز الحمل لأقصى مدته، فإننا نكون أمام تناقض، حيث أن فوات أقصى مدة الحمل قرينة على أن الولد ناشئ من

1- لعلّ الأصح أن نقول الزوج و ليس الزوجين، ذلك أنه لا يجوز اللجوء إلى الأم البديلة، و على هذا فليس للزوج إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة زوجته بينما يكون الأمر ممكنا إذا أرادت الزوجة بعد وفاة زوجها و كان لهذا رصيد لدى إحدى بنوك النطاق.

2- د. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 105، 106.

3- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 488.

4- استدل الدكتور لطفي أحمد بنصين من مؤلفي: نهاية المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد بن شهاب الدين الرملي، طبعة دار الفكر، بيروت، ج 8، ص 43، و حاشية البيجرمي علي الخطيب، ج 4، ص 446.

5- معنى كون المني محترما حال خروجه أن يخرج الزوج بطريق مشروع كأن يكون أخرجه لزوجته، و معنى كون الاستدخال محترما أي مشروعا، و تتحقق هذه المشروعية إذا وجدت علاقة زوجية تربط صاحب المني بالمرأة التي أرادت استدخال منيه. أنظر: د. هلاي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 541.

6- د. أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص 107.

علاقة غير شرعية و هو ليس من ماء الزوج، بينما في التلقيح الاصطناعي، فإن المني الذي تخصب به البويضة و يأتي منه الولد هو مني الزوج دون غيره، و هنا نتساءل في ظل صمت المشرع عن مدى اعتبار الإخلال بشرط التلقيح أثناء حياة الزوجين نافيا للنسب، خاصة و أن الأصل في الأخير الاحتياط في ثبوته ما أمكن حفاظا على الحقوق المرتبطة به، فهو يثبت مع الشك و يبني على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأي وجه حملا لحال المرأة على الصلاح و إحياءً للولد.⁽¹⁾

أما عن الإخلال بشرط التلقيح بماء الزوجين فإن الفصل فيه لا يعرف إشكالات تذكر، و ليس على القاضي الاجتهاد فيه و التقدير للتوصل إلى حل النزاع، فإذا تم التلقيح بغير ماء الزوج، كان في ذلك معنى الزنا، و يأخذ المولود في نسبه حكم الولد المولود لعلاقة غير شرعية، فلا ينسب لا إلى الزوج و لا إلى صاحب الماء، لأنه ولد زنا و لا يتمتع ولد الزنا بما للأبناء الشرعيين من حقوق على الوجه المطلق.⁽²⁾

و يمكن القول بأن الوجه الوحيد الذي تبرز من خلاله السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في ظل صياغة المادة 45 مكرر ق.أسرة، يكون عن طريق الرجوع إلى نص المادة 40 فقرة (2) للاستعانة بالطرق العلمية ممثلة في تحاليل البصمة الوراثية، للبحث في نسب ولد التلقيح الاصطناعي المتنازع فيه.⁽³⁾

بناء على ما سبقت دراسته في هذا المبحث، يتبين أن للقاضي سلطة تقديرية في مجال إثبات النسب في جزئيات صغيرة، لكنها عظيمة الأهمية، و هذا سعيا لإثبات النسب للولد ما أمكن، فهل الحال كذلك في مجال نفي النسب أم أنها تختلف؟

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 202430، قرار مذكور سابقا. أنظر أيضا في نفس الفكرة: محكمة النقض المصرية، قرار بتاريخ 1997/06/24، طعن رقم 182 سنة قضائية 63، و كذا: قرار بتاريخ 1997/01/27، طعن رقم 47، سنة قضائية، 63. نقلا عن: د. حسن حسنين، المرجع السابق، ص 391.

2- د. حسن حسنين، المرجع السابق، ص 374.

3- راجع: د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 106. راجع أيضا في الفكرة نفسها: حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 35.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل نفي النسب:

سبق القول أن النسب يثبت بعدة طرق، منها ما هو شرعي قديم، و منها ما هو علمي حديث. و السبب في تعداد جميع تلك الطرق هو تحري إثبات النسب و التسامح فيه ما أمكن، حفظا لحقوق الولد، و رعاية لشرفه و عرضه في مجتمعه. فإثبات النسب إحياء و تكريم للولد، و نفيه قتل و إذلال له.

في المقابل، فإن الطرق التي ينتفي بها النسب منها كذلك ما هو شرعي، و منها ما هو علمي. و من منطلق قاعدة إحياء الولد التي يتكرر ذكرها في مسائل النسب، فإن الباحث فيها يتساءل حول مدى تأثير هذه القاعدة على طرق نفي النسب من حيث أنواعها و أحكامها و جميع ما يتعلق بها من جزئيات، هذا من جهة. من جهة أخرى يطرح التساؤل كذلك حول سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير انتفاء النسب، فبناء على دراسة المبحث السابق، يتجلى أن القاضي يحاول ما أمكن أن يثبت النسب للولد إعمالا للقاعدة المذكورة أعلاه، فهل معنى ذلك أن قاضي شؤون الأسرة يكون مقيدا في مجال نفي النسب بحيث لا تكون له فيه سلطة تقديرية على الوجه المطلق؟ نتساءل كذلك في هذا الموضوع عن الوسائل الشرعية التي أخذ بها المشرع كطرق نافية للنسب في ظل الصياغة المبهمه التي أورد بها نصوص قانون الأسرة في هذا المجال، فهل هي اللعان حصرا أم أنه توجد طرق أخرى غيره؟ و بالنسبة للطرق العلمية الحديثة - ممثلة في البصمة الوراثية- فهل تعتبر وسيلة مثبتة للنسب فقط أم يجوز اعتمادها حتى في نفيه؟

هي جميعا تساؤلات على قدر من الأهمية، نحاول الإجابة عنها من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: يتعلق بتقدير القاضي للطريق الشرعي لنفي النسب، مع تبيان المقصود به و كذا مختلف الأحكام المتصلة به.
- المطلب الثاني: حول الطرق العلمية الحديثة و مدى الاعتداد بها في نفي النسب و منزلتها من الطريق الشرعي لنفي النسب.

المطلب الأول: تقدير القاضي للطرق الشرعية لنفي النسب:

"الأصل أنه إذا تم الزواج صحيحا و أمكن الاتصال بين الزوجين و مضت المدة الكافية التي تطلبها الشرع و القانون... ثبت النسب".⁽¹⁾ فنسب الولد إلى أبيه حق محفوظ له بالشرع و القانون صونا للأنسب من الاختلاط و حفظا لها من الفساد، فإذا ثبت، لم ينتف إلا بالطرق الشرعية المقررة لذلك.⁽²⁾

و الطرق الشرعية لنفي النسب لم يبيّن المشرع الجزائري المقصود بها بالتحديد، بل أبقى على النص القانوني المتعلق بها غامضا غير واضح، حيث استعمل عبارة "الطرق المشروعة" و هي عامة تحتل عدة معاني،⁽³⁾ و جاء ذلك في نص المادة 41 ق. أسرة: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة».

لكن و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا بهذا الشأن، نجدها فصلت في المقصود بالطرق المشروعة لنفي النسب، و حصرتها في الطريق الوحيد الذي قرره الشريعة الإسلامية، و هو اللعان،⁽⁴⁾ فقررت بتاريخ 1999/06/15 أنه: «... و متى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام العلاقة الزوجية... و من ثم فإن العصمة بينهما قائمة و الزواج شرعي و ثبت نسب التوأمين لأبيهما لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعة، و عليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا».⁽⁵⁾

على هذا الأساس، فإن موضوع تقدير القاضي للطرق الشرعية لنفي النسب يستوجب التطرق بالدراسة إلى أحكام اللعان من حيث المقصود به و شروطه، أسباب اللجوء إليه (الفرع الأول)، ثم بيان كفيته و الآثار المترتبة عنه (الفرع الثاني).

1- د. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1429هـ- 2008م، ص 237.

2- غرابوي نعيمة، الحقوق غير المالية بين الزوجين و آليات حمايتها، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 43، 44.

3- بوغرارة صالح، المرجع السابق، ص 20.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35326، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1990، ص 83.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 222674، قرار مذكور سابقا.

الفرع الأول: أحكام اللعان:

اللعان هو الطريق الشرعي الذي يكون للرجل بواسطته أن ينفي عنه نسب الولد الذي تأتي به زوجته، هذا ما قرره المحكمة العليا كما سبق القول. و لم يفصل المشرع الجزائري في موضوع اللعان على الوجه المطلق، بل اكتفى بالإشارة إليه في صلب المادة 41 ق. أسرة بالعارة الطرق المشروعة. و على هذا الأساس، فإن القاضي عند نظره في قضية نفي النسب باللعان يتعين عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما تقضي به المادة 222 ق. أسرة. من هذا المنطلق، فإننا نحاول فيما يلي الرجوع إلى هذه الأحكام لبيان المقصود باللعان و شروطه و كذا أسباب اللجوء إليه.

أولاً: المقصود باللعان:

نظرا لخطورة موضوع الأنساب و قذفها بالانتفاء، فقد جعل الشرع لنفيها طريقا واحدا لا غير، و هو اللعان.

و اللعان في اللغة مصدره من اللعن، و هو الإبعاد و الطرد من الخير، و قيل الطرد من الله. و الملاعنة تكون بين اثنين فصاعدا. (1) يقال لعن فلانا، أي أخزاه و سبه و أبعده من الخير. (2) أما في الشرع و الاصطلاح، فيعرفه الدكتور نصر فريد محمد واصل، مفتي الديار المصرية سابقا، بأنه: "كلمات معلومة جُعِلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه و ألحق العار به، أو إلى نفي نسبه". (3)

و قد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية المشهورة في تعريف اللعان لاختلافهم حول طبيعته الشرعية، بين قائل بأنه أيمان و قائل بأنه شهادات، فقال الحنفية و الحنابلة بأنه شهادة مؤكدة بالأيمان، و قال المالكية بأنه حلف الزوج على رؤيته زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، أما الشافعية فتوقفوا عند كونه كلمات معدودة للقذف بالزنا أو نفي النسب. (4)

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1، د ت ن، المجلد 13، ص 388، 389.

2- منجد الطلاب، المرجع السابق، ص 685.

3- د. نصر فريد محمد واصل، أحكام الإيلاء و الظهار و اللعان في الإسلام، المكتبة التوفيقية، د م ن، 1420هـ - 1999م، ص 47.

4- عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، الجزء الثاني، 1410هـ - 1990م، ص 775، 776.

و أياً كان الاختلاف حول اللعان و تكييفه أيمين أم شهادة، فإن المتفق عليه فيه أنه الطريق الوحيد الذي شرع لنفي النسب.

أما عن مشروعية اللعان، فقد ورد دليلها في الكتاب و السنة. فمن الكتاب قوله تعالى: [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾].⁽¹⁾ أما من السنة فأدلة تشريع اللعان عديدة، منها ما ذكره البخاري أن هلال بن أمية قذف امرأته عند رسول الله صلى الله عليه و سلم بشريك بن سمحاء. فقال النبي صلى الله عليه و سلم: [البينة أو حد في ظهرك]. فقال: "يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟" فجعل رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: [البينة أو حد في ظهرك]. فقال: "و الذي بعثك بالحق إني لصادق، و لينزلن الله ما يبئري ظهري من الحد". فنزل جبريل عليه السلام و أنزل عليه: [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ] الآيات. فانصرف النبي صلى الله عليه و سلم إليها، فجاء هلال، فشهد و النبي صلى الله عليه و سلم يقول: [إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟]. فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وقفوها و قالوا إنها موجبة. قال ابن عباس: فتلكأت و نكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم، فمضت. فقال النبي صلى الله عليه و سلم: [أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الأليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء]. فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: [لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن].⁽²⁾

و الحكمة من تشريع اللعان تكمن في أهمية الأنساب و الأعراض و حق كل واحد من الزوجين في حفظ نسبه من أن يلحق به من ليس منه و حفظ عرضه من كل قرح و قذف. فجعل الشارع اللعان سبيلاً ليدفع كل طرف عن نفسه أمراً جلالاً، فهو حق للمرأة دفعا للعار عنها بقذفها بالزنا عند نفي النسب، و حق للزوج لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه.⁽³⁾

1- سورة النور - الآيات من 6 إلى 9.

2- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 3، 1418هـ - 1998م، ج 5، ص 322.

3- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1415هـ - 1994م، ج 4، ص 191.

لكن اللعان و لما يرتبه من آثار بالغة الوقع على النسب خصوصا و الزوجية عموما (كما سيأتي بيانه لاحقا)، لابد لإجرائه من شروط معينة حتى يكون مقبولا.

ثانيا: شروط اللعان:

ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية - و من بعدهم فقهاء الأحوال الشخصية- شروطا لابد من تحققها بين المتلاعنين، حتى يكون اللعان مقبولا مرتبا لآثاره الشرعية. فاشتراطوا أن يكون كل واحد من الزوجين ممن تقبل شهادته، لأن اللعان شهادة،⁽¹⁾ و أن يكون القاذف ممن يحد على قذفه، فلا يقبل لعان الصبي،⁽²⁾ كما اشتراطوا أن يكون القذف موجبا للحد بأن تكون المقذوفة محصنة.⁽³⁾ لكن أهم هذه الشروط تتمثل في:

1- أن يكون بين المتلاعنين زوجية قائمة:

يشترط للملاعنة أن توجد علاقة زوجية صحيحة قائمة بين الزوجين، حقيقة أو حكما.⁽⁴⁾ كما يجب أن يكون الزوج معترفا بقيام الزوجية،⁽⁵⁾ لأنه بإنكاره لها نكون أمام إجراءات أخرى تتعلق بإثبات عقد الزواج، فإن ثبت تبعه ثبوت النسب وجوبا لإقامة الحجة على الزوج، أما إن انتفى، انتفى النسب حتما لأن "الولد للفراش و للعاهر الحجر".⁽⁶⁾

و باشتراط قيام الزوجية، فإنه لا لعان بين المطلقة بائنا و طليقتها، فلو قذفها الزوج بالزنا أو بانتفاء الولد ثم طلقها طلاقا بائنا قبل ملاحقتها، فلا تقبل ملاحنته لها. على أن المطلقة رجعيلا لا يمنع لعانها، لأن الطلاق الرجعي لا يرفع الملك و لا يزيل الحل.⁽⁷⁾ هذا عن الزواج الصحيح. أما الزواج الفاسد (الذي سبق و أن قلنا أن المقصود به عند الفقهاء هو الزواج الباطل)، فالمسألة فيه خلافية بين فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة. فذهب الحنفية إلى أن من تزوج امرأة

1- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الطو، دار عالم الكتب، الرياض، د ن ت، ج 11، ص 123.

2- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عند الإمام عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1415هـ - 1994م، ج 2، ص 355.

3- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ن ت، ج 7، ص 40.

4- د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 453.

5- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 378.

6- حديث سبق تخريجه.

7- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، دار الفكر العربي، د م ن، ط 1976، ص 120.

زواجا فاسدا ثم قذفها بنفي النسب، لم يلاعنها لعدم قيام الزوجية،⁽¹⁾ إذ أن النكاح الفاسد ليس نكاحا حقيقيا، وكذلك الموطوءة بشبهة.⁽²⁾ أما المالكية⁽³⁾ و الشافعية⁽⁴⁾ و الحنابلة،⁽⁵⁾ فذهبوا إلى أن الملاعنة تجوز إذا كان القذف بنفي نسب الولد، لأن فيه الحاجة إلى قطع النسب عنه لولد يلحقه دون رضاه، و النسب يثبت بالنكاح الفاسد و لشبهة كما في النكاح الصحيح. على هذا، فإن القاضي ينظر و يقدر في مدى حقيقة وجود الفراش، صحيحا كان أو فاسدا، و إلا فلا لعان.

2- أن يكون المتلاعنان مسلمين مكلفين:

فاللعان يؤدي إلى فسخ النكاح، أي أنه مثل الطلاق، فمن يجوز منه الطلاق، يصح منه اللعان.⁽⁶⁾ و بذلك لا بد أن يكون المتلاعنان عاقلين بالغين، فلا لعان للصبي غير المكلف.⁽⁷⁾ و لا لعان أيضا لغير المسلمة، كونها غير محصنة، و لا يستوجب قذفها حدا،⁽⁸⁾ فاللعان إنما هو قائم مقام حد القذف في حقه، إن كذب و صدقت، و قائم مقام حد الزنا في حقها، إن صدق و كذبت.⁽⁹⁾ كذلك يشترط لصحة اللعان و قبوله - عند القول بأنه شهادة- أن لا يكون أحد الطرفين محدودا لقذف، لأن هذا لا تقبل شهادته أبدا،⁽¹⁰⁾ كما قرر ذلك الشارع الحكيم.⁽¹¹⁾

1- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 200.

2- علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق و تعليق علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 2003م-1426هـ، ج 5، ص 43، 42. أنظر أيضا: زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنائز الدقائق، د م ن، د ت ن، ج 4، ص 123.

3- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د ت ن، ج 2، ص 475.

4- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبطه و صححه ووضع حواشيه عمر زكريا عميرت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ-1995م، ج 3، ص 85.

5- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 123.

6- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 378.

7- الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 2، ص 335.

8- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 121.

9- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنائز الدقائق، المصدر السابق، ج 4، ص 122.

10- السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 7، ص 41.

11- قال تعالى: [وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤٤﴾]. سورة النور - الآية 4.

3- التعجيل بنفي نسب الولد:

فيكون النفي إما عند علم الزوج بالحمل، أو الولادة. و ذهب الشافعية إلى جواز تأخير اللعان عند العلم بالحمل إلى وضعه حتى يكون الملاحن على يقين إلا إن كان ذلك لاحتمال موت الحمل قبل ولادته، فإن حقه في النفي يسقط.⁽¹⁾ و خالف المالكية، فقالوا بوجوب اللعان فوراً عند العلم بالحمل، فإن سكت عنه، عدّ ذلك إقراراً ضمنياً بنسبه، فيلحقه الولد.⁽²⁾ هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا.⁽³⁾ كذلك يعتبر الوطاء بعد رؤية الحمل اعترافاً به، و لا يجوز بعده نفي الحمل باللعان.⁽⁴⁾ و قد قررت المحكمة العليا أن اللعان يكون له فترة قصيرة بعد العلم بالحمل أو الوضع، و ليس بعد مرور عدة أشهر.⁽⁵⁾ و قدرت في عديد قراراتها مدته بثمانية أيام،⁽⁶⁾ فجاء في أحدها أنه: « من المقرر قانوناً أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام. ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة شرعاً وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلاً قاطعاً، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء. وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.⁽⁷⁾

1- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 84.

2- الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 2، ص 356.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35326، قرار مذكور سابقاً.

4- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 378.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 70.

6- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 121023، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، نشرة القضاة، عدد (55)، ص 168.

7- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم 99000، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 64.

من ناحية ثانية، فقد يقع الزوج في ظروف خاصة أو حالات قاهرة تحول دون تمكنه من إجراء اللعان في المدة المقررة له. ففي هذه الحالة، يجوز أن تراعى ظروفه هذه، فتخضع في مدى جديتها إلى السلطة التقديرية للقاضي، و الذي بتجاهله لها يكون حكمه عرضة للنقض: « من المقرر شرعا و فقها وجوب التعجيل باللعان، غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة. و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

و عليه، فإذا تبين للقاضي أن أحد الزوجين لم يكن مكلفا (كأن يكون مجنوناً) أو لم تكن الزوجة مسلمة (محصنة)، إلا أن تكون كتابية،⁽²⁾ أو لم يبادر الزوج إلى نفي الحمل مباشرة خلال المهلة المحددة فقها له، فإنه لا يلاعن بين الطرفين لتخلف شروط اللعان، و يثبت النسب للولد.

4- أن لا يقر الزوج بنسب الولد:

سبق القول بأن الإقرار بالنسب يثبت ثبوتا لا يقبل الانتفاء لأن النسب لا يفسخ بعد ثبوته،⁽³⁾ فكل نسب أثبته الإقرار لا ينتفي بعد ذلك.⁽⁴⁾ على هذا الأساس، فإن سكوت الزوج عن نفي النسب بعد علمه بالحمل أو الولادة يعد إقراراً منه بنسب الولد،⁽⁵⁾ و لا يقبل منه اللعان بصرف النظر عن كونه إقراراً بصريح اللفظ، كأن يقول هذا ولدي أو يبلغ الجهات المختصة بواقعة الولادة لتسجيل الولد،⁽⁶⁾ أو بالسكوت عنه مع إتيان أعمال من شأنها الدلالة على إقراره بنسب الولد. و أشهر مثال أتى به فقهاء الشريعة هو قبول التهئة. يقول الإمام الفيروز أبادي رحمه الله: "و إن هنا رجل

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 16/07/1990، ملف رقم 76343، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (03)، 1991، ص 75.

2- قال الإمام مالك بملاعنة النصرانية لدفع نسب الولد فقط و لا يلاعنها فيما دون ذلك. أنظر: الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 2، ص 354.

3- د. محمد محده، المرجع السابق، ص 432.

4- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 201.

5- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 162.

6- د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 143.

بالولد فقال بارك الله لك في مولودك و جعله الله لك خلفا مباركا، و أمن على دعائه أو قال استجاب الله دعاءك، سقط حقه من النفي لأن ذلك يتضمن الإقرار به".⁽¹⁾
و بذلك فلا بد لقبول اللعان أن يكون نفي النسب معتبرا، أي لا يسبقه ما يدل على الإقرار بالولد صراحة أو ضمنا.⁽²⁾

5- أن يكون نفي نسب الولد عن يقين:

يقصد بهذا الشرط أن يكون الزوج متأكدا من أن حمل زوجته ليس منه أو غلب على ظنه ذلك. و تتحقق هذه الحال بأن يكون الزوج لم يتصل بزوجه على الوجه المطلق بعد استبرائها، أو تأتي بالولد لأقصى مدة الحمل بعد فراقه لها، أو أن يكون الزوج مريضا مرضا لا قدرة له معه على الإنجاب... و قد ذهب الإمام ابن رشد القرطبي إلى وجوب كون الملاحن متيقنا من أن الولد ليس لصلبه، فقال رحمه الله: "و إذا نفي الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها".⁽³⁾

فيجب أن يكون الزوج على يقين بأن الولد ليس ولده إذا أراد أن يلاعن، و ذلك حتى لا يحرم الولد من حقه في ثبوت النسب.

مما سبق، فإن سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في اللعان - نظرا لخطورته و حساسيته- تكون مقصورة على مراقبة مدى تحقق هذه الشروط و البحث في مدى صحتها و فقط. فإن تحققت صح اللعان و انتفى النسب، و إن تخلف بعضها لم يكن النفي جائزا.

ثالثا: أسباب اللجوء إلى اللعان:

اللعان شرع لسببين: إما قذف الزوج زوجته بالزنا، و إما لنفي الحمل أو الولد المولود لفراشه عنه، و لو كان من وطء شبهة أو نكاح فاسد.⁽⁴⁾ و باعتبار موضوعنا عن انتفاء النسب، فإن اللعان للقذف بالزنا يخرج عن دائرة دراستنا.

بالرجوع إلى نص المادة 41 من ق. الأسرة، نجد أنها قررت انتفاء النسب - بطريق مفهوم المخالفة- بسقوط أحد شرطين: شرط تحقق مدة الحمل، أو شرط إمكان الاتصال.

1- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 84.

2- د. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 390.

3- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 6، 1402هـ - 1982م، ج 2، ص 116.

4- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 523.

بالنسبة لاختلال مدة الحمل بأن يولد الولد لأقل من ستة أشهر من يوم الدخول أو إمكانه أو لأكثر من عشرة أشهر من يوم الفرقة، فإن النسب في هذه الحالة ينتفي مباشرة دون حاجة إلى اللجوء إلى اللعان، هذا ما أجمع عليه الفقهاء،⁽¹⁾ وقررت المحكمة العليا.⁽²⁾

أما بالنسبة لاختلال ثاني الشرطين، وهو شرط إمكان الاتصال، فيكون تخلفه لإحدى حالتين: أن يكون الزوج غير قادر على الوطء و الإنجاب، أو أن لا يمكن التلاقي بينه و بين زوجته بعد الدخول. و كلتا الحالتين قررت المحكمة العليا أن النسب لا يُكتفى لانتقائه بتحققها، بل لابد فيه من الملاعنة بين الزوجين.

هذا ما نحاول تبيانه على النحو الآتي:

1- اللعان لعدم إمكان الإنجاب:

عدم الإنجاب "هو العذر الظاهر الذي عرف به الزوج، كما إذا كان مجبوا⁽³⁾ أو مريضا مرضا منها أو صغيرا لم يحتلم بعد".⁽⁴⁾ و لما كان المشرع الجزائري اشترط في الزواج أهلية طرفيه ببلوغهما سن 19 سنة كاملة، أو ترخيص القاضي لمن كانا أقل من ذلك بعد تأكده من قدرتهما على الزواج،⁽⁵⁾ فإن صغر السن لا يعد داخلا في حالات عدم القدرة على الإنجاب.

بالنسبة لفقهاء المذاهب المشهورة، فقد اختلفوا حول عدم القدرة على الإنجاب، هل هو سبب كاف وحده لانتفاء النسب، أم لابد فيه أن يلتجأ الزوج إلى اللعان.

اختلف فقهاء الشافعية حول انتفاء الولد المولود لفراش المجبوب، و الرأي الأرجح عندهم أنه يلزمه و لا ينتفي النسب عنه إلا باللعان لوجود احتمال الحمل منه.⁽⁶⁾ كذلك قال الحنفية بأن عدم القدرة على الإنجاب ليست عذرا لنفي النسب كون ثبوت الفراش ملزما له، حتى لو طالبت الزوجة بالفرقة من زوجها المجبوب العاجز عن الوطء، فلا ينتفي النسب إلا باللعان.⁽⁷⁾

1- فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 161.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/01/22، ملف رقم 57756، قرار مذكور سابقا. أنظر أيضا: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 69798، الاجتهاد القضائي غ أش، مجلة قضائية عدد (03)، 1994، ص 54.

3- المجبوب هو الخصي الذي استوصل ذكره و خُصياه، و قد جُبَّ جبًّا. أنظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق المجلد الأول، ص 249.

4- د. أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة و القانون، دار القلم، الكويت، ط 1، 1403هـ - 1983م، ص 272.

5- راجع المادة 07 فقرة أولى من قانون الأسرة. (سبق تفصيلها).

6- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 79.

7- د. أحمد حمد، المرجع السابق، ص 272.

أما المالكية فذهبوا إلى أن الزوج لو كان لا يتأتى منه الحمل لكونه صبيًا أو خصيًا أو من باب أولى مجبويا و ولدت زوجته، فإن النسب ينتقي و لا يلزمه الولد.⁽¹⁾ كذلك قال الحنابلة أن الرجل لو كان مجبويا فلا حاجة باللعان لنفي النسب عنه، أما لو كان مقطوع الذكر فقط فعليه باللعان لاحتمال الإنجاب منه.⁽²⁾

على هذا الخلاف الفقهي، فإن المحكمة العليا ذهبت إلى أن نفي النسب لعدم إمكان الاتصال الجنسي لا يُقبل منفردا عن اللعان، فاعتبرت أن إثبات الزوج عدم قدرته على الوطاء بالشهادة الطبية غير كاف و لا قطعي لنفي النسب عنه، فقررت أنه: « من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء...».⁽³⁾

من هذا المنطلق، فإن عدم الإنجاب لا يعد عذرا مقبولا لنفي الولد إلا إذا اقترن به اللعان المحققة شروطه.

2- اللعان لعدم التلاقي:

و يقصد بذلك إمكان الدخول، و التلاقي بين الزوجين يتحقق بالخلوة الصحيحة.⁽⁴⁾ و باعتبار المشرع قرر في المادة 41 من قانون الأسرة أن النسب لا يثبت إلا بالدخول، فإن عدم التلاقي الذي نريد هنا هو الحاصل بعد الدخول أو تحقق إمكانيته. و مثاله أن يكون الزوج غائبا أو مزاولا لعمل يبعده عن مقر الزوجية.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة كذلك بين مشرط للعان، و مكثف بتحقيق عدم التلاقي للقول بانتفاء نسب الولد عن الزوج.

1- د. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان، د ت ن، د م ن، ج 3، ص 66.

2- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 169.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم 99000، قرار مذكور سابقا.

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 483.

ذهب الشافعية إلى أنه إذا لم يمكن اجتماع الزوجين على الوطاء بأن كانت بينهما مسافة، انتفى النسب من غير حاجة إلى اللعان، لأن الولد لا يمكن أن يكون منه.⁽¹⁾

أما المالكية فقالوا بأنه لو تزوج رجل بامرأة و لم يجتمع إليها ثم ولدت فأنكر ولدها و أصرت على أنه منه، فسنتهما سنة الملاعنة لأنه قد يغشاها سرا.⁽²⁾ غير أنهم قالوا بأنه إذا كان من غير الممكن اجتماعهما على الوجه الأكيد بأن يكون الزوج مسجوناً أو في بلد آخر، و وضعت زوجته التي لم تزره في سجنه أو تسافر إليه في بلده، فالنسب ينتفي دون لعان.⁽³⁾ و ذهب الحنفية إلى وجوب اللعان، باعتبار النسب يثبت بمجرد العقد من غير اشتراط للدخول،⁽⁴⁾ فلو امرأة ولدت و زوجها غائب ثم رجع فأنكر الدخول و النسب، فعليه باللعان.⁽⁵⁾

و ذهب الحنابلة إلى أن النسب ينتفي لعدم الاجتماع و التلاقي دون حاجة للجوء إلى اللعان، فلو تزوج مشرقي مغربية ثم جاءت بولد، لم يلحقه.⁽⁶⁾

من جهتها، ذهبت المحكمة العليا إلى أن الزوج الذي يدعى عدم اجتماعه بزوجه لغيبته أو سفره، و انتفاء نسب الولد الذي تضعه لفراشه، لا يكون أمامه - لنفي النسب- إلا اللجوء إلى الطريق الشرعي لذلك - أي اللعان-، فقررت بتاريخ 1997/07/08 أنه: « من المقرر شرعا أن الولد للفراش و للعاهر الحجر. و من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام.

و متى تبين - من قضية الحال- أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينف النسب بالطرق المشروعة و أن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة...».⁽⁷⁾

1- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 79.

2- الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 2، ص 353.

3- د. الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 66.

4- د. جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 61.

5- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 199.

6- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 168.

7- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/07/08، ملف رقم 165408، الاجتهاد القضائي غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 67.

و حتى لو كان البعض يرى أن المنطق السليم يقتضي نفي النسب في مثل هذه الحالة دون لعان،⁽¹⁾ إلا أننا نرى سلامة هذا الاجتهاد القضائي، كونه خادما لقاعدة إحياء الولد.

الفرع الثاني: إجراءات اللعان و آثاره:

متى كان اللعان مستوفيا لشروطه بأن يكون بين شخصين مكلفين غير محدودين في قذف، مرتبطين بعقد زواج شرعي، و لم يكن الزوج قد أقرّ نسب الولد أو سكت عنه بعد العلم بالحمل أو الوضع، و قائما على سبب جدي وجيه... فإنه لا يكون أمام الزوج الذي يريد نفي الحمل أو الولد عنه، إلا الالتجاء إلى القضاء برفع دعوى قضائية، تتقرر بموجبها الملاعنة بين الزوجين. لكن اللعان لا يُكتفى فيه لصحته بتوافر هذه الشروط فقط، بل لابد فيه من اتّباع إجراءات معينة، تكون بمثابة شروطه الشكلية. هذه الإجراءات لم يأت المشرع على ذكرها، مثلها مثل باقي أحكام اللعان الأخرى، الأمر الذي يستوجب البحث فيها عند فقهاء الشريعة الإسلامية. من جهة أخرى، فإنه بتحقق شروطه و تمام إجراءاته، كما سيأتي تفصيلها، تتحقق جملة من النتائج عن اللعان، و هي تمثل آثاره الشرعية.

جميع هذه المسائل نحاول توضيحها على النحو الآتي.

أولاً: إجراءات اللعان:

حتى تقبل الملاعنة لابد فيها أن تتم باتّباع إجراءات محددة قررها فقهاء الشريعة الإسلامية كما كرستها المحكمة العليا في اجتهاداتها و قررت عدم قبول اللعان إلا باتّباعها، فبتخلفها لم يصح و لم ينتج آثاره.

هذه الإجراءات منها ما يتعلق بمكان إجراء اللعان، ومنها ما يتعلق بالشخص الذي تتم أمامه الملاعنة، كما أن منها ما يتعلق بآجال اللعان و صورته و كلفيته.

هذه الإجراءات يمكن عرضها في جملة النقاط التالية:

1- فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 168.

1- مكان إجراء اللعان:

باعتبار اللعان لم ينص المشرع على أي من أحكامه، فإن التطرق إلى مختلف الإجراءات المستلزمة فيه، يُرجع فيه إلى قواعد الشريعة الإسلامية و اجتهادات فقهاء المذاهب الأربعة. بالنسبة لمكان إجراء اللعان، فالرأي الفقهي الراجح هو المسجد الجامع الذي يجتمع الناس فيه لأداء صلاة الجمعة.⁽¹⁾ إلا بعض من فقهاء الحنفية، فقالوا بأن اللعان لابد أن يتم في مجلس القاضي،⁽²⁾ و هو عين ما ذهب إليه الظاهرية.⁽³⁾ أما عن استحباب الملاعنة بالمسجد، فلقدسيته و تعظيمه باعتباره بيتا لله. و في ذلك يقول الدكتور عز الدين كيجل: "فما لا شك فيه أن الفقهاء يعتبرون المساجد هي المحل الأفضل لإجرائه لما تتصف به من قدسية و ما تحدثه من رهبة في نفوس الزوجين و الحاضرين، مما قد يساعد على عدم إتمامه باعتراف أحد الزوجين خوفا من الله و عذاب الآخرة".⁽⁴⁾ كذلك استحباب الفقهاء أن يتم اللعان بمحضر جماعة من المسلمين،⁽⁵⁾ أقلهم أربعة رجال عدول، و هو عدد الشهداء الواجب لإقامة الحد، ذلك أن اللعان بني على التخليط للجزر و الردع،⁽⁶⁾ و أن يفعل في الجماعة أبلغ لذلك.⁽⁷⁾ كما يستحب فيه أن يتم بعد الصلاة، و ما كان بعد صلاة العصر فهو أشهد،⁽⁸⁾ لأن اليمين في هذا الوقت أغلظ.⁽⁹⁾ و قال الحنفية و الحنابلة بأنه لا يستحب التخليط بمكان أو زمان دون دليل يفيد ذلك، لأن الله تعالى شرع اللعان مطلقا من كل زمان و مكان، فلا يجوز تقييده.⁽¹⁰⁾

1- د. الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 58.

2- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 191.

3- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ، ج 10، ص 143.

4- د. عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د ت ن، عدد 3، ص 125.

5- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 174.

6- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 88.

7- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ - 2003م، ج 1، ص 2746.

8- الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 2، ص 353.

9- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 88.

10- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 175.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم ينص على وجوب الملاعنة في مكان بعينه، لكن و نظرا لكون نفي النسب باللعان لا يتم إلا باللجوء إلى القضاء و رفع دعوى لعان،⁽¹⁾ فإنه قد يتبادر إلى الذهن - منطقيا- أن اللعان يتم على مستوى المحكمة و ليس المسجد. غير أن المحكمة العليا فصلت في الأمر بأن قررت أن اللعان لا بد فيه لصحته أن يُجرى في المسجد، و ليس المحكمة. ف جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 أنه: « من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.

ومن الثابت - في قضية الحال- أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بأمه أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه».⁽²⁾

و عليه، فإن المحكمة العليا سارت على نهج الرأي الفقهي الغالب، باعتبار أن المساجد أشرف مواضع البلد، و لما لها من قدسية و رهبة في النفوس. و مع ذلك، فقد ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد إلى أن اللعان يُجرى في جلسة سرية، لا يحضرها إلا الزوجان و تكون بمكتب القاضي، فتتم الملاعنة سرا و تنتهي بإثبات القاضي الملاعنة في حكم التفريق بينهما.⁽³⁾ هذا الرأي لا نعتقد بصحته، خاصة و أن الفقهاء أكدوا على أن اللعان يبني على الجهر و العلانية و التغليب للجزر و الردع، و هي جميعا أمور لا تتحقق إذا تم اللعان بمكتب القاضي و سرا.

1- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 379.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 70.

3- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص 357.

2- الشخص الذي يتم اللعان تحت إشرافه:

إذا كان اللعان يتم في المسجد، فهل معنى ذلك أن تكون الملاعنة بإشراف من الإمام أم لا بد أن تجري بحضور القاضي؟

رغم اختلاف الفقهاء حول المكان الذي يتم فيه اللعان بين المسجد و مجلس القاضي، إلا أنهم أجمعوا على أن اللعان يتم بحضور القاضي،⁽¹⁾ فلا تقبل الملاعنة إلا بمحضر القاضي أو من يقوم مقامه.⁽²⁾ و يقصد بالحاكم هنا القاضي. و حتى عند إفتاء الإمام مالك بأن الملعن بين الزوجين هو الإمام،⁽³⁾ فإن هذا اللفظ (الإمام) ينصرف إلى القاضي.⁽⁴⁾

يثار التساؤل هنا حول مآل اللعان و حكمه في حال ما إذا قام الإمام أو أي شخص آخر بالتعدي على سلطة القاضي و إجراء أيمان اللعان دون تكليف و لا إذن.⁽⁵⁾ باعتبار اللعان يمينا أو شهادة في دعوى، فإنه لا يصح إلا بأمر من القاضي، فلو تراضى الزوجان بغير هذا الأمر على إجراء اللعان بينهما لم يصح ذلك.⁽⁶⁾

على هذا الأساس، فإن الملاعنة التي تجرى دون إشراف من القاضي لا تقع صحيحة و لا تترتب عنها آثارها الشرعية.

3- آجال رفع دعوى اللعان:

سبق التفصيل في هذه المسألة عند الحديث عن شرط وجوب التعجيل بنفي الحمل أو الولد، فقلنا أن المحكمة العليا استقرت في عديد قراراتها على أن دعوى اللعان لا تقبل إلا إذا رفعت خلال أجل قصير حددته بثمانية أيام من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل أو الوضع.⁽⁷⁾ كذلك أشرنا إلى أنه يجوز مراعاة الظروف الخاصة بالزوج و التي تحول دون تمكنه من رفع دعوى اللعان خلال الأجل المقرر لها.⁽⁸⁾

1- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 191.

2- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 174.

3- الإمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج 2، ص 354.

4- د. عز الدين كحل، المرجع السابق، ص 125.

5- د. عز الدين كحل، المرجع نفسه، ص 126.

6- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 531.

7- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 121023، قرار مذكور سابقا.

8- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/07/16، ملف رقم 76343، قرار مذكور سابقا.

4- صفة اللعان و كفيته:

يعد داخلا في إجراءات اللعان كذلك، الصفة و الكيفية التي يتم بها. و تتعلق صفة اللعان باللفظ الذي يتم به، أما كفيته فهي عن الطريقة التي يتبعها القاضي - أو من ينوب عنه- في الملاعة بين الزوجين. و فيما يلي بيان لكل منهما:

أ- صفة اللعان:

صفة اللعان متقاربة عند جمهور الفقهاء، ليس بينهم في ذلك خلاف بين أو اختلاف كبير، و ذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ آية اللعان. فيحلف الزوج أربع شهادات بالله أنه رآها تزني و أن الولد الذي تحمله ليس منه، و يقول في الخامسة لعنة الله عليه من الكاذبين. ثم تشهد هي أربع شهادات بالله على نقيض ما شهد به هو، و تقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين.⁽¹⁾

و قال الإمام بن حزم رحمه الله أنه لا يكرر من شهادته إلا قول "بالله إني لمن الصادقين، بالله إني لمن الصادقين"، و هكذا إلى الخامسة، فيقول لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. و كذلك تفعل امرأته، فتشهد بأنه من الكاذبين و تكررها أربعاً، و تقول في الخامسة غضب الله إن كان من الصادقين.⁽²⁾

و قد اتفق الفقهاء على وجوب إثبات لفظات اللعان الخمس و استكمالها جميعاً و إلا فلا يصح،⁽³⁾ بينما خالف الإمام الشيباني رحمه الله. فقال بأن الرجل إذا التعن امرأته ثلاث مرات و التعننت هي ثلاث مرات، فإن القاضي يكون بذلك خطأ السنة، لكن اللعان يقع صحيحاً و تتم الفرقة لأن أكثر اللعان قد مضى، أما لو التعن مرتين، فالفرقة باطلة لأن أكثر اللعان باق.⁽⁴⁾

كذلك يجب في صيغة اللعان أن يذكر لفظ الشهادة أو اليمين في الشهادات الخمس جميعاً، فإن ترك هذا اللفظ لم يتم اللعان.⁽⁵⁾

1- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص 119.

2- ابن حزم، المحلى، المصدر السابق، ج 10، ص 143.

3- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 531.

4- محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، دراسة و تحقيق د. محمد بويو كالن، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة قطر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1428هـ- 2007م، ج 5، ص 46.

5- أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة، المسمى خلاصة المختصر و نقاوة المعتصر، دراسة و تحقيق د. أمجد رشيد محمد علي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، 1421هـ- 2007م، ص 514.

ب- كيفية اللعان:

كيفية اللعان بأن يحضر الزوجان إلى المسجد الجامع، و يحبس الإمام المصلين، ثم يحضر القاضي أو نائبه و يبتدئ الملاءنة بالزوج أولاً،⁽¹⁾ و يلقنه القاضي لفظ اللعان.⁽²⁾ فلا يصح أن يبادر به من عنده.⁽³⁾ و يستحب قبل الملاءنة أن يعظهما،⁽⁴⁾ و يذكرهما بالله و يخوفهما من الكذب عليه و ما في ذلك من وزر عظيم.⁽⁵⁾ و السنّة أن يتلاعنا قياماً،⁽⁶⁾ و قال حجة الإسلام أن المرأة تلاعن جالسة.⁽⁷⁾

و لا تجوز الوكالة في اللعان، فيجب حضور الزوجين،⁽⁸⁾ كما لا يجوز مطلقاً البدء بالمرأة في اللعان قبل زوجها، فلعانها مؤخر عن لعانه لأن شهادتها مسقطه لما حققه عليها من ادّعاء بالزنا، فلا يصح أن تبتدئ الملاءنة كما لا يصح أن يبتدئ المدعى عليه بما يسقط به الدعوى عن نفسه.⁽⁹⁾

و عند قيام الزوجين بالملاءنة، فإن كلا منهما يشير إلى صاحبه إن كان حاضراً، فإن غاب عن المجلس فيذكر اسمه و نسبته.⁽¹⁰⁾ و الغالب أن تغيب الزوجة، فإن غابت ذكر اسمها و ارتفع في نسبته حتى تتميز عن غيرها.⁽¹¹⁾

كذلك يتسحب عند الملاءنة أن يوقف الزوجان عند الشهادة الرابعة و قبل الخامسة، فيقال له أو لها "إنها موجبة"، أي موجبة للعنة أو الغضب من الله إن كان أو كانت من الكاذبين.⁽¹²⁾ فإذا نكل أحدهما عن الملاءنة، حبس عند الحنفية حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيقام عليه الحد،⁽¹³⁾ حد

1- عبد الحلیم محمود موسی، الفقه الإسلامي الميسر: في العقائد و العبادات و المعاملات على المذاهب الأربعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 256.

2- ابن قدامی، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 176.

3- ابن قدامی، المغني، المصدر نفسه، ص 179.

4- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 88.

5- عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق، دار الضياء، طنطا، د ت ن، ص 354.

6- البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 1، ص 2764.

7- أبي حامد الغزالي، الخلاصة، المصدر السابق، ص 514.

8- الشيباني، الأصل، المصدر السابق، ج 5، ص 59.

9- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 193.

10- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 532.

11- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 90.

12- عمرو عبد المنعم سليم، المرجع السابق، ص 356.

13- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 192، 193.

القذف و لا تحد هي عن الزنا بل يخلى سبيلها. و عند الجمهور يقام على الممتنع الحد. (1) أما إذا رأى القاضي منهما إصرارا عليه، تركا ليتما اللعان، ثم تتحقق آثاره. (2)

ثانيا: آثار اللعان:

آثار اللعان الشرعية هي النتائج التي تلحق تمامه بعد تحقق شروطه و وجود سببه و اكتمال إجراءاته. و قد اتفق الفقهاء على أن هذه الآثار ثلاث: أثر يتعلق بمآل العقوبة المقررة لمن ارتكب فعل القذف أو أتت جريمة الزنا، أثر يعلق بالزوجية التي تجمع المتلاعنين و ما تصير إليه و أثر يتعلق بالولد الذي تحمله أو تضعه الزوجة الملاعنة، و هو ما يهمننا في بحثنا هذا.

1- سقوط الحد:

إذا تم اللعان بين الزوجين سقط الحد المقرر عقوبة للقذف أو الزنا. و دليل ذلك أنه جاء في الآية: [وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ]. فدرأ العذاب هو درأ الحد، و هو تأخيره و دفعه. (3) كذلك قول هلال بن أمية: "و الله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها"، لأن شهادته أقيمت مقام البينة، و هي تسقط الحد، فكذلك اللعان يسقطه. (4) لكن إذا أكذب أحد الزوجين نفسه بعد اللعان، أقيم عليه الحد، حد القذف له، و حد الزنا لها. (5)

أما ما ذهب إليه البعض من أن اللعان يثبت اتهام الزنا في حق المرأة و يجعلها من امرأة شريفة و زوجة مخصصة إلى امرأة فاجرة و زوجة خائنة، (6) فهو رأي عقيم ليس له أي أساس من الصحة، لأن اللعان ستر على المرأة، فلا يثبت التهمة عليها، إذ لا يعرف به كذبه و لا كذبها. (7)

1- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 541، 542. أنظر أيضا: بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 2، ص 119، 120.

2- أبي حامد الغزالي، الخلاصة، المصدر السابق، ص 514.

3- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق المجلد 1، ص 72.

4- البهوتي، كشف القناع، المصدر السابق، ج 1، ص 2754.

5- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 92.

6- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 358.

7- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 501.

من جهة القضاء الجزائري، فإننا لم نتمكن من العثور على قرارات قضائية بهذا الشأن، لكن مسألة تراجع أحد الزوجين عن اللعان - و باعتبار ذلك اعترافا ضمنيا - تعد مسألة قد تتعلق بأفعال يجرمها القانون و يعاقب عليها.⁽¹⁾

2- الفرقة بين المتلاعنين:

يلحق الملاعنة بين الزوجين مباشرة الفرقة بينهما، و قد ذهب الحنفية إلى أن التفريق لا يكون إلا بتقرير القاضي الذي وقع عنده اللعان،⁽²⁾ أما الجمهور فذهبوا إلى أن الفرقة تقع باللعان وحده لأنه سببها و وجوده كاف من غير حاجة إلى تفريق القاضي، و الشافعية قالوا بأن لعان الزوج وحده يكفي لحصول الفرقة.⁽³⁾

كذلك اختلف الفقهاء في طبيعة الفرقة، هل هي فسخ أم طلاق بائن. فقال الحنفية أنها طلاق بائن لا تكون الفرقة فيه على وجه التأبيد،⁽⁴⁾ فلو أكذب الزوج نفسه جاز له نكاحها، لأن اللعان فرقته يزول بها ملك النكاح ما دام عليه، فإن أكذب أحدهما نفسه زال سبب التحريم و حلل التزويج.⁽⁵⁾ أم الجمهور فقالوا بأن اللعان فرقته فسخ يتبعه التحريم المؤبد،⁽⁶⁾ و استدلوا بالحديث: [المتلاعنان لا يجتمعان أبدا]، فينقطع النكاح و يتأبد التحريم.⁽⁷⁾

من جهته لم يبين المشرع الجزائري موقفه من اللعان، هل هو فسخ أم طلاق بائن. إلا أن بعض شراح قانون الأسرة قالوا بأنه تبنى ضمنيا رأي المذهب الحنفي من أن الفرقة بعد اللعان تعد طلاقا لا فسخا.⁽⁸⁾ كذلك يقول الأستاذ عبد العزيز سعد أن القاضي مباشرة بعد الانتهاء من إجراءات اللعان، يقضي في نفس الجلسة بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة.⁽⁹⁾

1- باديس نياي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 48.

2- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 197.

3- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 546.

4- السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 7، ص 44.

5- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق، المصدر السابق، ج 4، ص 197، 202.

6- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 5، ص 351.

7- أبي حامد الغزالي، الخلاصة، المصدر السابق، ص 515.

8- باديس نياي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 47.

9- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 358.

غير أن المحكمة العليا أيدت في حيثيات أحد قراراتها الحكم القاضي بفسخ الزواج بين الطرفين إثر اللعان مع التحريم المؤبد.⁽¹⁾ و هذا قول الجمهور لا الحنفية.

3- انتفاء النسب:

هو أخطر أثر من آثار اللعان. فينقطع النسب مباشرة بعد أن يُفرغ من الملاعنة، لأن النبي صلى الله عليه و سلم نفى الولد عن هلال بن أمية لما لاعن بينه و بين زوجته.⁽²⁾ و ينقطع نسب ولد الملاعنة من جهة الأب مطلقاً،⁽³⁾ فلا يدعى لأب أبداً.⁽⁴⁾ ذلك أنه لو أكذب الرجل نفسه فإن نسب الولد يلحقه.⁽⁵⁾ و بانتفاء نسب الولد عن أبيه، فإنه يلحق بأمه، و يتبع ذلك سقوط آثار النسب الشرعي من توارث و نفقة و ما نحوه.⁽⁶⁾

عن المشرع الجزائري، فقد اعتبر الطرق المشروعة هي السبيل لنفي النسب، أي اللعان. هذا ما كرسته المحكمة العليا في عديد اجتهاداتها، كما سبق بيانه. غير أن موضوع تكذيب الزوج لنفسه بعد اللعان و أثره على نسب الولد، يبقى غير منصوص عليه في القانون و لا مشار إليه في الاجتهاد القضائي، على حد علمنا. و هو أمر شديد الحساسية يستوجب الفصل فيه، خاصة و أن نفي النسب قتل للولد.

خلاصة القول في اللعان، أنه موضوع بالغ الأهمية، خاصة للآثار المترتبة عليه، و التي أخطرها نفي النسب. و على ذلك، فسلطة القاضي التقديرية فيه شبه منعدمة، حيث ينحصر دور القاضي في التثبت من تحقق شروط اللعان في الزوجين،⁽⁷⁾ و بتأكدها يقوم بالملاعنة بين الزوجين و يعمل على ضمان اتّباع إجراءاتها. هذه الأهمية و الخطورة التي تحيط باللعان، تجعلنا نشدد على وجوب تنظيمه بنصوص قانونية تبيّن للقاضي مختلف أحكامه لاسيما شروطه و آجاله. هذه النصوص القانونية تعد ضرورية خاصة في ظل اختلاف آراء المذاهب الفقهية حول عديد أحكامه.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، قرار مذكور سابقاً. أنظر أيضاً: د. عز الدين كيجل، المرجع السابق، ص 128.

2- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المصدر السابق، ج 5، ص 357.

3- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج 5، ص 54.

4- البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، ج 1، ص 2755.

5- ابن قدامي، المغني، المصدر السابق، ج 11، ص 150.

6- د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1428هـ - 2007م، ص 313.

7- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 505.

المطلب الثاني: تقدير القاضي لانتفاء النسب بالطرق العلمية:

نظرا لكون النسب من أهم حقوق الطفل، فإن المشرع يتشوّفه و يعمل على إثباته ما أمكن، فيثبت بالنكاح الصحيح و الأنكحة الباطلة و وطء الشبهة و الإقرار و البينة،⁽¹⁾ و يتم التسامح فيه فيثبت مع الشك و في الحالات النادرة حملا لأحوال الناس على الصلاح.⁽²⁾ جميع هذه المعطيات - إن صح القول- تبين مدى سعي المشرع لإعمال قاعدة إحياء الولد. و رغم تنوع و تعدد وسائل إثبات النسب الشرعية هذه، إلا أنه لم يتم الاكتفاء بها، فقرر المشرع إدخال نوع جديد من طرق إثبات النسب تماشيا مع التطورات الحديثة الحاصلة في المجالين البيولوجي و الطبي. فقرر اعتماد البصمة الوراثية ضمن وسائل إثبات النسب. في مقابل جميع وسائل إثبات النسب هذه، و دائما إعمالا لقاعدة إحياء الولد و إثبات النسب له ما أمكن، نجد المشرع يتشدد في ما يخص وسائل نفي النسب، فذهبت المحكمة العليا إلى تفسير المقصود بعبارة "الطرق المشروعة" الواردة في نص المادة 41 ق. أسرة تفسيرا ضيقا بحيث حصرتها في طريق وحيد يتمثل في اللعان.⁽³⁾ طريق لا يمكن اللجوء إليه إلا بتحقق شروط معينة و اتّباع إجراءات شتى خلال آجال قصيرة، كل ذلك يجعل من اللجوء إلى اللعان أمرا نادرا و مستبعدا.

إن تساهل المشرع فيما يخص إثبات النسب و تشدده في نفيه، يجعلنا نتساءل حول اعتماده على الطرق العلمية في مجال النسب، هل هو محصور في الإثبات فقط أم أنه يتعداه فيشمل حتى النفي أيضا؟

من ناحية أخرى، فالبصمة الوراثية حتى و لو قلنا باستبعادها في مسائل نفي النسب و قصرها على إثباته، فإن ذلك لا يحول دون القول بأنها قد تكون ذات نفع و أهمية بالغين إذا ما تم استخدامها جنبا إلى جنب مع اللعان.

جميع هذه المسائل نحاول التطرق إليها بالدراسة فيما يأتي على فرعين: أولهما يتعلق بآراء الفقهاء و القانونيين حول مدى جواز لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية لنفي النسب دون لعان، و ثانيهما يتعلق بمدى إمكانية الاستفادة من البصمة الوراثية مع اللعان.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/05/21، ملف رقم 74712، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1994، ص 56.

2- حسن حسنين، المرجع السابق، ص 377.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35326، قرار مذكور سابقا.

الفرع الأول: مدى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب:

بالرجوع إلى نص المادة 40 فقرة (2) من قانون الأسرة، نجد أن المشرع لم ينص على جواز الاستعانة بالطرق العلمية في مجال النسب إلا فيما يخص إثباته. حيث اعتبر أن من سلطة القاضي التقديرية تقرير اللجوء إلى الخبرة العلمية للفصل في النزاع المعروض عليه و المتعلق بإثبات النسب. هذا مع الالتزام بضوابط ذلك، و التي سبق لنا بيانها.

إن القارئ للفقرة المعنية، يقول بأن الأمر محسوم في أنه لا يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في مجال النسب إلا لإثباته. و يزيد هذا الرأي منطقية سعي المحكمة العليا - بالموازاة مع المشرع- إلى تكريس قاعدة إحياء الولد و التشدد في نفي النسب. لكن الأمور تتعقد و تختلط بالرجوع إلى صياغة النص باللغة الفرنسية، حيث جاء فيه:

« Le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation ».

فتكون الترجمة الحرفية لهذا النص مختلفة عن تلك التي وردت في المادة 40 ق. أسرة، و هي على النحو الآتي: « يجوز للقاضي اللجوء إلى طرق الإثبات العلمية في مادة النسب ». و مادة النسب تحتمل كلا الحالين: حال ثبوت النسب، و حال نفيه.

بناء على ذلك، و مع عدم حسم المشرع في هذا الموضوع بنص بين - خاصة مع خلفية اعتماده على اللغة الفرنسية كلغة أولى في صياغة النصوص القانونية كما هو معلوم- و مع عدم تمكننا من الحصول على اجتهادات قضائية فاصلة في المسألة، فإن سلطة القاضي التقديرية في اللجوء إلى الطرق العلمية قد تحتمل مجال إثبات النسب فقط، كما قد تحتمل مجال الإثبات والنفي على حد سواء.

على هذا الأساس، فإننا نحاول فيما يلي بيان منزلة البصمة الوراثية من اللعان، بعرض الآراء التي قال بها شراح الأحوال الشخصية في جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي النسب و الاستغناء بها عن اللعان من عدمه.

أولاً: الاستغناء بالبصمة الوراثية عن اللعان:

ذهب أصحاب هذا الرأي إليه على اعتبار أن البصمة الوراثية قرينة قطعية يمكن الاستغناء من خلالها عن اللعان في نفي النسب، فيؤخذ بالبصمة الوراثية و يكتفى بنتائجها، إلا إذا أدت هذه النتائج إلى تأكيد انتفاء النسب بين الزوج و الولد المولود لفراشه.⁽¹⁾ و في هذه الحالة يتم اللجوء إلى اللعان لا لسبب إلا لدرء الحد عن الزوجة، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، و قد تكون الزوجة حملت من وطء شبهة دون أن يكون لها علم بذلك، أما لو تبين أن الولد من الزوج فإنه يُحد للذف.⁽²⁾

و قد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1- أن الله تعالى قال: [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾].⁽³⁾ فالآية جعلت من اللعان طريقاً لنفي النسب يلتجأ إليه الزوج الذي لم يجد بينة على ما يدعيه، و البينة هي أربعة شهداء. و البصمة الوراثية حالياً تعد وسيلة لإثبات الأبوة أو نفيها بنسبة لا تعرف الخطأ.⁽⁴⁾ و هي بذلك تعد شاهداً موثقاً على صدق قول الزوج فيما رمى به زوجته - متى تبين من نتائج الفحص انتفاء أبوته للولد- فلا يكون بعد ذلك أي داع للجوء إلى اللعان.

2- اللعان إذا كان يشترط فيه لإجرائه أن لا يكون للزوج دليل فيما يدعيه، فإن البصمة الوراثية تعد شاهداً و دليلاً على صحة قوله، مما لا يبقى معه أي وجه للملاعنة.⁽⁵⁾

فيقول أصحاب هذا الرأي أنه متى أثبتت الحقائق العلمية عدم انتساب الولد للزوج، فإنه ينتفي عنه دون حاجة لذف الزوجة أو الطعن في عرضها، أي دون حاجة للعان. لكن يشترط لذلك أن

1- د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 149.

2- مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات و نفي النسب، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1428- 1429هـ، 2007- 2008م، ص 105.

3- سورة النور- الآيات من 6 إلى 9.

4- زياد محمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة الإسلامية، د م ن، د ت ن، عدد 26، ج 2، ص 345.

5- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 106.

تكون الحقائق العلمية قاطعة، و أن يفصل فيها أهل عدل و ثقة، و أن تجرى التحاليل عند أكثر من جهة للوقوف على حقيقة الأمر لتحصل الطمأنينة و الثقة.⁽¹⁾

غير أن هذا الرأي مردود، و قد لقي اعتراضاً و نقداً كبيرين للأسباب التالية:

1- هذا الرأي فيه مصادمة للنصوص الشرعية و جرأة على إلغائها و عدم اعتبارها، و هو أمر لا يمكن أن يُقبل أو يجوز بأي حال من الأحوال. فالحكم الشرعي الثابت مطلقاً لا اعتراض عليه و لا تشكيك فيه.⁽²⁾

2- القول بالاستغناء عن اللعان بالبصمة الوراثية فيه معارضة للمقاصد التي من أجلها شرع اللعان،⁽³⁾ فهو مشروع لسد أبواب الخوض في الأعراض و الأنساب، و هو لخطورته هذه مبني على الزجر و التخليط للردع عنه.⁽⁴⁾

3- كما أن هذا الرأي معترض عليه من المعقول، ذلك أن اللعان يشترط فيه أن يجرى بالمسجد بعد حبس الإمام للمصلين.⁽⁵⁾ و هذا فيه معنى للشهرة و العلانية و الافتضاح على مرأى من الناس. أما البصمة الوراثية فهي و على خلاف اللعان تقوم على السرية التامة و الستر، وهو تساهل قد يفتح الباب أمام مفاصد عظيمة و مساس بأحد المقاصد الأصلية الخمس للشرع.⁽⁶⁾ بناء على هذه الاعتراضات إضافة إلى افتقاره إلى المنطق، يمكن القول أن هذا الرأي لا يستند إلى أساس من الصحة، بل و فيه مخالفة عظيمة لنصوص الشرع و مقاصده، و بذلك فهو رأي ضعيف متروك لا محل لإعماله.

1- د. مازن إسماعيل هنية و د. أحمد نياض شويديح، نفي النسب في الفقه الإسلامي و دور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد السادس عشر، العدد 2، ص 21. عن موقع:

<http://www.iugaza.edu.ps/ara/research/ISSN1726-6807>

2- د. عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في النسب و الجنائية، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، ط 1، 1423هـ - 2002م، ص 43. نقلاً عن: د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 150.

3- د. أشرف عبد الرزاق ويح، نفس المرجع و الصفحة.

4- الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 3، ص 88.

5- عبد الحلیم محمود موسى، الفقه الإسلامي الميسر، المرجع السابق، ص 256.

6- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 107.

ثانياً: عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان:

و هو الرأي الفقهي الغالب، فيقول أصحابه أنه إذا كان لا يجوز الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب أصلاً، فكيف إذن يقبل تقديمها عليه.⁽¹⁾ فاللعان حكم ثابت بالشرع لا يمكن نسخه إلا بنص شرعي، و هو أمر غير ممكن.⁽²⁾ فلا تقبل البصمة الوراثية بديلاً عن اللعان لنفي الولد، فهو منسوب للفراش إلى أن يلاعن الزوج لنفيه.⁽³⁾

هذا المبدأ أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة، حيث قرر أنه لا يجوز للزوج أن يعتمد على البصمة الوراثية لنفي نسب الولد الذي تأتي به زوجته لفراشه، كون الطريق الشرعي المقرر لذلك هو اللعان. فجاء المنع صريحاً في الفقرة الثالثة من قرار المجلس: "لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية و لا يجوز تقديمها على اللعان".⁽⁴⁾

و ذهب فريق من أصحاب هذا الرأي إلى جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية كقرينة، للحلول دون اللعان قدر المستطاع، فإذا عزم الزوج على الملاعنة لنفي نسب الولد لوجود شك كبير فيه، فله اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية كقرينة لدفع هذا الشك باليقين.⁽⁵⁾ هذه المسألة سيأتي بيانها لاحقاً.

استند أصحاب هذا الرأي إلى جملة من الأدلة، منها:

- 1- أن الشارع شدد في شروط اللعان حتى لا يقدم عليه كل من أراد قذف زوجته و نفي نسب الولد الذي تضعه لفراشه عنه، فلا يلجأ إليه إلا المضطر، و بذلك يقع الستر في الأعراس.⁽⁶⁾
- 2- استندوا إلى قوله تعالى: [وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مِؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾].⁽⁷⁾ و وجه الاستدلال من الآية أنه لا يليق بالمؤمن حقاً إلا الامتنال لأوامر و نواهي الله و رسوله، و الأحكام الشرعية

1- سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، (دراسة فقهية تحليلية)، دار كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، 1428هـ - 2007م، ص 372.

2- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 107.

3- سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 80.

4- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة، منعقدة بمكة المكرمة في المدة ما بين 5 إلى 10 جانفي 2002. عن موقع: اسألوا أهل الذكر. <http://www.islamonline.net>

نقلاً عن: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 497.

5- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 107.

6- سفيان بن عمر بورقعة، المرجع السابق، ص 373.

7- الأحزاب - الآية 36.

الثابتة لا يجوز إلغاؤها و لا إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على نسخها، و هو أمر مستحيل. ثم إنه حتى لو قذف الزوج زوجته بانتفاء نسب الولد و صدّفته في ذلك، فإن النسب يلحقه و لا ينتفي عنه إلا باللعان.⁽¹⁾

3- إن نفي النسب بأيمان اللعان يقدم عند الشارع على البصمة الوراثية، لأن هذه الوسيلة لا يلجأ إليها إلا عند الحيرة أو جهالة النسب، فإن حسم أمره بطريق شرعي فلا حاجة لغيره.⁽²⁾ فالخلاصة أنه لا يجوز قبول البصمة الوراثية بديلا عن اللعان،⁽³⁾ و لا الاكتفاء بها عنه، حتى لو كانت نتائجها قطعية عند أهل الاختصاص، لأن اللعان حكم شرعي لا يقبل إبطاله و ترك العمل به.⁽⁴⁾

وأهم الردود التي قوبل بها هذا الرأي:⁽⁵⁾

1- أن من العلماء المعاصرين من يقول بإقامة الحد إذا ثبت انتفاء نسب الولد بالبصمة الوراثية و لم يدّع المتهم شبهة، اعتمادا على هذه البينة، و أخذ بها بعض الفقهاء المتقدمين.
2- أن الفقهاء ذهبوا إلى أن الملاحن لو بدا له أن يعود في قوله، و يلحق ابنه الذي نفاه باللعان جاز له ذلك لزوال الشبهة التي لاعن من أجلها، فهل من الحكمة و من العدل أن يتجاسر الناس للتعرض للعنة الله أو غضبه و تترك البصمة الوراثية، و هي البينة القطعية، و لا تُحكّم بينهم، ثم بعد اللعان يعود ويلحق ما نفاه.

ثالثا: موقف المشرع و القضاء من نفي النسب بالبصمة الوراثية:

بالنسبة للمشرع الجزائري، و نظرا لغموض نص المادة 40 فقرة (2) التي يتبين من نصها، حسب صياغته باللغة العربية، عدم جواز الأخذ بالبصمة الوراثية لنفي النسب، بينما صياغته باللغة الأجنبية تبقي الباب مفتوحا لذلك، فيمكن القول أنه أخذ بالرأي الثاني لسببين:

1- أن المحكمة العليا ذهبت إلى تفسير المقصود بعبارة "الطرق المشروعة" المعتمدة لنفي النسب تفسيراً ضيقاً بأن حصرتها في اللعان وحده.

2- أن المشرع يتسامح و يتساهل كلما تعلق الأمر بإثبات النسب، و على النقيض من ذلك، فإنه

1- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 107، 108.

2- د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 154.

3- سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 80.

4- د. عمر بن محمد السبيل، المرجع السابق، ص 45. نقلا عن: د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 152.

5- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 110.

يتشدد و يقيد القاضي كليا، كلما تعلق الأمر بمجال نفيه، لأن إثبات النسب، كما سلف القول، إحياء للولد و نفيه قتل له.⁽¹⁾

أما عن القضاء، فإن أشهر قضية رفعت أمام القضاء الجزائري في هذا الباب هي قضية الطفلة صفية، و موضوعها طلب نفي النسب بالبصمة الوراثية عن الأب الفرنسي الثابت نسب الطفلة إليه. و نورد ملخصها على النحو الآتي:⁽²⁾

* أن المدعي (ي م) و أم الطفلة (ب ف خ) كانا متزوجين بعقد شرعي و مسجل، ثم حدث الطلاق بينهما بتاريخ 2000/08/14 أمام محكمة وهران. و بتاريخ 2001/01/11 أعاد الطرفان الزواج بعقد شرعي غير مسجل، ثم حدث الطلاق بينهما مجددا دون اللجوء إلى المحكمة.

* المدعي حاول تثبيت واقع الزواج الثاني لكن بتاريخ 2006/01/24 صدر قررا من المجلس تم بموجبه إلغاء حكم مثبت للزواج العرفي بين الزوجين.

* تزوجت أم الطفلة لاحقا بفرنسي مسلم يدعى "جاك شاربوك" بعقد زواج شرعي غير مسجل، محرر لدى الإمام بورقة عرفية بتاريخ 2001/03/01. و تم تسجيل العقد لاحقا بفرنسا بتاريخ 2001/09/22.

* بتاريخ 2001/12/10 أنجبت الزوجة الطفلة صفية و تم تسجيلها بفرنسا على أبيها الفرنسي بنفس التاريخ.

* على إثر حادث مرور، توفيت (ب ف خ) بتاريخ 2005/03/26، و أسندت حضانة الطفلة إلى الأب الفرنسي بحكم صادر عن محكمة وهران.

* ادعى المدعيان (ي م) و جدة الطفلة لأم (ب ص) بأن الفرنسي شاربوك ليس الأب الشرعي للطفلة صفية رغم نسبها إليه، و أن المدعي (ي م) هو الأب الشرعي.

و قد جاء الحكم لصالح الفرنسي جاك شاربوك، و طرح قضاة المحكمة و المجلس طلبات المدعين للأسباب التالية:

- 1- أنه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب.
- 2- الطريق الوحيد لدعوى نفي النسب الثابت للفراش هو اللعان. و اللجوء إليه في هذه الحالة غير ممكن نظرا لأنه لا زوجية ثابتة بين المدعي و أم الطفلة وقت حملها.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172333، قرار مذكور سابقا.

2- راجع في حيثيات و ملخص القضية: باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 125-127. زاطلي لطيفة، المرجع السابق، ص 100.

3- وجود مدة حمل معقولة و قانونية بين تاريخ عقد الزواج العرفي لأم الطفلة و أبيها الفرنسي المحرر لدى الإمام بتاريخ 2001/03/01 و ميلاد الطفلة الذي تاريخه 2001/12/10.

4- الطفلة مسجلة في فرنسا باسم الفرنسي جاك شاربوك بعقد ميلاد رسمي.

بناء على ملخص وقائع القضية أعلاه و تأسيس الحكم الصادر فيها، يتبين بوضوح أن القضاء الجزائري سار في اتجاه الرأي الثاني،⁽¹⁾ حيث قصر نفي النسب على اللعان و رفض تقديم البصمة الوراثية عليه و الاستغناء بها عنه.

على هذا الأساس، نقول أنه بالرغم من اعتبار اللجوء إلى الطرق العلمية في مسائل النسب سلطة تقديرية خالصة للقاضي، إلا أنه متى تبيّن بواسطتها انتفاء النسب حقيقة، فلا يجوز له بتاتا الاستغناء بها في نفي النسب عن اللعان.

لكن حتى لو قلنا بأنه من المسلم به عدم جواز الاستغناء عن اللعان بالبصمة الوراثية، فهل ذلك يمنع حتى الاستفادة منها حال الملاعة؟

الفرع الثاني: الاستفادة من البصمة الوراثية حال اللعان:

يمكن القول بوجود رأي ثالث حول توظيف البصمة الوراثية في مجال نفي النسب و هو بمثابة حل وسط بين إجراء اللعان لنفي النسب و القيام بتحليل البصمة الوراثية.⁽²⁾ و الأخذ بهذا الرأي يجعل من البصمة الوراثية لا تغلب على اللعان، لكنها توظف لخدمته، فلا تقدم عليه و يستغنى بها عنه. و بذا لا تكون فيها معارضة للشرع و تعدّ على أحكامه، كما لا يُغض الطرف عنها كليا، فتبعد جانبا رغم ما فيها من إمكانيات قد تعود بفائدة معتبرة.

و الحديث عن البصمة الوراثية في هذا الباب يستوجب عرض مسألتين رئيسيتين، أولاهما عن الصور التي يمكن توظيف البصمة الوراثية بها في مجال اللعان. و المسألة الثانية تتعلق بصاحب الحق في اللجوء إليها، عند القول بإمكانية توظيفها في مجال نفي النسب.

هذه النقاط نحاول التطرق إليها على النحو الآتي.

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 125.

2- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 112.

أولاً: صور الاستفادة من البصمة الوراثية في نفي النسب:

يمكن للقاضي أن يلجأ إلى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب دون أن يكون ذلك في ذلك إسقاط لللعان أو إبطال العمل به. و صور تطبيق البصمة الوراثية في هذا المجال اثنتان، قبل الملائعة و بعدها.

1- الاستعانة بالبصمة الوراثية قبل إجراء اللعان:

و يقصد بذلك إما أن تكون قرينة لمنعه أو لإذهاب ما في نفس الزوج من شك بتصديق ادعائه. فإذا عزم الزوج على ملائعة زوجته لنفي نسب الولد عنه لوجود شك كبير فيه، فإنه يمكنه الالتجاء إلى تحاليل البصمة الوراثية لدرء هذا الشك.⁽¹⁾ فإما أن يتأكد أن الولد ولده فيعدل عن اللعان و يتجنب جوراً عظيماً في حق نفسه و ولده و زوجته، و إما أن تكون النتيجة كما ذهب إليه شكه، فيلاعن عن يقين و راحة ضمير.

إن الأخذ بالبصمة الوراثية في هذه الحالة لا شك أنه سيقبل من اللجوء إلى اللعان لنفي النسب، حيث يكون الناس في سعة من الأمر، فلا يلجأ إليه إلا عن يقين و في أضيق الحالات.⁽²⁾ غير أنه إذا أصر الزوج على اللعان، فذلك حق شرعي له لا يجوز منعه عنه بناء على ما ظهر من نتيجة البصمة الوراثية،⁽³⁾ و هنا قد يثار الإشكال حول منزلة الولد الملائع من الزوج في هذه الحالة.⁽⁴⁾

ذهب بعض الفقهاء إلى أن إصرار الزوج على اللعان بعد إثبات نتائج التحليل صحة النسب، يؤدي إلى نفيه، و لا أهمية تولى لنتائج البصمة الوراثية في هذه الحالة، اعتماداً على أولوية الدليل الشرعي على الدليل العلمي.⁽⁵⁾

1- د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 155.

2- د. بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات النسب أو نفيه، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص 120.

3- د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 156.

4- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 122.

5- مصطفى مناصرية، المرجع نفسه، ص 123.

2- الاستعانة بالبصمة الوراثية بعد اللعان:

و يراد بهذه الحالة تأكيد النفي، فإذا جاءت النتيجة موافقة لادعاء الزوج فالأمر هنا لا إشكال يذكر فيه. لكن الإشكال الذي تثيره هذه الصورة، هو عند ثبوت صحة النسب بنتائج التحاليل، بعد إجراء الملائمة، فما مصير النسب؟

لم نعثر خلال بحثنا هذا في اجتهادات القضاء الجزائري على حالة مماثلة، غير أن القضاء المصري عرضت عليه قضية في هذه المسألة، و هي تعد قضية شهيرة (قضية رقم 335 لسنة 1995، شمال القاهرة)، و قد وردت في عدة مؤلفات.⁽¹⁾ ملخص هذه القضية باختصار شديد: * أن المدعي عقد زواجه على المدعى عليها بتاريخ 1994/02/20 و تم الزفاف و الدخول بتاريخ 1994/10/17.

* وضعت الزوجة المدعى عليها طفلة بتاريخ 1995/03/19، لكن الزوج المدعى طالب بنفي نسبها لولادتها لأقل من مدة الحمل، بينما أكدت الزوجة أن الدخول الحقيقي كان بنفس يوم العقد، و أن الزوج كان يتردد عليها في بيت الزوجية منذ ذلك التاريخ إلى الزفاف.

* المحكمة و بعد عدة جلسات، قررت توجيه يمين اللعان للزوجين، و تم ذلك، لكن بالإحالة على الطب الشرعي بطلب من الزوجة، تؤكد عن طريق تحليل البصمة الوراثية ثبوت النسب للزوج. * بناء على ذلك، عرضت القضية على دار الإفتاء المصرية، و التي قررت وجوب الفرقة و التحريم المؤبد بين الزوجين، و مع ذلك أفتت بإثبات النسب للزوجة.

يمكن القول أن قرار دار الإفتاء بعدم الاعتداد بدعوى اللعان في نفي النسب، كان لعدم توفر الأسباب المحققة لنفيه من قبل الزوج، خاصة أن النسب يحرم نفيه باللعان لمجرد الشك، بل لا بد فيه من اليقين، و بذلك اعتبرت اللعان الحاصل مقتصرًا على الفرقة زوجية.⁽²⁾

في ظل صمت المشرع و تعذر حصولنا على قرارات قضائية تفصل في هذه المسألة، فإننا لا نستطيع الجزم بمدى إمكانية أخذ القاضي بما انتهت إليه دار الإفتاء المصرية من عدمه.

1- راجع في ملخص و حيثيات القضية: د. أشرف عبد الرزاق ويح، المرجع السابق، ص 157، 158. د. بديعة علي أحمد، المرجع السابق، ص 118-120.

2- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 126.

ثانياً: صاحب الحق في إجراء تحليل البصمة الوراثية:

مسلمٌ به القول أن اللعان حق للزوج، و هو الطريق الوحيد الذي يمكنه من أن ينفي عن نفسه نسب الولد الذي تيقن أنه ليس منه.⁽¹⁾ لكن من ناحية ثانية، فإن القول بإجازة اللجوء إلى البصمة الوراثية جنباً إلى جنب مع اللعان، يطرح مسألة صاحب الحق في طلب اللجوء إليها. فالقضاء باعتباره حيادياً الأصل أن لا يحكم إلا بما يطلب منه، و قد لا يقرر تلقائياً الاستعانة بالبصمة الوراثية. فعلى من يرى فيها وسيلة لإنصافه و إظهار الحقيقة أن يطلبها.

بناء على ذلك، فإن الاستفادة من البصمة الوراثية في نفي النسب كوسيلة مكتملة للعان، لا تخلو أن تكون إما حقاً للزوج، و إما حقاً للزوجة أو حقاً مشتركاً بينهما.

1- الاستفادة من البصمة الوراثية حق للزوج:⁽²⁾

ذهب إلى هذا الرأي الفقهاء الذين يرون ضرورة أن تحلّ البصمة الوراثية محل اللعان مطلقاً، فإذا كان طلب إجراء اللعان حقاً للزوج متى لم توجد البينة على صدقه أو كذبه، فإنه في الوقت الحالي و قد وجد الدليل، فإن الزوج إذا أراد نفي نسب الولد عنه يكون من حقه طلب إجراء الخبرة الطبية اللازمة. إلا أن طلبه هذا مقيد بشروط أهمها:

* أن يكون الزوج متيقناً بأن حمل زوجته أو الولد الذي وضعت له ليس منه.

* أن يكون الأب وحده صاحب الحق في طلب التحليل دون غيره، لأن اللعان المشروع في الإسلام استثناء على قاعدة أن الزوج يتبعه النسب في كل ما جاء لفراشه خلال المدة القانونية للحمل.

2- الاستفادة من البصمة الوراثية حق للزوجة:⁽³⁾

إذا طلب الزوج اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي النسب، فإنه لا يجاب لطلبه، لأنه يفوت على المرأة ما يضمنه لها اللعان من ستر عليها و على ولدها. لكن يجوز للمرأة أن تطلب إجراء التحليل على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا و هي مستيقنة من براءتها، فتلجأ إلى وسيلة مقطوع بيقينها تدفع بها التهمة عن نفسها و تحفظ حقها.

1- سعد الدين الهلالي، المرجع السابق، ص 80.

2- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 126.

3- يوسف القرضاوي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل. عن موقع: فاسألوا أهل الذكر:

و بذلك تتحقق أمور ثلاثة يتحراها الشارع:

- * أن تبرأ نفسها، و الشرع يحرص على أن لا يتهم بريء بما ليس فيه.
 - * إثبات نسب ولدها لأبيه، و هو مقصد شرعي أصلي.
 - * إراحة نفس زوجها و إزاحة الشك من قلبه.
- و هكذا يكون تمكين الزوجة من اللجوء إلى البصمة الوراثية حال طلب نفي النسب باللعان، محققا لأغراض و مقاصد على قدر كبير من الأهمية.

2- الاستفادة من البصمة الوراثية حق مشترك:⁽¹⁾

يقصد بذلك أن تحليل البصمة الوراثية يمكن أن يكون بناء على اتفاق بين الزوج وزوجته، إما بناء على اتفاق ودي بينهما قبل رفع الدعوى للقضاء، أو بعد رفعها، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون بناء على طلب القاضي.

أي أنها تكون هنا دليلا تكميلا، و القول بأن البصمة الوراثية دليل تكميلي معناه أنه و إن كان طلب إجرائها حقا مشتركا، إلا أن تقييم هذه النتائج موكول للقاضي. فإذا كانت نتائج التحليل مثبتة للنسب و مكذبة للزوج، فإنه يحكم بثبوت النسب و لو تم اللعان.

و يبقى موضوع نفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان مرفوضا رفضا قاطعا على مستوى القضاء، لكن بالنسبة لمسألة الاستعانة بها جنبا إلى جنب مع اللعان دون تقديمها عليه، فهي لا تعد معارضة لأحكام الشرع، كما أنها قد تكون ذات نفع كبير للحد من اللعان الذي يكون في حق الولد الشرعي.

1- مصطفى مناصرية، المرجع السابق، ص 127، 128.

بناء على ما سبق بيانه في هذا الفصل، يمكن القول بأن المشرع جعل للقاضي سلطة تقديرية في مسائل جزئية في مجال إثبات النسب بالطرق الشرعية، لكنها بالغة الأثر و التأثير على نسب الولد. أما عن الطرق العلمية الحديثة، فقد جعل اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب سلطة تقديرية مطلقة للقاضي، بينما شاب أحكام التلقيح الاصطناعي غموض و لبس كبيران.

من ناحية أخرى نلاحظ أن المشرع - رغم تشدد القضاء في مجال نفي النسب-، إلا أنه لم يقيد سلطة القاضي التقديرية بنصوص حاسمة في هذا الموضوع، و خاصة اللعان الذي لم ينص حتى على اعتباره الطريق الشرعي لنفي النسب صراحة. الأمر الذي قد يعيق عمل القضاة و يجعل أحكامهم عرضة للنقض، خاصة أنه لا يكون لهم مرجع يستندون إليه للفصل في النزاع إلا الفقه الإسلامي، و هو الذي يعرف تعدد الآراء و اختلافها في عديد الأحكام. كما لم يوضح المشرع موقفه من نفي النسب بالبصمة الوراثية في ظل عدم انسجام صياغة نص المادة 41 فقرة (2) بين اللغتين العربية و الفرنسية.

جميع الأحكام السابقة مردّها القاعدة الفقهية التي نجدها تتكرر في جل اجتهادات المحكمة العليا في مسائل النسب، و هي "إحياء الولد". فإثبات النسب إحياء للولد و تشريف له، و نفيه قتل و إذلال له.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الحضانة:

متى ثبت النسب للولد، تحققت بذلك أولى حقوقه التالية مباشرة للولادة. لكن ثبوت النسب لوحده لا يكفي لحفظ هذا الصغير من الضياع و الهلاك، بل لا بد له ممن يأخذ بيده و يرعاه بتأديبه و تعليمه و حفظ دينه و خلقه و الإنفاق عليه و القيام بشؤون بدنه و عقله جميعاً. و تلك هي الأسس التي تقوم عليها الحضانة.⁽¹⁾ فالحضانة واجبة للصبي الذي لا يقوى على القيام بنفسه، لأن بوجود الحضانة يؤمن عليه من الضياع، و يفقدها أو تركها يهلك لا محالة. كما أنها - أي الحضانة- مشروعة للصبي، بل و واجبة، حفظاً له من الهلاك، بنص الكتاب و السنة.⁽²⁾ و ترتبط بالحضانة حقوق ثلاثة، حق للوالد أو من يقوم مقامه، حق للوالدة و حق للولد، فالأقوم التوفيق بين هذه الحقوق جميعاً، فإن تعذر ذلك غُلب حق المحضون وُقِّد على غيره،⁽³⁾ و تلك هي مصلحة المحضون.

من جهته، اعتنى المشرع بموضوع الحضانة بنصه على أحكامها كأثر من آثار الطلاق، حيث أفردها بعشرة مواد كاملة،⁽⁴⁾ تناولت جميع الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع. و يظهر اهتمام المشرع بالحضانة خصوصاً من خلال تكفله بنفسه بوضع تعريف لها، خلافاً للقاعدة العامة. حيث استهل أولى مواد الحضانة بتعريف المقصود بها، تعريفٌ يمكن القول بأنه جاء مراعيًا لأهم ما يراد

1- الحضانة في اللغة من حَضَنَ حَضْنًا حضانة. و احتضن الصبي جعله في حضنه، رباه و ضمه إلى صدره. يقال حضنه عن كذا أي نجاه و أبعد. انظر: منجد الطلاب، المرجع السابق، ص 127. و الحاضن هو الموكل بالصبي يحفظه و يربيه. أنظر: ابن منظور المرجع السابق، المجلد 13، ص 123.

2- دليل مشروعية الحضانة من الكتاب قوله تعالى: [وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْنِي صَغِيرًا ﴿٢٤﴾] [الإسراء - الآية 24]. و كذا قوله: [فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا] آل عمران - الآية 37. و من السنة وردت أحاديث عديدة، لعل أشهرها حديث المرأة التي جاءت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: "يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني". فقال صلى الله عليه و سلم: [أنت أحق به ما لم تتكحي]. أنظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن الشيخ أبو بكر ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه و قدمه و علق عليه طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، د م ن، د ت ن، ج 4، ص 360، 361. نقلًا عن: أحمد شامي، المرجع السابق، ص 413.

3- د. كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ جويلية 2004م، عدد 9، ص 560، 561.

4- نصت على الحضانة المواد من 62 إلى 73 ق. أسرة، الفصل الثاني: آثار الطلاق، الباب الثاني: انحلال الزواج، الكتاب الأول: الزواج و انحلاله.

تحقيقه بحضانة الصغير. فنصت المادة 62 فقرة (1) ق. أسرة على: « الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً». إن الملاحظ من تعريف المادة 62 أنه ينشد تحقيق أمر وحيد، و هو القيام بمصلحة الصغير المحضون و السعي لتكريسها قبل أي أمر آخر.⁽¹⁾ فهل مصلحة المحضون هي المعيار الوحيد الذي يتوخاه قاضي شؤون الأسرة عند نظره في المنازعات المتعلقة بالحضانة؟ إجابة هذا التساؤل تظهر من خلال دراسة الأشخاص الذين تسند إليهم الحضانة و أسباب إسقاطها عنهم، وكذا من خلال تقدير الحقوق و الآثار المالية التي ترتبها الحضانة. بناء عليه، فإننا نحاول فيما يلي دراسة موضوع سلطة تقدير القاضي لمختلف المسائل المتعلقة بالحضانة، وذلك على مبحثين:

- المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة و سقوطها.
- المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة.

1- تنص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: « يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر».

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة و سقوطها:

لما كانت الحضانة أحد أهم حقوق الولد، وجب أن يحيطها الشرع و القانون بأهمية بالغة ثم عناية أبلغ، و ليس ذلك إلا لأن صلاح أفراد المجتمع يبدأ من التنشئة التي يتلقونها في سن مبكرة. و تظهر عناية المشرع الجزائري بالحضانة من خلال تركيزه على عنصر وحيد في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بها، و هو مصلحة المحضون، حيث تعد أول و آخر ما يجب أن ينظره قاضي شؤون الأسرة في أحكامه المتعلقة بمنازعات الحضانة. إذ أن "واجب القضاة أن يراعوا دائما في باب الحضانة مصلحة الطفل فقط و هي تربية جسمه و عقله و روحه دون التفات إلى أي اعتبار آخر".⁽¹⁾

على الرغم من أهميتها هذه، إلا أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لمصلحة المحضون ليستعين به القضاة، بل ترك أمرها كليا لسلطتهم التقديرية. لكن ذلك لم يمنع من وضع معايير يمكن الاعتماد عليها، و هي في مجملها معياران: معيار معنوي روحي يشمل تعليم الولد و تربيته الدينية و حفظه خلقا، و معيار مادي يتمثل في السهر على حماية الولد و صحته و رعايته ماديا.⁽²⁾

و لأن مصلحة المحضون هي الأساس في الأحكام المتعلقة بالحضانة عموما، ثم سلطة القاضي التقديرية خصوصا، فإن المشرع مراعاة منه لها قد سطر شروطا معينة لا بد من توافرها في الحاضن لإسناد الحضانة إليه، بفقدانها تسقط عنه و تنتقل حسب ترتيب معين وضعه قانون الأسرة، دائما حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون. كما أن سقوط الحضانة لا يكون بالضرورة لاختلال هذه الشروط فحسب، بل إن له حالات عدة أخرى.

على هذا الأساس، فإننا نحاول فيما يلي عرض ما يمكن قوله حول تقدير القاضي لإسناد الحضانة في المطلب الأول، ثم نتعرض في المطلب الثاني لتقديره لسقوطها و حالاته.

1- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مكتبة العلوم و الحكم، المدينة المنورة، دار الإمام مالك للكتب، الجزائر، ط 1، 1431هـ- 2010م، ص 428.

2- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004- 2005، ص 105.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة:

إن التربية و الرعاية التي يتلقاها الولد من حاضنه هي الفيصل في صلاحه أو فساده، وهي المنطلق إما للتنشئة الصحيحة على الخلق و الدين الصحيحين، و إما للتنشئة الخاطئة التي لا ترجو خلقا و لا ديناً. فالحاضن هو المسؤول الأول عن الولد المحضون و ما يؤول إليه مستقبلاً. من هذا المنطلق، قرر قانون الأسرة وجوب كون الحاضن كفؤاً و أهلاً لحضانة الولد حتى يكون مستحقاً لها، و لم يقف المشرع عند هذا الحد - أي حد إسناد الحضانة- بل اعتنى كذلك بأمر الأشخاص غير الحاضن، ذوي التأثير في حياة المحضون، لحاجته إليهم و حاجتهم إليه، و لحقيقة أن إبعادهم عنه قد يؤدي إلى إحداث فجوة في نفسية الطفل لا يؤمن ضررها و تأثيرها على شخصيته، الأمر الذي يستوجب تمكينهم من رؤيته و تتبع شؤونه.

و فيما يلي نتطرق إلى تقدير القاضي لإسناد الحضانة و ما يتعلق به من أحكام (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تقدير القاضي لحق الزيارة كأول حق معنوي للطفل و أقاربه يتبع إسناد الحضانة وجوباً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير القاضي لإسناد الحضانة:

إن الولد الصغير يحتاج لمن يعتني به و يقوم على حفظه و تدبير شؤونه، و ذلك لأنه في هذه المرحلة يكون عاجزاً عن القيام بمصالح نفسه،⁽¹⁾ غير مدرك لما يضره مما ينفعه، فلا يصلح حاله لو استغنى عن من يقوم به و يكون ذلك سبباً في هلاكه.⁽²⁾ و لهذا اعتنى المشرع بموضوع الحواضن و ترتيبهم، لما لهؤلاء من دور بالغ الأهمية في تربية الطفل المحضون و تنشئته روحياً و بدينياً و عقلياً. حيث ركز في هذا الموضوع على ما تقتضيه مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، و يظهر ذلك من خلال الشروط التي استوجبها القانون في الحاضن حتى يعتبر مستحقاً للحضانة. كما تظهر مراعاة مصلحة المحضون أيضاً فيما خص الترتيب الذي جاء به التعديل الأخير لقانون الأسرة لمستحقي الحضانة.

و فيما يأتي نتحدث عن شروط استحقاق الحضانة، ثم ترتيب أصحاب هذا الحق طبقاً لقانون الأسرة الجزائري مع توضيح سلطة القاضي التقديرية المتعلقة بكل حالة.

1- د. سعاد سطحي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، دار الهدى، عين مليلة، رمضان 1425هـ - نوفمبر 2004م، عدد 17، ص 95.

2- عاطف مصطفى البراوي النتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1422هـ - 2006م، ص 103.

أولاً: شروط الحضانة:

جاء في الشرط الأخير من المادة 62 ق. أسرة أنه: « و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك». من هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري قد ركز في شروط الحضانة على نقطة واحدة، و هي أهلية الحاضن. و لم يبين المشرع لا المقصود بها و لا شروط تحققها، الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى الأحكام التي قررتها الشريعة الإسلامية و التي تحيل عليها المادة 222 من قانون الأسرة، عند غياب النص القانوني أو غموضه.

من ناحية ثانية، فإن الأهلية العامة المطلوبة في الحاضن تستوي في الرجل و المرأة، و على هذا وجب التطرق للشروط العامة لاستحقاق الحضانة، ثم الشروط الخاصة بالرجال و النساء، كل على حدى.

1- الشروط العامة:

حتى يكون الحاضن أهلاً للحضانة مستحقاً لها، اتفق الفقهاء على وجوب أن تتوافر فيه شروط معينة حتى تستقيم حضانته للولد، و تراعى فيها مصلحته المرجوة. هذه الشروط شروط عامة تستوي عند الحاضن رجلاً كان أو امرأة. و هي تتمثل في:

أ- العقل:

طبقاً للمادة 87 ق. أسرة،⁽¹⁾ فإن الحضانة ولاية على النفس، و من ثمة فمن لم يكن عاقلاً فلا ولاية له على نفسه، و من باب أولى لا ولاية له على الصغير،⁽²⁾ لأن فقدان العقل يحول دون تلقي الولد لما هو محتاج إليه من عناية و رعاية، بل إنه قد يخشى عليه حتى من حاضنه المجنون.⁽³⁾ و يستوي أن يكون الجنون مطبقاً أو منقطعاً، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، و لو كان من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم في السنة، لأن احتمال ورود جنون الحاضن في أي وقت فيه ضرر جسيم و خشية على سلامة المحضون.⁽⁴⁾

1- تنص المادة 87 فقرة (3) من قانون الأسرة على: « و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد». و من هنا يتجلى أن الحضانة ضرب من ضروب الولاية.

2- د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 149.

3- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 68.

4- نظيرة عتيق، النفقة و الحضانة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013-2014، ص 04.

من جهة أخرى، فإن القانون يقرر بأن من لم يكن سليم الأهلية من العوارض، كانت تصرفاته غير نافذة،⁽¹⁾ فكيف إذن يولى شؤون الصغير و القيام على رعايته.

ب- البلوغ:

الحضانة و من تعريفها، تتطلب جهودا معينة حتى تتحقق مصلحة المحضون و تتم العناية به على الوجه الكامل. و لذلك كان لزاما أن يكون الحاضن في سن تؤهله للقيام بهذه المهام، و لذا يشترط فيه البلوغ، لأن الصغير غير البالغ لا يحسن القيام بشؤون نفسه، و تبعا لذلك لا توكل إليه شؤون المحضون.⁽²⁾

و عن سن البلوغ المقصودة هنا، فالأرجح أنها سن الرشد المدنية (19 سنة)، باعتبارها سن تمام أهلية الزواج، و هي السن التي تتحقق بها العناية المرجوة للمحضون. لكن هذا لا ينفي أن بعض شراح قانون الأسرة قالوا بأن البلوغ الحكمي كاف للقول بترشيد القاصر الحاضن،⁽³⁾ و مرد ذلك أن القاضي له أن يرخص بالزواج قبل سن الرشد طبقا للمادة 07 ق. أسرة، متى تبين له وجود المصلحة أو الضرورة الداعية إلى الزواج، و قدرة الطرفين عليه.

ج- القدرة:

الحضانة كما سبق القول، تتطلب الشيء الكثير من الجهود المضيئة تحقيقا للعناية بالصغير المحضون على وجه يكفل تحقيق مصلحته. فالسهر على حمايته و رعايته جسديا و عقليا، خلقيا و روحيا، جميعها مهام تستلزم في الحاضن قدرا معتبرا من المقدرة و الاستطاعة، و هذا في المجالين المادي و الجسدي. بحيث لا بد أن يكون الحاضن مقتدرا ماديا على التكفل بالمحضون و قضاء حوائجه، و سليما بدنيا، فتسقط بذلك حضانة المسنة التي يحول سنها دون الاعتناء بالصغير، و المريضة مرضا مقعدا للفراش أو معديا يخشى على المحضون التقاطه.⁽⁴⁾ أما مسألة

1- تنص المادة 85 من قانون الأسرة على: « تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه».

2- د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 550.

3- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض- نفقة- عدة- حضانة- متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 57.

4- نعيمة تبودشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 285.

الحاضن الأعمى فهي مسألة خلافية بين الفقهاء،⁽¹⁾ لكن المحكمة العليا فصلت فيها، حيث جاء في قرار لها أنه: « من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها شرط القدرة على حفظ المحضون، و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الحاضنة فاقدة البصر، و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية.

و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ».⁽²⁾

و تقرير مدى عجز الحاضن يخضع لسلطة القاضي التقديرية، الذي يستعين في ذلك بالخبرة للوصول إلى الحكم النزيه.⁽³⁾

د- الأمانة على الأخلاق:

قرر المشرع في نص المادة 62 ق. أسرة أن من مؤدى الحضانة حفظ الولد خلقاً. من هذا المنطلق، كان لزاماً أن يتصف الحاضن بالاستقامة و الأمانة على أخلاق الصغير. و هي أهم صفة واجبة في الحاضن حتى يقوم على تربية المحضون تربية حسنة دون أي انحراف من شأنه أن يؤدي إلى المساس بأخلاقه أو تضييعها.⁽⁴⁾ و بذلك فلا حضانة للمرأة الفاسدة المهملة حتى لا ينشأ المحضون على مثل هذا السلوك.⁽⁵⁾

هذا الشرط قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/05/02: « من المقرر فقها و قانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر

1- حسن بسام حسن اللحام، أحكام الأعمى في الأحوال الشخصية، الزواج و الطلاق، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة غزة الإسلامية، 1430هـ - 2009م، ص 67.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1999، ص 76.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/12/30، ملف رقم 26403، قرار غير منشور. نقلاً عن: نظيرة عتيق، النفقة و الحضانة، المرجع السابق، ص 07.

4- باديس نياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 59.

5- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 1432هـ - 2010م، ص 152.

على حمايته و حفظه صحة و خلقا، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة إلى الأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون. و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

لكن من جهة ثانية، إذا كان الفسق و تخلف الاستقامة يؤدي إلى سقوط الحضانة، فإنه مع ذلك قد تسند حضانة الصغير لأمه و لو كانت فاسقة، ما لم يؤد فسقها إلى ضياع الولد أو إهماله،⁽²⁾ هذا ما قالت به المحكمة العليا في قرار لها ورد فيه: « يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون»⁽³⁾. و جاء في حيثيات هذا القرار أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، و أن مصلحة البنت تكون ببقائها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء.⁽⁴⁾

2- الشروط الخاصة:

إلى جانب الشروط العامة لاستحقاق الحضانة، فإن لهذه الأخيرة شروطا أخرى، منها ما تختص به النساء، و منها ما يختص به الرجال، حتى يكون هؤلاء جميعا مستحقين للحضانة. هذه الشروط نعرضها حسب جنس الحاضن على النحو التالي:

أ- الشروط الخاصة بالنساء:

حتى تكون الحاضنة أهلا لحضانة الصغير، فإن مصلحته تقتضي فيها أن تستوفي شروطا مخصوصة، وهي:

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/05/02، ملف رقم 53578، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1991، ص 99.

2- د. وفاء معتوق حمزة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية و المالية في الفقه الإسلامي، دار القاهرة للكتاب، مصر، ط 1، 2000، ص 474.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 564787، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (02)، 2010، ص 262.

4- أنظر تحييث القرار: المجلة نفسها، ص 266.

- ١- أن تكون خالية من الزواج بغير ذي محرم للصغير:⁽¹⁾ لأن الأجنبي عن الصغير قد يبغضه و يجافيه و لا يعطف عليه غالبا، كما لا يمكّن حاضنته من العناية به و توفير الخدمة له.⁽²⁾
- ٢- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير: "لأن القرابة المحرمية هي التي تناط بها الحقوق و الواجبات في أكثر الأمور الشرعية، و لأنها كانت أوثق و أعطف".⁽³⁾ فتثبت حضانة الصغير لأمه أو جدته أو خالته أو عمته لأنهن محارمه. و للنساء من القربيات غير نوات الرحم حضانة الإناث دون الذكور.
- ٣- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه: فالحاضنة لا يجب أن تسكن مع المحضون في بيت من كان يبغضه و لو كان قريبا له، لأن الحضانة شرعت لرعاية مصلحة الولد و حفظه، و في الإقامة به في بيت الكاره له يعرضه - أي المحضون - للأذى و الضياع.⁽⁴⁾
- ٤- أن لا تمتنع الحاضنة عن الحضانة متى كان الأب معسرا: فإذا امتنعت الأم عن حضانة ولدها و تربيته دون أجرة عند إفسار أبيه، كان ذلك سببا مسقطا لحقها في حضانة الصغير.⁽⁵⁾
- ٥- أن لا تكون الحاضنة مرتدة: لأن المسلمة إذا ارتدت كان حكمها أن تحبس حتى ترجع أو تموت، و بذلك لا يصلح حالها لحضانة و تربية الصغير.⁽⁶⁾ و هنا نشير إلى مسألة اشتراط إسلام الحاضنة، فهو شرط خلافي، لكن الراجح أن الحاضنة و إن لم تكن مسلمة، استحققت الحضانة، لأن هذا الحق مبني على الشفقة على الصغير، وهي من الأمور الطبيعية التي لا تتأثر باختلاف الدين،⁽⁷⁾ إلا إذا خيف على دين المحضون. هذا ما قرره المحكمة العليا.⁽⁸⁾

- 1- راجع: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 40438، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1989، ص 75.
- 2- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 71.
- 3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 406.
- 4- رحايل سارة، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 27. د. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 272.
- 5- د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 151.
- 6- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 71.
- 7- وليد ميرة، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة باتنة، 2004-2005، ص 70. د. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 271. عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 152.
- 8- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/03/13، ملف رقم 52221، قرار غير منشور. نقلا عن: باديس نياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 168.

ب- الشروط الخاصة بالرجال:

إذا لم توجد حاضنة من النساء أو وجدت و لم تكن أهلا لحضانة الصغير، انتقل هذا الحق إلى الرجال. و لا يكفي في الرجل كذلك أن يستوفي الشروط العامة للحضانة حتى يكون مستحقا لها، بل لابد فيه من شروط يختص بها دون المرأة، وهي:

١- أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للصغيرة الأنثى: و هذا حذرا للخلوة متى كان الحاضن أجنبيا عنها. فمتى لم يوجد الحاضن المحرم، عاد الأمر إلى القاضي لإسناد حضانة الصغيرة إليه من عدمه، حسب ما تقتضيه مصلحتها.⁽¹⁾

٢- أن يكون الحاضن من العصابات حسب ترتيب الإرث: لأن استحقاقه للحضانة يقوم في الأصل على قوة القرابة لأنها مناط الشفقة بالصغير و حسن رعايته.⁽²⁾

٣- إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون: لأن الحضانة ضرب من الولاية على نفس الصغير، و لا ولاية مع اختلاف الدين. كما أن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث، و لا توارث مع اختلاف الدين كذلك.⁽³⁾

و عليه، فإن القاضي في تقريره إلى من يسند الحضانة، يقع لزاما عليه البحث في مدى أهلية الحاضن بتوافر شروطها العامة ثم الخاصة، مراعيًا في ذلك أولا و أخيرا مصلحة الصغير المحضون و البحث في تحققها من عدمه. و له أن يستعين في ذلك بكل الوسائل التي يراها مساعدة لتحري مصلحة المحضون، حيث قررت المحكمة العليا في ذلك أنه: « يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية ».⁽⁴⁾

ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة:

قبل تعديله، كانت الأولوية في الحضانة طبقا لقانون الأسرة ممنوحة للأُم، فإن لم توجد أو تنازلت عنها فللجدة و إلا فللخالدة. و هو ترتيب يرد أساسا إلى الخوف على مصلحة المحضون

1- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 53.

2- د. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 152.

3- د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 742. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 409. نظيرة عتيق، النفقة و الحضانة، المرجع السابق، ص 10.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/05/18، ملف رقم 330566، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2005، ص 301.

و الحرص على ضمانها.⁽¹⁾ و بعد التعديل، أصبح ترتيب الحواضن مغايرا لما كان عليه، حيث بينته المادة 64 ق. أسرة على النحو التالي: « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...».

و عليه، نتطرق إلى بيان هؤلاء الحواضن على النحو الآتي:

1- الأم:

جعل المشرع الأم أول شخص مستحق للحضانة، فهي أولى الحاضنات لأنها أشفق و أرفق و أحن على صغيرها من غيرها.⁽²⁾ فمصلحة المحضون تقتضي أن أول من يجب أن تسند حضانته إليه هو أمه بدليل شرعي صريح على ذلك. فقد روي أن امرأة جاءت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: "يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني"، فقال صلى الله عليه و سلم: [أنت أحق به ما لم تتكحي].⁽³⁾ و بذلك فإن الأم مقدمة على الأب في حضانة الصغير عند التنازع و الافتراق، لأنها أشفق و ألين و أرفق به من أبيه، و الحضانة إنما مبناها الشفقة.⁽⁴⁾

2- الأب:

بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05- 02، تم تقديم الأب بين مستحقي الحضانة إلى الدرجة الثانية بعد الأم مباشرة، و ليس ذلك إلا مراعاة لمصلحة المحضون، التي تتحقق بنشأته تحت عناية و إشراف أبيه و رقابته. و قد اشترط فقهاء المالكية في حضانة الأب - أو أي ذكر آخر- أن تكون عنده من تصلح للحضانة من النساء حتى تقوم على الاهتمام بالصغير، إذ لا قدرة و لا صبر للرجال على أحوال الصغار، و إلا فلا يكون مستحقا للحضانة.⁽⁵⁾ هذا الشرط أخذت به

1- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2004، ص 114.

2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

3- حديث سبق تخريجه.

4- د. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج و الطلاق، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1433هـ- 2012م، ص 334.

5- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 53.

المحكمة العليا، فقررت أن على الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته، خاصة إذا كان الولد فطيماً.⁽¹⁾

3- قريبات الطفل من المحارم:

إن تقديم جهة النساء على الرجال في الحضانة قاعدة شرعية تقتضيها خصوصية حياة الصغير في هذه المرحلة الحساسة من حياته،⁽²⁾ لما للنساء من رحمة بالصغير و شفقة تجعلهن يسهرن على رعايته و القيام بشؤونه على الوجه الأكمل. و لذلك نجد المادة 64 ق. أسرة قد عدت أربعة من النساء ذوات الرحم المحرم من الصغير، اللواتي يستحقن الحضانة مباشرة بعد أبيه. و هؤلاء هن:

أ- الجدات:

و هن أم الأم ثم أم الأب. فتقدم الأولى في استحقاق الحضانة قبل الثانية، لأنها تشارك أم الصغير في الولادة و الإرث.⁽³⁾ و تستحق الجدة لأب الحضانة تاليا إذا لم تكن الأولى مستوفية لشروطها أو غير محققة لمصلحة المحضون.

ب- الخالة و العمة:

خالة المحضون تستحق حضانتهم متى كان في ذلك تحقيق لمصلحته. و هي من المنزلة بما كان، فقد روي أن عليا و جعفرا و زيدا (رضي الله عنهم) اختصموا في ابنة حمزة (رضي الله عنه) أيهم أحق بها. فقال علي: "أنا أحق بها و هي ابنة عمي"، و قال جعفر: "ابنة عمي و خالتها تحتي" و قال زيد: "ابنة أخي". ففضى بها رسول الله صلى الله عليه و سلم لخالتها و قال: [الخالة بمنزلة الأم].⁽⁴⁾

و الخالة و العمة يراعى في ترتيبهما كحواضن الأقرب للصبي المحضون، فالشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب. كل مع مراعاة مصلحته.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/05/18، ملف رقم 330566، قرار غير منشور. نقلا عن: نظيرة عتيق، النفقة و الحضانة، المرجع السابق، ص 12.

2- د. بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 225.

3- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 36.

4- أخرجه سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود (الجامع الصحيح)، باب من أحق بالولد، ج 2، حديث رقم 2280.

4- الأقربون درجة:

جاءت عبارة "الأقربون درجة" عامة و مطلقة، مما يتعين على القاضي معه الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية و ترتيب أقارب المحضون المستحقين لحضانتهم كما قدره الفقهاء الأولون. لكن الإشكال الذي يقع القاضي فيه هنا، هو أن المادة 222 ق. أسرة لم توجهه إلى مذهب معين، و المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة لكل منها ترتيب ينفرد به عن غيره، الأمر الذي من شأنه أن يضع القاضي أمام مشكلة أي مذهب يتبع. لكن يمكن القول أن وضع مصلحة المحضون أمام كل اعتبار آخر يعد عاملاً أساسياً لتوجيه القاضي في تقديره للقريب الأنسب و الأصلح للحضانة. تجدر الإشارة إلى أنه إذا تعدد مستحقو الحضانة و كانوا من درجة واحدة، فُدم أصلحهم للحضانة قدرة و خلقاً، فإن تساوا فأكبرهم سناً، مع مراعاة مصلحة المحضون دائماً قبل أي اعتبار آخر.⁽¹⁾

إن ترتيب الحواضن الذي قرره المادة 64 ق. أسرة يعد ترتيباً وجوبياً، و على القاضي أن يتمسك به في إسناده للحضانة و لا يحيد عنه إلا متى تطلبت مصلحة المحضون ذلك، كونها فوق كل اعتبار و من شأنها أن تغير كلياً ترتيب الحواضن.⁽²⁾ هذا ما يتبين من القرارين الآتيين للمحكمة العليا، إذ جاء في القرار الأول أنه: « من المقرر قانوناً أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون أسرة إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بدور الحماية و الرعاية».⁽³⁾ و بين القرار الثاني أن: « مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة».⁽⁴⁾

و بالنسبة لمسألة رغبة المحضون و مدى اعتبارها عاملاً مساعد أو موجهاً - إن صح القول - للقاضي في تقرير المستحق للحضانة، فإنه يصرف النظر عنها و لا يؤخذ بها عند تعيين الحاضن.⁽⁵⁾ لكن للقاضي أن يستعين بوسائل أخرى لتقدير مصلحة الطفل المحضون مثل التحقيق

1- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 151. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 410.
2- عمار بوعنيقة، أحكام الخلع في التشريع الجزائري و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 71.
3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 17/03/1998، ملف رقم 179471، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 172.
4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 13/05/2009، ملف رقم 497454، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (01)، 2009، ص 297. نقلاً عن مدونة قانون الأسرة، منشورات برتي، الجزائر 2012، ص 34.
5- و يمكن استقراء هذا الحكم من نص المادة 153 ق. إج م/أ. (سبق تفصيلها).

و المعاينة، الاستماع إلى أفراد الأسرة⁽¹⁾ أو اللجوء إلى خبرة مساعدة اجتماعية،⁽²⁾ فهذه جميعا وسائل من شأنها الكشف عن مصلحة المحضون و توجيه القاضي إلى الحاضن الأصلح للصغير.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لحق الزيارة:

حق الزيارة من أهم الحقوق التي يشترك فيها الطفل و أبواه، فهو يكتسي أهمية بالغا لكونه مساهما في تكوين شخصية الصغير المحضون و فاعلا بتوثيق علاقته بوالديه.⁽³⁾ كما أنه يمكن أب الصغير - أو من يقوم مقامه- متى لم تسند إليه الحضانة، من رؤية المحضون و تفقد أحواله و الاطمئنان عليه.

و نظرا لأهميته الخاصة هذه، فقد جعل المشرع الزيارة أول حق يحكم به القاضي مباشرة عقب إسناده الحضانة لمستحقها، و يكون الحكم تلقائيا و دون انتظار طلبه من الخصوم كما جرت عليه العادة، لأنه - أي حق الزيارة- من النظام العام،⁽⁴⁾ من جهة أخرى فهو من صميم مصلحة المحضون التي يتحراها القاضي أولا وأخيرا عند إصداره الأحكام المتعلقة بالحضانة.

الملاحظ أن المشرع لم يفصل في شأن الزيارة مطلقا، حيث اكتفى بالنص عليها بعبارة وحيدة في متن المادة 64 ق. أسرة و جاء فيها: « و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة». و بذلك فإن حق الزيارة يعد من المسائل التي تبرز فيها سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية بوضوح، كونه حقا مرتبطا كل الارتباط بمصلحة المحضون.

و لدراسة حق الزيارة، لابد من التطرق إلى جملة من العناصر، أهمها تحديد المقصود بالزيارة و الهدف منها و تنظيمها من حيث الزمان و المكان.

1- راجع لتفصيل أكثر: بوغرارة صالح، المرجع السابق، ص 108.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/05/18، ملف رقم 330566، قرار مذكور سابقا. هذه النقطة نصت عليها أيضا المادة 425 من ق. إج م/إ: «... و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة».

3- د. بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 258.

4- سارة قارة، التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 117.

أولاً: المقصود بحق الزيارة:

الزيارة في معناها اللغوي هي القيام برؤية الشخص عنده. (1) فهي ترتبط أساساً بمفهوم الرؤية. و الرؤية لغة من راه يريه، أي ذهب و جاء. (2) فالزيارة هي الرؤية جيئة و ذهاباً. أما الحق في الزيارة بمفهومه الاصطلاحي فهو قيام من بيده المحضون بتمكين صاحب الحق في الزيارة من رؤيته و الجلوس إليه و التحدث معه. (3)

و حق الزيارة ثابتة مشروعيتها و وجوبه بالكتاب و السنة، فمن الكتاب قوله تعالى: [فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطُّعُوا أَرْحَامَكُمْ ﴿٢٢﴾] (4) و كذلك قوله: [وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ ۗ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٧٥﴾]. (5) أما من السنة فقوله صلى الله عليه و سلم: [خلق الله الخلق، فلما فرغ منه قامت الرحم فأخذت بحقو الرحمان، فقال له: مه، قالت: هذا مقام العائذ بك من القطيعة، قال: ألا ترضين أن أصل من وصلك و أقطع من قطعك؟ قالت: بلى يا رب، قال: فذاك لك]. (6)

و لا يشترط في صاحب الحق في الزيارة أن يكون مستوفياً لشروط الحضانة التي سبق بيانها، بل لا يشترط فيه حتى أن يكون أمينا على الصغير، و ذلك لأن هذه الشروط ليست محلاً للرؤية، كما أن الزيارة تتم تحت إشراف من بيده المحضون. (7)

و يعتبر الحق في الزيارة واجبا على حاضن الصغير تجاه من لم تسند إليه الحضانة، و هو غالبا الأب و إلا فمن يحل محله، و هذا ما قالت به المحكمة العليا حين قررت أن حق الزيارة

1- Visite nf: Action de voir quelqu'un chez lui. Petit Larousse illustré, librairie Larousse, paris, 1983, p 1070.

2- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1407هـ-1987م، ص 1609.

3- د. رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص 31.

4- محمد - الآية 22.

5- الأنفال - الآية 75.

6- الأحاديث القدسية الصحيحة، مجموعة من الكتب الستة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د ت ن، حديث رقم 111، ص 86. أخرجه البخاري أيضا باللفظ عينه، صحيح البخاري، باب و تقطعوا أرحامكم، ج 4، حديث رقم 4552.

7- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 58.

ثابت للجد باعتبار الأب متوفى.⁽¹⁾ و ليس للحاضن أن يمنع صاحب الحق في الزيارة عن المحضون تحت طائلة العقوبة، حيث نصت المادة 328 ق. عقوبات⁽²⁾ على: « يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضائته بحكم مشمول بالتنفيذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به...». و تأخذ عبارة الحضانة الواردة في نص المادة 328 ق. عقوبات مدلولاً واسعاً يشمل حتى عدم احترام الحكم المتعلق بالزيارة.⁽³⁾

لعل أهمية حق الزيارة هذه التي تجعله محمياً جزئياً، ترجع إلى سببين رئيسيين:⁽⁴⁾

* أن حق الزيارة أداة لتقوية العلاقات و الروابط الأسرية و تمكين المحضون من كل العطف و الرعاية اللذين هو في أمس الحاجة إليهما.

* أن حق الزيارة أداة لرقابة مصلحة المحضون و ضمان تربيته على الدين الصحيح و الخلق الحسن و تفقد صحته و تعليمه و جميع ما يتعلق بمصالحه.

تجدر الإشارة إلى أن أهمية حق الزيارة تظهر كذلك من خلال إدراج المشرع له ضمن المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى القضاء الاستعجالي، للحصول على تدبير مؤقت فيها إلى غاية الفصل في أصل الحق، و هذا بصريح المادة 57 مكرر ق. أسرة.

ثانياً: تنظيم حق الزيارة:

حتى تحقق الزيارة الأغراض التي شرعت من أجلها، لا بد فيها أن تكون منظمة من حيث زمانها و مدتها و مكانها. و الأصلح أن يتم هذا التنظيم بالاتفاق بين الحاضن و صاحب حق الزيارة، فلهما الاتفاق على تحديد مكانها و زمانها و جميع ما تعلق بها، و هكذا يكون أمرها ميسراً، فلا يضار الصغير ولا من هو بيده و لا من له حق رؤيته، فتستقر حياة المحضون،⁽⁵⁾ و لا يكون أثر الفرقة شديداً عليه و بدأ تتحقق مصلحته.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189181، قرار غير منشور. نقلاً عن باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 190.

2- الأمر 66-156، مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، ص 702. المعدل و المتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 23 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 84، ص 11، و القانون 14-01 المؤرخ في 14 فبراير 2014، جريدة رسمية عدد 7، ص 04.

3- د. احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 197.

4- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، المرجع السابق، ص 187-196.

5- د. رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 179.

لكن متى لم يكن تنظيم الزيارة حاصلًا بالاتفاق، فإن حكم القاضي المسند للحضانة يكون متضمنًا لكيفية ممارسة هذا الحق، سواء من حيث الزمان أو المكان الذي تتم فيه الزيارة.

1- أوقات الزيارة:

ترك القانون المسائل المتعلقة بالزيارة لتقدير القاضي، يستعين في ذلك بما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية إعمالًا للمادة 222 من قانون الأسرة.

و تتم الزيارة في المعتاد نهارًا لا ليلاً، مرة في كل أسبوع للأبوين و أقل من ذلك بالنسبة لغيرهما،⁽¹⁾ ولو كانت الزيارة أقل من هذا القدر بالنسبة لوالدي المحضون، لما حققت هدفها سابق الذكر (الرعاية و العطف على المحضون، و رقابته و مراقبة مدى تعهد الحاضن له تربية و خلقًا و دينًا و صحة). و قد قررت المحكمة العليا قدر الزيارة هذا، فجاء في قرار لها: « متى أوجبت أحكام المادة 64 قانون أسرة على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بالزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبًا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم. و من ثم فإن القرار بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». ⁽²⁾

و بالنسبة لمدة الزيارة، فإن القاضي يراعي فيها العرف و العادة، و قد جرت الأخيرة على أن يحكم القاضي بحق الزيارة في أيام العطل الأسبوعية و الأعياد الدينية و الوطنية و كذا في أيام العطل المدرسية إذا كان المحضون مزاولًا للدراسة. ⁽³⁾

هذا مع الإشارة إلى أن مدة الزيارة و زمانها يختلفان باختلاف سن المحضون - و كذا حالته الصحية- بحيث لو كان مميزا كان من الجائز له المبيت عند كلا أبويه و زيارتهما، ولا يُمنع من ذلك لأن فيه تحريضا على العقوق و قطيعة الرحم و هو الأمر المحظور شرعا. ⁽⁴⁾

1- د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 604.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 16/04/1990، ملف رقم 59784، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1991، ص 126.

3- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 59.

4- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 425.

2- مكان الزيارة:

تماما كأوقات الزيارة، فإن مكانها يحدده القاضي بناء على تقديره لمصلحة المحضون من ناحية، و لاعتبارات أخرى من ناحية ثانية، و هي اعتبارات تتعلق أساسا بواقع أن حل الرابطة الزوجية يجعل كلاً من الرجل و المرأة من أبوي المحضون أجنبيا عن الآخر، لا يجوز الاختلاء به و لا الانبساط إليه.

لكن يمكن أن تتم الزيارة استثناء بمسكن الحضانة، و هذا مراعاة لمصلحة المحضون متى كان صغير السن، لا يستطيع الاستغناء عن أمه و لا يحتمل إبعاده عنها، كما لو كان رضيعا. هذا ما يفهم من أحد قرارات المحكمة العليا، و الذي جاء فيه أنه: « من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامان فقط، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة ببيتها و حضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽¹⁾.

يفهم من الشطر الأخير للقرار - بمفهوم المخالفة- أن الرضيع المحضون تستوجب مصلحته أن تتم زيارته داخل بيت أمه الحاضنة رغم أنها أصبحت بينونتها أجنبية عن أبيه، و لا يجوز لها الاختلاء به.

كذلك يفهم من هذا القرار أن باستغناء المحضون عن الرعاية المتواصلة لأمه، لا تجوز زيارته في المسكن الذي تمارس فيه الحضانة، بل لابد أن تتم خارجه احتراما للحرمان حتى و لو كان المحضون أنثى، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/02/05، أين نقضت قرار قضاة المجلس، و الذين قيّدوا حق زيارة الأم لابنتها بأن تتم داخل مقر بيت الزوج (المطلق) الحاضن.⁽²⁾

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 71727، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1993، ص 47.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/04/30، ملف رقم 79891، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1992، ص 53.

و هذا ما ذهبت إليه أيضا في قرار آخر، حيث سببت المحكمة العليا قرارها بأن حق الزيارة يحقق الهدف منه بتمتع البنت برعاية والدها و لو لساعات محددة، و لا يلزم أن تتم الزيارة داخل بيت مطلقته لأنها أصبحت أجنبية عنه: « من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد مكان ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها صارت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عند ما تتمتع البنت برعاية والدها ولو لساعات محددة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة»⁽¹⁾.

ما تجدر الإشارة إليه، هو أن مكان الحضانة يجب أن يكون قريبا، لأن الزيارة إذا لم تحقق غرض رقابة الولي للصغير، فإن ذلك قد يعد حتى سببا مسقطا للحضانة، مراعاة لمصلحة المحضون. و المسافة - كما قدرتها المحكمة العليا- التي تعد حائلة دون تحقيق الزيارة للرقابة هي ستة برود أي ما يعادل 1000 كلم بين مقر الحضانة و ولي المحضون.⁽²⁾ و يبقى تنظيم الزيارة زمانا و مكانا يخضع في جميع جزئياته لسلطة القاضي التقديرية التي مرجعها مصلحة المحضون.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/12/15، ملف رقم 214290، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 194.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 43594، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1992، ص 41.

المطلب الثاني: تقدير القاضي للأسباب المسقطة للحضانة:

بتحقق شروط أهلية الحضانة التي تستلزمها المادة 62 ق. أسرة، و كما قررها فقهاء الشريعة الإسلامية، كان المعني حينذاك مستحقاً لأن تسند إليه حضانة الصغير. فيكون عندها مسؤولاً عن الإشراف على تربيته و تأديبه و رعايته و الاهتمام بمتطلباته... كل كما تقتضيه مصلحة الصغير. و بهذا تكون الحضانة تحمل في طيها حقين: حق يتعلق بالحاضن و استثنائه بالمحضون و القيام على شؤونهم لتحقق شروط أهلية الحضانة فيه، و حق يتعلق بالمحضون و هو مراعاة مصلحته بإسناد أموره إلى أكفأ أقاربه و أقدرهم على تحقيق معاني الحضانة و أهدافها. على هذا الأساس، يكون على القاضي أن ينظر في أمور الحضانة إلى الحقين و يكافئ بينهما ما أمكن، و إلا فعليه تغليب مصلحة المحضون. و لكون الحضانة حقا للحاضن كذلك، فإنه كأصل لا يجبر عليها، و يكون له حق التنازل عنها، لكن في حدود مصلحة المحضون. و فيما يأتي نتطرق إلى هذين العنصرين كل على حدى، إسقاط الحضانة بتقرير من القاضي (الفرع الأول)، ثم التنازل عنها باختيار من الحاضن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير القاضي لإسقاط الحضانة:

كما سلف القول، باستيفاء الشخص لشروط الحضانة، العامة منها و الخاصة، فإنه يكون جديراً بأن تسند إليه. لكن و أثناء حضائته للولد، يمكن أن يعرض على أهلية هذا الحاضن ما قد يؤدي إلى اختلال أحد شروطها، و بالتالي سقوطها، و من ثم تسقط الحضانة بالتبعية. من ناحية أخرى، و في ظل الأوضاع الاجتماعية السائدة، و نخص بالذكر هنا أزمة السكن، فقد تصادف الحاضنة (الجددة أو الخالة) ظروف تضطرها إلى الانتقال بالمحضون للسكن مع أمه المتزوجة بالأجنبي عنه، و هو بدوره أمر يقتضي إسقاط الحضانة مراعاة لمصلحة الصغير.⁽¹⁾ و الجدير بالذكر كذلك أن الحضانة تسقط و لو دون إخلال من الحاضن، و ذلك متى انقضت مدتها القانونية.

و فيما يلي نتطرق لإسقاط القاضي للحضانة - بناء على تقديره لمصلحة المحضون - في حالات اختلال شروطها، الإقامة بالمحضون مع الأجنبي، و انقضاء مدتها.

1- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 155.

أولاً: إسقاط الحضانة لاختلال شروط الأهلية:

تسقط الحضانة تبعاً لسقوط أحد شروط استحقاقها التي سبق بيانها في المطلب السابق. و يقع على القاضي أن يقدر هذا السقوط بحرص شديد حفظاً لمصلحة المحضون، فقد قررت المحكمة العليا أنه: « من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة و مضرة بالمحضون و متعارضة مع مصلحته»⁽¹⁾ و أهم شروط الحضانة التي نريد هنا هي شروطها العامة التي تقبل السقوط و نوردها كالتالي:

1- سقوط شرط العقل:

إذا طرأ على أهلية الحاضن - و نقصد هنا الأهلية بمعناها المدني - عارض أدى إلى اختلال شرط العقل، فإنه يكون لزاماً على القاضي عندها إسقاط الحضانة عن الحاضن خشيةً على مصلحة المحضون، فكما سبق ذكره، لا يؤمن على سلامة المحضون من جنون حاضنه أياً كانت حاله، مطبقاً أو منقطعاً، و لو كان منقطعاً فيستوي أن يكون كثير الورود أو نادراً.⁽²⁾ و تكون واقعة فقدان العقل خاضعة لتقدير القاضي عن طريق اللجوء إلى الخبرة الطبية، كما نصت عليه المادتان 425 و 125 ق. إج م/إ، باعتبار الخبرة لازمة في المسائل التي تتجاوز المعارف العلمية و التقنية للقاضي،⁽³⁾ و هو ما يتحقق في واقعة فقدان العقل، و هذا لتبين صدق المدعي فيما يدعيه على الحاضن من كذبه. و ليس للقاضي أن يقضي مباشرة بصحة الإدعاء بذهاب عقل الحاضن و إلا كان حكمه عرضة للطعن فيه بالنقض، حيث قررت المحكمة العليا أنه: « إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني و مخالفة للقانون و ينجر عنه النقص دون إحالة»⁽⁴⁾.

لكن متى تبين صدق الإدعاء بسقوط شرط العقل عن الحاضن بالدليل الطبي المثبت لذلك، فإن مصلحة المحضون تستوجب الحكم هنا بإسقاط الحضانة عن الحاضن.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/11/07، ملف رقم 50270، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (03)، 1991، ص 48. نقلاً عن: زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 393.

2- عتيق نظيرة، النفقة و الحضانة، المرجع السابق، ص 04.

3- د. بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط 1، 2009، ص 131.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم 265727، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 2004، ص 432. نقلاً عن: شمروك محمد، مصمودي مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص 46.

2- سقوط شرط القدرة:

يعد شرط القدرة البدنية و الصحية على حضانة الصغير شرطا أساسيا لاكتمال أهلية الحاضن، و متى سقط انجر عن ذلك سقوط الحضانة تباعا. و هذا لأن العناية بالمحضون بما يكفل تحقيق جميع أهداف الحضانة المبيّنة في المادة 62 ق. أسرة تستوجب في الحاضن أن يكون على أتم الاستعداد الجسدي و الصحي لها. فتقصير الحاضن بواجباته تجاه المحضون سواء من حيث صحته أو نظافته أو تعليمه أو تأديبه، فيه ضرر بالمحضون يستلزم رفعه بإسقاط الحضانة عن كانت بيده.⁽¹⁾

و يسقط شرط القدرة بعجز الحاضن لكبر سنه أو بإصابته بمرض خطير أو مقعد، أو بفقده لحاسة البصر، باعتبارها أهم الحواس التي تمكنه من القيام بالإشراف على المحضون و حفظه. هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09.⁽²⁾ و كالحال بالنسبة لشرط العقل، فإن تقدير القاضي لسقوط شرط القدرة لا بد فيه أن يكون مستندا إلى خبرة طبية مؤكدة لحالة العجز المدعى بها على الحاضن.

تجدر الإشارة إلى أن القدرة على تربية المحضون لا يقصد بها الحالة الصحية للحاضن حصرا، بل يدخل ضمنها كذلك التفرغ للمحضون و عدم الانشغال عنه. و هنا لا بد من الحديث عن مسألة عمل الحاضنة و مدى اعتباره مسقطا للحضانة.

نصت المادة 67 فقرة 2 من قانون الأسرة على: « و لا يمكن لعمل الحاضنة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة». و لعلّ المشرع قد نص على هذه المادة ضمن مسقطات الحضانة كنتيجة للوضع الاجتماعي الراهن، أين أصبحت المرأة مثقفة متعلمة و اقتحمت ميدان الشغل بقوة متحدية موقعها التقليدي كربة بيت. و المرأة العاملة حتى قبل انحلال العلاقة الزوجية، فإنها تلجأ عند خروجها للعمل إلى وضع طفلها بدار من دور الحضانة أو تأجير امرأة تقوم على تربيته، و بذلك لا يكون عملها سببا لإهمال صغيرها أثناء الحياة الزوجية،⁽³⁾ فلماذا يعتبر عملها سببا لإهمال صغيرها بعد انحلالها!

1- فؤاد مرشد داؤود بدير، المرجع السابق، ص 172.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33921، قرار مذكور سابقا.

3- عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، عدد تجريبي، أبريل 2004، ص 336.

و قد أخذت المحكمة العليا بهذا الرأي حين قررت أنه: « من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب و انعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

لكن احتراف الحاضنة و عملها مقيد بأن لا يؤدي إلى المساس بحقوق الطفل المحضون عليها أو أن يكون فيه مضارة له، لأنه إن كان كذلك كان مانعا من القيام بالصغير خاصة و أن من أهم حقوقه على حاضنته، حقه في حفظه و أن لا يترك حتى يهلك أو يضيع.⁽²⁾ و معنى ما تقدم أن عمل الحاضنة يحده الاستثناء الذي هو في حقيقته الأصل في الحضانة، و هو تحري مصلحة المحضون أولا و أخيرا. هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقرارها المؤرخ في 2002/07/05، و جاء فيه: « عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقاها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية و الرعاية»⁽³⁾. فيستشف من هذا القرار أن عمل الحاضنة مشروع و مباح لها و لا يتنافى مع شرط القدرة على الحضانة، لكن على شرط واقف هو رعاية مصلحة المحضون.

3- سقوط شرط الأمانة على الأخلاق:

إذا ثبت للقاضي أن الحاضن بعد إسناد الحضانة إليه سقط عنه شرط الأمانة على الأخلاق، فإنه ينظر الأمر و يقدر فيه و يقضي غالبا بإسقاط الحضانة عنه. فكون الحاضن غير مأمون على الولد لفسق أو سوء سيرة و سلوك، يشكل خطرا على أخلاق المحضون، و يخشى عليه أن يتأثر بفسقه و سلوكه السيئ،⁽⁴⁾ ذلك أنه أصبح من الثابت و المعلوم أن جنوح الولدين أو فساد

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 245156، قرار غير منشور. نقلا عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 209.

2- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطلق و آثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 259، 260.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/07/05، ملف رقم 274207، قرار غير منشور. نقلا عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 59.

4- مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، 1424هـ - 2003م، ص 221.

أخلاقهما له أثر مباشر على الأبناء باعتبار هؤلاء يتأثرون بسلوك مربيهم، فينشئون إما على طاعة القانون و الدين و الأخلاق، أو على الاستهتار بهذه القيم.⁽¹⁾

و مراعاة لمصلحة المحضون، تعد جريمة الزنا أهم مسقط لحضانة الأم لصغيرها، و هذا مخافة أن ينشأ المحضون - خاصة لو كانت أنثى - على مثل هذا الفسوق و الفساد. جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: « من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

و متى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة».⁽²⁾

و لم تكف المحكمة العليا بهذا الحكم، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك - رعاية لمصلحة المحضون دائما-، حيث قررت سقوط الحضانة حتى عن الجدة لأم لانعدام الثقة فيها بسبب عجزها عن الحلول دون فساد أخلاق ابنتها، فقررت أنه: « متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

و الحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها و إقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغم زوجها على طلاقها».⁽³⁾

مما سبق، يمكن القول أن القاضي في تقريره لسقوط الحضانة بسقوط شروط أهليتها، يكون المعيار الذي يعتمده في الفصل في النزاع هو مصلحة المحضون، مع وجوب التأكد من فعالية سقوط شرط الحضانة عن مستحقها. هذا و نشير إلى أن من بين الشروط أيضا التي يؤدي اختلالها إلى سقوط الحضانة هو شرط إسلام الحاضنة. فإذا ارتدت الحاضنة بعد إسلامها فعلى

1- د. مكي دروس، الموجز في علم الإجرام، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، د ت ن، ص 179، 180.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/9/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 169.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/01/09، ملف رقم 31997، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1989، ص 73. نقلا عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 160.

القاضي إسقاط الحضانة عنها لحكم المرتدة الذي سبق بيانه، كذلك لو تبين له أن كفر الحاضنة قد أصبح يتهدد المحضون بأن بلغ سنا يعقل فيها،⁽¹⁾ أو لو ثبت يقينا أنها لا تربيه على دين أبيه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها، أو تقوم بها أمامه أو تأخذه إلى معابدها أو تعوده على المحرم من المأكل والمشرب،⁽²⁾ فهنا لا بد على القاضي تقرير سقوط الحضانة لتخلف شرط أمانة الحاضنة على دين المحضون مراعاة لمصلحته و هي الخوف أن يألف دينا غير دين أبيه بسبب معاشرته تلك الحاضنة.⁽³⁾ قررت المحكمة العليا أنه: « من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية. و لما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة و من جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين باعتبار أنهما أصبحا يافعين إلا أنهم أخطئوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية و المادة 64 من قانون الأسرة.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص البنت دون إحالة».⁽⁴⁾

ثانيا: السكن مع الأجنبي:

يشترط في الحاضنة من النساء أن لا تقيم بالمحضون في بيت من يبغضه و لو كان قريبا،⁽⁵⁾ و قد كرس المشرع هذا الشرط بأن نص عليه صراحة لكن بتخصيص الحاضنة بالجدة أو الخالة. حيث نصت المادة 70 ق. أسرة على: « تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم».

1- و المتفق عليه عند الفقهاء أن السن التي يتأثر فيها دين المحضون و يُخشى عليه من كفر الحاضنة هي سبع سنين. أنظر: نعيمة تيودشت، المرجع السابق، ص 289.

2- د. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 271.

3- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2013، ص 118.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 13/03/1989، ملف رقم 52221، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1993، ص 48. نقلا عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 168.

5- بوسنة ياسمين، الحماية المدنية لحقوق القصر، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 40.

من تحليلنا لنص المادة 70 أعلاه، يتبين أن سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة لا بد فيه من تحقق شروط ثلاثة. هذه الشروط هي:

* أن تكون الحاضنة جدة المحضون لأمه أو خالته، و هنا قد يتبادر إلى الذهن التساؤل عن الحال لو كانت الحاضنة التي انتقلت للعيش مع أم المحضون المتزوجة بالأجنبي هي عمته أو جدته لأبيه. لكن هذا التساؤل يجيب عنه الشرط الخاص بالنساء المتقدم ذكره، و المتمثل في عدم الإقامة بالمحضون في بيت الكاره له الذي لا يؤمن على المحضون من ضغينته.⁽¹⁾

* أن يكون سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه محققا لمعنى المساكنة، بأن تتخذ من ذلك البيت موطنًا و تقيم فيه إقامة مستمرة. و على ذلك، فلو كانت الحاضنة مقيمة مع أم الصغير بهدف الزيارة أو قضاء عطلة، فإن هذا الشرط يكون غير محقق، و بالتالي لا تسقط الحضانة.⁽²⁾

* أن تكون أم المحضون متزوجة، و زوجها من غير أقارب المحضون المحارم، و بذلك فلا مجال لإعمال المادة 70 لو كان زوج الأم عما للمحضون.

الملاحظ في نص هذه المادة 70 ق. أسرة أنه جعل السقوط مطلقا غير مقيد بمراعاة مصلحة المحضون، كما هو متضمن في بقية النصوص المتعلقة بإسناد و إسقاط الحضانة. و لعلّ السبب وراء ذلك أن السكن بالمحضون مع أمه، يجعل الأخيرة هي من تقوم بحضانتها الفعلية رغم تفويتها هذا الحق على نفسها بزواجها بالأجنبي⁽³⁾ (كما سيأتي بيانه).

و عن سقوط الحضانة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، قررت المحكمة العليا أنه: « من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة و ألا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب غير مؤسس...»⁽⁴⁾.

1- د. محمود علي السطاوي، المرجع السابق، ص 370.

2- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 545.

3- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 154. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 154.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/06/20، ملف رقم 50011، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1991، ص 57.

عودة الحق في الحضانة:

نصت على هذه المسألة المادة 71 ق. أسرة: « يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري». مؤدى هذه المادة أن للحاضن أن يرفع أمره للقاضي، و يطلب إعادة الحضانة إليه بزوال سبب سقوطها غير الاختياري عنه.⁽¹⁾ غير أنه يشترط أن يكون سقوط الحضانة راجعا لسبب مستقل عن الحاضن و اختياره. بمفهوم المخالفة، فإذا كان السبب المسقط للحضانة بتصرف حر و عن رغبة و اختيار من الحاضن فلا حق له في عودة الحضانة إليه.⁽²⁾ فلو أسقطت الحضانة عن الحاضنة لمرض حلّ بها أو جنون نزل بعقلها، ثم تنحى سبب السقوط هذا، عاد لها الحق في حضانة الصغير.⁽³⁾ لاستقلال هذا العارض عن إرادتها.

ثالثا: سقوط الحضانة لانقضاء مدتها:

تبدأ الحضانة من حين ولادة الصغير، و لا فرق في ذلك بين الصبي والصبيّة.⁽⁴⁾ و من البديهي أن يأتي يوم يستغني فيه كل منهما عن حاجته لخدمات الحاضن، لكن بتفريق بين الذكر و الأنثى لاختلاف التكوين النفسي و العقلي و الفسيولوجي لكل واحد منهما.⁽⁵⁾ و مدة الحضانة قررتها المادة 65 ق. أسرة، إذ نصت على: « تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون».

انطلاقا من تحليل نص المادة 65 أعلاه، يمكن الخروج ببعض الملاحظات:

* سقوط الحضانة في هذه الحالة لا يكون مصدره تقدير القاضي، كما أنه مستقل عن شخص الحاضن، فالمعيار فيه موضوعي بحت، حيث تسقط الحضانة بقوة القانون،⁽⁶⁾ ببلوغ الحاضن السن السن المقدرة حسب جنسه.

1- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 67.

2- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 155.

3- د. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 155.

4- د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 568.

5- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، المرجع السابق، ص 52.

6- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 65.

* قرر القانون سقوط حضانة الذكر ببلوغه عشر سنين، و هي السن التقريبية التي يوافق بها المشرع ما قال به جمهور الفقهاء من أن انتهاء حضانة الغلام تنتهي ببلوغه سنا يستقل فيها بخدمة نفسه و رعايتها بأن يأكل وحده و يلبس وحده و يهتم بنظافته وحده.⁽¹⁾ أما حضانة الأنثى فقد قرر المشرع انتهائها ببلوغها سن الزواج، و هي محددة قانونا بـ 19 سنة حسب المادة 07 من قانون الأسرة.

* تمديد حضانة الذكر يكون بناء على سلطة تقديرية محضة للقاضي، إن ارتأى أن مصلحة المحضون تقتضي إبقائه في يد حاضنته. و المصلحة التي تبرر هذا التمديد هي العمل على استقرار الصغير حتى يتوفر له الأمان و الاطمئنان و تهدأ نفسه و لا تقع عليه مضرة انتزاعه من أمه.⁽²⁾

* التمديد يكون موقوفا على شرطين في الحاضنة، أولهما أن تكون أما للولد، و ثانيهما أن تكون خالية من الزواج على إطلاقه. و هنا نتجراً على انتقاد المشرع، ذلك أن مصلحة المحضون و استقراره لا يتحقق حصراً مع أمه، بل حتى مع جدته أو خالته، فالجدة أم، و "الخالة بمنزلة الأم"⁽³⁾، كما أن اشتراط خلو أم الصغير من الزواج على النحو المطلق فيه نوع من الإجحاف في حقها، باعتبار أن الزواج بالقرب المحرم للصغير لا مضرة فيه عليه و لا يسقط الحضانة كأصل حتى، فهل المشرع يناقض نفسه بعدم الانسجام التشريعي هذا؟ و في هذا الشرط قررت المحكمة العليا أنه: « من المقرر قانوناً أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه، و لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون.

و متى تبين - من القرار المطعون فيه- أن الحاضنة للطفل (...) ليست أمه التي تزوجت بشخص غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، و يتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس و يرفض».⁽⁴⁾

1- د. محمد بن الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج و آثاره، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د م ن، د ت ن، المجلد الثاني، ص 819. راجع في الفكرة نفسها: د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 568.

2- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 301.

3- حديث سبق تخريجه.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 10/12/1990، ملف رقم 66552، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1995، ص 89.

* طلب التمديد لابد أن يكون خلال سنة من نهاية العشر سنوات تحت طائلة سقوط الحق فيه.⁽¹⁾
 * يكون الحكم بانتهاء الحضانة و عدم تمديدها خاضعا لسلطة القاضي التقديرية بناء على ما تقتضيه مصلحة المحضون، لكن في حدود الشروط المذكورة أعلاه.

و بانقضاء الحضانة، يُضم الصغير أو الصغيرة إلى الولي على نفسه من أب أو جد،⁽²⁾ أما لو بلغت مدة الحضانة أجلها و كان المحضون مجنونا أو معتوها، لا قدرة له على صيانة نفسه و حفظها من الهلاك، و جب إبقاؤه عند أمه، لأنه بالجنون أو العته يلحق بالصغير في الاحتياج إلى خدمة النساء.⁽³⁾

والملاحظ بالنسبة إلى موضوع ضم المحضون بعد انقضاء مدة الحضانة، أن المشرع أغفل نقطة مهمة تتعلق برغبة الولد في بقاءه مع أمه و عدم الانتقال إلى الجهة التي يُضم إليها. و هنا يكون القاضي أمام إشكال الموازنة بين تطبيق النص القانوني المتعلق بانتهاء الحضانة و وجوب ضم المحضون إلى أبيه من جهة، و مراعاة مصلحة الولد من جهة أخرى و رغبته في المكوث عند أمه،⁽⁴⁾ و هي مسألة ذات صلة وثيقة باستقراره النفسي.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للتنازل عن الحضانة:

باستيفاء شروطها العامة و الخاصة، تصبح الحضانة سلطة أبوية للحاضن، بحيث يكون مسؤولا عن تصرفات المحضون تجاه الغير، و مسؤولا عن تربيته و تعليمه و حراسته.⁽⁵⁾ فجميع هذه، التزامات تقع على عاتق الحاضن، فإما أن يكون أهلا لها، أو يتملص منها إن رأى في نفسه قلة أهبته لتحمل تبعاتها و مواجهة مسؤولياتها، و بهذا يقدم على التنازل عن حقه في الحضانة. و التنازل إما أن يكون صريحا بأن يعبر الحاضن عن إرادته في التخلي عن الحضانة و التنازل عنها تعبيرا صريحا، أو يتنازل عنها ضمنا بأن يتخذ موقفا لا يدع شكا في توجه إرادته إلى التنازل عن الحضانة.

و فيما يلي نتناول بالدراسة موضوع التنازل عن الحضانة بشكليه، الصريح و الضمني.

1- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 499.

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 668.

3- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 305.

4- د. بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 258.

5- عبد الفتاح نقيه، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006-2007، ص 199.

أولاً: التنازل الصريح عن الحضانة:

كون الحضانة حقاً للحاضنة،⁽¹⁾ فقد أجاز لها القانون التنازل عنها و اعتبر هذا الأمر أحد مسقطات الحضانة. حيث نصت المادة 66 ق. أسرة على: « يسقط حق الحاضنة... و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون». فهذا التنازل - كما تبينه المادة- محدود بمصلحة الصغير حصراً و التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

و يكون التنازل عادة لإحدى حالتين: فإما أن يكون نتيجة لاتفاق بين الزوجين، كأن يكون مقابلاً للخلع،⁽²⁾ أو كاتفاق للطلاق بالتراضي،⁽³⁾ أو لتمكين الزوجة من الطلاق دون عراقيل (فهو هنا كأنه مساومة لها). و إما أن يكون نتيجة لعدم استعداد الأم نفسياً أو مادياً لحضانة الأولاد.⁽⁴⁾ و من هذا المنطلق، يتوجب على القاضي أن يتحقق من السبب الحقيقي وراء التنازل، و يتأكد من أن لا مساومة فيه لأحدٍ من الطرفين. كما ينبغي للاعتداد بالتنازل أن يتم أمام الجهة المختصة.⁽⁵⁾ المختصة.

فإذا ما استوفى التنازل شروطه و تحقق لدى القاضي أنه عن رغبة حرة و إرادة مستبصرة من الحاضنة، و أن مصلحة المحضون تحتمله و لا تتأثر به، فإنه يحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة و منحها لمن يليها في الترتيب حسب ما تقتضيه مصلحة الصغير.

و لأنه تنازل عن اختيار، فلا يكون للحاضنة بعده الحق في المطالبة باستعادة الحضانة، و لا يولى طلبها أدنى اعتبار. هذا ما قرره المحكمة العليا: « من المقرر فقهاً و قانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الفقهية و القانونية.

لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم و من جديد

1- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 155.

2- إذا خالغ الرجل امرأته على أن تتنازل له عن حقها في حضانة الصغير، فإن هذا الشرط لا يصح، لأن الحضانة حق للصغير لا يجوز التنازل عنه. أما المخالعة فإنها تقع صحيحة. أنظر: د. محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 381. و أنظر في الفكرة نفسها: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 667. عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 197.

3- و هو اتفاق لا يعتد به لتعارضه مع مصلحة الأولاد. راجع: المادة 431 فقرة (02) من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

4- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 61.

5- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 467.

القضاء يرجع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة و بإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه و القانون.

و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة⁽¹⁾.

و نظرا لأن التنازل عن الحضانة غير مطلق و تحده مصلحة المحضون كما سلف القول، فإنه لا يُقبل و لا يُعتد به متى كان يلحق المحضون من ورائه مضرّة. و يكون الضرر في الغالب الأعم لحالتين:

1- عدم وجود حاضن - غير أم الصغير - مستوفٍ لشروط أهلية الحضانة:

فيكون إضرارا بالمحضون قبول تنازل حاضنته عن حضانته متى لم يوجد من يحل محلها، فيخشى عليه ضياعه و هلاكه. و في هذه النقطة تحديدا قررت المحكمة العليا أنه: « من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم - فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدتها - و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة.

لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها و لأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أهم بناء على طلبها و إلزام الأب بأخذهم و هو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بواسطة غيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽²⁾.

2- أن يكون المحضون غير قادر على الاستقلال بنفسه عن حاضنته:

فمتى كان الصغير لا يحتمل الاستغناء عن خدمات أمه و رعايتها، كان تنازلها عنه غير معتد به تغليباً لمصلحته. و تتجسد هذه الحالة بالنسبة للمحضون الرضيع⁽³⁾، أو المريض مرضا يحول دون إمكانية استقلاله عن أمه و قبول فصاله عنها. و في هذا الصدد قررت المحكمة العليا

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/03/27، ملف رقم 53340، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (03)، 1990، ص 85.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51894، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1990، ص 70.

3- بوغرة صالح، المرجع السابق، ص 91.

أنه: « من المقرر قانوناً أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. و لما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

و عليه، فمتى تعيّنّت الحضانة على الأم بأن كان الصغير في حاجتها أو لم يوجد غيره ممن يصلح لها أو وجد و لم يرض بها، فحينئذ تكون الحضانة واجبة في حقها و تجبر عليها حتى لو أسقطت حقها فيها، لأن مراعاة مصلحة الصغير في حفظه من الهلاك تُغلب على حقها.⁽²⁾

ثانياً: التنازل الضمني عن الحضانة:

إذا كان التنازل الصريح عن الحضانة يكون بتعبير الحاضنة صراحة عن تخليها عن حقها أمام الجهة المختصة، فإنه يكون تنازلاً ضمناً اتخاذ الحاضنة موقفاً لا يقبل تأويله إلا تخلياً منها عن حقها في حضانة الولد. و تكون تنازلاً ضمناً إحدى الحالات الثلاث:

1- الزواج بغير المحرم الصغير:

يشترط في الحاضنة أن تكون غير متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم.⁽³⁾ حيث يعد ذلك أول مسقط من مسقطات الحضانة قرره المشرع الجزائري، فوجد المادة 66 ق. أسرة تنص على: « يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم...». و العلة وراء اعتبارنا الزواج بغير المحرم للصغير تنازلاً ضمناً عن الحضانة، هو أن الحاضنة إذا ما قررت - عقب إسناد الحضانة إليها - عقد زواجها على شخص أجنبي عن المحضون، فإن في إقدامها على ذلك معنى التنازل عن الحضانة. أما لو كان الزوج عما للمحضون أو جداً له، فإن محرميته هذه لا تسقط الحضانة،⁽⁴⁾ و لا يعد تنازلاً من الحاضنة نكاحه.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1989/07/03، ملف رقم 54353، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1992، ص 45.

2- مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 229.

3- د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 70.

4- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 64.

من ناحية أخرى، قد يسأل سائل، هل يعد زواج الحاضنة بالأجنبي تنازلاً بمجرد العقد عليه أم بالدخول؟ و إجابة عن ذلك نقول أن الحاضنة لا تعد تنازلت عن الطفل إلا بالدخول، و ذلك لعدم تحقق علّة السقوط إلا به، و هي انشغال الحاضنة عن المحضون،⁽¹⁾ و كذلك لأن فرض بغض الزوج له لا يتحقق إلا بمساكنتهما و التي يُصار إليها بالدخول.

نشير بالنسبة لمسألة إسقاط الحضانة عن الحاضنة بزواجها إلى أن شراح قانون الأسرة انتقدوا المشرع بشدة في هذه النقطة، ذلك أنه أغفل استثناءات ما كان يجب إغفالها، و هي:

أ- **عدم وجود حاضنة للمحضون سواها**،⁽²⁾ لأن بقاء الطفل في حضن أمه أصلح له من أن يودع لدى دار من دور الحضانة. و كذلك الحال لو كان الحاضن التالي في الترتيب غير مستوفٍ لشروط الحضانة كأن يكون فاسقاً لا يؤمن على المحضون أو عاجزاً عن حضنته.⁽³⁾

ب- **أن لا ينازع الحاضنة في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة بعدها**،⁽⁴⁾ و تحسب مدة سكوتهم لسنة من يوم الزواج. فالسكوت طول هذه المدة يعد رضاً من الحاضن التالي بإسقاط حقه في الحضانة.⁽⁵⁾

ج- **أن يترك الأب أو من يقوم مقامه الصغير لأمه عن تراض**:⁽⁶⁾ على أن يكون ذلك في صالح المحضون.

فهي جميعاً حالات كان حرياً بالمشرع أن يجعلها مُبقية على الحضانة في يد الحاضنة لا لشيء إلا لرعاية مصلحة المحضون.

إن زواج الحاضنة بغير القريب المحرم و باعتباره عملاً رضائياً اختيارياً منها، فهو يحرمها من حقها في المطالبة باسترجاع الحضانة إذا طُلِّقت أو تزلمت، و هذا ما يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة 71 ق. أسرة: « **يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**».

غير أن جانباً من واسعاً من فقهاء الأحوال الشخصية ذهبوا إلى خلاف ذلك،⁽⁷⁾ تقول الدكتور الدكتور عبيد ربحي شاکر القدومي: "و قد يعرض للأمم الطلاق من زوجها الجديد، أو أن يتوفى

1- د. وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 483.

2- لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 113.

3- مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 222.

4- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 66.

5- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 674.

6- عتيق نظيرة، النفقة و الحضانة، المرجع السابق، ص 9.

7- و هذا أخذاً عن المذاهب المشهورة دون المالكية. راجع: د. وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 483، 484.

عنها، فكان المنطق أن تعود لها الحضانة بزوال سبب المنع منها، لأنه و إن كانت قد تركت صغيرها، إلا أنها اختارت الرجوع إليه و عدم الزواج مرة أخرى".⁽¹⁾

من جهته، لم يبين المشرع موقفه من هذه النقطة تحديداً، و بذلك كان البحث فيها يقتضي اللجوء إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا. و برجعنا إلى الأخيرة، تبين لنا أن المحكمة العليا لم تستقر على موقف محدد، الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على سلامة تسبيب القاضي للحكم الذي يخلص إليه بناء على سلطته التقديرية. و فيما يأتي نورد هذين القرارين:

1- « من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها الاختياري، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و اختيارياً يكون المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و اختيارياً يكون قد خالف القانون.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». ⁽²⁾

2- « من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الاختياري. و متى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون». ⁽³⁾

و على ذلك، فتبقى السلطة التقديرية للقاضي للذهاب إلى ما يراه من مصلحة المحضون. يثار في هذا الباب التساؤل حول زواج الحاضنة زواجا عرفياً غير مسجل، و القول فيه أنه على القاضي قبل النطق بإسقاط الحضانة أن يتأكد من وجود فعلي للزواج، و يقع عبء إثباته على من يطلب إسقاط الحضانة. ⁽⁴⁾

1- د. عبيد ربحي شاكراً القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط 1، 1428هـ- 2007م، ص 174.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1990/02/05، ملف رقم 58812، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1992، ص 58.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 178.

4- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 539.

2- عدم المطالبة بالحضانة لأكثر من سنة:

نصت المادة 68 ق. أسرة على: « إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها». (1) يتضح من نص المادة هذا أن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بآجال قانونية معينة، قدرها المشرع بسنة. (2)

إن سكوت صاحب الحق في الحضانة عن المطالبة بها مدة تزيد عن السنة، يعد تنازلاً ضمناً عنه، غير أن التخلف عن المطالبة يرجع تقديره للقاضي بمقتضى العبارة " بدون عذر". فالقاضي يقدر الظروف للخروج بإحدى نتيجتين، إما اتجاه إرادة صاحب الحق في الحضانة بسكوته إلى التنازل عنها ضمناً، أو خلاف ذلك. (3)

و يستثني الدكتور المصري مبروك من هذا السقوط الحالة التي تستوجب فيها مصلحة المحضون البقاء عند صاحب الحق في الحضانة الذي لم يطالب بها. (4) فهنا و إن لم يطالب بها دون عذر، فإنها تسند إليه و يجبر عليها رعاية لحقوق المحضون التي ترجح كفتها دائماً.

هذا التنازل و نظراً لكونه رضائياً و اختيارياً، فإنه يحرم صاحب الحق في الحضانة من العودة و المطالبة بها. و قد قررت المحكمة العليا في هذا التنازل أنه: « من المقرر شرعاً - و على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي- أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية. و لما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20 و أن الجدة لم تحرك ساكناً إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الأب أخطئوا في قرارهم هذا و خالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي. و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه». (5)

1- أول ملاحظة يمكن إيدؤها من نص هذه المادة هو ركاكة صياغتها، و لعله كان ليكون أبلغ لو صيغت على نحو مثل: « إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عنها مدة تزيد عن سنة بدون عذر، سقط حقه فيها».

2- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 507.

3- بوغرارة صالح، المرجع السابق، ص 93.

4- د. مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 522.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 32829، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1990، ص 60. أنظر أيضاً في نفس المبدأ: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/06/25، ملف رقم 33636، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (03)، 1989، ص 45.

3- السفر بالمحضون:⁽¹⁾

السفر بالمحضون يعتبر تنازلاً متى كان نقل المحضون يحول دون تمكين وليه من ممارسة حق الإشراف و الرقابة عليه، لضمان تربيته على الدين الصحيح و على الخلق الطيب و الأدب القويم. و قد نصت المادة 69 ق. أسرة على مسألة السفر بالمحضون و جاء فيها: « إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون». هذا النص جعل إسقاط الحضانة عن الحاضنة موكولاً كلياً إلى القاضي و قناعاته من حيث إبقائها في يد الحاضن أو إسقاطها عنه.⁽²⁾ و الاعتبار الذي يتقيد به هو مصلحة المحضون ابتداءً و انتهاءً.

و ما يلاحظ من نص المادة 69 ق. أسرة أنها لم تتعرض إلا للسفر إلى البلد الأجنبي بغية الاستيطان، دون حديث عن مسألة الانتقال بالمحضون داخل إقليم الوطن. لكن هذه الأخيرة تطرقت إليها المحكمة العليا، فقررت أنه يعد مسقطاً للحضانة السفر لمسافة تزيد عن ستة برود،⁽³⁾ و هو عين ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي.⁽⁴⁾

أما عن السفر إلى البلد الأجنبي، فإننا نميز فيه بين حالتين:

1- إذا كان السفر بالمحضون إلى بلد كان وليه مقيماً فيه: ففي هذه الحالة لا تعتبر الحاضنة بسفرها متنازلة عن حقها في الحضانة. قررت المحكمة العليا بتاريخ 2002/05/08 أنه: « لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي». ⁽⁵⁾

1- السفر إما أن يكون سفر نقلة أو سفر حاجة، فالأول يكون للاستيطان و الإقامة، و الثاني يكون لقضاء حاجة. و الذي نريد في موضوعنا هو سفر النقلة، كون سفر الحاجة لا يسقط الحضانة باتفاق الفقهاء. أنظر: مليكة قيزيلي، المرجع السابق، ص 234. د. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 373.

2- بوغرة صالح، المرجع السابق، ص 97.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/09/22، ملف رقم 43594، قرار مذكور سابقاً.

4- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع: كتاب النكاح، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 2003م - 1424هـ، ص 525.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 282033، قرار غير منشور. نقلاً عن: باديس نياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 222.

فإن أسقط القاضي الحضانة رغما عن تواجد الزوجين في إقليم البلد نفسه، كان حكمه عرضة للنقض، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا.⁽¹⁾

2- إذا كان السفر إلى بلد أجنبي لا يقيم فيه ولي المحضون: اعتبر سفر الحاضنة تنازلا ضمنا منها عن الحضانة، لأنه سفر مسقط لها حفظا لمصلحة المحضون في رقيبته من قبل وليه. فنجد المحكمة العليا تقرر بهذا الشأن أنه: « متى كان من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون. و يستوجب نقض القرار المطعون فيه.»⁽²⁾

هذا مع الإشارة إلى أنه إذا رفع النزاع أمام القاضي و كان الأبوان في دولة أجنبية غير مسلمة و تحاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من كان بها هو الأحق بهم و لو كانت الزوجة غير مسلمة.⁽³⁾ و ليس ذلك إلا مراعاة لمصلحة الولد المحضون في أن ينشأ في دولته، على تعاليم دينها و على قيم مجتمعتها.

إجمالا لما تمت دراسته في هذا المبحث، يمكن القول بأن المشرع الجزائري نص على أحكام إسناد و إسقاط الحضانة بنوع من التفصيل، من حيث شروط الحضانة و ترتيب أصحاب الحق فيها إلى الحق في الزيارة ثم سقوطها بإسقاط القاضي و تنازل الحاضن، و جعل جميع هذه المسائل خاضعة في أدق جزئياتها إلى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة. هذا الأخير يقيد في ذلك معيار وحيد يتحراه ما أمكن و هو مصلحة المحضون، فيغلب حقوقه على جميع حقوق الغير، (و نريد بالغير الحاضنة من جهة و أب المحضون أو من يقوم مقامه من جهة أخرى).

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 23/06/1993، ملف رقم 91671، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1994، ص 72. نقلا عن: شمروك محمد، مصمودي مراد، غربي عدلان، المرجع السابق، ص 50.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 19/02/1990، ملف رقم 59013، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (04)، 1990، ص 117.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 02/01/1989، ملف رقم 52207، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (03)، 1991، ص 74. نقلا عن: شمروك محمد، مصمودي مراد، غربي عدلان، المرجع السابق، ص 50.

المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة:

الحضانة كما عرفت المادة 62 ق. أسرة، تهدف إلى حماية الولد و السهر على تربيته على دين أبيه و تعليمه و رعايته صحة و أدبا و خلقا، حتى ينشأ المحضون نشأة صالحة صحيحة تهيؤه ليكون مستقبلا فردا فاعلا إيجابيا و مؤثرا في مجتمعه. هذا الجانب من الرعاية الجسدية و الخلقية للصغير، هو ما سبق و ذكرنا أنه يمثل المعيار الروحي لمصلحة المحضون، و التي ينشدها القاضي و يتحراها ما أمكن، عند إسناد الحضانة لمستحقها.

لكن مصلحة المحضون لا يمكن أن تتحقق بتحقيق معيارها الروحي فقط، بل لابد لها من معيارها المادي الذي تتجسد به فعلا. فهو و المعيار الروحي يكملان بعضهما و لا معنى لأحدهما دون الآخر، فهما فعلا وجهان لعملة واحدة هي مصلحة المحضون. و يقصد بالمعيار المادي الحقوق المالية المادية التي تستلزمها الحضانة، لأن العناية بالصغير تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية، و هي تكاليف لابد منها.⁽¹⁾ هذه التكاليف رغم أن الأصل فيها أن تكون من مال المحضون إن كان له مال كما أجمع عليه الفقه،⁽²⁾ إلا أنها و قياسا على الغالب الأعم تعد حقوقا للمحضون واقعة على عاتق المحضون له، أبا كان أو غيره.

رجوعا إلى نصوص قانون الأسرة، نجد أن المشرع قد نص على أثرين ماليين رئيسيين للحضانة، و هما نفقة المحضون و قبلها سكن الحضانة أو أجرته. فما مدى تقدير قاضي شؤون الأسرة لمختلف الأحكام التي قررها المشرع لكل من هذين الأثرين الماليين، من حيث المقصود بهما، شروط استحقاقهما و كذا أسباب سقوطهما؟

في محاولة منا للإجابة عن هذا التساؤل، فإننا نتطرق بالدراسة إلى كل من سكن الحضانة ثم نفقة المحضون و مجمل الأحكام المتعلقة بكل منهما و هذا على مطلبين:

- مطلب أول: نعالج فيه تقدير القاضي للحق في مسكن الحضانة أو بدل الإيجار.
- مطلب ثاني: و فيه نتطرق إلى تقدير القاضي لنفقة المحضون.

1- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 118.

2- د. ميروك المصري، المرجع السابق، ص 522. باديس ذبابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 84.

المطلب الأول: تقدير القاضي للحق في المسكن أو أجرته:

لا يعقل أن تتمكن الحاضنة من القيام بمحضونها و رعايته على الحال المفروضة عليها شرعا في الخلاء، فواجبات الحضانة المضنية تستوجب أن يُوفَّر للحاضنة سكن لائق بمواصفات معينة لتحضن الصغير فيه. و ليس هذا إلا سعيًا من المشرع لضمان تمام حضانة الصغير على الوجه الأكمل حفظًا له و تحقيقًا لمصلحته، لأن المسكن يعد من الأمور الضرورية التي لا تستقيم الحضانة دونها.

و السكن من تعريفه تظهر أهميته في تنشئة المحضون، فالسكن من السكن، و هو ذهاب الحركة و الهدوء.⁽¹⁾ و يقصد به في الاصطلاح المأوى الذي يقيم فيه الإنسان و المكان الذي يجد لسكناه، و هو مستودع أسراره و مكان راحته.⁽²⁾

لكن و نظرا للظروف الاجتماعية الصعبة السائدة في المجتمع الجزائري، فقد لا يكون في إمكان المكلف بالسكن توفيره، إذ لا تكلف نفس إلا وسعها، لكن تعذر توفير السكن لا يعد ذريعة لتحلل المكلف به من التزامه، حيث قرر المشرع الحلّ لهذه الحال، فجعل التزاما بديلا على عاتق المدين بالسكن، و يتمثل البدل هنا في أجره المسكن، أو ما يسمى ببدل الإيجار.

و فيما يلي، فإننا نتطرق إلى تقدير القاضي للحق في السكنى كالتزام أصلي (الفرع الأول)، ثم تقدير القاضي للحق في بدل الإيجار كبديل متى تعذر الأول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير القاضي للحق في السكن:

قبل أن نسهب في الحديث عن سكن الحضانة في ظل قانون الأسرة حاليا، ارتأينا أن نتحدث عن هذا الموضوع قبل صدور الأمر 05-02 المعدل و المتمم لقانون الأسرة، خاصة و أنه قبل التعديل لم يكن تشريع الأسرة مراعيًا حقيقة لمصلحة المحضون، رغم أنها المعيار الأساس في الحضانة و أهم ما يراد تحقيقه بها.

كانت المادة 72 قبل تعديل فبراير 2005 تنص على أن: « نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له مسكنا، و إن تعذر فعليه أجرته».

1- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، المجلد 13، ص 211.

2- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة-، 2001، ص 09. نقلا عن: رحايل سارة، المرجع السابق، ص 53.

أول ما يلاحظ من نص المادة أن المشرع جمع بين نفقة المحضون و سكناه، و جعلهما من ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال خاص به (من ميراث أو هبة مثلا)، فإن الالتزام بتوفير سكن له يقع على أبيه و ليس على غيره، فإن تعذر على الأب توفير المسكن لحضانة ولده، ألزم بأجرته.⁽¹⁾ و تكون الأجرة ضمن المبلغ المقرر للنفقة الذي يأمر القاضي الأب بصرفه للحاضنة.⁽²⁾ يبدو الأمر لأول وهلة عاديا و متماشيا مع مصلحة الصغير و ليس فيه مساس يذكر بها. لكن و بقراءة نص المادة 52 فقرة (2) يتجلى بوضوح كيف أن المشرع لم يكن يولي مصلحة المحضون حقها، إذ كانت تنص على: « و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، و يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا».

من تحليلنا لنص المادة 52 فقرة (2) ق. أسرة، يتضح لنا أن سكن الحضانة كان مقيدا في استحقاقه بشروط أقل ما يقال عنها أنها شروط تعسفية تراعي مصالح المحضون له قبل مصلحة المحضون و التي يفترض فيها أن تكون مقدمة على أي اعتبار آخر، خاصة و أن المحضون هو الطرف المستضعف في هذه العلاقة. حيث كان استحقاق السكن معلقا على شرط عدم وجود الولي الذي يقبل إيواء الحاضنة،⁽³⁾ هذا ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها: « من المقرر قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها فعلى الزوج - حسب وسعه أن - يضمن حقها في السكن مع محضونها.

و أن نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن للزوج مسكنا آخر بنفس البلدية - حسب اعترافه-، فإن قضاة الموضوع قد أخطئوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة بتخصيص

1- د. بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2014، ص 215.

2- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة- الخطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية، الجزء الأول: الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، 2007، ص 387.

3- د. بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري، الإشكاليات و حلها، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة السلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ جويلية 2004م، عدد 9، ص 277.

مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه، لاسيما و أن احتمال عدم وجود ولي يقبل إيوائها مع محضونيتها يبقى قائما.

و متى كان كذلك استوجب نقض قرارهم جزئيا»⁽¹⁾.

و بذلك تكون المطلقة التي أسندت إليها الحضانة ملزمة بأن تثبت للقاضي أن وليها يرفض إيوائها أو أنها تفقد الولي الذي تلجأ إليه أصلا، و هذا إجراء يتضارب و مصلحة الطفل المحضون و المطلقة في آن واحد و لا يراعيهما بتاتا.⁽²⁾ و متى لم تستطع المطلقة إثبات وضعيتها هذه -مع الإشارة إلى صعوبة الإثبات و طول إجراءاته- فإنها تكون في الغالب الأعم مضطرة للتنازل عن محضونها مؤقتا إلى أن تستطيع توفير المسكن اللائق الذي تحضنه فيه، و حتى لو تمكنت من توفيره فقد يكون الأوان قد فات لتطالب باسترجاع الحضانة فلا يُحكم لها بها مجددا. هذا ما نتبينه من أحد قرارات المحكمة العليا و الذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه "في حالة سقوط الحضانة عن الأم، يجب مراعاة مصلحة المحضون".

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الطاعنة سلمت البنيتين لأبيهما مؤقتا من وقت الطلاق أي سنة 1988 لعدم وجود مسكن لها لممارسة الحضانة و لم تطالب بهما إلا في سنة 1993 أي بعد خمس سنوات.

فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽³⁾.

كذلك كان يشترط قبل التعديل مراعاة حال الزوج عسرا و يسرا، حسب قدرته على ضمان السكن، فإن لم يكن في وسعه ذلك سقط الحق في السكن.⁽⁴⁾ و تذهب المادة إلى أبعد من ذلك

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1993/04/27، ملف رقم 105366، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1994، ص 88.

2- تشوار حميدو زكية، حق المطلقة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة السلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ جويلية 2004م، عدد 9، ص 291.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1996/05/21، ملف رقم 134951، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 1997، ص 86.

4- صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في الفقه و أصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1426-1427هـ، 2005-2006م، ص 146. أنظر أيضا: لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 121.

باشتراط تملك الزوج لأكثر من مسكنين، رغم أن هذا الوضع - واقعيًا - يعد ضربًا من المستحيل، فتتص على: « و يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً». معنى ذلك أن حال هذا الزوج الذي تزوج فأنجب فطلق ثم أهمل من يعول - و بحسب المرء من الإثم أن يضيع من يعول- تراعى و ينظر فيها قبل النظر في مصلحة الصغير المحضون، و التي أجمع الفقه على تقديمها على كافة الحقوق الأخرى المرتبطة بالحضانة!

جميع هذه الإشكالات و التناقضات التي كانت تحيط به، استدعت أن يكون موضوع سكن الحضانة من بين المحاور التي مسّها تعديل قانون الأسرة بالأمر 05- 02، حيث أصبح هذا الموضوع منظماً بنص المادة 72 و الذي جاء مخالفاً تماماً لما كانت عليه أحكام سكن الحضانة قبلاً، فنجد المادة المذكورة تنص على: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سناً ملائماً للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن».

انطلاقاً من تحليل نص المادة 72 ق. أسرة يمكن أن نخلص إلى أهم الأحكام المتعلقة بسكن الحضانة، كما أن بعض هذه الأحكام يتطلب توضيحها الرجوع إلى بعض أحكام الحضانة التي سبق تفصيلها. و أهم ما يمكن التطرق إليه في موضوعنا هذا: المقصود بسكن الحضانة، شروط التمتع به و سقوطه، و تقدير قاضي شؤون الأسرة للحق فيه. هذه العناصر نوردتها تباعاً على النحو الآتي بيانه.

أولاً: المقصود بالسكن:

السكن، كما سبق تعريفه، هو المكان الذي يقيم فيه الشخص فعلياً و يستقر فيه بغرض الإقامة على سبيل الاستقرار و الدوام.⁽¹⁾ فهو مستودع أسرار ساكنه، و موطن راحته.⁽²⁾

و حتى يكون مسكن الحضانة موثياً لتحقيق أهدافها و تمكين الحاضنة من حسن رعاية المحضون و صيانتهم، لابد فيه من خصائص و أوصاف معينة. من جهته، لم يبين المشرع في نص المادة 72 ق. أسرة هذه الخصائص، حيث اكتفى بالتعبير عنها بالمصطلح "ملائم". فما هي الملائمة التي يريد المشرع هنا؟

1- عاطف مصطفى البراوي التتر، المرجع السابق، ص 109.

2- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 09.

المقصود بالسكن غالباً هو أن يكون مسكناً صالحاً للعيش و الاستقرار فيه، و يحقق ذلك بأن يكون خالياً من السكان، مستقلاً و مستوفياً للمرافق الشرعية،⁽¹⁾ به باب له غلق و يحتوي على المنافع الضرورية من مطبخ و حمام و غرف و ما نحوه من مستلزمات العيش الضرورية.⁽²⁾ كما يجب أن يكون في بيئة صالحة و يكون له جيران، و بعيداً عن أهل الفساد.⁽³⁾ هذا و يمكن أن نضيف خاصية أخرى للسكن حتى يعتبر ملائماً، و هي وجوب استقلاليته عن مسكن الزوج المطلق، باعتبار حل الرابطة الزوجية يجعل كلا من الزوجين أجنبياً عن الآخر. هذا الشرط يستفاد من قرار المحكمة العليا جاء فيه: « من المستقر عليه قانوناً أن "تفقه المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى أبيه أن يهيئ له سكناً، و إن تعذر فعليه أجرته".

المستفاد من القرار المطعون فيه أنه اعتبر مسكن الزوجية المتكون من طابقين سفلي و علوي عبارة عن مسكنين و خصص بالتالي الجزء السفلي للحاضنة لممارسة الحضانة و هو قضاء لا يتماشى و المنطق، فالشيء المجزأ يعتبر شيئاً واحداً، فكان ينبغي عندئذ على قضاة الموضوع أن يقضوا بأجرة المسكن بدلاً من تخصيص الجزء السفلي من المسكن ليكون قضاؤهم متماشياً مع أحكام المادة 72 من قانون الأسرة على أساس أن المطلقة صارت أجنبية عن المطلق يستحيل أن يتعاشرا في مسكن واحد مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما خص السكن لممارسة الحضانة».⁽⁴⁾

هذه هي مجمل الشروط الواجب تحققها للقول بأن المسكن ملائم للحضانة، و تكون خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يستعين بالخبرة للتحقق منها، و متى تخلف أحدها، إعتبر المسكن غير ملائم. و يقع على المكلف بتوفيره عبء إثبات اشتغال المسكن على هذه الأوصاف. يقودنا الحديث هنا إلى المكلف بتوفير مسكن الحضانة. الأصل أن المكلف بتوفير المسكن للحضانة هو المحضون، ذلك أن سكنه كنفقته، تكون من ماله.⁽⁵⁾ لكن و بالنظر إلى كون الصغير نادراً ما يكون له مال معتبر، فقد نص المشرع مباشرة على أن الالتزام بتوفير مسكن الحضانة يقع

1- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 426.

2- بوسنة ياسمينة، المرجع السابق، ص 54.

3- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 53.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1999/12/16، ملف رقم 215212، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2000، ص 181.

5- قارة سارة، المرجع السابق، ص 116.

على المحضون له، و هو الأب المطلق. هذا ما جاء في صريح نص المادة 72، و أكدته المحكمة العليا بتقريرها أنه: «... إلا أنه و حسب المادة 72 من قانون الأسرة فإنه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكنا أو أجرته مما كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو أجرته».(1)

و تغليباً لمصلحة المحضون و تقديماً لها على أي اعتبار آخر، فإن الحق في سكن الحضانة يعد التزاماً لا يقبل السقوط أو إعفاء الأب منه بحال من الأحوال. هذا ما قرره المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/31: « لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى و لو كان للحاضنة سكن».(2)

تجدر الإشارة إلى أن لمسكن الحضانة دوراً بارزاً في ضمان تحقيق أهداف الحضانة المنصوص عليها بالمادة 62، أهميته هذه جعلت المشرع يدرجه ضمن المسائل التي يجوز رفعها إلى قاضي الأمور المستعجلة، لاستصدار أمر استعجالي على ذيل عريضة بخصوصها. هذا ما نصت عليه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.(3)

ثانياً: شروط تمتع الحاضنة بحق المسكن و سقوطه:

حتى تكون الحاضنة مستحقة لمسكن تمارس فيه الحضانة، فإنه لابد فيها من توافر شروط معينة، يتوقف عليها استحقاق المسكن وجوداً و عدماً. هذه الشروط يمكن استقراؤها من نص المادة 72 ق. أسرة، و هي:

1- صدور حكم نهائي بالطلاق⁽⁴⁾ و متضمن إسناد الحضانة للمطلقة:

فبمجرد حيازة الحاضنة لمثل هذا الحكم تكون مستحقة لمسكن تمارس فيه الحضانة بقطع النظر عن كونها حاضنة لمحضون واحد أو لأكثر من ذلك،⁽⁵⁾ و يرجع ذلك لسببين:

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1997/11/25، ملف رقم 175646، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، نشرة القضاة عدد 56، ص 30. نقلاً عن: نظيرة عتيق، النفقة و الحضانة، المرجع السابق، ص 21.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/07/31، ملف رقم 288072، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2004، ص 285. نقلاً عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 88.

3- تنص المادة 57 مكرر على: « يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن».

4- محمد سعد عيسوس، الطبيعة القانونية لحكم الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2013، ص 19.

5- رحايل سارة، المرجع السابق، ص 53.

أ- أن الحق في السكن هنا لا يرتبط بمعيار ذاتي - و هو تعدد المحضونين- و إنما المعيار فيه موضوعي و هو واقعة الحضانة. هذا المبدأ كرسه القضاء حتى قبل تعديل قانون الأسرة، فنجد المحكمة العليا تقرر: « من المقرر قانوناً أن نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً أما إذا تعذر فعليه أجرته. و لما ثبت - من قضية الحال- أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم - المنتقد- على (أن الطاعة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين)، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون و كان يتوجب عليهم إلزام - المطعون ضده- بتوفير مسكن للحاضنة أو تسليم أجرته.

مما يتعين نقض و إبطال قرارهم جزئياً و بدون إحالة».(1)

ب- أن السكن حق من حقوق الولد المرتبطة بالنفقة و هي واجبة له و لو كان وحيداً، فتكون من ماله الخاص إن كان له مال، و إلا فمن مال أبيه.(2) هذا ما قرره المحكمة العليا: « السكن حق للمحضون و لو كان المحضون وحيداً لأنه من عناصر النفقة».(3)

2- أن تكون المطلقة هي الحاضنة و هي أم المحضون:

فلو كانت الحاضنة من قريبات الصغير المحارم كجدته أو خالته، فلا تستفيد من مسكن الحضانة لكونها تمارسها في بيتها.(4) هذا ما يستفاد من نص المادة 72 و التي ربطت الحضانة هنا بالفرقة الزوجية - بالطلاق- و حصرت الحاضنة المعنية بحق المسكن في أم الصغير المطلقة،(5) و هو أمر من الواضح تناقضه مع القاعدة العامة في كون السكن حقاً للمحضون باعتباره من مشتقات النفقة الواجبة له.

فإذا تحقق لدى القاضي توافر هذين الشرطين، فإنه يحكم بإلزام الأب المطلق بتوفير مسكن تمارس فيه طليقته حضانة الصغار.

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1994/11/29، ملف رقم 112705، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 1995، ص 140.

2- د. محمد كمال الدين إمام و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 496.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2003/03/13، ملف رقم 276760، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2004، ص 274. نقلاً عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 87.

4- بلقاسم صونية، الآثار المادية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 53.

5- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 89.

و إذا امتنع المحضون له عن تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن، فإن الحاضنة في هذه الحالة تبقى في بيت الزوجية (و هي تسمية لا نعتقد بصحتها) كضمان لها إلى غاية تنفيذه للحكم. و هنا نكون أمام إحدى حالتين:

* أن يكون للأب أكثر من سكن واحد، و بذلك يكون بقاء الحاضنة في بيت تطبيقها أمرا مشروعاً و مراعياً لمصلحة المحضون، فلا يجوز إخراجها منه.⁽¹⁾

* أن لا يكون للأب إلا البيت الذي بقيت فيه المطلقة، و هنا نجد أن المشرع قد تجاوز الحدود الشرعية كلياً بحكمه، ذلك أن جمع مطلقين معاً في البيت نفسه منافٍ للشرع، باعتبارهما أصبحا أجنبيين بمجرد انقضاء عدة الطلاق: « إن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابعا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة مع أنه أصبح أجنبياً عنها و عدم احترام القضاة للترتيب المشار إليه في المادة 72 قانون أسرة، يعد خطأ في تطبيق القانون». ⁽²⁾

و لا يكون لحكم المادة 72 فقرة (2) معنى شرعي إلا إذا كان المشرع يقصد من ورائه إبقاء المطلقة و إخراج المطلق الممتنع عن تنفيذ الحكم،⁽³⁾ إلا أننا و بالاطلاع على العديد من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا لم نجد قراراً واحداً يسير في هذا الاتجاه. هذا فيما يخص شروط استحقاق الحاضنة لمسكن الحضانة.

أما بالنسبة لسقوط حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، فنظراً لكونه يرتبط أساساً بالحضانة، فإنه يسقط تبعاً لسقوطها. و قد كانت المادة 52 فقرة (4) قبل تعديلها، تنص على أسباب سقوط الحق في مسكن الحضانة عن الحاضنة، و جاء فيها: « تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها». فنص المادة إذن خصص سقوط حق الحاضنة في السكن بسببين، و هما ليسا إلا سببين من أسباب سقوط الحضانة:

1- زواج الحاضنة: مراعاة لسقوط مصلحة المحضون لانشغال حاضنته عنه بشؤون زوجها و خدمته، و إمكانية بغض الأخير له.⁽⁴⁾

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 223834، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد خاص، 2001، ص 225.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 14/12/2005، ملف رقم 348644، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، نشرة القضاة عدد (59)، ص 244. نقلاً عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 89 و ص 233.

3- و هو الأمر - كما يقول د. محفوظ بن صغير - الذي يضع المطلق في ضيق و حرج و هو تجاوز لم يقل به أحد من الفقهاء. أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 684.

4- مليكة قبزيلي، المرجع السابق، ص 211.

2- فسق الحاضنة: فخوفا على أخلاق الصغير و حسن تربيته و أدبه، تسقط حضانته عن أمه المطلقة، و يلحق ذلك سقوط حقها في السكن.

لكن بما أن للحضانة أسبابا أخرى تسقطها، فمن غير المعقول الاكتفاء بهذين السببين، ما يجعلنا نقول بأن المشرع اعتبرهما بمثابة أسباب خاصة لسقوط الحق في مسكن الحضانة، إضافة إلى الأسباب الأخرى لسقوط الحضانة و من ثم الحق في مسكنها، و هي تعد أسبابا عامة.

أما بعد تعديل قانون الأسرة و إلغاء الحكم الذي كان متضمنا في المادة 52 منه، لم ينص المشرع كليا على أي من أسباب سقوط الحق عن الحاضنة في مسكن الحضانة، و بذلك يمكن رده إلى سقوط الحضانة بالأسباب التي سبق ذكرها في باب سقوط الحضانة، مع إخضاع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي حسب ما تقتضيه مصلحة الصغير المحضون.

انطلاقا من مختلف الأحكام التي سبق بيانها فيما يخص الحق في مسكن الحضانة كأثر مالي مرتبط بالحضانة، يمكن الخروج بجملة من الخصائص التي تميزه. هذه الخصائص في مجملها تعد متعلقة بحق الحاضنة بالدرجة الأولى و ليس المحضون، لأنها هي من تقوم بممارسة الحضانة. أهم هذه الخصائص:⁽¹⁾

1- حق المطلقة الحاضنة في المسكن حق نسبي:

و يقصد بذلك أن إقامة الحاضنة في مسكن الحضانة يكون الغرض منه حضانة الصغير فقط، فلا يجوز لها استعماله لأي غرض آخر و إلا عُدّ ذلك استغلالا لحق المحضون على أبيه و إثراء على حساب الثاني، و بذلك يسقط حقها في مسكن الحضانة.

2- حق المطلقة الحاضنة في المسكن حق مؤقت:

فهو يرتبط بالمدة القانونية للحضانة، و بمجرد انتهائها يسقط هذا الحق.

و بالنسبة لمسألة تمديد الحضانة للذكر إلى 16 سنة إعمالا للمادة 65 ق. أسرة، فإن الرأي الراجح بين شراح قانون الأسرة أن المطلقة الحاضنة تبقى شاغلة للمسكن باعتبار الحاجة - و هي حضانة الصغير - مازالت قائمة،⁽²⁾ و مصلحة الصغير المحضون تستدعيه (أي البقاء في مسكن الحضانة).

1- أنظر لتفصيل أكثر في هذه الخصائص: جغادر ليندة، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 81-85.

2- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 146.

و يبقى تقدير بقاء المطلقة الحاضنة في المسكن من عدمه راجعا للسلطة التقديرية للقاضي حسب ما يراه أصلح للمحضون.

ثالثا: تقدير القاضي لاستحقاق مسكن الحضانة:

عند صدور الحكم بالطلاق و تقرير إسناد الحضانة للمطلقة، فإن القاضي يحكم لها عندئذ وجوبا بالحق في مسكن تمارس فيه حضانة الصغير، و يكون الالتزام بتوفير المسكن التزاما أصليا على المحضون له، و بالتالي لا يجوز تخييره بين المسكن أو أجرته متى أبدى استعداداه لتوفير المسكن الملائم للحضانة، و إلا اعتبر ذلك تجاوزا من القاضي لسلطته التقديرية. هذا ما أكدته المحكمة العليا حين قررت أنه: « القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحضانة أو دفع الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة إساءة لتطبيق القانون»⁽¹⁾ من جهة أخرى، إذا لم يتمكن المحضون له من توفير مسكن للحضانة أول الأمر، ثم تمكن لاحقا من توفيره لكن بعد صدور الحكم بإلزامه ببذل الإيجار، فإن هذا الحكم يوقف و يحل محله حكم جديد بتوفير المسكن، لأنه الالتزام الأصلي. كما أن استقرار المحضون - و بالتالي تحقق مصلحته- يكون بتوفير المسكن الملائم له خاصة، مع عدم كفاية مبلغ بدل الإيجار واقعا في غالب الأحيان لتوفير مثل هذا المسكن. هذا المبدأ قالت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/09/16، و الذي ورد فيه: « توفير سكن ملائم للأُم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببذل الإيجار»⁽²⁾ و جاء في حيثيات هذا القرار أنه: « حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، أن الطاعن أبدى استعداده لتوفير مسكن للمطعون ضدها، بينما طالبت برفع بدل الإيجار المحكوم به لها بموجب الحكم المستأنف.

و حيث أن المادة 72 من قانون الأسرة تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار.

و حيث أنه لذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474255، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (02)، 2009، ص 267.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 566381، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (02)، 2010، ص 268.

الحضانة و في حالة تعذر ذلك عليه ينتقل الإلزام إلى بدل الإيجار و لا يحكم إلا بواحد منهما و ليس بالخيار.

و عليه فإن هذا الفرع غير مؤسس و ينجر عنه نقض جزئيا القرار المطعون فيه فيما يخص بدل الإيجار المحكوم به»⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه و باعتبار مصلحة المحضون هي الفيصل في جميع الأحكام المتعلقة بالحضانة، فإن السكن بدوره يكون الحكم به متوقفا عليها. و على الرغم من أنه - أي السكن - الالتزام الأصلي، إلا أن القاضي يجوز له رعاية لمصلحة المحضون أن يحكم ببديل الإيجار، حتى و لو وفر المحضون له السكن. و يكون ذلك في الحالات التي لا يكون السكن محققا فيها لمصلحة المحضون، كأن يكون بعيدا عن المكان الذي تربي فيه أو يزاول دراسته به و ما نحو ذلك. هذا ما قرره المحكمة العليا: « يتعين على الوالد عند تخصيص سكن لممارسة الحضانة مراعاة بتحقيقه مصلحة المحضون»⁽²⁾.

و جاء في حيثيات القرار: « لكن حيث متى ثبت لقضاة الموضوع بمجلس قضاء البليدة أن المحضون يقيمون بالقلية حيث ولدوا و تربوا و ترعرعوا و بها يزاولون دراستهم، و أن زرعتهن منها من شأنه المساس باستقرارهم لأن العوامل و المعطيات السابقة هي التي تحقق مصلحة المحضون التي أخذوها بعين الاعتبار و من ثم صرفوا النظر عن مسكن الأربعاء ببني موسى تبعا لما سبق ذكره و أخذوا ببديل الإيجار وفق ما توجبه المادتان 72 و 78 من قانون الأسرة...»

و من ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس و يتعين رفضهما و تبعا لذلك رفض الطعن»⁽³⁾.

1- أنظر تحييث القرار: المجلة نفسها، ص 296، 270.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477191، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (02)، 2009، ص 275.

3- أنظر تحييث القرار: المجلة نفسها، ص 277.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للحق في بدل الإيجار:

بدل الإيجار هو ما يسمى فقها بأجرة المسكن. و قد اختلف فقهاء المذاهب المشهورة الأربع حول استحقاق الحاضنة لأجرة المسكن على ثلاثة آراء:

* فالرأي الأول استقر على أن أجرة المسكن غير واجبة، و هي تدخل ضمن أجرة الحضانة و لا تستقل عنها. و هو قول للشافعية و بعض من الحنفية.⁽¹⁾

* و الرأي الثاني قال به الحنفية، و هو أن الحاضنة لا تستحق أجرة المسكن إلا إذا لم يكن لها سكن، و هنا تكون واجبة لها.⁽²⁾ أي أن مناط فرض أجرة المسكن هو احتياج الحاضنة للمسكن، فإن وجد (أي الاحتياج) وجبت و العكس بالعكس.⁽³⁾

* و الرأي الثالث و هو الراجح، فقد اعتبر أجرة المسكن عند تعذر توفيره واجبة للحاضنة من غير اشتراط أن يكون لها مسكن أم لا. و به أخذ المالكية.⁽⁴⁾

من جهته، اعتبر المشرع أجرة المسكن واجبة للمطلقة الحاضنة عند عدم تمكن المحضون له من توفير المسكن الملائم لها لممارسة الحضانة. فبدل الإيجار بهذا الشكل يعد من الضمانات التي جاء بها نص المادة 72 ق. أسرة لحق المطلقة الحاضنة في السكن.⁽⁵⁾ فنصت المادة 72 على أنه: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار».

انطلاقاً من نص المادة، يمكن القول بأن الالتزام ببديل الإيجار هو بمثابة التزام بدلي، ذلك أن الالتزام الأصلي هو توفير المسكن للمطلقة الحاضنة (دائن)، فإن تعذر تمكينها منه، فإن ذمة المطلق (مدين) تبرأ بأداء البديل،⁽⁶⁾ و هو بدل الإيجار.

1- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 428.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 527.

3- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 396.

4- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 429. جغادر ليندة، المرجع السابق، ص 70، 71. د. هلاي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 662.

5- بلقاسم صونية، المرجع السابق ص 53.

6- عبد الله صافي، أحكام الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبه السنة لثانية حقوق، فرع قانون خاص، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012، (غير منشورة). أنظر أيضاً: د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 316.

إن دراسة موضوع بدل الإيجار لا تستلزم تفصيلاً كثيراً، ذلك أن معظم الأحكام المتعلقة بالسكن يمكن إسقاطها عليه، فيكون بدل الإيجار مستحقاً بذات الشروط التي يتطلبها استحقاق مسكن الحضانة، على أن بعض فقهاء الأحوال الشخصية اشترطوا لاستحقاقه أن لا يكون للحاضنة مسكن و أن لا تكون متزوجة بقريب محرم للصغير.⁽¹⁾ و يسقط الحق في بدل الإيجار عن المطلقة الحاضنة بنفس أسباب سقوط الحق في المسكن. كذلك يكون المكلف به هو نفسه المكلف بالمسكن، و بذلك يلزم الأب بدفع قيمة الإيجار حتى تجد الحاضنة مسكناً تحضن فيه الصغير.⁽²⁾

لكن لعلّ النقطة التي يختلف فيها بدل الإيجار عن الحق في مسكن الحضانة، هي الخلاف حول تكييفه، هل هو من مشتقات النفقة، و بالتالي يعد حقا للمحضون، أم أنه يدخل ضمن أجره الحضانة، فيكون بذلك حقا للحاضنة؟ كما أن تقدير القاضي له يكون المعيار المعتمد فيه مخالفاً لذاك المتعلق بسكن الحضانة. هذه النقاط نتطرق إليها فيما يأتي.

أولاً: صاحب الحق في بدل الإيجار:

يظهر جلياً من خلال قرارات المحكمة العليا أنها لم تفصل في مسألة صاحب الحق في بدل الإيجار، هل هو حق للمحضون كونه من مشتقات نفقته، أم أنه حق للحاضنة يدخل ضمن أجرتها. فنجدها حيناً تأخذ بالرأي الأول، و تأخذ بالرأي الثاني حيناً آخر. و فيما يلي نورد قرارين لها بهذا الشأن:

1- أولهما تساير فيه القول الأول حيث قررت فيه أنه: « يمكن المطالبة ببديل الإيجار المعتبر من مشتقات النفقة المستحقة للمحضون في أي وقت و لا يمكن التمسك فيه بحجية الشيء المقضي فيه». ⁽³⁾ و جاءت حيثيات هذا القرار لتوضح هذا الاتجاه أكثر، إذ اعتبرت بدل الإيجار حقا للمحضون كونه من مشتقات نفقته، و له أن يطالب به في أي وقت مادامت حضانتها لم تسقط بعد. ⁽⁴⁾

1- د. مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق و آثاره، دراسة مقارنة، منشورات جامعة سبها، د م ن، 2006، ص 237.

2- بودخانة زينب، الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 131.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474255، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (02)، 2009، ص 292.

4- أنظر تحييث القرار: نفس المجلة، ص 294.

2- أما القرار الثاني فقد اعتبرت فيه المحكمة العليا أن بدل الإيجار حق خالص للحاضنة، دون المحضون، و إذا طالب به الأخير أمام القضاء في أي وقت، فإن دعواه لا تجد قبولا. فجاء في قرارها أنه: « لا يحق للبت حتى بعد انقضاء الحضانة المطالبة ببديل الإيجار، يحق لها مطالبة وليها بالنفقة». (1) و جاء في حيثيات القرار: « لكن حيث أن بدل الإيجار حق منحه المشرع للمطلقة الحاضنة طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الأسرة، و بالتالي فالمطعون ضدهما ليس لهما الحق في المطالبة من والدهما النفاق عليهما». (2)

و على ذلك، فلا بد من استقرار اجتهاد المحكمة العليا على رأي، حتى لا تكون أحكام القضاة المؤسسة على سلطتهم التقديرية معرضة للنقض في تسببها.

ثانيا: تقدير القاضي لأجرة المسكن:

إذا تبين للقاضي المرفوع إليه النزاع بشأن مسكن الحضانة أن المطلقة المسندة إليها الحضانة مستوفية لكافة شروط استحقاق المسكن، فإنه كأصل يحكم لها به. لكن إذا أثبت الزوج تعذر توفير السكن الملائم - لإعساره غالبا- فإنه يتحمل مسؤولية دفع مبلغ أجرة السكن، (3) كونه المكلف بكل من الالتزامين. (4) و لا يعفى المحضون له من هذا الالتزام حتى لو ثبت للقاضي يسر الحاضنة بأن يكون لها مسكن، (5) أو أن تكون عاملة. (6)

و يكون الالتزام ببديل الإيجار بمثابة الاستثناء على الأصل (الذي هو توفير المسكن)، لكن إذا تبين للقاضي أن المسكن الذي وفره المحضون و لو كان ملائما لا يحقق مصلحة المحضون، فإنه يجوز للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية صرف النظر عن المسكن و الحكم مباشرة ببديل الإيجار، هذا ما قرره المحكمة العليا. (7)

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/07/08، ملف رقم 506369، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (02)، 2009، ص 306.

2- أنظر تحييث القرار: المجلة نفسها، ص 309.

3- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص 387. د. بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 260.

4- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1430هـ - 2009م، ص 155.

5- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2002/07/31، ملف رقم 288072، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2004، ص 285. نقلا عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 88.

6- جغادر ليندة، المرجع السابق، ص 76.

7- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477191، قرار مذكور سابقا.

و يسري الحكم بالإيجار من تاريخ صدور الحكم بإسناد الحضانة، حتى لا تقع الحاضنة في أي حرج لإيواء الصغير و لا يعرض لمصلحته أي مساس، و هذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: « بدل إيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة».⁽¹⁾

و تظهر سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في تقرير الحق في الإيجار خصوصا في تحديد قيمة الأجرة الواجبة على المحضون له، حيث ترك المشرع أمرها كلياً لتقدير القضاة، و هو أمر أكدته المحكمة العليا، فجاء في حيثيات أحد قراراتها: «... و أخذوا ببديل الإيجار وفق ما توجبه المادتان 72 و 78 من قانون الأسرة بمبلغ قدره 6 آلاف دينار ليتناسب مع مستوى الأسعار (الإيجارات) المعمول بها في المنطقة و الذين هم أدري بها و بتقديرها، و من ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذين الوجهين غير قائم على أساس».⁽²⁾ كذلك جاء في حيثيات قرار آخر أنه: « ثم إن مبلغ الإيجار يدخل ضمن تقديرات القضاة».⁽³⁾

أما عن الأساس الذي يعتمده القاضي في تقديره لمبلغ بدل الإيجار، فإنه يقوم على معايير محددة نتطرق إليها فيما يلي.

ثالثاً: معايير تقدير بدل الإيجار:

صحيح أن تقدير أجرة المسكن يعد سلطة تقديرية خالصة للقضاة، لكن هذا الأمر ليس متروكاً لأهواء القضاة و رغباتهم، و إلا فإن الأحكام ستكون متضاربة، بل و قد تكون جائرة في حق أطراف النزاع. و على هذا، فإن تقدير بدل الإيجار يكون محكوماً بمعايير موضوعية، و هي في مجموعها أربعة معايير، نبيّنها على النحو التالي:

1- المعيار المادي:

يقصد بالمعيار المادي مراعاة حال المحضون له عسراً و يسراً. فيجب أن تكون قيمة بدل الإيجار متناسبة معها (أي مع حال المحضون له) حتى لا يكلف فوق ما يستطيع، و يكون التقدير دون نظر لراتب الأب، لأنه لا يعكس حقيقة يساره أو إعساره.⁽⁴⁾

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/06/15، ملف رقم 331833، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (01)، 2005، ص 315.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477191، قرار مذكور سابقاً. أنظر حيثيات القرار: ص 277.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/06/15، ملف رقم 331833، قرار مذكور سابقاً. أنظر حيثيات القرار: ص 318.

4- جغادر ليندة، المرجع السابق، ص 77.

هذا المعيار مستمد في الأصل من الشرع، و ذلك بعدد النصوص القرآنية، منها قوله تعالى: [لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ۗ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾].⁽¹⁾

2- المعيار المكاني:

"يجب عند تقرير أجره مسكن الحضانة، مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن".⁽²⁾ و ذلك لأن لكل منطقة خصوصياتها، فالمسكن في قلب المدينة تتفاوت أجرته و تفوق حتما بكثير أجره المسكن المتواجد في منطقة نائية أو قروية. كما أن نوعية العمارة تختلف بين مكان و آخر، و باختلافها تختلف قيمة بدل الإيجار.

3- المعيار الزمني:

و المقصود به مراعاة زمن استحقاق مبلغ بدل الإيجار،⁽³⁾ و هو كما سبق بيانه يسري ابتداءً من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة.⁽⁴⁾ كذلك يدخل في المعيار الزمني مراعاة مراجعة مبلغ الأجرة بمضي المدة المحددة قانوناً، و ذلك لأن المعلوم أن الأسعار تختلف و ترتفع باستمرار، ما قد يجعل قيمة بدل الإيجار وقت الحكم به لا تساوي شيئاً يوم المطالبة بمراجعتة.

4- معيار تعدد المحضونين:

المعمول به أن أجره المسكن لا تجزأ بتعدد المحضونين،⁽⁵⁾ لكن يكون معتبرا عدد المحضونين في الحكم ببديل الإيجار بتقديره بناء على ما حكم لهم به من نفقة، و هكذا، فإن ما يكون كافياً لسكنى صغيرين مثلاً، قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين إلى أربعة.⁽⁶⁾

1- الطلاق- الآية 7.

2- أسماء عيسى، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية و إشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص 44.

3- جغادر ليندة، المرجع السابق، ص 78.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/06/15، ملف رقم 331833، قرار مذكور سابقاً.

5- عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 397.

6- كمثال لتوضيح هذه الحالة، نفترض أن راتب الأب 36.000 دج، و له ولدان محضونان نفقة كل منهما 4000 دج و أجره المسكن المحكوم بها 8.000 دج. فيكون الحاصل 16.000 دج و يتبقى له 20.000 دج. لكن لو كان له أربعة أولاد محضونين فإن ما يتبقى له، بإلزامه بمبلغ الأجرة هذا، يكون 12.000 دج فقط. و بذلك لابد من مراعاة عدد المحضونين عند الحكم بقيمة بدل الإيجار.

المطلب الثاني: تقدير القاضي لنفقة المحضون:

قبل التطرق إلى موضوع تقدير القاضي لنفقة المحضون كأثر مالي للحضانة، نشير أولاً إلى أن الحقوق المالية المتعلقة بالحضانة - ممثلة في النفقات - ليست محصورة في نفقة المحضون، بل توجد نفقة أخرى تعد حقا للحاضنة على المحضون له و هي أجرة الحضانة.

و تختلف أجرة الحضانة عن نفقة المحضون في كونها لعمل تشتغل به الحاضنة، محله رعاية و حفظ و صيانة الصغير المحضون. بينما نفقته تتعلق بمتطلبات و حاجيات حياته الشخصية من مأكّل و مشرب و مسكن و غير ذلك.⁽¹⁾

و لا تكون أجرة الحضانة مستحقة للحاضنة أثناء قيام الزوجية و لا أثناء عدتها لطلاق رجعي،⁽²⁾ لكن و بمجرد تحللها من هذين القيدتين، فإنها تكون مستحقة لها، ذلك أن الحضانة تصبح خدمة للمحضون و عملا مشروعاً يمكن الاعتياض منه بالمال.⁽³⁾ و تكون أجرة الحضانة مثلها مثل سائر نفقات المحضون واجبة عليه من ماله إذا كان له مال،⁽⁴⁾ و إلا فإنها تقع على أبيه أو من تلزمه نفقته بإجماع من الفقهاء.⁽⁵⁾

و إن لم ينص المشرع الجزائري على أجرة الحضانة ضمن مواد قانون الأسرة، إلا أن الباب يبقى مفتوحاً للتطرق إليها بمقتضى نص المادة 222 ق. أسرة. و تكون أجرة الحضانة خاضعة في مقدارها لسلطة القاضي التقديرية، بشرط إعمال مقصدين - أو معيارين - تشترك فيهما سائر النفقات، و هما نفي الإضرار و عدم التكليف بما لا يطاق.⁽⁶⁾

هذا كتوضيح لأجرة الحضانة كأثر مالي مترتب عنها.

أما بالنسبة لنفقة الأولاد المحضونين، فإنها تعد أثراً من آثار الطلاق، و يكون ملزماً بها شرعاً المحضون له، أبا كان أو من يقوم مقامه،⁽⁷⁾ هذا عند افتقار المحضون، و هو أمر قرره قانون

1- د. هلاي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق، ص 657.

2- د. عبد الله عبد الرحمان السعيد، أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م، دار الآفاق المشرقة، عمان، الأردن، ط 1، 1433هـ - 2012م، ص 261.

3- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 423.

4- د. عبد الغني شيبية، المرجع السابق، ص 237.

5- د. أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 347.

6- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 425.

7- صالح بن سليمان بن عبد الله الشقير، الطلاق و أثره في الجريمة، دراسة تحليلية تطبيقية، رسالة ماجستير في قسم العدالة الجنائية، تخصص السياسة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1421هـ - 2008م، ص 42.

الأسرة، نظرا إلى أن إنفاق الولد المحضون على نفسه أمر نادر، ما يحول دون إمكانية الأخذ به على الوجه المطلق. و النفقة مقررة كحق للصغير باعتبار أنه لا يكفي لتحقيق المعيار المادي لمصلحة المحضون أن يوفر المحضون له مسكن الحضانة أو أجرته فحسب، فإن كان إيواء المحضون بما كان من الأهمية، إلا أنه يبقى غير كافٍ لحفظه و رعايته، خاصة على مستوى صحته و بدنه. و على ذلك، كان لابد أن يكلف المحضون له بالإنفاق على المحضون.

بالنسبة لموقع نفقة المحضون من نصوص القانون الأسرة الجزائري، فقد تم إدراجها ضمن الأحكام العامة للنفقة،⁽¹⁾ و لم تخصص بمواد قانونية تتعلق بها حصرا كما هو الحال بالنسبة لمسكن الحضانة و بدل إيجاره. و بذلك فإن دراسة موضوع نفقة المحضون يتطلب منا العودة إلى أحكام النفقة العامة، ثم تخصيصها بإسقاطها على المحضون.

على هذا الأساس، فإن دراستنا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسألة نفقة المحضون تستوجب التطرق إلى المقصود بها، المكلف بها، شروط استحقاقها ثم تقدير القاضي لقيمتها و مراجعتها... كل هذا مع تسليط الضوء على إمكانية تدخل القاضي بتقديره في كل جزئية من هذه الجزئيات.

الفرع الأول: المقصود بالنفقة و المكلف بها:

النفقة حق مشروع للولد بنص الكتاب⁽²⁾ و السنة،⁽³⁾ لأن فطرة الخالق تقتضي رعاية الأب لابنه بالإنفاق.⁽⁴⁾ فحفظه من الهلاك لا يستقيم إلا بها. و هي عنصر لازم لا يقبل الاستغناء عنه، تحقيا لمقاصد الحضانة و الأهداف التي شرعت من أجلها. و قد نص المشرع على نفقة المحضون ضمن مواد النفقة عامة، باعتبارها جزئية من جزئياتها، و تفصيلها باستقلال لن يكون إلا تحصيل حاصل.

1- نص المشرع على النفقة بالفصل الثالث من الباب الثاني و عنوانه انحلال الزواج، بالمواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة.
2- من الكتاب قوله تعالى: [وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] لَا تَكْلَفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا. البقرة - الآية 233.
فالشرع ألزم الوالد بالإنفاق على النساء لأجل ولده، و من ثم فبن باب أولى يلزم بالإنفاق على ولده. أنظر: د. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 310.

3- من السنة ما روي عن أن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه و سلم: "إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا". فقل: [خذي أنت و بنوك ما يكفيك بالمعروف]. و في لفظ: [خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف]. أخرجه البخاري، باب من أجرى أمر الأمصار... ج 2، حديث رقم 2097.

4- د. محمد أحمد سراج و د. محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 211.

بناء على ذلك، فإن دراسة موضوع تقدير القاضي للنفقة يستلزم الرجوع إلى هذه المواد ثم توضيح المقصود منها سواء من حيث معناها أو من حيث مشتملاتها. كذلك لا بد من تحديد الشخص الذي يقع عليه الالتزام بأدائها و شروط استحقاقها، و هو ما نحاول توضيح فيما يأتي.

أولاً: المقصود بالنفقة:

النفقة في معناها اللغوي من الفعل نفق و أنفق، أي افتقر أو فني زاده. و أنفق المال بمعنى صرفه و أنفذه.⁽¹⁾ و النفقة هي ما أنفق، و تأخذ معنى النقص و القلة أو الذهاب و الفناء.⁽²⁾

أما مفهوم النفقة اصطلاحاً فيمكن الخروج به من نص المادة 78 ق. أسرة، حيث جاء فيها: « تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ». فكما عرّف المشرع الحضانة بأهدافها، فقد عرّف النفقة بمشتملاتها. إذن فنفقة المحضون هي كل ما يحتاج إليه لإقامة حياته و حفظها من الهلاك من غذاء و كسوة و علاج و مأوى، إضافة إلى كل ما جرى العرف و العادة على اعتباره من ضروريات العيش.

و عن مشتملات النفقة، فهي عناصرها أو قائمة الحاجيات الضرورية للمحضون،⁽³⁾ و قد حددتها المادة 78 أعلاه على النحو التالي:

1- الغذاء:

و يقصد به ما يكفي من طعام و شراب و أدام، يصلح به حال الشخص حسب ما هو متعارف عليه في البلد المحضون فيه.⁽⁴⁾ فيقع على المحضون له واجب إمداد المحضون به، كما يجب أن يكون متناسباً مع حاله سناً و صحة، كما لو كان الصغير رضيعاً أو مريضاً يتحسس من أنواع معينة من الغذاء.

2- الكسوة:

فيجب على المحضون تمكين الصغير من الكساء الذي يحمي بدنه و يحفظه، فاللباس معافاة للبدن، يقي الجسد من برد الشتاء و حرارة الصيف، وهو أيضاً ستر للعورة.⁽⁵⁾

1- منجد الطلاب، المرجع السابق، ص 819، 820.

2- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مجلد 10، ص 358.

3- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة و الطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 1426-1427هـ، 2005-2006م، ص 57.

4- و هذا قياساً على ما يجب من نفقة على الزوج لزوجته، فمن باب أولى تكون كذلك نفقة ولده. د. محمد محده، المرجع السابق، ص 378.

5- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 120.

3- السكن أو أجرته:

و هو السكن الملائم للحضانة كالتزام أصلي، فإن تعذر فيلزم الأب - أو من يقوم مقامه- بمبلغ إيجاره كبديل، و قد سبق التفصيل في هذا العنصر.

4- العلاج:

و هذا حفظا لصحة المحضون من الضياع و من ثم حياته من الهلاك. و يكون بالتكفل بجميع مصاريف علاجه و متابعتة الصحية على أن هذا العنصر من النفقة يكون مستحقا بناء على إثبات لحالة المحضون الصحية بشهادة طبية، كما قررت ذلك المحكمة العليا.⁽¹⁾

5- الضروريات حسب العرف و العادة:

و يمكن أن تدخل تحتها مصاريف دراسة المحضون و تعليمه، و قد أحسن المشرع صنعا بإدراجه لهذه العبارة، حيث بيّن بذلك أن ما ذكر قبلها جاء على سبيل المثال لا سبيل الحصر،⁽²⁾ كما أنه - أي المشرع- بأخذه في الحسبان العرف و العادة قد راعى واقع أن الظروف الاجتماعية تتغير باستمرار تبعا للمكان و الزمان.⁽³⁾

لكن في الواقع العملي، يمكن القول بأن هذه النفقات جميعا لا تؤدي عينا، و إنما تصرف على شكل مبالغ مالية تمنح لحاضنة الصغير.⁽⁴⁾

ثانيا: المكلف بأداء نفقة المحضون:

إذا كان للمحضون مال من ميراث أو هبة مثلا، فإن نفقته تكون عليه من ماله بإجماع المذاهب الأربعة،⁽⁵⁾ و لا إشكال يذكر هنا، "لأن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه متى كان يجد يجد مقدار الكفاية في ماله أو كسبه إن كان ممن يستطيع الكسب".⁽⁶⁾ أما إذا لم يكن للمحضون مال، فإن نفقته يسقط عنه الالتزام بها و تنتقل ليكلف بها أشخاص معينون حسب ترتيب معين بيّنه

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 372292، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة المحكمة العليا، عدد (01)، 2007، ص 267. نقلا عن مدونة قانون الأسرة، منشورات برتي، الجزائر 2012، ص 40.

2- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007-2008م، ص 76.

3- مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 148.

4- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص 387.

5- أنظر تفصيل كل مذهب: عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 511-513.

6- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 327.

قانون الأسرة الجزائري في المواد 75، 76 و 77 منه. هؤلاء المكلفون بالنفقة نوردهم تباعا على النحو الآتي.

1- الأب:

هو أول شخص يلزم بالإففاق على المحضون المحتاج، فيكون بالإجماع ملزما بنفقة ولده المحضون في إطار عمود النسب.⁽¹⁾ و نصت على هذا الحكم المادة 75 ق. أسرة بالقول: « يجب نفقة الولد على الأب إن لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب».

يتبين انطلاقا من نص المادة أن التزام الأب بالإففاق على الصغير المحضون يكون التزاما مؤقتا أحيانا، و التزاما مستمرا أحيانا أخرى.⁽²⁾ فهو يكون التزاما مؤقتا في حالة تعذر إمكانية كسب المحضون مؤقتا، لصغر سنه مثلا أو انشغاله بطلب العلم. كما قد يكون مستمرا إذا كان بالمحضون عارض لا يرجى زواله، كأن يكون مريضا مرضا مزمنًا أو به عجز دائم يحول دون اقتداره على الكسب.

2- الأم:

إذا كان الأب فقيرا أو عاجزا عن الكسب، فإن واجب الإففاق على المحضون يسقط عنه ليقع على الأم. و نصت على ذلك المادة 76 من قانون الأسرة: « في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك».

يلاحظ من نص المادة 76 أن المشرع استعمل المصطلح "عجز" و العجز يشمل الفقر و عدم العمل و كذلك المرض بدنيا كان أو عقليا،⁽³⁾ لكن المراد به غالبا هو الإعسار، إذ أنه يتحقق بالعجز عن الكسب للأسباب الثلاثة جميعا. و يقصد بالشخص المعسر من لم يملك نصابا ناميا أو غير نامٍ، فاضلا عن حوائجه الأصلية.⁽⁴⁾

1- باديس نيايبي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 84.

2- سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 76.

3- مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 149.

4- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 245.

و يشترط لوجوب النفقة على الأم، إضافة لعجز أب المحضون عنها، أن تكون موسرة بمالها،⁽¹⁾ و يجب أن يقوم الدليل على تحقق كلا الشرطين،⁽²⁾ لأن كلا منهما مكمل للآخر. و تكون السلطة التقديرية للقاضي في مراقبة مدى تحقق هذين الشرطين، فإن ادعى الأب عجزه لمرض مثلا، وجب عليه إثباته، و يجوز للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية للتأكد مما يدعيه طبقا للمادتين 126 و 144 ق. إج م/إ. كما نشير هنا إلى أن الأب هو من يقع عليه عبء إثبات عسره و يسر الأم، دفعا للالتزام بالإتفاق على المحضون عنه، كونه المدين الأصلي به (عند افتقار المحضون).

3- أصول المحضون:

نصت على تكليف أصول المحضون بواجب بالإتفاق عليه المادة 77 ق. أسرة و التي قررت أنه: « تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث ».

فيستفاد من نص المادة أن أصل المحضون يكون مكلفا بالإتفاق عليه. و يقصد بالأصل أب الأب و إن علا، ذلك أن الأب سبق تكليفه بنص المادة 75 ق. أسرة. و تكون نفقة الأصل واجبة عليه لفرعه المحضون طبقا للشروط أو القواعد التالية:

- * عجز أبوي المحضون - الذي لا مال له - عن الإتفاق عليه لعسرهما أو لغيابهما أو لوفاتهما.
- * أن يكون الملزم بالإتفاق على الصغير موسرا مالكا لنفقة فاضلة عن نفسه، إما من ماله أو من كسب له.⁽³⁾

* تكون النفقة حسب قدرة المكلف بها و حاجة مستحقها،⁽⁴⁾ فلا يكلف الأول فوق ما يطيق، و لا يترك الثاني عرضة للضياع.

* يراعى في ترتيب المكلفين بالإتفاق على الصغير المحضون درجة القرابة، و التي تقاس على التوارث بينهم و بينه.

1- د. محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 391.

2- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 85.

3- كريال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 55.

4- مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 149.

4- صندوق النفقة:

" قبل أن يكون للدولة حقوق على مواطنيها، تلزم بتوفير الظروف الكفيلة بتكوين مواطنين صالحين و على رأسهم أطفال أسوياء. و من أبرز أدوارها... الإنفاق على من ليس له قريب ينفق عليه".⁽¹⁾ على هذا الأساس، فقد سعى المشرع الجزائري إلى ضمان استفادة المحضون من النفقة الواجبة له، نظرا لأهميتها في رعايته. فتقرر بذلك إنشاء صندوق نفقة خاص بالنساء المطلقات الحاضنات.

و جاء في نص مشروع القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة - في عرض أسباب إنشائه- أنه موجه للمطلقات الحاضنات اللواتي يواجهن مشاكل في تحصيل النفقة لإعالة محضونهم بسبب رفض الوالد دفعها أو عجزه عن ذلك.⁽²⁾

و بالرجوع إلى نصوص القانون المعني،⁽³⁾ يمكن الخروج بجملة من القواعد المتعلقة باستفادة المحضون من مخصصاته المالية، نعرضها كالآتي:

* يمثل المحضون في صرف المبالغ المستحقة الممنوحة من الصندوق، المرأة الحاضنة طبقا للمادة 2 فقرة (5) من القانون. و هنا يلاحظ عدم الانسجام و التناقض بين نصوص القانون، فهو من جهة موجه للمطلقة الحاضنة بالتخصيص، و من جهة أخرى تنص المادة 2 منه على أن المستفيد منه هو الطفل، يمثل في ذلك "المرأة الحاضنة بمفهوم قانون الأسرة"، دون اشتراط أن تكون الأم المطلقة أو غيرها.

* يسقط الحق في الاستفادة من صندوق النفقة بسقوط الحضانة أو بانتهاء مدتها أو بإثبات أن المدين بها قد قام بالوفاء. هذا ما نصت عليه المادة 2 فقرة (7).

* يكون المحضون مستفيدا من صندوق النفقة - طبقا للمادة 3 من القانون- عند تعذر التنفيذ الجزئي أو الكلي للحكم القاضي بالنفقة بسبب امتناع المدين بها، و هو أبوه، أو عجزه أو عدم معرفة محل إقامته. و يجب إثبات تعذر التنفيذ بمحضر يحرره محضر قضائي.

1- مداني هجيرة نشيدة، المرجع نفسه، ص 150.

2- مشروع القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة. راجع موقع:

مجموعة الاستشارات العقارية. <http://www.facebook.com/groups/elakareya/>

3- قانون رقم 15- 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436هـ الموافق لـ 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1436هـ الموافق لـ 07 يناير 2015، عدد 1، ص 07.

* تصرف المستحقات المالية للمحضون خلال أجل أقصاه خمسة و عشرون (25) يوما من تبليغ الأمر الفاصل في استحقاق النفقة (المادة 6). لكن يمكن القول أن هذا الأجل طويل و فيه ضرر يلحق المحضون، خاصة إذا تعلق الأمر بنفقته الغذائية.

كملاحظة يمكن إبدائها حول صندوق النفقة، يمكن القول أنه يعد دفعا إيجابيا و خطوة مقدرة في رعاية مصلحة المحضون من حيث ضمانه الإنفاق عليه. إلا أنه يبقى منتقدا خاصة لإحالاته المتكررة على قوانين تنظيمية لم تصدر لحد الساعة، مما يؤدي إلى ثقل في تطبيقه يحول دون تحقيق الهدف و المقصد المرجو من الصندوق، و هو استمرار النفقة على المحضون و تمكينه منها.⁽¹⁾

الجدير بالذكر أن سلطة قاضي شؤون الأسرة - بالنسبة للإنفاق على المحضون من صندوق النفقة-، تظهر من خلال بثه في الطلب المرفوع إليه و تقديره لمدى استيفاء المعني لشروط الاستفادة من الصندوق. و يكون ذلك خلال خمسة أيام كأقصى حد من تاريخ تلقيه الطلب (المادة 5 فقرة أولى). فإذا تحقق العلم لديه بكذب تصريحات المعنيين، فإنه لا يتم حرمانهم من المستحقات المالية فحسب، بل تتم متابعتهم جزائيا للتصريح الكاذب (المادة 14).

ثالثا: شروط استحقاق النفقة:

قبل تقريره لاستفادة المحضون من النفقة، فإن القاضي يراقب شروطا معينة لا بد من توافرها للقول بوجود النفقة له. و يكون نظر القاضي في هذه الشروط بناء على سلطته التقديرية، نظرا لكون المشرع لم يفصل فيها بنصوص قانونية حاسمة، بل ترك أمرها للقاضي باستخلاصها من نصوص قانون الأسرة، و كذا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة 222 منه. هذه الشروط يمكن إجمالها في ثلاث، أجمع عليها فقهاء المذاهب الفقهية المشهورة،⁽²⁾ و هي:

1- إعمار المحضون:

القاعدة العامة طبقا للمادة 75 ق. أسرة أن نفقة المحضون تكون من ماله و لو كان أبو غنيا،⁽³⁾ فلو كان للولد الصغير مال، لم تجب نفقته على أحد و لو كان أباه، بل تكون واجبة عليه من ماله الخاص. و قد قررت المحكمة العليا في هذا الشأن أنه: « من المقرر قانونا أن نفقة

1- نظيرة عتيق، صندوق النفقة، ما له و ما عليه، دراسة نقدية تقويمية، مداخلة مقدمة خلال يوم دراسي حول صندوق النفقة بعنوان: صندوق النفقة، الواقع و الآفاق، منظم بجامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 03 مارس 2015.

2- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 511-513.

3- سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 77.

المحزون و سكناه من ماله»⁽¹⁾ و لو أنفق عليه أبوه من ماله هو دون أمر من القاضي و لا إسهاد بنيته استرجاعه، فإنه يفقد الحق في الرجوع عليه بما أنفق،⁽²⁾ و تكون النفقة هنا بمثابة تبرع منه لولده.

و عليه، فإنه يشترط في المحزون أن يكون فقيرا معسرا لا مال له و لا كسب،⁽³⁾ فإن تيسرت حاله أو اقتدر على الكسب، سقطت نفقته.

2- يسار المكلف بالنفقة:

سواء كان المكلف بالنفقة هو أب المحزون أو أمه أو غيرها من أصوله. فإن كان المكلف غنيا أو قادرا على الكسب ألزم بالنفقة على ولده المحزون و إن لم يكن له مال و كان قادرا على الكسب، و جب عليه التكسب.⁽⁴⁾

"أما إن كان معسرا بحيث تجب نفقته على غيره من الأصول أو الفروع، وكان عاجزا عن الكسب، فلا نفقة عليه، لأنه لا يعقل إيجاب النفقة عليه وهو يأخذ نفقته من غيره."⁽⁵⁾ و بسقوط هذا الشرط، يسقط تبعا له التكليف بنفقة المحزون. و يقدر القاضي هنا مدى جدية عجز المكلف بالنفقة عنها و حقيقة إعساره. و قد ذهبت المحكمة العليا في هذا الصدد إلى أن شهادة عدم العمل بأجر التي تدرع بها الملزم بالنفقة لا تعفيه من هذا الالتزام.⁽⁶⁾

3- عجز المحزون عن الكسب:

يقصد به أن لا يكون في استطاعة المحزون كسب عيشه بوسيلة مشروعة، فإن كان قادرا على الكسب فنفقته في كسبه لاستغنائه به عن الحاجة.⁽⁷⁾ و يتحقق عجز المحزون بإحدى الحالات التي بينها المادة 75 ق. أسرة: «...فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب».

1- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1994/11/29، ملف رقم 112705، قرار مذكور سابقا.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 417.

3- د. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 394.

4- بلقاسم صونية، المرجع السابق ص 56.

5- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 137.

6- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2004/01/21، ملف رقم 311458، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، مجلة قضائية عدد (02)، 2004، ص 379. نقلا عن: باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 86.

7- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 328.

إذن فحالات العجز عن الكسب هي:

أ- صغر السن:

يعتبر صغر السن مثبتا لحق المحضون في الإنفاق عليه. و يستفاد من نص المادة 75 أن صغر السن يكون من وقت الولادة إلى غاية بلوغه سن الرشد، و هي 19 سنة كاملة طبقا لأحكام المادة 40 ق. مدني.⁽¹⁾

و يكون المستفيد من عذر صغر السن هو الولد الذكر فقط، حيث أن المادة 75 جعلت لنفقة البنت أحكاما خاصة. و بذلك تسقط نفقة الذكر ببلوغه سن 19 سنة، كون رشده قرينة على استعادته للكسب بنفسه و زوال حاجته إلى المنفق عليه. هذا ما لم يكن به سبب آخر يعجزه عن الكسب.

ب- الأثوثة:

تعد الأثوثة سببا موجبا للنفقة باعتبارها عجزا حكما عن الكسب، لأن الأنثى الأصلح لها أن تحفظ من التعرض لعناء الكسب. و تبقى نفقتها واجبة لها حتى تتزوج، فتستغني بنفقة زوجها عن نفقة أبيها.⁽²⁾ و قد بين المشرع أن النفقة لا تسقط عنها بمجرد انعقاد زواجها، بل لابد من تحقق الدخول بها كي يثبت فعليا استغناؤها عن نفقة أبيها.

لكن الأنثى إذا اكتسبت فعلا من حرفة أو شغل، فإن نفقتها تكون حينئذ في كسبها، فإن لم يكف، كان على أبيها إكمالها لحد كفايتها.⁽³⁾ و بهذا الصدد قررت المحكمة العليا أنه: « تبقى نفقة نفقة البنت على والدها، ملازمة لها و لا تسقط عنها، إلا بالدخول أو الاستغناء عنها بالكسب». ⁽⁴⁾

و لا يجوز للأب أن يجبر ابنته على التكسب.⁽⁵⁾

1- الأمر 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية صادرة يوم الثلاثاء 24 رمضان 1395هـ، عدد 78، ص 990.

2- د. محمود علي السراطوي، المرجع السابق، ص 393.

3- د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 328.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/02/23، ملف رقم 318418، الاجتهاد القضائي، غ أش، مجلة قضائية عدد (01)، 2005، ص 283.

5- د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 139.

ج- العجز البدني أو العقلي:

و قد عبرت عنه المادة 75 بالعجز لآفة عقلية أو بدنية. و هذا العجز لا يعد سببا للإنفاق في حد ذاته، و إنما يعتبر سببا لوجوب استمرار النفقة على الولد بعد بلوغه السن التي يفترض فيها سقوط النفقة عنه. و مثال العاهة الموجبة لاستمرار النفقة أن يصاب الولد بمرض يقعه كالشلل أو فقده لأطرافه أو إصابته بالعمى أو الجنون أو العته... أو أي عارض كهذه، من شأنه أن يمنعه من الاكتساب. لكنه لو اكتسب بأن وجد عملا يتلاءم مع حالته الصحية، فإن نفقته تكون في كسبه، و إن كان كسبه لا يفيها - أي نفقته-، التزم الأب بتكاملته إلى حد الكفاية.⁽¹⁾

و لا يجوز للمنفق على الولد العاجز لآفة بدنية أو عقلية، أن يجبره على العمل للإنفاق على نفسه، لأن هذه العوارض تمنع عن الكسب بطبيعتها، فلا يكلف المصاب بها شيئاً.⁽²⁾

د- مزاوله الدراسة:

و هو كذلك سبب موجب لاستمرار النفقة على الولد بعد تجاوزه السن المسقطه لها. فتجب نفقة طالب العلم على أبيه مدة دراسته حتى لو كان قادرا على العمل و الكسب،⁽³⁾ و لا يجبر على التكسب و لو كان قادرا عليه، فطلب العلم بدوره يعد عجزا حكما عن الكسب. لكن لو كان طالب العلم يكسب ما يفي به لنفقته، فإنه لا يكون مستحقا لها على أبيه، و إن كان كسبه أقل مما يفي به، توجب على الأب - أو من تجب النفقة عليه- تكملة نفقته إلى حد الكفاية.⁽⁴⁾

و عليه، فإن القاضي ينظر إلى هذه الأسباب و يبحث في مدى تحققها من عدمه، و على المكلف بالنفقة إثبات خلو المحضون منها، فإن عجز عن ذلك وجبت عليه نفقة المحضون إلى أن يزول سببها.

تجدر الإشارة إلى أنه و لكون مدة الحضانة أقصاها - مع التمديد- 16 سنة بالنسبة للذكر و 19 سنة للإناث، فإننا لا نكون أمام نفقة محضون إلا بالنسبة للحالات التي لم يتجاوز الولد فيها

1- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث: نفقة الصغار، الإرضاع، الحضانة، مسكن الحضانة، رؤية الصغير، نفقة الأقارب، النسب، اللقيط، المفقود، دار محمود، د م ن، د ت ن، ص 335.

2- محمد عزمي البكري، المرجع نفسه، ص 336.

3- بلقاسم صونية، المرجع السابق ص 58.

4- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 336، 337.

هذه السن أو كان عند تجاوزها مجنوناً أو معتوها لا يستطيع الاستغناء عن خدمة حاضنته. فإن لم يكن كذلك، فإننا نكون بصدد النفقة على الولد بحكمها العام.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لقيمة النفقة و مراجعتها:

الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة لحكم قضائي يلزمه بذلك، لكنه لو امتنع عن أداء هذا الواجب، فإن حاضنة ولده يكون لها حق المطالبة بنفقة الصغير، لارتباط هذا الحق بالحضانة و لكونها لا تقوم دونه.⁽¹⁾ فإذا تم اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حق المحضون في النفقة، فإن القاضي يتحقق أولاً من مدى توافر جميع الشروط الواجبة لاستحقاقها، سواء بالنسبة للمحضون أو المكلف بها، فإن ثبت له توافرها حكم بالنفقة للمحضون.

و رغم أن النفقة تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، فإن الالتزام بها جرى العمل القضائي أن لا ينفذ عينا (باستثناء السكن)، و إنما ينفذ بما يقابله من مال نقدي. و يطرح موضوع تقدير القاضي لقيمة مبلغ النفقة نقطتين رئيسيتين: كيفية تقديره و الأساس في ذلك من جهة، و مراجعة قيمة النفقة من جهة أخرى.

أولاً: أساس تقدير قيمة نفقة المحضون:

يعد تقدير قيمة مبلغ النفقة المحكوم به سلطة تقديرية خالصة لقاضي شؤون الأسرة، فلا يقبل مطالبة الحاضنة المحضون له بمبلغ محدد، كما ليس للمحضون له أن يدفع المبلغ الذي يراه هو نفسه مناسباً.⁽²⁾ و لا يكون القاضي مقيداً في تقريره لقيمة النفقة إلا باعتبارين، يعدان الأساس في تقديرها. و نصت على هذين الاعتبارين - أو الأساسين - المادة 79 ق. أسرة بالقول: « يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم».

و بذلك فهذان المعياران يتعلقان بطرفي الدعوى و الظروف المحيطة بها زماناً و مكاناً، فليس الأساس فيهما موضوعياً ثابتاً، و إنما هما معياران ذاتيان مرنان يختلفان بين قضية و أخرى.

1- قندوزي دلال، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05- 02، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، ص 15.

2- نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص 320.

1- حال الطرفين:

و الطرفان هنا هما المحضون له المكلف بالنفقة - و هو غالبا الأب- و المحضون المحتاج للإِنفاق عليه. حيث تقدر النفقة بمراعاة لحال كل منهما، و يكون ذلك بناء على ما يسمى بمقدار الكفاية، و هو يتحقق بأن يسد حاجة المحتاج للنفقة من جهة، و يتفق مع قدرة المكلف بها من غير إِرْهاق له من جهة أخرى.⁽¹⁾

فحال المكلف تكون بالنظر إلى يسره و قدرته على التكبُّب و حالته المدنية، كالنظر إلى ما يزاوله من عمل و مقدار كسبه و ما عليه من التزامات... و غير ذلك. و بهذا الصدد قررت المحكمة العليا أنه: «على قضاة الموضوع مناقشة الحالة المادية للأب عند تحديدهم النفقة الغذائية الخاصة بالابن المحضون، خاصة وأن النفقة الغذائية للمحضون تبقى مستمرة إلى أمد بعيد ولا تزول بالسقوط الشرعي للحضانة».⁽²⁾

كذلك ينظر إلى حال المحضون، و التي يقصد بها وضعيته المعيشية و التعليمية و مدى ما يحتاجه من مصاريف بالنظر خصوصا إلى سنه و صحته.

2- ظروف المعاش:

و هي الظروف الاقتصادية و الاجتماعية السائدة في مكان و زمان الحضانة. و يظهر أهم تطبيق لها في حالة الأسعار، خاصة و أنها في ارتفاع مطرد و تزايد مستمر،⁽³⁾ ما يفرض على القاضي مراعاة هذا الواقع عند تقديره لقيمة نفقة المحضون.

رغم أن القاضي يلزم بمراعاة هذين المعيارين في تقديره لنفقة المحضون، إلا أنه - عمليا - ما يحكم به من نفقة يعد بالكاد كافيا لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل المحضون و تربيته، خاصة في ظل الظروف المعيشية الراهنة.⁽⁴⁾ هذا ما جعل المشرع يقرر جواز المطالبة بمراجعة مبلغ النفقة.

1- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، المرجع السابق، ص 247.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 343907، قرار غير منشور، نقلا عن: قندوزي دلال، المرجع السابق، ص 15.

3- نبيلة بوشفرة، المرجع السابق، ص 24.

4- بن عصمان نسرین إِيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009م، ص 119.

نشير في هذا الباب إلى أن القاضي بحكمه بإلزام الأب بالنفقة، فإن امتناع الأخير عن أدائها و لمدة تتجاوز الشهرين من تبليغه الحكم الصادر في حقه، يجعله مرتكبا لجريمة الامتناع عن أداء النفقة المنصوص و المعاقب عليها بالمادة 331 ق. عقوبات، و هي تعتبر صورة من صور الإهمال العائلي.⁽¹⁾ و امتناع المكلف بالنفقة لا يؤدي إلى حرمان المحضون منها، حيث استدرک المشرع هذه الوضعية باستحداثه لصندوق النفقة سالف الذكر، و الذي يتكفل بأداء المبلغ المستحق للمحضون، و لا يحول هذا الأداء دون متابعة المدين بالنفقة قضائيا عن جريمة عدم دفع النفقة.⁽²⁾

ثانيا: مراجعة القاضي لنفقة المحضون:

طبقا لنص المادة 79 من قانون الأسرة، فإن القاضي و بمرور سنة يمكن أن يرفع إليه طلب مراجعة مبلغ النفقة. و قد أحسن المشرع صنعا بنصه على أن النفقة تحتاج إلى المراجعة، ذلك أن الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقريره لمبلغ النفقة تعد متغيرة غير ثابتة بتغير ظروف المجتمع و المستوى المعيشي فيه،⁽³⁾ كما ترتبط بحال الطرفين، و هي ليست ثابتة على الدوام. ف جاء في قرار للمحكمة العليا أنه ما دام أن النفقة الغذائية تتغير كلما زاد سن مستحقيها و كلما زادت متطلبات الحياة الاجتماعية، فإن رفع النفقة بعد مراجعتها يخضع تقديرها للسلطة التقديرية لقضاة، الموضوع.⁽⁴⁾

من ناحية ثانية، فإنه و من تحليل المادة 79 نجد أنها لم تحصر مراجعة النفقة في زيادتها فقط (أي لصالح المحضون)، بل جاء نصها عاما مما يجعلنا نقول بأنه يمكن حتى أن يكون طلب المراجعة مرفوعا من قبل المكلف بالنفقة للمطالبة بإنقاص قيمتها، و هذا كما لو اعترضته ظروف تؤثر على وضعيته المادية.

1- د. علي بودفع، الجرائم الواقعة على الأسرة، محاضرات أقيمت على طلبه السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2013-2014، (غير منشورة).

2- تنص المادة 13 من القانون 01-15 على: « لا تحول الاستفادة من أحكام هذا القانون دون المتابعة القضائية للمدين عن جريمة عدم دفع النفقة المنصوص و المعاقب عليها في قانون العقوبات. ».

3- سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 79.

4- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 2005/03/23، ملف رقم 327208، قرار غير منشور، نقلا عن: عمار فرطاس، الاجتهاد القضائي في مواد النفقة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014، ص 61.

و لا تكون مراجعة النفقة مقبولة إلا بتحقق شرط متعلق بفوات مدة معينة. و قد حددتها المادة 79 ق. أسرة - بمفهوم المخالفة- بسنة من تاريخ صدور الحكم المقرر للنفقة. فلا يقبل طلب المراجعة قبل فوات هذا الأجل أيًا كان السبب وراءها.

و قد بينت المادة 80 ق. أسرة تاريخ بداية استحقاق النفقة، حيث نصت على: « تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى». و بذلك تكون النفقة مستحقة من يوم رفع الدعوى كأصل. لكن المادة 80 أوردت استثناء على هذا الميعاد، فقد لا تطالب الحاضنة بنفقة محضونها خلال هذا الأجل لجهلها بالإجراءات الواجب اتخاذها،⁽¹⁾ و لذا قرر المشرع أنها تكون مستحقة للنفقة قبل سنة من رفع الدعوى بشرط أن تقيم الحاضنة البيينة على ما تدعيه.

خلاصة القول مما سبق أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الحضانة واسعة جدا، بحيث فتح المشرع المجال للقاضي ليجتهد و يقدر في جل مسائلها. فيقدر في إسناد الحضانة الحاضن الأجدر بها و مدى تحقق شروطها فيه، حتى لو لم يراع في ذلك الترتيب المنصوص عليه قانونا، ثم ينظم حق الزيارة مكانا و زمانا بسلطته التقديرية. كما يتدخل في سقوط الحضانة سواء بتقريره هو إسقاطها، أو بالتنازل عنها. كذلك يقدر القاضي مختلف الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة سواء المسكن أو أجرته أو نفقة الصغير المحضون... كل هذا تكون القاعدة الأساس فيه واحدة، يتشوّفها القاضي أولا و أخيرا عند فصله في النزاع، و هي قاعدة "مصلحة المحضون".

1- كريال سهام، المرجع السابق، ص 57.

خاتمة

خاتمة:

الحمد لله الذي وفقنا لإتمام هذا البحث، حمدا يليق بجلال اسمه و جمال وجهه و عظيم شأنه و سلطانه، و الصلاة و السلام على حبيبنا و شفيعنا محمد، و على آله و صحبه الكرام الطيبين، و من اهتدى بهديه و اتبع سنته بإحسان إلى يوم الدين، و بعد:

إن دراستنا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل النسب و الحضانة و بحثنا في مختلف عناصر و جزئيات هذا الموضوع، أمكنتنا من الخروج ببعض النتائج المتعلقة به. كما تبين لنا حسب وجهة نظرنا - التي تحتمل الخطأ قبل أن تحتمل الصواب- وجود بعض مواطن النقص التي تستوجب سدّها و تصويبها. هذه النقاط نجلها في النتائج و التوصيات الآتي بيانها.

أولاً: النتائج:

1- السلطة التقديرية للقاضي هي مكنة خوله إياها المشرع حتى يجتهد برأيه و يقدر في جميع المسائل التي لا تحكمها نصوص قانونية، أو كانت هذه النصوص غامضة أو غير حاسمة.

2- يثبت النسب بطرق شرعية، منها المنشأة له، و تتمثل في كل من الفراش الصحيح و غير الصحيح، و منها الكاشفة و هي الإقرار و البيّنة. كما أن للنسب طرقاً علمية بيولوجية تثبته و هي البصمة الوراثية و التلقيح الاصطناعي.

3- سلطة القاضي التقديرية في مسائل النسب تحكمها قاعدة فقهية يسعى القاضي قدر الإمكان لتكريسها، و هي قاعدة "إحياء الولد"، و الهدف منها تحري إثبات النسب للولد ما أمكن.

4- القاضي له في مجال إثبات النسب بالطرق الشرعية، سلطة تقديرية في مسائل جزئية، قد يقال عنها أنها أمور بسيطة، غير أنها ذات أهمية بالغة في تقرير إما إثبات النسب، أو تقرير انتقائه، و مثالها تقدير صحة الزوجية من عدمها و علم وجه البطلان أو الشبهة في النكاح الباطل و وطء الشبهة و تقدير مدى صحة الإقرار و البيّنة و صدقهما... و غيرها.

5- بالنسبة لتقدير ثبوت النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة، فإن الاستعانة بالبصمة الوراثية في هذا الباب يعد سلطة تقديرية محضة للقاضي، بينما التلقيح الاصطناعي لم يُنظم إلا بنص وحيد يحول دون الجزم بإمكان تدخل القاضي بالاجتهاد و التقدير فيه من عدمه.

6- ينتفي النسب بالطريق المقرر شرعاً لذلك، و هو اللعان حصراً، و على أهميته و خطورته، إلا أنه لم يتم تنظيمه بأي نص قانوني. فيرجع في جميع أحكامه إلى مذاهب الفقه الإسلامي.

- 7- سلطة القاضي التقديرية في اللعان مقيدة تماما، حيث لا تتعدى مراقبة تحقق شروطه و احترام آجاله و تقصّي إجراءاته.
- 8- البصمة الوراثية كطريق لنفي النسب، تعد مسألة خلافية بين الفقهاء المعاصرين، و الرأي الأرجح و الأقوم فيها أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان، بينما يمكن الأخذ بها دليلا تكميلا له لما فيها من إمكانيات، قد تعود بنفع معتبر و خاصة لتقليل اللجوء إلى اللعان.
- 9- رغم أن تقدير اللجوء إلى الطرق العلمية ممثلة في البصمة الوراثية يخضع لتقدير القاضي، إلا أن القضاء الجزائري يسير في اتجاه عدم قبولها في مجال نفي النسب.
- 10- تشدّد المشرع و القضاء في مجال نفي النسب يُرد إلى كون إثبات النسب إحياءً للولد، و نفيه قتلا له بحرمانه من أحد أجلّ حقوقه و أهمها.
- 11- الحضانة عرّفها المشرع بأهدافها، و هي في جُلّ أحكامها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، و ذلك على أساس قاعدة "مصلحة المحضون".
- 12- مصلحة المحضون ليس لها تعريف ثابت، لكنها تقوم على معيارين: معيار معنوي روحي يتمثل في السعي إلى تربية الولد المحضون على الدين الصحيح و الأدب السليم و الخلق القويم، و آخر مادي يقوم على حفظ صحة الصغير و سلامته و الإنفاق عليه.
- 13- يقدر القاضي الشخص الأجدر بحضانة الصغير بتوافر شروط أهلية الحضانة العامة منها و الخاصة، و هي شروط لم ينص عليها المشرع و اكتفى بالتعبير عنها بالأهلية، و بذلك يرجع القاضي فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية و ما قال به فقهاؤها.
- 14- ترتيب أصحاب الحق في الحضانة رغم أنه ترتيب وجوبي، إلا أن القاضي و بسلطته التقديرية يكون له تجاوزه و عدم الالتزام به متى كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.
- 15- حق الزيارة من أهم الحقوق المعنوية التي يشترك فيها المحضون و المحضون له، و هو موكول كليًا لتقدير القاضي في تنظيمه زمانا و مكانا بما يراعي صالح الصغير قبل أيّ اعتبار آخر. و هو - أي حق الزيارة- لأهميته لابد أن يتم تقريره و تنظيمه مباشرة عقب إسناد الحضانة لمستحقها.

16- سقوط الحضانة عن مستحقها قد يكون بتقرير القاضي إذا سقط أحد شروطها، أو بتنازل مستحقها عنها صراحة أو ضمناً، و في جميع الأحوال فسقوطها يخضع لسلطة القاضي التقديرية بناء على ما يراه أصلح للمحضون.

17- رغم أنه من مشتملات النفقة، إلا أن المشرع نص على مسكن الحضانة باستقلال عنها لما لإيواء المحضون من أهمية في حفظه و رعايته و ضمانٍ لتحقيق الأهداف التي شرعت الحضانة من أجلها.

18- الالتزام بتوفير سكن لممارسة الحضانة هو الأصل، و هو واقع على الأب، رغم أنه من مشمولات النفقة، فإن تعذر فعليه ببديل الإيجار الذي يقدره القاضي حسب معايير معينة، و لا يمكن أن يسقط الالتزام بالسكن أو أجرته في جميع الأحوال.

19- نفقة المحضون لم ينص عليها المشرع ضمن نصوص الحضانة، بل وردت ضمن الأحكام العامة للنفقة، و تكون من مال المحضون كأصل، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه، و إلا على أمه، و إلا فعلى أصول المحضون حسب درجة القرابة في الإرث.

20- سعيًا من المشرع لضمان الإنفاق على المحضون فقد استحدث صندوق نفقة، يقوم بتغطية المستحقات المالية للمحضون الذي امتنع أو عجز الملزم بالإنفاق عليه عن ذلك. و تكون الاستفادة من هذا الصندوق بقرار من القاضي بعد تقديره حقيقة استيفاء طالب النفقة شروطها من عدمه.

21- تكون قيمة النفقة خاضعة لتقدير القاضي حسب حال المحضون و المحضون له و ظروف المعاش، و هي تقبل المراجعة بفوات سنة من تاريخ الحكم بها. هذه المراجعة غالباً ما تكون بزيادة قيمتها لضمان حسن رعاية المحضون، كما قد تكون بإنقاص قيمتها كذلك، مراعاةً لظروف الملزم بالنفقة.

ثانيا: التوصيات:

انطلاقا من بحثنا في هذا الموضوع، تراءى لنا وجود بعض مواضع النقص و الخلل الذي لابد من تداركه، و بناء على ذلك فإننا نوصي بما يلي:

1- على المشرع أن يبيّن المقصود بمصطلح "الانفصال" الوارد في المادة 43 ق. أسرة و يحصره في الطلاق، كما يجب أن يقرر بداية حساب أقصى مدة الحمل من يوم التلطف بالطلاق الفعلي لا من يوم الحكم به، حتى لا يكون متعارضا مع الشرع. و يكون إثبات يوم الطلاق الفعلي واقعا على الزوج كونه المدعي بنفي النسب، و الأصل ثبوت نسب المولود لفرأشه مباشرة، و زوجته فراش إلى طلاقها.

2- وجوب حصر المقصود بالطرق العلمية المنصوص عليها بالمادة 40 فقرة (2) في البصمة الوراثية، كونها البينة القطعية التي تؤكد ثبوت النسب من عدمه. كذلك يجب على المشرع أن ينص على تقييد اللجوء إليها بالضابطين الشرعيين: عدم اللجوء إليها للتأكد من الأنساب الثابتة، و كذا تقييدها بالفراش الصحيح، لأن الزنا لا يثبت نسبا.

3- تعديل نصوص قانون الأسرة و عدم الاكتفاء بالمادة 45 مكرر بالنسبة للتفويض الاصطناعي مع وجوب تقييده بحالة الضرورة و بيان الآثار المترتبة على الإخلال بشروطه حتى تتضح سلطة القاضي التقديرية فيه.

4- وجوب النص على أحكام اللعان خاصة ما تعلق منها بشروطه و آجاله و ذلك لخطورة الأثر المترتب عنه في مجال النسب من جهة، و كذا لاختلاف المذاهب الفقهية حول أحكامه من جهة أخرى. وهكذا لا تكون أحكام القضاة متضاربة، و لا عرضة للنقض.

5- يجب النص الصريح على رفض إحلال تحاليل البصمة الوراثية محل اللعان و الاستغناء بها عنه، لكن قبول الأخذ بها كدليل مكمل للعان يكون من حق الزوجة طلب اللجوء إليه - باعتبار اللعان سترا لها- و حتى لا يكون اللجوء إلى الأخير إلا عن يقين، و في ذلك تحقيق لشرط من شروطه.

6- بالنسبة لمدة الحضانة، يجب تعديل المادة 65 ق. أسرة بحيث لا يكون تمديد الحضانة موقوفا على شرط أن تكون الحاضنة أمًا، لأن استقرار المحضون يتحقق حتى مع الجدة و الخالة،

فالأولى أم و الثانية بمنزلة الأم. كما يجب تعديل نفس المادة فيما يخص شرط الزواج و حصره في غير المحرم، باعتبار الزواج بالقرب المحرم لا يسقط الحضانة.

7- فيما يخص الزواج المسقط للحضانة، يجب تعديل المادة 66 بحيث يورد المشرع الاستثناءات التي قال بها فقهاء الأحوال الشخصية و شراح قانون الأسرة، ليصبح الزواج بالأجنبي غير مسقطٍ للحضانة إذا لم يوجد حاضن بعد الحاضنة، أو لم ينازعها في الولد من له الحق في الحضانة مدة سنة، أو تراضت مع أب المحضون على بقاءه معها بزواجها.

8- وجوب النص في المادة 66 على اعتبار الزواج بغير المحرم تنازلاً إرادياً عن الحضانة باعتباره تصرفاً اختيارياً، و هذا حتى تتوحد الاجتهادات القضائية و لا يكون تسبب القاضي الحكم بناء على سلطته التقديرية معرضاً للنقض.

9- وجوب تعديل المادة 72 ق. أسرة بحيث يبيّن المشرع المقصود ببقاء الزوجة في بيت الأب المطلق عند عدم تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن، و حصره إما بانفراد الحاضنة بالسكن فيه مع محضونها، أو إلغاء هذه الفقرة من المادة كلياً، حتى لا يعارض المشرع بأحكامه أحكام الشرع و لا يتجاوز حدودها.

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

* القرآن الكريم برواية حفص.

I- المصادر:

أ- كتب الحديث و التفاسير:

- 1- الأحاديث القدسية الصحيحة، مجموعة من الكتب الستة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د ت ن.
- 2- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط 1، 1956م، ج 2.
- 3- أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمان النسائي، سنن النسائي (المجتبى من السنن)، مراجعة: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، 1406هـ - 1986م، ج 6.
- 4- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، مراجعة: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، 1987 م - 1407 هـ، ج 3.
- 5- سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود (الجامع الصحيح)، د م ن، د ت ن، ج 2.

ب- مصادر الفقه الإسلامي:

- 1- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1415هـ - 1994م، ج 4.
- 2- أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبطه و صححه ووضع حواشيه عمر زكريا عميرت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ - 1995م، ج 3.
- 3- أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة، المسمى خلاصة المختصر و نقاوة المعتصر، دراسة و تحقيق د. أمجد رشيد محمد علي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، 1421هـ - 2007م.
- 4- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنائز الدقائق، د م ن، د ت ن، ج 4.

- 5- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن الشيخ أبو بكر ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه و قدمه و علق عليه طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، دم ن، د ت ن، ج 4.
- 6- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 3، 1418هـ - 1998م، ج 5.
- 7- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت ن، ج 7.
- 8- علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق و تعليق علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 2003م - 1426هـ، ج 5.
- 9- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عند الإمام عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1415هـ - 1994م، ج 2.
- 10- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 6، 1402هـ - 1982م، ج 2.
- 11- محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، دراسة و تحقيق د. محمد بوينو كالن، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة قطر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1428هـ - 2007م، ج 5.
- 12- محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، طبعة دار الفكر، بيروت، ج 8.
- 13- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د ت ن، ج 2.
- 14- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ - 2003م، ج 1.
- 15- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الطلو، دار عالم الكتب، الرياض، د ن ت، ج 11.

II- المراجع:

أ- معاجم اللغة:

- 1- Petit Larousse illustré, librairie Larousse, paris, 1983.
- 2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1، د ت ن، المجلد الأول.
- 3- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1، د ت ن، المجلد 10.
- 4- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1، د ت ن، المجلد 13.
- 5- إسماعيل الجوهري، تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط 3، 1489هـ، ج 1.
- 6- منجد الطلاب، نظر فيه و وقف على ضبطه فؤاد إفرام البستاني، دار المشرق، بيروت، لبنان، ط 10، كانون الثاني 1980م.
- 7- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1407هـ - 1987م.

ب- الكتب:

- 1- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، ط 15، 2012-2013، ج 1.
- 2- أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2008.
- 3- أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب و التلقيح الاصطناعي طبقا للحقائق العلمية و الأحكام الشرعية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 1، 1433هـ - 2012م.
- 4- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة و القانون، دار القلم، الكويت، ط 1، 1403هـ - 1983م.
- 5- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج و الطلاق، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1433هـ - 2012م.
- 6- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
- 7- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، دم ن، 1988.

- 8- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 9- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004.
- 10- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004.
- 11- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 12- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 13- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1429هـ - 2008م.
- 14- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان، د ت ن، د م ن، ج 3.
- 15- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة- الخطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية، الجزء الأول: الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، 2007.
- 16- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، 2010، ج 1.
- 17- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، تعويض- نفقة- عدة- حضانة- متاع، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 18- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية (ADN)، نظام تحليل الدم (ABO)، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2010.
- 19- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ت ن.
- 20- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول: الزواج و الطلاق، دار ، النهضة العربية، بيروت، 1976.
- 21- بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات النسب أو نفيه، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2011.

- 22- بلخير سديد، الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2009.
- 23- بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2014.
- 24- جابر أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، مكتبة العلوم و الحكم، المدينة المنورة، دار الإمام مالك للكتب، الجزائر، ط 1، 1431هـ - 2010م.
- 25- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد، عمان، الأردن، ط 1، 2009.
- 26- جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 27- حبيب إبراهيم الخليبي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1992.
- 28- حسام الأحمد، البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2010.
- 29- حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها و قضاء طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط 1، 1422هـ - 2001م.
- 30- حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2007.
- 31- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1430هـ - 2009م.
- 32- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2005.
- 33- رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2011.
- 34- رمضان علي السيد الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 35- سعد الدين الهاللي، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية، مطبوعات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الكويت، ط 1، 2008.

- 36- سفيان بن عمر بورقعة، النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، (دراسة فقهية تحليلية)، دار كنوز إشبيليا، الرياض، السعودية، 1428هـ - 2007م.
- 37- سلمان نصر و سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، ط 1، 1426هـ - 2005م.
- 38- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 1432هـ - 2010م.
- 39- عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 2011.
- 40- عبد الحليم محمود موسى، الفقه الإسلامي الميسر: في العقائد و العبادات و المعاملات على المذاهب الأربعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.
- 41- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع: كتاب النكاح، كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 2003م - 1424هـ.
- 42- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، ط 1، 2009.
- 43- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989.
- 44- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء (النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأقارب)، دار الفكر العربي، دم ن، ط 1976.
- 45- عبد اللاه أحمد هلال، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 46- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1428هـ - 2007م.
- 47- عبد الله عبد الرحمان السعيد، أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية و ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م، دار الآفاق المشرقة، عمان، الأردن، ط 1، 1433هـ - 2012م.
- 48- عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 2008. عبده أحمد غالب عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1411هـ - 1991م.
- 49- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، طبعة 2010.

- 50- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 51- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط 2، 1410هـ - 1990م.
- 52- عبيد ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط 1، 1428هـ - 2007م.
- 53- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2004.
- 54- عصام أحمد البهجي، تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، ط 2006.
- 55- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ - 2003م.
- 56- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2005.
- 57- عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق، دار الضياء، طنطا، د ت ن.
- 58- فارس أبو حمزة، الموارد و الوصايا في الشريعة الإسلامية فقها و عملا، دار إجا للنشر، د م ن، ط 3، 2003.
- 59- مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 60- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
- 61- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن.
- 62- محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 63- محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 64- محمد الخشت، فقه النساء على ضوء المذاهب الأربعة و الاجتهادات الفقهية المعاصرة، دار الكتاب العربي، دمشق - دار الأدب الإسلامي، القاهرة، ط 1، 1414هـ - 1994م.
- 65- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، قرطاج، تونس، ط 1، جانفي 1978.

- 66- محمد بن الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج و آثاره، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د م ن، د ت ن، المجلد الثاني.
- 67- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- 68- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى، عين مليلة، ط 2009.
- 69- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث: نفقة الصغار، الإرضاع، الحضانة، مسكن الحضانة، رؤية الصغير، نفقة الأقارب، النسب، اللقيط، المفقود، دار محمود، د م ن، د ت ن.
- 70- محمد علي الصابوني، المواريث في ضوء الكتاب و السنة، دار الحديث، مصر، د.ت.ن.
- 71- محمد كمال الدين إمام و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 72- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 73- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2004.
- 74- محمد محده، سلسلة فقه الأسرة، الجزء الأول: الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالاجتهادات و القرارات و الأحكام القضائية، دار الشهاب، ط 2، 1994.
- 75- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 1، جمادى الثانية 1427هـ الموافق لـ جويلية 2006م، ج 1.
- 76- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 2، 1397هـ - 1977م.
- 77- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط 3، 1431هـ - 2010م.
- 78- مصطفى بن العددي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط 1، 1409هـ - 1988م.
- 79- مصطفى عبد الغني شبيرة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق و آثاره، دراسة مقارنة، منشورات جامعة سبها، د م ن، 2006.

- 80- مكي دردوس، الموجز في علم الإجرام، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، د ت ن.
- 81- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- 82- نصر فريد محمد واصل، أحكام الإيلاء و الظهار و اللعان في الإسلام، المكتبة التوفيقية، د م ن، 1420هـ - 1999م.
- 83- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2013.
- 84- وفاء معتوق حمزة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية و المالية في الفقه الإسلامي، دار القاهرة للكتاب، مصر، ط 1، 2000.
- 85- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 4، د ت ن، ج 9.
- 86- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 4، د ت ن، ج 10.

ج- الرسائل و المذكرات:

١- رسائل الدكتوراه:

- 1- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 2- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.
- 3- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2006-2007.
- 4- فضيلة عاقل، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2011-2012.
- 5- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429-1430هـ، 2008-2009م، ص 483.

٢- مذكرات الماجستير:

- 1- آمال جدع، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012.
- 2- بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة و قانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006م.
- 3- توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.
- 4- حسن بسام حسن اللحام، أحكام الأعمى في الأحوال الشخصية، الزواج و الطلاق، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة غزة الإسلامية، 1430هـ - 2009م.
- 5- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
- 6- خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر -1، 2010-2011م.
- 7- دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007-2008م.
- 8- صالح بن سليمان بن عبد الله الشقير، الطلاق و أثره في الجريمة، دراسة تحليلية تطبيقية، رسالة ماجستير في قسم العدالة الجنائية، تخصص السياسة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1421هـ - 2008م.
- 9- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2006-2007م.
- 10- صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في الفقه و أصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1426-1427هـ، 2005-2006م.
- 11- عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1433هـ - 2012م.

- 12- عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1422هـ- 2006م.
- 13- عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، الجزء الثاني، 1410هـ- 1990م.
- 14- فؤاد بوصبع، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012.
- 15- فؤاد مرشد داؤود بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير، قسم الفقه و التشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 1422هـ - 2001م.
- 16- لونس زيدان، الضمانات القضائية لحقوق الإنسان وقت السلم، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
- 17- ماهر أحمد السوسي، أحكام العدة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، بحث ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1428هـ- 2007م.
- 18- مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات و نفي النسب، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1428- 1429هـ، 2007- 2008م.
- 19- مليكة قبزيلي، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، 1424هـ- 2003م.
- 20- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة و الطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 1426- 1427هـ، 2005- 2006م.
- 21- نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008- 2009م.
- 22- نعيمة تبودشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1999- 2000.
- 23- هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص (عقود و مسؤولية)، جامعة الجزائر -1، 2011- 2012م.
- 24- وليد ميرة، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة باتنة، 2004- 2005.

٣- مذكرات الماستر:

- 1- حنان تعابني ، إثبات النسب في قانون الأسرة والاجتهادات القضائية، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2013.
- 2- خديجة نصيب، إثبات الطلاق بين النص التشريعي و التطبيق القضائي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.
- 3- راضية لكحل، زواج المسير و علاقته بالأنكحة المشابهة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013- 2014.
- 4- زينب بودخانة، الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
- 5- سارة رحايل، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
- 6- سارة قارة، التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
- 7- سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012- 2013.
- 8- صفاء مشري، التلقيح الاصطناعي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
- 9- صونية بلقاسم، الآثار المادية للطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012- 2013.
- 10- عائشة قدوري، التعويض عن حل الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2013.
- 11- عمار بوعنيقة، أحكام الخلع في التشريع الجزائري و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
- 12- عمار فرطاس، الاجتهاد القضائي في مواد النفقة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.
- 13- فتحي زوامبي، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، مذكرة ماستر، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، دفعة 2012- 2014.

- 14- لطيفة زاطلي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في قانون الأسرة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.
- 15- لطيفة مضوي، أثر الإثبات بالوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014.
- 16- ليندة جغادر، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.
- 17- محمد سعد عيسوس، الطبيعة القانونية لحكم الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2013.
- 18- مريم حلومي، الزواج المدني، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.
- 19- نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.
- 20- نعيمة غرابوي، الحقوق غير المالية بين الزوجين و آليات حمايتها، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.
- 21- ياسمين بوسنة، الحماية المدنية لحقوق القصر، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، جوان 2014.

٤- مذكرات القضاء:

- 1- أسماء عيسيو، حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية و إشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004.
- 2- دلال قندوزي، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر.
- 3- لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008.
- 4- محمد شمروك، مراد مضمودي، عدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة قضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008.

د- المقالات:

- 1- إلهام بوثلجي، هكذا سيتم زرع الأجنة و انتقاء الجنس ممنوع، جريد الشروق اليومي، صادرة يوم الخميس 14 ماي 2015 الموافق لـ 25 رجب 1436هـ، عدد 4736.
- 2- زكية تشوار حميدو، حق المطلقة في السكن بين النقص التشريعي و الواقع الاجتماعي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة السلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ جويلية 2004م، عدد 9.
- 3- زياد محمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة الإسلامية، د م ن، د ت ن، عدد 26، ج 2.
- 4- سعاد سطحي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، دار الهدى، عين مليلة، رمضان 1425 هـ - نوفمبر 2004م، عدد 17.
- 5- عبد القادر بن داود، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري، الإشكاليات و حلها، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة السلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ جويلية 2004م، عدد 9.
- 6- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د ت ن، عدد 3.
- 7- علي محي الدين القرّة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 17، عدد 16، 1424 هـ - 2003م.
- 8- عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، عدد تجريبي، أفريل 2004.
- 9- فريدة محمدي زاوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية عدد (02)، 2000.
- 10- كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة السلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، جمادى الأولى 1425 هـ الموافق لـ جويلية 2004م، عدد 9.
- 11- مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي و القانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، تلمسان، 2006.

- 12- مصلح بن عبد النجار، البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة 17، العدد 65، 1425هـ.
- 13- محمد راتب النابلسي، هذه هي حالات التلقيح الاصطناعي المحرمة في الإسلام، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الجمعة 08 ماي 2015م، الموافق لـ 19 رجب 1436هـ، العدد 4731.
- 14- نادية سليمان، فوضى بنوك النسل تشجع اختلاط الأنساب في الجزائر، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الثلاثاء 28 أبريل 2015م، الموافق لـ 09 رجب 1436هـ، العدد 4721.
- 15- وهيبة سليمان، حقوقيون يطالبون بإعادة النظر في المادة 40 من قانون الأسرة، جريدة الشروق اليومي، صادرة يوم الثلاثاء 30 ديسمبر 2014م، الموافق لـ 04 ربيع الأول 1436هـ، عدد 4602.

هـ- المحاضرات و الملتقيات:

- 1- ضيف عبد الحميد كيفاجي، مقاصد الشريعة في عقد الزواج، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أحوال الشخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014-2015، (غير منشورة).
- 2- عبد الله صافي، أحكام الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية حقوق، فرع قانون خاص، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012، (غير منشورة).
- 3- علي بودفع، الجرائم الواقعة على الأسرة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2013-2014، (غير منشورة).
- 4- مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010.
- 5- منصور رحمان، عقد الزواج، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2013-2014، (غير منشورة).
- 6- نظيرة عتيق، النفقة و الحضانة، محاضرات أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013-2014.
- 7- نظيرة عتيق، صندوق النفقة، ما له و ما عليه، دراسة نقدية تقويمية، مداخلة مقدمة خلال يوم دراسي حول صندوق النفقة، بعنوان: صندوق النفقة، الواقع و الآفاق، منظم بجامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 03 مارس 2015.
- 8- المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، الدورة الثالثة المنعقدة بعمان، الأردن، من 8 إلى 13 صفر 1407هـ الموافق لـ 11 إلى 16 أكتوبر 1986م.

9- مجمع الفقه الإسلامي، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، الدورة المنعقدة بمكة المكرمة من 28 ربيع الثاني إلى 01 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 19 إلى 28 جانفي 1985م.

و- النصوص القانونية:

- 1- المرسوم الرئاسي 94- 438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، متضمن الدستور الجزائري، جريدة رسمية صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، عدد 76. معدل و متمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 جريدة رسمية رقم 25 مؤرخة في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 جريدة رسمية رقم 63 مؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- 2- الأمر 66- 156، المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، ص 702. المعدل و المتمم بالقانون 06- 23 المؤرخ في 23 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 84، ص 11، و القانون 14- 01 المؤرخ في 14 فبراير 2014، جريدة رسمية عدد 7، ص 04.
- 3- الأمر 70- 20 المؤرخ في 30 ذي القعدة 1389 هـ، الموافق لـ 6 فبراير 1970م، جريدة رسمية مؤرخة في 21 ذي الحجة 1389 هـ، عدد 21.
- 4- الأمر 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية صادرة يوم الثلاثاء 24 رمضان 1395 هـ، عدد 78، ص 990.
- 5- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية مؤرخة في 12 رمضان 1404 هـ، عدد 24، ص 910.
- 6- القانون 85- 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتضمن قانون الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون رقم 98- 09 المؤرخ في 19 أغسطس 1998، جريدة رسمية عدد 61، ص 176.
- 7- الأمر 05- 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 م يعدل و يتمم القانون 84- 11، جريدة رسمية عدد 15، ص 18.
- 8- القانون 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008.

9- قانون رقم 15- 01 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436هـ الموافق لـ 04 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، جريدة رسمية صادرة بتاريخ 16 ربيع الأول 1436هـ الموافق لـ 07 يناير 2015، عدد 1، ص 07.

10- القانون رقم 03- 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 1- 04- 22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004، الجريدة الرسمية رقم 5184، صادرة يوم الخميس 05 فبراير 2004.

ز- المجالات القضائية:

- 1- نشرة القضاة عدد خاص.
- 2- نشرة القضاة عدد (56)، عدد (59).
- 3- مجلة قضائية عدد خاص، 2001.
- 4- مجلة قضائية 1989 عدد (01)، عدد (02)، عدد (03).
- 5- مجلة قضائية 1990 عدد (01)، عدد (02)، عدد (03)، عدد (04).
- 6- مجلة قضائية 1991 عدد (02)، عدد (03)، عدد (04).
- 7- مجلة قضائية 1992 عدد (01)، عدد (02)، عدد (04).
- 8- مجلة قضائية 1993 عدد (01)، عدد (02).
- 9- مجلة قضائية 1994 عدد (02)، عدد (03).
- 10- مجلة قضائية 1995 عدد (02)، عدد (01).
- 11- مجلة قضائية 1997 عدد (02)، عدد (01).
- 12- مجلة قضائية 1999 عدد (01)، عدد (04).
- 13- مجلة قضائية 2000 عدد (01)، عدد (02).
- 14- مجلة قضائية 2004 عدد (01)، عدد (02).
- 15- مجلة قضائية 2005 عدد (01).
- 16- مجلة المحكمة العليا 2007 عدد (01).
- 17- مجلة المحكمة العليا 2009 عدد (02).
- 18- مجلة المحكمة العليا 2010 عدد (02).

د- المواقع الالكترونية:

1- علي سنوسي، تحديد النسب بالبصمة الوراثية، مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب: دراسة تأصيلية قانونية، مجلة عود الند الثقافية الشهرية. عن موقع:

<http://www.oudnad.net/spip.php?article742>

2- الحماية القانونية للحياة الخاصة، صحيفة الوسط البحرينية، صادرة يوم السبت 22 أكتوبر 2008 الموافق لـ 23 ذي القعدة 1429هـ، عدد 2269. عن موقع:

[html//www.alwasatnews.com/2269/news/read/25151/1](http://www.alwasatnews.com/2269/news/read/25151/1)

3- أ. مجمع الفقه الإسلامي، القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الاصطناعي و طفل الأنابيب، الدورة السابعة، المنعقدة بمكة المكرمة، من 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404هـ الموافق لـ 19 جانفي 1984.

3- ب. مجمع الفقه الإسلامي، القرار السادس المتعلق بالتلقيح الاصطناعي و طفل الأنابيب، الدورة الثامنة، المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، من 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى الأولى 1405هـ الموافق لـ 19-28 جانفي 1985م.

عن موقع:

[html//www.islamiweb.net/fatwa/index.php?showfatwa&option=fatwald&id=5995](http://www.islamiweb.net/fatwa/index.php?showfatwa&option=fatwald&id=5995)

4- مشروع القانون المتضمن إنشاء صندوق النفقة. عن موقع:

<http://www.facebook.com/groups/elakareya/> مجموعة الاستشارات العقارية.

5- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة، منعقدة بمكة المكرمة في المدة ما بين 5 إلى 10 جانفي 2002. عن موقع: اسألوا أهل الذكر.

<http://www.islamonline.net>

6- يوسف القرضاوي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل. عن موقع: فاسألوا أهل الذكر.

<http://www.islamonline.net>

7- د. مازن إسماعيل هنية و د. أحمد ذياب شويح، نفي النسب في الفقه الإسلامي و دور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد السادس عشر، العدد 2، ص 21. عن موقع:

<http://www.iugaza.edu.ps/ara/research/ISSN1726-6807>

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع:
أ	مقدمة
5	الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النسب
7	المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل إثبات النسب
7	المطلب الأول: تقدير القاضي للطرق الشرعية لثبوت النسب
8	الفرع الأول: تقدير القاضي للأسباب المنشأة للنسب
9	أولاً: ثبوت النسب بالزواج الصحيح
15	ثانياً: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح
18	الفرع الثاني: تقدير القاضي للأسباب الكاشفة للنسب
19	أولاً: الإقرار
23	ثانياً: البينة
27	المطلب الثاني: تقدير القاضي للطرق العلمية البيولوجية الحديثة لثبوت النسب
28	الفرع الأول: تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق البصمة الوراثية
29	أولاً: حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب
31	ثانياً: عوائق اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال النسب
35	ثالثاً: تقدير القاضي لنتائج البصمة الوراثية
36	الفرع الثاني: تقدير القاضي لثبوت النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي
37	أولاً: مفهوم التلقيح الاصطناعي و أشكاله
38	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي
43	ثالثاً: تقدير القاضي لثبوت نسب ولد التلقيح الاصطناعي
47	المبحث الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل نفي النسب
48	المطلب الأول: تقدير القاضي للطرق الشرعية لنفي النسب
49	الفرع الأول: أحكام اللعان
49	أولاً: المقصود باللعان
51	ثانياً: شروط اللعان

55	ثالثا: أسباب اللجوء إلى اللعان
59	الفرع الثاني: إجراءات اللعان و آثاره
59	أولا: إجراءات اللعان
65	ثانيا: آثار اللعان
68	المطلب الثاني: تقدير القاضي لانتفاء النسب بالطرق العلمية
69	الفرع الأول: مدى جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية في مجال نفي النسب
70	أولا: الاستغناء بالبصمة الوراثية عن اللعان
71	ثانيا: عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان
73	ثالثا: موقف المشرع و القضاء من نفي النسب بالبصمة الوراثية
75	الفرع الثاني: الاستفادة من البصمة الوراثية حال اللعان
75	أولا: صور الاستفادة من البصمة الوراثية في نفي النسب
78	ثانيا: صاحب الحق في إجراء تحليل البصمة الوراثية
81	الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الحضانة
83	المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في إسناد الحضانة و سقوطها
84	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة
84	الفرع الأول: تقدير القاضي لإسناد الحضانة
85	أولا: شروط الحضانة
90	ثانيا: ترتيب مستحقي الحضانة
94	الفرع الثاني: تقدير القاضي لحق الزيارة
95	أولا: المقصود بحق الزيارة
96	ثانيا: تنظيم حق الزيارة
100	المطلب الثاني: تقدير القاضي للأسباب المسقطه للحضانة
100	الفرع الأول: تقدير القاضي لإسقاط الحضانة
101	أولا: إسقاط الحضانة لاختلال شروط الأهلية
105	ثانيا: السكن مع الأجنبي
107	ثالثا: سقوط الحضانة لانقضاء مدتها

109	الفرع الثاني: تقدير القاضي للتنازل عن الحضانة
110	أولاً: التنازل الصريح عن الحضانة
112	ثانياً: التنازل الضمني عن الحضانة
118	المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الحقوق المالية المرتبطة بالحضانة
119	المطلب الأول: تقدير القاضي للحق في المسكن أو أجرته
119	الفرع الأول: تقدير القاضي للحق في السكن
122	أولاً: المقصود بالسكن
124	ثانياً: شروط تمتع الحاضنة بحق المسكن و سقوطه
128	ثالثاً: تقدير القاضي لاستحقاق مسكن الحضانة
130	الفرع الثاني: تقدير القاضي للحق في بدل الإيجار
131	أولاً: صاحب الحق في بدل الإيجار
132	ثانياً: تقدير القاضي لأجرة المسكن
133	ثالثاً: معايير تقدير بدل الإيجار
135	المطلب الثاني: تقدير القاضي لنفقة المحضون
136	الفرع الأول: المقصود بالنفقة و المكلف بها
137	أولاً: المقصود بالنفقة
138	ثانياً: المكلف بأداء نفقة المحضون
142	ثالثاً: شروط استحقاق النفقة
146	الفرع الثاني: تقدير القاضي لقيمة النفقة و مراجعتها
146	أولاً: أساس تقدير قيمة نفقة المحضون
148	ثانياً: مراجعة القاضي لنفقة المحضون
150	خاتمة
155	قائمة المصادر و المراجع
173	فهرس المحتويات

تَهْ يَحْمَدُ اللّٰهَ.