

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن

الموضوع

مصلحة الطفل في قانون الأسرة  
الجزائري

تحت إشرافه  
الأستاذة هجيرة دنونى

إعداد الطالبة  
بن محمدان نسرين إيناس

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة وهران	أستاذة التعليم العالي	الأستاذة مليكة بولنوار
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	الأستاذة هجيرة دنونى
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة	الأستاذة يوسف فتيحة

السنة الجامعية 2009/2008

# شكر خاص

إلى أستاذتي الدكتورة هجيرة دنونى التي ساعدتني في إنجاز هذا البحث وذلك بنصائحها القيمة ومتابعتها المستمرة لي.

إلى الأستاذة الدكتورة مليكة بولنوار التي قبلت ترأس لجنة المناقشة.

إلى الأستاذة يوسف فتية لقبولها مناقشة هذا البحث.

إلى كل من ساعدني بكيفية أو بأخرى على إنجاز هذا البحث المتواضع.

# إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

- زوجي العزيز الذي شجعني طوال مدة إنجاز هذا البحث.

- إلى عائلتي و عائلة زوجي كبيرا و صغيرا.

- إلى كل أطفال الجزائر.

المقدمة

للطفل كمخلوق بشري ضعيف، حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تعمل هيئات المجتمع والدولة على صيانتها و ضمان تمتع الطفل بها.<sup>1</sup>

فأهم حق يثبت له، و الذي تم الإجماع عليه من طرف جميع واضعي القوانين، هو أن تكون له أسرة<sup>2</sup>، باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل و يتفاعل مع أعضائها، و كذا المؤثر المباشر في التكوين الحسن و النفسي للطفل، و من تم يشكل توجهاته و ملكاته في مستقبل حياته إيجاباً أو سلباً.<sup>3</sup>

فإذا ثبت للطفل هذا الحق، و وقع على عاتق والديه واجب رعايته و المحافظة عليه معنوياً و مادياً، كما يجب عليهم المحافظة على تماسك الأسرة التي لا بد من وجودها في حياة الطفل، إذ تنص المادة 56 من الدستور الجزائري: " يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم و رعايتهم". غير أن التماسك و الأنا و المودة و الرحمة و التفاهم، الذين هم دعامة الرابطة الزوجية ليست بالأمر الهين. فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة و تؤدي إلى التنافر، فتنتفي الغاية الموجودة من الزواج.

فحتى لا تصبح الحياة مستحيلة و حتى لا يهضم حق طرف على حساب آخر أباح الإسلام الطلاق مع أنه اعتبره أبغض الحلال إلى الله، و ذلك لضرورة قاهرة و إلى ظروف استثنائية ملحة، و التي تجعله دواء و علاجاً للتخلص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها. و من أهم و أبرز النتائج المترتبة عن الطلاق، مصير الأطفال، و من يكفلهم و كيف نحافظ عليهم؟

فكان الإسلام أول من نادى بحقوق الأولاد.<sup>4</sup> فوضع أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم و تكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث اتخذها العلماء أساساً لوضع نصوص تشريعية تثبت

<sup>1</sup> - أنظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص.10.  
<sup>2</sup> - تنص المادة 2 قأح على أن: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة".  
<sup>3</sup> - أنظر، محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، المؤتمر القومي حول مشروع اتفاقية حقوق الطفل، الإسكندرية، 1988، ص.9.  
<sup>4</sup> - أنظر، الشيخ محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام و إعلان الأمم المتحدة، دار الكتب الحديثة، 1960، ص.08.

نسبهم و تدبر رضاعتهم و حضانتهم، و الإنفاق عليهم، و إدارة شؤونهم. و قد أراد المشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع.

و قد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعدد من الأحكام تتعلق بمصير الولد و حمايته، و تطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض. فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل<sup>5</sup> في مادتها الثالثة جميع الدول و المؤسسات و الهيئات التشريعية و القضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال.

و تعتبر الجزائر من الدول التي تولي اهتماما كبيرا بمصلحة الطفل، و ذلك سواء من خلال مصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل، أو عن طريق قيام المشرع بتنظيم المسائل المتعلقة بحماية حقوق الطفل المالية و الشخصية. فهنا السؤال الذي يتبادر إلى ذهننا هو هل أن المشرع منح بمقتضى نصوصه جميع الضمانات القانونية للطفل؟

فالحماية القانونية للطفل في تشريع الأسرة الجزائري تندرج ضمن معيار واحد يتناول كل أوجه الحماية و يعالجها، و المتمثل في مصلحة الطفل، المصلحة التي تتجلى كنزعة فطرية لدى الإنسان و من تم الطفل. و رغم ذلك فإن التشريعات المعاصرة لا تجمع حول مفهوم لها و لا حول مقاييسها. فباختبار الطفل كائن صغير، فهو لا يعرف مصلحته، فمراعاتها هي من واجب و مهمة الآباء، إلا أنه قد تتعارض مصلحة هؤلاء بمصلحة الطفل، فتحول إلى أشخاص آخريين. و هنا يتدخل

<sup>5</sup>- الجزائر صادقت على هذه الاتفاقية بتاريخ 92/12/19 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 مع التصريحات التفسيرية، ج ر رقم 92/91، وجاءت التصريحات التفسيرية كما يلي:

- تستفسر الحكومة الجزائرية المادة 14 الفقرة 1 و 2 بمراعاة الركائز الأساسية للنظام القانوني الجزائري و بالأخص: الدستور الذي في مادته 2 على أن الإسلام دين الدولة. وفي مادته 35 على أنه لا مساس بحرية المعتقد و حرمة حرية الرأي. و القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9/01/1984 المتضمن لقانون الأسرة الذي ينص على تربية الطفل تتم وفقا لدين أبيه.
- المواد 13، 16، 17 سيتم تطبيقها مع مراعاة مصلحة الطفل و ضرورة الحفاظ على سلامته الجسمية و العقلية في هذا الإطار، فإن الحكومة الجزائرية ستفسر أحكام هذه المواد مع مراعاة: أحكام قانون العقوبات لاسيما الفصول المتعلقة بالمخالفات للنظام العام، الآداب العامة، تحريض الأحداث على الفساد و الدعارة. أحكام القانون رقم 90-04 المؤرخ في 3/04/1990 المتضمن لقانون الإعلام و لا سيما المادة 24 التي تنص على أنه: " يجب على مدير النشرة المخصصة للأطفال أن يستعين بهيئة تربوية استشارية"، المادة 26 من نفس القانون التي تنص على أنه: " يجب ألا تشمل النشرة الدورية و المتخصصة الوطنية و الأجنبية كيفما كان نوعها و مقصدها على كل ما يخالف الخلق الإسلامي و القيم الوطنية، و حقوق الإنسان أو يدعو إلى العنصرية و التعصب و الخيانة". كما يجب ألا تشمل هذه النشريات على أي إشهار أو إعلان من شأنه أن يشجع العنف و الجنوح. أنظر، د.مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ط 2004، ص. 263.

القاضي في تقدير هذه المصلحة، و التي تتغير بحسب كل حالة على حدى، فمفهوم المصلحة نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان و الحالات الخاصة.

فأمام صعوبة إعطاء مفهوم لمصلحة الطفل و تحديد ضوابطها، إذ يقول الأستاذ مارك دويني أن إعطاء تعريف لمصلحة الطفل صعب، و تبريره في ذلك أن الأمر يتعلق بمادة في صلة ضيقة مع الحياة، و الحياة المكونة من فوارق و نسبية لا تتكيف مع إطار مرسوم مسبقاً.<sup>6</sup> فالمشرع قد فتح المجال لقاضي الأحوال الشخصية أن يتدخل و يلتمس الحلول في الأخذ بالأيسر سواء من نصوص الشريعة الإسلامية إذ نص في المادة 222 قأج<sup>7</sup> على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية." أو مراعي ما جاء في المعاهدات الدولية سواء كانت متعددة الأطراف أو ثنائية كالاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا بخصوص حق الحضانة و حق الزيارة.<sup>8</sup>

و أمام هذا الفراغ التشريعي في تحديد مفهوم المصلحة، فالفضل الكامل يرجع لقاضي الأحوال الشخصية، الذي يسعى باحثاً عن أفضل الحلول و التي تتماشى مع الفكرة التي ينادي بها الجميع و هي مصلحة الطفل العليا . و التساؤل الواجب طرحه هنا هو ما هي المعايير التي وضعتها كل من الشريعة الإسلامية و كذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 و التي يمكن للقاضي الرجوع إليها كلما أحاله المشرع لذلك؟

و من ثم يظهر لنا أن تكريس مبدأ مصلحة الطفل في القانون الجزائري يرتكز على التعاون بين كل من المشرع الذي يضع نصوصاً قانونية عامة و مجردة، و بين القاضي الذي يفسرها و يفصل حسب كل حالة على حدة من خلال الدعاوى المرفوعة أمامه، مراعي في ذلك تطور المجتمع، و

<sup>6</sup> - « si l'intérêt de l'enfant est difficile à définir, c'est parce qu'il s'agit d'une matière en contact étroit avec la vie, or la vie faites de nuances et de relativité s'adapte mal à un cadre préétabli. » cf, M. Donnier, l'intérêt de l'enfant, recueil, Dalloz, p.180..

<sup>7</sup> - أنظر، القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 9 فبراير 1984، منقحة بالتعديل الذي أدخل عليه بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 8 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

<sup>8</sup> - اتفاقية بين الجزائر و فرنسا المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 جوان 1988، ج.ر رقم 28 و رقم 30، سنة 1988.

ساعيا دائما إلى تحقيق ما هو أفضل للطفل. فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل، و يخول له مهمة تحديد ما تشتمل عليه من الناحية العملية.

و رغم ما يعاينه موضوع مصلحة الطفل من قلة المراجع و نقص الدراسات المتخصصة والبحوث العلمية الجامعية في هذا المجال. انصب اختيارنا عليه، و هذا نظرا للاهتمام البالغ الذي اكتسبه هذا المبدأ سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الوطني.

و الشيء الذي دفع بنا إلى معالجة هذا الموضوع من خلال قانون الأسرة الجزائري، يرجع لأهمية الأسرة في حياة الطفل، كما سبق ذكره.

هذا إضافة إلى أنه كما عبر عليه العميد كاربونيني، فإن مبدأ مصلحة الطفل دخل في قانون الأسرة بصفة سحرية.

« dans un droit de la famille devenu pédocentrique, la notion de l'intérêt de l'enfant fait figure de formule magique. »<sup>9</sup>

فسحر هذا المفهوم يكمن في سره، و سره هذا محل انشغال و اهتمام كل من المشرع و الفقه والقضاء.<sup>10</sup>

و قد حصرنا بحثنا في مسألتين حساستين، تتجلى من خلالهما مصلحة الطفل ألا و هي مسألة النسب ومسألة الحضانة.

فارتأينا معالجة مسألة النسب باعتباره من أهم الحقوق و أولها التي يتمتع بها الطفل، و الذي ترتب عليه جميع الحقوق الأخرى من رعاية، حضانة و ميراث... إلخ. و إن كان هذا الحق من أبسط الحقوق التي يتمتع بها الأطفال، إلا أنه قد يمتنع عن بعضهم بسبب عدم تحمل الأولياء لمسئولياتهم تجاه أولادهم لأنه و ببساطة، وجودهم ناتج عن دقائق شهوة و طيش شباب أو غريزة شيطانية، الأمر الذي خلف حسب إحصائيات أوردتها وزير التضامن الوطني جمال ولد عباس ما يتراوح ما بين 1100 و 12000 مولود غير شرعي سنويا دون حساب الولادات غير المصرح بها، كما أكد على أن هذه

<sup>9</sup> - Cf, J.Carbonnier, droit civil,t2,la famille, les incapacités, édit, thémis, 1980, p.37.

<sup>10</sup> - أنظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية الأسرية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2001/2004 ص.37.

الظاهرة تضاعفت بشكل مطرد خلال مرحلة سنوات الجمر في الجزائر، و أن عددا من هؤلاء الأطفال من صلب إرهابيين مجهولين<sup>11</sup>. فهذا ما أدى بنا إلى معالجة هذا الموضوع محاولين إيضاح المعايير التي يستند إليها من أجل تحقيق مصلحة هؤلاء الأطفال.

أما اختيارنا لموضوع الحضانة، كان نظرا لحساسيته و شدة ارتباطه بحياة الطفل في الأسرة، خاصة إذا حصل تصدع لها بالطلاق الذي غالبا ما يذهب ضحيته الأطفال. و من المؤسف أن قضايا الطلاق هي القضايا الأكثر تداولاً على محاكمنا، ومنها المسائل المتعلقة بالحضانة باعتبارها مسائل تبعية لدعاوى الطلاق. فقد أثبتت الإحصائيات أنه في سنة 2007 تم تسجيل 35 ألف حالة طلاق في الجزائر، بعدما كانت لا تتجاوز 5600 حالة سنة 2003.<sup>12</sup>

كما سجلت أيضا في 16 أبريل 2008 14 ألف حالة طلاق خلال 3 أشهر، أي بمعدل 5 آلاف حالة طلاق كل شهر.<sup>13</sup>

كما أن الشيء الذي لفت انتباهنا، و دفع بنا إلى معالجة هذا الموضوع هو أن المشرع علق معظم الأحكام الخاصة بالحضانة من حيث إسنادها أو إسقاطها على مبدأ مصلحة المحضون، فمن هنا يتجلى لنا تأثير المشرع و تبنيه لهذا المبدأ الذي يشغل الكثير من رجال القانون و الباحثين صراحة في نصوصه.

و بالتالي، فإن أحكام الحضانة كلها اجتهادية، و من خلالها يظهر لنا دور القاضي في تقدير هذه المصلحة التي اكتفى المشرع بالنص عليها دون تحديد مفهومها.

و على هذا الأساس، تدور تساؤلات الموضوع حول: أسس مصلحة الطفل، و كيف تم

تكريسها من قبل كل من المشرع و القاضي الجزائري؟

و في هذا السياق ستكون معالجتنا لهذا الموضوع جامعة بين منهجيتين لها تلتقيان تناسقا،

إحدهما ذات طابع نظري نحاول من خلالها تحديد طبيعة مصلحة الطفل من خلال المعايير التي

<sup>11</sup> - www.chihab.net.

<sup>12</sup> - www.alfajrnews.net

<sup>13</sup> - www.elaph.com

جاءت بها كل من أحكام الشريعة الإسلامية و كذا اتفاقية حقوق الطفل، باعتبارهما مرجعان للقاضي. و الثانية ذات طابع تطبيقي، نبين من خلالها كيف تم تكريس هذه المصلحة على أرض الواقع من خلال القوانين التي وضعها المشرع، و كذا من خلال طريقة تجسيدها من طرف القاضي. علما أن المنهج المعتمد فضلا عن ذلك هو الدراسة التحليلية الوصفية، و هو ما يتجلى في فصلين:

الفصل الأول: تحديد طبيعة مصلحة الطفل.

الفصل الثاني: مجالات مصلحة الطفل ( النسب و الحضانة).

# الفصل الأول

إن المعمول به حاليا هو أن: " قانون اليوم دولة أمراؤها الأطفال."<sup>14</sup>

لدى حضبي مفهوم الطفل عناية الفقه و التشريع و القضاء، و أجمع كلهم على اعتبار مصلحة الطفل والعمل بها.

فقد أقبل الفقه على الإتيان بمصلحة الطفل، لما يكتنف من أهمية في حياة الأسرة و المجتمع، إذ يرى الأستاذ أبو بكر الجزائري بأنه: " من واجب القضاة أن يراعوا دائما في باب الحضانة مصلحة الطفل فقط.....دون الالتفات إلى أي اعتبار آخر...."<sup>15</sup>

وحسب الأستاذ فروق المشتري فإنه في إطار الأسرة الحديثة مصطلح الطفل قد أخذ مكانة هامة جدا<sup>16</sup>.

وقد سبق هؤلاء الإسلام الذي أحاط الطفل بعناية كبرى وجعل من مصلحته أساس كل الأحكام المتعلقة به، فقد كرم الله عز و جل بني آدم، و فضل الأطفال تفضيلا لقوله تعالى: " و لقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر و البحر، و رزقناهم من الطيبات، و فضلناهم في كثير ممن خلقنا تفضيلا....."<sup>17</sup>

و إذا كان الأمر هكذا بالنسبة للفقه، فإن الأمر بالنسبة للتشريع الوطني لا يختلف عنه، و إن لم يعطي المشرع الجزائري في قانون الأسرة مفهوما للمصلحة، إلا أنه أدلى بها في عدة مواد، خصص أكثر من نصفها للطفل.

كما قد تم الاهتمام بالطفل على المستوى الدولي، و أحسن دليل هو الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 و التي عبرت عن المصلحة العليا للطفل « l'intérêt supérieur de l'enfant. »

<sup>14</sup> - " le droit d'aujourd'hui est la cité qui a pour princes les enfants. » cf. J Carbonnier , droit civil, t1,introduction, les personnes, édit, Thémis, 1984, p.36.

<sup>15</sup> - أبو بكر الجزائري، مناهج المسلم، (د.م.ط)، 1981، ص.430.

<sup>16</sup> - "dans le cadre du resserrement de la famille sur l'enfant qui caractérise la famille moderne, une notion non totalement ignorée auparavant, a pris une importance considérable à savoir celle de l'intérêt de l'enfant. »

أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص.33.

<sup>17</sup> - سورة الإسراء، الآية 70.

أما الاجتهاد القضائي ظل و بقي مفهوم مصلحة الطفل شغله الشاغل، لأنه لا بد عليه تكريسه في الواقع إعمالا لما جاءت به النصوص القانونية.

وأمام كل هذا، فإنه بالرغم من إعطاء أهمية كبيرة لمصلحة الطفل، إلا أنه لم يقدم لها أي تعريف ولم يحدد لها أي معيار.

فأمام هذا الفراغ، و باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، و أن الجزائر من الدول التي صادقت على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، سيتم محاولة حصر و تحديد مصلحة الطفل من خلال معايير المصلحة التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية، و من خلال ما نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل و هذا ما سيتعرض إليه في المبحث الثاني. إلا أنه قبل كل هذا لا بد من معرفة من هو هذا الكائن الذي تثبت له هذه الحماية، و في أي مرحلة عمرية نستطيع أن نقرر أن الشخص طفلا، و هذا ما سوف يعالج من خلال المبحث الأول.

## المبحث الأول: الطفل صاحب المصلحة

إن تحديد مفهوم الطفل من الأمور البالغة الأهمية عند الحديث عن مصلحته، لأنه عن طريق تحديد هذا المفهوم يمكن الوقوف أمام صورة واضحة المعالم لهذا الكائن الحي الذي تمنح له هذه الحقوق وتلك الضمانات التي تحمي هذه الحقوق من العبث و التعدي<sup>18</sup> تحقيقاً لمصلحته. و هذا ما سيبين من خلال المطلب الأول. كما أنه يطرح التساؤل عن بداية الشخصية القانونية للطفل، أي متى يعتبر هذا الكائن البشري طفلاً في نظر القانون؟ و هذا ما سيوضح من خلال المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مفهوم الطفل

إن الطفل يحتل مكانة بالغة الأهمية، فشغل الكثير من المفكرين و الفقهاء في شتى المجالات و كان مصدر عدة دراسات، و بالتالي فقد مر تحديد مفهوم الطفل بمراحل عديدة و عرف عدة مفاهيم.

### الفرع الأول: التعريف اللغوي للطفل

الطفل بكسر الطاء مع تشديدها يعني الصغير من كل شيء، عينا كان أو حدثا. فالصغير من الناس أو الدواب طفل، و الصغير من السحاب طفل، و الليل في أوله طفل، و أصل لفظه الطفل، من الطفالة و النعومة.<sup>19</sup> و الطفل إنسان في سن الطفولة.<sup>20</sup> و هو المولود ما دام ناعماً رخصاً، و الولد حتى يبلغ، قال تعالى: " ثم نخرجكم طفلاً".<sup>21</sup>

### الفرع الثاني: الطفل في علم النفس والاجتماع

تناول علماء النفس و الاجتماع مفهوم الطفل للتعرف على الجوانب النفسية المختلفة التي تحيط بالإنسان أو الكائن الحي بوجه عام خلال هذه المرحلة التي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية

<sup>18</sup> -أنظر، منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص10.

<sup>19</sup> - أنظر، ابن المنصور، لسان العرب، الطفل، ج13، مختار الصحاح، ص408، المعجم الوسيط، ج2، ص560.

<sup>20</sup> -Enfant , etre humain dans l'age de l'enfance, cf.petit Robert 1, dictionnaire,édit société du nouveau littré, paris, 1978, p.641.

<sup>21</sup> -أنظر سورة الحج، الآية5.

خاصة واهتمام كبير لكي ينمو ويكبر في إطار من الظروف الاجتماعية و النفسية الملائمة، حتى يصبح في النهاية شاب أو رجل متزن و سوي يساهم بشكل فعال و مؤثر في جوانب الحياة السياسية والاجتماعية و الثقافية و الاقتصادية لبلاده.

## أولاً: عند علماء النفس

بسط علماء النفس مرحلة الطفولة إلى مرحلة ما قبل الميلاد، أي منذ وجود الجنين في رحم الأم. لأن مرحلة التكوين في نظرهم أخطر مراحل عمره على الإطلاق. و تنتهي الطفولة عندهم ببداية مرحلة جديدة أخرى و هي مرحلة البلوغ الجنسي، التي تبدأ عند الذكور بحدوث أول قذف مع ظهور الخصائص الجنسية الثانوية، و عند الإناث بحدوث أول حيض و ظهور الخصائص الجنسية الثانوية.

## ثانياً: عند علماء الاجتماع

فمفهوم الطفل لديهم محل خلاف بينهم، حيث يرى البعض أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة الميلاد حتى الرشد، و هي تختلف من ثقافة إلى ثقافة أخرى، و من دولة إلى دولة أخرى. فقد تنتهي بالبلوغ أو الزواج، أو عن طريق تحديد الدولة لسن محددة تنتهي فيها مرحلة الطفولة. بينما يرى البعض الآخر أن مرحلة الطفولة تبدأ بالميلاد حتى بلوغ الطفل 12 عاماً. بينما يرى البعض الثالث أن مرحلة الطفولة تبدأ بالميلاد و تنتهي عند سن البلوغ.<sup>22</sup> فمما سبق ذكره، فإن علماء الاجتماع قد اتفقوا على بداية مرحلة الطفولة وهي لحظة الميلاد، و اختلفوا في تحديد نهاية هذه المرحلة. و نجد أن هؤلاء العلماء و باحثوا الاجتماع لم يسطوا مرحلة الطفولة إلى مرحلة الحمل مثلما هو الحال عند علماء النفس.

## الفرع الثالث: الطفل في الشريعة الإسلامية

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى: " **و نقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلاً**".<sup>23</sup> كما جعلت الشريعة الإسلامية من بلوغ الحلم نهاية لمرحلة الطفولة، و ذلك مصداقا لقوله تعالى: " **و إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم، كذلك يبين الله لكم آياته، و الله عليكم حكيم**".<sup>24</sup>

و علامات البلوغ عند الذكور هي الاحتلام و الإحبال، أما علامات البلوغ عند الإناث فهي الحيض و الاحتلام و الحبل.<sup>25</sup>

و إذا لم تظهر علامات البلوغ على الطفل، فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية لمرحلة الطفولة، فيقدر هذا البلوغ الطبيعي ببلوغ 15 سنة عند جمهور الفقهاء للصغير و الصغيرة على السواء، و استندوا في ذلك لحديث بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: " **عرضت على النبي صلى الله عليه و سلم يوم أحدو أنا ابن أربعة عشرة فلم يجزني، و عرضت عليه يوم الخندق و أنا ابن خمسة عشرة فأجازني**".<sup>26</sup>

و يرى أبو حنيفة بلوغ الفتى ببلوغ 18 سنة و الأنثى 17 سنة. أما ابن حزم، صاحب المذهب الظاهري فقال أن سن البلوغ للذكر و الأنثى 19 سنة. و يذهب ابن رشد، الفقيه المالكي إلى القول بأن: " **البلوغ يكون بالاحتلام و السن بلا خلاف في مقداره، فأقصاه 18 سنة و أقله 15 سنة**".<sup>27</sup> و بهذا الرأي قال الإمام الشافعي.<sup>27</sup> و من تم فإن سن البلوغ الذي اعتمده رسول الأمة الإسلامية هو سن 15 سنة و به تنتهي مرحلة الطفولة.

<sup>23</sup> - سورة الحج، الآية 5.

<sup>24</sup> - سورة النور، الآية 9.

<sup>25</sup> - أنظر، منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 24.

<sup>26</sup> - حديث صحيح رواه البخاري في صحيحه، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج7، باب غزوة الخندق، ص 453.

<sup>27</sup> - د. حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي، ط1، 2005، ص 24.

و كخلاصة لما تقدم يمكن تعريف الطفل في الفقه الإسلامي كما يلي: " الإنسان منذ لحظة  
صيورته جنينا في رحم أمه حتى البلوغ، فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ مثل الاحتلام و القذف  
والإحبال بالنسبة للذكر، أو الحيض أو الحبل بالنسبة للإناثى يظل الإنسان طفلا حتى بلوغه سن  
15 عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين.<sup>28</sup>

و من الملاحظ أن الفقه الإسلامي يمنح الجنين في رحم أمه العديد من الحقوق و يحيطه  
بسياج من الحماية، بل أنه يعطي له حقوقا تسبق إبرام عقد الزواج بين الأبوين بحيث يجب على  
الزوج حسن اختيار الزوجة لقوله صلى الله عليه و سلم: " **تخيروا لنطفكم فإن العرق  
حساس.**"

### **الفرع الرابع: التعريف القانوني للطفل**

إن الطفل محل اهتمام كبير على المستوى الدولي، مما يتطلب إعطاء تعريفه في القانون  
الدولي أولا، وبما أن محل الدراسة هو مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، فسيتم محاولة  
إعطاء تعريف للطفل في القانون الوطني.

### **أولاً: الطفل في القانون الدولي**

إن مصطلحي "طفل" و " الطفولة " قد وردا في العديد من الإعلانات و الاتفاقيات  
الدولية لحقوق الإنسان و الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، إلا أنها لم تحدد على وجه  
الدقة المقصود بمهذين التعبيرين. كذلك لم تحدد معظمهما الحد الأقصى لسن الطفل أو نهاية  
مرحلة الطفولة.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> - د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص. 19.

<sup>29</sup> - في هذا المعنى يذهب أحد الكتاب إلى القول:

<sup>1</sup> - « le droit international ne connaît pas de définition uniforme de la notion de mineur , presque chaque convention relative a ce dernier établit une ou même plusieurs limites d'âges qui sont différentes selon la nature et les exigences de la protection spéciale que la convention respective assure aux mineurs dans la matière réglée par elle . » bela vitany, la protection des mineurs dans le droit international, opu , p .361.

و ذلك بدءا من إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924 مروراً بإعلان حقوق الطفل لعام 1909، ثم العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لعام 1966.

ففي هذه الفترة، و بعبارة أخرى فإن الجماعة الدولية اهتمت بالطفل و بحاجته إلى الحماية دون البحث عن تعريف مجرد له يضع حدودا فاصلة بينه و بين الطوائف البشرية التي لا ينطبق عليها هذا الوصف.<sup>30</sup>

كما تجدر الإشارة و استثناءا مما تقدم فإن الاتفاقيات و التوصيات الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي قد حددت الحدود القصوى للسن المسموح بها لعمل الأطفال و الأحداث، و تختلف هذه الحدود من مهنة إلى أخرى و إن كانت الاتفاقية رقم 138 لسنة 1973 الصادرة عن منظمة العمل الدولية قد تضمنت توحيدا الحد الأدنى لسن العمل بالنسبة لصغار العمال في جميع القطاعات 10 سنوات، وفي الأعمال الصعبة 18 سنة.<sup>31</sup>

إلا أنه بالرغم من تحديد هاته الأعمار إلا أنها لم تعطي تعريفا دقيقا و موحداً للطفل كما جاءت به الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، كما قامت أيضا بعض الاتفاقيات الإقليمية بتعريفه.

## **1. الطفل حسب اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الصادرة عام 1989**

فتعد هذه الاتفاقية المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة الوثيقة الدولية الأولى التي تعرف بشكل واضح و صريح المقصود بمصطلح " الطفل " .

فلقد عرفت المادة الأولى من الاتفاقية الطفل بأنه: " كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه . " و طبقا لهذا النص لا بد من توافر شرطين لكي نسمي الشخص طفلا:

<sup>31</sup>- انظر حسنين المحمدي بوادي ، المرجع السابق ص.27.

**الأول:** ألا يكون قد بلغ سن الثامنة عشرة

**الثاني:** ألا يكون القانون الوطني قد حدد سنا للرشد أقل من ذلك.<sup>32</sup>

## 2. الطفل حسب الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان

من بين الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان التي أعطت تعريف للطفل هي:

### أ- ميثاق حقوق الطفل العربي لعام 1983

لقد أشار ميثاق حقوق الطفل العربي لتعريف الطفل في مقدمة الميثاق حيث نص: " أن هدف الميثاق هو تحقيق تنمية و رعاية و حماية شاملة و كاملة لكل طفل عربي من يوم مولده إلى بلوغه سن الخامسة عشرة من العمر. "

إلا أن هذا التعريف منتقد لأنه ينزل بسن الطفل عن الاتجاه الحديث سواء كان ذلك على المستوى الوطني أو الدولي.

### ب- الإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001

فجاء بتعريف الطفل في البند الأول من الأهداف العامة حيث نص على: " يجب تكريس مفهوم الحقوق للطفل حتى إتمام سن الثامنة عشرة دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو الثروة أو المولد لأي سبب آخر. "

### ج- الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و رفاهيته لعام 1990

عرفت المادة الثانية من الميثاق الطفل بأنه: " كل إنسان أقل من 18 سنة. " فهو يشبه اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، و إن كان النص الوارد في الميثاق الإفريقي يتميز بالوضوح و الدقة حيث لم يقيد سن الثامنة عشرة بالقانون الوطني كما فعلت اتفاقية حقوق الطفل.<sup>33</sup>

## ثانياً: الطفل في القانون الوطني

<sup>32</sup> - أنظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص.20.  
<sup>33</sup> - أنظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص.65

إن المشرع الجزائري لم يحدد بنص صريح معنى الطفل<sup>34</sup> إلا أن مفهومه ينبثق من عدة نصوص قانونية

حيث تنص المادة 49 قاع ج<sup>35</sup>: " يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة."

كما تنص المادة 442 قا إج: " يكون بلوغ سن الرشد الجزائري في تمام الثامنة عشرة."

فحسب قانون العقوبات فإن سن الرشد هو 18 سنة.

إلا أن المادة 40 قام ج تنص على أن: " سن الرشد هو تسعة عشرة سنة كاملة"، و هو ما

أكدت عليه المادة 4 من قانون الجنسية: " يقصد بسن الرشد في هذا المفهوم سن الرشد المدني."

كما نصت المادة 7 قانون الأسرة: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة." هذا

يعني أن الطفل هو من لم يكتمل 19 سنة.

كما نص المشرع في المادة الأولى من قانون حماية الطفولة و المراهقة على أن: "...القصر

الذين لم يكملوا الواحد و العشرون عاما، و تكون صحتهم و أخلاقهم أو تربيتهم عرضة

للخطر.....يمكن إخضاعهم لتدابير الحماية.....". مما يعني أن الطفل هو من لم يبلغ

الواحد وعشرون سنة.

و من الملاحظ أن سن الرشد في القانون الجزائري ليس واحد فهو يختلف من قانون إلى

آخر. فأى سن يأخذ بها و يعتبر الشخص فيها راشدا ؟

فهذا الإشكال يجد حله بتوقيع الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي

عرفت الطفل في مادتها الأولى. و هذا يعني أن الطفل في القانون الجزائري هو الإنسان الذي لم

يتجاوز الثامنة عشرة.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> - إنه خلافا للقانون الجزائري المشرع الفرنسي أعطى تعريفا مباشرا للقاصر في المادة 388 من القانون رقم 74-631، المؤرخ في 1974/07/05

<sup>35</sup> - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

<sup>36</sup> - أنظر، ليلي جمعي، ، حماية الطفل، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2006/2005، ص. 13.

فبعد إعطاء تعاريف مختلفة للطفل، السؤال الذي يطرح هو عن بداية الشخصية القانونية للطفل، فالملاحظ أن اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 و كذا النصوص الدولية الأخرى المتعلقة بحقوق الطفل قد أغفلت حقوق الطفل قبل الميلاد على عكس الشريعة الإسلامية التي أعطت للجنين حقوقا قبل وأثناء و بعد الحمل، فما هو الأمر بالنسبة للتشريع الجزائري؟

## المطلب الثاني: الشخصية القانونية للطفل

و للإجابة على هذا الإشكال المطروح ، و باعتبار الطفل جنينا يخرج إلى الدنيا و جبت دراسة الشخصية القانونية للطفل قبل و بعد ميلاده، إلا أنه قبل هذا لا بد من إيضاح ما المقصود بالشخصية القانونية.

## الفرع الأول: مفهوم الشخصية القانونية

### أولاً: تعريف الشخصية القانونية

إن الشخصية القانونية هي القدرة على تحمل الواجبات و التمتع بالحقوق و ممارستها، فهي مفهوم قانوني لصيق بالصفة الإنسانية يتطابق مع مفهوم أهلية الوجوب<sup>37</sup> و لا يرتبط بوجود أهلية الأداء<sup>38</sup>.

فلا يمكن الحديث عن شخص دون أن تكون له أهلية وجوب في حين يمكن أن يكون الشخص فاقد لأهلية أداء أو مقيدها.<sup>39</sup>

## ثانياً: اكتساب الشخصية القانونية

<sup>37</sup> - أهلية الوجوب: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه و هي قسمان: ناقصة و كاملة.  
- أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له فقط، كاستحقاق الجنين للإرث.  
- أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه، و هي تثبت للإنسان من ولادته إلى موته.

<sup>38</sup> - أهلية الأداء: هي صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أفعال يعتد بها شرعا، و هي أيضا قسمان: ناقصة و كاملة.  
- أهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية صدور بعض الأفعال دون البعض الآخر أو صدور أفعال يتوقف الإعتداد بها على رأي من هو أكمل منه عقلا أو أعلم بوجود النفع و الضرر كحالة الصبي المميز في العقود المالية.  
- أهلية لأداء الكاملة: هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال منه، مع الإعتداد به شرعا و عدم توقفها على رأي غيره. و هي الهلنية الثابتة للبالغ الراشد.

<sup>39</sup> - إن هذا المفهوم تطور ليواكب متطلبات الحياة الاجتماعية و الإقتصادية، فيغرار الشخصية القانونية التي تثبت للشخص الطبيعي، أصبحت تثبت للشخص المعنوي الذي هو عبارة عن تجمع أشخاص أو أموال أو مصالح يعترف به القانون و يمنحه شخصية مستقلة عن شخصية مكوناته و أعضائه و كلهم منضمين تحته.

كقاعدة عامة فإن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا، و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 01/25 قام ج على أنه: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته " .<sup>40</sup>

و بالتالي فإن بدأ الشخصية القانونية للإنسان موقف على ما يلي:

. أن تتم ولادته بانفصاله عن أمه انفصالا تاما.

. أن يتم خروجه حيا بظهور إمارة من إمارات الحياة بالبكاء، و لو لم يكن قابلا للحياة اليقينية.

هذا كقاعدة عامة لاكتساب الشخص الشخصية القانونية فما هو الأمر بالنسبة لشخصية

الطفل قبل ميلاده أي شخصية الجنين؟

## الفرع الثاني: شخصية الجنين

كاستثناء للقاعدة العامة فإنه تثبت للجنين شخصية من نوع خاص تؤهله لاكتساب بعض

الحقوق يعبر عنها بالشخصية الحكمية *la personnalité conditionnelle*.<sup>41</sup>

و هذا ما نصت عليه المادة 25 في فقرتها الثانية قام ج: " على أن الجنين يتمتع بالحقوق

المدنية بشرط أن يولد حيا."<sup>42</sup>

فتطبيقا لهذا الاستثناء فإن قانون الأسرة الجزائري فبعد تحديده لفترة الحمل المنحصرة بين ستة

أشهر كحد أدنى و عشرة أشهر كحد أقصى ( المادة 42 قأج )، فصل حقوق الجنين في المواد

173، 128، 134 و 178 و هي حقوقه في التركة والوصية. فمجملة هذه الحقوق هي احتمالية،

إذ تتوقف على حياة الجنين بعد الولادة.

و يعتبر المولود حيا حسب ما نصت عليه المادة 134 قأج إذا استهل صارخا أو بدرت منه

علامة ظاهرة بالحياة.

<sup>40</sup> أنظر، ابن الشيخ دنوني، موجز المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، منشورات دحلب، الجزائر، ط 1992، ص. 154-155

<sup>41</sup> - Cf, Nadia Ait Zai, les droits de l'enfants en Algérie, alger, juin 2005, p.9.

<sup>42</sup> - لقد اعتبر في هذا السياق المجلس الاستشاري الفرنسي لأخلاقيات علم الأحياء و الصحة في رأي أصدره في 22 مايو 1984 أن الجنين هو إنسانا محتملا *personne humaine potentielle* أو في احتمالية التشخص *potentialité de personne* يتمتع بالشخصية القانونية منذ تكوينه، شريطة أن يولد حيا، و أن يكون قابلا للحياة. و هذا ما تبنته مختلف التشريعات المدنية و جل الديانات الساموية.

ففي كل الأحوال لا بد من انتظار الولادة، فإذا ولد الطفل حيا فيكون له حقه في التركة أو الوصية، أما إذا ولد ميتا أو في حالة انقطاع الحمل بطريقة عادية فيعتبر كأنه لم يكن و لم يوجد أبدا.<sup>43</sup> هذا من الجانب المدني.

فنجد أيضا من الجانب الجنائي، فإن الجنين يحضى بحماية، فمن خلال التشريع الجنائي فإن الجزائر من الدول التي تدافع عن حق الجنين في الحياة و تجعل من الإجهاض الذي هو إسقاط الجنين قبل الأوان، حيث ينقطع الحمل بطريقة غير عادية، جريمة معاقب عليها بموجب قانون العقوبات، حيث تنص المادة 304 قاع ج: " كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، و بغرامة مالية من 500 إلى 10.000دج، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة."

و لم يقصر المشرع العقوبة على القائم بالإجهاض، بل سلط بموجب المادة 309 قاع ج العقوبة<sup>44</sup> كذلك على المرأة التي أجهضت نفسها عمدا، أو حاولت ذلك أو وافقت على الطرق التي أرشدت إليها.

إلا أن الإجهاض العلاجي *l'avortement thérapeutique* جائز في القانون الجزائري، إذا كان استمرار الحمل خطر محقق على الأم و هذا باعتبارها عماد الأسرة في حين أن الجنين لم يستقل بحياته بعد<sup>45</sup>. و هذا ما تنص عليه المادة 72 من قانون الصحة و ترقيتها<sup>46</sup>: " يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر و للحفاظ على توازنها

<sup>43</sup> - « la personnalité ou l'absence de personnalité résultant de sa vie ou de sa mort produisent leurs effets rétroactivement des sa conception et donne une solution uniforme et rationnelle aux problèmes pratiques », Nadia Ait Zai , op.cit , p.10.

<sup>44</sup> - العقوبة هي الحبس من 6 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 250 إلى 1000دج.

<sup>45</sup> - أنظر، تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق اتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، د م ج، الجزائر: ط 2001، ص. 82.

<sup>46</sup> - القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم.

الفزيولوجي و العقلي المهدد بخطر بالغ، يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي.

و لا بد أن يتم الإجهاض العلاجي وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون، و هذا ما نصت عليه المادة 33 من قانون أخلاقيات الطب.<sup>47</sup>

و في هذا الصدد تنص المادة 08 قاع ج: " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبتته ضرورة إنقاذ الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطات الإدارية." و بالتالي فبإعطاء للجنين شخصية قانونية من نوع خاص، تمكنه من التمتع ببعض حقوقه المدنية وكذا حماية حقه في الحياة، يكون المشرع الجزائري قد تأثر بالفقه الإسلامي، إلا أنه لا يعتبر الجنين طفلا.

### **الفرع الثالث: شخصية الطفل بعد الميلاد.**

فكقاعدة عامة فإن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا و بالتالي فإن الطفل بمجرد ولادته حيا تثبت له شخصيته، و تكون له الصلاحية لاكتساب الحقوق و تحمل الواجبات و ممارستها، و تتدرج هذه الصلاحية اتساعا مع تطور سنه.

فالطفل بصفته قاصر يمر بمرحلتين:

● **المرحلة الأولى:** انعدام التمييز، و التمييز لغة: هو قوة نفسية تستنبط بها المعاني، أما اصطلاحا: فهو صلاحية الفرد لممارسة بعض حقوقه و تحمل نتائج أفعاله، كأن يسأل مدنيا أو جزائيا.

فالتمييز إذن هو مناط المسؤولية التقصيرية أو العقدية، بحيث تنعدم إذا انعدم التمييز.

و الشخص المميز هو ذلك الذي تكون له القدرة على فهم ماهية الأفعال التي يقدم عليها و ما يترتب عليها من نفع و ضرر بالنسبة له أو لغيره، و هو يتمتع بإدراك كاف يمكنه من فرز الأفعال النافعة عن الأفعال المضرة بمصالحه أو مصالح غيره.<sup>48</sup>

و بالتالي فعدم التمييز وفقا للقانون الجزائري هو الشخص الذي لم يبلغ سن السادسة عشرة، فيسمى قاصرا غير مميز.

● **المرحلة الثانية:** و هي مرحلة التمييز، و هو الشخص الذي بلغ سن السادسة عشرة و لم يبلغ بعد سن التاسعة عشرة، فهو إذن قاصر مميز.

فإنه خلال هاتين المرحلتين يكون الطفل منزوعا من الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات في الحياة المدنية، و بالتالي يوضع تحت نظام التمثيل القانوني و سلطة الوالي، الذي يجب عليه تأمين الحماية على شخصه وأمواله.

و ببلوغه سن الرشد تزول هذه الرعاية، و يصبح الشخص أهلا لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه ما لم يحجر عليه لوجود سبب من أسباب الحجر.

و هذا و بعد محاولة إيضاح من هو الطفل، و متى يعتبر كذلك في نظر القانون، هذا الكائن الذي أصبحت مصلحته تهم الجميع سواء على المستوى الوطني أو الدولي كما فعلت من قبلهم الشريعة الإسلامية. فالسؤال الذي يطرح هو ما المقصود بمصلحة الطفل؟ و ما هي المعايير التي يستند إليها لتقدير هذه المصلحة؟ و هذا ما سيحاول الإجابة عليه من خلال المبحث الثاني.

## **المبحث الثاني: معايير مصلحة الطفل**

إن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة للطفل و قد نص في عدة مواد على مراعاة مصلحته، إلا أنه لم يعطي تعريف لهاته المصلحة تاركا السلطة للقاضي في تقديرها، و بالتالي فهناك فراغ قانوني يدفع بالقاضي للاجتهاد باحثا عن المعايير التي يعتمد عليها لتأسيس و تسبيب أحكامه، و

<sup>48</sup> - أنظر علي فيلالي،: المسؤولية المدنية للطفل،م ج ق إ س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 41 رقم01-2000،ص97.

إنه أمام القاضي مرجعين: أحكام الشريعة الإسلامية و هذا طبقا لما تنص عليه المادة 222 ق أ ج: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية." و كذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بعد ما صادقت عليها الجزائر.<sup>49</sup>

و عليه سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتطرق في الأول إلى معايير المصلحة في الشريعة الإسلامية في حين سيخصص المطلب الثاني لمعايير المصلحة من خلال اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

### المطلب الأول: معايير مصلحة الطفل في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية و على عكس المشرع، و مراعاة لمصالح الناس وضعت معايير تساعد القاضي و تسهل من مهمته للقضاء و الفصل بما هو أحسن وأصلح، و هذا من خلال بيانها ما المقصود بالمصلحة مع تحديد ضوابطها بصفة عامة ( الفرع الأول )، كما قد منح الإسلام الطفل عدة حقوق و هي عبارة عن مجموعة حقوق فردية و شخصية تركز على صفة حاملها بوصفه طفلا وإنسانا في حاجة إلى رعاية و عناية. فوضعت الشريعة الإسلامية للطفل أحكاما منذ أن تدب فيه الحياة، و هو ما زال في بطن أمه إلى أن يشب و يتعرع. و أثبتت الشريعة الإسلامية للطفل كأول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه النسب من والديه (الفرع الثاني). و بما أن الطفل في حاجة دائمة ومستمرة إلى التربية و القيام بحفظه و العناية بمصالحه، فقد أوجبت له الشريعة الإسلامية الحق في الحضانه ( الفرع الثالث ). هذا إلى جانب حقوق أخرى.<sup>50</sup> و بما أن مجال اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية مفتوحا و قابلا لنقاش أي مسألة يكون فيها مصلحة للطفل فقد

49 - تعتبر الاتفاقيات الدولية المصادق عليها أسمى من القوانين العادية وفق ما نصت عليه المادة 132 من دستور 1996: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسموا على القانون الوطني." مما يجعل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أسمى من كل النصوص الداخلية التي تتولى تنظيم شؤون الطفل.

50 - فهناك: حقوق قبل الولادة و هي: إختيار الأم الصالحة، توفير الرعاية و الحماية اللازمين للجنين، العقاب على الإجهاض. هذا إلى جانب الحقوق

المالية مثل الحق في الميراث الذي جعلته بأكبر النصيبين حتى تحين ولادته، كما أجاز الشرع الإسلامي الوصية للحمل المستكن. و حقوق بعد الولادة و هي: حق الطفل في الحياة، حق الطفل في الإسم الحسن، حق الرضاعة، حقه في التربية و التعليم، حقه في الميراث.

صدرت فتاوى لفقهاء الشريعة المعاصرين أقرت بعض الحقوق لم تكن ثابتة للطفل من قبل بعد تأكدها لعدم معرضتها لأحكام الشريعة الإسلامية (الفرع الرابع).

## الفرع الأول: المصلحة و ضوابطها

### أولاً: ماهية المصلحة

#### 1- تعريف المصلحة:

أ- لغة: المصلحة كالمففعة وزنا، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمففعة بمعنى النفع، أو هي اسم الواحدة من المصالح، و قد أورد لسان العرب المعنيين إذ جاء فيه: " و المصلحة، الصلاح، و المصلحة واحدة المصالح." فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب و التحصيل كإستحصال الفوائد و اللذائد أو بالدفع والالتقاء كاستبعاد المضار و الآلام، فهو جدير بأن يسمى مصلحة.<sup>51</sup>

ب- اصطلاحاً: " المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم، و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها "<sup>52</sup>.

فالمصلحة لها تعاريف مختلفة اللفظ متقاربة المعنى و المدلول:

- فقد قال الإمام الغزالي رحمه الله: " هي جلب المنفعة و دفع المضرة."<sup>53</sup>
- أما الشيخ ابن تيمية رحمه الله فقد قال: " هو أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة."<sup>54</sup>
- و قد أورد الشاطبي تعريفاً للمصلحة بقوله: " و أعني بالمصالح ما يرجع على قيام حياة الإنسان و تمام عيشه و نيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية و العقلية على الإطلاق، حتى يكون منعماً على الإطلاق."<sup>55</sup>

<sup>51</sup>- أنظر، مداخلة الأستاذ طاهر بن سلامة، النص و المصلحة www.sakhana.com

<sup>52</sup>- أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة و النشر، سوريا، 1987، ص.27.

<sup>53</sup>- أنظر، أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المنتصفى من علم الأصول، ج1، دار إحياء التراث العربي بيروت 1324هـ، ص. 286 .

<sup>54</sup>- www.islamselect.com.

<sup>55</sup>- أنظر، الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، المكتبة التجارية القاهرة، (د.ت.ط)، ص. 125.

➤ و أورد الطاهر بن عاشور تعريفا للمصلحة بقوله: " و يظهر لي أن نعرفها بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو الآحاد. " فقوله دائما فيه إشارة على المصلحة الخاصة المطردة، و قوله أو غلب فيه إشارة إلى المصلحة الراجحة في أغلب الأحوال، و قوله للجمهور أو الآحاد إشارة إلى أن المصلحة قسمان<sup>56</sup>:

● مصلحة عامة: و هي ما فيه صلاح عموم الأمة و لا الالتفات منه إلى أحوال الأفراد إلا من حيث أنهم أجزاء من مجموع الأمة، مثل طلب العلم الديني و الجهاد الذي يكون سببا في حصول قوة الأمة.

● مصلحة خاصة: و هو ما فيه نفع الآحاد باعتبار صدور الأفعال من آحادهم ليحصل بإصلاحهم صلاح المجتمع المركب منهم، مثل حفظ المال من السرف بالحجر على السفيه مدة سفهه، ففي ذلك نفع لصاحب المال ليجده عند رشده أو يجده وارثه من بعده و حفاظ على عامة مال المسلمين.

و خلاصة القول مما أوردناه من تعريفات، فإن المصالح و المفسدات إنما تفهم أو تعرف على مقتضى ما غلب: فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفا، و لذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب، و يقال: إنه مصلحة، و إذا غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه، و يقال إنه مفسدة. و هو ما عبر عنه الشاطبي بقوله: " فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتقاد، فهي المقصودة شرعا، و لتحصيلها وقع الطلب على العباد... وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر على المصلحة في حكم الاعتقاد فرفعها هو المقصود شرعا ولأجله وقع النهي..."<sup>57</sup>

## 2- خصائص المصلحة:

يمكن حصر هذه الخصائص في 3 أمور:

<sup>56</sup> - www.sakhana.com.

<sup>57</sup> - أنظر، الشاطبي، المرجع السابق، ص.126.

● **الخاصية الأولى:** أن الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة و المفسدة ليس محصورا في الدنيا وحدها، بل مكون من الدنيا و الآخرة معا.<sup>58</sup>

و هذا لارتباط فعل الإنسان بالدارين معا ارتباط السبب بالمسبب، إذ أمره الله تعالى باتخاذ الحياة الدنيا وسيلة للسعادة في الحياة الآخرة، و ذلك لقوله تعالى: " **و اتبع فيما آتاك الله الدار الآخرة.**"<sup>59</sup>

و قوله تعالى: " **و من أراد الآخرة و سعى لها سعيها و هو مؤمن فأولئك كان سعيهم مشكورا.**"<sup>60</sup> و بناء على هذا التلازم بين الدنيا و الآخرة، كان من أبرز صفات الشرائع الإلهية أنها جاءت لما فيه صلاح الناس في عاجلهم و آجلهم. أي أنها جاءت شريعة يلزم من تطبيقها حصول السعادة لهم في الدنيا و الآخرة. و لذلك لا يجوز الحكم على الفعل بأنه مصلحة بناء على الآثار الدنيوية وحدها، و إنما بالنظر أيضا إلى الآثار الأخروية.

● **الخاصية الثانية:** أن قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية، بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم و الروح في الإنسان.<sup>61</sup>

فالمصلحة في الشريعة الإسلامية تنظر بعدالة إلى نوازع كل من الجسد و الروح.

● **الخاصية الثالثة:** أن مصلحة الدين أساس المصالح الأخرى و مقدمة عليها، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاء لها و محافظة عليها.

فمن المتفق حوله أن إحراز مرضاة الله و الخلود في جنته.

### 3- أنواع المصلحة:

<sup>58</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص.45.

<sup>59</sup> - أنظر، سورة القصص، الآية 77.

<sup>60</sup> - أنظر، سورة الإسراء، الآية 19.

<sup>61</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص.52.

إن المفهوم الإسلامي يعد أوسع مفهوم للمصلحة، فالإسلام لم يقصر المصالح على تلك التي تهتم بالبدن و المادة فقط، بل أضاف إليها مصالح القلب و الروح والعقل معتبرا أن المصالح تقاس بمدى وقوتها في ذاتها و مدى احتياج الناس إليها. فالمصالح عدة أنواع:

أ- المصالح الضرورية: و هي التي لا يستغنى عنها الناس على الإطلاق و لولاها لأصبحت الحياة فوضوية مثل: الحفاظ على الدين و الأمن و الغذاء وما إلى ذلك.

ب- المصالح الحاجية: و هي التي إذا فقدت الحياة تسير و لكن بعناء شديد .

ج- المصالح المرسلية: و هي التي لم يأت الشرع بنصوص محددة فيها، و فرضتها تطورات العصر، ولكنها مصالح تقع و الحكم فيها يأتي بمقدار أهميتها عند العلماء و أهل الخبرة و التجربة، منها بعض المصالح التي تتبناها الحكومات و فيها نفع فإنه يجب شرعا الأخذ بها.<sup>62</sup>

### ثانيا: مراعاة الشريعة للمصلحة

إن الشريعة الإسلامية متضمنة لمصالح العباد آخذة بهم إلى حين ينعمون في دنياهم و يسعدون في آخرتهم، و من أدلة هذه المراعاة ما يلي:

#### 1- من الكتاب

قول الله تعالى: " **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ الْإِحْسَانِ وَ إِيْتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ، وَ يَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ الْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ.**"<sup>63</sup> فهذا الله عز و جل يأمر بالعدل و الإحسان تحقيقا لمصالح الناس، و من باب المخالفة فهو ينهي عن الفحشاء و المنكر و البغي فهذا ما يعتبر مفسدة.

كذلك قوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَ لِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ.**"<sup>64</sup> و يفهم من هنا أنه لا تتم الحياة الكاملة للإنسان إلا إذا تمت له السعادة في

<sup>62</sup> www.islamtoday.net.

<sup>63</sup> - أنظر، سورة النحل، الآية 90.

<sup>64</sup> - أنظر، سورة الأنفال، الآية 24.

شطريها الدنيوي والأخروي، و بالتالي فقد جعل الله عز و جل السعادة الأبدية للإنسان باتباع دعوة الإسلام.

و آيات أخرى كثيرة جاءت في معرض التعليل لأحكام جزئية، مثل قوله تعالى: " **يريد الله بحكم اليسر، و لا يريد بحكم العسر.**"<sup>65</sup>

هذا إلى جانب آيات كثيرة أخرى يثبت بمجموعها دليل الاستقراء على أن أحكام الله جارية وفق مصالح العباد، آتية لإسعادهم في معاشهم الدنيوي و ميعادهم الأخروي.

## 2- من السنة

قوله صلى الله عليه و سلم: " **الخلق كله محيال الله، فأحبهم إلى الله أنفعهم لعياله.**"<sup>66</sup> فقد أوضح الرسول صلى الله عليه و سلم أن مناط قرب الإنسان من الله تعالى هو مدى تقديمه النفع و الخدمة لعباده، و ذلك برعاية مصالحهم و توفير ما به سعادتهم الحقيقية.

و قوله صلى الله عليه و سلم: " **لا ضرر و لا ضرار.**"<sup>67</sup> و الضرر هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره. و الضرر أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، و هذه قاعدة كبرى أغلق بها رسول الله "ص" منافذ الضرر و الفساد أمام المسلمين، فلم يبق في تشريع الإسلام إذن إلا كل ما فيه صلاحهم في دنياهم و آخرتهم.

## 3- من القواعد الشرعية المجمع عليها

القاعدة الأولى: انقسام المعاصي التي نهى عنها الشارع إلى صغائر و كبائر، و تفاوت الإثم المترتب عليها حسب هذا التقسيم.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> - أنظر، سورة البقرة، الآية 185.

<sup>66</sup> - أخرجه الطبراني في معجمه.

<sup>67</sup> - أخرجه ابن ماجة.

<sup>68</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 74.

فقد ثبت بصريح القرآن و صحيح الحديث أن الذنوب تختلف في الدرجة، فهناك ما يعظم إثمه كالسبع الموبقات التي نهي عنها الرسول صلى الله عليه و سلم، ثم تأتي بعدها السيئات و النمام، وهذا لقوله تعالى: " **إِن تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نَغْفِرَ لَكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مَدْخَلًا كَرِيمًا.**"<sup>69</sup>

**القاعدة الثانية:** ثبوت خطاب الوضع في الأحكام المتضمنة لما يسمى بالجوابر.<sup>70</sup>

و مثال ذلك الدية في القتل، و مهر المثل في الأنكحة الفاسدة و الوطاء بالشبهة. فتثبت هذه الأحكام وأشباهاها بموجب خطاب الوضع سواء توفرت في المحكوم عليه شروط التكليف أم لا. و الحكمة من هذا هو استدراك المصلحة المفوتة أو جبرها بمثلها.

**القاعدة الثالثة:** مراعاة الشريعة لأعراف الناس بشرط أن لا تجر عليهم مفسدة و لا تهدر لهم مصلحة، سواء أكانت تلك الأعراف معدودة في المقاصد بالنسبة لتصرفاتهم أو معدودة في الوسائل والأسباب.<sup>71</sup>

هذا بحجة أن ما يتعارف عليه الناس يصبح جزءا من شخصيتهم و أساس حياتهم، لذا بني التشريع على أساس هذه العادات و الأعراف، حيث قال الفقهاء: " المعروف عرفا كالمشروط شرطا." و قالوا أن الشرط في العقد يكون صحيحا إذا اقتضاه العقد و أورد به الشرع أو جرى به العرف.

**القاعدة الرابعة:** اختلاف شروط صحة المعاملات و صفاتها و آثارها حسب اختلاف طرقها على تحقيق مصالح العباد.<sup>72</sup>

فمن المعاملات ما اشترط فيها اللزوم، و منها ما اشترط فيها عدمه، و منها ما اشترط فيها التوقيت، و هذا بدرجة نفعها أو ضررها للناس.

<sup>69</sup> - أنظر، سورة النساء، الآية 31.

<sup>70</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص. 75.

<sup>71</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص. 76.

<sup>72</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص. 77.

فجملة هذه الأدلة و القواعد المتفق عليها تدل على أن الشريعة الإسلامية قائمة في جملتها وتفصيلها على أساس رعاية مصالح الناس من حيث تحقيقها و المحافظة عليها.

### ثالثاً: الضوابط الشرعية للمصلحة

#### 1- اندراجها ضمن مقاصد الشريعة

فالمصلحة لا بد أن تقوم على حفظ مقاصد التشريع الخمسة: حفظ الدين و النفس و النسل والعقل و المال، فكل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة.

#### 2- عدم معارضتها للكتاب

فإن المصلحة ليست بذاتها دليل مستقل بل هي مجموع جزئيات الأدلة التفصيلية من القرآن التي تقوم على حفظ الكليات الخمس، فيستحيل عقلاً أن تخالف لمصلحة مدلولها، أو تعارضه.

و قد دل على ذلك قوله تعالى: " و أن أحكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم

واحذرهم أن يفتنونك من بعض ما أنزل الله إليك." <sup>73</sup>

و قوله تعالى: " و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون." <sup>74</sup>

فإن الحكم بما يخالف ما ثبت في كتاب الله تعالى يعتبر جهلاً مؤدياً للضلالة.

#### 3- عدم معارضتها للسنة

فالمقصود بالسنة هنا ما ثبت سنده متصلًا إلى الرسول صلى الله عليه و سلم من قول أو فعل

أو تقرير سواء ورد متواتراً أي قطعي الثبوت أو أحاد أي ظني الثبوت.

#### 4- عدم معارضتها للقياس

إن القياس هو مساواة فرع لأصل في علة حكمه. <sup>75</sup>

<sup>73</sup> - انظر، سورة المائدة، الآية 49.  
<sup>74</sup> انظر، سورة المائدة، الآية 44.

و القياس يتكون من أربعة أمور:

- أصل، و هو الأمر الذي ورد في حكمه نص من كتاب أو سنة.
- فرع، و هو الأمر الذي لم يرد النص على حكمه في كتاب و لا سنة.
- حكم الأصل الثابت بدليل من الكتاب أو السنة.
- علة الحكم، و هو الوصف المناسب له عقلا و المعتر مع شرعا.

## 5- عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها

و هذا الضابط معتبر عند تعارض المصالح في أيهما يقدم، و لا شك أن الذي يقدم هو الأهم والأولى في الاعتبار، وميزان الأهمية يرجع إلى ثلاثة أمور، كما ذكرها د.البوطي:

أ- النظر إلى قيمتها من حيث ذاتها و درجتها في سلم المقاصد. فالضروريات لا تقدم عليها الحاجيات أو التحسينات، كما لا تقدم التحسينات على الحاجيات.

ب- و هو من حيث مقدار شمولها، فالمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة.

ج- مدى التأكد من و قوع نتائجها من عدمه. فتقدم الأكيدة على الظنية.

هذا عن ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة، إلا أنه ما يهمنا في هذا البحث هو مصلحة الطفل. لذا لا بد علينا من معالجة ضوابط مصلحة هذا الأخير بصفة خاصة و بالضبط مسألة النسب و الحضانة . فكيف نضمت الشريعة الإسلامية هاتين المسألتين، و ما هي الضوابط التي وضعتها؟ و هذا ما سيحاول الإجابة عليه من خلال الفرعين المواليين

## الفرع الثاني: قواعد النسب و ضوابطه

من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هو حقه في النسب. و هذا لاعتباره نعمة انعم بها الله على الإنسان لقوله عز وجل: " و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا و كان ربك قديرا."<sup>76</sup>

<sup>75</sup> - أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 192.

<sup>76</sup> - أنظر، سورة الفرقان، الآية 54.

و هذا الحق له أهمية كبيرة، فهو يعتبر حقا أساسيا لأنه يتفرع منه عديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل: حقه في الرعاية و التربية، في المال والنفقة و الميراث.

و نظرا لهذه الأهمية وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط محددة لحماية حق الطفل في ثبوت نسبه، و بنوته من أبويه نحاول حصرها فيما يلي:

## أولا- إثبات نسب الطفل

فرقت قواعد الشريعة الإسلامية بين 3 حالات في ثبوت نسب الطفل:

الحالة الأولى: أن يكون الطفل مولودا على فراش الزوجية الصحيحة، و هو الطريق الأصلي لإثبات النسب هذا لقوله تعالى: " و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين و حفدة، و رزقكم من الطيبات، أفبالباطل يؤمنون و بنعمة الله هم يكفرون."<sup>77</sup> و قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " **الولد للفراش و للعاهر الحجر.**"

الحالة الثانية: أن يكون الطفل مولودا من زواج فاسد، و يكون الزواج فاسدا إذا تخلف أحد الشرطين اللازمين لصحته، و هما: ألا يكون بين محرمين كما إذا كانت الزوجة محرمة على الزوج، وأن يعقد بحضور شاهدين رجلين أو رجل و مرأتين. فإذا لم يتوافر هذان الشرطان أحدها أو كلاهما، و تم الدخول بالزوجة في هذا الزواج الفاسد، ثبت نسب الطفل من أبيه، على الرغم من فساده، و ما يقتضيه ذلك من التفريق بين الزوجين، و إنما يشترط لصحة النسب ألا ينكره الزوج أو ينازع فيه.<sup>78</sup>

الحالة الثالثة: أن يكون الطفل مولودا نتيجة وطئ عن شبهة، و ذلك بالتقاء الرجل بالمرأة اعتقادا منهما بشرعية دخولها أحدهما بالآخر ثم تبين عكس ذلك، كما إذا دخل رجل بامرأة ظنا منه أنها زوجته، ثم تبين أنها امرأة أخرى غيرها، أو يكتشف أنها أخته من الرضاعة. و في هذه الحالة لا يثبت نسب الطفل من أبيه، إلا إذا ادعاه الأب و تمسك به.

<sup>77</sup> - أنظر، سورة النحل، الآية 72.

<sup>78</sup> - أنظر، حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، (د.ب.ط)، ص.321.

و إن كان نسب الولد للأم يثبت بالولادة سواء كانت الولادة من زواج فاسد، أو وطء بشبهة فإن النسب من الأب يثبت بأحد الأسباب التالية:

### 1- الفراش

و يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة، و يشترط لكون الفراش سببا في النسب ما يلي:

- \* أن يكون حمل المرأة من الرجل متصورا في الواقع.
- \* أن يولد الطفل في مدة الحمل المقررة شرعا و أقلها ستة أشهر، أما أكثر مدة الحمل فقد تعددت الآراء فيها.<sup>79</sup>
- \* أن لا ينفي الزوج ولده ما دامت الزوجية قائمة، فإن نفاه لاعن، و لا يثبت نسبه.

### 2- الإقرار

و هو أن يقر الأب صراحة بأن الطفل ابنه، و يشترط في صحته ما يلي:

- \* أن يكون المقر به مجهول النسب.
- \* أن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر.
- \* أن يصدق المقر له في إقراره.
- \* أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر له أم صدقه، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

### 3- البينة

و هي الشهادة، فإذا ادعى إنسان أبوة أو بنوة أو أخوة آخر، فأنكر له هذه الدعوى طولب المدعي بالبينة و هي شهادة رجلين، أو رجل و امرأتين.

<sup>79</sup> - مذهب الحنفية: أكثر مدة الحمل سنتان، جمهور الفقهاء: أربع سنوات .

هذا إلى جانب إثبات النسب عن طريق القیافة و التي هي معرفة شبه الإنسان بغيره عن طريق التدقیق فی الملامح قصد إحقاق الشخص بأصوله.<sup>80</sup> و هي دلیل یثبت به النسب عند جمهور الفقهاء وهم المالکية و الشافعية و الحنابلة، وخالفهم فی ذلك الأحناف. و لكن الراجع فی الفقه الإسلامی هو الأخذ بها لأن القائف خبیر، و التشابه فی مورفولوجية الجسد بین الأقارب و خاصة بین الفروع والأصول حقيقة لا یمکن إنکارها.

و قد أقرت الشریعة الإسلامیة للطفل حق البحث عن نسبه من کلا أبویه و هذا عن طریق وسائل الإثبات المذكورة، إلا أنها وضعت له شروط معینة و هي:

● أن یمکن مجهول النسب: فهذا متفق علیه، فإن البحث عن النسب سواء من الأم أو الأب لا یمکن إلا بالنسبة للطفل المجهول النسب.<sup>81</sup>

● شرط عدم ذکر أن الطفل من زنا لثبوت نسبه من أبیه: فلاخلاف حول حق الطفل فی البحث عن نسبه من أمه سواء جاءت به من زواج أو غیره. فی حین یوجد خلاف حول حق الطفل فی البحث عن نسبه من أبیه:

- فیعترف فریق بهذا الحق للطفل أیا كان سبب مولده حماية له من الضیاع.
- یرفض فریق آخر هذا الأمر، و یمنع الطفل المولود من زنا أن یبحث عن نسبه من أبیه.
- فی حین جاء رأي ثالث بالحل الوسط، و هو أن یعترف لإبن الزنا بحق الإنتساب إلى أبیه بشرط أن لا یمکن أنه من زنا.

## ثانیا: إنکار النسب

جعلت الشریعة الإسلامیة من اللعان، الطریق الوحید لإنکار الزوج نسبه من الطفل فی حالة ما إذا كان مولودا على فراش زوجیة صحیحة، فینطوي على هذا الإنکار اتهام زوجته بالزنا، و فی هذا الصدد قررت قواعد الشریعة الإسلامیة، إتباع إجراءات اللعان، أي یلاعن کل منهما الآخر،

<sup>80</sup>- أنظر، فخري أبو صفة، طرق الإثبات فی القضاء الإسلامی، شركة الشهاب، (د ت ط)، ص. 169.

<sup>81</sup>- أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصیة، دار الفكر، القاهرة، 1950، ص. 396.

هو يتهمها بالزنا، و هي تتهمه بالقذف و ذلك تطبيقاً لنص الآية الكريمة: " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، و الخامسة أن لعنة الله عليهما إن كان من الصادقين".

و يذهب الفقه الإسلامي إلى أن نفي النسب لا يكون مجرد إدعاء، و إنما لا بد أن يصدر به حكم قضائي.<sup>82</sup>

كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية، على أنه بمجرد إجراء اليمين ينتفي الولد و يلحق بأمه، و اعتبروه أجنبياً عن الزوج الملاعن بالنسبة لأحكام الميراث و النفقة، لأن هذه الأحكام لا تثبت إلا بسبب متيقن.<sup>83</sup> أما بالنسبة لسائر المسائل الأخرى فاعتبروا ولد اللعان في علاقته مع الملاعن كالابن، فلا تصح الشهادة بينهما، و لو قتله لا قصاص عليه للشبهة و الحرمة بينه و بين أولاده تثبت للاحتياط.<sup>84</sup>

كما لا يعتبر طفل الملاعنة مجهول النسب رغم أنه يلحق بأمه بعد اللعان، و لهذا لا يجوز لغير الملاعن بأن يقر به على أمل أن يكذب نفسه و ينسب الطفل إليه.<sup>85</sup>

### **ثالثاً: الطفل الناتج عن الزنا**

فحرمت الشريعة الإسلامية الزنا و شددت العقوبة على الزاني، لقوله تبارك و تعالى: " و لا تقربوا الزنا أنه كان فاحشة و ساء سبيلاً."<sup>86</sup> و يقول عز وجل: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و لا تأخذكم بهما رأفة في دين الله."<sup>87</sup> و من الآثار المباشرة لهذا

<sup>82</sup>- أنظر، عبد الرحمان الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، دار الكتاب المصري، مصر، ج 5، ص.115.

<sup>83</sup>- أنظر، محمد محمود أبو زيد، المرجع السابق، ص.293.

<sup>84</sup>- أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.273.

<sup>85</sup>- أنظر، و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، دار الفكر، الجزائر، ط1، 1986، ص.690.

<sup>86</sup>- أنظر، سورة النور، الآية2.

<sup>87</sup>- أنظر، سورة الإسراء، الآية32.

الإجراء تقلص و انخفاض عدد الحالات التي تطرح شبهة حول نسبها. فتعتبر الشريعة الإسلامية العلاقات الجنسية التامة بين الرجل و المرأة التي لا تستند إلى عقد زواج أو شبهة، جريمة حدية.<sup>88</sup> فإذا ثبت أن الطفل ولد خارج الفراش الزوجي المشروع، فإن نسبه في الشريعة الإسلامية سيكون من أمه أما بالنسبة لأبيه فهناك اختلاف حول هذه المسألة بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث انقسم الفقه الإسلامي إلى رأيين، أحدهما يعترف لابن الزنا بحق الانتساب إلى أبيه و الآخر يمنع ذلك. إلا أن المجتمعات المسلمة روجت للرأي المانع و هو رأي جمهور الفقهاء، إذ أصبح و كأنه الموقف الوحيد للفقه الإسلامي.<sup>89</sup>

### رابعاً: تحريم التبني

حتى لا تختلط الأنساب أو تتداخل الحقوق الطبيعية أو تتعرض لانتهاكات، فإن الإسلام حرم التبني في جميع صورته وأشكاله، حيث يقول المولى تبارك و تعالى: " **و ما جعل أديئكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و يهدي السبيل، أديئهم لأبائهم هو أوسط عند الله فإن لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين و مواليكم.**"<sup>90</sup> و لذلك غير رسول الله صلى الله عليه و سلم اسم زيد بن محمد إلى زيد بن الحارثة.

### خامساً: حالة الطفل اللقيط

فقد عالج الإسلام حالة الطفل اللقيط الذي لا يعرف نسبه و هو المولود المتروك و لم يعرف له أبوان، فقد اهتم الإسلام و فقهاء المسلمين اهتماماً كبيراً به، باعتباره ضحية لأخطاء المجتمع، لذلك فإن الهدف من مظاهر حماية اللقيط في الإسلام هو جبر كسره الذي لم يكن له فيه ذنب، حيث تتلخص أهم مظاهر هذه الحماية في وجوب التقاطه و عدم تركه للشارع حتى يهلك، و اعتباره مسلماً و حراً في الظاهر، و قبول ادعاء من ينسبه لنفسه دون بينة أو إثبات، و وجوب

88 - يقصد بجرائم الحدود تلك الجرائم التي حدد له الله سبحانه و تعالى عقوبة بالنص القرآني.

89 - أنظر، ص.42 من هذا البحث.

90 - انظر، سورة الأحزاب، الآيتان 4 و 5.

الإنفاق عليه من بيت مال المسلمين إذا لم يكن بجوزته مال عند التقاطه، و إذا كان معه مال يجب الحفاظ عليه لكونه ملكا له. و لا شك أن تقديم الإسلام للطفل اللقيط هذه الحقوق هو أمر بالغ الأهمية في مجال اندماج هذا الطفل في المجتمع الذي يجب عليه أن يعامل هذا الطفل على أساس الأخوة في الإنسانية وعدم النظرة إليه على أنه صاحب الذنب أو الإثم في هذا الوضع، لأنه في الحقيقة هو الضحية.

هذا عن الضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية من أجل حماية الطفل في ثبوت نسبه و تحقيقا لمصلحته.

فهنا نلاحظ أن الإسلام أكد على تحريم الزنا كما فعلت من قبله الشرائع السماوية كلها لما له من أثر خطير و مدمر يقضي على البناء الأسري و يشتهه، إلا أن عظمته كبيرة في رعايته للقطاء نتيجة الزنا. فقد جعل الإسلام عقوبة للزنا رادعة، إلا أنه لم يضيع ولد الزنا لأنه ثمرة خطيئة. و هذا ما يؤكده لنا الحديث الصحيح الذي رواه مسلم عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: " جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله أنا قد زנית فطهرني، و أنه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردني لعلك تردني كما رددت ما عزا فالوالله أنا لجلبي، قال: أما لا فاذهي حتى تلدي، فلما ولدت فأنته بالصبي في خرقة قالت: هذا قد ولدته، قال: فاذهي فأرضعيه حتى تفضميه، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته و قد أكل الطعام فدفع الصبي على رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها و أمر الناس فرجموها فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضخ الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه و سلم سبه إياها، فقال: مهلا يا خالد فو الذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له بها فصلى عليها و دفنت."<sup>91</sup>

فهذا الحديث دليل على عظمة الإسلام و حرصه على حياة الطفل و هو جنين في بطن أمه حتى و لو كان ولد زنا، فحرم تطبيق الحد على المرأة الحامل من الزنا حتى تضع حملها رحمة

<sup>91</sup>- أنظر، صحيح مسلم بشرح النووي 203/11 .

بالجنين، و منع أيضا تطبيق الحد حتى ترضع طفلها ثم تطفمه حتى يأخذ حقه في تكوينه الطبيعي، ثم دفع الطفل إلى أحد المسلمين كي يتولى رعايته و تربيته وسط المجتمع الإسلامي. فنلاحظ عموما أن أمن و مكانة الطفل داخل المجتمع و حقوقه كإنسان يبقى مضمونا سواء ولد عن طريق شرعي أو عن طريق غير شرعي، و سواء عرف أبواه أولا.

إلا أنه مع ذلك تبقى بعض التساؤلات المنطقية أثارها موقف الشريعة الإسلامية من الولادة غير الشرعية وهو:

❖ لماذا يحرم طفل الزنا من الانتساب إلى أبيه إذا كان معروفا و كأنه في حقيقة الأمر عوقب على فعل لم يرتكبه هو؟ فهنا ليس هناك مساسا بمصلحة الطفل؟ فالبر غم و مما لاشك فيه، أن الشريعة الإسلامية مراعاة لمصلحة الطفل قد سمحت انتسابه إلى أمه، إلا أن هذا غير كاف لأن الطفل لا بد أن يكبر و يتزعرع في عائلة مستقرة، متكونة من أب وأم، فحياته لا تكون حياة عادية كباقي الأطفال، فستكون مجرد تساؤلات يمكن أن تدفع به إلى الانحراف و التشرد، وأكثر من هذا إلى درجة معاقبة هذه الأم التي تسببت في هذا بانحرافها و ارتكابها الزنا. إلا أنه إذا كان قد نسب لأبيه، حتى وإن عاش مع أمه فقط فيعتبر نفسه كطفل من الأطفال الناجين عن الطلاق و ربما هذا يقلل من المشاكل ويضمن لهذا الطفل حياة عادية أو على الأقل شبه عادية.

❖ لماذا يتحمل الأب وحده العقوبة، بحيث أنه حرم من نسبة ولده إلى نفسه مع العلم أن الأم لها نصيب من المسؤولية فيما وقع؟

❖ ألا يكون عدم المساواة بين الطفل الشرعي و الطفل الطبيعي منافيا و متعارضا مع تحقيق مصالح الطفل؟

هذا عن ضوابط النسب التي وضعتها الشريعة الإسلامية، مراعية أولا و قبل كل شيء مصلحة الطفل. إلا أنه من الحقوق الهامة أيضا التي شرعها الله تعالى لحماية للطفل و لمصلحته حق الحضانة، فحددت لها أيضا الشريعة الإسلامية ضوابط وهذا ما سوف يتطرق إليه .

## الفرع الثالث: قواعد الحضانة و ضوابطها

كما سبق ذكره، فإن حق الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الإسلام للطفل، و هي كما عرفها جمهور الفقهاء: "القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره، و تعهده بما يصلح له ووقايته مما يؤذيه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا لكي يقوى على النهوض بتبعات الحياة و الإطلاع عليها بمسؤوليتها، و الحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة، و لأن الإهمال يعرضها للهلاك و الضياع"<sup>92</sup>.

و الولد منذ أن يولد، محتاج لمن يعتني به و يقوم على تربيته و حفظه و تدبير كل ما يلزمه في حياته، لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره و ينفعه. والشارع الحكيم قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأنهما أقرب الناس إليه في هذه الحياة، ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له، ففوض الولاية في المال و العقود إلى الرجال لأنهم بذلك أقوم عليه و أقدر، و فوض التربية إلى النساء، لأنهن أشفق وأحنى و أقدر على التربية من الرجال. و في هذا يقول ابن القيم في زاد المعاد: الولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم و من جهتها و هي ولاية المال و النكاح، و نوع تقدم فيه الأم على الأب و هي ولاية الحضانة و الرضاع. و قدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد و توقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه، و تحصل به كفايته و حسن تربيته. و لما كان النساء أعرف بالتربية و أقدر عليها و أصبر و أرف و أفرغ لها لذلك قدمت الأم فيها على الأب. و لما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع قدم الأب فيها على الأم. فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال و النظر إليهم. و تقديم الأب في ولاية المال كذلك.<sup>93</sup>

و مرحلة الحضانة هذه قد حافظ فيها الإسلام على مصلحة الولد، فلذلك وجبت إنجاء له من الهلكة.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> - أنظر، السيد السابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط1985، ص. 338.

<sup>93</sup> - أنظر، سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالإبناء في الشريعة الإسلامية، ط1، 1981، ص. 94.

<sup>94</sup> - أنظر، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ط2005، ص140..

و تثبت مشروعية الحضانة بالكتاب و السنة و الإجماع :

لقوله تعالى: " **و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين.**"<sup>95</sup> ففيها دليل على حقه في الرضاع و هي من فترة الحضانة.

ما روى أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء، و ثدي له سقاء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني، فقال رسول الله "ص": " **أنتك أحق به ما لم تنكحي.**"<sup>96</sup>

فعهدت الشريعة الإسلامية بمسؤولية الحضانة إلى الوالدين أولاً إلا أنه قد يقع و يختصم الزوجان في الولد بعد الفرقة. فهنا الشريعة الإسلامية عملت على تنظيم هذه المسألة كالتالي:

## أولاً: الأحق بالحضانة

فالأم أحق بالولد و كفالتة، و اختلف الفقهاء في إجبارها على ذلك، فذهب الحنفية إلى أن الأم و غيرها لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت قياساً على الإرضاع و هو المشهور عند الشافعية والحنابلة و المالكية، و بناءً عليه للأم إسقاط حقها في الحضانة، و إذا أرادت العود فلا حق لها عند المالكية. إلا أنه قد توصل الأئمة المسلمون من مالكية و شافعية و حنفية إلى اتفاقهم على أن الحضانة هي حق للطفل يجب على الأم أن تتكفل به، و أنه يمكن أن تجبر على حضنته في كل حالة لا يوجد فيها من يحضنه من غيرها، أو يوجد و لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه شروط ضمان مصلحة الطفل، و لقد اتفق معظم الفقهاء على إجبار الأم على الحضانة عند عدم وجود حاضن آخر أكثر منها رعاية لمصلحة المحضون أو إجبار من يليها درجة إذا لم تتوفر فيه الشروط الأساسية<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> - سورة البقرة، الآية 233.

<sup>96</sup> - رواه أحمد و أبو داود و صححه الحاكم، سبل الإسلام، ج 2، ص 330.

<sup>97</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 1996، ص 230.

و تلي الأم أمهاتها، القربى فالقربى، لأنهن في معنى الأم لتحقق ولادتهن.

و في المرتبة الثالثة نجد الأب، لأنه أصل النسب و أقرب من غيره.

ثم تليه أمهات الأب، القربى فالقربى، لأنهن بدلين بعصبة قريبة و لهن ولادة ووراثة فأشبهن أم الأم.

ثم الجد، الأقرب فالأقرب، لأنه في معنى أب المحضون.

ثم أمهات الجد، لأنهن بدلين بمن هو أحق، و لما فيهن من وصف الولادة، و كون الطفل بعضا

منهن.

ثم الأخوات ، لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، لأنهن يشاركن في النسب، و تقدم قوة القرابة كتقديمها في

الميراث.

الخالات، لأبوين ثم لأم، ثم لأب، لأن الخالات يدلن بالأم.

العمات لأبوين ثم لأم، ثم لأب، لأنهن يدلن بالأب.

حالات أمه، ثم حالات أبيه، ثم عمات أبيه.

بنات إخوته، تقدم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، و مثلهن بنات

إخوانه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات أعمام أبيه ثم بنات عمات أبيه.

ثم تنتقل الحضانة لباقي العصابات، الأقرب فالأقرب لأن لهم ولاية، و تعصيا بالقرابة، فتثبت لهم

الحضانة كالأب، فيقدم الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام، ثم بنوهم، ثم أعمام الأب ثم بنوهم.

ثم تنتقل الحضانة إلى ذوي الأرحام، من الذكور و الإناث غير ما تقدم، لأن لهم رحما و قرابة،

يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم. و أولاهم أبو أم ثم أمهاته، فأخ لأم فخال.

ثم تنتقل الحضانة إلى الحاكم، لعموم ولايته، و هو له الولاية على من لا أب له و لا وصي.

فيسلمه الحاكم إلى من يحضنه من المسلمين ممن فيه أهلية و شفقة، و يتوجه عند العدم أن تكون

لمن سبقت إليه اليد كاللقيط.

## ثانياً: شروط الحضانة

الحضانة تثبت لمن كان أهلا بها بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال و النساء وأخرى تختص بها النساء، و البعض الآخر لا بد من توافرها في الرجال. لذا سوف نتطرق لكل نقطة على حدى.

## 1- الشروط العامة في الرجال و النساء

أ- **البلوغ:** الحضانة مهمة شاققة لا يتحمل مسؤولياتها و تبعاتها إلا الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، لذا يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية و الصغير ليس من أهل الولاية. و هذا الشرط متفق عليه بين سائر الفقهاء، أما سن البلوغ فقد اختلفت بشأنه الآراء.<sup>98</sup>

ب- **العقل:** لا يستطيع الجنون القيام بشؤون نفسه و بالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره، ويستوي في الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، و لا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير، و لو كان من القلة بحيث يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا<sup>99</sup>. لأن المقصود بالحضانة هو مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، و عليه ينبغي الابتعاد به عن أدنى ضرر محتمل يصيبه ذلك رعاية لمصلحته.

و المعتوه يأخذ حكم الجنون و الصغير لأنه محتاج لرعاية الغير و بالتالي فلا يرعى هو غيره، و لأن ولايتهما لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على محضون، إذ الحضانة من الولاية، كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه لا يمكنه القيام بشؤونه الخاصة و تكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره، لأنه في حاجة إلى إشراف الغير و الأخذ بيد ه في شؤون نفسه فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على الغير باعتبار الحضانة ولاية على النفس، و غير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره.

<sup>98</sup> - لأكثر من المعلومات راجع البحث الحالي، ص 12 و 13.

<sup>99</sup> - أنظر د. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، ص 235.

و إلى جانب العقل اشترط المالكية الرشد، فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما يليق.

### ج- الأمانة على الأخلاق

الأمانة صفة في الحاضن يكون بها أهلاً لممارسة الحضانة و بيئة مصاحبة المحضون، تضمن حداً أدنى من التربية السليمة للصغير، إذ تسقط الحضانة إذا ألقى بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلباً و تثير الشكوك حول سلامة تربيته، و المناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير و حمايته من الضياع و صيانته من الإهمال، حتى قال بعض الفقهاء: " إن الحضانة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلها عن الولد و لزم ضياعه نزع منها و سقطت الحضانة عنها."<sup>100</sup>

و عليه فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه، كالفاسق مثلاً رجلاً كان أو امرأة. و بالرغم من اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على مبدأ الفسق كمانع من موانع الحضانة. إلا أنه عم الفقهاء الحنفي جدال بخصوص مدى الفسق المانع من الحضانة و انقسم إلى ثلاث آراء:

- يرى الاتجاه الأول بمطلق الفسق لمنع الحضانة، فالفاسقة التي لا تصوم مثلاً لا حضانة لها.
- بينما يرى الاتجاه الثاني أن الفسق يكون مانعاً للحضانة إذا ضيع الولد بيه، كالزنا أو أن تكون الحضانة سارقة.

- بينما قصر الاتجاه الثالث الفسق الذي يسقط الحضانة على الزنا لانشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل.

- أما الشافعية و المالكية فقلاً بأن الفسق يكون مانعاً للحضانة بجميع صورته، على أساس أن الفاسق غير موثوق به في أداء واجبه من الحضانة، و في حضانته للولد ضرر لأنه ينشأ على طريقته في الحياة فاسقاً مثله، و هذا ينافي مقاصد الحضانة التي هي نفع الولد و تحقيق مصلحته و دفع الضرر عنه.

- أما بالنسبة للحنايلة فقد سكتوا في هذا المجال.

- في حين أن في هذه المسألة، قيد الشيخ ابن عابدين الفسق المانع من حضانة الأم ذلك الفسق الذي يضيع به الولد إذ تكون لها الحضانة و إن كانت معروفة عنده بالفجور ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيه فجور أمه. ففي هذه الحالة وإن أصبح يعقل فجورها ينتزع منها الولد صونا و حفاظا لأخلاقه من الفساد لأنها غير أمينة عليه. أما الرجل الفاسق فلا حضانة له.<sup>101</sup>

- كما أنه قيل أن الحضانة إذا كانت تخرج كل وقت و تترك الولد ضائعا فإنها تكون غير مأمونة عليه، فلا تكون لها حضانته إذ ليست أهلا لها.<sup>102</sup>

و القول بأن الحضانة ارتكبت فعلا فاحشا، يجب إثباته بالطرق المعروفة شرعا وهي أربعة شهود عدول من الرجال، أو اعترافها بالفعل المنسوب إليها لأن الاعتراف سيد الأدلة.

فترجيح الرأي الذي قال بالفسق المانع للحضانة إذا ضاع به الولد، ففي رأينا هو الأصوب وهو المتماشى مع فكرة حماية و المحافظة على الطفل تحقيقا لمصلحته.

### د- القدرة على التربية:

يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه و صحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير و العناية بأمره لا تكون لديها أهلية الحضانة، أما إذا كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير و تدبير شؤونه حينئذ لا يسقط حقها في الحضانة.<sup>103</sup>

إذ يرى أغلب الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر، و لا لمريضة مرضا معديا أو مرضا يعجزها و يمنعها عن القيام بشؤون الصغير و لا لمتقدمة في السن تقدا يجعلها بحاجة إلى رعاية الغير لها، و لا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له، حيث أنه يخشى من هذا الإهمال ضياع

101 - أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7306.  
102 - أنظر، د. عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 242.  
103 - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7305.

الطفل و إلحاق الضرر به، أو لساكنة مع مريض مرضا معديا أو مع من يبغض الطفل و لو كان قريبا له إذ لا تتوفر له الرعاية الكافية و الجو الصالح الملائم لتربيته.

فالمالكية و الشافعية و الحنابلة يدخلون العمى في مانع العجز، و ينيطون حضانة العمياء و غيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون و لو كان ذلك بمساعدة غيرها، أما إذا منعها شيء من ذلك عن رعاية شؤون المحضون فلا تكون لها الحضانة<sup>104</sup>.

و عليه فإن الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة على رعاية الصغير والإشراف على تربيته و المحافظة عليه، و لم يشترطوا الإبصار بل أوجبوا توافر صفات ترجع إلى المحافظة على الصغير و توفر راحته.

## هـ - الإسلام

يرى الشافعية و الحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لأنها ولاية و لا ولاية لكافر على مؤمن لقوله تعالى: " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"<sup>105</sup>. فهي كولاية الزواج و المال و لأنه يخشى على دين محضون من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها و هذا أكبر ضرر يصيب الطفل، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " كل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه". إلا أن الحنفية و المالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة كتابية سواء كانت أما أو غيرها لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل و خدمته، و كلاهما يجوز من الكافرة، و دليلهم في ذلك ما رواه أبو داود و النسائي: أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: ابنتي - و هي فطيم - أو شبهة و قال رافع: ابنتي، فمالت إلى الأم، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: " اللهم أهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها.

104 - أنظر، عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. 271.

105 - أنظر، سورة النساء، الآية 141.

و لأن مناط الحضانة عندهم هي الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين، لكن هؤلاء اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة.

➤ فقال الحنفية: يبقى عندها إلى ان يعقل الأديان ببلوغه السن السابعة أو يتضح أنه في بقاءه معها خطر على دينه كالذهاب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير.

➤ و قال المالكية: إن المحضون يبقى مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطى حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد<sup>106</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن الأحناف و إن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب و تعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت و عادت عاد لها حق الحضانة.

## 2 - الشروط الخاصة بالنساء

هناك جملة من الشروط الخاصة بالنساء يمكن سردها فيما يلي:

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

اختلف الفقهاء في حكم تزوج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون على آراء منها:

➤ قولهم أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، و هو ما ذهب إليه كل من الأئمة الأربعة: مالك و الشافعي، و أبو حنيفة و احمد في المشهور عنه، و حجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو: " أن امرأة قالت: " يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثدي له سقاء و زعم أبوه أنه ينوعه مني فقال صلى الله عليه و يلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>107</sup>. فهذا الحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، و عندها لا يكون لها هذا الحق. وكذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأُم حتى تتزوج، فتسقط عنها و يدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم فقد قال له الصديق أبو بكر: إنها أحق به

<sup>106</sup> - أنظر، د.وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7306.

<sup>107</sup> - أخرجه أحمد و أبو داود و البيهقي و الحاكم و صححه.

ما لم تتزوج، و قد وافقه عمر رضي الله عنه على هذا الحكم و كان بحضور الصحابة و لم ينكر عليه أحد ذلك، و على حكم أبي بكر سار القضاة ابتداء من شريح لا يختلفون فيه زمانا و مكانا<sup>108</sup>.

➤ و قيل إن الحضانة لا تسقط بالتزويج مطلقا سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، و هذا الرأي أكد عليه الحسن البصري و هو قول ابن حزم الظاهري. و حججهم في ذلك الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه قال: " قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة و ليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، وانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال يا رسول الله إن أنس غلام كيس فليخدمك، قال: فخدمته في السفر و الحضر...، و عن أنسا كان في حضانة أمه، و لها زوج و هو أبو طلحة، بعلم رسول الله صلى الله عليه و سلم و هو لم ينكر ذلك". و حججهم كذلك أن أم سلمى لما تزوجت برسول الله صلى الله عليه و سلم لم تسقط بزواجها كفالتها لبنيتها

➤ 1 .

➤ إلا أن الراجح هو أنه إذا تزوجت الحاضنة بقريب محرم من الصغير مثل عمه فإن حضانتها لا تسقط لأن العم صاحب حق في الحضانة، و له من صلته بالطفل و قرابته منه ما تحمله على الشفقة ورعاية حقه، و هذا على عكس الأجنبي فإنها إذا تزوجته لا يعطف عليه و لا يمكنها من العناية به، و عليه فالصغير لا يجد الجو الرحيم و لا الظروف المساعدة التي تنمي ملكاته و مواهبه.

### ب- أن تكون ذات رحم محرم من الصغير

أي تكون الحاضنة رحماً محرماً على المحضون كأم المحضون و أخته و جدته، فلا حق لبنات العم و العمة و بنات الخال و الخالة بحضانة الذكور لعلم المحرمية، و لهن الحق في حضانة الإناث و لا حق لبني الخال و العم و العمة في حضانة الإناث و لكن لهم الحق في حضانة الذكور<sup>2</sup>.

### ج- عدم إقامة الحاضنة بالصغير في بيت يبعثه

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبعث الصغير يعرضه للأذى و الضياع.

### د- ألا تكون قد امتنعت عن حضائته مجاناً و الأب معسراً

إن امتناع الأم عن تربية الولد مجاناً عند إعسار الأب مسقط لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يعتبر شرطاً من شروط الحضانة<sup>3</sup>

### 3- الشروط الخاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن بالإضافة إلى شرط العقل و الأمانة و الاستقامة شروط خاصة بالرجال فقط و هي:

أ- أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى، و لقد حدد الحنابلة و الحنفية سنها بسبع سنين تفادياً أو حذراً من الخلوة بها لانتهاج المحرمية، و إن لم تبلغ الطفلة حد الفتنة و الشهوة

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز عامر، المرجع نفسه، ص.285.  
<sup>2</sup> - أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص.408.  
<sup>3</sup> - أنظر، د. عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.274.

أعطيت له بالاتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم، و إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا عليها و لا يخشى عليها الفتنة منه<sup>1</sup>.

**ب- اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون،** لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث و لا توارث بين المسلم و غير المسلم، و ذلك إذا كان الولد غير مسلم وكان ذو الرحم المحرم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير مسلم، فليست حضانته إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بني حق الحضانة في الرجال على الميراث<sup>2</sup>.

### **ثالثا: تخيير الطفل لحاضنه**

ظهرت مسألة تخيير المحضون لحاضنته في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم. فحسب الترمذي وغيره من حديث أبي هريرة: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: " يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بإبني فقال: يا غلام هذا أبوك و هذه أمك فخذ بيد أيهما شئت" فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"<sup>3</sup>. فإن هذا الحديث يعتبر بمثابة انطلاقة لفكرة استماع

الطفل لتحري مصلحته. غير أن هذه المسألة لم يجمع عليها الفقه، فاختلقت الآراء فيها:

فيرى الأحناف أن لا خيار للولد في هذه المسألة، و يعني بذلك أنه إذا بلغ الطفل السن التي يجب فيها أن ينزع من الأم، فإنه ينزع منها و يأخذه الأب دون خيار للصغير ذكرا كان أو أنثى.

و قد استدلوا بالحجج التالية:

\* إن الصغير غير رشيد لا يعرف مصلحته.

<sup>1</sup> - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.830.

<sup>2</sup> - أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.408.

<sup>3</sup> - رواه أحمد و الأربعة و صححه الترمذي، سبل السلام، ج2، ص 331.

\* إنه قاصر العقل لا ينظر إلى البعيد بل يقف عند العاجل من تحصيل اللعب و اللهو .  
أما عند الشافعية، فإن الصبي له أن يخيّر بين والديه، فإن اختار أحدهما كان له. و له بعد  
اختيار أحدهما أن يتحول للآخر و إن تكرر منه ذلك. و استدلوا لحديث الرسول صلى الله عليه و  
سلم.

أما المالكية، فأروا وجوب التفرقة بين الفتى و الفتاة في هذه المسألة ، إلا أنهم اختلفوا فيما  
بينهم و انقسموا إلى فريقين:

➤ فريق يقول أن الفتى إذا بلغ سن 7 سنوات يخيّر بين البقاء مع الحاضنة أو تركه لأبيه، أما  
البنات فتسلم إلى الأب من غير تخيير.

➤ و فريق آخر يقول أن الأم أحق بالصغير حتى يثغر، أما الصغيرة فإنها تخير.

قال ابن القيم: التخيير و الفرقة لا يكونان إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، و كون كل من  
الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب، و أغير منه، قدمت عليهن و لا التفات  
إلى قرعة، و لا اختيار الصبي في هذه الحالة<sup>1</sup>.

## رابعاً: مدة الحضانة

جل فقهاء الشريعة متفقون على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، إلا  
أنهم اختلفوا في بقائها بعد ذلك:

- فيرى المالكية بضرورة التفرقة بين الذكر و الأنثى، فتنتهي حضانة الذكر بسن البلوغ، أما الأنثى  
بالزواج و دخول الزوج بها.

- و عند الحنابلة، فتنتهي حضانة الذكر بسبع سنين، و تسعة سنين بالنسبة للأنثى.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 148.

- بالنسبة للحنفية، فانقسم أنصاره إلى اتجاهين، فمنهم من قدر انتهاء مدة حضانة الذكر ب 7 سنوات و منهم من قدرها بتسع سنوات، لاختلافهم في تقدير وقت استقلال الذكر بخدمة نفسه. أما بالنسبة للنبت تكون حسب اختلاف أرائهم، في التاسعة أو الحادية عشر سنة من عمرها. فهنا لا يمكن تأييد رأي على رأي آخر، حيث أنها رغم اختلافها إلا أنها كلها حددت سنا صغيرة يستغني فيها المحضون عن خدمة النساء. فالحضانة تهدف إلى حماية الطفل، و الطفل في صغر سنه يكون بحاجة لأكثر مساعدة و حنان من قبل الأقرب من والديه. و بالتالي فإن كل الآراء جاءت منافية و غير متطابقة مع الهدف من الحضانة و الذي هو مصلحة الطفل.

## خامساً: آثار الحضانة

و قد تتركب على الحضانة آثار، راعاها الشريعة الإسلامية و نظمتها كما يلي:

### 1- نفقة المحضون

ألزمت الشريعة الإسلامية الأب بتحمل نفقة ابنه الصغير بجميع أنواعها من طعام و كسوة و نفقات التعليم و الدراسة، و غير ذلك من النفقات التي يحتاج إليها الطفل في حياته حتى يبلغ سنا تسمح له بالكسب و العيش من عمله. و يستوي في ذلك الذكور و الإناث. و الأصل أن نفقة الأطفال تكون على الأب إذا كان مقتدرا، أما إذا كان فقيرا و لا يقدر على الكسب بوجه من الوجوه فيلحق بالميت، فيجبر ورثة الأب على نفقة الأطفال على قدر ميراثهم منه، امثالاً لقوله تعالى: " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف " إلى قوله تعالى: " و على الوارث مثل ذلك " <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، . حسنين المحمدى بوادى، المرجع السابق، ص. 66.

و اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا و قادرا على الكسب في رأي الجمهور، فعليه وحده نفقة أولاده، لا يشاركه فيها أحد، أما إذا لم يكن الأب موجودا ، أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر السن، فهنا اختلفت الآراء:

- حسب رأي الحنفية كانت نفقتهم على الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى إذا كان موسرا.
- و يرى المالكية أن النفقة تجب على الأب وحده دون غيره.
- وذهب الشافعية إلى أنه إذا لم يوجد الأب أو كان عاجزا وجبت النفقة على الأم.
- و ذهب الحنابلة إلى أنه إذا لم يكن للولد الصغير أب وجبت نفقته على كل وارث على قدر ميراثه. فإذا كان أصوله غير وارثين وجبت النفقة على أقربهم درجة للأولاد، فإن تساوت درجاتهم وجبت النفقة عليهم جميعا كما تجبر الوصية على نفقة الصغير.

و يقول الرسول "ص" في هذا الصدد: " أفضل دينار ينفقه الرجل ، دينار ينفقه على عياله، و دينار ينفقه على دابته في سبيل الله، و دينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله.."

و قوله صلى الله عليه و سلم: " كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول."<sup>1</sup>  
و قد جعل الإسلام حق الطفل في النفقة واجبا على بيت مال المسلمين إذا عجز الوالد عن دفعها، و لم يكن له أقارب موسورون، و ذلك استنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " الغرم بالغنم."<sup>2</sup>

كما أن مشروع تقنين الشريعة الإسلامية لسنة 1907 قد سبق وأن أبدا حرصه على مصلحة المحضون بخصوص هذه النفقة و ذلك في المادتين 115 فقرة أولى و 117 منه.

<sup>1</sup> - رواه أبو داود و الحاكم و أحمد في مسنده.  
<sup>2</sup> - أنظر، حسنين المحمدي بوادي، المرجع السابق، ص. 67.

- فجاءت المادة 115 في فقرتها الأولى: "إن الحضانة لا تنطوي في حد ذاتها بالنسبة للحاضن، التزام تلبية السكن و الغذاء للمحضون، و للحاضن إذا لم يكن ملزماً شخصياً بالنفقة بسبب قرابته مع المحضون، الحق في فرض على الشخص الملزم بها تسديد له نفقاته".
- و قد أثبتت المادتين 102 و 104 من ذات المشروع أن الأب هو الملزم بتلبية الغذاء و الملبس والمسكن لولده.
- و ما يزيد من إبراز انشغال واضعو هذا المشروع بمصلحة المحضون المادية هو ما ورد في المادة 117 التي تنص على أن: "التكاليف الضرورية للإنفاق على الولد تسدد قبل أي دين آخر".<sup>1</sup>

## 2- أجرة الحاضنة

- لقد عرف الفقه الإسلامي آراء مختلفة حول أجرة الحضانة، و فرق فيها بين ما إذا كانت الدائنة بها هي الأم أو غيرها.
- فإذا كانت الحاضنة هي غير الأم، فهنا المجمع عليه أن لها أجر الحضانة، أما إذا كانت هي الأم فهنا اختلفت الآراء:
- فحسب الحنفية، فإن للأم حق طلب أجرة الحضانة إلا بعد الطلاق، و بعد انتهاء العدة.
  - عند المالكية، عدم جواز تمسك الأم بطلب أجرة مقابل حضانة أولادها.
  - أما الشافعية و الحنابلة فأقروا للأم أجرة مقابل حضانة أولادها في جميع الحالات، و هذه الأجرة تؤخذ من مال المحضون إن كان له مال، أو تقع على عاتق المكلف بنفقته.
- الرأي الذي يمكن ترجيحه في هذه الحالة هو رأي الشافعية و الحنابلة، فمن الأحق أن تكون للحاضنة أجرة الحضانة و خاصة وإن لم تكن تعمل، فهذا يساعدها على توفير كل الرعاية الواجبة

<sup>1</sup> - أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص 136.

للأطفال لأنه بالرغم من حق المحضونين في النفقة إلا أن هذا غير كاف و خاصة وأن الأطفال الصغار في حاجة مستمرة.

### 3- حق المحضون في السكن

لم يتوقف الفقه الإسلامي عند إلزام الأب بتوفير مسكن أو أجرته للمحضون، و إنما نادى وعلى رأسه الحنفية بأن يكون البيت الذي يسكن فيه المحضون غير معرض لأذى الجيران و لو كانوا أقربائه<sup>1</sup>. و اشترط خليل ابن اسحاق من المالكية أن تسكن الحاضنة في بيت لا يسبب أي خوف للمحضون.

### 4- حق الزيارة

إن الشريعة الإسلامية قررت حق الزيارة، الذي جعلته من باب صلة الرحم. حيث جاء قوله تعالى: " و اعبدوا الله و لا تشركوا به شيئاً و بالوالدين إحساناً و بذى القربى...."<sup>2</sup>، وأيضاً قوله: ".....واتقوا الله الذي تساءلون به الأرحام إن الله كان عليكم رقيباً."<sup>3</sup>، وأيضاً: " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله."<sup>4</sup>

و من الأحاديث الحائنة على تلك الصلة، عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه و سلم "الرحم متعلقة بالعرش تقول: " **من وطني وصله الله، و من قطعني قطعه**

<sup>1</sup> - أنظر، ابن عابدين، رد المحتار ، على رد المختار، شرح تنوير الأبصار ج2، ط1، (د.ت.ط) ص687.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 36.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية1.

<sup>4</sup> - سورة الأنفال، الآية 75.

اللَّهُ.<sup>1</sup> وعن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " من أحب أن يبسط له في رزقه و ينشأ له في أثره فليصل رحمه."<sup>2</sup>

فيتصل بالحضانة حق الرؤية، سواء كان رؤية الأب لولده وهو في حضانة النساء، أو رؤية الأم لولدها إذا كان مع أبيه أو العاصب غير أبيه.

فالولد إذا كان في حضانة الأم، و أراد أبوه أن يراه، فإنها لا تجبر على أن ترسله له ليراه، لكنها لا تمنعه من ذلك. و إذا كان مع أبيه، فالأب لا يجبر على أن يرسله لأمه، بل لا يمنعها من هذه الرؤية.

و فترة الزيارة على العادة لا تكون يومية، بل يوما في عدد من الأيام، لكن لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يوميا إذا كان منزلها قريبا.

و إذا كانت الأم مع الولد بمنزل زوج لها، فإنه يجب لكي يتمكن الأب من الزيارة أن يأذن بذلك الزوج، لأن هذا حقه. فإن لم يأذن به فعلى الأم إخراج الولد إليه لكي يراه و يتفقد أحواله و يباشر شأنه.

و يرى الإمام أبو زهرة أنه: " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده، و لا تجبر على إرساله، كما انه ليس له إن سقط حق الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها و لا يجبر على إرساله إليها."<sup>3</sup>

فما يمكن قوله أن عدم إجبار الحاضن سواء كانت الأم أو الأب على إرسال الطفل لرؤية أحدهما يكون فيه مساسا بمصلحة الطفل، لأنه في بعض الأحيان و خاصة بعد الطلاق يشب الطرفين نوع من الحقد و البغضاء الشيء الذي يمنعهما من مراعاة مصلحة الطفل في حالة اتخاذ القرار بعدم إرسال الطفل إلى الطرف الآخر. لذا في هذه الحالة و في نظرنا لا بد من إجبار الحاضن عن إرسال الطفل لرؤية الطرف الآخر لأن الطفل بحاجة إلى والديه الاثنين.

<sup>1</sup> - رواه البخاري و مسلم، عن سعد التجاني، اللألي و الدرر في الآداب و المحاسن الغرر، مطبعة المنار، تونس، (د.ت.ط)، ص.24.  
<sup>2</sup> - رواه البخاري و مسلم، عن سعد التجاني، المرجع نفسه، ص.24.  
<sup>3</sup> - أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 411.

## 5- حالة السفر بالمحزون

اختلفت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة:

- المالكية: لقد سوى فقهاء المالكية بين الحضانة و الولي في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر بمسافة تقدر بما يزيد عن ست برد، و هو ما يعادل تقريبا 133 كلم بقصد الإقامة. فإذا سافر الولي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة، مسافة تبعد عن بلد الحضانة بست برد فأكثر، له أخذ الولد من الحضانة بشرط أمن الطريق و أمن المكان المقصود. و يسقط حق الحضانة في الحضانة إذا سافرت.

- الشافعية: إلا أن الشافعية قد فرقوا بين السفر لحاجة و بين السفر لنقله، فإذا أراد الولي السفر لحاجة كان المحزون مع المقيم حتى يعود المسافر، و ذلك لما في السفر من خطورة على المحزون. أما إذا كان السفر لنقله كان الأب أولى بحضانة الصغير بشرط وجود الأمن في طريقه و أمن البلد المقصود له، فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمه.

- الحنابلة: بينما يرى الحنابلة أنه إذا أراد أحد الوالدين نقل المحزون إلى بلد مسافته أكثر من ست برد و كان البلد و الطريق من أجل السكن، فهنا الأب أحق بحضانتها سواء كان الأب المقيم أم هو المتنقل، لأن الأب هو الذي يقوم عادة بتأديب الأبناء و حفظ نسبهم.

- الحنفية: يرى الحنفية أنه إذا كان المحزون في حضانة أمه أو غيرها فلا يجوز للأب الانتقال به إلا برضاه، لأن فترة الحضانة هذه من حقها، إلا إذا سقطت حضانتها و لا يوجد من يليها في الترتيب وانتقلت إلى الأب، فإذا أراد السفر به جاز له ذلك على أن يكون سفر الأب بالمحزون إلى بلد قريب من بلد الأم لتمكينها من رؤيته، و إلا لا يجوز ذلك.

و ما نستخلصه من اختلاف الآراء أن السفر لا يسقط حق الحضانة ، و هذا عند الحنفية ، بينما يسقطها في رأي الجمهور ( المالكية و الشافعية و الحنابلة ). إلا أن الأرجح هو مراعاة مصلحة المحزون في حالة السفر.

فمن الملاحظ أن الشريعة الإسلامية أكدت على هذا الحق خصوصا أن الطفل في مراحلہ الأولى يكون في حاجة إلى من يتدبر شؤونہ، كونه عاجزا عن القيام بذلك وحده. فمن خلال دراستنا لمراعاة الشريعة الإسلامية لكل صغيرة و كبيرة فيما يخص الحضانة، فما يمكن قوله أن فقهاء الشريعة الإسلامية و بالرغم من اختلاف آرائهم في بعض المجالات قد راعوا دائما مصلحة الطفل و جعلوا له مصلحة فضلى تفوق كل المصالح ، بما فيها مصلحة الوالدين.

### **الفرع الرابع: نظرة العالم الإسلامي المعاصر لمصلحة الطفل**

إن تطور المجتمع، و ظهور مسائل جديدة و تقنيات حديثة، لم يتعرض لها الفقه الإسلامي قديما، ألزم الجهات الإسلامية بضرورة التطرق إليها و لإصدار فتاوى بشأنها.

#### **أولا: بالنسبة للكفالة:**

فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني، فإنها فتحت أبواب أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب و للقطاء، و ذلك بما يعرف بالكفالة و الاحتضان و الرعاية التي تضمن حماية الأنساب و عدم اختلاطها. لكن الشيء الملاحظ في الحياة اليومية إن شريحة الأطفال المجهولين النسب و اللقطاء يعانون من عدة مشاكل عند بلوغهم سن الرشد، رغم كفالتهم من طرف مؤسسة الرعاية الاجتماعية أو بعض الأسر ذوي البر و الإحسان.

الشيء الذي دفع ببعض العائلات الرغبة في إعطاء اللقب العائلي لهم لضمان أحسن حياة لتنشئتهم، و نفس الشيء الذي دفع بهذه الأسر إلى الاستفسار عن مدى شرعيته رغم صراحة النصوص القرآنية بتحريم التبني. فبعد عدة سنوات من النقاش صدرت فتوى في سبتمبر 1991 فرقت بين النسب و اللقب و أجازت للعائلة الكفيلة إعطاء لقبها على الطفل المكفول. و ترسخ هذا في جميع الدول الإسلامية ماعدا تونس.

و في الجزائر قد صدر مرسوم وزاري في هذا الشأن في جانفي 1992، مما أدى بقيام العديد من العائلات بالإجراءات من أجل كفالة أطفال مجهولين النسب و اللقطاء.

## ثانياً: بالنسبة للتلقيح الاصطناعي:

يدخل الإنجاب الصناعي بتقنياته الحديثة ضمن القضايا التي لم يتعرض لها الفقه الإسلامي قديماً، غير أن النتائج المذهلة للتقنيات الحديثة في الإنجاب و اهتمام الأفراد المتزايد بها، ألزم الجهات الإسلامية بضرورة دراستها و البحث عن حكمها الشرعي، باعتبارها تمس إحدى الضرورات الخمس التي دلت القواعد الشرعية على حمايتها، و هي النسل.<sup>1</sup>

و أول الجهات التي تناولت الموضوع دار الإفتاء المصرية من خلال إصدارها للفتوة رقم 63 عام 1980، كما أنه عقدت في نفس الفترة بالكويت سلسلة ندوات تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحت عنوان: "الإسلام و المشكلات الطبية المعاصرة".

كما اهتم مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة العالم الإسلامي، و كذا المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بالمملكة العربية السعودية بهذه المواضيع، و صدرت عنها قرارات متعددة، إلى جانب مؤتمرات الأزهر الشريف السنوية عن المسائل الطبية و الأحكام الشرعية الخاصة بها، و كذا الآراء الفقهية الفردية لعلماء الأمة في هذا الشأن.<sup>2</sup>

وتم الاتفاق على تقنيات الإنجاب الحديثة و على جوازها و التي تتمثل فيما يلي<sup>3</sup>:

- 1- جواز تلقيح الزوجة بذات مني زوجها بشرط التأكد من عدم اختلاطه بمنى غيره.
- 2- جواز أخذ بويضة من الزوجة التي لا تحمل و تخصيها بنطف زوجها خارج الرحم في أنبوب، على أن تعاد البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة مرة أخرى.
- 3- تحريم تدخل الغير في عملية الإنجاب، بأي شكل كان. فلا يجوز التلقيح بغير نطفة الزوج، و لا تخصيب غير بويضة الزوجة، و لا زرع بويضة مخصبة غريبة عن الزوجين. فكل ذلك يدخل ضمن معنى الزنا، إذ أن ذلك يؤدي إلى اختلاط الأنساب .
- 4- يشمل التحريم عمليات نقل الأعضاء التناسلية من إنسان لآخر لنفس العلة المذكورة.

<sup>1</sup> - أنظر، مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي و القانوني للإنجاب الصناعي، م ع ق، إ، تلمسان، 2006، عدد 04، ص.78.

<sup>2</sup> - أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص.79.

<sup>3</sup> - أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.79.

5- تحريم التلاعب بالحياة الإنسانية، خاصة في بداية أطوارها، فلا يجوز الاستعانة بحيوانات لتحل محل الأمهات لحمل الجنين فترة الحمل أو بعض منها. كما لا يجوز التلاعب بالجينات الوراثية الخاصة بصفات معينة في الإنسان مثل اللون، الطول، أو تلك الخاصة بتحسين جنس الجنين.

### ثالثاً: بالنسبة للبصمة الوراثية:

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون، إلى اعتبار البصمة الوراثية طريقاً من طرق الإثبات، بعدما اعتبروها تطوراً عظيماً في مجال القیافة<sup>1</sup> الذي يذهب إليه جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه.

فقد جاء في قرار المجمع الفقهي بالرابعة أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

1- إذا حصل نزاع حول مجهول النسب سواء كان هذا نتيجة انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان سبب الاشتراك في وطء شبهة و نحو ذلك.

2 - في حالة الاشتباه بين المواليد في المستشفيات أو مراكز رعاية الأطفال، وكذلك الاشتباه في أطفال الأنايب.

3- في حالة ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الحروب، و تعذر معرفتهم ، أو وجدوا جثثاً لا يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التعرف على هويات أسرى الحرب و المفقودين.

و قد جاء في توصية ندوة الهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية: " أن البصمة الوراثية وسيلة لا تكاد تحظى في التحقق من الوالدية البيولوجية..... و هي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها الفقهاء".

أما عن إثبات ابن الزنا بالبصمة الوراثية، فهو ممنوع شرعاً، كما صرح بذلك مفتي مصر علي جمعة في 2006/05/22 حيث قال: " إن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات نسب الأم

<sup>1</sup> - راجع ص34 من هذا البحث.

بالميلاد، أما بالنسبة للأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية. " و أضاف قائلاً: " لذا نعتبر إثبات النسب لابن الزنا غير سليم ، و هذا لا علاقة له باستعمال تحليل البصمة الوراثية.<sup>1</sup> و تتوافق هذه الفتوى مع ما ورد عن الدكتور يوسف القرضاوي، حيث يرى هذا الأخير بعدم جواز استخدام تحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب في حالة الزنا، معتبراً أن الشرع وإن كان يتطلع لإثبات النسب، فإنه في ذات الوقت يرى أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية لكلا تشيع الفاحشة في الدين آمنوا. و ألفت أنه: " لا يعتمد باستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب إلا في حالة براءة المرأة المتزوجة إذا اتهمها زوجها بالزنا، أو في حالة إثبات نسب الولد لأبيه، حتى لا يقع الولد في مشكلات مستقبلية.

و ذكر الدكتور أنه في حالة رفض الزوج الخضوع للتحاليل، يعد هذا دليلاً ضده و ليس له، و يكون من حق القاضي أن يفعله رغماً عن الزوج.<sup>2</sup>

هذا عن اهتمام الشريعة الإسلامية بالطفل، باعتبارها أن مرحلة الطفولة تعد من أخطر مراحل العمر و أعظمها شأنًا في تكوين شخصية الفرد، و من ثم فإن رعاية الأطفال و حمايتهم أصبحت من الأمور الأساسية التي أكدت عليها الشريعة الإسلامية، فقد تحدثت في آيات كثيرة من القرآن الكريم على حقوق الطفل و مسؤوليات رعايته و حفظه، و يصور لنا الإمام الغزالي رحمه الله المسؤولية الكبيرة الملقاة على عاتق الأهل في تربية الأطفال و تنشئتهم التنشئة الصحيحة على التعاليم الدينية الإسلامية، حيث يقول في هذا الصدد: " الطفل أمانة عند والديه، و قلبه الطاهر جوهره نفسية ساذجة خالية من كل نقش و صورة، و هو قابل لكل ما نقش، و مائل لكل ما يمال به إليه، فإن عود الخير وعلمه نشأ عليه، و سعد في الدنيا و الآخرة و شاركه في ثوابه أبواه، و كل معلم له و مؤدب، و إن عود الشر و أهمل إهمال البهائم شقي و هلك، و كل الوزر في رقبة القيم عليه و الوالي له."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - www.alltalaba.com

<sup>2</sup> - www.islamtoday.net

<sup>3</sup> - أنظر، حسنين المحمدى بوادي، المرجع السابق، ص 46.

و جاء الإعلان العالمي لحقوق الطفل لتؤكد بنوده الاهتمام الكامل بحقوق الطفل الأساسية التي أعلنها الإسلام بصورة أعمق وأشمل منذ أربعة عشرة قرنا. و كانت الجزائر من الدول الأولى التي صادقت على هذه الاتفاقية، مما يتعين علينا محاولة حصر معايير مصلحة الطفل التي جاءت بها هذه الاتفاقية، و هذا ما سيتطرق إليه في المطلب الثاني.

## **المطلب الثاني: معايير المصلحة حسب اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989**

تعد اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 القانون الدولي لحقوق الطفل، لأنها تضمنت كافة المواثيق الدولية المعنية بهذه القضية، و أضافت إليها كذلك بعض الحقوق و الحريات و آليات التنفيذ و وسائل الحماية الجديدة لكي تشكل مرجعا هاما قانونيا و ملزما في مجال حقوق الطفل في العالم.<sup>1</sup> حيث يقول الدكتور محمد السعيد الدقاق: " تنتقل الاتفاقية بحقوق الطفل من دائرة الاختيار إلى دائرة الإلزام، و تكفل نظاما قانونيا للحماية اللازمة لحقوق الطفل بشكل يرتب مجموعة من الالتزامات القانونية على الدولة التي تصادق عليها.<sup>2</sup> كما تمثل مجموعة متفقا عليها من المعايير والالتزامات التي تعطي الطفل موقعا مركزيا في السعي من أجل بناء مجتمع يسوده العدل و الاحترام و السلام.

و تصون الاتفاقية حقوق الطفل بالنص على معايير يتعين إتباعها ، و تمثل هذه المعايير معالم مرجعية يمكن أن يقاس بها التقدم. كما أن الدول التي تصادق على الاتفاقية ملزمة بأن تراعي دائما مصالح الطفل العليا في أعمالها و سياساتها. و لتحقيق كل هذا فقد أرسيت اتفاقية حقوق

<sup>1</sup> - أنظر، د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في اطار اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الإسكندرية، 1988، ص.09.

الطفل إلى جانب الحقوق ( الفرع الثاني) مبادئ أساسية التي تعتبر كمبادئ تفسيرية و توجيهية خاصة بتحديد دلالة و مضامين الحقوق المعترف بها للطفل.<sup>1</sup> و هذا ما سوف يتطرق إليه في الفرع الأول.

## الفرع الأول:المبادئ التفسيرية الواردة في اتفاقية حقوق الطفل

فأرست اتفاقية حقوق الطفل أربعة مبادئ أساسية ينبغي الرجوع إليها و الاسترشاد بها عند تفسير حقوق الطفل، و هي :

### أولاً: مبدأ عدم التمييز

فتتعهد الدول الأطراف بموجب المادة 2 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، و بموجب اتفاقيات حقوق الإنسان الأخرى<sup>2</sup>، بالالتزام باحترام و بضمان احترام الحقوق المعترف بها في الاتفاقية دون تمييز لأي سبب كان.<sup>3</sup>

فترسي الاتفاقية مبدأ المساواة بين كافة الأطفال في العالم و لا سيما بين الطفل و الطفلة، و أيا كان دين الطفل و عقيدته، و أيا كان رأيهم السياسي أو الاجتماعي، أو الطائفة أو الأقلية التي ينتمون إليها، و أيضا لا فرق بين الأطفال الأثرياء و الفقراء، و لا يجب كذلك أن يتم التمييز في منح هذه الحقوق بين الأطفال الشرعيين و غير الشرعيين، و يجب أن يتمتع الأطفال اللقطاء

<sup>1</sup> - أنظر، محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2007، ص540.  
<sup>2</sup> - مثل المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في 1948/12/10، و المبدأ الأول من إعلان حقوق الطفل الصادر في 1909. كذلك المادة من العهدين الدوليين الصادرين عام 1966 للحقوق المدنية و السياسية و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية

<sup>3</sup> - راجع نص ما2 فقرة 1 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، الملحق رقم 1.

بذات الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأطفال معلومي النسب، كما أنه للأطفال المعاقين نفس الحقوق الممنوحة للأطفال الأصحاء.

## ثانياً: مبدأ المصالح الفضلى للطفل

و هذا من بين أهم المبادئ التي أرستها هاته الاتفاقية في مادتها الثالثة، و هو ضرورة مراعاة الدول الأطراف لحقوق الطفل أولاً عند اتخاذ أية إجراءات إدارية أو تنفيذية أو قضائية أو غيرها تتعلق بالطفل. و لذلك فقد جاء نص المادة الثالثة من الاتفاقية كالتالي: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى".

و رغم أن الاتفاقية لم توضح مضمون المصلحة الفضلى للطفل إلا أنها أرفقت بنشرات توضيحية لإظهار أسباب إصدارها، و شرح بعض البنود التي اعتبرت غامضة منها عبارة " المصلحة الفضلى للطفل" التي جاء تعريفها في إحدى هذه المنشورات على النحو الآتي: " هي المبدأ الذي يجب الاستناد إليه في كل إجراء يتخذ بشأن الطفل، بهدف إيجاد أحسن الحلول و أنسبها للمشاكل التي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية".<sup>1</sup>

و لم يكتف واضعوا الاتفاقية بنص هذه المادة فقط، بل أكدت على مصلحة الطفل العديد من نصوص المواد الأخرى وهي:

❖ المادة 9 من نفس الاتفاقية تنص على حق الطفل في العيش مع والديه، فهذا يبدو مبدأ هام جداً سواء بالنسبة للطفل أو والديه. إلا أنه في الفقرة الأولى من هذه المادة فقد نصت على إمكانية فصل الطفل عن والديه بقرار من طرف السلطات المختصة، بشرط أن يكون هذا الفصل في صالح الطفل أي أن يكون قرار الفصل متماشياً مع مصلحة الطفل الفضلى.

<sup>1</sup> أنظر، -ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.164.

❖ كذلك نجد الفقرة الثالثة من نفس المادة التي تنص على حق الطفل أن تكون له علاقات شخصية ومباشرة مع والديه، إلا إذا كان هذا منافيا و متعارضاً مع مصلحته، ففي هذه الحالة يمكن للسلطات المختصة منع الطفل من الاتصال بوالديه الاثنان أو أحدهما.

❖ المادة 18 من نفس الاتفاقية التي تضع على عاتق الوالدين و الأوصياء القانونيين المسؤولية الأولى على تربية الطفل و نموه، و جعلت من مصالحه الفضلى موضوع اهتمامهم الأساسي.

❖ كما ألزمت هذه المادة في فقرتها الثانية الدول الأطراف على تقديم المساعدة الملائمة للوالدين ولأوصياء القانونيين في الإطلاع بمسؤوليات تربية الطفل، و عليها أن تكفل تطوير مؤسسات رعاية الأطفال.

❖ المادة 20 من هذه الاتفاقية التي تنص على أن الطفل المحروم من بيئته العائلية، له الحق في التمتع بحماية و مساعدة الدولة، و المتمثلة خاصة في توفير له رعاية بديلة.

❖ كما نجد أن الفقرة الأولى من نفس المادة راعت أيضا حالة الطفل الذي يكون من مصلحته عدم تركه في أسرته، و خولت له أيضا هو الآخر حق الاستفادة من مساعدة و حماية الدولة.

❖ المادة 21 من نفس الاتفاقية تلزم الدول التي تجيز نظام التبني كوسط بديل أن تحترم و تراعي أولا وقبل كل شيء مصلحة الطفل عند القيام بالإجراءات اللازمة و الخاصة بالتبني.

فمن خلال كل هذه المواد، فما يمكن ملاحظته أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 تبنت مبدأ " الطفل أولا" و مراعاة مصالح الطفل العليا أولا قبل مصلحة الدولة أو والديه أو أوصيائه، وهو نقلة جديدة على الصعيد الدولي نحو حماية حقوق الطفل، لأنه ليس بالضرورة أن تكون مصالح الطفل مرتبطة مع مصالح والديه أو أوصيائه.

### ثالثا: حق الطفل في الحياة

فباعتبار أن الحق في الحياة هو أصل الحقوق و سيدها<sup>1</sup>، أرسى اتفاقية حقوق الطفل هذا الحق حيث نصت في المادة 6 منها على أن: "تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصلياً في الحياة."

و حماية حق الحياة للطفل يشتمل على القيام بكل الأفعال الإيجابية التي تحافظ على حياة الطفل، و الامتناع عن الأفعال السلبية التي تهدد حق الحياة لهذا الطفل.

### رابعاً: مبدأ مشاركة الطفل في صناعة القرارات المتعلقة به

هذا المبدأ تضمنته المادة 12 من اتفاقية حقوق الطفل حيث نصت على: "ينبغي أن يكون للأطفال حرية الرأي في كل المسائل التي تؤثر عليهم و إيلاء الاعتبار الواجب لهذه الآراء، وفقاً لسن الطفل و نضجه."

إن الفكرة التي يسعى هذا النص إلى تكريسها، هي ضرورة استماع الدول الأطراف ومؤسسات الدولة و المجتمع و الأسرة إلى آراء الطفل في كافة القضايا التي تمسه و تؤثر في حياته و حقوقه و حرياته، و هذه الفكرة تتقاطع مع فكرة إيلاء اعتبار أول للمصالح الفضلى للأطفال.

و لقد لخص السيد كوفي آنان، أمين عام الأمم المتحدة أهمية احترام حقوق الطفل في مقالة جاء فيها: "إن الأطفال لهم نفس المكانة كالبالغين كأعضاء في الأسرة الإنسانية، و أن الدول ملزمة بأن تدرك الهيكل العام للحقوق الإنسانية لكافة الأطفال، لأنه عند استخدام التعريف الاصطلاحي للأطفال كبشر تحت سن الثامنة عشر، فإن ذلك يحتوي نسبة كبيرة من سكان العالم، و إذا كانوا لا يشاركون بشكل عام في العمليات السياسية إلا أن الكثير من الدول تستمتع بصورة جادة إلى وجهات نظر الأطفال في كثير من القضايا التي تتعلق بهم."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.72.

<sup>2</sup> - www.unicef.org

و بالتالي ما يمكن قوله مما سبق، أن " مصلحة الطفل الفضلى " هي المحور الأساسي للمبادئ المشار إليها أعلاه، فمصلحة الطفل الفضلى لا تتحقق إلا من خلال الالتزام بمبدأ عدم التمييز، و بحق الطفل في الحياة و البقاء و النماء و المشاركة.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: حقوق الطفل في الاتفاقية.

فقد تبنت الاتفاقية عدة حقوق للطفل<sup>2</sup>. من بينها و ما يهمنا، نجدها أقرت كأول حق للطفل حقه في النسب ، مما يترتب عليه حقه في معرفة والديه و العيش معهما إذ أولت هذا اهتماما كبيرا بتكريسها لحق الطفل في الوسط العائلي، كما راعت حالة الطفل المحروم من هذا الأخير إذ منحت له حق في رعاية بديلة.

## أولاً: حق الطفل في النسب

لقد حرصت جميع الصكوك الدولية لحقوق الإنسان عامة و الطفل خاصة على تأكيد حق الطفل في نسبه، و هذا ما جاءت به المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل إذ جاء فيها: " يسجل الطفل بعد ولادته فوراً و يكون له الحق منذ ولادته في اسم و الحق في اكتساب الجنسية، و يكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه و تلقي رعايتهما." فمعرفة الطفل لوالديه يكون لمعرفة نسبه و أهله ولتنحدر عن ذلك جميع الحقوق الناجمة عنه لتمكينه من العيش في وسط عائلي يوفر له الرفاهية و المحبة.

## ثانياً: حق الطفل في الوسط العائلي

---

<sup>1</sup> - أنظر، غسان خليل، حقوق الطفل، بيروت، 2000، ص.110.  
3 - حق الطفل في الرعاية الصحية، حق الطفل في التعليم، حق الطفل في أن يكون له اسم و جنسية، حق الطفل في حرية العقيدة و الدين، حق الطفل في حرية التعبير عن رأيه، حق الطفل في اللعب و أوقات الفراغ و الراحة، حق الطفل في الحصول على المعلومات المناسبة، حق الطفل اليافع في المشاركة.

إن وجود الطفل بين أبيه و أمه في محيط أسرة تحيطه بالرعاية و الاهتمام طيلة فترة الطفولة هو أبسط حقوق هذا الطفل ومن أهمها، فقد أولت الهيئات و المنظمات الدولية العاملة في مجال الطفولة، اهتماما خاصا بالتنشئة الأسرية، كما أدرجت ضرورة حماية و مساعدة الأسرة و العمل على شمل الأسر في العديد من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان عامة و الطفل خاصة. إذ أشارت إلى هذا الحق ديباجة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 حينما ذكرت أن الطفل لكي تنمو شخصيته نموا كاملا و متناسقا يجب أن ينشأ في بيئة عائلية، في جو من السعادة و المحبة و التفاهم.

و من خلال المادة 05 من اتفاقية حقوق الطفل التي نصت: " تحترم الدول الأطراف مسؤوليات و حقوق وواجبات الوالدين، أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانونا عن الطفل... " نلاحظ أنها تبنت المفهوم الواسع للأسرة لتشمل أيضا الأقارب و الأهل جميعا بجانب الأبوين.

و لم تكتف الاتفاقية بذلك، فنصت في المادة 18 على أن: " تبذل الدول قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل و نموه. و تقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل و نموه، و تكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمام أساسي " .

و في سبيل تحقيق هذه الغاية نصت الفقرة الثانية من نفس المادة: " يجب على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تقدم المساعدة الملائمة للوالدين و الأوصياء القانونيين في الاضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل و عليها أن تكفل تطوير مؤسسات و مرافق و خدمات رعاية الأطفال. "

أي أن هذه المادة نصت على ضرورة أن ينشأ الطفل، و ينمو في رعاية والديه أو الأوصياء القانونيين عليه الذين يجب أن يتحملوا المسؤولية الرئيسية في نمو الطفل و تنشئته مراعين مصالحه القصوى.<sup>1</sup>

كذلك فإن المادتين 20 و 21 من الاتفاقية تفرضان الالتزام بضرورة العمل على تمتع الطفل برعاية والديه، و باتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة حرمانه من هذا الوسط العائلي و ذلك بتهيئة له وسط بديل.

فمما سبق يتضح أن اتفاقية حقوق الطفل تؤكد حق الطفل في الوسط العائلي، و على أن الأسرة هي المكان الرئيسي للتنشئة الاجتماعية. و من أجل حماية هذا الحق، فقد أقرت الاتفاقية مبادئ:

### 1- عدم فصل الطفل عن والديه:

لقد تفهمت اتفاقية حقوق الطفل، حاجة الطفل إلى الشعور بالأمن العاطفي و الاستقرار النفسي الحقيقي الذين يوفرهما شعور الطفل بالانتماء إلى أسرة مستقرة متحاببة متفهمة<sup>2</sup> لذلك نصت المادة 9 فقرة 1 من اتفاقية حقوق الطفل على عدم فصل الطفل عن والديه، واعتبرت ذلك قاعدة عامة لا يجوز الخروج عليها إلا في حالات الضرورة.

كما يجب لم و جمع شمل الأسرة، و لذا أوجبت المادة 10 من هذه الاتفاقية على الدول الأطراف العمل على جمع شمل الأسرة بالنظر بشكل إيجابي و سريع و إنساني في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والده لدخول أو مغادرة دولة بهدف جمع شمل الأسرة.<sup>3</sup>

و لعل مشكلة الطفل الكوي ( إيان جونزاليس ) خير شاهد على ضرورة جمع شمل الأسرة، وتتلخص وقائع هذه القضية التي أثارت أزمة سياسية بين الولايات المتحدة الأمريكية و كوبا، في أن والدة الطفل الكوي كانت تحاول دخول الولايات المتحدة و معها الطفل بطريقة غير شرعية

<sup>1</sup> - أنظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص.269.

<sup>2</sup> - أنظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص.273.

<sup>3</sup> - أنظر، منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.77.

بواسطة مركب في المحيط، فغرقت الأم و ماتت، و نجح الطفل، و تسلمته السلطات الأمريكية في ولاية فلوريدا الأمريكية، ثم سلمته لأقارب الزوجة المتوفية المقيمين في هذه الولاية، و لما حاول والد الطفل المقيم في كوبا استرجاع الطفل من السلطات الأمريكية رفضت طلبه، و بعد عرض الأمر على إدارة الهجرة الأمريكية أصدرت قرارها بعودة الطفل إلى والده في كوبا.<sup>1</sup>

فالبرغم من أن الولايات المتحدة ليست منضمة إلى اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، إلا أنها اتخذت هذا القرار باعتبار أن عدم فصل الطفل عن والديه أو إحداهما، و جمع شمل الأسرة صارا من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، التي نصت عليها موثيق دولية سابقة على هذه الاتفاقية.

## 2 - رعاية حقوق الطفل في حالة انفصال الوالدين:

عاجت المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل حالة انفصال الوالدين و تأثيرها على حق الطفل في أن تكون له أسرة، حيث نصت على أنه: " تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج و عدم عودتهم بصورة غير مشروعة، ولأجل تحقيق هذا الغرض تشجع الدول الأطراف على عقد اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف و الانضمام إلى اتفاقيات قائمة تعالج هذا الموضوع." وهذا كما فعلت الجزائر و فرنسا بإبرامهما اتفاقية خاصة في عام 1988<sup>2</sup> من أجل حل المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط بين الجزائريين و الفرنسيات، حيث كانت تقوم الزوجات الفرنسيات بأخذ الأطفال و عدم السماح لهم بعودتهم إلى آبائهم و العكس صحيح. فهذه الاتفاقية أقرت حق الطفل الاتصال بوالديه حتى في حالة انتهاء العلاقة الزوجية بينهما.

و مما سبق ذكره ما يمكن قوله هو أن اتفاقية حقوق الطفل تضمن للطفل الحق في أن تكون له أسرة مستقرة و مترابطة، هذا و حتى في حالة انفصال الزوجين، و هذا ما هو إلا تحقيقا لمصلحته الفضلى.

<sup>1</sup> - أنظر، جريدة الأهرام المصرية، عدد 41313، الصادرة في 2000.  
<sup>2</sup> - أنظر الملحق رقم 02.

زيادة على هذا فقد راعت الاتفاقية حالة الطفل المحروم من الوسط العائلي بحيث أقرت له حقا آخر و هو الرعاية البديلة.

### ثالثا: حق الطفل في الرعاية البديلة

قد يولد الطفل محروما من وسطه العائلي، و قد يكون وسطه العائلي غير ملائم لتنشئته نشأة صالحة.<sup>1</sup> فقد أكدت اتفاقية حقوق الطفل على ضرورة إيجاد وسط عائلي بديل للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من هذه البيئة، و يتعين على الدول الأطراف في الاتفاقية أن توجد مثل هذا الوسط وفقا لقوانينها و تشريعاتها الوطنية.<sup>2</sup>

فقد أخذت الاتفاقية بنظام التبني باعتباره أحد وسائل الرعاية البديلة في القوانين الوضعية، كما أنها راعت موقف الدول الإسلامية التي ترفض فكرة التبني لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، فأقرت لها نظام الحضانة و نظام الكفالة كوسائل للرعاية البديلة، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. و يتجلى ذلك بوضوح من خلال نص المواد 20 و 21 من الاتفاقية.

فلقد نصت المادة 20 على أن:

- 1- للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية و مساعدة خاصتين توفرهما الدولة.
- 2- تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.
- 3- يمكن أن تشمل الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في الشريعة الإسلامية، أو التبني، أو عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال و عند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل و لخلفية الطفل الاثنية و الدينية والثقافية و اللغوية".

<sup>1</sup> - أنظر، محمد السعيد الدقاق، المرجع السابق، ص.9.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 20 من الاتفاقية.

و بالتالي فمن حق الأطفال المحرومين من البيئة الأسرية التمتع بالحماية الخاصة و المساعدة والعناية البديلة، كما ينبغي تحاشي الإيواء في المؤسسات، و استخدامه فقط بوصفه آخر ما يمكن أن يلجأ عليه لرعاية الأطفال.

## 1- التبني

قد سبق و أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان المبادئ الاجتماعية و القانونية بحماية الأطفال و رعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة و التبني على الصعيدين الوطني والدولي في عام 1986، و خصص هذا الإعلان إثني عشر مبدأ لموضوع التبني. و التبني نوعان:

● **تبني داخلي:** و هو الذي يتم بين زوجين و طفل داخل دولة واحدة، و هي التي ولد فيها الطفل.

● **تبني خارجي:** و هو الذي يحدث بين زوجين و طفل ولد خارج حدود دولة الزوجين، و يتم جلب الطفل إلى دولة الزوجين.

و استمرارا لتقنين و ضبط التبني على الصعيد الدولي، فقد نصت اتفاقية حقوق الطفل في مادته 21 على مجموعة من التدابير و الإجراءات التي يجب أن تلتزم بها الدول الأطراف التي تأخذ بالتبني، مراعية أولا و قبل كل شيء مصالح الطفل العليا، و هذه الإجراءات هي:

أ- ضمان ألا يصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة طبقا للقوانين و الإجراءات السارية، و على أساس كل المعلومات الموثوق بها ذات الصلة بأن التبني جائزا نظرا لحالة الطفل فيما يتصل بالوالدين و الأقارب و الأوصياء القانونيين، و الأشخاص المعنيين عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من مشورة.

ب- الاعتراف بأن التبني في بلدا آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، إذا تعذرت إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنية، و إذا تعذرت العناية به بأي طريقة في بلده.

ت- أن تضمن بالنسبة للتبني الخارجي أنه سيفيد الطفل من خلال و ضمانات و معايير تعادل تلك القائمة في التبني الداخلي.

ث- اتخاذ كل التدابير المناسبة لكي تضمن بالنسبة للتبني الخارجي، أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي و غير مشروع.

ج- تعزز عند الضرورة أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، وتوسع في هذا الإطار لضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة.

## 2- الحضانة

فقد أشارت إليها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 باعتبارها إحدى وسائل الرعاية البديلة للطفل عند انفصال الزوجين، و هي أن يتولى من تسند له الحضانة بتربية الطفل و حفظه جسمانيا و عقليا وتوفير له كل ما يلزم حتى يقوى على القيام بمسؤوليات الحياة.

## 3- الكفالة

كما أقرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 نظام الكفالة كبديل لنظام التبني بالنسبة للدول الإسلامية التي تحرم التبني شرعا و قانونا، و اعتبرت إحدى الوسائل البديلة للطفل الذي لا أسرة له، والتي يجب أن تمنح لكل الأطفال الذين لا عائل لهم.

هذا عن أهم المعايير التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل، فلم تكن هي الاتفاقية الأولى التي اهتمت بالطفل، إلا أن اهتمام المجتمع الدولي بهذه الفئة الضعيفة تدرج من مجرد الإعلانات والتصريحات إلى تبني الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل، فقد كانت من أكثر الاتفاقيات الدولية التي

حضت بمبادرة دول العالم عليها، فوقعت على هذه المعاهدة في اليوم الأول 60 دولة من ضمنها 4 دول عربية هي: الجزائر، لبنان، موريتانيا و المغرب. في حين وصل عدد الدول التي صادقت عليها 191 دولة، ولم توقع عليها إلا دولتين و هما: الولايات المتحدة الأمريكية و الصومال.

فأمام صعوبة ضبط مفهوم مصلحة الطفل، التي نادى بها الكثير، بدءا بفقهاء الشريعة الإسلامية و مرورا بواضعوا القوانين الوضعية، إلى جانب الاهتمام الدولي الكبير ، فحاولنا دراسة أهم المعايير التي وضعتها أحكام الشريعة الإسلامية، و كذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 لمحاولة على الأقل حصر هذا المفهوم الواسع و المفتاح.<sup>1</sup>

و الشيء الذي نلاحظه و هو أن المعايير التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، ما هي إلا تأكيداً على ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية من قبلها، فأكدت على أهمية الأسرة في حياة الطفل وحقه في الانتساب إليها و اعتبرتها من أبسط و أهم الحقوق التي يتمتع بها الطفل. كما أنهما قد راعتا حالة الأطفال المحرومين من الوسط العائلي بما فيهم الأيتام و اللقطاء، و حثهما على ضرورة توفير لهم رعاية بديلة.

فإذا قارنا أهم المبادئ التي جاءت بها الاتفاقية مع أحكام الشريعة الإسلامية، فنجد أنها متقاربة جدا.

فبالنسبة لمبدأ الحق في الحياة، و الذي يمكن اعتباره المبدأ الأساسي، فنجد أن هذا المبدأ قد حثت عليه أحكام الشريعة الإسلامية، باعتباره حقاً مقدساً، و حرمت كل اعتداء عليه.

كذلك بالنسبة لمبدأ مراعاة المصالح الفضلى للطفل، فنلاحظ أنه بالرغم من اختلاف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنها كلها تسعى إلى تحقيق مصلحة الطفل قبل كل شيء.

و نجد أيضاً مبدأ ضرورة احترام رأي الطفل، فبالرغم من عدم اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الأخذ و الاستماع لرأي المحضون، إلا أنه نجد فريق ينادي بسماع للطفل اختياراً حاضنه، و هذا ما يتوافق مع هذا المبدأ.

<sup>1</sup> -cf, J Carbonnier, droit civil,t2, la famille,edit puf, 1993, p287.

إلا أن الاختلاف الذي يقع و الذي يعتبر حسب البعض من الأمور التي تتنافى مع تحقيق مصالح الطفل الفضلى، هو عدم مساواة الشريعة الإسلامية بين الطفل الشرعي و الطفل الطبيعي، على عكس مبدأ المساواة الذي نادى به اتفاقية حقوق الطفل. و حجة الدول الإسلامية التي لا تعتبر معارضة الشريعة الإسلامية لهذه المسألة مخالفة لمبدأ المصالح الفضلى للطفل، هو أن الشريعة الإسلامية قد عرفت نظما و مؤسسات قانونية تتفق في الواقع مع أحكام القانون الدولي المعاصر في مجال حقوق الطفل، و من ذلك نظام الكفالة، فيجوز للمسلمين أن يكفلوا الأطفال الأيتام و المولودين خارج الزواج و غيرهم من الأطفال الذين يحتاجون إلى من يرعاهم، و هو نظام قانوني يتضمن حلا فعلا لهذه المشكلة، و يحقق في الوقت ذاته المصالح الفضلى للطفل.<sup>1</sup>

و الشيء الذي يزيد تأكيدا على أن المبادئ التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل، أغلبها تتوافق مع ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، هو أنه قد قامت اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة و الطفل التابعة للمجلس الإسلامي العالمي للدعوة و الإغاثة، بدراسة تلك الوثائق الدولية بالاستعانة بالعلماء المتخصصين، بهدف الوقوف على مدى تطابقها أو تعارضها مع الشريعة الإسلامية، الشيء الذي أدى إلى وضع " ميثاق الطفل في الإسلام"<sup>2</sup>، الذي أعدته بالتعاون مع العديد من المراجع الفقهية في العالم الإسلامي و بمراقبة الأزهر الشريف، الذي أقره بعد التأكد من توافقه التام مع المبادئ الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة و الفقه الإسلامي.<sup>3</sup>

فصيغ هذا الميثاق في ضوء المبادئ الأساسية التي تحكم أمور الطفل في الإسلام، و ترك ما يتصل بالتشريع و الإجراءات التنفيذية لكل بلد بغية المواءمة بين مواد الميثاق و ظروف كل مجتمع إسلامي.

و قد جعل هذا الميثاق من الأسرة الحق الأساسي للطفل، كما أقر للطفل المحروم من هذه الأسرة حق الحضانة و الكفالة كحق في الرعاية البديلة.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص.543.

<sup>2</sup> - أنظر، الملحق رقم3.

<sup>3</sup> - www.islamonline.net

كما نص و أقر مبدأ هام في المادة 33 منه و هو مراعاة مصلحة الطفل الفضلى في كل الإجراءات المتعلقة بالطفل، إذ جاء نصها كما يلي: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالطفل سواء قامت بها الهيئات التشريعية أو القضائية أو الإدارية أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى مع مراعاة حقوق والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا."

و هذا ما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

ومن هنا ما يمكن قوله، أنه بعد محاولة حصر و تحديد طبيعة مصلحة الطفل من خلال المعايير التي جاءت بها سواء أحكام الشريعة الإسلامية أو اتفاقية حقوق الطفل، و التي هي في حقيقة الأمر مبادئ تفسيرية و توجيهية خاصة بتحديد دلالة و مضامين الحقوق المعترف بها للطفل، يمكن للقاضي الرجوع إليها من أجل تسبب أحكامه، كما يبي عليها اجتهاده. فإن مبدأ مصلحة الطفل هو ليس مبدأ لتقرير الحقوق أو لترتيب الالتزامات، و لكنه مبدأ لتفسيرها يتعين الأخذ به فيما يخص الإجراءات المتعلقة بالأطفال، و لذلك تكون المصالح الفضلى للطفل لا نهائية، تعتمد في الواقع على المعطيات الموضوعية و الشخصية المتعلقة بكل حالة. كما أنه لا يمكن من الناحية العملية، و لا من الناحية النظرية وضع قائمة محددة لهذه المصالح.

و لذلك يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي و الأولي في هذا الموضوع، و يبرز فيه أشد البروز، و ذلك بأن يتناوب مع المشرع في مهمته عن طريق قاعدة يشكلها حسب الحالة المعروضة عليه و يطبقها مباشرة عليها.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>- A cet égard, M. le doyen J- Carbonnier souligne : si la jurisprudence n'est qu'une autorité, elle est une autorité privilégiée car la thèse qu'elle appuie a, par définition, dans le litige pour la solution duquel on cherche à se faire une opinion, plus de chances d'être accueillie par le tribunal saisi, donc plus de chances de devenir du droit effectif. C'est pourquoi quand on parle du droit d'un pays, il ne faut pas seulement entendre ses lois, mais ses lois et sa jurisprudence.... » cf.J.Carbonnier, op.cit.,p .176.

و لذا السؤال الذي يطرح هو عن هذه الازدواجية بين المشرع و القاضي لتحقيق مصلحة  
الطفل، فما هو دور المشرع؟ و ما هو دور القاضي في تحقيق مصلحة الطفل؟ و هذا ما سنحاول  
الإجابة عليه من خلال الفصل الثاني.

# الفصل الثاني

هذا و بعد محاولة تحديد طبيعة مصلحة الطفل من خلال المعايير التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية، و كذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، و هي المعايير التي يمكن للقاضي اللجوء إليها عند الفصل في القضايا المعروضة إليه تفسيراً لمبدأ مصلحة الطفل، التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إلا أنه كما سبق ذكره لم يعطي لها تعريفاً واضحاً و دقيقاً، تاركاً السلطة التقديرية للقاضي في اتخاذ الحلول المناسبة بشأن الدعاوى التي ترفع أمامه، و هذا راجع إلى أن قاعدة مراعاة مصلحة الطفل هي ذاتية و شخصية، فتتغير من حالة إلى أخرى، فما يصلح لطفل ما لا يصلح بالضرورة لطفل آخر. كما أنها قاعدة غير ثابتة ، و قابلة للتغيير، فما كان يصلح للطفل في وقت معين، قد لا يصلح له في زمان آخر.

و أمام هذا الفراغ القانوني، السؤال الذي يطرح هو عن مدى دور القاضي في تقدير هذه المصلحة أثناء الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه، إلا أنه قبل الإجابة على هذا السؤال فلا بد من إيضاح موقف المشرع من هذه المصلحة أي كيف نظم المسائل الخاصة بالأطفال ، إذ يعتبر هو نقطة البدء التي ينطلق منها القاضي من أجل تفسير الحقوق التي وضعها المشرع .

ولإيضاح هذا سوف نتناول في هذا المبحث مسألة النسب و مسألة الحضانة كما سبق ذكره  
أنها المسائل الأكثر تداولاً أمام محاكمنا و التي لها علاقة وثيقة بمصلحة الطفل. و على هذا  
الأساس سيقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول نين فيه موقف المشرع من مصلحة  
الطفل من خلال مسألتى النسب و الحضانة، و في المبحث الثاني نتناول سلطة القاضي في تقدير  
هذه المصلحة من خلال الدعاوى التي ترفع إليه.

## **المبحث الأول : تقدير المشرع الجزائري لمصلحة الطفل**

إن المشرع الجزائري و بصدور القانون رقم 11/84 الصادر في 09 جوان 1984 عمل على  
تنظيم المسائل المتعلقة بالأسرة، بما فيها مسائل النسب و الحضانة مستندا في ذلك لأحكام  
الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا القانون لم يخلو من النقائص خاصة عند التطبيق، طالما كان الأمر  
يتعلق بالطفل و حقوقه، الشيء الذي دفع بالمشرع إلى إدخال بعض التعديلات عليه و ذلك  
بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 15 فبراير 2005. فالسؤال الذي يطرح هو هل المشرع الجزائري  
وفق في تنظيم هاتين المسألتين مع ما يتماشى مع مصلحة الطفل؟

و هذا ما سيحاول الإجابة عليه من خلال المطلبين المواليين يخصص الأول لموقف المشرع من  
تنظيم المسائل المتعلقة بالنسب، في حين يخصص المطلب الثاني لموقف المشرع من تنظيم المسائل  
المتعلقة بالحضانة.

## **المطلب الأول: مصلحة الطفل و النسب**

إن أهم حق يكتسبه الشخص هو النسب، لما يترتب عن هذا الأخير من حقوق للفرد وللمجتمع ككل، فإن النسب ليس هدفا في حد ذاته فحسب، بل هو حماية و ضمانا لحقوق الولد كالنفقة و الحضانة و الإرث، و حرمة المصاهرة.<sup>1</sup>

فيعتبر النسب من العناصر المكونة لهوية الإنسان<sup>2</sup>، هذه الهوية التي تميز الأشخاص عن بعضهم البعض.

و بما أن نسب الطفل لا يطرح مشاكل فقط أثناء الحياة الزوجية و التي قد تنقطع لسبب ما، بل الأمر يتعدى ذلك لما يطرح من مشاكل حتى بعد انقضاء هذه العلاقة. فإن المشرع الجزائري نظم مسائل النسب في الفصل الخامس من الباب الأول من قانون الأسرة في المواد من 40 إلى 46، فهل منح هذا الحق أي حق إنتساب الطفل إلى والديه لكل الأطفال بدون تمييز؟ (الفرع الأول)، و إذا منح هذا الحق للطفل فله حق الاحتفاظ به، فما هي الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري لاحتفاظ الطفل بنسبه؟ ( الفرع الثاني)، كم أقر المشرع الجزائري للطفل حق البحث عن نسبه، و هذا عن طريق وضعه لوسائل إثبات يرجع إليها في حالة إثبات النسب ( الفرع الثالث )، كما راع أيضا المشرع حالة الأطفال المجهولين النسب ( الفرع الرابع).

## **الفرع الأول: حق الطفل في الانتساب إلى والديه**

إن من أبسط و أهم الحقوق التي تخول للطفل أثناء ولادته هي حقه في الانتساب إلى والديه، إلا أن السؤال الذي يطرح هو هل يقر المشرع الجزائري هذا الحق للطفل سواء ولد من زواج أو خارجه؟ و هذا ما سيحاول الإجابة عليه.

## **أولا: الطفل المولود من الزواج**

<sup>1</sup> - أنظر، محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب و طرق إثباته، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص 4.

<sup>2</sup> - عرض المشرع الجزائري في الباب الثاني من القانون المدني، وخصص الفصل الأول للشخص الطبيعي و مميزاته، أي العناصر المكونة لهويته وهي : الإسم حسب ما 28 قام ج، و الجنسية حسب ما 30، زيادة عن حق الشخص في الانتساب إلى أسرته حسب ما 32، والموطن حسب المواد من 36 إلى 39 من نفس القانون.

يعترف المشرع الجزائري بحق الطفل المولود من زواج في الانتساب إلى أبويه بشرط أن يتوافر هذا الزواج بالإضافة إلى الفراش، و متى حصلت ولادته خلال أقل مدة للحمل و أقصاها.

أ- وجود عقد زواج: عرفه المشرع الجزائري في المادة 4 من قأج كما يلي: "الزواج هو عقد يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة، و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب."

إلا أن الزواج قد يكون صحيحا كما قد يكون غير صحيح، فهل يثبت نسب الطفل في كلا الحالتين؟

## 1- الزواج الصحيح:

يثبت نسب الطفل المولود من الزواج الصحيح من كلا أبويه في التشريع الجزائري، و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 40 قأج: " يثبت النسب بالزواج الصحيح".

و يعتبر الزواج صحيحا في نظر المشرع الجزائري، إذا توافر فيه ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 9 قأج، و كذلك الشروط التي ذكرها المشرع في المادة 9 مكرر و المادة 23 و ما بعدها. وسواء كان هذا الزواج رسميا أو عرفيا، لأن الرسمية ليست ركنا فيه، بل وسيلة لإثباته.<sup>1</sup>

و لا يثبت نسب الطفل إلا بعد إثبات زواج أبويه بمستخرج من سجلات الحالة المدنية، أو بحكم قضائي إذا كان الزواج عرفيا، حسب ما نصت عليه المادة 22 قأج: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

فبالنسبة للزواج العرفي الذي لا تشترط الشكلية لصحته، فهو يعتبر زواجا صحيحا، لكن غير مسجل طبقا للقانون التنظيمي، و بالتالي ليس له أي أثر قانوني، و لذلك وجب إثباته بحكم من المحكمة ليتم تسجيله في الحالة المدنية طبقا للمادة 22 قأج و بالتالي فلا بد على من يدعي هذا

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص 31.

الزواج أن يلجأ إلى القضاء لإثباته، و هذا ما يثير عادة عدة إشكالات و أهمها و أخطرهما حق  
الطفل الناتج عن هذا الزواج العرفي في الانتساب لأبيه :

- فإذا ادعى الطرفان هذا الزواج، فغالبا ما يثبت القاضي هذا العقد و خاصة عند وجود الأولاد  
ليثبت نسبهم، و هذا ما فيه إشكال.

- كذلك في حالة ما ادعى الرجل وحده هذا الزواج، و أقر بقيام علاقة زوجية بالفاتحه، فغالبا ما  
يكون دليلا قويا أمام القضاء من أجل تسجيل الزواج و إلحاق الأولاد.

- إلا أن المشكل الذي يطرح هو في حالة ما إذا باشرت الدعوى المرأة وحدها مع إنكار الزوج  
لهذه العلاقة، فهنا يكون معه بالاحتم إنكار الأولاد الناتجين عن هذه الحالة.

و بالتالي في هذه الحالة الأخيرة تظهر خطورة الزواج العرفي، هذا الزواج الذي تشهد الجزائر  
انتشارا واسعا له و هذا بصورة لافتة في السنوات الأخيرة منذ التعديلات المثيرة للجدل التي أقرتها  
السلطات الجزائرية في قانون الأسرة، و خاصة المادة 8 منه، إذ أصبح لازما على من يريد التعدد  
الحصول على موافقة الزوجة الأولى، كما أعطى المشرع الجزائري للقاضي السلطة التقديرية يستطيع  
بموجبها منع تسجيل الزوجة الثانية فما فوقها في الدفتر العائلي، الأمر الذي دفع بأنصار التعدد إلى  
اختيار طريق الزواج العرفي لتجنب سبيل الحرام كما يقولون، هذا إضافة إلى الأسباب الاجتماعية  
التي يعاني منها المجتمع الجزائري كغلاء المهور، و ارتفاع تكاليف الزواج مقابل انتشار فاحش  
البطالة وانعدام السكن.

فبالرغم من أن وزارة الشؤون الدينية قد أصدرت تعليمات صارمة للأئمة بعدم قراءة الفاتحة في  
أي عقد زواج، ما لم يحظر الزوجان و ثقة ممضاة من مصالح البلدية تؤكد تسجيل هذا الزواج  
الجديد في سجلات الحالة المدنية، إذ بررت الوزارة على لسان وزير القطاع بوعبد الله غلام الله قرار

إلزامية العقد المدني قبل العقد الشرعي بجملة المشاكل الناتجة عن عدم توثيق الزواج و منها عدم اعتراف الزوج بنسب ابنه له.<sup>1</sup>

إلا أن التقارير تكشف عن تزايد قضايا الزواج العرفي و المزيف المطروحة على المحاكم الجزائرية، وكلها تتعلق بقضايا إثبات عقد الزواج أو إثبات وقوع الفاتحة و إثبات النسب و مطالبة الاعتراف بالأبناء.

و حسب التقرير الذي أعدته صحيفة الشروق اليومي في 2008/07/29، فإن المحاكم الجزائرية أحالت عشرات القضايا إلى مخبر المديرية العامة للأمن الوطني منذ العام الماضي لإجراء تحاليل الحمض النووي، ومن تم إقرار النسب لولي الطفل.<sup>2</sup>

فهذا راجع ربما إلى عدم التزام الأئمة بتعليمات وزارة الشؤون الدينية، إضافة إلى أن العديد من عقود الزواج الشرعية يبرمها أشخاص عاديون يتميزون بالوزع و التقوى و الالتزام بتعاليم الدين، ويحفظون القرآن الكريم ، مما يجعلهم يجوزون على ثقة العائلة التي توكل لهم مهمة إبرام عقد الزواج الشرعي للأبناء، رغم أنهم ليسوا أئمة.

فإذا كان زواج الفاتحة الذي تتوفر فيه عنصري الإشهاد و الإعلان، و يستوفي أركان الزواج طبقا لتعاليم الدين الإسلامي مقبولا في زمن كان ينعدم فيه التوثيق و تحكم فيه الأعراف، فإن اليوم أصبح توثيق الزواج ضروريا في مجتمع جزائري عرف عدة تحولات اجتماعية و اقتصادية و في زمن فسدت فيه الأخلاق و تغيرت الذمم، حيث أن البعض يلجأ لهذه الطريقة من أجل ممارسة الجنس، وفي كثير من الأحيان ينتج عن هذه العلاقات حالات حمل غير شرعي، و ما ينجم عنها من وقوع النساء المعنيات ضياع حقوقهن في قران لا تترتب عنه أي التزامات قانونية.

لذا يجب على المشرع الجزائري أن يراعي خطورة هذا الزواج العرفي على كل من المرأة وخاصة الطفل الناتج عنه، و أن يتدخل بالنص على وجوب إبرام العقد المدني قبل العقد الشرعي.

<sup>1</sup> -www.alarabya.com

<sup>2</sup> - www.sehha.com

## 2- الزواج غير الصحيح:

يكون الزواج غير صحيح، إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه، وفق ما نصت عليه المواد 32، 33 و 34 قأج، إلا أن وجود العقد، و إن كان غير صحيح يعتبر شبهة<sup>1</sup>، و لهذا اعترف المشرع الجزائري بحق الطفل المولود من هذا الزواج بالانتساب إلى كلا والديه طبقا لنص المادة 40 قأج: " يثبت النسب....بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون."<sup>2</sup>

### ب- توافر الفراش

يشترط المشرع الجزائري لثبوت النسب توافر الفراش، و هذا الأخير لا يتحقق إلا بتوافر الحالات التالية:

#### 1- إمكانية الاتصال في الزواج الصحيح

و هو أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حيث العقد.<sup>3</sup> و المقصود به المخالطة الجنسية بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج الصحيح، ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لا بد فيه من الدخول، وهذا ما يشترطه المشرع الجزائري في المادة 41 قأج: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة."

#### 2- اشتراط الدخول الحقيقي في الزواج غير الصحيح

لا يثبت نسب في حالة الشبهة أو في كل زواج فاسد أو باطل إلا بتوافر الدخول الحقيقي، و هذا ما أكدت عليه المادة 40 قأج: " يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون."

<sup>1</sup> - هناك فرق بين شبهة الفعل و شبهة العقد، فالأولى هي مقربة رجل بامرأة و يطأها من غير أن يكون بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، و لكن تحيط بهما ظروف توهمهما بجواز هذه العلاقة، مثال ذلك العلاقة التي تقوم بين الرجل و طليقته التي طلقها الثلاث أثناء عدتها، ظنا منهما بأن مثل هذه العلاقة غير ممنوعة بسبب عدم انتهاء العدة.

- أما شبهة العقد فهي كمن يعقد على امرأة و يدخل بها، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب.

<sup>2</sup> - أنظر، ليلى جمعي، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>3</sup> - أنظر، بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ج2، د.م.ج، ط 03 ، 1996، ص. 624.

فقد اعترف المشرع الجزائري للطفل المولود من الزواج بحق الانتساب إلى كلا أبويه سواء كان هذا الزواج صحيحا أو لا، متى تخلق من نطفهما سواء تم إنجابها بالطريق الطبيعي و الذي هو التلاقي الجنسي، أو عن طريق التلقيح الاصطناعي<sup>1</sup> الذي أضافه المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 15 فبراير 2005 و اعتبره وسيلة للإنجاب ينتسب بها الطفل إلى والديه، إلا أنه وضع له شروط وهي ماجاء في نص المادة 45 مكرر فأج كما يلي:" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي.

يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا
  - أن يكون التلقيح برضا الزوجين، و أثناء حياتهما.
  - أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها.
  - لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."
- و هذا أثناء قيام الزوجية حقيقة أو حكما، كما هو الحال في عدة الطلاق الرجعي أو الطلاق البائن بينونة صغرى أو عدة وفاة.

### ج- ولادة الطفل بين أقل و أقصى مدة الحمل:

يحتاج الجنين إلى البقاء في بطن أمه مدة يتكون فيها بناؤه و يكمل خلقه و تتم أعضائه حتى يخرج إلى الحياة بشرا سويا، و من المعلوم أن النساء يلدن ل 09 أشهر و غالبا ما تنقص امرأة عن ذلك، ونادرا ما تزيد.

و ما استقر عليه المشرع الجزائري أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، وهذا ما جاء به قانون الأسرة، حيث نصت المادة 42 منه على أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر...".

---

<sup>1</sup> - يسمح القانون الجزائري بالتلقيح الإصطناعي بصورتيه و هما:  
أ- التلقيح الإصطناعي الداخلي: تتم عملية الإخصاب داخل رحم المرأة.  
ب- التلقيح الإصطناعي الخارجي: وهي التي تتم خارج رحم المرأة و في أنبوب.

أما عن بداية حساب أقل و أقصى مدتي الحمل تكون من تاريخ توافر عقد الزواج الصحيح وإمكانية الاتصال بين الزوجين، فلا يمكن الاعتداد بتاريخ إبرام عقد الزواج فقط<sup>1</sup>.  
إلا أن السؤال الذي يطرح هو بالنسبة لوضعية الطفل المولود من زنا ، و هذا ما سوف نبينه من خلال النقطة الثانية.

## ثانياً: ابن الزنا

لتنظيم العلاقات الجنسية بين الأشخاص، يعرف المجتمع البشري الزواج، و رغم ذلك قد يولد طفل خارج الزواج<sup>2</sup>. فهل يعترف المشرع الجزائري للطفل الناتج عن هذه العلاقة غير الشرعية و التي هي الزنا بحق معرفة والديه؟

### 1- تعريف الزنا

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتعرض لتعريف الزنا، إلا أنه يأخذ بما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية و الذين عرفوا الزنا على أنها: " كل صلة جنسية تامة و متعمدة بين رجل و امرأة لا يجمعهما عقد و لا توجد شبهته، بحيث يتم إيلاج العضو التناسلي للذكر من قبل المرأة و ليس في دبرها"<sup>3</sup>. وما يؤكد ذلك هو ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 2 قا أ ج: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة." و هذا يعني أن المشرع الجزائري لا يعترف بالأسرة الطبيعية.

### 2- حق ابن الزنا في معرفة والديه

أ - انتساب ابن الزنا إلى أمه

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.210.

<sup>2</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.36.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر،(د ت ط)، ص.2.

إن المشرع الجزائري يبدو و كأنه له موقفان مختلفان في حق الطفل المولود من الزنا من معرفة أمه و الانتساب إليها، الأول في قانون الأسرة، و الثاني في قانون الصحة قبل تعديله، و الذي حلت محله اللوائح التنظيمية في التعبير عن هذا الموقف.<sup>1</sup>

فهو يقر بثبوت نسب الطفل الناتج عن الزنا إلى أمه، فبالرغم من أنه لم ينص على هذا صراحة، إلا أنه يمكننا استنتاج ذلك من باب المخالفة للمواد 40 و 41 قا ج التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، و بالتالي فإن الطفل ينسب إلى أمه في كل الأحوال، هذا عن الموقف الأول و الذي يتفق مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

أما الموقف الثاني، هو ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الصحة العمومية رقم 76-79 المؤرخ في 10/23/1976<sup>2</sup>، إذ كان يعترف في مادته 243 فقرة 3 للأمهات العازبات بأن يلدن أطفالهن دون ذكر أسمائهن، و ألزم القائمين على مساعدة مثل هذه الأمهات بالسر المهني، و إلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 قا ج<sup>3</sup>. و هو نفس ما جاء التأكيد عليه في المادة 245 من نفس القانون، و الذي تم إلغاؤه بمقتضى القانون رقم 85-05 الصادر في 16/02/1985<sup>4</sup>، و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها. إلا أن هذا الأخير لم ينص صراحة على الولادة تحت إسم مجهول، و اكتفى بنص المادة 73 و الذي جاء كما يلي: " إن وسائل و سبل المساعدة الاجتماعية و الطبية لوقاية الأطفال من التخلي عنهم تنظم لاحقا عن طريق اللوائح التنظيمية."، إلا أنه لم يمنعها، و هو يعترف بها ضمنا، وهذا وفقا لما جاء في المادة 206 منه و التي تلزم الهيئة الطبية بحفظ السر المهني وإلا تعرضت للعقوبات المنصوص عليها في المادة 301 قا ج<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع نفسه، ص.39.  
<sup>2</sup> - المنشور بالجريدة الرسمية، رقم 102، السنة الخامسة عشر، المجلد رقم 2، لسنة 1976، ص.1116-1142.  
<sup>3</sup> - تنص المادة 301 قا ج: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة أشهر و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها و يصرح لهم بذلك."  
<sup>4</sup> - المنشور بالجريدة الرسمية، رقم 8، لسنة أربعة و العشرين، المجلد الأول، لسنة 1985، ص.122-140.  
<sup>5</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.41.

و بالتالي ما يمكن قوله، أن المشرع الجزائري يعترف للطفل بحق الانتساب إلى أمه سواء ولد من زواج صحيح أو شبهة أو زنا، إلا أنه سمح على سبيل الاستثناء للأم العازبة أن تحتفظ باسمها عند الولادة، و هذا ما اعتبره البعض تحقيقا لمصلحة الأم على حساب مصلحة الطفل.<sup>1</sup> إلا أن ذلك غير صحيح، فإن تضحية المشرع الجزائري بحق الطفل في معرفة أمه ما هو إلا من أجل حمايته و سلامته، لأنه في غالب الأحيان تقوم الأم التي لا ترغب في هذا الطفل من التخلص منه إذا لم تسمح لها بولادته سرا.<sup>2</sup>

### ب- موقف المشرع الجزائري من حق ابن الزنا في معرفة أبيه

لم ينظم المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بابن الزنا، إلا أنه بالرجوع إلى المواد المنظمة للنسب، وباستقراء المادة 40 قا أ ج التي تنص على أن: "النسب يثبت بالزواج الصحيح، و بالإقرار...". و أيضا المادة 44 من نفس القانون و التي تنص على: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب، و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة." فما يفهم من هاتين المادتين أن الطفل و مهما كان، سواء ولد من زواج صحيح أو شبهته، أو كان ابن زنا فنسبه يثبت بمجرد الإقرار. و بالتالي ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري يقر لهذا الأخير حق الانتساب إلى أبيه.

إلا أنه إذا رجعنا إلى المادة 41 قا أ ج، نجد أنه لا يقر ثبوت نسب الطفل من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعيا، و بالتالي فإن نسب ابن الزنا يعتبر غير مقبولا.

و من هنا ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري، و بالرغم من هذا الغموض إلا أنه تبني موقف جمهور الفقهاء بجرمان ابن الزنا من انتساب إلى أبيه .

ففي رأينا أن المشرع الجزائري، قد أهدر تماما مصلحة الطفل بجرمانه ابن الزنا من الانتساب إلى أبيه، بل و أكثر من هذا فإن المشرع الجزائري يحمل نتيجة خطأ الوالدين الطفل الذي لا ذنب

<sup>1</sup> - أنظر، أبوبكر الأشهب، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1999، ص.196.

<sup>2</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع نفسه، ص.41.

له، وكذا المجتمع الذي يصبح هو أيضا ملزما بتحمل آثار أخطاء الأبوي التي جعلت من الطفل الناتج عنها عبء عليه، هذا لأنه بجرمانه من الانتساب إلى أبيه قد يؤدي حتما إلى اختلال في توازنه، كما أنه عادة ما يؤدي تحميل الأم وحدها نتائج فعل اشتركت فيه مع أب الطفل، قد يدفعها للتخلص منه، كما أن هذا يعد منافيا لمبدأ المساواة.

إذن، فمن مصلحة ابن الزنا أن ينسب لكلا والديه لأنه ليس مسؤولا عن ولادته، فلماذا نحمله نتائج أفعال ارتكبها غيره؟

### **الفرع الثاني: حق الطفل في الاحتفاظ بنسبه**

القاعدة العامة هي أنه كل ما تأتي به الزوجة من حمل أو ولد يعتبر مبدئيا ولد للفراش. فإذا كان حق الولد في الانتماء إلى الزوج صاحب الفراش حق محمي، فإن الزوج من حقه كذلك عدم قبول هذا الولد عن طريق إنكار نسبه إليه، و هذا ما يهدد الطفل بفقد أحد أهم عناصر هويته<sup>1</sup>. فهنا السؤال الذي يطرح هو عن الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري لاحتفاظ الطفل بنسبه؟

### **أولا: شروط نفي الولد**

فلا يمكن نفي الأب لولد زوجته إلا إذا توافرت الشروط التالية:

**1-** أن يكون الطفل ناتج عن زواج صحيح: القاعدة أنه متى تم الزواج، و أمكن الاتصال بين الزوجين، و مضت المدة الكافية و هي 6 أشهر، يثبت نسب المولود من الأبوين معا و لا يجوز نفي الولد هنا إلا بالطرق المشروعة. و هذا ما جاءت به المادة 41 قأج.

فيستطيع الزوج أن يعلن إنكاره لنسب حمل أو ولد زوجته عن طريق إثباته أن الطفل لم يكن منه، كأن يثبت أنه كان غائبا، أو أن يقدم شهادة طبية تثبت عقمه. أما إذا لم يستطع إثبات

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.67.

دعواه أمام القضاء يلجأ إلى اللعان، و إن كان المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 قأج، غير أن عبارة اللعان وردت في المادة 138 قأج: "يمنع من الإرث اللعان و الرد." 2- ألا يكون قد سبق له أن أقر بالنسب: إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أن القضاء الجزائري في هاته المسألة استقر على قاعدة: "الرجوع عن الإقرار بالنسب لا يؤثر على الانتماء لصاحبه."<sup>1</sup>

فطبقا للقواعد و الأحكام الشرعية العامة، حين يظهر حمل الزوجة و يتبين للزوج أنه زنى زوجته، يحق له أن يدعي أن هذا الحمل ليس منه مباشرة بعد اكتشاف الواقعة، أما إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه. و على هذه المبادئ سار القضاء الجزائري في أحكامه، و قد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان، التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية و الاجتهاد ب 8 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤيته الزنا."<sup>2</sup>

فإذا توافرت هذه الشروط، فيمكن للزوج أن يدعي إنكاره لنسب الطفل الذي جاءت به زوجته، و لا يتم اللعان إلا بموجب حكم قضائي، فإذا تم اللعان فزيادة على التفريق بين الزوجين، فقد يكون له أثر سلبي على الطفل.

### ثانيا: آثار اللعان على نسب الولد

إن المشرع سكت بالنسبة لهذه المسألة، و بالتالي فإن آثار اللعان لا تختلف في التشريع الجزائري عنه في الفقه الإسلامي.

فزيادة على أن اللعان يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، فإنه يمس أيضا نسب الولد، فيمجرد إجراء اليمين يتحقق هذا الأثر، فينتفي الولد و يلحق بأمه.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد محمود أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1996، عدد1، ص.288.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/10/20، ملف رقم 214820، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.82.

و في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا: " من المقرر شرعا و قانونا إذا وقع اللعان يسقط النسب، و يقع التحريم بين الزوجين."<sup>1</sup>

ففي هذه الحالة يجوز نفي النسب، و لا يهم إن كان الزوج صادقا أو كاذبا فهنا الاتهام وحده كاف لنفي النسب، فلا يطالب الزوج بتقديم الدليل، كما يمتنع على الزوجة المتهمة بالخيانة أن تثبت براءتها، فهذا ما قرره الشرع و الفقه، و ما استقر عليه القضاء الجزائري باعتباره اللعان هو وحده الطريق المشروع لنفي النسب.

إلا أن السؤال الذي يطرح و المشكل الذي يثار، هو هل يعتبر هذا أمرا عادلا؟ باعتبار أن اللجوء إلى اللعان سببه العجز عن تقديم الدليل سواء من طرف الزوج الذي يتهم زوجته بالزنا، أو من هذه الأخيرة التي ترفض التهمة الموجهة إليها، و مثل هذا الوضع لا يعني أن الزوجة زانية أو أن الزوج صادق في اتهامه، فدور القاضي هنا هو الوقوف عند هذه الحدود مع العلم أن أحدهما كاذبا. فهنا أليس من حق الزوجة المتهمة أن تدفع التهمة عن نفسها، إن كانت متأكدة من براءتها بكافة الطرق القانونية و الشرعية، بما في ذلك الوسائل العلمية لثبوت النسب، حفاظا على كرامتها و نسب طفلها و الذي هو الأهم لما يكون له من آثار على الطفل.

إلا أن ما استقر عليه العمل ميدانيا في الجزائر قبل التعديل هو اعتبار اللعان وحده الطرق المشروعة المنصوص عليها في المادة 41 قأ ج، و استبعاد كل الطرق الأخرى بما فيها استخدام فصيلة الدم لنفي النسب باعتبار أي إشارة إلى ذلك من طرف القاضي تجعله يتجاوز سلطاته.<sup>2</sup>

إلا انه في التعديل الجديد لقانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري أضاف الطرق العلمية الحديثة في مجال إثبات النسب و هذا في نص المادة 40 قأ ج، إلا أنه لم يتكلم عنها في المادة 41 قأ ج بخصوص نفي النسب، فهل يمكننا اللجوء إليها في هذه الحالة؟

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1991/04/23، ملف رقم 69798، م.ق، 1994، عدد 4، ص.64.  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1999/06/19، ملف رقم 222664، م.ق، 1999، عدد 1، ص.126.

فبالرجوع إلى ما استقر عليه القضاء، و إلى نص المادة 40 قأج نلاحظ أنه فيه نوع من الغموض.

فأمام خطورة هذه المسألة و آثارها السلبية على حق الطفل في الانتساب إلى أبيه الذي قد يكون ضحية إدعاء كاذب من الزوج، فيجب على المشرع أن يتدخل بنصوص صريحة يحدد من خلالها طرق نفي النسب بما فيها الطرق العلمية الحديثة و خاصة استخدام فصيلة الدم التي تقدر نسبة صحتها ب 99.999%، و هذا من أجل تجنب الآثار السلبية للعان على مصلحة الطفل.

### الفرع الثالث: حق الطفل في البحث عن نسبه

كما سبق ذكره، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا حول مسألة حق الطفل في البحث عن نسبه من أمه، أما بالنسبة لحقه في البحث عن نسبه من أبيه، فثار خلاف بينهم و تعددت الآراء.<sup>1</sup> فما هو موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، و ما هي الوسائل التي وفرها لإثبات هذا النسب.

### أولاً: عدم اعتراف المشرع صراحة

إن المشرع الجزائري لم يأتي بنصوص صريحة منظمة لهذا الحق، إلا أن ثبوت نسب الطفل من أمه يثبت في كل الأحوال، و بالتالي فإن المشرع الجزائري يعترف للطفل المجهول النسب بأن يبحث عن نسبه من أمه حتى و لو كان ابن زنا.

إلا أن المشكل المطروح هو بالنسبة للطفل المولود تحت إسم مجهول، ففي هذه الحالة فإن الأم لم تعترف بهذا الطفل، أي تنازلت عن نسبه، فنظرياً يمكن لمن ولد تحت إسم مجهول البحث عن نسبه من أمه، غير أنه يستحيل عليه إثباته من الناحية الواقعية لأن المعلومات المتعلقة بولادته تعتبر سرية و يمنع الإطلاع عليها إلا إذا قررت أمه الاعتراف بنسبه صراحة.<sup>2</sup>

فكان على المشرع الجزائري أن يراعي هذه الحالة و يوضح موقفه منها.

<sup>1</sup> - راجع ص 34 من هذا البحث.  
<sup>2</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.77.

أما بالنسبة لحق الطفل في البحث عن نسبه من أبيه، فإن المشرع الجزائري على عكس الشريعة الإسلامية التي تقتضي لإثبات النسب إثبات واقعة البنوة فقط<sup>1</sup>، فقد أضاف شرط الزواج الشرعي، وهذا ما جاءت به المادة 41 قأج بنصها على ما يلي: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً."

و هذا ما استقر عليه القضاء الجزائري، إذ لا يقبل دعوى البحث عن النسب إلا إذا تعلق ببحق الطفل المولود من زواج صحيح. و بالتالي فإن ابن الزنا لا يحق له البحث عن نسبه من أبيه، وهنا مرة أخرى فإن المشرع الجزائري يضحى بمصلحة هذا الطفل الذي لا ذنب له في هذه الدنيا.

### ثانياً: وسائل إثبات النسب.

فمراعاة للمشرع الجزائري لحق الطفل المجهول النسب في البحث عن نسبه، نص في قانون الأسرة على وسائل إثبات النسب.

فالإقرار و البينة يعتبران من الأدلة العامة في النسب، و هي الأدلة التي تستعمل قضاء لإثبات النسب. فقد أباح القانون للشخص أن يثبت نسب شخص آخر منه، كأى تدعي بنوة طفل معين أو أب يدعيها أو يقوم الابن بإدعاء أمومة امرأة معينة أو أبوة أب معينة، كما أجاز له أن يدعي أخوة أو عمومة شخص آخر، و سمي ذلك إقراراً أو دعوى النسب في الفقه، و يمكن أيضاً إثبات النسب عن طريق البينة، و هذا ما يجعل النسب يكشف بعد أن كان ناشئاً.

هذا و قد تمت إضافة فقرة ثانية للمادة 40 قأج بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة، و هذا التعديل يفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة حيث تنص المادة 40 فقرة 2 على مايلي: " و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب." و هذا يعتبر قفزة هامة قام بها المشرع الجزائري في هذا المجال تماشياً مع التطورات

<sup>1</sup> - أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، ، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، ص.398.

العلمية، خاصة تلك المتعلقة بالمجال البيولوجي، لكن هذه القفزة و هذا الإدماج و رغم أهميته لا يخلو من العيوب والسلبيات و التعقيدات التي أثارت جدالات عدة في الوسط الفقهي القانوني.

## 1- ثبوت النسب بالإقرار و البيينة

تنص المادة 40 من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيينة..."

### أ- ثبوت النسب بالإقرار:

الإقرار يعني الاعتراف، فاعترف بالشيء أي أقر به، و هو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معيناً ابنه سواء كان المقر رجلاً أو امرأة، و سواء كان المقر له ذكر أو أنثى.

ثبوت النسب بالإقرار تضمنته المادتان 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت الأولى على أن: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة." و نصت الثانية على أن: " الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه."

فمن تحليل هذين النصين نستخلص أنه يوجد نوعين من الإقرار هما:

- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة.

- الإقرار في غير البنوة و الأبوة و الأمومة.

### ➤ الإقرار بالبنوة أو الأمومة أو الأبوة

و هو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، هذا النوع من الإقرار

يثبت به النسب متى توفر شرطين مهمين طبقاً للمادة 44 المذكورة أعلاه:

- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب من جهة الأب إذا كان الذي يدعيه رجلاً و من جهة الأم إذا كانت التي تقر به امرأة، لأنه إذا كان المقر له معلوم النسب إلى أب معين، لا يصح الإقرار ويصبح تبني، و تنطبق عليه أحكام المادة 46 من هذا القانون.

- أن يصدقه العقل و العادة، و هو ما يعرف عند الفقهاء أن يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر، يعني أن يكون من الممكن أن يولد هذا الولد للمقر، فإذا لم يكن بينهما فارق في السن يسمح بأن يلد المقر مثل المقر له، بطل هذا الإقرار لاستحالة هذه الولادة فلا يثبت النسب.<sup>1</sup>

### ➤ الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة

و هو ما يعرف عند الفقهاء بالإقرار نسب المحمول على الغير، هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أهلاً للآخر و لا فرع له، إنما قريبه قرابة الحواشي، أي لهما أصل مشترك هو أبوهما.

فلصحة هذا الإقرار الذي يشترط الشرطين السالفين الذكر، أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا إليهما و هو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار.

ففي حالة الأخوة، إن قال هذا أخي نشأت بينه و بين ذلك الشخص قرابة أخوة، و لكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلا إذا اعترف بها الأب نفسه و قال "صحيح قوله" أو "صدق". فنبوت الإقرار بالأخوة معلق على تصديق المحمول عليه (أي الأب) على هذا الإقرار، و بالتالي إن لم يصادق المحمول عليه فيبقى للمقر إن أصر على إقراره أن يرفع دعوى أمام القضاء يدعمها بالبينة لتثبيت النسب، و باللجوء للخبرة بواسطة الطرق العلمية المستحدثة كطريقة من طرق إثبات النسب.

و في حالة العمومة، إن قال هذا عمي فإن العمومة تنشأ كمقر بها و بين المقر له، و لكن لا تلزم الجد إلا إذا وافق على هذا الإدعاء و لم يكذبه، و أن يقيم المقر البينة على إقراره، و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قأج: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، و الأبوة، و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه."

<sup>1</sup> - أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، 1987، (د.م.ط)، ص141.

فآثار ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة و بالأخوة و العمومة فيها حالتان:

**الحالة الأولى:** عندما يقع التصديق من الأب أو الجد تنتج آثار قانونية من توارث و

نفقة...إلخ.

**الحالة الثانية:** عندما لا يقع التصديق من الأب أو الجد في إقراره، فالنسب من الأب عند

الأخوة و من الجد عند العمومة لا يلزم من أنكر منهما و كذبه، و إنما يلزم فقط من أقر بالأخوة و العمومة.

### **ب- ثبوت النسب بالبينة**

لقد جاء في نص المادة 40 قأج: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة... "

فالمراد بالبينة هي الدلائل و الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع

أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات الواردة في قوانين الإجراءات.<sup>1</sup>

و لكلمة البينة معنيان<sup>2</sup>:

- **معنى عام:** و هو الدليل أيا كان نوعه، كتابة، قرائن، اعتراف، شهود.

- **معنى خاص:** و هو شهادة الشهود دون غيرها.

لذلك علينا أن نوضح أولا مفهوم البينة الوارد في نص المادة 40 قأج نظرا للتساؤلات التي

طرحها هذا المصطلح عند العمل به قضائيا.

### **❖ تحديد مدلول البينة الوارد في نص المادة 40 من قانون الأسرة**

إن المشرع الجزائري في المادة 40 قأج استعمل في النص العربي مصطلح "البينة" وفي النص

الفرنسي مصطلح "preuve" فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود البينة هو المعنى

العام.

<sup>1</sup> - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الزواج و الطلاق، ص.199.  
<sup>2</sup> - أنظر، أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الإصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2000، ص.63.

لكن المقصود من البينة في مجال إثبات النسب هو الشهادة دون غيرها من الأدلة و الدليل في ذلك هما المسألتين التاليتين:

**أولاً:** ما هو معمول به قضائياً، حيث نجد قرار المحكمة العليا، أين اعتبر تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع دليل على تجاوزهم سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية.<sup>1</sup>

فالمحكمة العليا في هذا القرار رفضت فحص الدم من طرف خبير طبي و اعتماده كدليل مثبت للنسب مؤسسة قولها هذا على أن إثبات النسب حددت له المادة 40 قأج قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة، و بالتالي فلو كان المقصود بالبينة المعنى العام لما تم في هذا القرار رفض استعمال البينة العلمية لإثبات النسب.

**ثانياً:** الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الذي استحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنزع أي إشكال في تأويل معنى البينة الوارد في نص المادة 40 قأج.

و بالتالي نتطرق إلى البينة في معناها الوارد في نص المادة و هي شهادة الشهود.

#### ❖ البينة الشرعية لإثبات النسب (شهادة الشهود)

إن النصاب القانوني للشهادة يكون عن طريق رجلين عدلين أو رجل و امرأتين.<sup>2</sup>

البينة هي أقوى من الإقرار من حيث ثبوت النسب، لأن النسب و إن كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه.<sup>3</sup>

فتمتاز البينة عن الإقرار بأنها حجة متعددة لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعي عليه وحده، بل قد تثبت في حقه و حق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش ، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق، 1999، عدد 1، ص.126.  
<sup>2</sup> - أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.222.  
<sup>3</sup> - أنظر، أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص.157-158.

و عليه إذا ادعى إنسان على الآخر بنوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو أي نوع من القرابة، وأنكر المدعى عليه دعواه، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة، فإذا ثبت النسب يصبح ملزماً لكل من الطرفين بما عليه من حقوق للطرف الآخر.

إلا أنه نظراً لاتساع المجتمعات أصبح القاضي لا يعرف أشخاص الشهود و لا يعلم شيئاً عن مقدار اتصافهم بالصدق و الأمانة، لذا فقد اشترطت القوانين شروط يجب توفرها لقبول الشهادة.<sup>1</sup>

كما أحاط المشرع الجزائري البينة بكثير من الضمانات ومنها فرض عقوبات مشددة لجرمة شهادة الزور.<sup>2</sup>

## 2- ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة

فمحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة إلى التطورات العلمية الحديثة، فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب، أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 إذ نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 فأج: " و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

إلا أن ذلك لا يفهم على إطلاقه بأن النص لا يطرح أي إشكال يذكر، لأن إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح لمجال تطبيقها و حجيتها، فتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة.

## أولاً: عدم تحديد المشرع للطرق العلمية الحديثة

إن المادة السالفة الذكر اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها، علماً أن البحوث العلمية و التوصيات المقدمة في هذا المجال أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية، يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات، إذ توصل العلماء إلى اعتبار كل من

<sup>1</sup> - أنظر، المواد من 61 إلى 75 من قانون الإجراءات المدنية.  
<sup>2</sup> - المادة 235 من قانون العقوبات تنص: " كل من شهد زوراً في المواد المدنية أو الإدارية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2000 دج."

البصمة الوراثية ADN و نظام HLA و الذي يتصل بالمناعة طرقاً علمية لإثبات النسب بصفة قطعية، لأن دقة ثبوتها تصل حسب الخبراء و الأطباء إلى نسبة الخطأ فيها 2.000.000/01 مرة.<sup>1</sup> و الثاني لا يرقى إلى ذلك على أساس أنه ظني الثبوت يعطينا مجرد احتمالات، بل و أحيانا نتائج يتحدد مجالها في نفي النسب فقط ومنها: نظام ABO لفحص الدم، إذ يعتبر من الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب. و كذلك نظام ال MNS و كذا نظام مجموعة البروتينات Les groupes de protéines هذا إلى جانب أكثر من 30 نظام علمي آخر يستعمل في هذا المجال نتج عن التطورات البيولوجية الحديثة.

فهنا كان على المشرع تحديد الطرق العلمية الحديثة التي يمكن للقاضي الرجوع إليها من أجل إثبات النسب.

### ثانياً: عوائق تطبيق الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب

كما أنه بالرغم من التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، فإن أعمال القضاء لتلك الظروف لا يحول دون وجود عقبات و عوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عملياً، وهي إما أن تكون عوائق قانونية أو مادية.

➤ العوائق القانونية: فمن هذه العوائق حرمة الحياة الخاصة، و احترام السلامة الجسدية و عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

#### 1. حرمة الحياة الخاصة:

تنص المادة 34 من دستور 1996 حسب آخر تعديل له على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان و يحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة."

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، وخصوصاً فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلاً في الحياة الخاصة للفرد، لأنها تفتح

<sup>1</sup> - أنظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص.109.

المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص، مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج و الزوجة، و تكون ذات طابع شخصي خاص.

## 2. انتهاك السلامة الجسدية:

تنص المادة 35 من دستور 1996 حسب آخر تعديل له على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان." و قد تنطوي الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العتاد المأخوذ من جسم الإنسان و الذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه، و هو ما يعد مساسا بسلامته الجسدية.

## 3. عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

لقد كرس مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، و هو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، إذ أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي مثلا، و هو ما يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه و هو ما قد يجعله دليلا باطلا، طبقا لقانون الإجراءات.

## ➤ العوائق المادية

### 1. وجود مخبر علمي واحد و وحيد:

لقد خصص قسم البيولوجيا من خلال تدشين مخبر ال ADN بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 ، فبالرغم من أنه يعد خطوة هامة في تكريس و تشجيع العمل بالبصمة الوراثية لمسايرة التطور البيولوجي في هذا المجال، حيث يشرف عليه تقنيين و باحثين مختصين في علم البيولوجيا والوراثة، تتجلى أهميته في البحث عن الأدلة بواسطة التحاليل المخبرية سواء كانت في المجال الجنائي أو في إثبات النسب، إلا أن استحداث مخبر علمي واحد على المستوى الوطني

مقارنة باستحداث الطرق العلمية من طرف المشرع، وقف عائقا ماديا حال أمام صعوبة إستصاغة الأمر.

## 2. مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يركز على ضرورة توافر هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر لآلية قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها، وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، فهل يمكن تصور ذلك بالنظر إلى الأوضاع المعيشية و الاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جيدا.

## الفرع الرابع: حالة الأطفال المجهولين النسب

فقد يحرم بعض الأطفال من أبسط و أهم حقوقهم، الذي هو حق انتسابهم لعائلتهم، فمن هم هؤلاء الأطفال في التشريع الجزائري؟ و ما هي الآليات القانونية التي وفرها المشرع الجزائري لوقايتهم؟

## أولاً: الأطفال المجهولين النسب في نظر المشرع الجزائري

يدخل المشرع الجزائري ضمن الأطفال المجهولين النسب الطفل المتخلى عنه من طرف أمه التي ترفض كل علاقة قانونية معه، مع طلبها حفظ سر هذه الولادة، الشيء الذي يمنعه من معرفة أصوله، إلى جانب الأطفال المعثور عليهم.

### 1- الأطفال المتخلى عنهم

سمح المشرع الجزائري للأم العازبة أن تلد طفلها تحت اسم مجهول، كما أجاز تسليم الطفل الذي تخلى عنه أهله لمصالح الطفولة المسعفة، و بالتالي يكون المشرع الجزائري قد نظم التخلي عن الطفل من خلال الصورتين التاليتين:

### أ- الولادة تحت اسم مجهول

يقصد بها وضع الأم لطفلها دون تقديم بيانات عن هويتها أو اسمها<sup>1</sup>، و يسمح بهذا الإجراء للأم العازبة فقط، على عكس المشرع الفرنسي الذي يجيز ذلك للأم سواء كانت عازبة أو متزوجة.<sup>2</sup>

و هدف المشرع من هذا الإجراء، هو حماية الطفل ووقايتة، لأن الأم التي لا ترغب في طفلها قد تفكر في الإجهاض أو قتله وهو حديث العهد بالولادة، و لهذا ضحى المشرع بحق الطفل في معرفة والديه من أجل ضمان سلامته.<sup>3</sup>

### ب- تسليم الطفل لمصالح الطفولة المسعفة

يسمح التشريع الجزائري للأم العازبة بوضع طفلها تحت رعاية مصالح الطفولة المسعفة، حيث يمكن لهذه المصالح تسلم كل طفل تخلى عنه أهله طبقا لما جاء في نص المادة 73 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>4</sup> على أنه: " تحدد مصالح الصحة كينييات المساعدة الطبية الاجتماعية التي تستهدف الوقاية الفعالة للأطفال من الإهمال."

## 2- اللقيط

المشرع الجزائري لم ينظم حالة اللقيط في أية مادة من مواد قانون الأسرة، و لكنه منع التبني ليدخل تحت حكم التبني إلتقاط اللقيط طالما أن إدعاء نسبه غير متوفر لمن يريد ذلك.<sup>5</sup>

و النظام المتبع في الجزائر هو أنه من وجد لقيطا يسلمه إلى رجال الشرطة الذين بدورهم يسلمونه إلى إحدى دور الرعاية الاجتماعية المعدة لاستقبال اللقطاء.

فجاء في نص المادة 67 فقرة 1 من قانون الحالة المدنية: " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه."

<sup>1</sup>- cf, T. GARE, droit des personnes et de la famille, Montchrestien, paris, France, 1ère ed, 1998, p.27.

<sup>2</sup>- cf, P. NICOLEAU, droit de la famille, ellipses, paris, France, 1995, p.129.

<sup>3</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.105.

<sup>4</sup> - القانون رقم 85/5 الصادر بتاريخ 16/02/1985 و المنشور بالجريدة الرسمية رقم 8 للسنة الرابعة و العشرين بتاريخ 17/02/1985.

<sup>5</sup> - أنظر، فضيل سعد، المرجع السابق، ص.277.

كما تنص المادة 442 فقرة 3 من قاع ج : " يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: "... كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة و لم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به و يقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها..."

كما تنص المادة 07 من قانون الجنسية على أن يكتسب الجنسية الجزائرية كل ولد مولود في الجزائر من أبوين مجهولين.

فكان على المشرع أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة، لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمع الجزائري بكثرة، و بالتالي لا بد من إعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء حفاظا عليهم من الضياع.<sup>1</sup>

و قد أزم المشرع ضابط الحالة المدنية بإعطاء الطفل المجهول النسب مجموعة من الأسماء، يكون آخرها اسم ذكر ليشكل لقباً، وفق ما نصت عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية: " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذي لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي." و أكد عليه المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية و العدل و الحماية الاجتماعية بتاريخ 1987/02/17 الذي جاء فيه ما يلي: " قد تجسد من الناحية العملية في منح الأطفال الذكور سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهم و في منح الأطفال الإناث سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهن.

و لهذا الغرض فإنه يطلب من السادة ضباط الحالة المدنية السهر على أن يكون آخر اسم، و هو الاسم الذي سوف يتخذ كلقب عائلي اسم ذكر حتما بما فيه الأطفال الإناث.

<sup>1</sup> - أنظر، بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه، م. ع. ق. إ، تلمسان، 2005، عدد 03، ص. 46.

... و لا يخفى على السادة ضباط الحالة المدنية أن حظوظ الطفل في إدماج أحسن ضمن المجتمع تتوقف على مدى ملائمة اختيار الاسم.<sup>1</sup>

و هذا ما هو إلا حرصا من المشرع الجزائري على ظهور الطفل المجهول النسب بلقب مناسب يستر ظروف ولادته، و يسهل اندماجه في المجتمع.<sup>2</sup>

فالسؤال الذي يطرح هو ما مصير هؤلاء الأطفال المحرومين ، وكيف نظمته المشرع الجزائري ؟

### ثانيا: الرعاية البديلة

فإن المشرع الجزائري و حفاظا على هذه الطائفة من الأطفال قرر تنظيم لهم كما فعلت من قبله الشريعة الإسلامية، و كذا ما تسعى إليه اتفاقية حقوق الطفل، حق الحماية من خلال توفير لهم رعاية بديلة، تتمثل في إيجاد لهم أسر جديدة تتولى كفالتهم، و إلا تتكفل الدولة نفسها حمايتهم بوضعهم في مؤسسات للرعاية.

#### 1- عدم جواز التبني

لقد أبطل الإسلام نظام التبني و أمر من تبني أحدا ألا ينسبه إلى نفسه، و إنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف، فإن جهل أبوه دعي أحا في الدين، و في ذات الوقت فتح الإسلام للناس باب الإحسان و المعروف على مصراعيه، فلإنسان مطلق الحرية في أن يربي و أن يعلم من يشاء من الأطفال اليتامى، ويدخل في اليتامى اللقطاء و أبناء الزنا.

و على دربه سار المشرع الجزائري في أحكامه، إلا انه لم يعطي تعريفا له، الشيء الذي جعل الكثير لا يميز بين كل من نظام التبني و نظام الإقرار بالنسب، و يجعلهما نظاما واحدا. إلا أن الأمر خلاف ذلك تماما، فالإقرار بالنسب هو إقرار نسب صحيح شاءت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته، فالإقرار عبارة عن كشف واقعة شرعية صحيحة، و ليست إثبات واقعة

<sup>1</sup> - NADIA AIT-ZAI, op.cit,p 11.

<sup>2</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق،ص.181.

جديدة و يشترط فيه أساسا أن يكون المقر له مجهول النسب و ألا يكون ناتج من علاقة زنا كما سبق ذكره، و بالتالي فالنسب الثابت بالدعوة نسب حقيقي، و هو يختلف عن التبني. فالتبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية و مدنية محضة لأبوة أو بنوة مفترضة. فتأييدا لما جاءت به الشريعة الإسلامية، فإن المشرع الجزائري نص في مادته 46 قأج: "يمنع التبني شرعا و قانونا."

و هذا ماجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا، حيث جاء فيه: "من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، و متى تبين من قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن إبنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا و قانونا..."<sup>1</sup> و بالتالي فإن التبني الذي يهدف إلى إدعاء البنوة سواء كان معروف النسب أو مجهوله أمر محرم شرعا و قانونا، و منه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن ينسب فلانا إليه و يسجله تحت لقبه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية، و لا بموجب حكم قضائي، و كل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير و معاقبته بمقتضى قانون العقوبات.<sup>2</sup> و من هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبني و لا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء و الأبناء.

## 2- مشروعية الكفالة

إن المشرع الجزائري منع نظام التبني، إلا أنه أقر نظام الكفالة. الذي أدخل في القانون الجزائري في سنة 1976 بموجب قانون الصحة العمومية، و قد عرف هذا النظام تطور على مرتين:- في سنة 1984، نص عليه قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125، و الكفالة إلزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي ( المادة 116 قأج).

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 94/06/28، ملف رقم 129761، م ق، عدد خاص، 2001، ص 155.  
<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 220.

و تنص المادة 119 قأج: " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب." و كذا نص المادة 120 قأج: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية."<sup>1</sup> كما تضيف المادة 121 على أنه تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، كما أنه يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة ( المادة 123 قأج).

و في 13 جانفي 1992، صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 و المتعلق بتغيير اللقب، إذ يجيز للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائدته، و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي<sup>2</sup>.

فهذا الإجراء ما هو إلا دليل على مراعاة المشرع مصلحة الطفل، إذ انه يسمح له من حمل لقب لا يظهر ظروف ولادته و يسهل اندماجه داخل الأسرة الكافلة و الحياة الاجتماعية، حرصا من المشرع بناء على توصيات منظمة اليونيسيف<sup>3</sup> على رعاية مصلحته الفضلى.

لكن يعاب على هذا المرسوم أنه و لو سلمنا بأن المكفول يكتسب لقب الكافل و نكتب على الهامش عبارة مكفول و لا يرتب أي أثر من الآثار المترتبة على الابن الصليبي، فماذا نكتب على وثائق أبناء المكفول الذين سيولدون؟ هل يحتفظون بلقب أبيهم علما أنه قد اكتسبه عن طريق الكفالة؟ وهل يجب التأشير كذلك على عقودهم أن أباهم مكفول؟

<sup>1</sup> - المادة 64 من قانون الحالة المدنية، الصادر بأمر رقم 70-20 تنص على أنه: " يعطى ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من ابوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء تأخذ آخرها كلقب عائلي."

<sup>2</sup> - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.203.

<sup>3</sup> - تقرير اليونيسيف عن وضع الأطفال في الجزائر، صدر في 1993.

و إذا كان والدا المكفول معلومان، يمكنهما القانون من طلب عودته إلى ولايتهما، فبالنسبة للولد المميز، يخير في الالتحاق بهما، و إذا كان غير مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، و هذا ما جاءت به المادة 124 قأ.ج.

### 3- انتقال رعاية الطفل إلى الدولة

فإذا فقد الطفل والديه، و لم يجد أسرة تتكفل به ينتقل واجب رعايته إلى الدولة، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125 قأ.ج: " و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة." إذن فالدولة راعي من لا راعي له، سواء تعلق الأمر بالأطفال الذين تحت وصاية السلطات العامة و رعايتها بمقتضى حكم قضائي استنادا إلى المواد 444 و 493 قأ.ج و قانون حماية الطفولة والمراهقة، أو لغياب الأبوين مؤقتا، أو برئائب الدولة، و هم الأطفال المتخلى عنهم نهائيا من قبل ذويهم.<sup>1</sup>

و هو ما أكدت عليه المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل. فالأطفال التي تتراوح أعمارهم بين 0 و 6 سنوات، يوضعون في 12 ديار الحضانة الموجودة على المستوى الجزائري، و هذا في انتظار كفالتهم.<sup>2</sup> في حالة عدم وجود أية عائلة كفيلة، فالأطفال الذين تتراوح أعمارهم ما بين 6 إلى 19 سنة يوضعون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة التي تقوم باستقبال، و إيواء و تربية الأطفال برئائب الدولة.<sup>3</sup>

هذه المؤسسات تضمن إجراءات إدماج أو إعادة الإدماج العائلي للطفل:

- بإرجاعه إلى عائلته الأصلية، إذا كان هذا ممكنا.

- بوضعه في عائلة كفيلة.

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.140.

<sup>2</sup> - NADIA-AIT ZAI, op.cit.p.24.

<sup>3</sup> - NADIA- AIT ZAI, op.cit P.24.

- بالتكفل بإجراءات الكفالة.

فقد صرحت الأمانة العامة للجمعية الجزائرية للطفولة والاستقبال المجاني في جريدة الفجر<sup>1</sup>، أن المربيات في الجمعية تقمن برعاية هذه الشريحة من الأطفال لمدة تتراوح بين ثلاثة حتى خمسة أشهر في انتظار أن تطلب الأم استرجاع مولودها. و بعد مرور هذه المدة لا يحق للأم المطالبة بأخذ ولدها لأنه يصبح من بين الأطفال الموجهين للكفالة، و إذا لاحظت الجمعية اهتمام الأم بابنها تستطيع استثنائيا تمديد المهلة إلى 10 أشهر، حيث صرحت أن نسبة 33% من الأطفال غير الشرعيين تم استرجاعهم من قبل أمهاتهم في سنة 2008. و تقوم المربيات الموجودات بدار الحضانة بالاعتناء بالأطفال الرضع من كل الجوانب الصحية و النفسية، بعد استفادتهن من تربص مدته 9 أشهر في مركز التكوين التابع للجمعية.

كما أضافت أن الجمعية تعمل على توجيه هذه الشريحة من الأطفال إلى عائلات أخرى عن طريق الكفالة، حيث استفاد منها 1309 طفل خلال 20 سنة، أما سنة 2008 فسجلت إخراج 74 طفل عن طريق الكفالة. حيث تضيف أن الهدف الأول للجمعية هو إعطاء عائلة لكل طفل. كما أكدت أن الكيفية التي تتم بها عملية الكفالة تقوم على شروط لا بد من توفرها في العائلة، من بينها أن لا تتعدى المرأة 55 عاما و الرجل 60 سنة ، وأن يتمتع بصحة عقلية و جسدية جيدة، وأن يملك منزلا لإيواء الطفل، و ان يكون لأحدهما عمل. و أشارت أن هناك نساء غير متزوجات يستطعن التكفل بالأطفال إذا توافرت فيهن الشروط المذكورة.

فوجود مثل هذه الجمعيات في الجزائر ما هو إلا دليل على تأثر المجتمع الجزائري بما أوردته الشريعة الإسلامية و كذا اتفاقية حقوق الطفل، فيما يخض توفير للطفل المحروم من وسطه العائلي لسبب ما رعاية بديلة، و دليل أيضا على الاهتمام الكبير بالأطفال.

<sup>1</sup> - انظر، جريدة الفجر، الصادرة بتاريخ 2009/03/23، ص.13.

فما يمكن ملاحظته من خلال دراسة أحكام النسب في القانون الجزائري، فإن معظمها نظمها المشرع بصفة آمرة. و بالتالي على القاضي تطبيقها فقط، مما يقلص من دوره في تفسير هذا الحق.

و في الأخير فإن موضوع النسب هو من أهم و أخطر المسائل المتعلقة بالأسرة، وبالتالي فلا بد على المشرع ضبط هذه المواضيع بشكل سليم لتحقيق الانسجام و التوازن في الأسرة و المجتمع من جهة، و لمنع كل ما من شأنه أن يزعزع و يفكك الأسرة حتى لا تضطرب الحياة في المجتمع.<sup>1</sup>

## **المطلب الثاني: تقرير الحضانة و مصلحة الطفل**

---

<sup>1</sup> - أنظر، بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص.48.

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن فك الرابطة الزوجية و من أهمها، و هذا نظرا لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عن تلك الرابطة و تربيتهم و رعايتهم.

فالمشرع الجزائري و استخلاصا من قراءة المواد المنظمة لهذا الحق نجده قد تأثر بالاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية حقوق الطفل بجعله من قاعدة مراعاة مصلحة المحضون المعيار الأساسي الذي يعتمد عليه القاضي في تسبيب أحكامه، سواء كان ذلك ضمنا أو صراحة، و هذا ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة.

و إذا كانت القواعد المنظمة للحضانة مبنية في الأساس على مصلحة المحضون، فإنه مع ذلك يحق لنا أن نتساءل عن تقدير هذه المصلحة، فمتى يظهر تعليل هذه المصلحة من طرف المشرع الجزائري؟

فلقد وضع المشرع عند تعريفه للحضانة أهداف و شروط (الفرع الأول)، كما أنه رتب مستحقي الحضانة (الفرع الثاني)، و باعتبارها حق فقد رتب عليها المشرع آثار، (الفرع الثالث)، كما جعل حالات يتم فيها إسقاط الحضانة كما ميزها بالتأقيت (الفرع الرابع) فمن خلال معالجة هذه النقاط سنحاول أن نبين تقدير المشرع للمصلحة التي جعلها هي الأساس.

## **الفرع الأول: مفهوم الحضانة**

### **أولاً: تعريف الحضانة.**

خلافًا لبعض القوانين العربية<sup>1</sup>، عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقًا من أهدافها في نص المادة 62 من هذا القانون: " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقًا، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك."

<sup>1</sup> - عرفتها المادة 163 منمدونة الأسرة المغربية بأنها: " حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع و القيام بتربيته و مصالحه." كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها: " حفظ الولد في مبيته و القيام بتربيته." و يعرفها المشرع المصري في القانون رقم 10 لسنة 2004 بأنها: " تربية الصغير و الإشراف على حاجياته."

و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد<sup>1</sup> أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها، و ذلك لشموليته على أفكار لم تشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المادية.

## ثانياً: أهداف الحضانة

فخلافاً لما ألفه و تعود عليه المشرع الجزائري، ففي المادة 62 قأج عرف الحضانة و لم يتركها للاجتهاد. و مما تقدم فإن أهداف الحضانة تظهر فيما يلي:

### 1- تعليم الولد

و يقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس الذي يعد حقاً لكل طفل و يضمنه له القانون<sup>2</sup> مجاناً أو إجبارياً إلى أن ينال قدراً من التعليم حسب استطاعته و إمكانياته الذهنية و قدراته العقلية و استعداده الفطري و النفسي.

### 2- تربيته على دين أبيه

ساير المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة، و ذلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 قأج المعدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 عندما نص على التحريم المؤقت و نوه عن تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و أن العكس جائز شرعاً و قانوناً. أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة، فالقاضي يمنح لها حق الحضانة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

### 3- السهر على حماية المحضون

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، ط02، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص.293.  
<sup>2</sup> - أنظر، باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، 2008، ص.51.

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية و المادية، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب و التعذيب، أو اعتداء معنوي كالإرهاب و التخويف و الشتم، بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا و عقليا.

كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه و تنشئته النشأة السوية في حدود ما يسمح به الشرع.

#### 4- حماية الطفل من الناحية الخلقية

فهي ترتبط بمدى تعليمه و حسن تأديبه و إعداده لأن يكون فردا صالحا سويا و حمايته من مخاطر الشارع.

#### 5- حماية المحضون صحيا

فيكون على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها، و عرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك.

فإنه من خلال التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري للحضانة معتمدا على أهدافها، نلاحظ أنه قد وضع بعض المعايير التي يمكن للقاضي اللجوء إليها من أجل الحكم في قضايا الحضانة المرفوعة أمامه بما هو أصلح للمحضون.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 62 قأج المذكورة أعلاه أنه: " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

و عليه فإن الحضانة تثبت لمن كان أهلا لها. فما يقصده المشرع بالأهلية هنا هي القدرة والاستطاعة على تربية الصغير و القيام بشؤونه، و الكفاءة للقيام بمهام المهمة الشاقة التي لا يمكن أن تؤدي على أكمل وجه، إلا بتوافر الشروط التي أجمع عليها الفقهاء و تبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 قأج على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

فالمشرع ترك مهمة مراعاة هاته الشروط و التأكد من توافرها للقاضي. و بهذا يكون المشرع قد عبر ضمينا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون بدون ذكرها.

## **الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة**

أحدث المشرع الجزائري انقلابا في المادة 64 قأج بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، إذ نص على ما يلي: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العممة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."

فهذا التعديل جاء مخالفا لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم و الأب و إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب لأن الأم أجدر لتحمل هذه المهمة<sup>2</sup>، إلا أنه أقر بمبدأ التداول، و هذا ما هو إلا مراعاة لمصلحة الطفل.

فإن المشرع الجزائري بتعديله لهذه المادة يكون قد عالج الواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية لا سيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق و الوفاة.

كما أنه في قانون الأسرة القديم أي قبل التعديل، فإن حق الأب كان مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها، و هذا شيء غير منطقي لأن الأب أولى منهن و أكثر حرصا على رعاية أبنائه.

إلا أن ما نلاحظه هو أن المشرع أضاف في المادة المذكورة أعلاه عبارة: " مع مراعاة مصلحة المحضون"، فهذا دليل على أن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام و يمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، و أن غيره ممن ليسوا مرتبين أحق بالحضانة منه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - راجع، ص41 من هذا البحث.

<sup>2</sup> Cf.H.Bencheikh Hocine Dennouni, la garde un attribut de la maternité en droit algérien, R.I.D.C, 1988, p.902.

<sup>3</sup> - أنظر، باديس ديابي، المرجع السابق، ص.77.

و بالتالي فتبقى مسألة إثبات الأجر و الأكفاء للحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

## الفرع الثالث: آثار الحضانة

رتب المشرع الجزائري آثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا من الزوجين المنفصلين. فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون و نشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، و إضافة إلى ذلك و كون الحاضنة تبذل مجهودات مادية و معنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه، فيبقى السؤال مطروحا فيما يتعلق بأجرة الحاضنة.

كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت ينمو في دفته المحضون، تحت رعاية الحاضنة.

و زيادة على ذلك فإن حضانة الطفل بعد طلاق والديه تفترض ابتعاده عن أحدهما، لذا يمنح القانون للطرف الذي ابتعد عنه حق الزيارة الذي يحكم به القاضي عند إسناد الحضانة.

تلك هي الآثار المترتبة على الحضانة و التي سنتناولها كما يلي:

## أولاً: نفقة المحضون وأجرة الحاضنة

إن حضانة الطفل بما تنطوي عليه من تغذية و كسوة، و علاج، و تربية و سكن، و كل ما يتطلبه المحضون من احتياجات لمعيشته و تنشئته النشأة القويمة، كل ذلك يتطلب مجهودات مادية قوامها المال، و يتجلى في نفقة المحضون. فإذا كان من المؤكد أن المحضون لا بد له من نفقة كما سيأتي لاحقا، فإن السؤال يطرح بالنسبة للحاضنة: فهل لها مقابل ما تبذله من رعاية و تربية للمحضون؟

نصت المادة 78 فأج في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على: " تشمل النفقة : الغذاء والكسوة و العلاج، و السكن وأجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة." و هذا معناه أن النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام و كسوة و علاج، و سكن و خدمة و كل ما يلزم بحسب العرف و العادة، و هي ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه بحسب المتعارف عليه بين الناس، و حسب وسع الزوج. و النفقة تجب للفروع على الأصول، كما تجب للأصول على الفروع حسب القدرة والاحتياج، و الأصل أن النفقة تعود إلى سببين اثنين هما: الزواج و القرابة.

و بخصوص نفقة المحضون فإن المشرع الجزائري استمد وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال، وهو ما ذهب إليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية، ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب.<sup>1</sup> حيث تنص المادة 75 فأج على: " تجب نفقة الولد على الأب ما 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."

و يسقط واجب النفقة عن الأب المعسر، فلكي تكون نفقة الأب على ابنه فلا بد أن يكون الأب قادرا، و أن يكون الابن محتاجا لها، لكونه لا مال له أو لكونه صغير السن، أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب.

بينما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج.

و يبقى حكم النفقة سواء في إطار زوجية قائمة أو في إطار الحضانة، و ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة ما إذا كان الأب معسرا و عاجزا عن النفقة، و هذا ما نصت عليه المادة 76 فأج: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك."

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص.431.

فالمشرع نقل هنا واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة، أي أن يكون لها مال.

و يرى بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" و المقصود بها عدم القدرة التامة عن الاستزاق لا لكونه فقير أو معسر أو لتقاعس<sup>1</sup>. و إلا لتقاعس الآباء عن الكسب و النفقة على أبنائهم المحضون لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون. فلا بد أن يقوم الدليل على عجز الأب و قدرة الأم على الإنفاق.

### ➤ تقدير قيمة النفقة

تنص المادة 79 قأج في مسألة تقدير النفقة على مايلي: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم." فإن هذه المادة تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، إلا أنه يمكن الاعتماد عليها لتقدير نفقة المحضون.<sup>2</sup>

فما يستمد من هذه المادة، أن القاضي لما يقدر النفقة يأخذ بعين الاعتبار وسع الزوج، كما يجب أن يراعي ظروف المعيشة و المستوى الاجتماعي. كما أنه لا يجوز للحاضنة المطالبة بمراجعة نفقة محضونها إلا بعد مرور سنة من يوم الحكم بها، كما يجب على القاضي حين إعادة النظر في تقدير النفقة أن يراعي المعايير السابقة.

إلا أنه من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب فهي غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل و تربيته، و يعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقة الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر.

و في هذا يقول الأستاذ محي الدين عكاشة بشأن النفقة المحكوم بها من قبل القضاء

الجزائري:

<sup>1</sup> - أنظر، باديس ديابي، المرجع السابق، ص.85.  
<sup>2</sup> - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.387.

« J'ai eu beaucoup à vous parler de la modique pension alimentaire allouée par nos juridictions aux enfants de parents divorcés ». Pire encore, « la fixation de la pension alimentaire, ajoute-t-il, fait parfois l'objet de véritables batailles juridiques entre les parties, à qui l'emportera sur l'autre : la mère voulant le maximum, le père désirerait s'en sortir avec les moindres frais, et t tout le monde se plait. »<sup>1</sup>

فبخصوص مسألة نفقة المحضون، فإن إهمال المشرع الجزائري واضحا عندما حصر حقه في النفقة في الضروريات بموجب المادة 78 قأج المذكورة سابقا، و هذا على عكس اتجاه الشريعة الإسلامية و المتمثل في تلبية كل حاجاته و رفض التضحية بأي منها دون مبرر على أن ينتقل واجب إشباعها في حالة عجز والد الطفل إلى أقاربه ثم الدولة.

فإن المشرع الجزائري ركز على ظروف المنفق الفقير و جعل من وضعه المالي المقياس لتحديد النفقة التي بموجبها ضمن للطفل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن، و ما يعد من الضروريات في العرف و العادة، و ليس وفق متطلبات العصر، و كأن هدفه من تنظيم حق الطفل في النفقة ضمان عدم موته جوعا أو بردا<sup>2</sup>!!

فكان مجلس الوزراء قد اقترح في مشروع تعديل قانون الأسرة وجوب إنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية و أجرة السكن المخصص لممارسة الحضانة، و هذا نظرا للمشاكل المتعلقة بدفع النفقة و انعكاساتها السلبية على حسن تربية المحضونين و حسن تنشئتهم. و كان من أسباب هذا الاقتراح أن المتضرر من عدم دفع النفقة هم بصفة أولية الأطفال، فهذا الصندوق إن تم إنشاؤه يعتبر آلية جديدة لدفع النفقة و رفع الإحتياج عن المحضونين، مع العلم أن كل من فرنسا و مصر و تونس دول تعتمد على هذه الوسيلة لدفع النفقة المستحقة قانونا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - Cf.M.Akkacha, les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le divorce, R.A.S.J.E.P., n 1, pp.259-260.

<sup>2</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.193.

<sup>3</sup> - أنظر، جريدة الشروق، الصادرة في 2004/08/09، ص.07.

إلا أنه من المؤسف أنه بعد صدور قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/15 لم يرد نص على هذا الإجراء الذي يعتبر أمر جوهري لتحقيق مصلحة المحضون، وبالتالي فإنه كان على المشرع أن يراعي هذه الحالة و يجد حلا لمشاكل النفقة التي تتسبب في ضياع الأطفال.

## 2- أجرة الحاضنة

إن الحضانة عملا متعبا و شاقا يتطلب إمكانيات و جهود مادية و معنوية و طاقة جسدية يمتد بذلها خلال سنوات الحضانة في سبيل رعاية الطفل، و بالتالي فهل لهذه الجهود مقابل مادي يشكل أجرة للحاضنة؟

فإنه بالتمعن في المواد 75، 76، 77 و 78 قأج، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى أجرة الحضانة ليظل التساؤل قائما في القول بأجرة الحاضنة من عدمها، فحتى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما تنص عليه المادة 222 قأج، فنجد أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في هذه المسألة.<sup>1</sup>

فتظل المسألة في غياب الحسم اجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء.

وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يتدخل و يحسم هذه المسألة، و خاصة وأن أجرة الحضانة هو أمر ضروري ليس فقط بالنسبة للحاضنة بل أيضا للمحضون، لأن حصول الحاضنة على مقابل ما تقدمه فيه تحفيز على القيام بهذه المهمة على أحسن وجه، فإن عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإجحام عن هذا العمل، و في هذا ضرر بالمحضون، والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.

## ثانيا: سكن الحاضنة

<sup>1</sup> - لمزيد من المعلومات، راجع ص52 من هذا البحث.

حسم المشرع الجزائري قي مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة و ذلك بصيغة الوجوب، إذ جاء في المادة 72 قأج المعدلة: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار." و إن كانت المادة 72 قأج قبل تعديلها تنص على السكن إذ جاء في نصها: " نفقة المحضون وسكنه من ماله و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته." إلا أن أسلوبها لم يكن صارما، الشيء الذي أدى بالقضاة يجيدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به. فإن المشرع بتعديله هذه المادة يكون قد راعى مصلحة المحضون و التي تتمثل في أن يكون له سكن.

غير أن المادة 72 قأج المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها بشأن الفقرة الثانية التي تنص: "... وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن." فالمشرع الجزائري لم يكن موقفا في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، و ذلك لعدة اعتبارات أهمها<sup>1</sup>:

- 1- إن المشرع حصر الحاضنة في الأم المطلقة، إلا أن هذا غير صحيح فقد تكون الحاضنة أما أو حالة أو أي حاضنة أخرى.
- 2- نعلم أن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها. فكيف يمكن لها أن تقيم في بيت صار أجنبيا عنها.

لذلك فإن المشرع الجزائري بصياغته لهذه المادة لم يكن موقفا لأنها تحمل الكثير من الغموض وعدم الدقة.

### ثالثا: حق الزيارة

<sup>1</sup> - أنظر، باديس ديابي، المرجع السابق، ص.89.

إن إسناد الحضانة إلى مستحقتها، و الذي يكون في الغالب الأعم الأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده، مما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، بتمكينه من زيارة و رؤية ابنه المحضون.

و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 64 قأج: "...و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون، فقد رتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق و يعبث به.<sup>1</sup>

و بما أن المشرع نص على حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة، فهذا دليل على أن هؤلاء فقط يحق لهم طلبه، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم، فلا بد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن و هذا يستنتج من أسلوب المادة الذي جاء على سبيل الوجوب بلفظ (وعلى القاضي).

وقد جعل القضاء الجزائري الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق استقبال أو زيارة أجدادهم وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: "من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا، و من تم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة، يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن."<sup>2</sup>

كما أن المادة 64 السالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حق الزيارة و لو غفل عنها المعني بالأمر، و إن الحكم يكون معيبا إذا نطق بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، و بالتالي

<sup>1</sup> - أنظر المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1998/04/21، ملف رقم 189181، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.192.

يكون المشرع قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، و منطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا، فهذه المصلحة هي التي تبرر اتخاذ القاضي مثل هذا الحكم و من تلقاء نفسه. و قد تكفل المشرع نفسه هذه المصلحة عندما نص في المادة 3 قأج على أنه: "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة و حسن الخلق، و نبذ الآفات الاجتماعية." و كذا في الفقرة الثالثة من المادة 36 المعدلة من ذات القانون و التي تنص على أنه: "يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم." و في الفقرة السابعة من ذات المادة بقولها: "زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه و استضافتهم بالمعروف."

و بالتالي فنجد أن الحكمة من تقرير حق الزيارة، تتجلى من الناحية التطبيقية في هدفين يبررين وجوده: أولهما خلق علاقات عاطفية و توطيد روابط الأسرة. و في هذا يقول الأستاذ فروق المشتري:

« Tous ces systèmes, malgré leur diversité, procèdent d'une idée commune : l'étranger ne peut obtenir qu'un droit de visite lui soit accordé. Le fondement de ce droit se situe dans la parenté. »<sup>1</sup>

و الثاني في اعتباره وسيلة لرقابة الطفل من حيث صحته و تربيته و سلوكه الأخلاقي<sup>2</sup>، إذ يعتبر حق الزيارة وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة ي ممارستها للحضانة.

و بالتالي فإن حق الزيارة يصبح واجبا و التزاما قانونيا لمصلحة المحضون. و إذا كان هذا ما اتجه إليه قانون الأسرة الجزائري، فإن الملاحظ عليه هو أنه لم يعط للقاضي ولا توجيه في طرق حق الزيارة و كيفية ممارستها، بل أنه لم يشر إطلاقا في المادة السالفة الذكر إلى

<sup>1</sup> - Cf.F.Mechri,op.cit.,p.90.

<sup>2</sup> - أنظر، الملحق رقم 2

مصلحة المحضون، و لكن من زاوية المقارنة نلاحظ أنه صادق لاحقا على الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا في 1988 التي تشير إلى مصلحة المحضون و خصوصا في المواد 1، 4، 6، 12 منها.<sup>1</sup>

فالمشرع الجزائري قد منح للقاضي حرية واسعة يكشف بموجبها على الأصلح و الأنسب للمحضون. فعلى القاضي أن ينفق جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليحدد مصلحة المحضون. فهو الذي يحدد طرق الزيارة في إطار هذه السلطة سواء من حيث المدة، أو من حيث مكان ممارستها. فسكوت المشرع حول تحديد مدة الزيارة دفعت بالقضاء إلى الاجتهاد، و قد حددتها المحكمة العليا مرة في كل أسبوع على الأقل، و ذلك في إحدى قراراتها عندما ذكرت: " متى أوجبت أحكام المادة 64 على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم. و من ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة إلا مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."<sup>2</sup>

و بهذا القرار أضحت سلطة قاضي الموضوع مقيدة أصلا بما قرره المحكمة العليا، و كذا الشأن بالنسبة لمكان الزيارة، إذ قررت المحكمة العليا في قرارها بأن: " من المستقر عليه فقها و قضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما و على من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقييد أو مراقبة. فالشرع أو القانون لا يبيني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، و من ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لما كان ثابتا، في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون و الشرع. و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

## **الفرع الرابع: انتهاء الحضانة و مسقطاتها**

إن الحضانة تتميز بالتأقيت، فبمجرد فوات و انتهاء مدتها فهي تسقط عن من تكون لصالحه. كما أنها تسقط عنهم في بعض الحالات بالرغم من عدم انتهاء المدة. فكيف نظم المشرع الجزائري هاتين المسألتين؟

## **أولاً: مدة الحضانة**

نص المشرع الجزائري في المادة 65 قأج على أنه: "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 يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون."

فيفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا. كما أن المشرع قد فرق بين مدة حضانة الذكر و الأنثى، و هذا شيء منطقي نظرا لتباين التكوين النفسي و العقلي والجسدي لكل واحد منهما، فقرر أن حضانة الذكر تنقضي مدتها ب 10 سنوات و الأنثى بسن الزواج، أي ب 19 سنة طبقا للمادة 7 قأج المعدلة.

و معنى ذلك أن في التشريع الجزائري حق التخاصم على حضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة، ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون<sup>2</sup>، هذا كأصل عام.

2 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/30، ملف رقم 79891، م.ق، 1992، عدد1، ص.55.  
2 - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.296، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج و الطلاق، د م ج، الجزائر، 1994، ص.389.

إلا أنه بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، فنجد أن المشرع الجزائري أورد استثناء لهذا المبدأ و هو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون. و بالتالي فيكون للقاضي سلطة تقديرية في تمديد مدة الحضانة، إلا أن سلطته هذه غير مطلقة بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:

1- يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى، فإذا ما انتهت حضانة الفتاة لا يحق أصلا لأي من الحواضن طلب تمديد لها.<sup>1</sup>

2- أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، و بالتالي فيمكن للقاضي أن يمدد الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة و هذا حسبما تتطلبه مصلحة المحضون، و لكن لا يمكن له تجاوزها. فبالنسبة لهذا الشرط فكان من الأجدر على المشرع أن يترك تحديد هذه المدة إلى القاضي، لأن الأطفال و إن كانوا في نفس السن إلا أنهم يختلفون عن بعضهم البعض، و القاضي وحده يمكنه مراعاة كل حالة على حدى مراعىا في ذلك مصلحة المحضون.

3- أن تكون الحاضنة الأم، فلا يجوز لغيرها طلب تمديد الحضانة.

4- أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة.

5- أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات<sup>2</sup>، فإذا فاتت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.

## **ثانيا: مسقطات الحق في الحضانة**

فمن استقراء مواد القانون الأسرة نستخلص أن المشرع الجزائري نص على حالات التي على أساسها يسقط حق الأم في حضانة ولدها، و يمكن استعراض هذه الحالات كالاتي:

1- يسقط حق الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بالمحضون، و هذا ما نصت عليه المادة 66 قأ.ج.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص.299.  
<sup>2</sup> - أنظر، فضيل سعد، المرجع السابق، ص377-379.

فهنا المشرع يواصل و يضيف " ما لم يضر بمصلحة المحضون"، أي أنه لا بد على القاضي أن يضع مصالح المحضون الفضلى فوق كل اعتبار.

و هذا ما قال به بعض الفقهاء، كالعلامة ابن عابدين مبررا هذا الرأي:

" فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة براعي الأصلاح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض يتمنى موته، و يكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه... فإذا علم المفتي، أو القاضي، شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد".<sup>1</sup>

2- يسقط حق الحاضنة في الحضانة عند اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة و المتمثلة في عدم رعاية الولد جيداً و القيام على تعليمه، أو إذا كانت الحاضنة فاسقة أو مرتدة فلا ينشأ الطفل في تربية دينية سوية، و هذا ما جاء في نص المادة 67 فأج المعدلة و التي تنص: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون."

3- يسقط حق الحاضنة إذا لم تطالب بحقها في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون عذر وفقاً لما نصت عليه المادة 68 فأج. إلا أن هذه المادة تطرح سؤالين:

- متى يبدأ سريان هذه المدة؟

- متى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر؟

بالنسبة للسؤال الأول فإن المدة تبدأ من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة، أما عن السؤال

الثاني فهناك فرضين:

\* أن يعلم من له الحق بالحضانة بحقه فيها و يسكت عن المطالبة بها.

\* أن يعلم ان سكوته يسقط حقه في الحضانة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن، م.ع.ق.إ.س، 1994، ص.147.

<sup>2</sup> - أنظر، فضيل سعد، المرجع السابق، ص.143 و 144.

و في نفس السياق أكدت المادة 69 قأج، أنه في حالة ما إذا استوطن من يجب له الحق في الحضانة مع المحضون في بلد أجنبي، فإن مسألة إثبات حقه في الحضانة أو إسقاطها عنه يرجع لتقدير القاضي الذي له أن يراعي في ذلك مصلحة المحضون.

كما بينت المادة 70 من قانون الأسرة المعدل و المتمم أنه يسقط حق الجدة أو الخالة من الحضانة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

قد ذكرنا الحالات التي نص عليها المشرع التي تسقط بموجبها الحضانة، فالشيء الذي لاحظناه هو أنه علقها كلها بمصلحة المحضون، فقد ترك في هذا المجال سلطة تقديرية واسعة للقاضي، الشيء الذي أدى بنا إلى شرح كل حالة على حدى لاحقا من خلال الدعاوى التي ترفع إليه.

فمن خلال دراستنا لأحكام الحضانة في القانون الجزائري نجد أن المشرع وضع من قاعدة مصلحة المحضون القاعدة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في تسيب أحكامه، و نستخلص مما سبق أن هذه القاعدة يحكمها عنصران أساسيا:

**أولهما:** تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.

**ثانيهما:** تحقيق الأمن و الاستقرار النفسي و العاطفي للطفل.

و بهذا يكون المشرع قد ساهم في وضع بعض معالم المصلحة، و بسط للقاضي مهمة البحث عنها ( رأي الأستاذ عبد العزيز سعد).

فمما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري يلعب دورا فعالا في حماية مصالح الطفل، غير أن القاضي وحده يملك سلطة تحقيق هذه الحماية على أرض الواقع، من خلال قيامه بالتكييف القانوني للوقائع المعروضة عليه في ظل إحاطته بظروف الطفل و حقيقة مشاكله، و هذا ما سوف يتم التطرق إليه في المبحث الثاني .

## **المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل**

رأينا أن المشرع عندما يضع القواعد، يضعها عامة و مجردة، و القاضي يفسرها و يفصل حسب كل حالة، لذلك فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل، و يخول له مهمة تحديد ما تشمل عليه من الناحية العملية، إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لكل قضية معروضة أمامه، فيتقدم باجتهد قريب للحقيقة و

الواقع. و من هنا ارتأينا أنه قبل الكلام عن دور القاضي من خلال الآليات التي تمكنه من تكوين قناعته، و هذا في المطلب الثاني لا بد أن نبين أولا ما هي مختلف القضايا المتعلقة بالنسب و الحضانة، التي يتسنى له الحكم فيها وندعمها ببعض الاجتهادات القضائية التي تعتبر عنصرا من عناصر دولة القانون، و تساهم في نفس الوقت في تحقيقها، كما تشارك في السير الحسن للنشاط القضائي بحيث تسمح لكل أطراف قضية وبصفة مسبقة معرفة المواقف القضائية الجوهرية، و في هذا الصدد فإن المادة 152 من دستور 1996 حسب آخر تعديل له تنص على أن: " المحكمة العليا و مجلس الدولة الهيئتان القضائيتان الأساسيتان تقومان بتقويم أعمال المجالس القضائية و المحاكم العادية و الإدارية، كما تضمنان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و تسهران على احترام القانون." و هذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الأول.

## **المطلب الأول: دعاوى النسب و الحضانة**

حماية لحقوق الأفراد، سمح لهم المشرع الجزائري طرق باب القضاء عن طريق وسيلة شرعية تتمثل في الدعوى القضائية، و قد أولى شريحة الأطفال رعاية خاصة من خلال تنظيمه لدعاوى النسب (الفرع الأول) و دعاوى الحضانة ( الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: دعاوى النسب**

تعهدت الجزائر بمصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل، باحترام الطفل في الحفاظ على هويته، و أن تقدم له المساعدة و الحماية من أجل الإسراع بإعادتها. و سعيا لتحقيق هذا، فإن المشرع أقر دعاوى قضائية من خلالها يحمي حق الطفل في النسب، كما أنه جرم بعض الأفعال التي تمس بهذا الحق، و هذا ما سيتطرق إليه.

### **أولا: الدعوى المدنية**

تتجه دعاوى النسب إلى تمكين الطفل المجهول النسب من إثبات نسبه المفقود، إلا أنها قد تكون وسيلة لإنكار النسب و نفيه. و ترفع هذه الدعوى ممن له الصفة و المصلحة طبقا لما جاء

في نص المادة 459 قاإم، و هذا ما جاء أيضا به المشرع في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 2008/04/25، و الذي يدخل حيز التنفيذ في أبريل 2009.

أما بالنسبة للاختصاص، فيكون للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه طبقا لما جاء في نص المادة 8 قاإم، و هذا ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إذ خصص القسم الخامس من الباب الأول لدعاوى النسب و جاء في مادته 490: " ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة أمام محكمة موطن المدعى عليه."

### **1- دعوى إثبات النسب**

فإن كان القضاء يشترط لقبول دعوى إثبات نسب الطفل من أبيه، أن يكون ناتجا على فراش الزوجية، فإنه سمح له أن يثبت نسبه من أمه أيا كان سبب ولادته، و إن كان ناتج عن زنا.

### **أ- دعوى إلحاق نسب الطفل بأمه**

ينسب الطفل إلى أمه أيا كان سبب ولادته، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: "من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا".<sup>1</sup> و من أجل ذلك لا بد من إثبات للمحكمة واقعتين و هما:

\* واقعة الميلاد: فالأصل أن تثبت الولادة بمستخرج من المصالح المدنية، إلا أنه قد يتعذر ذلك، فيمكن إثباتها عن طريق إقرار الأم نفسها، أو عن طريق شهادة الأشخاص الذين حضروا الولادة، أو حتى عن طريق الفحص الطبي، لأن الولادة واقعة مادية يمكن إثباتها بكل الطرق و الوسائل.<sup>2</sup>

\* إثبات للمحكمة أن الطفل الذي ولدته المرأة هو نفسه المطلوب إثبات نسبه. و يتم ذلك بواسطة شهادة الشهود أو عن طريق الخبرة، كما يمكن ذلك عن طريق اعتراف الأم نفسها بأنه ابنها.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 51414، 1988/12/19، م.ق، 1991، عدد2، ص.52.

<sup>2</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.216.

فثبتت هاتين الواقعتين يلحق الطفل بأمه.

## ب- دعوى إلحاق نسب الطفل بأبيه

يرفض القضاء الجزائري كل دعوى تهدف إلى إثبات هذا الحق للطفل المولود خارج الزواج الصحيح<sup>1</sup>، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها: " من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت به النسب..."<sup>2</sup>

و عملا بمبدأ البينة على من ادعى، فلا بد على المدعي أن يثبت للمحكمة الوقائع التالية:

### ➤ توافر عقد زواج صحيح:

فلا ينسب الطفل لأبيه في القضاء الجزائري إلا إذا ولد من زواج صحيح، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في أحدها: " من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، و من تم فلا تعتبر العلاقة غيرالشرعية بين الرجل و المرأة زواجاً.

و لما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. و عليه فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشارات للمستأنف على اعترافه بالزواج و تصحيحه و إلحاق نسب الولد بأبيه، و تقرير حقوق للمستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>3</sup>.

كما جاء في قرار آخر: " حيث أن الولد للفراش ما دام العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين، والدليل أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته و هي في بيت خالها بوههران حسبما أشار إليه الحكم الجزائري لمحكمة البيضا بعد سماع ثلاث شهود"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عكس القضاء المصري الذي صرح بأن: "...تثبت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية الصحيحة، فقد يثبت النسب بدون زوجية صحيحة كما قد يثبت بعد الوطء بشبهة"، أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.219.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 58224، 1989/12/25، م.ق، 1991، عدد 04، ص.110.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 34137، 1984/10/08، م.ق، 1998، عدد 04، ص.79.

<sup>4</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 39473، 1986/02/24، غير منشور، مشار إليه في: بلحاج العربي، قانون الأسرة، د.م.ج، 2007، ط3، ص.174.

## ➤ الدخول و إمكانية الاتصال بين الزوجين:

فلا يكفي إثبات للقضاء إبرام عقد الزواج، بل لا بد على من يدعي انتساب الطفل لأبيه أن يثبت واقعة الدخول.

و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قراراتها، إذ جاء في أحدها: " من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال."<sup>1</sup> و أكدت عليه في قرار آخر: " حيث ثابت من دراسة ملف الدعوى أن إجراء التحقيق المأمور به... كان متعلقا بالبحث عن تاريخ البناء بالمطعون ضدها من الطرف الطاعن... حتى يتبين... هل أن الولد هو من صلب الطاعن أم لا."<sup>2</sup>

و يمكن إثبات هذه الواقعة عن طريق شهادة الشهود أو باعتراف الزوجين.

## ➤ ولادة الطفل خلال المدة المحددة قانونا:

فلا بد أن يكون الطفل المراد إلحاق نسبه إلى أبيه مولودا خلال المدة المحددة بموجب المادة 42 قأج، و التي تتراوح بين ستة و عشرة أشهر.

و هذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا كما يلي: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، و أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، و من تم فإن الذي ولد بعد مضي ( 64 يوما) لا يثبت نسبه لصاحب الفراش. و لما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس و يستوجب الرفض.

إذا كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب، بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02، و أن البنت ازدادت يوم

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ ا ش، ملف رقم 204821، 20/10/1998/م.ق، عدد خاص، ص.82.  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ ا ش، ملف رقم 40390، 24/02/1982، مشار إليه في: بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.م.ج، الجزائر، 1994.

1982/01/06 ( أربعة و ستون يوما من تاريخ الزواج)، أي بأقل من مدة ستة أشهر و هي أقل مدة للحمل، و أن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا، و أن الزنا لا ينسب لأبيه. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.<sup>1</sup>

كما جاء في قرار آخر: " من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، و من تم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون. و لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن مدة الحمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون. و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."<sup>2</sup>

و بالتالي، فإذا توافرت الشروط السابقة يلحق الطفل بأبيه، إلا أن هذا لا يمنع من نفيه و إنكار نسبه.<sup>3</sup>

## 2- دعوى إنكار النسب

ف نظرا لخطورة دعوى انكار النسب على الطفل، إذ أنها تمس بأهم حقوقه، قيدها القضاء بمجموعة من القيود:

### أ- أن تكون دعوى الزوج مؤسسة:

و هذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: " من المقرر قانونا أنه ليس للرجل حق في إنكار النسب بالإدعاء غير المؤسس."<sup>4</sup>

و بالتالي فلا بد على من يدعي إنكار نسب الطفل أن يقدم دليلا قاطعا للمحكمة يثبت أن الولد ليس منه، كإثبات عقمه مثلا أو أنه كان غائب في تلك الفترة.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق، 1990، عدد1، ص.86.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1990/1/22، ملف رقم 57756، م.ق، 1992، عدد2، ص.71.

<sup>3</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.221.

<sup>4</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1987/02/09، ملف رقم 44521، ن.ق، عدد44، ص.161.

و نظرا لخطورة دعوى النسب، قد تأمر المحكمة بإجراء تحقيق، و هذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: " حيث ثابت من دراسة أوراق ملف الدعوى أن إجراء التحقيق المأمور به في القرار الصادر في 1983/01/25 عن مجلس قضاء سطيف كان متعلقا بالبحث عن تاريخ البناء بالمطعون ضدها من طرف الطاعن، و عن الظروف التي تم فيها حملها، و عن تاريخ ميلاد المولود المتنازع من أجله، حتى تتبين الحقيقة هل أن هذا الأخير هو من صلب الطاعن أم لا.<sup>1</sup>"

### ب- إنكار النسب بمجرد العلم بحمل الزوجة أو وضعها

و هذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: " من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت و لوليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا. يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها.<sup>2</sup> كما استقرت المحكمة العليا على أن مدة اللعان هي أسبوع، إذ جاء في قرارها: " إن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل.<sup>3</sup>"

### ثانيا: الدعاوى الجزائية

فإضافة إلى سماح المشرع بشق الطريق المدني من أجل حماية الحق في النسب، فإنه يجرم بعض الأفعال الماسة بهذا الأخير.

و منه سنتناول في هذا الموضوع بالكلام عن جرمي عدم التصريح بالميلاد و عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة، و كذا الأفعال التي من شأنها الحيلولة دون تحقق من شخصية الطفل، و أخيرا جريمة تزيف النسب.

### 1- جرمي عدم التصريح بالميلاد و عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة

#### أ- جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل

<sup>1</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1986/02/24، ملف رقم 40390، غير منشور، مشار إليه في بلحاج العربي، المرجع السابق ص.184.  
<sup>2</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1985/02/25، ملف رقم 35934، م.ق، 1989، عدد1، ص.83.  
<sup>3</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 2002/12/25، ملف رقم 296020، م.ق، 2004، عدد1، ص.289.

لقد نصت المادة 61 من قانون الحالة المدنية على أنه: " يجب أن يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان و إلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 من قانون العقوبات."

إذ تنص المادة 442 قاع ج في فقرتها الثالثة على أنه: " يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: كل من حضر ولادة طفل و لم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة..."

كما تضيف المادة 62 من قانون الحالة المدنية على أنه: " يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلا الأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، و عندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت الأم عنده."

و يكون هذه الجريمة ركنها المادي فقط، أما بالنسبة للركن المعنوي، فهي لا تتطلب قصد جنائي إذ أن الأمر يتعلق بمجرد مخالفة بسيطة.

### الركن المادي: و يشمل العناصر التالية:

1- عنصر عدم التصريح بميلاد الطفل: و هو ذلك التصرف السلبي الحاصل من الأب أو الأم أو أحد الأشخاص المذكورين في المادة 62 من قانون الحالة المدنية على سبيل الحصر، و ذلك نتيجة سهو أو إهمال أو إغفال<sup>1</sup>، و لا يشترط أن يولد حيا.<sup>2</sup>

2- أن يكون الجاني من بين الأشخاص الملزمين بالتصريح بالولادة: و قد ذكرتهم المادة 62 من قانون الحالة المدنية، و يكون المسؤول الأول الأب و بعده الأم ثم الأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، و عندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت الأم عنده.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، الجرائم المتعلقة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ط2، ص.166.  
<sup>2</sup> - أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، دار هومه، 2003، ص.167.

## ب- جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة

فتضيف المادة 442 قاع ج في فقرتها الثالثة: "...و كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرته..."

فيعاقب الجاني متى وجد طفل حديث لعهد بالولادة و لم يتم بتسليمه إلى رئيس البلدية باعتباره ضابط الحالة المدنية، غير أنه إذا قبل أن يتكفل به بموجب إقرار أمام ضابط الحالة المدنية بالمكان الذي تم العثور عليه فإنه يعفى من العقاب.

## 2- الأفعال التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل

تنص المادة 321 قاع ج على أنه: "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع و ذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته.

و إذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى خمس سنوات.

و إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين.

غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم إختياري أو إهمال من والديه فإن المجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات"

و بالتالي هذه الجريمة تأخذ صورتين: إخفاء نسب طفل حي و جريمة عدم تسليم جثة طفل.

أ- إخفاء نسب طفل حي: هنا المشرع لم يشر إلى سن معينة بل اكتفى بذكر الطفل. و تتكون هذه الجريمة من الأركان التالية:

الركن المادي: و يتمثل فيما يلي:

➤ السلوك الإجرامي: و يأخذ بدوره عدة صور:

● نقل الطفل: و يتحقق بإبعاد الطفل عن المكان الذي كان يوجد به، و نقله إلى مكان آخر.

● إخفاء الطفل: و هو أن يقوم الجاني بخطف الطفل و شخص آخر يتولى إخفائه، و ذلك من أجل تربيته في ظروف لا يمكن التعرف على شخصية الطفل.

● استبدال طفل بطفل آخر: و هو أن يستبدل الجاني الطفل المولود بعد أن وضعته أمه بطفل آخر.

● تقديم طفل على أنه ولد لامرأة لم تضع: كأن تكون المرأة عاقر و نسب الطفل لها.

➤ يجب أن تكون المرأة قد وضعت حملها و أن الطفل ولد حيا، و لكن لم يسلم لمن له الحق في المطالبة به.

➤ يجب أن تكون النتيجة المترتب عنها هي إخفاء نسب الطفل، و معه لا يمكن التحقق من شخصية الطفل.

**الركن المعنوي**: هذه الجناية جريمة عمدية يلزم لتوافرها القصد الجنائي، و يكون بانصراف إرادة الجاني و علمه بعناصرها، فيجب أن يكون الجاني عالما أنه يقوم بنقل طفل من مكانه بدون سند قانوني. فلا تقوم الجريمة إذا كان الجاني يريد المحافظة على حياة الطفل ثم إرجاعه إلى من له سلطة الإشراف عليه.

### **ب- جريمة عدم تسليم جثة الطفل**

فهذه الجريمة لا تقوم إلا إذا بلغ الجنين ستة أشهر، و هي أقل مدة الحمل طبقا للمادة 42 قا أ،ج، و إلا اعتبر الفعل إجهاضا.

و يأخذ الركن المادي لهذه الجريمة هو الآخر عدة صور:

\* إذا لم يثبت أن الطفل ولد حيا، و بذلك تقوم الجريمة بمجرد إخفاء جسم لطفل و لا يعتد إن تم الإبلاغ عن مكان تواجد جثة الطفل.

\* إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا.<sup>1</sup>

### 3- جريمة تزيف النسب ( التبني )

إن جريمة تزيف النسب، تعتبر من أخطر الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، و إن كان قانون العقوبات لم ينص عليها صراحة، بل اكتفى المشرع الجزائري بالنص عليها في المادة 46 قأج التي تمنع التبني شرعا و قانونا.

و المقصود بتزيف النسب، هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه و إعطائه نسب شخص، أو ادعاء بنوة أو أبوة طفل مجهول النسب بإسناده إلى نسب شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي.<sup>2</sup>

و بالتالي يمتنع انتساب شخص إلى غير نسبه الحقيقي أو منح نسب شخص إلى من هو عديم النسب مثل الابن الناتج عن الزنا، الذي لا يمكن أن ينسب إلى أي رجل و لا أن يحمل لقبه، كما لا يجوز الإقرار بينوته مطلقا و لا إثبات نسبه بالبينة أبدا.

و أي حكم قضائي أو أي عقد توثيقي يتضمن إضفاء نسب حقيقي معلوم لشخص معين على طفل معلوم أو مجهول النسب، سيكون مآله البطلان لمخالفته نص المادة 46 قأج من جهة، ولمخالفته للنظام العام.

فكل من قام بتزيف نسب، بتبني طفلا معينا و التصريح أمام ضابط الحالة المدنية أنه طفل من صلبه، و يطلب منه تسجيله أو تقييده في سجلات الحالة المدنية يخضع لعقوبات، و إن لم تكن مقرررة و مخصصة فالعقوبات من أجل هذه الجريمة، إلا أنه يمكن أن نستخرجها أو نستنتجها من أحكام النصوص التي تتعلق بأعمال التزوير و لا سيما نص المادة 34 من قانون الحالة المدنية، و كذا المادة 217 قاع ج. حيث تنص الأولى: " أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة و لم تكن تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في المادة 217 قانون عقوبات. "

<sup>1</sup> - أنظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.170.  
<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.151.

كما تنص هذه الأخيرة على أن: " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 1.000دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة. "

## الفرع الثاني: دعاوى الحضانة

كثيرا ما تطرح الحضانة إشكالات عديدة في الميدان، لا سيما أمام الفراغات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري من جهة، و تعقد مسألة الحضانة من جهة أخرى، مما يصعب من مهمة القاضي.

إلا أن ما يجدر ذكره أنه في الغالب سواء في التشريع أو في أحكام و قرارات القضاء، لا بد من مراعاة مصلحة المحضون و حمايتها بممارسة دعاوى مدنية، بل أبعد من ذلك هناك متابعات جزائية يسلمها قانون العقوبات على من يخالف أحكام الحضانة و يخل بمصلحة المحضون.

فصاحب دعوى الحضانة يكون إما المطالب بالحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره، و في سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة بهذه الدعاوى و تطبيقها ضمانا لحماية مصلحة المحضون، يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له، تمديدها، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي، إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم بإتباع أحد الدعاوى المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة حسب الحالة.

و عليه سوف نتطرق في هذا الفرع إلى الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة و المتمثلة في الإسناد والتمديد و الإسقاط، و كذا الدعاوى الجزائية التي تهدف إلى ردع مخالفين الأحكام الخاصة بالحضانة، مع تبيان بعض المشاكل التي يتلقاها القاضي أثناء فصله في قضايا الحضانة.

### أولا: الدعاوى المدنية

#### 1- دعاوى إسناد الحضانة

يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق و ما في حكمه من تطليق أو خلع، و في حالة الوفاة أو حالة فقدان.

### أ- حالة الطلاق و ما في حكمه:

إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 قأج أو خلعه طبقا للمادة 54 قأج، ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدلية التي ينظر فيها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى، ذلك أنه متى تم فك الرابطة الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا، فيكون القاضي ملزما بالفصل في أمر الأولاد.

فحسب المادة 64 قأج، فإن الأم دوما تكون أولى و أحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى الحالات التي تسقط عنها هذا الامتياز و المحددة قانونا و شرعا.

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها فيما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون، حيث جاء في إحدى قراراتها أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه، و أن حضانة الذكر بالبلوغ، و حضانة الأنثى حتى سن الزواج، و من تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية."<sup>1</sup>

ظكما استقرت المحكمة العليا على أنه: "من المستقر عليه قانونا ، أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها من الصبر و الوقت و الحنان و الراحة ما لا يمكن أن يتوفر مدى غيرها من أقارب الطفل."<sup>2</sup>

و أيضا: "إن إسناد الحضانة يعود إلى الأم باعتبار أنها أولى بأولادها تطبيقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة، غير أنه لا بد من مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1989/03/13، ملف رقم 52221، م ق، 1993، عدد 01، ص.48.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 2006/06/14، ملف رقم 368395، ملحق رقم 4.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 11/06/2008، ملف رقم 440367، ملحق رقم 5.

كما يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون مثلما جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، و لما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون و اعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن."<sup>1</sup>

و دائما في إطار مراعاة مصلحة المحضون قررت المحكمة العليا أن تسليم الأم البنيتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن الحضانة، ثم العودة بمطالبة الحضانة بعد خمس سنوات، فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعنة اعتبارا لمصلحة المحضون طبقوا صحيح القانون.<sup>2</sup>

## ب- حالة الوفاة أو الفقدان:

فمسألة الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية و ذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية و القانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له، لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به.

## 2- دعوى تمديد الحضانة

الأصل أن الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، و الأنثى سن الزواج و في هذه الحالة يكون للمحضون حق اختيار مع من يريد العيش، و لا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة.

و هذا ما نصت عليه المادة 65 قأج السالفة الذكر.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أش، 1997/02/18، ملف رقم 153640، م.ق، العدد 01، 1997، ص.37.  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أش، 1996/05/21، ملف رقم 134957، م.ق، العدد 02، 1997، ص.86.

و بالتالي فإن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه و لو 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."<sup>1</sup>

و هذا ما تأكد في قرار آخر للمحكمة العليا في حكم قضى بالطلاق و إسناد الحضانة للأم، و تم الطعن فيه بالنقض لأن سن الأبناء المحضون تجاوز سن العاشرة و هم تحت رعاية الأب، حيث جاء فيه: " إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة."<sup>2</sup>

و قد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى طلاق، تطبيق أو خلع. حيث أن قانون الأسرة في نهاية المادة 64 قأج نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

إذن يفهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون، لكن القضية تتعقد نوعا ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة، ففي هذه الحالة القاضي يجد نفسه أمام حلين:

● أن يتصدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه، فيسندها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية و القانونية كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها، و يكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1999/12/10، ملف رقم 25566، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.76.  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1995/10/24، ملف رقم 123889، ن.ق، عدد 52، ص.111.

• أن يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقييدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، و يكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون.

ليس هناك اتجاه موحد بين القضاة في حل هذه الإشكالية، فهناك من يقول بأنه و متى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة، فإنه لا يجوز في أي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة، لأنه إذا لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به و إلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه.

و هناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقييد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة و إن كانت حقا فهي أيضا واجب و المحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه و هي من النظام العام على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، و إلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانه؟

### 3- دعوى إسقاط الحضانة

يحق للمعني صاحب الصفة أن يياشر دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لا يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي، و تكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى إسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لا يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون.

فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة بإسقاط الحضانة؟

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن

صاحبه وهي:

**الحالة الأولى:** نصت على هذه الحالة المادة 66 فأج كما يلي: "يسقط حق الحضانة بالتزويج

بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون."

أ-زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون:

في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، فالسؤال الذي يطرح هو: هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلاً اختيارياً عن الحضانة أم غير اختياري و هل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 قأج على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري. فجاء في قرار المحكمة العليا: " أنه من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي يعد تصرفاً رضائياً و اختيارياً فإن القضاء بالحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري يعد مخالفة للقانون."<sup>1</sup>

كما أن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يمكن إثباته إلا بعقد زواج محرر طبق للمادة 22 قأج.<sup>2</sup>

و في قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: " و متى كان مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة."<sup>3</sup>

إلا أنه وقع تطور في موقف و اتجاه المحكمة العليا، و اعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم، لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة. حيث جاء في أحد قراراتها: " من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، و متى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها

<sup>1</sup> - انظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1990/02/05 ملف رقم 58812، م.ق، 1992، عدد4، ص.58.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1994/04/19، ملف رقم 102886، ن.ق، عدد51، ص.92.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، 1986/05/05، ملف رقم 40483، م.ق، 1989، ج2، ص.75.

استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قأج طبقوا صحيح القانون.<sup>1</sup>

و تؤكد هذا التغيير في موقف المحكمة العليا عندما اعتبرت في قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحاضنة، و من ثم فإن طلاقها من هذا الزوج يعطي لها الحق في المطالبة بالحضانة معتمدة على نص المادة 71 قأج، حيث جاء فيه: " إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط و دون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة يعد مخالفة للقانون.<sup>2</sup>

### ب- التنازل عن الحضانة

يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون، كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب، فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها.

بصفة عامة كل تنازل من شأنه أن يهدد مصلحة المحضون لا يعتد به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا بحيث قررت أن تنازل الأم عن الحضانة دون وجود حاضن آخر يقبل الحضانة و له القدرة عليها يعد مخالفة لأحكام الحضانة : "أنه من المقرر شرعا و قانونا أن التنازل يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازلها و له القدرة على الحضانة، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول و تعامل معاملة نقيض قصدتها.<sup>3</sup>

كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون.<sup>4</sup>

1 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1998/07/21، ملف رقم 201336، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.78.

2 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 2000/11/21، ملف رقم 252308، 2001، عدد 02، ص.284.

3 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1988/12/19، ملف رقم 51894، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.70.

4 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1998/04/21، ملف رقم 189234، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.175.

و يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم. فهل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به؟ و هل تأخذ المحكمة بهذه الحجية و بسبق الفصل فيها و تهدر بذلك مصلحة المحضون؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار و لو كان ذلك على حساب الحجية؟

ذهبت المحكمة العليا إلى أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها، لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحتهم و أن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.<sup>1</sup>

إذن لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكنه أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل، أو يوجد لكنه يمتنع أو لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

فالقضاء يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به. ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا و الفضلى للمحضون، و أن هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة، و بالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا إذا تولت حضانتها أمه.

**الحالة الثانية:** نصت المادة 68 فأج على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

كما نصت المادة 70 من نفس القانون أن هذا الحق يسقط عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

أ- سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر:

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1999/04/20، ملف رقم 220470، مرق، 2001، عدد خاص، ص.181.

إن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة، يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانوناً للمطالبة بالحضانة و مع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلاً و منطقاً و منها على سبيل المثال:

● أن يكون جاهلاً بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، و يرجع تقدير توافر هذا العذر الذي نصت عليه المادة 68 قا أ ج إلى القاضي المختص مع أخذه دائماً بعين الاعتبار مصلحة المضمون.

● إذا كان صاحب الحضانة جاهلاً بحقه، و لا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها.

و في غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، و قد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قراراتها: " من المقرر شرعاً و على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة، و من تم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية."<sup>1</sup>

و جاء في قرار آخر أنه حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها.<sup>2</sup>

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها من قبل مضي سنة يعد خرقاً للقانون: " من المقرر قانوناً أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، و من تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، و لما كان ثابتاً في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم و هي لا زالت متمسكة

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، م.ق، 1990، عدد 01، ص.60.  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1985/12/02، ملف رقم 388225، ن.ق، عدد 44، ص.157.

بها، فإن قضاة الموضوع بجرمانهم الأم من حق الحضانة و إسنادها للجددة لأب يكون قد خالف القانون.<sup>1</sup>

إلا أن هناك تغير في اتجاه المحكمة العليا أيضا في قراءتها للمادة 86 قأج عندما اعتبرت أن إسقاط الحضانة عن الأم طبقا لأحكام هذه المادة، و عدم استعانة القضاة بمرشدة اجتماعية لمعرفة مصلحة الأولاد و عدم الإشارة إلى جنسهم و أعمارهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون.<sup>2</sup>

### ب-سقوط حق الحضانة عن الجدة أو الخالة:

و يكون ذلك إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، و هذا ما نصت عليه المادة 70 قأج. فهنا تعود الحضانة لمستحقها طبقا لما نصت عليه المادة 64 قأج.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري في هذه الحالة لم يبين قصده من حصر سبب سقوط الحضانة بالمساكنة مع أم المحضون في الحالة و الجدة للأم دون غيرها؟

**الحالة الثالثة:** تسقط الحضانة عن الحاضن الذي فقد أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 قأج، كما يمكن للقاضي أن يسقط الحق فيها في حالة ما إذا أراد صاحبها أن يستوطن في بلد أجنبي كما نصت على ذلك المادة 69 من نفس القانون.

### أ-سقوط الحضانة عند إختلال شروطها:

إذا اختلفت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 قأج سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية، سقطت الحضانة عن مستحقها، على أن يراعي القاضي في جميع الحالات مصلحة المحضون و هذا ما نصت عليه المادة 67 قأج.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1990/02/05، ملف رقم 58220، م.ق، 1993، عدد 03، ص.53.  
<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1999/05/18، ملف رقم 222655، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.158.

فقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة و مضرة بالمحضون، و متعارضة مع مصلحته، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله.<sup>1</sup>

كما أضافت: " إنه على الطالب بإسقاط حضانة الأم بسبب أخلاقها أن يقدم ما يثبت إدعائه بذلك."<sup>2</sup>

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث الحضانة فاقدة للبصر: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد حرقا لقواعد الفقه الإسلامي."<sup>3</sup>

كما أن عدم توفر شروط الحضانة في الجدة ( أم الأم ) تسقط عنها حيث يشترط فيها أن تكون غير متزوجة و أن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي، و أن تكون قادرة على القيام بالمحضون."<sup>4</sup>

و قد اتجهت المحكمة العليا اتجاها أبعد في إطار الحرص على حماية مصلحة المحضون عندما قالت: "أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها و سوء تصرفاتها، يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا."<sup>5</sup>

كما اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة، و أن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة يعد مخالفة للقانون و أحكام المادة 62 قأج.<sup>6</sup>

كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن : ما استقر عليها القضاء، أن عمل المرأة الحضانة لا يعد من مسقطات الحضانة.<sup>1</sup>

1 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1988/11/07. ، ملف رقم 50270، م.ق، 1991، عدد3، ص.48.  
2 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش م، 2006/02/08، ملف رقم 339255، أنظر الملحق رقم6  
3 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م.ق، 1989، عدد 4 ص.76.  
4 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1988/06/20، ملف رقم 50011، م.ق، 1991، عدد2، ص.57.  
5 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1984/1/09، ملف رقم 31997، م.ق، 1989، عدد01، ص.73.  
6 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1998/03/17، ملف رقم 179471، م.ق، ص.172.

وهذا ما أكد عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 67 المعدلة و المتممة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/05. وذلك تماشياً مع تطور المجتمع و حماية حق المرأة في الحضانة و حقها في العمل.

### ب-سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

المسألة هنا جوازية للقاضي، و الأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه. و من هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكل للقاضي، انطلاقاً من قناعاته ومصصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية.<sup>2</sup>

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه من المقرر قانوناً إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حالة الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط.<sup>3</sup>

إلا أن المحكمة العليا اعتبرت في قرار آخر أن الإقامة في الخارج يعد سبباً من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها للأب، لأنه يتعدى عليه الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج و كذا حق الزيارة و ذلك لبعده المسافة.<sup>4</sup>

و هو ما يؤكد هذا الاتجاه في قرار سابق للقرار الأول حيث جاء فيه: " أنه من المستقر فقهاً وقضاءً أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود."<sup>5</sup>

كما أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري، هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي.<sup>6</sup>

1 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 2000/07/18، ملف رقم 245156، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.188.

2 - أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.389.

3 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1993/06/23، ملف رقم 91671، م.ق، العدد 01، 1994، ص.72.

4 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1995/11/21، ملف رقم 111048، ن.ق، عدد 52، ص.102.

5 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1986/09/22، ملف رقم 43594، ن.ق، عدد 44، ص.175.

6 - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 1984/04/02، ملف رقم 32594، م.ق، 1989، عدد 1، ص.77.

كما جاء أيضا في أحد قرارات المحكمة العليا: " أن إقامة الأم بالخارج و في محيط غير مسلم من المحتمل أن يترتب عليه نقل الأولاد المحضونين إلى الخارج، الأمر الذي يؤدي إلى إسقاط الحضانة عن الأم."<sup>1</sup>

و منه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة و إنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون و القواعد الشرعية بذلك، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، و إن أحل بالالتزامات المتعلقة بها أو فقد شرطا من شروطها ووجب إسقاطها عليه.

و في الأخير نود أن نشير إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة: فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة و المصلحة والأهلية كمبدأ عام طبقا للمادة 459 قإم و ما جاء في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 25/02/2008 الذي يدخل حيز التنفيذ في أبريل 2009، و يعد صاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 قأج ، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن تراعى هي مصلحة المحضون، و يكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة طبقا لما جاء في نص المادة 8 قإم، و هو ما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في الفقرة الثانية من المادة 40. و للقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها المدعي في دعوى الإسقاط، مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير.<sup>2</sup>

## ثانيا: الدعاوى الجزائية

تكريسا و تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون، نص قانون العقوبات الجزائي على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة و اشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه الأحكام،

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ أش، 2006/09/13، ملف رقم 393975، أنظر، المالح رقم<sup>6</sup>

<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.370.

و تعد أداة فعالة و وسيلة لضمان المحافظة على مصداقيتها و تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون.<sup>1</sup>

و منه سنتناول هذا الموضوع بالكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه، جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، و جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة، و كذا جريمة عدم تسديد النفقة.

## 1- جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه

و هي الصورة المنصوص و المعاقب عليها بموجب المادة 328 قاع ج التي تنص على أنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به...".

و تقوم هذه الجريمة بتوافر شروط أولية و ركن مادي و ركن معنوي.

### أ- الشروط الأولية

➤ **المحضون القاصر:** فمادام الأمر يتعلق بالحضانة فالمرجع يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء الحضانة و بالتحديد إلى نص المادة 65 قا أ ج، ومنه فإن القاصر الذي يقصده المشرع هنا هو من بلغ سن السادسة عشر للذكور والتاسعة عشر للإناث.<sup>2</sup>

➤ **حكم قضائي:** لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء، و يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، و قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا، و لكن يجب أن يكون نافذا كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفذ المعجل.

و هكذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهات غير مشمول بالنفذ المعجل و غير نهائي كونه محل استئناف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.174.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.124.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، 16/06/1996، ملف رقم 132607..

و قد يكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا.

كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادرا عن جهة ما من جهات القضاء الأجنبي، فلا يجوز الاستناد إليه إلا إذا كان مصادقا عليه و مهورا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 325 من قانون الإجراءات المدنية، و هذا ما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في مادته 605. أو وفقا للاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية.

## ب- عناصر الجريمة

أول ركن يشترطه القانون لقيام الجريمة هو عنصر الامتناع ذاته، و هو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع، إلا أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة، و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة، أو متابعة المتهم و لا معاقبته بشأنها، و الامتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ. إضافة إلى ذلك يجب أن يثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع.

كما تقتضي هذه الجريمة توافر الركن المعنوي، و الذي هو توافر القصد الجنائي المتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي و نيته في معارضة تنفيذ هذا الحكم، و تطرح هذه المسألة عدة إشكالات، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل و إصراره على عدم مرافقة من يطلبه. و قد استقر القضاء الفرنسي على رفض هذه الحجة، و قضي بأن مقاومة القاصر أو نفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا و لا عذرا قانونيا.<sup>1</sup>

و بالمقابل لا تقوم الجريمة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم، فمثلا إذا لم يقم الشخص الذي صدر الحكم ضده بتسليم طفل تنفيذا لحكم بإسناد الحضانة مستندا في ذلك على ترخيص من المحكمة لمدة معينة، فلا تقوم الجريمة خلال كل هذه الفترة المسموح بها، و قد أكدت المحكمة

<sup>1</sup> - أنظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.176.

العليا ذلك عندما قالت أنه: "متى كان مؤدى نص المادة 328 قاع ج هو أنه: "يعاقب بالحبس و الغرامة الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بموجب حكم، إلى من له الحق في المطالبة، ومن تم فإن أب القاصر الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة 15 يوم لا يعد مرتكباً لهذه الجريمة، و أن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون."<sup>1</sup>

## 2- جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

إن هذه الجريمة لها علاقة بالجريمة السابقة، لما لهما من اشتراك في الموضوع و في الهدف، و لما لهما من اشتراك في الخضوع إلى عقوبة موحدة، إذ أضافت المادة 328 السابقة الذكر: "... و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعد عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف."

بالإضافة إلى أن الهدف الأساسي لكل منهما هو حماية مصلحة المحضون و الحاضن، و لقيام

هذه الجريمة يجب توافر العناصر التالية:

### أ- العنصر المادي للاختطاف:

إن العنصر المادي لجريمة اختطاف المحضون من حاضنه عنصر أساسي، يتمثل في عدة صور

أو عدة حالات، و كل حالة منها تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، وهذه الحالات هي:

- اختطاف المحضون ممن أسندت إليه مهمة حضانته.

- اختطافه في الأماكن التي يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة، و دار الحضانة و ما

شاهما.

- و أيضا تكليف الغير بحمل المحضون و خطفه أو إبعاده عن المكان الموجود به لسبب من

الأسباب.

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، 1982/10/12، ن.ق، العدد 04، 1986، ص.39.

و لا يتم توافر هذا العنصر إلا بتحقيق النتيجة و هي اختطاف المحضون فعلا سواء مباشرة أو بواسطة الغير.<sup>1</sup>

و إذا كان الاختطاف قد وقع بواسطة شخص أو عدة أشخاص لصالح شخص معين هو الأب مثلا أو الأم، فإن الشخص الذي وقع الاختطاف لفائدته و بناءا على طلبه يعتبر فاعل أصلي، و أن الشخص الذي قام بالخطف و الإبعاد و نفذ ما طلب منه يكون شريكا في الجريمة.

### ب- توفر الحكم القضائي:

سبقت الإشارة إلى هذا العنصر كعنصر من عناصر تكوين الجريمة السابقة، و لا بد من توفره أيضا في هذه الجريمة، و ذلك لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم بأن هذا الطفل له حق حضائته و حق المطالبة باسترداده ممن خطفه منه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ.

### ج- عنصر القصد أو النية الجرمية:

إن هذا العنصر هو من الأركان العامة المطلوب توفره في كل عمل إجرامي. و أن قانون العقوبات لم يذكره ضمنا و لا صراحة كعنصر من عناصر تكوين هذه الجريمة، و إنما يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالوقائع الجرمية.<sup>2</sup>

فإن القانون يعاقب على مجرد فعل الخطف للمحضون ممن وكلت إليه حضائته، دون أن يعير أي اهتمام للغرض أو الهدف من الاختطاف و لا للوسائل التي تتم بواسطتها عملية الاختطاف أو الإبعاد، و تبقى النية هنا مفترضة و مستخلصة من تجاوز المتهم لحكم الحضانة و تحديه له.

## 3- جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة

<sup>1</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.126.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص.127.

## أ- مصادر جريمة عدم تنفيذ حكم الزيارة:

فمن خلال تحليل: المادة 64 قا أ ج التي تنص على أنه: على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقها أن يحكم بحق الزيارة للزوج الآخر.<sup>1</sup>

و المادة 6 فقرة 2 من الاتفاقية الموقعة بين الجزائر و فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين و الفرنسيات<sup>1</sup> التي تنص: " كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية للمتعاقدين و ينص على حضانة طفل يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة."

و المادة 7 من نفس الاتفاقية التي تنص على أنه: " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائرية الخاصة بعدم تسليم الأطفال، التي تنص و تعاقب عليها التشريعات الجنائية في كلتا الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة."

فيتبين لنا على أن القاضي الذي يحكم بالطلاق و إسناد الحضانة يجب عليه أن يحكم في نفس الوقت وضمن نفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الآخر، و يحدد فيه زمان و مكان و كيفية ممارسة حق الزيارة.

ففي حالة الامتناع عن تنفيذ الحكم، فيتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليمياً أن يلتمس دون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري، و يباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من الطرف الآخر.

## ب- عناصر جنحة رفض حق الزيارة

فلقيام جنحة الامتناع عن تسليم طفل لا بد من توافر العناصر التالية:

- وجود حكم قضائي مشمول بالنفاذ المعجل أو حائز لقوة الشيء المقضي به.
- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين، و بمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر.

<sup>1</sup> - أنظر، الملحق رقم 2.

• أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادة الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه.

هكذا نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتمام خاص بالمحضون و بالطفل بصفة عامة عندما نص على مثل هذه الجرائم التي من شأنها أن تضمن الحماية للأحكام الصادرة في شأن الحضانة. و قد نص المشرع على جريمة أخرى حماية للقاصر المحضون، و إن كانت تشمل أيضا الحاضن عندما تكون أما، و لكن ما يهمنا هنا بالخصوص هو المحضون. و هذه الجريمة هي:

#### 4- جريمة عدم تسديد النفقة

نصت على هذه الجريمة المادة 331 قاع ج حيث جاء فيها: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه و أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم..."، و ذلك تدعيما لنص المادة 75 قأج التي تنص على أن نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال.

و إن كان المشرع الجزائري حصر النفقة و التي تعتبر دين مالي على الأب في النفقة الغذائية دون سواها، علما أن النفقة كما هي معرفة في المادة 78 قأج تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و منه يمكن للمستفيد من هذه النفقة بموجب حكم قضائي نهائي أو مأمور فيه بالنفاذ المعجل و بعد انقضاء مهلة شهرين من التبليغ، و عند امتناع المدين عن تسديد النفقة أن يتقدم بشكوى لوكيل الجمهورية من أجل تحريك الدعوى العمومية في هذا الشأن، مع الإشارة أن دفع جزء من المبلغ المالي المحكوم به لا يحول دون قيام الجريمة.<sup>1</sup>

إلا أن موضوع الحضانة بدوره لا يخلو من المشاكل العملية، فمن بين المشاكل التي تصادف القضاة في عملهم هي إشكالية الزواج المختلط .

#### ثالثا: إشكالية الزواج المختلط

<sup>1</sup> - أنظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.159.

إنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، و إذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها<sup>1</sup>، خاصة إذا كان الزواج مختلطاً. لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعترى الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال، لأنه يكون الأطفال هم الضحايا. لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة الإشكاليات، و من أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر: اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا و الجزائر، و الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 جوان 1988، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88/144.

غير أنه قد يكون هناك زواج بين جزائريين و أجنب لا تكون بين دولتهم و بين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري.

## **1- إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر (الاتفاقية الجزائرية الفرنسية)**

فأسباب تاريخية، فإن النسبة الغلبة من المهاجرين الجزائريين في فرنسا، فنتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين و الفرنسيين و بالتالي أبناء، فحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط أبرمتا اتفاقية في 1988/06/21، تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، و سعياً لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين سلطتين مركبتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص.127.

<sup>2</sup> - أنظر، المادة 7 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، الملحق رقم<sup>2</sup>

و من بين الالتزامات ما ورد في المادة 06 من الاتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى: " يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين و فيما بين حدودها."

كما ألزمت الاتفاقية القضاة عند إصدار حكم قضائي يحكم بإسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة، و هو الأمر الذي ذهب إليه التشريع الجزائري من خلال المادة 64 قأج. غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ من بينها: في حالة ما إذا تم إسناد الحضانة إلى الأم لكونها أولى بحضانة الطفل من طرف قاضي فرنسي و هذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا، فالسؤال الذي يطرح هو هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 قأج، و هذا بتربية الولد على دين أبيه؟ خاصة إذا كانت الأم كاتباية؟

فإنه عند تفحص بنود الاتفاقية لا نجد أنها تنص على حل، و هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

و عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الوالدين يمنح الحق في الزيارة للوالد الآخر، و رغم معالجة الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة<sup>1</sup> إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة، فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، و رغم ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة، لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق لا شيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها، و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، و بالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى و لو أنها أشارت في المادة 05 منها على أنه: " إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل."، و من تم يتبادر إلى الذهن السؤال التالي:

هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، وهذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه<sup>1</sup>، إضافة إلى ما ناشدت به الموائيق الدولية ومن بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.<sup>2</sup>

فإن كانت الإجابة بنعم، فهنا يطرح السؤال من جديد: هل يحكم لصالحه؟، و منه و بطبيعة الحال فإن إشكالية عدم إمكانية المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها، و عليه يمكن القول أن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية.

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية. و العكس صحيح إذا تم عرض القضية في فرنسا، و هو الأمر الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها.<sup>3</sup>

و عليه من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق المعاهدة من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص.

## 2- إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر:

قد يحدث في حالة الزواج المختلط وقوع تنازع بين القوانين حول أي القانونين يطبق الوطني أو الأجنبي؟ و لحل تنازع القوانين من حيث المكان خص المشرع الجزائري المواد من 10 إلى 20 من

<sup>1</sup> - تنص المادة 62 فأج: " الحضانة هي.....بتربيته على دين أبيه..."  
<sup>2</sup> - المادة 3/26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1984 تنص: "للأباء الحق الأول في اختيار نوعية تربية أولادهم."  
<sup>3</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، 1993/06/23، ملف رقم 91671، م.ق، 1994، ص.72.

القانون المدني الجزائري، وقد تطرق في المواد من 10 إلى 16 إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.<sup>1</sup>

و تعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، و هذا من خلال آثار انحلال الزواج. و بالرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 12 فقرة 2 قام ج التي تنص: " أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى." أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة، و أن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الدولة الجزائرية، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى. و بالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لا سيما المادة 69 منه، بل أنه حتى و لو كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري، و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

كما استقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على: أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة و تحاصما على الأولاد في الجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة. وأنه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتحالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها.<sup>2</sup>

و إذا رجعنا إلى نص المادة 12 قام ج في فقرتها الثانية نجدها قد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج و هذا وقت رفع الدعوى. في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 قام ج، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة و هو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري. لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي. و هذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف

<sup>1</sup> - أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.126.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، 19/02/1990، ملف رقم 59013، م.ق، 1991، العدد 04، ص.116.

قاضي أجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية و أسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه، كما نص على ذلك القانون الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي.

و مهما تكن الإشكاليات التي تعترض سبيل القضاة، فإنه عليهم دائما إصدار أحكام، و إلا عد ذلك إنكار للعدالة. و على القضاة أن يراعوا في أحكامهم عند إسناد الحضانة أو إسقاطها مصلحة المحضون.

## **المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير مصلحة الطفل**

نصت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها الثالثة على أنه: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم... يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى."

إذن يجب على المحاكم أن تستند في كل إجراء يتعلق بالطفل أو يكون طرفاً فيه إلى مصالحه الفضلى.<sup>1</sup> و هو ما أكدته المشرع الجزائري عندما منح للقاضي كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للطفل.

فيعمل القاضي كل جهده بأن تتلاءم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه، و هذا ما أشار إليه السيد السابق في قوله: " تقدير مصلحة الصغير أو الصغيرة موكول للقاضي."<sup>2</sup> كما أن تحري ما يعد مصلحة فضلى للطفل يستلزم سعي القاضي للإحاطة الشاملة بالمشكل المطروح عليه و الظروف المحيطة بالطفل للبحث عن الحلول المتاحة و اختيار أفضلها له.<sup>3</sup> فيطرح القاضي عدة أسئلة، و سعياً للإجابة عليها يكون قد شكل وسيلة مثلى تمكنه من إيجاد الحل المناسب.

و حتى يستطيع القاضي تكوين قناعته التامة و تقدير مصلحة الطفل بصفة دقيقة، له في ذلك اللجوء إلى عدة وسائل يسعى من خلالها إلى الإلمام بمشاكل الطفل و ظروفه حتى يقدر ويصدر حكمه، سواء يقيم بها هو بنفسه ( الفرع الأول)، كما يمكن له الاستعانة بآراء أشخاص مؤهلين ( الفرع الثاني)، كما يطرح التساؤل و بعدما نصت المادة 3 قأج مكرر على اعتبار النيابة العامة طرفاً في قضايا شؤون الأسرة على دور هذه الأخيرة في توجيه القاضي. ( الفرع الثالث).

## **الفرع الأول: التحقيق و المعاينة**

فإذا ما طرحت قضية أمام قاضي الأحوال الشخصية تخص الأطفال سواء كانت متعلقة بالنسب أو بالحضانة، فهو يملك القيام بكل إجراءات التحقيق التي تساعد على تكوين قناعته ومنها:

## **أولاً: الاستماع إلى أطراف النزاع**

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.195.  
<sup>2</sup> - أنظر، السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1994، ص.309.  
<sup>3</sup> - أنظر ليلي جمعي، المرجع نفسه، ص. 200.

فللقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، و تحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة الطفل، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين، و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للطفل.

و لقاضي الأحوال الشخصية أيضا الاعتماد على نص المادة 43 قائم، و هذا بأن يطلب حضور الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، و هذا ما يؤكد أيضا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في المادة 27 و 28 منه.

إلا أن السؤال الذي يطرح هنا هو هل استدعاء رأي الطفل في القضايا المتعلقة به ضروري ومفيد؟ و هل يعتبر وسيلة يلجأ إليها القاضي لتكوين قناعته؟

فمن تفحص مواد قانون الأسرة، نجد أن للمشرع اتجاهين مختلفين بحسب طبيعة القضية:

- **فالاتجاه الأول** و هو ما يتعلق بالكفالة، فهنا المشرع الجزائري و بموجب المادة 124 قأج يمنح للمكفول حق تخيير البقاء مع كفيله أو العودة إلى والديه إذا ما بلغ سن التمييز. كما منحت هذه المادة أهمية لرأي المكفول، فجعلت من قاعدة سماع المكفول و تخييره من النظام العام، توجب على القضاة تقديم انتباه للطفل المكفول.

فهل يطبق هذا على المحضون؟ ومن هنا يظهر لنا:

- **الاتجاه الثاني للمشرع:** فبرجوعنا إلى نص المادة 459 قائم، نجد أن المحضون إذا استدعي

لسماعه فلا تكون له أهلية التقاضي.

كما أن قانون الأسرة لم يأتي بأي نص يعبر صراحة عن وجوب استماع المحضون في مسائل

الحضانة.

إلا أنه يرجوعنا إلى بعض أحكام القضاء، فيتجلى لنا أنه بالرغم من عدم وجود أي نص يشير صراحة إلى استماع القاضي للمحضون، إلا أن ذلك لا يمنعه من ذلك و يكون بأمر منه، فيدخل في إطار سلطته التقديرية إذ يعتبر فقط عنصر للتقدير كبقية العناصر الأخرى.<sup>1</sup>

حيث أنه صدر في هذا الشأن حكم عن محكمة تلمسان في قضية استمع فيها إلى فتاة، إذ بتاريخ 1966/12/01 قضى الأخذ برأيها لإسناد حضانتها لأمها، و أيده في ذلك مجلس قضاء تلمسان في قراره الصادر بتاريخ 1967/07/06، حيث قرر بأن: "القاضي الأول بإسناده إلى الأم حضانة البنت (أكبر الأولاد) التي أضحت لا تطيق العيش مع أبيها، فإنه بذلك طبق القانون تطبيقاً سليماً..."<sup>2</sup>

و في قضية أخرى رفض قضاة الموضوع لمجلس قضاء مستغانم بتاريخ 18 مارس 1980 التلطف بإسقاط الحضانة عن الأم رغم زناها، آخذين في الاعتبار عدة عناصر منها: عفو الزوج، و رغبة الأطفال الذين صرحوا في مواجهة أمام المجلس القضائي بأنهم يفضلون البقاء عند أمهم، و قد أيدهم في ذلك المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1981/12/14 عندما قال بأنه: " يظهر من تحريات قضاة الموضوع، و من تقديراتهم أن الحضانة تبقى حقاً للزوجة مراعاة لسماح الزوج، و مراعاة لرغبة الأولاد أنفسهم الذين فضلوا البقاء مع أمهم حين المواجهة أمام المجلس و بحسبه، فإنهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي و على مصلحة الأولاد أنفسهم، مما يستوجب رفض طلب النقض."<sup>3</sup>

و هكذا تبرز أمامنا فكرة التخيير و الاستماع التي ولاها القضاء اهتماماً بارزاً، و كل هذا يؤكد أن القضاء تارة يأخذ برأي المحضون و تارة يرفضها، و هذا حسب ظروف كل قضية و حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

<sup>1</sup> - أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص.185.  
<sup>2</sup> - أنظر، مجلس قضاء تلمسان، غ.م، 1967/07/06، م ج ع ق إ س، 1968، عدد4، ص.1240.  
<sup>3</sup> - أنظر، مجلس أعلى، غ أش، 1981/12/14، ملف رقم 26225، غير منشور.

كما للقاضي في حالة استماع المحضون أن يأخذ برأيه أو يستبعده، و هذا لأن مسألة ترك المحضون اختيار حاضنه ليست مطلقة و لا وجوبية، بل هي جوازية تخول للقاضي عاملا من العوامل التي تساعده في تقدير مصلحة المحضون، و تبقى مصلحة الطفل هي الموجه، و هذه لا يقدرها إلا القاضي.

و هذا ما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و الذي يدخل حيز التطبيق في أبريل 2009 صراحة، و الذي خصص لمسألة الولاية على نفس القاصر الفرع الأول من القسم الرابع.

فجاء في المادة 454 فقرة 2: " يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك." وكذا المادة 463 من نفس القانون إذ تنص على: " يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده و أمه الحاضن أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا و يمكن إعفاء القاصر من الحضور."

و بالتالي وبموجب هذه المواد، فيكون المشرع قد جعل من معيار استماع المحضون أمرا جوازيا للقاضي و هذا حسب سلطته التقديرية.

### **ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة**

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات و أبناء عمومة الخصوم، و كل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه و هذا عملا بأحكام المادة 64 ق.إ.م. و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في مادته 459 إذ جاءت كما يلي: " يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر و سلوك الأبوين."

### **ثالثا: انتقال القاضي للمعينة**

فيجوز للقاضي مثلاً في حالة الحضانة أن ينتقل إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، و من هذه الظروف: ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة و بعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها. و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 43 ق إم، و المادة 56 من نفس القانون، و بهذا جاءت المادة 146 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، إذ نصت على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات... مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك."

### **الفرع الثاني: الاستعانة بالخبراء**

يعتمد تحديد المصلحة الفضلى للطفل في الدعاوى المتعلقة به على مدى إحاطة القاضي بالوقائع المطروحة عليه، مما قد يدفعه للاستعانة بالخبراء<sup>1</sup> لسد ثغرات سكوت القانون. فيلجأ القضاة المعروض عليهم دعاوى تتعلق بالأطفال إلى خبراء مختصين، لإيضاح بعض المعلومات الفنية التي يستحيل عليهم فهمها و التطرق إليها بدونهم، و هذا من أجل تأسيس أحكامهم. و هذا مانص عليه المشرع أيضاً في نص المادة 43 ق إم و كذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادة 125 منه على أن: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

كما تنص أيضاً المادة 425 منه: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، 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 الإستشارة...".

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق ص.201.

فيستعين القاضي عادة بخبراء في مجال الطب عام كان أو خاص، فيلجأ للأول لإيضاح بعض المسائل التي يتداركها كل الأطباء. إنما يلجأ للثاني في حالة ما إذا أراد أن يكشف عن بعض الحالات الخاصة التي لا يمكن إلا للطبيب المختص إثباتها، كاعتماده على خبير في الطب العقلي العصبي للأطفال من أجل الوقوف على الصحة العقلية و العصبية للطفل.

كما له أن يستعين بخبراء مختصين في علم البيولوجيا، و خاصة بعدما أصبحت تلعب هذه الأخيرة دورا أساسيا و فعالا في مجال إثبات النسب و نفيه، و هذا مع ظهور التقنيات الحديثة من تحليل الدم والتحليل الجيني.

كما قد يلجأ القاضي إلى المختص النفسي، و هذا من أجل فهم المشاكل التي يعاني منها الطفل واقتراح الحلول الممكنة له، و كذا بالمختص الاجتماعي و هذا من أجل البحث و التحقق من البيئة الاجتماعية للطفل.

و كل هذا سعيًا من القاضي إلى فهم الإشكال المطروح عليه، و حله بأحسن الطرق على أساس المصلحة الفضلى للطفل.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: دور النيابة العامة

لقد أوجب المشرع الجزائري بمناسبة تعديله لقانون الأسرة إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون، إذ جاء في نص المادة 3 مكرر قأج: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون."

فأنه لا ينبغي أن يفهم اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أن تنضم في الخصومة إلى أحد الخصوم، فهي لا تنضم لا إلى المدعي ولا إلى المدعى عليه في طلباتهم و دفعوهم، فهي تتمسك بتطبيق القانون فحسب، و قد يكون موقف النيابة العامة في غير مصلحة أطراف الخصوم فهي ممثلة للمصلحة العامة.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.204.  
<sup>2</sup> - أنظر، الأستاذ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 02، ص.40.

إلا أن دور النيابة في الدعوى كان محل جدل فقهي، حيث انتقده البعض على أساس أن وجود النيابة العامة إلى جانب القاضي الذي ينظر في القضية يعني عدم الثقة في القضاء، إضافة إلى أنه للدولة كما لباقي الأفراد نوابهم الذين يمثلونهم في الدعوى، ووجودها إلى جانب أحد الخصوم يخل بمبدأ المساواة في الدعوى. كما قيل أن وجود النيابة العامة في الخصومة المتعلقة بالأسرة وسيلة في يد السلطة التنفيذية للتدخل في شؤون القضاء.<sup>1</sup>

و قد رد البعض على هذه الانتقادات بقولهم أنه إذا كانت مصالح المجتمع يمكن صيانتها بواسطة القاضي، إلا أنه يوجد مبدأ في الخصومة يحول دون قيامه بهذا الدور، فالخصومة لا تبدأ إلا بطلب، ولهذا فإن القاضي لا يمكنه القيام بشيء بدونه. و من ناحية أخرى لا يتصور أن يقوم القاضي من تلقاء نفسه بإعادة النظر في حكم مخالف للقانون بغير طعن فيه، و لا يمكن القول بترك الأمر إلى أصحاب الرابطة الموضوعية و ذلك أنه توجد روابط رغم أنها من القانون الخاص تفوق المصلحة العامة في تطبيق القانون عليها المصلحة العادية.<sup>2</sup>

فبالرغم من هذه الانتقادات، إلا أنها لم تؤثر في أداء النيابة لدورها في قضايا الأسرة، فجل التشريعات نصت على هذا الدور كالتشريع المصري.

و بالتالي فإن أساس اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في مسائل الأسرة مرتبط بفكرة النظام العام في المجتمع، كما أنها لا تهدف إلى تحقيق منفعة مادية و إنما تهدف إلى تحقيق الدفاع الاجتماعي بحماية القانون و الشرعية، و مهمتها الوصول على الحقيقة و حسن سير العدالة، و تطبيقاً لذلك قيل أن النيابة العامة لا تكسب و لا تخسر الدعوى.<sup>3</sup>

فما يمكن قوله أن تدخل النيابة العامة في شؤون الأسرة، و خاصة منها المتعلقة بالأطفال أمر ضروري، لأنها تساعد القاضي إلى الوصول إلى الحقيقة لما لها من سلطة في البحث و التحري،

---

<sup>1</sup> - أنظر، الشيخ اسماعيل، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج للقضاء، 2007/2006.  
<sup>2</sup> - أنظر، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، 1993، ص.73.  
<sup>3</sup> - أنظر، عمر زودة، المرجع نفسه، ص.44.

كما أنها تسعى إلى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً و بالتالي، حتى و لو انحراف القاضي عن الحكم الصائب، فهنا للنيابة أن تتدخل.

إلا أنه من الناحية العملية، فإن تطبيق أحكام المادة 03 مكرر قأج على مستوى المحاكم والمجالس ما زال غامضاً و غير موحد، في حين يعتبر دورها في بعض المحاكم شكلي لا يترتب عليه البطالان، فتكتفي بالإشارة على ظهر الملف بحضور النيابة العامة. كما هناك بعض المحاكم الأخرى تشترط تبليغ القضية على النيابة بواسطة المحضر القضائي، و سواء حضرت أو لم تحضر و سواء قدمت مذكرة جوابية أم لا فإنه لا يترتب عليه أي أثر، و يتم الفصل في القضية دون الأخذ برأيها، و هذا ما يقلص من دورها بصفقتها ممثلة و حامية لمصالح المجتمع. في حين هناك محاكم أخرى تحيل الملف للنيابة لإبداء رأيها، وبدورها تلتزم تطبيق القانون.

و لهذا كان لا بد على المشرع أن يصدر نصوص تنظم كيفية تطبيق نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة و الإجراءات المتبعة سواء في تبليغ النيابة أو تبيان مركزها في الخصومة و الآثار المترتبة على ذلك بصفة دقيقة و موحدة على مستوى كل محاكم و مجالس القطر الجزائري.

و كنا قد اتصلنا ببعض وكلاء الجمهورية و سألناهم عن دورهم في المسائل المتعلقة بالأسرة، فكانت إجابتهم على أن لهم دور سلبي، فيلتمسون فقط تطبيق القانون، و لا يقومون بالتحريات والتحقيقات في المسائل التي تتطلبها وصولاً إلى الحقيقة، و هذا حسب رأيهم راجع إلى كثرة المسائل الجزائية التي تأخذ لهم كل الوقت.

ففي نظرننا، و حلاً لهذا المشكل كان لا بد من تخصيص وكلاء جمهورية فقط للنظر في قضايا شؤون الأسرة، و هذا لقيامهم بدورهم على أحسن ما يكون.

و الشيء الذي نود ذكره، هو أن المشرع الجزائري و بعدما كان ينص على إطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة لأشخاص بموجب المادة 141فقرة 2 فقط، فإنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أكد على دور النيابة كطرف أصلي في المسائل المتعلقة بالأطفال

حيث نص في المادة 453 منه مثلاً على أنه: " يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من قبل احد الوالدين أو ممثل النيابة العامة..."

و كذا المادة 454: " يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة..."  
كما جاء في نص المادة 463: "...ينظر و يفصل في الطلب بغرفة المشورة بعد تقديم طلبات ممثل النيابة العامة..."

و أيضاً نجد المادة 491 التي تنص على أن كل الدعاوى المتعلقة بالنسب ينظر فيها بحضور ممثل النيابة العامة.

فمن استقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، الذي يصبح ساري المفعول في أبريل 2009 ، فنجد أن المشرع نص على اعتبار النيابة العامة طرفاً في الدعوى خاصة في المسائل المتعلقة بالأطفال، و هذا دليل على أن المشرع الذي يسعى إلى وضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار، إذ جاء في نص المادة 424: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر." يعتمد و يعزز دور النيابة لمساعدة القاضي على تحقيق هذه المصلحة.  
و أمام السلطة الواسعة التي يملكها القاضي، السؤال الذي يتبادر إلى ذهننا هو: ألا تسمح له هذه السلطة من فتح باب التعسف، وخاصة في المسائل المتعلقة بالحضانة التي يلعب فيها القاضي الدور الرئيسي و الفعال باعتبارها مسائل اجتهادية؟

فإن التساؤل هذا كان محل تخوف الكثير من الفقهاء الذين يخشون من فتح باب التعسف و إقامة الذاتية و عدم الأمن.<sup>1</sup>

و من بينهم الأستاذ ج فيني الذي كيف مفهوم المصلحة على أنه غامض و غير ثابت يسهل تعسف القاضي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص.82.

<sup>2</sup> - Cf. G.Viney, du droit de visite, RTD.CIV, 1965, n1, p.225.

إلا أنه خلافا لهذا، ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تعسف القاضي في مجال الحضانة لا يمكن إثارته بسبب أن موضوع الحضانة يركز على عمل القاضي، و ما يمكن أن يقدمه من منصفة للصغير، فتدخل القاضي أمر حتمي و وجوبي.<sup>1</sup>

و في هذا ذهب الأستاذ علي بيشر إلى أن قلق البعض عندما يلاحظ أن القاضي منحت له سلطات واسعة يعد فهما خاطئا لأحكام الحضانة التشريعية منها و الفقهية ( الإسلامية)، لأنه إلى جانب المعيار الذاتي وضعت مجموعة من المعطيات الموضوعية التي يجب على القاضي الأخذ بها ومراعاتها، فلا يكفي أن تملي مصلحة المحضون بأن تسند الحضانة لشخص معين، و إنما يجب أن يكون هذا الشخص جدير بالمهمة، و ذلك بأن تتوافر فيه الشروط القانونية الخاصة وإذا ما انعدمت سقطت الحضانة عنه.<sup>2</sup>

وهذا الرأي من الفقه هو الذي من الأفضل ترجيحه، لأنه كما سبق و بينا فإن مسائل الحضانة هي مسائل مبنية على تقدير القاضي لأنها تختلف من حالة إلى أخرى، و هو الوحيد الذي يمكنه التطرق إلى كل حالة على حدة. و إن كان المشرع قد ترك للقاضي السلطة التقديرية الكاملة إلا أنه وضع له مرجعين لا بد من الرجوع إليهما من أجل الفصل في القضايا المطروحة أمامه، إذ يوجد نص المادة 222 قأج التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و كذا الاتفاقيات دولية كانت أو ثنائية، مما يقلل من خطر تعسف القاضي.

و بالتالي فإن تدخل القاضي في مسائل الحضانة أمر حتمي، و هذا ماجاء به واضعي مشروع قانون الأسرة الجزائري لسنة 1982، و ذلك عندما أوضحوا في مقدمته ما يلي: "و قد تمثل تدخل القضاء بصفة جلية في الحضانة." كما أن غرفة المراجعة الإسلامية قد أكدت في قرارها الصادر سنة 1845 بأن استحقاق الحضانة يتم بيد القاضي تبعا لمصلحة المحضون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص.82.

<sup>2</sup> - Cf. A. Becheur, la notion de garde dans le droit tunisien de la famille.R.A.S.J.E.P, 1968, n4, p.1155.

<sup>3</sup> - انظر، حميدو زكية، المرجع السابق ص.82.

إلا أنه في حالة ما إذا ظهر تعسف القاضي، فإن القانون يحمي المتقاضي من هذا التعسف و هذا بنصه في المادة 150 من الدستور حسب آخر تعديل له على أنه: " يحمي القانون المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي." و تطبيقا لهذا المبدأ رتب المشرع على احتلال القاضي بواجب الحياد جزاءات جنائية<sup>1</sup>، و تأديبية<sup>2</sup>، و مدنية<sup>3</sup>.

و بهذا، و نظرا لأهمية تدخل القاضي في المسائل المتعلقة بالأطفال، فيقع على المشرع واجب إعادة النظر في هياكل الجهاز القضائي، و أن يساير التشريعات الحديثة في إنشاء جهات قضائية أسرية وإنشاء قاضي مختص بشؤون الأطفال، و إخضاع القضاة الذين يحتلون هذا المنصب لتكوين خاص بتدعيمه بتكوين نفسي و اجتماعي، و هذا من أجل إعطائهم المزيد من الكفاءة في تقدير ما يعد مصلحة فضلى للطفل.<sup>4</sup> و إن كان هذا هو المعمول به في الجزائر، إلا أنه يقتصر فقط على قضاة الأحداث، فكان من الأجدر أن يخضع لهذا التكوين كل الهيئات القضائية التي لها علاقة بالطفل كما هو معمول به في فرنسا. و بهذا الشكل يمكن المشرع القضاء على تعسف القاضي بكل أشكاله.

و بالتالي و خلاصة مما سبق، فما يمكن قوله هو أن المشرع الجزائري قد وضع نصوص قانونية بموجب قانون الأسرة من خلالها يحمي حقوق الطفل، بل أكثر من هذا فقد جرم بعض الأفعال الماسة بهاته الحقوق بتقرير لها عقوبات في قانون العقوبات الجزائري، و هذا ما هو إلا دليل على حرص المشرع على الحفاظ على حقوق الطفل مراعيًا في ذلك مصلحته.

إلا انه ما لفت انتباهنا، هو أنه بالنسبة لأحكام النسب، فالمشرع قد وضع نصوص آمرة استمدها من الشريعة الإسلامية تغلق باب كل اجتهاد، و حسن ما فعل لأن الشريعة الإسلامية تفوقت في تنظيم المسائل المتعلقة بالنسب إذ اعتبرتها من الحقوق العظيمة. و بالرغم من هذا إلا أنه لم يوفق في بعض المسائل، فبالرغم من تعدد آراء الفقه الإسلامي فنجد في بعض الأحيان

<sup>1</sup> - أنظر، المواد 120 و 126 مكرر و 131 و 132 قاع ج.

<sup>2</sup> - أنظر، المواد 83، 85، 100 ق.إ.ج.

<sup>3</sup> - أنظر، المواد من 214 إلى 219 و 303 ق.إ.م.

<sup>4</sup> - أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص.199.

يأخذ بالرأي الذي لا يتماشى مع مصلحة الطفل كمثلا حرمان ابن الزنا من البحث عن أبيه بالرغم من وجود رأي يسمح له بذلك شريطة أن لا يذكر أنه من زنا.

و حتى بعد تعرضنا لاجتهادات المحكمة العليا، فنجد أنه تطبق نصوص المشرع دون البحث عن مصلحة الطفل. ففي مسألة النسب نجد أن دور القاضي مقلص.

هذا على عكس أحكام الحضانة التي علقها المشرع كلها على مصلحة الطفل، فنجده أستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، إلا انه أدخل عليها بعض التعديلات بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/15، و ما يلاحظ على هذه التعديلات أن كلها جاءت لتخدم مصلحة الطفل سواء من خلال جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في استحقاق الحضانة، أو بتقريره سكن للحاضن بالرغم من عدم وجود آراء في هذا الشأن في الشريعة الإسلامية. وهذا دليل على أن المشرع الجزائري في مسائل الحضانة يراعي تطور المجتمع.

و إن علق المشرع كل أحكامه بمصلحة الطفل التي يسعى القاضي للبحث عنها و تحقيقها، فنجده وضع له معيارين يمكنه الرجوع إليها و هذا ما تبين لنا من خلال دراسة مواد الحضانة، فيحكم هذه القاعدة عنصران:

- تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.

- تحقيق الأمن و الاستقرار النفسي و العاطفي للطفل.

و الشيء الذي لا حظناه أيضا من خلال دراستنا للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في مجال حضانة الطفل، فإنه بالرغم من وجود نصوص قانونية منظمة لهذا الموضوع، فإن الواقع التطبيقي و العملي في مجال الاجتهاد القضائي أكد على أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال لأنه قبل إصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مبدأ هام متفق عليه ألا و هو " مصلحة المحضون ".



# الخلاصة

فمن خلال دراستنا و محاولة منا تحديد طبيعة مصلحة الطفل، و هذا من خلال المعايير التي جاءت بها كل من أحكام الشريعة الإسلامية و اتفاقية حقوق الطفل باعتبارهما مرجعان للقاضي من أجل البحث و التحقق من مصلحة الطفل أثناء الفصل في القضايا المطروحة عليه.

فيتبين لنا أن التنظيم الدولي و بالأخص اتفاقية حقوق الطفل، قد أولت عناية كبيرة بحماية حقوق الطفل و السعي إلى تحقيق مصلحته من خلال نصها على المعايير المرجعية التي يمكن الاستناد عليها بحثا عن المصلحة. كما انفردت الشريعة الإسلامية بإعطاء تعريف دقيق للمصلحة

يمكن على أساسها للقاضي أن يقرر ما هو أصلح للطفل، فاعتبرت أن المصلحة هي كل ما يجلب منفعة للفرد في دنياه و آخرته معا، كما اعتبرت أن كل ما يخالف أحكام الشرع من قرآن و سنة و إجماع يعتبر مفسدة. كما انفردت أيضا من خلال ما ورد من آيات قرآنية و أحاديث شريفة بإعطاء للطفل حقوقا بدءا من كونه جنينا حتى اكتمال طفولته.

فيتضح لنا أن الاتجاه الحديث على المستوى الدولي في شأن حقوق الأطفال يقترب كثيرا من موقف الشريعة الإسلامية، و يبدو أن واضعي مشروع الاتفاقية قد أحاطوا بأحكام الشريعة الإسلامية و توقعوا موقف الدول الإسلامية من النص الذي يمنع التبني، إذ أقرروا نظام الكفالة بالنسبة لهاته الدول. إلا أنه بالرغم من اتفاقهما على منح الطفل مجموعة كبيرة من الحقوق والحريات، بما فيهم حق النسب، و حق الحضانة، إلا أنهما يختلفان في بعض القضايا و خاصة في عدم المساواة بين الطفل الشرعي و الطفل الطبيعي.

فيرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فلا بد عليه أن يسعى إلى الأخذ بالرأي الصائب، إذ أن فكرة المصلحة تختلف من رأي إلى آخر، و هذا دليل أن هذا راجع إلى النظرة الخاصة لكل فقيه لمصلحة الطفل، ودليل أيضا على صعوبة إعطاء مفهوم موحد و جامع لهذه المصلحة التي تتغير بتغير المكان و الزمان.

كما تجدر الإشارة، أن الأوضاع الحالية و الواقع الاجتماعي المعاش يفرضان تشجيع العلماء على الاجتهاد باعتباره الطريق الوحيد الذي يؤدي إلى إعادة الفقه الإسلامي لدوره القيادي في مجال القضاء.

كما أن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي بحذافيرها قد يكون ضد مصلحة الطفل، لأن الواقع المعاش و تحولات المجتمع في حاجياته و ضروراته يطور مفهوم المصلحة، الشيء الذي يؤدي بالقاضي إلى الاستناد إلى مرجع آخر، ألا و هو الإتفاقيات الدولية.

إلا أنه ما نلاحظه من خلال دراستنا لاجتهادات القضاء، فلا يوجد أي حكم أو قرار يشير إلى استناد القاضي لنصوص الاتفاقية. بالرغم أنه لا يوجد ما يمنعه من ذلك، و خاصة أنه بمجرد المصادقة عليها، فتصبح في مرتبة تعلق القانون.

و بالتالي، و ما خلصنا إليه هو أن مصلحة الطفل لا يمكن حصرها في تعريف و احد، فهي تتغير بتغير المكان و الزمان، كما تتغير من طفل إلى آخر . فالقاضي هو الذي يسعى إلى البحث عنها تفسيرا للحقوق التي منحها المشرع للطفل و برجوعه إلى أحكام الشريعة الإسلامية و كذا اتفاقية حقوق الطفل و اختيار الحل الأنسب.

و من هنا يكون تكريس هذه المصلحة على أرض الواقع من خلال تعاون كل من المشرع بوضعه نصوص قانونية يحمي من خلالها حقوق الطفل، و كذا القاضي الذي يسعى إلى تفسيرها وتطبيقها أحسن تطبيق مراعيًا في ذلك مصلحة الطفل.

فمن خلال دراستنا لموقف المشرع، نلاحظ أنه يولي الطفل أهمية كبيرة، سواء بوضعه نصوص قانونية لتنظيم حقوق هذا الأخير، أو عن طريق تجريم الأفعال التي تمس هذه الحقوق، كما أكد المشرع في عدة نصوص له على مراعاة مصلحة الطفل في الأحكام المتعلقة به، و ما يزيد تأكيدًا على اهتمام المشرع هو تخصيصه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد فصل خاص بشؤون الأسرة، أين تحتل النصوص الخاصة بالطفل مكانة هامة. وأين أكد مرة أخرى على مراعاة مصلحة الطفل قبل كل شيء و هذا من خلال المادة 424 التي جاءت كما يلي: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر." فبعدما كان ينص صراحة على هذا خاصة في مسائل الحضانة، فبموجب هذه المادة فقد عمم و ترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة الطفل في كل المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة. و ما هذا إلا دليل على تأثره بما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل و الاهتمام الكبير الذي أعطي للطفل على المستوى الدولي.

فما كان يعاب على المشرع الجزائري هو عدم منحه للقاضي حق استماع المحضون، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أنه فتح له هذا المجال، و هذا ما يتماشى أيضا مع أهم المبادئ التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل.

فبالرغم من الدور الفعال الذي يقوم به المشرع تحقيقا لمصلحة الطفل، فما يعاب عليه وخاصة في المسائل المتعلقة بالحضانة أنه ترك العنان للقاضي من أجل البحث عن مصلحة الطفل، وإن كان قد وضع له بعض المعايير إلا أنها لا تعتبر كافية، و خاصة و أن ظاهرة الطلاق و توسعها بشكل كبير، الأمر الذي يطرح بشدة موضوع الحضانة باعتبارها نتيجة حتمية للطلاق، قد يضع القاضي أمام وضع حرج ، فهو ملزم من جهة في البحث عن مصلحة المحضون، و من جهة أخرى يجد نفسه معدم من كل الوسائل التي تمكنه من البحث و التحقق من توفرها، لأن كثرة القضايا وتكاثفها من شأنها أن تجعله لا يعطي للملفات المعروضة عليه العناية اللازمة و الدراسة الكافية، وخاصة و أنه أصبح مقيد بالفصل في القضايا في أقرب الآجال، و هذا ما قد ينعكس سلبا على المحضون.

الشيء الذي يلزم على المشرع أن يتدخل، و يحدد معايير أكثر دقة يمكن للقاضي الاستناد إليها. فمثلا ما يعاب عليه عدم تحديده الشروط الواجب توافرها في الحاضن، و ذلك باكتفائه بعبارة " أهلا لذلك"، فإذا قام بتحديدها يكون قد سهل على القاضي المهمة التي أسندها إليه وساعده في اختيار الحل الأنسب و المتماشى مع مصلحة الطفل.

كما نرجو أن يجسد المشرع الجزائري، الاقتراح الذي ورد في المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة الخاص بإنشاء صندوق النفقة ضمن نصوص القانون المعدل، و الذي قدم حولا أجابت على التساؤلات المرتبطة بنفقة المحضون، و حاول التقليل من حدة النزاعات القائمة بسببها و الذي لا نرى فيه إلا خدمة لحماية المحضون، و عوننا في تقديم مصلحته، خاصة مع الأزمة الاقتصادية التي تعرفها الجزائر.

و من تم فإنه من الضروري أن يتدخل القاضي من أجل مراجعة الأحكام المتعلقة بالحضانة و توضيحها بدقة و أكثر تفصيلاً، و منحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل.

و ما نلاحظه من خلال دراسة أحكام النسب، فإن المشرع الجزائري قد استمد كل نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية، فأحسن ما فعل، باعتبار أن هذا الحق من أهم الحقوق، وأن الشريعة الإسلامية قد أحاطته بعناية كبيرة، إلا أنه بالرغم من هذا فقد أهدر بمصلحة الطفل في بعض المسائل منها المتعلقة بحق ابن الزنا في البحث عن نسبه، فنجد أن المشرع الجزائري لا يقر له هذا الحق بالرغم من أن الشريعة الإسلامية تقره له بشرط أن لا يذكر أنه من زنا، و هذا ما عمل به المشرع المصري. فكان على المشرع الجزائري أن يراعي هذه الحالة و يتبنى ما تبناه نظيره المصري.

كما أن القفزة الهامة التي قام بها المشرع في مجال إثبات النسب هي إدخال الطرق العلمية الحديثة، إلا أن ذلك لا يخلو من التعقيدات و الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع، و التي تتطلب حصرها من الجانب القانوني من خلال وضع إطار قانوني للطرق العلمية، هذا من جهة، و كذا تحديد قيمتها القانونية، و إلا فما الجدوى من وضع المشرع لهذه الطرق دون حصر لمجالها و حجيتها بما يفيد القضاة في سهولة اللجوء إليها. مما يستوجب تدخل المشرع الجزائري من أجل وضع إطار قانوني لا يدع مجالاً للتأويل و التفسير أمام موضوع كان و لا يزال يشكل اهتمام القضاة و الخبراء في نفس الوقت.

و ما يعاب أيضاً على المشرع الجزائري، أنه جعل الطرق العلمية وسيلة لإثبات النسب فقط دون الإشارة إليها فيما يخص مسألة نفي النسب رغم قيمتها القانونية في ذلك كونها حاسمة للموضوع أكثر بكثير من دعوى اللعان، التي استقر القضاء على كونها الوسيلة الوحيدة لنفي النسب. مما يستوجب على المشرع التدخل و تحديد الطرق المشروعة بما فيها الطرق العلمية الحديثة.

و بدراستنا للأحكام الاجتهادية في مجال النسب، فنجد أن القضاء يكتفي بتطبيق نصوص القانون دون البحث عن حلول أخرى، و هذا راجع إلى عدم فتح المشرع للقاضي سلطة التقدير.

أما من خلال دراستنا للاجتهادات القضائية في مجال الحضانة، فنجد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لأنه قبل إصداره لأي حكم خاص بحضانة الطفل يراعي مصلحة هذا الأخير، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى تضارب في الأحكام و ذلك نظرا لكون معيار المصلحة معيار مرن و متغير بحسب كل حالة.

و لأجل الرقي بذلك يجب توافر جهاز القضاء على قضاة متخصصين في شؤون الأسرة، إلى جانب وجود مساعدين اجتماعيين يولون الرعاية الكافية بمصلحة الطفل.

و في ختام قولنا، فإن الجزائر من الدول التي تولي اهتماما كبيرا بالطفل بدليل أنه صادقت على اتفاقية حقوق الطفل و البروتوكولين الإضافيين، فأصبحت هذه النصوص تدعيما للمنظومة التشريعية و التنظيمية الوطنية، و يجرى الآن التحضير للشروع في تنفيذ المخطط الوطني للطفولة الذي تم إعداده بمشاركة القطاعات الوزارية و المؤسسات و الهيئات الوطنية و الجمعيات و الخبراء و الإعلاميين و الأطفال أنفسهم، كما تمت المصادقة عليه في مجلس الحكومة في 2008/02/19.

و يجرى الآن إعداد المخطط الوطني للاتصال و ترقية حقوق الطفل خلال السنوات القادمة، و هو ما يمثل خطوة جديدة في العمل من خلال اشتراك المجتمع المدني و الأسرة نفسها في رعاية حقوق أطفالها، و اشتراك المواطن في رعاية حقوق الطفل في الفضاء العام إلى جانب العمل الذي تقوم به المؤسسات و الهيئات الوطنية المعنية.



# قائمة المختصرات

## قائمة المختصرات

ج : الجزء  
ج.ر : الجريدة الرسمية  
د.ت.ط : دون تاريخ طبع

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية

د.م.ط : دون مكان طبع

ص : الصفحة

ط : الطبعة

غ أ ش : غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا

غ أ ش م : غرفة الأحوال الشخصية و المواريث لدى المحكمة العليا

غ م : الغرفة المدنية

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق إ م : قانون الإجراءات المدنية

ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري

ق م ج : القانون المدني الجزائري

م.ج.ع.ق.إ.س : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية

م.ع.ق.إ : مجلة العلوم القانونية و الإدارية.

م.ق : مجلة قضائية

ن.ق : نشرة القضاة

## Liste des abréviations

Ed : Edition

Edit : Editeur

Op.cit : Option citée

O.P.U : Office des publications universitaires ( Alger)

P : page

PP : pages

P.U.F : Presse universitaire de France ( Paris )

R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques

R.T.D.Civ : revue trimestriel de droit civil ( Paris )

T : Tome

# الفهرس

الصفحة	العنوان
04 .....	مقدمة
11.....	الفصل الأول: تحديد طبيعة مصلحة الطفل
14.....	المبحث الأول: الطفل صاحب المصلحة

14.....	المطلب الأول: مفهوم الطفل.....
14.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للطفل.....
14.....	الفرع الثاني: الطفل في علم النفس و الإجتماع.....
15.....	أولاً: عند علماء النفس.....
15.....	ثانياً: عند علماء الإجتماع.....
16.....	الفرع الثالث: الطفل في الشريعة الإسلامية.....
17.....	الفرع الرابع: التعريف القانوني للطفل.....
17.....	أولاً: الطفل في القانون الدولي.....
18.....	1- الطفل حسب اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الصادرة عام 1989.....
19.....	2- الطفل حسب الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان.....
19.....	أ- ميثاق حقوق الطفل العربي لعام 1983.....
19.....	ب- الإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001.....
19.....	<u>ج- الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و رفاهيته لعام 1990</u> .....
20.....	ثانياً: الطفل في القانون الوطني.....
21.....	المطلب الثاني: الشخصية القانونية للطفل.....
21.....	الفرع الأول: مفهوم الشخصية القانونية.....
21.....	أولاً: تعريف الشخصية القانونية.....
22.....	ثانياً: اكتساب الشخصية القانونية.....
22.....	الفرع الثاني: شخصية الجنين.....
24.....	الفرع الثالث: شخصية الطفل بعد الميلاد.....
26.....	المبحث الثاني: معايير مصلحة الطفل.....
26.....	المطلب الأول: معايير مصلحة الطفل في الشريعة الإسلامية.....
27.....	الفرع الأول: المصلحة و ضوابطها.....
27.....	أولاً: ماهية المصلحة.....
27.....	1- تعريف المصلحة.....

- 2- خصائص المصلحة.....29
- 3- أنواع المصلحة.....30
- ثانيا: مراعاة الشريعة للمصلحة.....30
- 1- من الكتاب.....30
- 2- من السنة.....31
- 3- من القواعد الشرعية المجمع عليها.....32
- ثالثا: الضوابط الشرعية للمصلحة.....33
- 1- اندراجها ضمن مقاصد الشريعة.....33
- 2- عدم معرضتها للكتاب.....33
- 3- عدم معرضتها للسنة.....34
- 4- عدم معارضتها للقياس.....34
- 5- عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها.....34
- الفرع الثاني: قواعد النسب و ضوابطه.....35
- أولا: إثبات نسب الطفل.....35
- 1- الفراش.....36
- 2- الإقرار.....36
- 3- البينة.....37
- ثانيا: إنكار النسب.....38
- ثالثا: الطفل الناتج عن الزنا.....35
- رابعا: تحريم التبني.....39
- خامسا: حالة الطفل اللقيط.....40
- الفرع الثالث: قواعد الحضانة و ضوابطها.....42
- أولا: الأحق بالحضانة.....44
- ثانيا: شروط الحضانة.....45
- 1- الشروط العامة في الرجال و النساء.....45
- 2- الشروط الخاصة بالنساء.....50

### 3- الشروط الخاصة

52.....	بالرجال
53.....	ثالثا: تخبير الطفل لحاضنه.....
54.....	رابعا: مدة الحضانه.....
55.....	خامسا: آثار الحضانه.....
55.....	1- نفقة المحضون.....
57.....	2- أجره الحاضنه.....
57.....	3- حق المحضون في السكن.....
58.....	4- حق الزيارة.....
59.....	5- حالة السفر بالمحضون.....
60.....	الفرع الرابع: نظرة العالم الإسلامي المعاصر لمصلحة الطفل.....
60.....	أولا: بالنسبة للكفاله.....
61.....	ثانيا: بالنسبة للتلقيح الإصطناعي.....
62.....	ثالثا: بالنسبة للبصمة الوراثية.....
65.....	المطلب الثاني: معايير المصلحة حسب اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.....
66.....	الفرع الأول: المبادئ التفسيرية الواردة في اتفاقية حقوق الطفل.....
66.....	أولا: مبدأ عدم التمييز.....
66.....	ثانيا: مبدأ المصالح الفضلى للطفل.....
68.....	ثالثا: حق الطفل في الحياة.....
68.....	رابعا: مبدأ مشاركة الطفل في صنع القرارات المتعلقة به.....
69.....	الفرع الثاني: حقوق الطفل في الإتفاقية.....
70.....	أولا: حق الطفل في النسب.....
70.....	ثانيا: حق الطفل في الوسط العائلي.....
71.....	1- عدم فصل الطفل عن والديه.....
72.....	2- رعاية حقوق الطفل في حالة انفصال لوالدين.....
73.....	ثالثا: حق الطفل في الرعاية البديلة.....

74.....	1- التبنّي.....
76.....	2- الحضّانة.....
76.....	3- الكفّالة.....
80.....	الفصل الثّاني: مجالات مصلحة الطّفل (النسب و الحضّانة).....
82.....	المبحث الأوّل: تقدير المشرع الجزائري لمصلحة الطّفل.....
82.....	المطلب الأوّل: مصلحة الطّفل و النسب.....
83.....	الفرع الأوّل: حق الطّفل في الإنتساب إلى والديه.....
83.....	أولاً: الطّفل المولود من الزواج.....
83.....	1- وجود عقد زواج.....
87.....	2- توافر الفراش.....
88.....	3- ولادة الطّفل بين أقل و أقصى مدة الحمل.....
89.....	ثانياً: ابن الزنا.....
89.....	1- تعريف الزنا.....
89.....	2- حق ابن الزنا في معرفة والديه.....
92.....	الفرع الثّاني: حق الطّفل في الإحتفاظ بنسبه.....
92.....	أولاً: شروط نفي الولد.....
93.....	ثانياً: آثار اللعان على نسب الولد.....
95.....	الفرع الثّالث: حق الطّفل في البحث عن نسبه.....
95.....	أولاً: عدم اعتراف المشرع صراحة.....
96.....	ثانياً: وسائل إثبات النسب.....
97.....	1- ثبوت النسب بالإقرار و البينة.....
101.....	2- ثبوت النسب بالطرق العلميّة الحديثة.....
104.....	الفرع الرّابع: حلة الأطفال المجهولين النسب.....
104.....	أولاً: الأطفال المجهولين النسب في نظر المشرع الجزائري.....
104.....	1- الأطفال المتخلى عنهم.....
105.....	2- اللقيط.....

107.....	ثانيا: الرعاية البديلة.....
107.....	1- عدم جواز التبني.....
108.....	2- مشروعية الكفالة.....
110.....	3- إنتقال رعاية الطفل إلى الدولة.....
113.....	المطلب الثاني: تقرير الحضانة و مصلحة الطفل.....
113 .....	الفرع الأول: مفهوم الحضانة.....
113.....	أولا: تعريف الحضانة.....
114.....	ثانيا: أهداف الحضانة.....
116.....	الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة .....
117.....	الفرع الثالث: آثار الحضانة.....
117.....	أولا: نفقة المحضون و أجره الحاضنة.....
118.....	1- نفقة المحضون.....
121.....	2- أجره الحاضنة.....
122.....	ثانيا: سكن الحاضنة.....
123.....	ثالثا: حق الزيارة.....
126.....	الفرع الرابع: إنتهاء الحضانة و مسقطاتها .....
126.....	أولا: مدة لحضانة.....
128.....	ثانيا: مسقطات الحق في لحضانة.....
131.....	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة الطفل.....
131.....	المطلب الأول: دعاوى النسب و لحضانة.....
131.....	الفرع الأول دعاوى لنسب.....
132.....	أولا: الدعاوى لمدينة.....
132.....	1- دعوى إثبات النسب.....
136.....	2- دعوى إنكار النسب.....
137.....	ثانيا: الدعاوى الجزائية.....
137.....	1- جرمي عدم التصريح بالميلاد و عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة.....

- 2- الأفعال التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل.....138
- 3- جريمة تزيف النسب.....140
- الفرع الثاني: دعاوى الحضانة.....141
- أولا: الدعاوى المدنية.....142
- 1- دعوى إسناد الحضانة.....142
- 2- دعوى تمديد الحضانة.....144
- 3- دعوى إسقاط الحضانة.....146
- ثانيا: الدعاوى الجزائية.....154
- 1- جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه.....155
- 2- جريمة إختطاف المحضون من حاضنه.....157
- 3- جريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.....159
- 4- جريمة عدم تسديد النفقة.....160
- ثالثا: إشكالية الزواج المختلط.....161
- 1- إشكالية الزواج المختلط في حالة وجود اتفاقية مع الجزائر.....161
- 2- إشكالية الزواج المختلط في حالة عدم وجود اتفاقية مع الجزائر.....164
- المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير مصلحة الطفل.....166
- الفرع الأول: التحقيق و المعاينة.....167
- أولا: الاستماع إلى أطراف النزاع.....167
- ثانيا: الاستماع إلى أفراد العائلة.....169
- ثالثا: انتقال القاضي للمعاينة.....170
- الفرع الثاني: الإستعانة بالخبراء.....170
- الفرع الثالث: دور النيابة العامة.....171
- الخاتمة.....179

الملاحق.

قائمة المراجع.

