

جامعة أبو بكر بلقايد

- تلمسان -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

## أحكام الأبوة

# في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د/ حميدو زكية

إعداد الطالبة:

\* غربي صورية

### أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	* تشوار جيلالي
مشرفة ومقررة	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	* حميدو زكية
مناقشا	جامعة البليدة 02	أستاذ التعليم العالي	* بن شويخ الرشيد
مناقشة	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة " أ "	* نزار كريمة

السنة الجامعية: 2018 - 2019



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ  
إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ  
كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا  
قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ  
وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

الآيتان 24 و 25 من سورة الإسراء.

# كلمة شكر و عرفان

أتقدم بداية بالشكر إلى الله عز و جل الذي وفقني و هدايني لهذا و ما كنت لأهتدي لولا أن هدايني الله ، حتى أتممت هذا البحث المتواضع .

و أتوجه بالشكر إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة حميدو تشوار زكية على علمها و وقتها و جهدها و توجيهاتها حتى تخرج هذه الرسالة على الوجه الحسن رغم ضيق وقتها و كثرة أعمالها فجزاها الله خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقراءة هذه الرسالة و مناقشتها فجزاهم الله عنا خير الجزاء ، على ما بذلوه من جهد و وقت رغم أشغالهم الكثيرة فلهم مني خالص التقدير و الاحترام.

## إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من أفنى عمره لأجل علمي إلى روح أحن أب عرفته الدنيا إلى والدي غربي سعيد  
تغمده الله برحمته الواسعة ،

إلى جنتي في هذه الأرض أُمي الغالية حفظها الله تعالى و أطال عمرها،

إلى سندي في هذه الحياة .....زوجي

إلى أعلى ما عندي .....صغيري المعتصم بالله

إلى كل عائلتي... و عائلة زوجي...

إلى كل صديقاتي... و زملائي...

شكرا لكم.

# قائمة أهم المختصرات

ج: الجزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.م.ن: دون مكان نشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: عدد.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية و الموارد.

غ.ع: الغرفة العقارية.

غ.م: غرفة مدنية.

ق.أ: قانون الأسرة.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق.ع: قانون العقوبات.

ق.م: القانون المدني.

م.ق: مجلة قضائية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

م: التاريخ الميلادي.

هـ: التاريخ الهجري.

باللغة الفرنسية:

**art** : article.

**n** : numéro.

**O.P.U** : Office des Publications Universitaires

**p** : page.

**R.A.S.J.E.P** : Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques.

**R.I.D.C** : Revue Internationale de Droit Comparé.

# مقدمة



لقد كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان عن غيره من المخلوقات في كثير من الأمور ولعل أهمها العقل، الذي به ينشئ علاقات إنسانية والتي ستصبح بعد ذلك علاقات اجتماعية، ولم يجعلها شارعنا الحكيم متروكة ليد الطبيعة، وإنما تولت أحكام شرعية سماوية تنظيمها في إطار ديني محكم لا يمكن أن يتوارد على أذهاننا الشك فيه، وأعلى هذه العلاقات هي بناء الأسرة وتكوين أسر<sup>1</sup>.

ويكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها<sup>2</sup>.

ولقد بوات الشرائع السماوية والوضعية الزواج مكانة بالغة الأهمية، جاعلة منه النظام الوحيد للمعاشرة الجنسية، لكونه نقطة الانطلاق لبناء الأسرة وفضاء السكون والاطمئنان وتربية النشء، وأساس مناعة المجتمع وتماسكه<sup>3</sup>.

ولم يشأ الله سبحانه وتعالى أن يجعل الإنسان كالحیوان، فيترك غرائزه وشهواته دون ضابط ولا إدراك، ويترك الاتصال محروما من أي حد بل أنجز لذلك نظاما ملائما له، يحفظ العرض ويصون الكرامة والشرف.

وهذا النظام يكون مبني على أسس وقواعد سليمة ومبادئ وقيم رفيعة، ظل هذا البناء شامحا و متماسكا لا تؤثر فيه عوامل التعرية، يحمي كل من يأوي بداخله من كل تيارات متطرفة والسلوك الشاذ والمنحرف عن الطريق المستقيم<sup>4</sup>.

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

2 - أنظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص.15.

3 - أنظر، حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، المغرب، د.س.ن، ع.15، ص.95.

4 - أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص.10.

ولهذا اعتنى الإسلام بأما عناية بمؤسسة الأسرة، بحيث أنه لا وجود لأمر اجتماعي حظي في القرآن الكريم كما حظيت به الأسرة من تنزيل لنصوص قرآنية تولت أدق التفاصيل، وبالخصوص تلك المتعلقة بإقامة العلاقة الزوجية والطلاق والمواريث<sup>5</sup>.

والأسرة في الإسلام نظام شرعي، فليس الزواج مجرد عقد بين رجل وامرأة على الوجه المشروع، وإنما فضلا عن ذلك يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾<sup>6</sup>.

بل إنه عقد بين أسرتين تتعدى آثاره إلى أقاربيهما من خلال حرمة المصاهرة التي تعتبر كحرمة النسب في وجوب الرعاية والتقديس والبر والإحسان<sup>7</sup>.

واهتمام الإسلام بالأسرة يعود لعوامل أساسية منها على وجه الخصوص تلبيتها لمطالب الفطرة البشرية، ذلك أنّ الإنسان السوي يحرص على أن يكون له ولد يحمل اسمه من بعده ويكون عوناً له ، لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَقَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾<sup>8</sup>.

لهذا شرع الزواج للتكاثر وإنجاب الأولاد، فهم زينة الحياة الدنيا، وغاية الحياة الزوجية وثمرتها، وبهم يستمر الوجود الإنساني، فحب الإنسان للولد هو من سنن الله تعالى في خلقه فقد عد الله تعالى الولد من النعم الكبرى التي أنعم بها على صفوة خلقه وهم الرسل، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾<sup>9</sup>.

5 - أنظر، بوتخيل معطي، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة أمامها، مجلة الثقافة الإسلامية، مجلة نصف سنوية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، حيدرة، الجزائر، السنة الأولى، 2004، العدد التجريبي، ص.143.

6 - سورة النساء، الآية 21.

7 - أحمد شامي، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.15.

8 - سورة النحل، الآية 72.

9 - سورة الرعد، الآية 38.

فهذا نبي الله تعالى زكريا عليه السلام يتمنى من الله تعالى أن يرزقه الولد ليكون قرّة عين له وعونا ووارثا، قال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ إِنِّي وَهَنَ الْعَظْمُ مِنِّي وَاشْتَعَلَ الرَّأْسُ شَيْبًا وَلَمْ أَكُنْ بِدُعَائِكَ رَبِّ شَقِيًّا، وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا﴾<sup>10</sup>.

هذا وقد شهد العصر الحديث ثورة واهتماما واسعا ومتزايدا بحقوق القاصر على المستوى الدولي وحتى الداخلي<sup>11</sup>، وذلك لأنّ قضايا القُصّر تعد من أهم القضايا المطروحة على المستوى العالمي، حيث تعقد حولها الكثير من الندوات وتنشر العديد من الدراسات وتسن لأجلهم القوانين والتشريعات التي تحميهم وتحفظهم بغية توفير الرعاية اللازمة لهم.

فعلى المستوى الدولي، يعتبر إعلان حقوق الطفل الصادر سنة 1924 والذي تبنته عصبة الأمم بمثابة أول وثيقة تنص حصرا على حماية حقوق الطفل والذي عرف بإعلان جنيف<sup>12</sup>، ثم صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1959 الإعلان العالمي لحقوق الطفل والذي اعتبر من أهم المواثيق في العصر الحديث<sup>13</sup>، وتوالت الإعلانات إلى حين صدور اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 والتي تميزت بأنها ذات طابع ملزم لدول العالم الموقعة عليها أو المنظمة لها<sup>14</sup>.

وتتكون هذه الاتفاقية من 54 مادة جميعها تبين الحقوق و الضمانات الواجب منحها للأطفال، كما حرصت على تعزيز والتأكيد على حقوق الطفل في جميع الميادين المدنية والاقتصادية

<sup>10</sup> - سورة مريم ، الآيتان 4 و 5.

<sup>11</sup> - أنظر، زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص.37.

<sup>12</sup> - أنظر، فريد علوش، حقوق الطفل في المواثيق والاتفاقيات الدولية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د.س.ن، ع.6، ص.105.

<sup>13</sup> - زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل...، المرجع السابق، ص.04.

<sup>14</sup> - فريد علوش، الحماية القانونية للطفل...، المرجع السابق، ص.105.

والاجتماعية والثقافية والقانونية، وهذا دليل على أنّ المجتمع الدولي يسعى إلى حماية حقوق القاصر عن طريق الطابع الدولي والإلزامي التي أضفها على هذه الاتفاقية.

وقد صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 لكن مع بعض التحفظات في 19 ديسمبر 1992<sup>15</sup>، وحاولت بذلك تجسيد مبادئ الاتفاقية في جميع قوانينها، سواء في القانون الجنائي أو التجاري أو المدني أو الأسرة... الخ.

إضافة إلى ذلك نص الدستور الجزائري<sup>16</sup> على حماية الأسرة والطفولة في كل من المادة 72 والتي تنص: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، والمادة 77 التي تنص: "يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لاسيما احترام الحق في الشرف، وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة".

وقد عرفت الجزائر بعد الاستقلال فراغا قانونيا يزيد عن عشرين سنة في مجال تنظيم أحوال الأسرة، فاتخذ القضاء من الفقه الإسلامي سندا لحل النزاعات المطروحة أمامه، بالرغم من صدور العديد من المراسيم خلال الحقبة الاستعمارية، ليتدخل المشرع بعد ذلك لسد هذا الفراغ القانوني عن طريق القانون رقم 11 لسنة 1984<sup>17</sup>.

ولقد شكل صدور هذا القانون أهمية بالغة باعتباره المرجع القانوني الذي صار يحكم العلاقات الأسرية، إلا أنّ صدوره تأخر كثيرا مقارنة مع القوانين العربية، وذلك لأنّ المشرع الجزائري تردد كثيرا في

<sup>15</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر 1992، والمتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع.91، الصادرة في 28 جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 23 ديسمبر 1992.

<sup>16</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر، ع.76، الصادر في 8 ماي 1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 06 مارس 2016، ج.ر، ع.14، الصادر في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق لـ 7 مارس 2016.

<sup>17</sup> - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984.

كتابة تقنين شامل لأحكام الزواج والطلاق، لأنّ هذه الأحكام كانت تسيّر وفق العرف، فضلا عن وجود صراع حول هوية القانون هل هو مدني أم مبني على الشريعة الإسلامية.

وقد حاول المشرع الجزائري مواكبة التطورات والتغيرات التي طرأت على المجتمع الجزائري، والتي كانت للمؤثرات الداخلية والخارجية دور بارز في فرض إعادة النظر في بعض المواد القانونية التي تمس بالدرجة الأولى المركز القانوني للمرأة، معتبرا دائما المرأة في مركز الضعف والرجل في مركز القوة، مستجيبا في ذلك للدعوات المطالبة بترقية دور المرأة في طريقها إلى تحقيق المساواة مع الرجل في مختلف ميادين الحياة.

وهذا ما عكس التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الذي مس مواد معينة محاولا بذلك سد بعض الثغرات والنقائص<sup>18</sup> الذي كان عليها قانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

وقد نص الدستور الجزائري المعدل لسنة 2016 في المادة 79 منه على أنه: "تحت طائلة المتابعات، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم".

فالوالدان يمثلان في حياة الطفل الحجر الأساس الذي يقوم عليه تكوينه وانطلاقه في الحياة، حيث يعد البيت الحاضن الأول للإنسان ويمثل المدرسة الأولى في حياته، فكانت مرحلة وجوده في ظل والديه أخطر مرحلة من مراحل حياته وأدق فترة زمنية في نموه وبنائه، حيث ينبني عليها مستقبله، ويتحدد فيها أثره في مجتمعه، من حيث النفع والضرر ودرجة التفاعل والتعاون مع أسرته، ومع من يختلط بهم من أفراد مجتمعه<sup>19</sup>.

18 - أنظر، محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.15.

19 - أنظر، دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص.6.

وقد جعل الإسلام للأبوين عموماً مكانة عالية ودرجة رفيعة، وأوجب على الأبناء طاعتها ورعايتها وتعظيم حقوقهما، ودعا إلى الإحسان إليهما، والبر بهما، وحرّم عليهما عصيانهما وعقوقهما، وعدّ ذلك من أكبر الكبائر.

وتعدّ العلاقة بين الأبناء وآبائهم من أهمّ العلاقات البشرية وأكثرها تأثيراً على شخصية الطفل، خصوصاً في مرحلة الطفولة، ويعود الحفاظ على علاقة جيدة بين الأب والابن بالنفع على كليهما، فهي تخفف من ضغوطات الأب العاطفية والجسدية، وتزيد من احترام الابن لذاته، وتشعره بالسعادة والرضا عن حياته<sup>20</sup>.

وتعرف الأبوة لغة بأنها من أبوت الشيء أبوه أبواً إذا غدوته، وبذلك سمي الأب أباً، لأنه يغذي الإبن ويربيه، وتقول أبوت فلانا وأمته أي كنت له أباً أو أماً، وإنه ليأبوا يتيماً أي: يغذيه ويربيه فعل الآباء، وتأببت فلانا تبنيته<sup>21</sup>.

والأبوة مصدر للأب، وهو من غير تشديد الباء أصله أبو (بفتح الباء)، وجمعه آباء وتثنيته أبوان، وفي الإضافة "أبيك"، وقد يجمع بالواو والنون فيقال: أبون، مثل: أخون وحمون، وهو الوالد، ويطلق على الجد والعم، كما يطلق على كل من كان سبباً لإيجاد الشيء أو إصلاحه أو ظهوره أباً<sup>22</sup>، أما الأب بالفتح والتشديد هو جميع الكلاء الذي تعتلفه الماشية، ومنه قوله تعالى في سورة عبس الآية 31: ﴿وَفَاكِهَةً وَأَبًّا﴾، فالأب من المرعى للدواب كالفأكهة للإنسان، وعبر عنه بعضهم بأنه المرعى<sup>23</sup>.

أما تعريف الأب اصطلاحاً: فليس هناك تعريف خاص بالأبوة من حيث المعنى الاصطلاحي، وقد عرفه الجرحاني بقوله: "هو حيوان يتولد من نطفته شخص آخر من نوعه"، وهو تعريف قاصر إذ يشمل الإنسان وغيره من الحيوانات، كما يشمل الولد الشرعي وغير الشرعي، وعرفه صاحب

<sup>20</sup> - أنظر، الموقع يوم 2019/04/03 على الساعة 18:00 : [www.la-hamag.com/article/4560.9/](http://www.la-hamag.com/article/4560.9/)

<sup>21</sup> - أنظر، ابن فارس أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، ج.1، دار الفكر، د.م.ن، 1979، ص.44.

<sup>22</sup> - أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.15، دار صادر، لبنان، 1988، ص.417.

<sup>23</sup> - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.1، المرجع السابق، ص.204.

الكليات بقوله: "هو إنسان تولد من نطفته إنسان آخر"، وهو أخص من تعريف الجرجاني، إلا أنه يشمل الولد الشرعي وغير الشرعي<sup>24</sup>.

وعرفته الموسوعة الفقهية بأنه: "رجل تولد منه نطفته المباشرة على وجه شرعي أو على فراشه إنسان آخر"، وهذا التعريف شامل بالأبوة النسبية، كما يطلق لفظ الأبوة من الرضاع على من نسب إليه لبن المرضع، فأرضعت منه ولدا لغيره، وهو ما يعتبر عنه الفقهاء بلبن الفحل<sup>25</sup>.

أما علماء الاجتماع فيفرون بين مصطلح الأب من جهة ومصطلح الوالد من جهة أخرى، فمصطلح الوالد يحيلنا إلى ما هو بيولوجي وما هو اتصال فسيولوجي بين فرد أول، هو الأصل أو السلف وفرد ثان هو الخلف، أما مصطلح الأب فيحيلنا إلى كل ما هو اجتماعي وما هو ثقافي وأنتروبولوجي إلى آخره، كما يرون أنّ مصطلح الأب له بعد نسبي، بحيث أن الأب يسمح للطفل بالحصول على اسم يدرجه تحت نسب معين ويجعله ينتمي إلى شجرة نسب معينة<sup>26</sup>.

أما بالنسبة للأبوة في علم النفس، فهي شعور يتولد لدى الفرد بحيث يدرك بأنه أصبح لتوه أبا وبأنه أصبح الآن ذي مكانة خاصة لم يكن يملكها من قبل، فالأبوة تهب للإنسان شعورا بالقوة بحيث يرى في نفسه الكفاءة الكاملة لنيل احترام الآخرين، ولا يصبح الرجل رب أسرته إلا في ظل الأبوة، ويرى في نفسه القابلية والجرأة والشجاعة للتخطيط للحياة من أجل سعادته شخصيا وسعادة أسرته<sup>27</sup>.

ويتفق إختصاصيو علم نفس الطفل والتربويون على دور الأب في تكوين شخصية الصبي وتربيته، من الولادة حتى بلوغه سن الرشد، مما ينتج عنه علاقة فريدة، يحتل الأب فيها السلطة المطلقة فهو الحامل لإسم العائلة وهو الذي يعطيه لمن يعقبه، كما أن الأب هو المالك الوحيد للمال، والرمز

24 - أنظر، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ط.1، دار الكتاب العربي، لبنان، 1405هـ، ص.20.

25 - أنظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.1، دار السلاسل، الكويت، ص.126.

26 - أنظر، عبد الحق عمار، مكانة الأب داخل العائلة الجزائرية، دراسة مقارنة، ماجستير في علم النفس الإكلينيكي، قسم علم النفس وعلوم التربية، كلية العلوم الإجتماعية، جامعة وهران، 2011-2012، ص.13.

27 - أنظر، علي قائمي، دور الأب في التربية، ط.01، دار النبلاء، بيروت، 1994، ص.26.

الأساسي للسلطة لكونه الوحيد القادر على كسب المال داخل العائلة الجزائرية التقليدية، ووحده له الحق في الخروج للفضاء الخارجي في المجتمع<sup>28</sup>.

لكن الأمور تغيرت وبشكل كبير وأساسا بفعل خروج المرأة للعمل، وبذلك أصبحت الأم لها دور في تسيير شؤون الأسرة خاصة فيما يتعلق بالجانب المادي، وهذا ما جعل المشرع يتدخل في تعديله لقانون الأسرة لسنة 2005 تماشيا مع الظروف الراهنة والتطورات الكثيرة التي تسعى للمساواة بين الرجل والمرأة.

وتظهر أهمية الموضوع في أن معظم الدراسات ركزت على الأم ودورها في الأسرة وعلاقتها مع ولدها وحقوقها المهضومة متغاضية بذلك الأهمية الكبيرة للأب باعتباره ركيزة الأسرة وعمودها الفقري الذي بوجوده يكون النظام والاعتدال في الأسرة .

فلأب دور كبير في الحفاظ على نظام الأسرة وتماسكها وذلك لكونه المسؤول الأول عنها، والراعي لشؤونها، لذلك أحاطت كل من الشريعة الإسلامية وحتى التشريعات الوضعية من بينها قانون الأسرة دوره ضمن سياق تنظيمي.

فحاجة الابن لأبيه تكون خاصة في مرحلة قصره، لأنه في هذه المرحلة يكون شخص ضعيف وعاجز لا يستطيع أن ينفق على نفسه وأن يتولى أموره الشخصية وخاصة المالية.

وعلى هذا الأساس نقوم بطرح إشكالية البحث والمتمثلة في السؤال الآتي:

ما هي المكانة الأبوية في قانون الأسرة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مشكلتان فرعيتان وهما:

الصلاحيات المخولة للأب في علاقته مع أبنائه ؟ وهل أعطى المشرع حماية كافية لهذه العلاقة؟

28 - عبد الحق عمار، مكانة الأب ...، المرجع السابق، ص.03.



للإجابة عن هذه الأسئلة سنتبع بذلك المنهج التحليلي والنقدي، فيإتباع المنهج الأول سنقوم بتحليل العلاقة بين الابن وأبيه في قانون الأسرة وكيف شرعها المشرع وحماها، أما المنهج الثاني فسنقوم من خلاله بالبحث في نقائص المشرع والثغرات التي قد تسمح بتصدع العلاقة بين الأب وابنه، مع إعطاء بعض الأمثلة من القوانين الأخرى واستخراج الحلول والبدائل الفقهية والقانونية.

وعليه سنقسم هذا البحث إلى باين :

الباب الأول: أحكام الأبوة في المسائل الشخصية.

الباب الثاني: أحكام الأبوة في المسائل المالية.

الباب الأول  
أحكام الأبوة في الأحوال  
الشخصية

يقصد بالأحوال الشخصية تلك الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية.

ولم يعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية إلا حديثاً، حيث أطلق الفقهاء اسم "الأحوال الشخصية" على نظام الأسرة وأحكامها الحقوقية، في مقابلة الأحوال المدنية أو العينية التي تحكم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته<sup>1</sup>.

فإن المراد باصطلاح الأحوال الشخصية، هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات وأفراد الأسرة بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة، تجمعهم علاقات النسب أو المصاهرة، وهي لا تقوم بالنقود لأنها تتبع من العلاقات العائلية وقد يطلق عليها تسميات أخرى كحقوق العائلة أو الأسرة<sup>2</sup>.

ويقابل الأحوال الشخصية الأحوال العينية التي تنظم العلاقات المالية، وهي من اختصاص القانون المدني وهي الأحوال التي تتضمن المسائل التي يكون موضوعها أموال<sup>3</sup>.

فالأحوال الشخصية تتعلق بكل ما هو مرتبط بنظام الأسرة، وهذا الأخير عرف أهمية بالغة على مر العصور، باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، ولذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومكانة النظام الأسري، من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة، كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع، ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيماً له.

1 - أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.403.

2 - أنظر، حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمتبقى والبديل، مجلة الأحوال الشخصية، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2008، ع.07، ص.197-198.

3 - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط.06، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص.13.

والزواج نعمة من نعم الله عز وجل على عباده، بل آية من الآيات التي تقوم على المودة والرحمة والعطف والحنان بين الرجل والمرأة، فكل منهما بحاجة إلى الآخر ليعيشا معا ويكونا أسرة واحدة ويكون بينهما البنين والحفدة<sup>4</sup>.

فالهدف من الزواج يكمن في المقام الأول في الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل، زيادة على تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة، لتكون نواة حقيقية للمجتمع الموسع.

وبفضل هذا الزواج ينشأ كل ولد في أحضان أبويه وينمو في ظل أسرته حتى يبلغ أشده سعيداً، آمناً مطمئناً، فخوراً بانتسابه لعائلته التي ولد فيها، إذ يجد من يلجأ إليه عند الحاجة والشدة، كما يجد من يعطف عليه ويحبه بكل صدق وإخلاص، وعلى هذا الاعتبار كانت كل الشرائع تنظم قوانين الأسرة بما يحقق بقاءها وهناءها<sup>5</sup>.

ولما كان الأولاد في هذه الحياة هم عماد المستقبل<sup>6</sup>، وعليهم يعتمد في هذا الوجود، أولتهم الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي عناية كبيرة وبجانب عظيم من الاهتمام، فشرعت كثيراً من الأحكام المتعلقة بالولد من مرحلة الجنين انتهاء إلى مرحلة البلوغ، كل هذا محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وأكملة وصيانة أفراده من الفساد، فإذا ما ولد الولد حافظت عليه من الذل وحصنته من الضياع وأبعدته عن العار.

ويعتبر الأب رب الأسرة الذي يسعى من خلال دوره فيها بالمحافظة على هذا النظام وتكافله، لكونه الأساس الأول في العائلة سواء تعلق الأمر بالنسب لكون كل شخص في الأصل سينسب لأبيه (الفصل الأول)، أو بالنسبة للولاية على النفس (الفصل الثاني).

4 - أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.07؛

العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.07-08.

5 - أنظر، صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص.07.

6 - أنظر، مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة العلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، ع.09، ص.479.

## الفصل الأول

### مؤكدات الأبوة في قانون الأسرة

إن أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه هو النسب<sup>7</sup>، الذي يعد أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده<sup>8</sup>.

ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمت أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة وانقطعت الصلات بينها، ولما بقي أثر للحنان والرحمة بين أفراد الأسرة الواحدة، لذلك منى الله علينا بالنسب لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾<sup>9</sup>.

فقد خلق الله رابطة النسب ليجد الأطفال الضعفاء في ظلالها العطف والرحمة والحنان هذا ما يكفل لهم النشأة الصالحة والتربية الحسنة.

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الآباء عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم وتوعدهم بالعقاب، فقد روي البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أيا رجل جحد ولده وهو ينظر إليه - أي يعلم أنه ابنه - احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق

<sup>7</sup> - النسب لغة: مصدر نسب، يقال نسبته إلى أبيه نسبا من باب طلب عزوته إليه، جمعه أنساب مثل سبب أسباب، والنسب يكون بالأباء وإلى البلاد، ويكون في الطاعة و غير ذلك.

وانتسب واستنسب، ذكر نسبه، يقاتل للرجل إذا سئل عن نسبه، استنسب لنا أي انتسب لنا حتى نعرفك. والنسب والمناسب، والجمع نساء وأنساء، وفلانا يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريبه، وتنسب أي ادعى أنه نسيبك، ورجل نسيب منسوب: ذو حسب ونسب، ويقال: فلان نسيبي، وهو أنسابي؛ أي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المرجع السابق، ص.118-119.

<sup>8</sup> - أنظر، خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص.02.

<sup>9</sup> -سورة الفرقان، الآية 54.

"<sup>10</sup>، كما نهي الأبناء عن الإنتساب إلى غير آبائهم، فقد روي سعد رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"<sup>11</sup>.

كما حرم على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه فقال: " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنة"<sup>12</sup>.

وقد حدد المشرع الجزائري في القانون المدني بالمقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك حيث تنص المادة 32 منه: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قريبه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"، كما عرفه المشرع المغربي في المادة 150 من مدونة الأسرة المغربية: "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"<sup>13</sup>.

وبالنظر إلى أهمية النسب باعتباره رابطة مقدسة وصلة عظيمة، نجد أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت به ونظمت أحكامه وجعلته محل حماية وجعلت منه أحد المقاصد الكلية في الشريعة الإسلامية<sup>14</sup>.

وقد واكب القانون الجزائري الفقه الإسلامي في هذه المسائل، حيث نظم أحكام النسب وأحاطها بمجموعة من الضوابط التي تمنع اختلاط الأنساب وتحافظ على العلاقات داخل المجتمع، سواء تعلق الأمر بثبوت النسب في الزواج (المبحث الأول)، أو الطرق الشرعية والعلمية لإثباته (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

- 
- 10 - أنظر، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج.07 ، ط.03، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.389.
- 11 - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج.07، كتاب الفرائض، حديث رقم 6766، باب من ادعى إلى غير أبيه، المرجع السابق، ص.322.
- 12 - أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج.07، كتاب اللعان، المرجع السابق، ص. 712.
- 13 - ظهير شريف رقم 172.02.1 بتاريخ 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغاربة، ج.ر، ع.5031، الصادر بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق لـ 19 أغسطس .
- 14 - أنظر، عبد الرؤوف دبابش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د.س.ن، ع.07، ص.70.

## تأكيد الأبوة بثبوت النسب بالزواج

من المعلوم أن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية فهي التي حملت و هي التي وضعت وبالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورعاية وميراث<sup>15</sup> وهذا باتفاق فقهاء الشريعة و القانون<sup>16</sup>.

فإنه كذلك من المتفق عليه أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزواج، فقد أقام القانون مقتنيا بذلك أثر الشريعة الإسلامية علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج فجعل الثانية سبب لثبوت الأولى، فإذا أثمرت مخالطة الرجل بالمرأة نسلا فإنه ينسب للزواج<sup>17</sup>.

لذلك فقد وضع الفقه الإسلامي وحتى القانون لهذه المسألة من الأحكام ما يكفل حفظ الأنساب وصون الأعراض، مع ترجيح مصلحة الولد في ثبوت النسب سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية (المطلب الأول) ، أو بعد الانفصال (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

15 - أنظر، الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005 ، رقم 03، ص.36 ؛ خيرة العراي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص.31.

16 - لم يتكلم المشرع الجزائري على ذلك صراحة في قانون الأسرة وهذا على خلاف المشرع الليبي الذي اعترف صراحة على ثبوت الطفل إلى أمه دون قيد أو شرط وذلك في المادة 56 من القانون رقم 10 لسنة 1984 على أنه : " يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط، ويترب على هذا النسب جميع نتائج المتفرعة من الأمومة والبنوة مالية كانت أو غير مالية " .

17 - أنظر، صالح بوغراة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006-2007، ص.14.

## ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية

تبدأ الرابطة الزوجية بواقعة الزواج بين الرجل والمرأة وقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة على أنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ولكي يعتبر عقد الزواج صحيحا لا بد أن يكون مستوفيا لركنه و جميع وشروطه المنصوص عليها في المادة 1809<sup>18</sup> و 09<sup>19</sup> مكرر من قانون الأسرة، فإذا كان الزواج صحيحا أصبح صالحا لإثبات النسب دون اشتراط بينة من الزوجة أو إقرار من الزوج لكن هذا الإثبات يتوقف على جملة من الشروط منها ما يتعلق بالزوجين معا إذ يشترط إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بالولد إذ يجب أن يولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل ( الفرع الثاني)، وألا يقوم الزوج بنفسه بالطرق المشروعة ( الفرع الثالث).

### الفرع الأول

18 - المادة 09 ق.أ: " ينقذ الزواج بتبادل رضا الزوجين"

19 - المادة 09 مكرر ق.أ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

- أهلية الزواج

- الصداق

- الولي

- شاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج".



## إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي

إن من أسباب ثبوت نسب الولد بأبيه هو أن تكون هناك إمكانية للاتصال بين والدية من حيث الزمان والمكان، وهذا الاتصال قد يكون إما بالطريقة الطبيعية وهو الاتصال الجنسي (أولاً)، وقد يكون بالطريقة غير الطبيعية وهو التلقيح الاصطناعي (ثانياً).

### أولاً: إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين بعد العقد الشرعي:

ومعنى إمكانية الاتصال بين الزوجين، حدوث التلاقي بينهما بعد العقد<sup>20</sup>، وهذا شرط متفق عليه في الشريعة الإسلامية، إلا أن الخلاف كان في المراد بالتلاقي أهو الإمكان والتصور العقلي، أو الإمكان الفعلي و العادي؟<sup>21</sup>

فذهب جمهور الفقهاء<sup>22</sup> إلى أنه ينبغي أن يحدث التلاقي فعلاً، والمقصود بذلك الدخول مع إمكان الوطء، ولا يكفي مجرد العقد الصحيح<sup>23</sup> فلو تزوج رجل امرأة في دولة معينة وكان مقيماً بدولة

20 - أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط.01، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص.569؛ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.630.

21 - أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط.01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.351.

22 - أنظر، محمد بن ادريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ، ص.220؛ أحمد الدردير أبو البركان، الشرح الكبير، ج.03، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.216؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، ط.02، دار الفكر، دمشق، 1985، ص.684.

23 - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط.03، الجزائر، 1999-2000، ص.284-285؛ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، ج.02، ط.05، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص.163.

ثانية ولم يلتق بها ولم تنتقل إليه<sup>24</sup> ولم يحصل تلاقى، وأكد الزوج أنه لم يصل إليها، فلا نسب بين الزوج والولد الذي أتت به الزوجة لكون الحمل ليس منه قطعاً<sup>25</sup>.

فلو فرضنا أيضاً أن الزوج قد دخل السجن لمدة أكثر من المدة القصوى للحمل ولم يخرج منه، وأن زوجته حملت خلال هذه المدة، فإن نسب هذا الولد لا يمكن أن يلحق بالزوج.

وعليه فإنه لا يكفي عند جمهور الفقهاء مجرد الإمكان العقلي لثبوت النسب، لأن الإمكان العقلي نادر الحدوث، والأحكام الشرعية إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، ونتيجة لذلك لا يثبت نسب الولد من الزوج عند الجمهور طالما لم يثبت إمكان التلاقى الفعلي أو الحسي بين الزوجين بعد العقد<sup>26</sup>.

أما الحنفية فلم يشترطوا الدخول والتلاقى بالفعل والحس والعادة وإمكان الوطء والدخول، وبذلك خالفوا الجمهور واكتفوا بالعقد الصحيح واعتبروه كافياً لثبوت النسب، فمتى جاءت المرأة بولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر يثبت النسب سواء ثبت التلاقى أم لا<sup>27</sup>.

وقد برر أنصار هذا المذهب أن التلاقى ممكن عقلاً، فالمراد بالتلاقى بين الزوجين هو وجود مشاركة بين الزوجين في إحداث هذا التلاقى، وهو تعبير مهذب عن الاتصال الجنسي، فمتى أمكن

24 - صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة .....، المرجع السابق، ص.17.

25 - أنظر، أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص.19.

26 - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.03، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص.209-210.

27 - أنظر، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.04، ط.01، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.350؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والحلاله، ج.01، ط.07، المكتب الإسلامي، بيروت، 1997، ص.262.

التقاء الزوجين عقلا ثبت النسب وذلك للمحافظة على الولد من الضياع<sup>28</sup>، وستر العرض و منع مشكلة اللقطاء<sup>29</sup>.

وأعطوا مثال لذلك فقالوا لو تزوج مغربي بمشرقية وكانت المسافة بينهما مسيرة سنة وأتت بولد لستة أشهر من العقد لحقه في نسبه، لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب الكرامات الذين تطوي لهم المسافات، و لو تزوج رجل بامرأة ثم طلقها في المجلس نفسه فولدت لستة أشهر من العقد لحقه نسبه لأن النسب يحتاط له<sup>30</sup>.

وذهب ابن تيمية<sup>31</sup> إلى أن ثبوت النسب لا يكون إلا بالدخول الحقيقي غير المشكوك فيه<sup>32</sup> وقال: "إن أحمد رضي الله عنه أشار إليه في رواية حرب، فإنه نص في روايته فيمن طلق امرأته قبل البناء و أتت بولد فأنكره، فقد قال إنه ينتفي عنه بغير لعان"<sup>33</sup>، وقد رجح هذا القول ابن القيم وهو تلميذ ابن تيمية<sup>34</sup>.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، فاشتراط الدخول الحقيقي فيه عسر شديد وهذا الأمر لا يطلع عليه إلا الزوجين<sup>35</sup>.

28 - رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة....، المرجع السابق، ص. 569 .  
29 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص. 21.  
30 - أنظر، مصطفى مناصرية، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2011، ع. 01، ص. 183.  
31 - أنظر، أحمد بن تيمية، المحرر في الفقه، ج. 01، ط. 02، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ، ص. 386.  
32 - أنظر، أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 01؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 20.  
33 - أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. 1، دار الفكر العربي، لبنان، 1957، ص. 388.  
34 - فقال : " هذا هو الصحيح المجزوم به ، و إلا فكيف تصير المرأة فراشا و لم يدخل بها الزوج ، و لم ين بها لمجرد إمكان ذلك ، و هل يعد أهل العرف و اللغة المرأة فراشا قبل البناء ، و كيف تأتي الشريعة بالحقاق نسب من لم ين بإمرأته و لا دخل بها ، و لا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك ، و هذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة ، و لا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق و بالله التوفيق... "؛ أبي عبد الله بن القيم الجوزي ، زاد المعان في خير هدى العباد، ج. 04، دار الكتب العلمية، بيروت، ص. 115؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة....، المرجع السابق، ص. 18.  
35 - أنظر، محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج. 06، ط. 01، دار المستقبل للطباعة و النشر و التوزيع، 2005، ص. 297.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالرأي الوسط وهو رأي الجمهور في المادة 41 من قانون الأسرة بقولها: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

فالمشرع الجزائري لم يكتفي بمجرد العقد لثبوت النسب كما جاء به الأحناف، لأن ذلك قد يؤدي إلى ضياع الأنساب وذلك بانتساب أبناء إلى غير آبائهم الشرعيين في زمان فسدت فيه الذمم، و في نفس الوقت لم يشترط الدخول الحقيقي بل اشترط إمكانية الاتصال وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 23 نوفمبر 1982 بقولها: "من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"<sup>36</sup>.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 24 فبراير 1986 على أنه: " الولد للفراس ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين، والدليل أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران حسبما أشار إليه الحكم الجزائري لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود"<sup>37</sup>.

غير أنه ما يعاب على مشرعنا أنه اكتفى في ثبوت النسب إمكانية الاتصال دون التكلم عن مسألة مهمة وإن كانت تقتضيها القواعد العامة لكنها ضرورية وهي إمكانية حمل الزوجة من الزوج خاصة وإن هذا الأمر يثور إذا كان الزوج شخصا كبيرا في السن ولكنه عقيم أو مصاب بمرض جنسي يمنعه من الاتصال بزوجه خلال المدة المقررة للحمل وهذا ما فعله المشرع الكويتي في المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقولها: "لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت بطريق قطعي أنه غير مخصب أو لا يمكنه أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين"<sup>38</sup>.

36 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.64.

37 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 39473، م.ق، 1987، ع.01، ص.69.

38 - قانون رقم 51 لسنة 1984 الخاص بالأحوال الشخصية الكويتي، ج.ر، ع.1570، المنشور بتاريخ 23 يوليو 1984.

وفي الأخير نقول بأن عملية الإتصال الجنسي هي القاعدة الأساسية للإنجاب، إلا أنه يمكن أن تعترض هذه الوسيلة عوائق مرضية تحول دون تحقق الإنجاب، لذلك جاء الطب الحديث بالبديل وهو التلقيح الاصطناعي.

### ثانيا: الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين ( التلقيح الاصطناعي):

يقصد بالتلقيح<sup>39</sup> الإصطناعي<sup>40</sup> بأنه تلك " عملية إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب والإنجاب ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة بين الزوج والزوجة وإنما بحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية إما داخل الرحم أو خارج الرحم داخل أنبوب الاختبار<sup>41</sup>.

و قد نص المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02 على التلقيح الإصطناعي في المادة 45 مكرر والتي تنص: " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية :

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

<sup>39</sup> - يقصد بالتلقيح لغة: اللّتح واللقاح محرّكة الحبل، وهو اسم أخذ من الفحل ليدس في الآخر، لَقَحَتِ الناقة و نحوها لَقَحًا و لقاحا قبلت ماء الفحل، فهي لاقح، والإلقاح مصدر، والإسم اللقاح بالفتح والكسر، والملاقيح الأمهات وما في بطونها من الأجنة، يقال لقحت إذا حملت، وألقحت التّحل إلقاحا بمعنى أبرت؛ ابن منظور، لسان العرب، ج.15، المرجع السابق، ص.219؛ ابن علي الفيومي أحمد، المصباح المنير، ط.01، مؤسسة المختار، مصر، 2008، ص.336.

<sup>40</sup> - يقصد بالإصطناعي لغة: وهو مشتق من الصناعة وهو اسم الفاعل صانع والجمع صناع، حرفة الصانع و عمله، و صنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع، والصناعي ما ليس بطبيعي؛ ابن علي الفيومي أحمد، المصباح المنير، المرجع السابق، ص.210.

<sup>41</sup> - أنظر، خيرة العرابي، التلقيح الإصطناعي و أثره في إثبات النسب، مخبر حقوق الطفل الحماية القانونية و الإجتماعية للطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، وهران، 2011، ع.02، ص.05-06.

- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

والملاحظ أن المشرع لم يفرق بين التلقيح الاصطناعي<sup>42</sup> داخل رحم الزوجة أو خارجه بل اكتفى بفرض قيود واحدة متى أقدم الزوجين على التلقيح الاصطناعي بكلتا الطريقتين، وذلك من خلال الشروط التي أوردتها المادة 45 مكرر من قانون الأسرة<sup>43</sup> ويمكن تحليل هذه الشروط كالآتي:

الشرط الأول: أن يكون الزواج شرعياً

إن المقصود بهذا الشرط هو أن يكون الزواج صحيحاً أي شرعياً متوفراً لأركان الانعقاد وشروط الصحة، وقائماً على احترام المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة، حتى يثبت نسب الولد من الفراش إلى أبيه، ما دام أن العلاقة بين الزوجين قائمة<sup>44</sup>.

42 - ترجع تقنية التلقيح الاصطناعي إلى العرب، فهم الذين استعملوا هذه التقنية منذ القرن 14 ميلادي، حيث كانت بعض القبائل العربية تلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من خيل أصيل، بهدف اصطفاء سلالات جيدة من الخيول، ثم انتقلت إلى أوروبا و استعملها الأوروبيون على البشر.

و يقال أن أول من استعمل التلقيح الاصطناعي على البشر هو " جون هنتر" سنة 1799 وقد أجازته الكنيسة وقتها، وكان الأمر يتعلق بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، و تمت العملية بمبي الزوج، و في سنة 1966 حقق العام الإيطالي " دانييل بتروشي " إنجازاً علمياً على طريقة طفل الأنابيب وذلك عن طريق تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء خاص بعدّ بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن. وفي سنة 1958 اكتشف الدكتور " ادواردز" اللحظة الحاسمة التي من الممكن للبويضة من خلالها أن تقبل اللقاح، فبعد المشاهدة و المراقبة لعينة مجهرية مستمرة، ثم ملاحظة تغيير طفيف في شكل البويضة و التي لا يتعدى حجمها رأس الدبوس. ولقد نجح العالم " استيه " بعد سنوات من التجارب في التوصل إلى أنه من السهل الحصول على بويضات من داخل البطن و استخدامها للتلقيح بعد مراعاة إتمام الفتح بطريقة صحية وأنه من الأفضل استعمال السونار لإرشاد الجراح.

وفي عام 1971 استطاع العالمان " شبتو " و " إدوارد " تخطي عقبة مهمة تتمثل في إبقاء اللقاح حياً لثلاثة أو أربعة أيام، ذلك أن هذه المدة تعد كافية بذاتها لبداية تكوّن الجنين ومن ثم إعادته إلى الرحم ثانية، و لكن ظلت عقبة تحضير الرحم لاستقبال اللقاح، إلى أن نجح الدكتور " إدواردز " في تلقيح بويضة السيدة " ليزلي بروان" بمبي زوجها السيد " جلبرت جون بروان "، حيث تم الحمل وولدت أول طفلة عن طريق الأنابيب في العالم في 1987/07/25 وأطلق عليها اسم " Luis Braun " و بعد ذلك انتشرت هذه العملية في العالم؛ أحمد زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط.03، الدار العربية للعلوم، القاهرة 1998، ص.112؛ زبيدة إقروفة، التلقيح الإصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضع، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010، ص.16-18؛ محمد علي البار، طفل الأنبوب و التلقيح الإصطناعي و محاذره، المجلة العربية، جدة، 1986، ص.54.

43 - خيرة العراقي، التلقيح الاصطناعي .....، المرجع السابق، ص.06.

44 - أنظر، أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.62.

وهذا في الحقيقة يعتبر حماية للولد، فالقانون بذلك يعتبره طفلاً شرعياً، وبالتالي لا يجب حرمانه من حقه في النسب إلى أبيه، لضمان أن ينشأ أطفال شرعيين ويتعرعون بين والديهم<sup>45</sup>.

الشرط الثاني : أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما

ويتضمن هذا الشرط جزأين أساسيين، وهما :

### 1- رضا الزوج:

فقد أقرت كل التشريعات على ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان، وأمام هذه الأهمية الكبيرة التي يكتسبها رضا الزوجين، فإنه يشترط إفراغه في شكل معين لتتفطن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح، وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها<sup>46</sup>.

ويشترط في الرضا حتى يكون صحيحاً، أن يكون الزوجان بالغين سن 19 سنة وهي أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 01/07 من قانون الأسرة، وهي ذات الأهلية التي اشترطها المشرع في المادة 40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به قانوناً دون توقف على رأي شخص آخر<sup>47</sup>.

لكن السؤال الذي يطرح هو بالنسبة للقاصر الذي يرخص له بالزواج طبقاً للمادة 07 من قانون الأسرة هل يعتد برضاه بشأن التلقيح الاصطناعي؟ وهل يمكن للقاصر أن يستند على أهلية التقاضي في رضاه على التلقيح الاصطناعي<sup>48</sup>؟

45 - خيرة العراي، التلقيح الاصطناعي ....، المرجع السابق، ص.07.

46 - أنظر، جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، رقم 4، ص.56.

47 - جيلالي تشوار، رضا الزوجين .... ، نفس المرجع.

48 - نصت على ذلك المادة 02/07 ق.أ: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات".

و"الجدير بالملاحظة أن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات علما أن حصول الزوج القاصر على هذه الأهلية غير كافي لإبداء موافقته على التلقيح الاصطناعي، لأن المشرع حددها فقط بالنسبة للدعوى القضائية دون تصرفات القانون"<sup>49</sup>.

كما أن العقد القائم بين لزوجين بشأن التلقيح الاصطناعي لا يندرج ضمن العقود التي يكون القاصر المرشد أهلا لإبرامها<sup>50</sup>.

وعليه يرى الأستاذ تشوار جيلالي على أن السن الدنيا للموافقة على التلقيح في حالة الإذن القضائي بالزواج هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانونا<sup>51</sup>.

وإلى جانب أهلية الزواج، يشترط أن يكون من صدر منه الرضا متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، وأن يكون رضاه خاليا من العيوب كالغلط أو الإكراه أو التدليس.

كما يمكن لأحد الزوجين أن يتراجع عن رضاه، لكن التراجع يجب أن يكون مسبقا على إجراء العملية<sup>52</sup>، لكن في حالة ما إذا تمت العملية وأرادت الزوجة مثلا العدول فإن ذلك سيترتب عنه مشكلة الإجهاض وهذا الأمر معاقب عليه طبقا للمادة 304 ق.ع<sup>53</sup>.

49 - جيلالي تشوار، رضا الزوجين .....، المرجع السابق، ص.57.

50 - نص المشرع صراحة في المادة 02/38 من القانون المدني بأن القاصر المرشد له موطن خاص بالنسبة للعقود التي يكون أهلا لإبرامها بنصها: "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها"؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.415.

51 - جيلالي تشوار، رضا الزوجين .....، المرجع السابق، ص.57.

52 - أنظر، زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع.04، ص.93.

53 - تنص المادة 304 ق.ع على أنه: "كل من أجهض امرأة حاملا 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 وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".



وحتى يكون الرضا غير معيب من الوجهة القانونية يتوجب على الطبيب إعلام الزوجين بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الاصطناعي ونسبة النجاح المتوقعة وغير ذلك من المعلومات التي من شأنها حمل الطرفين على اتخاذ القرار السليم<sup>54</sup>.

## 2- أثناء حياتهما:

لقد اختلف فقهاء الشريعة بخصوص جواز أو عدم جواز التلقيح بعد الوفاة، وقد ذهب أغلبهم<sup>55</sup> إلى تحريم إجراء عملية التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج<sup>56</sup>، أي بعد انتهاء الحياة الزوجية التي تنتهي عندهم منذ لحظة الوفاة في هذا يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: "إن هذه الصورة محتملة الوقوع ومن الواضح أن الإقدام عليها غير جائز شرعا لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير زوج، فهي نطفة محرمة<sup>57</sup>".

أما المؤيدون لعملية التلقيح بعد الوفاة، فقالوا بأن مسألة انتهاء الحياة الزوجية بالوفاة أمر خلافي بين الفقهاء و المرجح أنها لا تنتهي بالوفاة إلا بعد انقضاء عدة الوفاة، أربعة أشهر و عشرة أيام<sup>58</sup>، ويستند هؤلاء في رأيهم إلى ما ذكره الفقهاء من جواز تغسيل أحد الزوجين للآخر بعد الوفاة ومنهم الإمام مالك<sup>59</sup>، وبناء على ذلك استنبط هؤلاء حكما مقتضاه أنه لو انتهت الرابطة الزوجية

<sup>54</sup> - جيلالي تشوار، رضا الزوجين .....، المرجع السابق، ص.62-63؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.415.

<sup>55</sup> - خاصة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة وأيضا مفتي مصر وتونس؛ كريم زينب، التلقيح الاصطناعي و تأثيره على الرابطة الزوجية و رابطة البنوة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2009، ع.06، ص.112؛ نصر الدين ماروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، 1999، ص.121.

<sup>56</sup> - أنظر، محمد بن عبد الله السبيل، فتاوى و رسائل مختارة، ط.01، دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص.577-578.

<sup>57</sup> - أنظر، زياد أحمد سلامة، أطفال الأنايب بين العلم والشريعة، ط.01، دار البيارق، بيروت، 1996، ص.81.

<sup>58</sup> - و من بينهم زياد سلامة؛ محمود أحمد طه محمود، الإنجاب بين التحريم والمشروعية، الإسكندرية، 2003، ص.89.

<sup>59</sup> - أنظر، أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد الثاني، دار احياء العلوم، دم.ن، د.س.ن، ص.260؛ أحمد عمrani، التلقيح الصناعي بعد الوفاة، مخاطر و محاذره، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، ع.01، ص.52.

بالوفاة لما جاز لأحدهما لمس الآخر بعد الوفاة، والمجمع عليه أنه يجوز أن يغسل أحدهما الآخر بعد الوفاة<sup>60</sup>.

والمشرع أخذ بالرأي الأول ورفض التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وذلك باستعماله لجملة "أثناء حياتهما" إلا أن هذه الجملة ناقصة و على المشرع أن يدقق أكثر بإضافة " أثناء حياتهما الزوجية"، كي يطال الحظر حالة التلقيح بعد الطلاق<sup>61</sup> أو الوفاة<sup>62</sup> أو البطلان<sup>63</sup>.

الشرط الثالث: أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون غيرهما

إذا كان المشرع قد اشترط إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بأن تتم في الحياة الزوجية، فقد دعمها بشرط آخر وهو أن لا يتم التلقيح بغير مني الزوج أو بغير بويضة الزوجة، و يتضح ذلك في قوله: "... دون غيرهما"، فهو يعتبر الولد المولود من أبوين غير حقيقيين ابن غير شرعي أي ابن زنا، ولهذا ليس له الحق في النسب بإعتبار طفل ليس من صلبه<sup>64</sup>.

60 - وقد فرق هذا الفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تتم عملية التلقيح أثناء عدة الوفاة و هي 04 أشهر و 10 أيام و ذلك بأن تستدخل المرأة مني زوجها المتوفى عنها، وهذه العملية وإن كانت غير مستحسنة إلا أنها جائزة شرعا، و دليل على ذلك ما قاله الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها، و كانت معتدة أو جاءت به لأقل من 06 أشهر و شهد بولادتها امرأة واحدة عند جمهور الفقهاء و رجلان أو رجل و امرأتان عند أبي حنيفة فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة و لأن النطفة ثابتة بأثما منه، ويرى البعض أنه لنفادي شبهة الزنا عن المرأة الحامل التي تحمل بهذه الطريقة أنه يشترط أن تشهد على أنها قد أخذت مني زوجها من مصرف المنى، كما تشترط الشهادة عند ابداع المنى؛ عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية عمان، 1985، ص.30؛ زيد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب ..، المرجع السابق، ص.82؛ أحمد عمراني، التلقيح الصناعي بعد الوفاة، مخاطره و محاذره، المرجع السابق، ص.47.

الحالة الثانية: وهي إجراء عملية التلقيح بعد الوفاة وبعد انتهاء العدة وقد أجمع الفقه على تحريمه، لأنه بعد العدة تنتهي الحياة الزوجية وتصبح في حكم الأجنبية عنه، لأنه يمكن أن تتزوج من أي إنسان آخر، وبالتالي فإن الولد يلحق بأمه ولا ينسب إلى أبيه المتوفى لانعدام العلاقة الزوجية بينه وبين أمه؛ زيد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب ..، المرجع السابق، ص.54.

61 - أنظر، زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي و القانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.32.

62 - أنظر، نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط.01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 200، ص.418.

63 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري ..، المرجع السابق، ص.416.

64 - خيرة العراقي، التلقيح الاصطناعي ..، المرجع السابق، ص.08.

وعليه لا يجوز أن يدخل في عملية التلقيح طرف ثالث، كأن تستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبي أو امرأة غريبة أو زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة بديلة للزوجة، وبالتالي فإن استخدام أي طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلا وغير شرعي<sup>65</sup>.

الشرط الرابع: لا يجوز استعمال الأم البديلة

إن هذا الشرط يدعم ما سبق ذكره عندما استعمل المشرع عبارة: "... دون غيرها" بمعنى لا يمكن إجراء الإخصاب الاصطناعي بمبي الزوج على بويضة لامرأة أخرى أي بديلة عن الأم، لأنه من الناحية الشرعية حرام و باطل، فاستتجار الأرحام باستعمال الأم البديلة مرفوض من الناحية الشرعية، ففقهاء الشريعة يرون عدم مشروعية فكرة الأم البديلة لأن فيها تدمير و انتهاك لحرمة وخصوصية العلاقة الزوجية و خلط للأنسب، فالله سبحانه و تعالى لم يأمر ببث النطف في أرحام غير الزوجات لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَفْدَةً﴾<sup>66</sup>.

وقد اتفق مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة سنة 1984 على أنه: "إذا كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين أصحاب البويضة الملقحة فهذا حرام لأنها نطفة رجل في رحم امرأة لا تربطهما علاقة زوجية..."<sup>67</sup>.

## الفرع الثاني

### مدة الحمل

لكي ينسب الولد لأبيه لابد أن يكون المولود قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها<sup>68</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من قانون الأسرة على أنه: "أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر و أقصاها عشرة (10) أشهر".

65 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص. 417.

66 - سورة النحل، الآية 72.

67 - أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية في .....، المرجع السابق، ص. 09.

وعليه لكي يثبت نسب الولد من الزوج لا بد أن تكون أمه قد وضعت له لمدة 06 أشهر على الأقل من يوم تلاقي الزوجين، أي 180 يوم، وهذا ما اتفق عليه الأئمة الأربعة<sup>69</sup>.

وهذا ما أكدته كذلك المحكمة العليا إذ جاء في قرارها: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش وأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على قرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض"<sup>70</sup>.

كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 22 جانفي 1990 بأنه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن مدة الحمل للمطعون ضدها هي خمسة أشهر و عدة أيام، أقل من الحد الأدنى قانونا فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون"<sup>71</sup>.

غير أنه ما يعاتب على المشرع في المادة 42 من قانون الأسرة أنه لم يبين متى يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول لاحتمال وجود فارق زمني بينهما، ويرى الأستاذ بن شويخ رشيد أنه يجب الاعتماد على تاريخ الزواج من حيث المبدأ لأنه هو الأصل، ولكن بقريئة بسيطة قابلة لإثبات العكس، لأن العبرة هي بالدخول أي بتلاقي الزوجين<sup>72</sup>.

68 - أنظر، الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.231.

69 - وهم كل من الحنفية والمالكية و الشافعية والحنابلة واستدلوا بالآيات الآتية :

قوله تعالى في سورة الأحقاف الآية 15 بأنها: ﴿ وَصَيَّرْنَا الْإِنْسَانَ بِإِحْسَانٍ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا... ﴾، وكذلك قوله تعالى في سورة البقرة الآية 233: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ... ﴾.

فبضم هاتين الآيتين الكريمتين إلى بعضهما البعض يثبت أن مدة الحمل و الرضاع ثلاثون شهرا، فإذا أسقطنا منها مدة الرضاع عامين، أي أربعة وعشرون شهرا، بقيت مدة ستة أشهر، و هي أقل مدة للحمل؛ محمد محمدا، سلسلة فقه الأسرة، ط.02، أطلس للنشر، الجزائر، 1993، ص.419؛ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987، ص.357؛ عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري .....، المرجع السابق، ص.282.

70 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق، 1990، ع.01، ص.86.

71 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م.ق، 1992، ع.02، ص.71.

72 - الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية ....، المرجع السابق، ص.36.

كما أن المشرع لم يحدد التقويم الواجب العمل به، هل التقويم الهجري أم الميلادي، علما أن المادة 03 من القانون المدني تنص على أنه: "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" <sup>73</sup>.

وبالإضافة إلى هذا قد جرى العمل في المحاكم بمختلف درجاتها بالتقويم الميلادي، وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1993<sup>74</sup> بقوله: "... إن قضاة الموضوع، قد قضوا بصحة الزواج العربي الواقع في شهر نوفمبر 1998 لتوافر أركانه ... وتاريخ ولادة الولد يوم 1999/06/05، بعد تاريخ الدخول والبناء بأكثر من 06 أشهر، وأن المادة 42 من قانون الأسرة تنص على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر".

وهذا ما لا يتماشى والنصوص الشرعية، لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية<sup>75</sup>.

هذا بالنسبة للمدة الأدنى للحمل أما فيما يخص المدة الأقصى للحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية<sup>76</sup> في تحديده بين تسعة أشهر وامتدت إلى سبعة سنوات لدى البعض، ولكن قوانين الأحوال

73 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص. 28.

74 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 99000، م.ق، 2001، ع. خاص، ص. 65.

75 - أنظر، جيلالي تشوار، النقايس التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، رقم 01، ص. 157؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة ....، المرجع السابق، ص. 38.

76 - لقد انقسم الفقه الإسلامي إلى عدة آراء: الرأي الأول: وهو قول أبي عبيد على أنه لا يوجد أكثر مدة للحمل ودليلهم أن الله سبحانه وتعالى لم يحدد المدة لأقصى للحمل؛ محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج. 02، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1415هـ - 1995، ص. 228. الرأي الثاني: وهو المشهور عن مذهب المالكية، وهو قول الليث بن سعد و عباد بن العوام، على أن أقصى مدة الحمل هي 05 سنوات؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 07، المرجع السابق، ص. 688. الرأي الثالث: وهو رأي الشافعية والظاهر من مذهب الحنابلة، و يرون بأن أقصى مدة الحمل هو 04 سنوات و استدلووا بذلك أن نساء بني عجلان يحملن لأربع سنين، فقد روي عن مالك بن أنس قال: هذه جارتنا امرأة بنت محمد بن عجلان امرأة صدق و زوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة، كل بطن في أربع سنين؛ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية .....، المرجع السابق، ص. 358. الرأي الرابع: وهو قول المالكية بأن أقصى مدة الحمل ثلاث سنوات و هو ما رواه الواقدي في قوله: سمعت مالك بن أنس يقول: "دكان الحمل ثلاث سنين و قد حمل ببعض الناس ثلاث"؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و آثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص. 118-119؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة ....، المرجع السابق، ص. 40. الرأي الخامس: وهو رأي الحنفية ويرون بأن أقصى مدة الحمل هي سنتان واستدلوا بما رواه البيهقي والدارقطني: عن عبد الرحمان عن ابن جريح عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عمود المغزل"؛ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح بداية المبتدي، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، د.م.ن، د.س.ن، ص. 362؛ محمد محمدا، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ط. 03، شهاب الجزائر، الجزائر، 2000، ص. 424. الرأي السادس: وهو رأي

الشخصية<sup>77</sup> العربية لم تعتمد سوى الأقوال التي تتفق مع العلم والطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد عن سنة كاملة<sup>78</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمدة عشرة أشهر كأقصى حد للحمل و هي مدة معقولة إلا أنه قد تحدث متاعب صحية للمرأة فتتأخر ولادتها بعض الشيء إلى ما بعد 10 أشهر، وبالتالي من المستحسن كما يقول الأستاذ بن شويخ الرشيد إضافة فقرة ثانية للنص، تسمح بتجاوز هذه المدة لتتابع صحية أو لأسباب أخرى علمية ثابتة بتقرير خبرة على ألا تتجاوز مدة سنة<sup>79</sup>.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 فبراير 1985: "من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون"<sup>80</sup>.

محمد بن عبد الحكم من المالكية بأن أقصى مدة الحمل هي سنة قمرية، ودليلهم بأن هذا الأمر هو الأقرب إلى المعتاد في الحمل؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.01، المرجع السابق، ص.260.

الرأي السابع: وهو رأي الظاهرية وقالوا بأن أقصى مدة الحمل هي 09 أشهر قمرية واستدلوا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ قال: "أما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها...".

كما قال الجعفرية أنه قد يكون أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، وقبل عشرة أو سنة ورجحوا سبب الاختلاف إلى اختلاف عادات النساء فإن بعضهن تلد لتسعة و البعض لعشرة و نادرا بلوغ سنة؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري و القانون، ط.02، دار النهضة العربية، بيروت، 1397هـ - 1977م، ص.679.

77 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة....، المرجع السابق، ص.232.

78 - المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية المصري: " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة آتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة و المتوفى عنها زوجها إذا آتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

المادة 262 من القانون الأحوال الشخصية السوري: " إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بإنقضاء عدتها ثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة".

المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد و أمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحاً أو فاسداً؛

2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق".

79 - الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية.....، المرجع السابق، ص.37.

80 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/02/25، ملف رقم 35922، م.ق، 1986، ع.01، ص.83.

## الفرع الثالث

### عدم نفي الولد بالطرق المشروعة

نصت المادة 41 من قانون الأسرة على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " .

ويستفاد من هذا النص أن الولد من أمه ثابت مهما كان الحال، أما الزوج فلا يثبت نسب المولود منه إلا بالزواج الصحيح، غير أن المشرع لم يحدد بالمقصود بالطرق المشروعة، وبالتالي تشمل كل الطرق المؤدية شرعاً وقانوناً لنفي النسب ويمكن إجمالها في:

#### أولاً: الوسائل الواقعية لنفي النسب:

وهذا يكون إما عن طريق إنكار الولادة من طرف الزوج إذا كان لا يعلم أو لم يعلم بواقعة الحمل في فترة غيابه، أو يقيم الدليل على عدم ولادتها<sup>81</sup>، وفي مقابل ذلك يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة، أو شهادة المستشفى أو بشهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع<sup>82</sup>.

أو عن طريق إثبات الزوج أنه عقيم أو مريض بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه ، أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي النسب<sup>83</sup> وهذا ما أكدت عليه المادة 168 من القانون الكويتي على أنه: " لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع حقيقي أو مرض، وللمحكمة عند التنازع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين"<sup>84</sup>.

81 - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام .....، المرجع السابق، ص. 700.

82 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة .....، المرجع السابق، ص. 237-238.

83 - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري.....، ج.02، المرجع السابق، ص. 183.

84 - قانون رقم 51 لسنة 1984 الخاص بالأحوال الشخصية الكويتي، ج. ر ، ع. 1570 ، المنشور بتاريخ 23 يوليو 1984.

لكن المشكل في هذه الحالة يطرح في حالة لو أكتشف الزوج بعد مدة من الزمن على زواجه، أنه مصاب بمرض يستحيل معه الإنجاب، وأن هذا المرض ولد معه أو أصابه في المهد، والحال أن زوجته لها أبناء وهو كان يعترف أنه أبوهم<sup>85</sup>، فما مصير الأبناء هل ينتفي النسب بأثر رجعي أم لا؟

فالقاعدة أن الرجوع عن الإقرار بالنسب لا يؤثر على الانتماء إلى صاحبه<sup>86</sup> ولكن بما أن إرادة المقر بالنسب كانت معيبة وبالتالي إذا طلب الزوج اللعان يمكن أن يكون طلبه مبررا لأنه بالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة نجدها أشارت إلى نفي النسب بالطرق المشروعة، و هو مصطلح واسع يمكن إدخال الحالة السابقة فيه، لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة باستطاعة الطب الحديث إثباتها<sup>87</sup>.

بالإضافة إلى هذا يمكن نفي النسب بإثبات عدم التلاقي بين الزوجين أو عن طريق إثبات أن الولد قد ولد بأقل من مدة الحمل وهي 06 أشهر من يوم الزواج أو أكثر من 10 أشهر من يوم الانفصال.

#### ثانيا: الوسيلة الشرعية لنفي النسب:

يرى البعض أن الطرق التي تكلمت عليها المادة 41 من قانون الأسرة وإن كانت جاءت بصيغة الجمع فهي تتمثل في اللعان، فهذا الأخير وحده هو الذي يمكن من خلاله نفي النسب عن الزوج.

فطبقا للمبادئ الشرعية، عندما يظهر حمل الزوجة فإنه يجب على الزوج إذا تبين له زنى زوجته أن يدعي أن حملها ليس منه لسبب ما، وإذا لم يستطع إثبات دعواه أمام القضاء، فإنه يلجأ دائما إلى

85 - أنظر، محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب و طرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص.48.

86 - أنظر، محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقو، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 1996، ع.01، ص.288.

87 - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق .....، المرجع السابق، ص.210.



اللعان<sup>88</sup> كإجراء شرعي لنفي النسب وهذا طبقا للمادة<sup>89</sup> 138 من قانون الأسرة التي تنص: "يمنع من الإرث اللعان و الردة"، لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في نص المادة 41 من قانون الأسرة أنه لم يبين الإجراءات الواجب إتباعها في طريقة نفي الولد باللعان، كما أن المشرع الجزائري سكنت في توضيح طبيعة الفرقة الحاصلة نتيجة اللعان، ما إذا كانت فسخ أم طلاق كما أنه لم يحدد المدة التي يتم فيها اللعان فبالنسبة للفرقة بين الزوجين بسبب اللعان فهي فرقة مؤبدة، حيث قال جمهور الفقهاء أن الفرقة باللعان فسخ وليس طلاق، وأنها فرقة مؤبدة بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين أن يعودا إلى بعضهما البعض بعقد جديد، في حين ذهب الحنفية إلى أن الفرقة باللعان هي طلاق بائن، وأنها توجب حرمة مؤقتة بحيث يجوز للزوج أن يعود لزوجته بعقد جديد<sup>90</sup>.

أما بالنسبة للمدة التي يتم فيها اللعان فقد حددتها اجتهادات المحكمة العليا بـ 08 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يريد نفيه أو من يوم رؤية الزنا، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 20 أكتوبر 1998 بأنه: "من المقرر قانونا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان

88 - اللعان في اللغة هو مصدر لاعن، ملاءنة، وهو اللعن أي الطرد و الابعاد من رحمة الله، وسمي ما يحصل بين الزوجين لعانا لأن أحدهما كاذب ييقن ويستحق الطرد والابعاد من رحمة الله؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.12، المرجع السابق، ص.120؛ كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط.01، علا الكتب، د.م.ن، 2002، ص.08.

أما شرعا فيعرف بأنه: "شهادات مؤكدة بالإيمان من الجانبين مقرونة باللعن القائم حد القذف بالنسبة للزوج، و بالغضب القائم مقام حد الزنا بالنسبة للزوجة، ومشروعية اللعان ترجع إلى القرآن الكريم في قوله تعالى في سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْحَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾؛ شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار، ج.04، دار الفكر، بيروت، ص.285.

أما السنة النبوية الشريفة فعن ابن عباس رضي الله عنهما: " أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه و سلم بشريك بن سمحاء، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة أو حدّ في ظهرك فقال: يا نبي الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق، يلتمس البينة، فجعل النبي يكرر ذلك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبيا، إني لصادق، ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحدّ"، فنزلت الآيات، فكان هذا أول لعان في الإسلام؛ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.01، دار إحياء الكتب العربية، د.م.ن، 275هـ، ص.668.

89 - تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع بشأنه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

90 - أنظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.346.

التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ورؤية الزنا...<sup>91</sup>.

غير أن المحكمة العليا لم تجعل من مدة 08 أيام كأجل لا بديل عنه إذ جعلت له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة<sup>92</sup>، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16 جويلية 1990 على أنه: "من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان ، غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصّة .

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان، دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج، خرجوا عن القواعد الشرعية"<sup>93</sup>.

فإذا أصّر الزوج على اتهام زوجته بالزنا وسلوك طريق اللعان فسيتم ذلك غالبا في المسجد وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 28 أكتوبر 1998 على أنه: "... ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأنّ القضاة أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل في المسجد العتيق"<sup>94</sup>.

ويتم بالعبارات التالية " أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها، و يكرر قوله أربع مرات وفي الخامسة يقول أن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين " ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد به، ثم تخمس بالغضب"<sup>95</sup>.

91- المحكمة العليا ، غ.أ.ش، 1998/10/20، ملف رقم 204821، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.63.

92- أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري ..، المرجع السابق، ص.54.

93- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/07/16، ملف رقم 76343، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.86.

94- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/10/28، ملف رقم 172379، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.70.

95- أنظر، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.01، دار المعرفة، بيروت، 1398 هـ/ 1978م، ص.495.

هذه هي الأحكام الخاصة بعلاقة الأب بولده أثناء قيام العلاقة الزوجية لكن ما حكم نسب المولود بعد انتهاء العلاقة الزوجية؟

## المطلب الثاني

### ثبوت النسب بعد الانفصال

إن عقد الزواج إما أن يكون صحيحاً أو غير صحيح، فأما عقد الزواج الصحيح فقد اتفق الفقهاء على أنه كل عقد استوفى أركانه و شروطه، وحسب قانون الأسرة هو الذي استوفى أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي يثبت النسب ما دام قد ولد الابن في ظله، فإذا تزوج رجل من امرأة زواجا صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه، ثم جاءت الزوجة بولد ثبت نسب هذا الولد من الزوج من غير حاجة إلى اعتراف صريح أو إقامة بينة على البنوة<sup>96</sup>، وما يؤكد هذه القاعدة في إثبات النسب في الزواج الصحيح ما رواه عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: "الولد للفراش و للعاهر الحجر"<sup>97</sup>.

والمعنى أن الولد ثمرة الفراش<sup>98</sup>، وهو الزواج الصحيح وأما الذي يعاشر بدون زواج فيعتبر عاهراً، ولا ثمرة له و لا ينسب إليه الولد، وإنما الحجر لأن الزنا جريمة والنسب نعمة لذلك لا يثبت له نعمة

<sup>96</sup> - عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.283-284؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب....، المرجع السابق، ص.14؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.14.

<sup>97</sup> - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.13، ط.01، دار الفكر، بيروت، 1991، ص.520؛ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، مختصر صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، 2010، ص.812.

<sup>98</sup> - ويقصد بالفراش كما عرفه الإمام القراني: " بأن المرأة صارت فراشا للزوج بحيث يلحق به ولدها"، وعرفه عزمي البكري بأنه: " الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين"؛ القراني، الذخيرة، ج.11، ط.01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.323؛ عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.03، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص.463.

النسب، بل يستحق صاحبها النعمة<sup>99</sup>، لكن الإشكال الذي يمكن أن يطرح هو حول حكم هذا النسب بعد الانفصال من الزواج الصحيح (الفرع الأول).

أما الزواج غير الصحيح فقد اختلف الفقه حوله، فقسمه البعض إلى باطل و فاسد، و البعض الآخر لم يقر بهذا التقسيم، والمشكل ليس في التقسيم وإنما في ثبوت النسب، فهل يثبت هو الآخر حتى ولو كان نكاحا بشبهة ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### ثبوت النسب في الزواج الصحيح

إن أهم مقاصد الزواج الصحيح المحافظة على الأنساب، فقد حرصت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على ذلك، و تعتبر حالات الانفصال في الزواج الصحيح كل من طلاق ( أولا ) والوفاة ( ثانيا ) ، وغياب الزوج عن زوجته ( ثالثا ).

فهل ينسب المولود مباشرة إلى الزوج ؟ أم هناك شروطا و قيودا لا بد من توافرها لإمكانية نسب الولد إلى الزوج المطلق أو المتوفى؟

### أولا: ثبوت نسب ولد المطلقة

ويختلف حكم نسب المولود من المطلقة بحسب ما إذا كان الولد قد ولد بعد الدخول أم قبله<sup>100</sup>.

فبالنسبة للمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها<sup>101</sup> لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق، ص.14.

<sup>100</sup> - أنظر، أحمد ابراهيم بك و واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون ، مطبعة الخرطوبي، القاهرة ، 1994، ص.98.

وعليه إذا أتت الزوجة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول، فإن النسب يثبت من المطلق إذا كانت ولادته أقل من ستة أشهر، وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق، فيكون بذلك الولد للفراس، بإعتبار أن ستة أشهر أقل مدة للحمل وبحكم أن الزوج قد دخل بزوجه وحملت منه قبل أن تطلق منه، وتعتبر الولادة على أن الطلاق كان بعد الدخول لا قبله، فيثبت النسب ولا ينتفي إلا باللعان<sup>103</sup>.

وإذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق، فإن النسب لا يثبت وأساس عدم ثبوته في هذا الفرض أنه لا يحصل اليقين بمحدوث الحمل قبل الطلاق، لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الطلاق، لأن مدة الستة أشهر تصلح لتكوين الجنين، ويحتمل أن تكون حملت من مطلقها، ومتى وجد الاحتمال فلا يثبت النسب، لأن المطلقة قبل الدخول و الخلو يشترط لثبوت نسب ولدها، أن يحصل اليقين بأن الحمل منه، لأن الأمر احتمال لا يقين فقد أقر الفقهاء<sup>104</sup> ثبوت نسب الولد إذا دعاه الزوج ولم يصرح بأنه من الزنا، ويحمل على ذلك أنه اتصل بها بناء على شبهة احتياطاً في الأنساب وسترا للأعراض<sup>105</sup>.

ومثال ذلك إذا تزوج رجل امرأة في شهر صفر ثم طلقها في ربيع الآخر، أي بعد شهرين، وولدت في رمضان أقل من ستة أشهر فإن نسب الولد يثبت لأنه ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق<sup>106</sup>.

101 - وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18/06/1996: " من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها ، و لا تستوجب على المرأة المطلقة غير المدخول بها "؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/06/1996 ، ملف رقم 137571، م.ق ، ع.02، 1997 ، ص.93.

102 - سورة الأحزاب ، الآية 49.

103 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق، ص.52.

104 - الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة.

105 - أنظر، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة للنشر، مصر، 1998، ص.203.

106 - أنظر، أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد و الأقارب، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، 1987، ص.146؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق، ص.53.

أما فيما يخص المطلقة بعد الدخول فقد ذهب الفقهاء على أنه متى طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة، وأتت بولد ثبت نسبه من الزوج بشرط أن تلده قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق<sup>107</sup>، ولا ينتفي النسب إلا باللعان، دون أن يفرقوا بين المطلقة طلاقاً رجعياً أم بائناً<sup>108</sup>.

107 - أنظر، عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000، ص.40-41.

108 - لقد اختلف الفقهاء حول تحديد بدء سريان مدة ولادة الطفل، فظهر اتجاهين اتجاه قائم على عدم التمييز بين أنواع الطلاق وهو المذكور سابقاً والراجح، والاتجاه القائم على التمييز بين أنواع الطلاق.

فبالنسبة للإتجاه القائم على التمييز بين أنواع الطلاق وهو إتجاه الحنفية، وفرقوا بين ولد المطلقة رجعياً وولد المطلقة بائناً؛ محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي .... المرجع السابق، ص.31.

1- ثبوت نسب ولد المطلقة رجعياً : وذلك لأن الطلاق الرجعي لا يقطع العلاقة الزوجية فترة العدة، فيجوز للمطلق رجعياً أن يستمتع بمطلقته في عدتها؛ ويعتبر ذلك رجعة لها أما بالنسبة لثبوت نسب الولد ففي ذلك حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم تقر المطلقة رجعياً بانقضاء عدتها، يثبت نسب الولد من الزوج سواء أتت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة الحمل، وعليه فإن وضعت المطلقة مولودها قبل مضي أقصى مدة الحمل تكون قد حملت به قبل الطلاق، وإن وضعت بعد المدة القصوى للحمل، تكون قد حملت منه وقت العدة؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.392.

الحالة الثانية: إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة وكانت المدة تحتمل انقضائها ثم جاءت بولد وكانت المدة التي انقضت بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بانتهاء عدتها، سواء اعتدت بالقروء أو الأشهر، فإن النسب ينسب للمطلق وأساس ذلك هو التيقن من قيام الحمل وقت الإقرار، وهذا أمارة على أن الحمل حدث من المطلق بشرط أن تكون الفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل، أما عن إقرار الزوجة بانقضاء العدة فإنها تعد مخطئة في التقدير أو كاذبة فيه و من ثم لا يعمل به؛ عبد الفتاح تقي، مباحث في قانون الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.286؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.91.

وأما إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة سنة فأكثر، فلا يثبت النسب و ينتفي تلقائياً دون حاجة لإجراء اللعان، وأساس ذلك هو عدم التيقن من أن الحمل كان قبل الإقرار، إذ يحمل أن يكون بعد الإقرار، وهذا يعني أننا أمام احتمالين الأول أن يكون الولد من المطلق، والثاني احتمال أن يكون الولد من غيره، ويقوى الاحتمال الثاني أن المرأة أقرت بانقضاء عدتها، وعليه يقوى احتمال أن يكون الولد من غير المطلق بينما يضعف احتمال أنه منه، ولهذا قرر الفقهاء عدم ثبوت نسب من المطلق، ولأن الأمر يتعلق بالظن الإحتمال لا اليقين، فقرر الفقهاء ثبوت النسب إذا دعاه الزوج وم يصرح بأنه من الزنا؛ محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي .....، المرجع السابق، ص.32؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.54.

2- ثبوت نسب ولد المطلقة بائناً: فالمطلقة طلاقاً بائناً لا يمكن أن يمسه أي رجل سواء زوجها، أو غيره خلال فترة العدة وهذا ما جاء في المادة 30 من قانون الأسرة على أنه: " يحرم من النساء مؤقتاً، المحصنة و المعتدة من طلاق أو وفاة و المطلقة ثلاثاً".

ويثبت نسب ولد المطلقة بائناً في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أقرت الزوجة بانقضاء العدة والمدة تحتمل انقضاء العدة فيها يثبت النسب من المطلق بتوفر شرطان، الشرط الأول هو أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر، و علة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل انقضاء العدة، أو وقتها إذ يعد ذلك أمارة على أن الحمل حدث من الزوج، أما عن إقرار الزوجة بانقضاء عدتها فلا يعتد به، لأنها قد تكون كاذبة في إقرارها أو مخطئة في التقدير وإذا أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الإقرار إلى الولادة، ففي هذه الحالة تصدق بما أقرته من انقضاء عدتها، ولا يثبت نسب المولود للمطلق لوجود احتمال أن الحمل قد وقع بعد انقضاء العدة.

ويجب الإشارة إلى أنه في القانون الجزائري لا تعتبر الزوجة مطلقة إلا بناء على حكم القاضي وهذا ما جاء في المادة 49 من قانون الأسرة حيث تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

كما نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

وعليه فبمجرد الانفصال أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة، لكن ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يحدد المقصود بالانفصال ما إذا كان الانفصال يعني تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أم المقصود به الطلاق بينهما؟

كذلك قد يحدث أن يطلق الزوج بالإرادة المنفردة بمدة قبل رفع الدعوى وقبل الحكم وهنا حتما سيختلف حساب المدة بين طلاق الزوج والذي يقع شرعا بمجرد التلفظ به وبالتالي حساب المدة يكون من هذا التاريخ، إلا أن المشكلة تكمن في المادة 49 سابقة الذكر والتي تأخذ بطلاق القاضي في حساب المدة وبالتالي سيكون هناك تناقض كبير بينهما".<sup>109</sup>

---

أما الشرط الثاني فيتمثل في أن تكون المدة المنقضية بين الطلاق والولادة لا تتجاوز أقصى مدة الحمل و السبب هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق وإذا كانت المدة المنقضية بين الطلاق والولادة أكثر من أقصى مدة الحمل فلا يثبت النسب للتيقن من أن الحمل حدث بعد الطلاق، فلا ينسب الولد للزوج المطلق، وإذا انتفى أحد هذين الشرطين، فإن النسب ينتفي تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان؛ كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، ع.09، ص.545-546.

الحالة الثانية: وهي تتمثل في ما إذا لم تقر الزوجة بإنقضاء عدتها، يثبت نسب الولد من المطلق بشرط واحد وهو أن تأتي به قبل مضي أقصى مدة الحمل والسبب هي أن الحمل قد حدث قبل الطلاق وهذه أمانة على أن الحمل قد حدث من الزوج فيثبت النسب منه، وإذا أتت به بعد مضي هذه المدة، لم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق فلا يثبت النسب بالفراش، إلا إذا ادعاه الزوج وتوافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار فيثبت النسب؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية .....، ج.01، المرجع السابق، ص.264.

<sup>109</sup> - الرشيد بن شويخ، الطرق الشرعية و القانونية .....، المرجع السابق، ص.37.

من ثمّ على المشرع أن يضبط المصطلحات بحيث أن يتم حساب مدة القصى للحمل من يوم الانفصال الجنسي الفعلي ليكون بذلك الولد الذي وضعتة الأم المطلقة خلال هذه المدة فعلا ابن الزوج ومنسوبا له شرعا و قانونا<sup>110</sup>.

### ثانيا: ثبوت نسب الولد المتوفى عنها زوجها

لقد ذهب جمهور الفقهاء على أنه يثبت النسب من الزوج المتوفى إذا كانت المدة المنقضية بين الوفاة والولادة لا تتجاوز أقصى مدة الحمل، لاحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة، وبذلك لا يثبت النسب إذا جاءت به الزوجة لأكثر من أقصى مدة الحمل، لأن الحمل كان بعد الوفاة وبالتالي ينتفي تلقائيا دون الحاجة لإجراء اللعان<sup>111</sup>.

### ثالثا: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

لقد عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب بأنه: "الغائب الذي منعتة ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

وكما نعلم أن الغائب له مركز قانوني خاص، ما دامت حياته مؤكدة وهذا ما يجعله يختلف عن المفقود<sup>112</sup>، وعين له قيم يتولى مباشرة حقوقه والتزاماته في فترة غيابه<sup>113</sup>.

110 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.87.

111 - وقد خالفهم بذلك الحنفية و ميزوا بين حالة إقرار الزوجة المتوفى عنها زوجها و حالة عدم إقرارها.

الحالة الأولى: وهي إقرار الزوجة بانقضاء عدتها أي خلوها من الحمل، ففي هذه الحالة ينسب ولد المتوفى عنها زوجها من الزوج المتوفى إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم إقرارها، فيتبين أنها كانت حاملا وقت وفاة زوجها وإن جاءت به لسته أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت النسب، لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.684.

الحالة الثانية: وهي عدم إقرار الزوجة بانقضاء عدتها أي وجود الحمل ففي هذه الحالة فإن النسب يثبت من الزوج المتوفى إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الوفاة إلى الولادة، أما إذا أتت به بعد مضي المدة القصى فلا يثبت النسب من الزوج المتوفى؛ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.287.

112 - وقد عرفت المادة 109 ق.أ المفقود على أنه: "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".



وعليه إذا تزوجت امرأة برجل بعقد شرعي ودخل بها ثم غاب عنها لكن يعلم مكانه وحياته كأن يكون يؤدي الخدمة الوطنية أو العمل في الخارج... إلخ، ودام هذا الغياب مدة طويلة دون أن يثبت خلالها أي تلاقي أو اتصال بينهما، وكانت الزوجة قد أتت بولد بعد انقضاء أقصى مدة الحمل، فإن هذا الولد يعتبر ولدا للفراش ويمكن إسناد نسبه إلى أبيه، إلا إذا كان هذا الأخير قد نفاه باللعان، لأن سكوته وقبول التهنتة بولادته أو تقديم هدايا له أو لأمه يعتبر إقرار بأن الولد ولده، ولا يقبل بعد ذلك نفيه<sup>114</sup>.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/07/08 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز 08 أيام، و متى تبين في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة"<sup>115</sup>.

وبالإضافة إلى كل هذا قد تكلم الفقه الإسلامي عن حالة مهمة قد تحدث وهي حالة الحكم على الغائب بالموت، وزواج زوجته بغير زوجها الغائب زواجا صحيحا شرعيا بل وتنجب، ثم يظهر الزوج الغائب، فطرح سؤال حول الشخص الذي سيلحق نسب المولود إليه؟

للإجابة عن هذا السؤال هناك روايتان عن أبي حنيفة، الأولى أن الولد يلحق نسبه بالزوج الأول الذي عاد بعد الحكم بموته، يستوي في ذلك أن تكون قبل أو بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج الثاني

---

فكل شخص اختفى عن الأنظار وغادر مقره، و أهله ، سواء بإرادته أو رغما عنه ولم يعلم اتجاهه ومقصده ومستقره، وأصبح حاله في علم الغيب فلم يتبين أمر حياته من مماته يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري الذي حصر شروط الحكم بالفقدان في أربعة شروط وهي : غياب الشخص، وعدم معرفة مكانه، الجهل بأمر حياته أو مماته، بالإضافة إلى استصدار حكم يقضي بالفقدان؛ فاطمة قياسية، أحكام المفقود، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2005-2006، ص.08-09.

113 - أنظر، إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق، وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ط.10، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.219.

114 - أمال علال بزروق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.99؛ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق ف.....، المرجع السابق، ص.212.

115 - المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 1997/07/08 ، ملف رقم 165408 ، م.ق ، 2001 ، ع. خاص، ص.67.

ففرأشه فاسد، والولد للفراش الصحيح، ويؤخذ على هذه الرواية أن المرأة تزوجت بعد الحكم بموت الزوج الغائب، فزواجها صحيح والقول بفساده دليل عليه لأن قضاء القاضي صدر صحيحا مستوفيا شرائط صحته ونفاذه<sup>116</sup>.

أما الرواية الثانية تقول بثبوت نسب الولد للزوج الثاني لأن المرأة قد جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من زواجها الثاني فيثبت نسبه من هذا الزوج لأن العلوق هنا متصور من الزوج الثاني، أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فإن الولد لا يثبت نسبه للزوج الثاني، وإنما ينسب للزوج الغائب الذي عاد بعد الحكم بموته، فهو صاحب الفراش وعلى هذا ذهب جمهور الفقهاء<sup>117</sup>.

هذا بالنسبة لثبوت النسب في الزواج الصحيح وبعد انحلال الرابطة الزوجية فما هو موقف القانون والقضاء من الزواج غير الصحيح؟

## الفرع الثاني

### ثبوت النسب في الزواج الباطل و الفاسد و نكاح الشبهة

تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون...".

فالمشرع قد أقر بثبوت النسب في الزيجات المنصوص عليها في المواد 32 و 33 و 34 والتي سماها بالنكاح الفاسد والباطل (أولا)، بل و أقر بثبوت النسب حتى لنكاح الشبهة (ثانيا).

116 - أنظر، أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص.68.

117 - أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام .....، المرجع السابق، ص.69.

## أولاً: ثبوت النسب في الزواج الباطل و الفاسد

لقد قسم المشرع عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل و فاسد<sup>118</sup> ، وهو ما جاء في عنوان الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة، والزواج الفاسد والباطل له معنى واحد عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية، وعند المالكية فإن الزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته<sup>119</sup> ، وقد أخذ المشرع الجزائري في تمييزه بين العقد الفاسد والباطل بالمذهب الحنفي<sup>120</sup>.

وهذا بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، حيث أن العقد عندهم إما صحيح أو باطل، أما وصف العقد بكونه فاسدا فإنه بالنظر إلى آثاره يشبه إلى حد ما ذهب إليه التقنين المدني في تقسيمه للعقود إلى صحيح وباطل وقابل للإبطال<sup>121</sup>.

فبالنسبة للزواج الباطل يكون كذلك في الحالات التالية وهي:

118 - لقد عرف الشيخ عبد الجليل أحمد الزواج الفاسد على أنه: "الزواج الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة كالزواج بغير شهود، والجمع بين الأختين"؛ عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 1998، ص.52؛ مخطارية طغياي، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص.41.

119 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.112.

120 - لقد قسم المالكية عقد الزواج إلى أربعة أنواع: زواج لازم، وزواج غير لازم، وزواج موقوف، وزواج فاسد أو باطل.

وأساس ذلك أن العقد عندهم إذا استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه ولزومه فهو زواج لازم وإن استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه، وتختلف شرط من شروط اللزوم فهو "عقد لازم" وإن استوفى أركانه وشروط صحته، وتختلف شرط من شروط اللزوم فهو "عقد غير لازم" وإن استوفى أركانه وشروط صحته، وتختلف شرط من شروط النفاذ فهو "عقد موقوف" وإن فقد عقد الزواج ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته فهو "عقد فاسد أو باطل"؛ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام.....، المرجع السابق، ص.70.

أما الأحناف فيقسمون عقد الزواج إلى خمسة أنواع: عقد زواج لازم، عقد زواج غير لازم، عقد زواج موقوف، عقد زواج فاسد، عقد زواج باطل. وأساس هذا التقسيم أن العقد إذا استوفى أركانه وشروطه كلها سمي بالعقد اللازم أو التام، وإن استوفى أركانه وشروط الإنعقاد والصحة والنفاذ، وتختلف شرط من شروط اللزوم سمي "العقد غير اللازم"، وإن استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته وتختلف شرط من شروط النفاذ سمي "بالعقد غير النافذ" أو "الموقوف" وإن استوفى العقد أركانه وشروط انعقاده، وتختلف شرط من شروط الصحة سمي "بالعقد الفاسد"، وإذا لم يستوف العقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده يسمى "بالعقد الباطل"؛ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام.....، المرجع السابق، ص.70-71.

121 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون.....، ج.01، المرجع السابق، ص.154-155.

1- إذا اختل ركن التراضي و الذي يعتبر بعد التعديل الركن الوحيد في عقد الزواج، متمسكا بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 33 من قانون الأسرة: "بيطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

2- اشتغال العقد على مانع شرعي من الموانع المؤبدة أو المؤقتة التي نص عليها المشرع من المادة 23 إلى المادة 30 من قانون الأسرة، وهذا ما جاءت به المادة 32 المعدلة: "بيطل الزواج إذا اشتمل على مانع...".

3- اشتغال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد طبقا للمادة 32 من قانون الأسرة: "بيطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد".

وقد نصت على الاشتراط في عقد الزواج المادة 19 من قانون الأسرة و التي تنص: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"<sup>122</sup>.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03 مارس 1971 إذ جاء فيه: "حيث أن من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا و بشرط ألا تناقض روح العقد"<sup>123</sup>.

ويجب الإشارة إلى أن الزواج الباطل في الشريعة الإسلامية لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول و يعتبر وجوده كعدمه ولا تجب على المرأة العدة بعد التفريق ولا تجب به النفقة، ولا يثبت به التوارث ولا ينسب للولد الذي يولد من هذا الدخول.

122 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.67؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.106-107.

123 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 01971/03/03، ن.ق، 1972، ع.02، ص.39.

غير أن المشرع الجزائري على خلاف الفقه الإسلامي لم يجرم الأولاد الذين يولدون نتيجة زواج باطل من النسب وذلك في المادة 34 من قانون الأسرة التي تنص: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء"، وإن كان المشرع قد أخطأ في هذه المادة عندما استعمل مصطلح يفسخ، إلا أنه يقصد بذلك البطلان وليس الفساد لأن الزواج الفاسد يفسخ قبل الدخول، لكن يثبت بعده على عكس الزواج الباطل، والزواج بالمحرمات هو زواج باطل يبطل قبل و بعد الدخول.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 39362 الصادر في 1986/02/24 بقولها: "وحيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده و يترتب عليه ثبوت النسب"<sup>124</sup>.

كما أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفريق الذي جاء به الفقه الإسلامي، بحيث لم يفرق بين ما إذا كان الرجل عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن عالما بها، فالفقه الإسلامي لم يثبت النسب للمولود الذي يكون أبوه قد علم بالحرمة لكن مع ذلك أقام الزواج أما إذا لم يكن يعلم فيثبت النسب وهذا ما جاء في قضاء المجلس الأعلى بتاريخ 29 فبراير 1986 والذي جاء فيه: "حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد زواج مؤرخ في 1981/11/02، وكان جاهلا هذه الحالة، حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، و يترتب عليه ثبوت النسب، حيث أن قضاة الموضوع لما حكموا بالطلاق على مسؤولية الزوج، بدون مراعاة لأحكام الفقه، لم يبنوا حكمهم على أساس شرعي، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض في هذه المسألة..."<sup>125</sup>.

124 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 39362، م.ق، 1989، ع.01، ص.118.

125 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/29، ملف رقم 39362، مقتبس عن، العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص.40.

وجاء في قرار آخر صادر في 13 ماي 1986 بأنه: " من المقرر قانونا أنه يعتبر زنا، حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها، والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم صدور الحكم بالطلاق"<sup>126</sup>.

هذا فيما يخص الزواج الباطل، أما الزواج الفاسد فهو كل نكاح توافر فيه سبب من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 جوان 1984 على أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا"<sup>127</sup>.

وعليه إذا تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول يفسخ الزواج، أما إذا تبين بعد الدخول فيثبت الزواج، وهذا الفساد يشمل الحالات المنصوص عليها في المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة والمادة 08 مكرر 12801، ومن خلال هاتين المادتين يتبين لنا حالات الفساد وهي كالاتي :

1- فقدان عقد الزواج لأحد شروطه المنصوص عليها في المادة 09 مكرر و المتمثلة في الشاهدين والصداق والولي في حالة وجوبه طبقا لنص المادة 02/33 من قانون الأسرة و التي تنص: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما لم يدخل الأهلية وانعدام الموانع الشرعية ضمن المادة 33 من قانون الأسرة والتي يترتب على تخلفها الفساد، لأن الأهلية تعتبر جزء من الرضا ويترتب على تخلفها البطلان وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1966/12/07 بقولها: " من المقرر شرعا وقانونا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج"<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13/05/1986، ملف رقم 271؛ مقتبس عن، العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي .....، المرجع السابق، ص.41.

<sup>127</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25/06/1984، ملف رقم 33715، م.ق، 1989، ع.04، ص.99.

<sup>128</sup> - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.108.

<sup>129</sup> - العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي .....، المرجع السابق، ص.31.

وكما أن الموانع الشرعية ليست شرط للصحة، لأن العقد الذي يشتمل على مانع شرعي باطل وليس فاسد، طبقا للمادة 32 والمادة 34 من قانون الأسرة<sup>130</sup>.

2- عدم حصول الزوج الذي يرغب في التعدد على ترخيص قضائي، وهذا الأمر جاء به المشرع بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة ورتب على الزوج الذي يتعدد بدون رخصة بفسخ زواجه قبل الدخول<sup>131</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 08 مكرر 01 على أنه: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يتكلم عن مصير الزواج عد الدخول الذي تم بدون ترخيص، لكن قياسا على ما جاء في المادة 33 من قانون الأسرة يمكن القول بثبوت الزواج بعد الدخول إذا لم يستصدر الزوج طلب الترخيص، مع حق كل زوجة في المطالبة بالتطليق على أساس التدليس طبقا للمادة 08 مكرر التي تنص: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

ويجب الإشارة أن الزوجة الأولى يمكنها أن تطلب التطليق، لكن بالنسبة للزوجة الثانية، فزواجها غير صحيح<sup>132</sup>.

أما بالنسبة لثبوت النسب في الزواج الفاسد فقد حرصت الشريعة الإسلامية على ثبوته وكذلك القانون وهذا إعمالا لمبدأ الإحتياط في ثبوت النسب حفاظا على الولد من الضياع، وذلك في نص المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32، 33 و 34 من هذا القانون".

لكن لثبوت النسب في الزواج الفاسد لا بد من توافر الشروط التالية:

130 - أنظر، فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد وفقا للتعديلات الأخيرة، مطبعة طالب، د.م.ن، 2007-2008، ص.15.

131 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.68-69.

132 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.110.

1- الشرط الأول: الدخول الحقيقي

كما نعلم أنه لا يرتب العقد الفاسد قبل الدخول أي أثر، فلا تعتد المرأة ولا تجب لها نفقة، ولا صداق، ولا توارث بين الزوجين طبقاً للمادة 33 من قانون الأسرة سابقة الذكر، ويعتبر الزواج غير موجود حكماً ولا يثبت النسب<sup>133</sup>، وهذا ما يفهم من نص المادة 40 من قانون الأسرة: "ثبت النسب بالزواج الصحيح ... وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

أما إذا تم الدخول فإنه يثبت النسب طبقاً للمادة 40 سابقة الذكر والمادة 33 من قانون الأسرة، وعليه إذا تم الدخول ثم اكتشف بعد ذلك فساد الزواج، فإن هذا الزواج يثبت و يصح ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب العدة، وتبدأ من يوم الفرقة بين الطرفين إذا كان ذلك من تلقاء أنفسهما أو بمقتضى حكم قضائي، وتثبت حرمة المصاهرة، فيحرم على الرجل أن يتزوج بأصول المرأة وفروعها، كما يحرم عليها أصوله و فروعها، وتستحق الزوجة الصداق المثل إن لم يتم تسمية الصداق طبقاً لنص المادة 33 من قانون الأسرة<sup>134</sup>.

2- الشرط الثاني: ولادة المولود في مدة مخصوصة

لكي يثبت النسب في الزواج الفاسد لا بد أن يولد المولود في مدة محددة وهي تختلف ما إذا كانت زوجية قائمة أو غير قائمة، فإن كان الزواج قائم فقد اتفق الفقهاء على أنه يثبت النسب إذا ولد المولود في ستة أشهر أو أكثر إذا كانت المعاشرة قائمة بين الزوجين، أما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلا يثبت النسب و يتم حساب هذه المدة من تاريخ الدخول الحقيقي، وهذا ما يفهم من نص المادة 40 من قانون الأسرة<sup>135</sup>.

133 - أنظر، الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ط.01 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص.74-75.

134 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .. ، المرجع السابق ، ص.75.

135 - لقد اختلف الفقه الإسلامي في الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدة و انقسموا إلى رأيين:



أما إذا تمت الفرقة بين الزوجين فإن النسب يثبت إذا جاءت به الزوجة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة، و بشرط أن يكون لستة أشهر على الأقل من تاريخ الدخول<sup>136</sup>.

وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 43 من قانون الأسرة: "يثبت نسب الولد لأبيه إذا وضع خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

### ثانيا: ثبوت النسب بالوطء بشبهة

الوطء بالشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، و قيل إنها زوجته، فيدخل بها، ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته، ومثل وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له<sup>137</sup>.

وينقسم الوطء بالشبهة إلى ثلاثة أنواع لأن الشبهة إما أن تكون شبهة ملك، وإما أن تكون شبهة عقد، وإما شبهة فعل.

فأما شبهة ملك أو شبهة المحل فيسمى هذا النوع بالشبهة الحكيمة ويحدث في حالة وجود دليل يفيد أن الفعل محل شرعا مع وجود دليل آخر إلى جانبه يفيد تحريم نفس الفعل فيكون الفعل محرما حقيقة إلا أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة الحل ومثال ذلك حالة الأب الذي يطأ جارية ابنه

الرأي الأول وهو رأي الجمهور ( المالكية و الشافعية و الحنابلة ) ويرى أن النسب يثبت إذا جاءت المرأة بولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد قياسا على الزواج الصحيح، لأن حكم النكاح الفاسد يؤخذ من الصحيح، وهو رأي أبو حنيفة وأبو يوسف أيضا؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.02، المرجع السابق، ص.384 .

الرأي الثاني وهو رأي الإمام محمد بن الحسن من الحنفية و يرى أن احتساب المدة يبدأ من تاريخ الدخول، وذهب إلى أن عقد الزواج الفاسد لا أثر له قبل الدخول، فكيف ترتب له حكم النسب اعتبارا من تاريخ العقد الذي لم يعترف به الشارع الحكيم إلا بعد الدخول، وهو الرأي المفتى به عند الأحناف، فإذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ودخل بها ثم جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر و كان الزوج ممن يتصور منه الحمل، يثبت نسب الولد من الزوج، لأنه صاحب الفراش، وإن أتت به لأقل منها لا يثبت النسب منه، لأنه على وجه اليقين أن الحمل حاصل قبل الدخول، إلا إذا ادعاه و لم يصرح بأنه من الزنا، فيثبت نسبه بالإقرار لا بالفراش، ويجمل إقراره على أن المرأة حملت به من دخول بعقد سابق أو بوطء بشبهة؛ سعد أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، آثار الزواج و انحلاله، ج.01، ط.02، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1989، ص.504.

136 - الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء .....، المرجع السابق، ص.75.

137 - مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة .....، المرجع السابق، ص.46.

فمثل هذا الوطاء حراما إلا أن فيه شبهة الحل بسبب ما يفيدته ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أنت و مالك لأبيك"<sup>138</sup>، فظاهر الحديث يفيد أن جارية الابن ملك للأب<sup>139</sup>.

أما شبهة العقد كمن يعقد على امرأة ويدخل بها معتقدا أنها تحل محله، ثم يتبين بعد ذلك أنها تحل له كما إذا تبين أنها أخته من الرضاع<sup>140</sup>.

وأخيرا شبهة الفعل، في هذا النوع من الشبهة لا يوجد دليل على الحل أصلا، لكن يشتهب الأمر على الرجل فيظن ما ليس بدليل دليلا، كمن يخالط امرأة على أنها زوجته ثم يتبين أنها ليست زوجته<sup>141</sup>.

وبخصوص ثبوت النسب في هذه الأنواع الثلاثة للشبهة، ففي النوعين الأولين والمتمثلين في شبهة الملك وشبهة العقد فإن النسب يثبت من الزوج إذا ادعاه لأن الشبهة هنا قوية لاستنادها إلى دليل، إلا أن النسب هنا لا يثبت بالفراش وإنما يثبت بإقرار الزوج بأن الولد ابنه<sup>142</sup>.

أما في النوع الثالث و المتمثل في شبهة الفعل<sup>143</sup>، فإن النسب لا يثبت به لأنه يعتبر بمثابة زنا ولا يثبت النسب من الزنا و إذا رجعنا إلى النصوص التشريعية في خصوص نكاح الشبهة نجد المادة

138 - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.02، المرجع السابق، ص.769.

139 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم المركزي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.03، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.303.

140 - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية .....، المرجع السابق، ص.79.

141 - أنظر، محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، ط.01، دار العلم للملايين، د.ب، 1964، ص.79؛ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.76.

142 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم المركزي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.03، المرجع السابق، ص.303؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب المطيعي، المجموع شرح المذهب، ج.17، دار الفكر، دمشق، د.س.ن، ص.409.

143 - اختلف الفقهاء وهم كل من جمهور الفقهاء، والإمام أبو حنيفة وتلميذاه في ثبوت النسب في الوطاء بشبهة من الفاعل، فذهب البعض إلى عدم ثبوت النسب في أي حالة من حالاتهما، وإن ادعى الزوج الولد، لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون هناك ملك أو حق في المحل، إذ هو لا يثبت بالفراش، والفراش أو شبهة الفراش توجد بأحدهما ولم يتحقق واحد منهما في الوطاء بشبهة الفعل، فإن النسب لا يثبت سواء في ظن المحل أو قال أنه علم بالحرمة، لأن هذا الأمر متعلق بالفعل نفسه، لأن الزنا لا يثبت به النسب البتة، وقال أحد الفقهاء " إنه لا يلحق به، لأن النسب لا يلحق إلا في

40 من قانون الأسرة قد نصت على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة وبنكاح الشبهة ..."، فالمشرع الجزائري أقر مطلقاً ثبوت النسب في نكاح الشبهة، فثبتت نسب الولد ممن وطئ امرأة بشبهة إذا جاءت به خلال المدة المحددة قانوناً<sup>144</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا أن الوطاء بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب، إذ جاء في قرار لها: "من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج و بالإقرار و بالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي نص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج و إثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>145</sup>.

وعليه إذا أتت امرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطاء، ثبت نسبه من الوطاء لتأكد أن الحمل منه، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الوطاء لا يثبت النسب لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك، إلا إذا ادّعاها إذ يكون قد وطئها بشبهة أخرى.

وإذا ترك الرجل الموطوءة بشبهة يثبت النسب من الوطاء كما يثبت بعد الفرقة من الزواج الفاسد،

---

نكاح صحيح أو فاسد أو ملك، أو شبهة ملك، لم يوجد شيء من ذلك، ولأنه وطئ لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه كالزنا؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة....، المرجع السابق، ص.80.

ويذكر زياد أحمد سلامة عن الأستاذ مصطفى الزرقا، قصة وقعت في عهد الإمام أبي حنيفة في أن أخوين عقدا عقد زواج و أقيم لهما عرس واحد وزفت إلى كل منهما عروس أخيه خطأ، وقد قرر الفقهاء وجوب العدة على العروسين لو طئهما بالشبهة، وإذا ظهر حمل فنسبه لمن دخل بها، مع أن الفراش الشرعي للزوج الذي عقد عليها، ولما سئل الإمام أبو حنيفة عن المشكلة، قال: "هل يرضى كل من الأخوين بمن زفت إليه خطأ؟ فلما قيل له نعم كل منهما يرضى، أشار بأن يطلق كل من الأخوين زوجته ويعقد له على من دخل بها؛ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنايب بين العلم والشرعية، المرجع السابق، ص.142؛ مختارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.48.

144 - مختارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.50.

145 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74712، م.ق، 1994، ع.02، ص.56.

وبهذا يكون المشرع قد أخذ بالمشهور عن الإمام أحمد بن حنبل<sup>146</sup>.

غير أن المشهور عن الإمام أحمد لا يفرق بين هذه الأنواع من الشبهة، فيثبت النسب بغض النظر عن الشبهة التي وقع فيها الشخص، فمتى وطئ الرجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد ألحق هذا الولد بالواطئ .

ويجب الإشارة إلى أن المبدأ العام في ثبوت النسب المنصوص عليه في المادة 40 من قانون الأسرة معيب شكلا، وما يعاب على هذا النص أنه أقر النسب بنكاح الشبهة وبكل نكاح فاسد في آن واحد، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد فرق بين النكاح الفاسد والنكاح بشبهة وهذا غير صحيح لأن النكاح الفاسد هو نوع من أنواع الشبهة<sup>147</sup>.

وخلافا للتشريع الجزائري المشرع المغربي كان أكثر دقة من مشرعنا إذ استعمل مصطلح الاتصال بشبهة، وذلك في المادة 155 بقولها: "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة بين أقل مدة الحمل وأكثرها، فيثبت النسب من المتصل"<sup>148</sup>.

أما المشرع السوري فاستعمل مصطلح الوطاء في المادة 133 بقولها: "الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، يثبت نسبه من الوطاء"<sup>149</sup>.

لذلك على المشرع أن يتدخل مرة أخرى ويعدل المادة 40 من قانون الأسرة، بحيث تصبح صياغتها كالآتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الزواج الفاسد، أو بالإقرار أو بالبينة أو بالوطء بشبهة".

<sup>146</sup> - وهذا ما ذهبت إليه كذلك مدونة الأسرة المغربية بقولها: "إذا نتج عن الإتصال بشبهة حمل و ولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها ، ثبت نسب الولد من المتصل".

<sup>147</sup> - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة ....., المرجع السابق، ص.84.

<sup>148</sup> - ظهير شريف رقم 22-04-1 الصادر في ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة .

<sup>149</sup> - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 07/09/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة و منقحة، 2000.

يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب<sup>150</sup>.

وبهذا التعديل يتسق نص المادة 40 مع النصوص الأخرى فيما يتعلق بالنكاح الفاسد وما يتعلق بالمصدر الذي استنبط منه قانون الأسرة أحكامه، ويكون بذلك المشرع قد حقق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه الفقه الإسلامي من تيسير ثبوت النسب بالزواج الصحيح وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوى في وطء الشبهة<sup>151</sup>.

كذلك يعاب على نص المادة 40 من قانون الأسرة من حيث الشكل، أنّها لم توفق في اختيار المصطلح الفرنسي المناسب للدلالة على نكاح الشبهة، فترجمة مصطلح "Apparent" سيؤدي إلى الالتباس مع الزواج الظاهر، الذي يعاشر فيه الرجل امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية، إنما تجمعهما رابطة حرّة، ومع ذلك يعتقد الغير أنّهما زوجان نظرا لمعاشرته لها معاشرة الأزواج.

ولتفادي هذا الخلط يتعين على المشرع الجزائري البحث عن مصطلح آخر للدلالة على نكاح الشبهة، علما أن البعض يُعبر عن الشبهة بمصطلح " La vraisemblance " .

وأخيرا و بعد التعرض إلى إثبات النسب بالفراش هناك طرق أخرى لثبوت النسب سنتكلم عنها في المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### تأكيد الأبوة بثبوت النسب ببعض الطرق الأخرى

يعتبر النسب من أسمى الروابط الإنسانية و أقواها، ومن أكثر المواضيع التي حظيت بعناية الشريعة الإسلامية عناية فائقة، تتوافق وحفظ الأنساب ومنع ما يؤدي إلى خلطها أو المساس بها، وقد جعلته

150 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.132.

151 - جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين .....، المرجع السابق، ص.147-148.

من الضروريات الخمس، التي يؤدي المساس بها إلى اختلال الحياة، كما أفردت له أحكاما خاصة، وألغت كل مصادر النسب الباطلة التي كان يعمل بها في الجاهلية.

فاهتمام الشريعة الإسلامية بالنسب فاق التصورات نظرا للعناية التي أولته إياها، بدء بتنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة من أولاد وحفظ حقوقهم وعدم إهدارها، خاصة منها حق الولد في النسب، و كل ذلك حرصا منها على حماية الأولاد، فيسرت في الأدلة التي يثبت بها النسب.

ويثبت النسب لأصحابه باعتباره حق مصان ومقرر لهم من الله، فالنسب فيه حق الله تعالى وحق للولد وحق للأب، ويثبت بطريقتين الأولى وهي الإقرار والبينة (المطلب الأول)، والثانية وهي الطريقة العلمية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### ثبوت النسب بالإقرار و البينة

كما نعلم أن النسب في الإسلام يثبت لصاحب الماء الذي يكون منه الولد، بشرط أن يكون اتصاله بالمرأة عن طريق مشروع، وهو الزواج أي الفراش الصحيح، وما يلحق به من نكاح فاسد بعد الدخول ووطئ بشبهة، ونظرا لأن هذه المعاملة الخاصة بين الرجل والمرأة شأنها الستر والتخفي عن اطلاع الناس، مع حاجتنا نحن المكلفين إلى إثباتها بعلامة ظاهرة تدل عليها غالبا، أو تكشف عنها، حتى لا تضيع الحقوق، وتضطرب الأحكام<sup>152</sup>.

ولقد حرص الفقهاء على بيان الأدلة التي تكشف عن وجود النسب الناشئ أصلا من الفراش، وقد تكلمنا سالفا عن شروط ثبوت النسب بالفراش وعرفنا أن مجرد فراش الزوجية الصحيحة، لا

152 - أنظر، كريمة نزار، أبعاد ومحاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010، ص.263.

يكفي وحده لإثبات نسب الولد، بل لا بد من توفر جملة من الشروط، تتعاضد في بيان أن هذا المولود ناتج عن هذا الفراش.

هذا وإذا كان الفراش الصحيح، وما يلحق به من نكاح فاسد ودخول بشبهة يعتبر سببا منشئا للنسب، فإن هناك طرقا تكشف عنه بعد نشوئه والمتمثلة في الإقرار ( الفرع الأول) والبينة (الفرع الثاني) إذ يعتبران من الطرق اللاحقة لإثبات النسب.

## الفرع الأول

### ثبوت النسب بالإقرار

يقصد بالإقرار<sup>153</sup> الاعتراف، فأقر بالشيء أي اعترف به، وقد عرفته المادة 341 من القانون المدني بأنه: " اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء سير الدعوى

153 - الإقرار لغة مصدر كلمة أقر، وأقر بالحق والاعتراف به وأثبتته و قال : قرره عليه، وقرره بالحق غيره حتى أقر، ومنه قوله تعالى في الآية 102 من سورة التوبة : ﴿وَأَعْرَضُوا عَنْهُمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ؛ ابن منظور ، لسان العرب، ج.12، المرجع السابق، ص.65.

وقد ثبت حجية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والعقل، فحجيته في الكتاب قوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة : ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَٰهُ هُوَ فَلْيُمْلِلِ لِئُلْحِقَ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تُكْتَبَ عَلَيْهِمْ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً خَاسِئَةً تَدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارُ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ مُسَوِّقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿

وقوله كذلك في الآية 135 من سورة النساء: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتُوبًا مِمَّنْ بِالْقِسْطِ شَهِدَاءُ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِمَا فَلَ تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿ ، وكذلك قوله تعالى في الآية 81 من سورة آل عمران: ﴿وَإِذَا أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لِيُؤْمِنُوا بِهِ وَلْتَنْصِرْهُنَّ قَالًا أَفْرَزْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَيَّ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَفْرَزْنَا قَالَ فَأَشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴿

وحجيته من السنة، ما ورد عن النبي (ص) في عدة أحاديث تدل على أن الإقرار حجة، كقوله : " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.822؛ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2000، ص.49.

وحجيته من الإجماع، اتفق السلف والخلف من لدن رسول الله (ص) وصحابته من بعده، وسائر التابعين والفقهاء المجتهدين على أن الإقرار حجة في حق نفسه، ولم يعلم لهم فيه مخالف، فكان ذلك إجماعاً؛ عثمان بن علي الزبيلي، تبين الحقائق، ط.02، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.03.

المتعلقة بها الواقعة"، وتعتبره المادة 342 من القانون المدني بأنه حجة قاطعة على المقر<sup>154</sup>.

وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: "اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقاً، مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار"<sup>155</sup>.

وعرفه كذلك الأستاذ الغوثي بن ملححة على أن "الإقرار تصريح يقر به شخص ثبوت واقعة في حقه، من شأنها أن تحدث ضده آثاراً قانونية"<sup>156</sup>.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن الإقرار عمل قانوني، لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المقر نحو إحداث أثر قانوني معين، والإقرار الذي يهمننا في دراستنا هو الإقرار بالنسب ويسمى في الفقه الإسلامي بالدعوى<sup>157</sup>.

واعتبر المشرع الجزائري الإقرار طريقة لثبوت النسب في المادة 40 من قانون الأسرة والتي تعتبر المبدأ العام لثبوت النسب، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها إذ جاء في قرار لها: "من المقرر شرعاً أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار : و لزم الإقرار لحمل في بطن المرأة.

كما أ إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد"<sup>158</sup>.

154 - تنص المادة 342 على أنه: "الإقرار حجة قاطعة على المقر.

ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم وجود الوقائع الأخرى".

155 - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث، مصر، د.س.ن، ص.582.

156 - أنظر، الغوثي بن ملححة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط.01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص.74.

157 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة....، المرجع السابق، ص.85.

158 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/12/15، ملف رقم 202430، م.ق، 2001، ع. خاص، ص.77.



وجاء في قرار آخر: "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له"<sup>159</sup>.

ويجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على شكل الإقرار بالنسب، وعليه وطبقا للقواعد العامة فإن الإقرار لا يتقيد بشكل معين فقد يكون شفويا أو مكتوبا في مذكرة يرفعها إلى القضاء، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة لا ينسب لساكت قول: "ومنها سكوت الولد بعد تهنئة الناس له بالمولود بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقرار منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك"<sup>160</sup>.

والإقرار بالنسب نوعان، الإقرار بالنسب المباشر، أو ما يعرف بالإقرار بالأبوة أو البنوة أو الأمومة مثلما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 44 من قانون الأسرة بقولها: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، وهو موضوع دراستنا في أحكام الأبوة، والإقرار بالنسب غير المباشر والذي يكون في غير الأبوة والبنوة والأمومة<sup>161</sup>

159 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم 72333، م.ق، 1997، ع.01، ص.42.

160 - مختطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين....، المرجع السابق، ص.60.

161 - يقصد به الإقرار بغير الولد الصلبي، أو الوالدين المباشرين، كما يسمى بالإقرار بما يتفرع عن أصل النسب، وذلك كالإقرار بالعمومة والأخوة، وغيرهما، ومثله أن يقر الرجل أن فلانا جده أو ابن ابنه؛ محمد علي محجوب، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.د.ن، د.م.ن، ص.480.

هذا الإقرار يقتضي تحميل النسب على غير المقر أولا، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر، وهذا النوع من الإقرار، لا يثبت به النسب بالنسبة للمقر إلا بعد أن يثبت من غيره، أي أن هذا الإقرار يرتب أثره في ثبوت النسب، شريطة تصديق الغير له، أو إقامة بيينة على صحة إقراره، فإذا لم توجد بيينة، ولم يصدقه من حمل عليه النسب، فإن هذا النسب لا يثبت؛ زكريا البري، أحكام الأولاد في الإسلام، ط.01، دار المدني، جدة، 1992، ص.23؛ كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل.....، المرجع السابق، ص.268.

وعلى ذلك إذا أقر شخص بأن فلانا ابن ابنه، ففيه تحميل للنسب على الغير وهو ابنه، بنسبه أولادا إليه، فلا يكفي هذا الإقرار بذاته لإثبات نسب الحفيد إلا إذا قبله الأب، أو قامت عليه بيينة، وكذلك الإقرار بالأخوة أو العمومة، فلو أقر شخص بأن فلانا أخوه أو عمه، فلا تثبت أخوته له أو عمومته، إلا إذا ثبتت في أول الأمر بنوة المقر له من أب المقر، وبنوة المقر له من جد المقر، ولقد أكد المشرع الجزائري على وجوب هذا الشرط، وهو تصديق من حمل عليه النسب؛ كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل.....، المرجع السابق، ص.269؛ عقيلة حسين، الشبهات المسقطه للحدود، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، ط.01، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص.256.

طبقا للمادة 45 من قانون الأسرة والتي تنص: " الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"<sup>162</sup>.

فبالنسبة للإقرار بالنسب المباشر، كأن يقول الشخص هذا ابني أو أبي، وهذه ابنتي أو أمي<sup>163</sup>، وعليه إذا أقر بالولد يكون قد حمل النسب على نفسه، وكذلك إذا أقر أن فلانا أبوه فإنه يكون قد حمل النسب على نفسه أيضا لأن في هذين الإقرارين لا يشترط أن يثبت النسب من الغير حتى ينسحب على المقر، ولذا يسمى أيضا بالإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير<sup>164</sup>.

ويشترط لصحة هذا الإقرار توافر مجموعة من الشروط و هي:

1- أن يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر :

أي أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة<sup>165</sup>، فلو كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر، كما لو كان ابن عشر سنين والمقر ابن خمسة عشر لم يصح إقراره لأن الواقع يكذبه<sup>166</sup>.

وقد نص المشرع على هذا الشرط صراحة في قانون الأسرة في المادة 44 بقولها: "... متى صدقه العقل أو العادة"، وهو ما جاء فيه كذلك المشرع المغربي في المادة 160 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "أن لا يكذب المستلحق عقلا أو عادة".

162 - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل.....، المرجع السابق، ص.266-267.

163 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها.....، المرجع السابق، ص.652؛ يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص.390.

164 - أنظر، أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام النقض والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، 289.

165 - أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية....، ج.01، المرجع السابق، ص.264.

166 - مخطارية طفياني، إثبات النسب في.....، المرجع السابق، ص.62.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الشرط لصحة الإقرار، إذ قضت في أحد قراراتها بأنه:  
"يشترط لصحة الإقرار بالبنوة أو الأبوة أن يكون الولد مجهول النسب، وأن يكون ممكنا ولادته لمثل  
المقر ... "167.

2- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب:

ومجهول النسب شرعا هو الذي لا يعرف له أب في البلد الذي ولد فيه، أو البلد الذي هو فيه،  
فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلا، لأنه مع وجود أب له لا  
يثبت له نسب جديد، لأن الأنساب لا تقبل الفسخ وإذا بلغ الولد و أنكر النسب، فلا تسمع دعواه  
لأن النسب متى ثبت لا يزول<sup>168</sup>.

وقد استثنى الفقه الإسلامي من هذا الشرط ولد اللعان فإنه لا يصح ادعائه بالنسب وإلحاقه بغير  
الأب الملاحن، لاحتمال أن يرجع الملاحن ويكذب نفسه، فيما ادعاه من أن الولد ليس منه<sup>169</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في المادة 44 من قانون الأسرة، إلا أنه كل  
من المشرع الجزائري و القضاء الجزائري لم يتبين من هو مجهول النسب خلافا للقضاء المصري الذي  
بينه بقوله: " ... و لئن اختلفت الأقوال في مذهب الحنفية حول من يعتبر شخصا مجهول النسب،  
فذهب البعض إلى أنه من لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه، وقرر البعض الآخر أنه الذي لا  
يعلم له أب في البلد الذي يوجد فيه، إلا أن القول على أنه يراعى في الحكم بجهالة النسب عدم  
معرفة الأب في البلدين معا دفعا للحرص وتحويطا في إثبات الأنساب"<sup>170</sup>.

167 - أنظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.01، ط.05، دار الوفاء للطباعة والنشر و التوزيع، مصر، 1990، ص.48.

168 - أنظر، محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص.165.

169 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.630.

170 - أنظر، ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب و دعاوى ثبوت الزوجية و التبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية،  
د.س.ن، ص.74؛ خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة ....., المرجع السابق، ص.89؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون  
الجزائري.....، المرجع السابق، ص.146.

3- أن يصادق المقر له إذا كان أهلا للمصادقة على ما يدعيه المقر :

لم يتضمن قانون الأسرة هذا الشرط، وذلك يمكن إرجاعه إلى أن المشرع قد اقتدى بالمذهب المالكي ، الذين لا يأخذون به، إذ يعتبرون النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقرار الأب دون أن يتوقف ذلك على تصديق من الولد ما لم يثبت كذبه<sup>171</sup>.

أما جمهور الفقهاء فقد اشترطوا التصديق بشرط أن يكون المقر له بالغا عاقلا، ومميزا عند الحنفية لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعداه إلى غيره إلا بينة أو تصديق من الغير، فإن كان المقر به صغيرا أو مجنونا، فلا يشترط تصديقهما، لأنهما ليسا بأهل للإقرار أو التصديق<sup>172</sup>.

والراجح لدينا هو رأي جمهور الفقهاء، إذ النسب علاقة ثنائية يترتب على ثبوته حقوق والتزامات في ذمة طرفيها، فكما لا يجوز تحميل النسب على المقر، وإنما يكون الإقرار بماله على نفسه من الولاية، فكذلك يجب تصديق المقر له حتى يرتب الإقرار بالنسب آثاره على كليهما، لأنه لا يجوز تجزئة آثار النسب، وترتيبها جهة المقر فقط، فإن من آثار ثبوت النسب حق الإرث، فإذا مات المقر له بالنسب، فإنه يجري بينهما التوارث، و يحق لكليهما أن يرث الآخر، ومن ثم لزم تصديق المقر له المقر في إقراره ببنوته<sup>173</sup>.

لكن السؤال الذي يمكن أن يطرح هو إلى أي مدى يكون عدم تصديقه مؤثرا على الإقرار؟

للإجابة على هذا السؤال يقتضي الأمر أن نميز بين الصبي غير المميز والصبي المميز وحكم التصرفات التي يجرونها، سواء النافعة لهم أم الضارة لهم، الو التي تدور بين النفع والضرر، فكما أن الإقرار يحمل المقر واجبات نحو المقر له، كالتنفقة عليه، فإنه بالمقابل قد يحمل المقر له واجبات نحو

171 - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.02، ط.01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415 هـ، ص.120.

172 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، المرجع السابق ، ص.691.

173 - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر .....، المرجع السابق، ص.267.

المقر، كأن يكون فقيرا و المقر له غنيا فتجب النفقة عليه وفقا لما تنص عليه المادة 75 من قانون الأسرة<sup>174</sup>.

فبالنسبة للصبي غير المميز وهو الشخص الذي لم يبلغ سن 13 سنة طبقا للمادة 42 من القانون المدني<sup>175</sup>، ونظرا لانعدام أهليته وقصور عقله فإن تصرفاته تكون باطلة ولا يترتب عليها أي أثر ولا تصححها الإجازة<sup>176</sup>، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة أن من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة، وبالتالي فلا أثر لتصديقه على إقرار المقر بالنسب لأنه ليس أهلا للتصديق<sup>177</sup>.

أما بالنسبة للصبي المميز و هو من بلغ سن التمييز بحيث تكون أهلية أدائه ناقصة فإذا كانت تصرفاته نافعة له فهي صحيحة أما الضارة فهي باطلة أما الدائرة بين النفع و الضرر فتكون موقوفة على إجازة الولي طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة<sup>178</sup>.

ويعتبر الإقرار بالنسب من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر بالنسبة للمقر له، ذلك لأن النسب كما أنه يحمل المقر واجبات نحو المقر له، وبهذا يكون هذا التصرف، أي الإقرار نافعا نفعيا محضاً، فإنه قد يحمل المقر له واجبات نحو المقر، فقد يكون المقر له غنيا والمقر فقيرا فتلزمه النفقة عليه، إلى غير ذلك من الواجبات اللازمة من الفروع للأصول، وعليه فإنه وفقا لما سبق ذكره فإن مثل هذه التصرفات تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

174 - مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين .....، المرجع السابق، ص.63.

175 - المادة 02/42 من القانون المدني: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

176 - أنظر، محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2002، ص.06.

177 - مخطارية طفياني، إثبات النسب .....، المرجع السابق، ص.63.

178 - المادة 83 من قانون الأسرة تنص على أنه: " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

" ويرى بعض الفقه<sup>179</sup> أنه انطلاقاً من القاعدة المستقر عليها فقها وقضاء أن النسب يحتاط في إثباته ما أمكن، هذا من جهة، كما أن المصالح والمنافع التي تتحقق بثبوت النسب لمجهول النسب، لأن الولد أشد ما يكون في حاجة إلى أب ينتسب إليه درءاً للعار ومحافظه على شرفه من جهة أخرى، فإن كل هذا لا يمكن قياسه بأي حال من الأحوال بتلك الحقوق المالية التي قد تترتب على عاتق المقر له، وعملاً بالقاعدة "إذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف لدفع الأشد"، وعليه فإن تصديق الصبي المميز المقر له بالنسب يؤخذ به بدون إجازة الولي أو الوصي، أما إذا كان غير مميز فلا أثر لتصديقه لأنه ليس معتبراً شرعاً ويجدر بالذكر بأن الولد غير المميز إذا كبر لا يمكنه أن ينكر النسب، لأن النسب إذا ثبت لا يقبل الإبطال لا من الأب ولا من الولد، وقد حكم بأنه لا يجوز لمن أقر بالنسب أن ينفيه بعد إقراره، ولا يجوز لورثته أن ينفوه، وإن أنكروه فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل للنسب على نفسه وهو أدري من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره<sup>180</sup>.

#### 4- أن لا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا:

فإن صرح بذلك لا يثبت النسب منه، لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش و للعاهر الحجر"، لأن النسب نعمة تثبت من الزواج والزنا جريمة، فلا تكون الجريمة سبباً في ثبوت النعمة<sup>181</sup>.

ولم ينص المشرع على هذا الشرط في المادة 44 إلا أن المحكمة العليا استقرت في قراراتها على أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه إذ جاء في قرار لها: "من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجاً.

179- أنظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة 1967، ص.94.

180 - مختطارية طفياني، إثبات النسب .....، المرجع السابق، ص.66.

181 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق، ص.92.

ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إذ كان من الثابت - في قضية الحال - أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسياً، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهاداً للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة<sup>182</sup>.

وبالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر، فإن الحنفية يشترطون لصحة الإقرار شرطاً آخر هو الولد، أي أن يكون المقر له على قيد الحياة، فلو أقر شخص بأن فلاناً ابنه وكان هذا المقر له بالبنوة ميتاً فلا يصح الإقرار<sup>183</sup>.

غير أنهم استثنوا إذا كان للابن المتوفى أولاد، ففي هذه الحالة يصح الإقرار بينوته رعاية لمصلحة أولاده في ثبوت نسب أبيهم.

أما المالكية فلا يشترطون ذلك لأنهم يعتبرون أن النسب حق للولد على أبيه فلا يتوقف إثباته على حياة الولد<sup>184</sup>.

أما الشافعية فيفرقون في حالة الإقرار بنسب الولد الميت بين حالة ما إذا كان المقر له ذا مال لم يلحقه نسبه لأنه إنما يدعي المقر مالا، أما إذا لم يكن ذا مال لحقه<sup>185</sup>.

هذا بالنسبة لثبوت النسب بالإقرار لكن هناك طريقة قانونية أخرى لثبوت النسب وهي البينة.

182 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم 341137، م.ق، 1989، ع.04، ص.79.

183 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.692.

184 - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.01، المرجع السابق، ص.79.

185 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.692.

## الفرع الثاني

### ثبوت النسب بالبينة

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة ..."، و ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن النسب و إن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة<sup>186</sup>.

وتعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا و قانونا بالاتفاق<sup>187</sup>، والفرق بينها وبين الفراش، أن هذا الأخير هو سبب منشئ للنسب، أما البينة فهي أمرا كاشفا بالشهادة لهذا النسب، مثلها مثل الإقرار، وإن كانت البينة أيضا تختلف عن الإقرار حيث أنها حجة متعددة لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه فقط، بل يثبت عليه و على غيره، أما الإقرار فحجية الحكم الصادر بناء عليه حجية قاصرة على المقر لا يتعداه إلى الغير<sup>188</sup>.

والمشرع في المادة 40 من قانون الأسرة استعمل في النص العربي مصطلح "البينة"، وفي النص الفرنسي مصطلح "preuve"، فهذا المصطلح بشموله يفهم منه أن مقصود البينة له معنيان، معنى عام و معنى خاص .

فبالنسبة للمعنى العام فيقصد بها الدليل أيا كان نوعه كتابة أو قرائن أو شهودا<sup>189</sup>، فهي الحجة أو البرهان لقوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنْ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمْ

186 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.162.

187 - أبي عبد الله بن القيم الجوزي، زاد المعاد في .....، ج.04، المرجع السابق، ص.113.

188 - عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري .....، المرجع السابق، ص.292؛ أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص.1269.

189 - أنظر، يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص.189.



البَيِّنَةِ<sup>190</sup>، وقوله عز وجل: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسَ بِالْقِسْطِ...﴾<sup>191</sup>.

أما المعنى الخاص فيقصد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، ويقصد بها قيام شخص من غير خصوم في الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره و يترتب عنها حق لغيره<sup>192</sup>.

أو هو أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقررون ما عينوه أو سمعوه من وقائع<sup>193</sup>.

وقد وردت في قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾<sup>194</sup>.

والمشروع الجزائري في المادة 40 سالفه الذكر اعتبر البينة إحدى طرق الإثبات دون أن يشير إلى البينة المطلوبة لذلك، وعند رجوعنا إلى المصطلح الفرنسي الوارد في المادة وهو " la preuve " يفهم منه أن المقصود بالبينة هو معناها العام أي الدليل أيا كان نوعه، كتابة، قرائن، شهود<sup>195</sup>، ولكن بالرجوع إلى التعديل الأخير في نص المادة 40 بموجب الأمر 02-05 حيث استحدث طريقا مستقلا عن البينة في مجال إثبات النسب مما يفهم منه أن المشرع يقصد بالبينة المعنى الخاص، أي شهادة الشهود<sup>196</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها و خصوصا القرار المؤرخ في 15/06/1999، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح

190 - سورة البينة، الآية رقم 01.

191 - سورة الحديد، الآية 25.

192 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق، ص.102.

193 - يحيى بكوش، أدلة الإثبات في .....، المرجع السابق، ص.188.

194 - سورة البقرة، الآية رقم 282.

195 - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل .....، المرجع السابق، ص.269.

196 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.166.

وبالإقرار و بالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، طبقا لنص المواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين - في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خيرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب، خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا، طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض<sup>197</sup>.

ويستخلص من هذا القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب واعتباره خرقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة وأخذت بالمعنى الخاص و هو شهادة الشهود.

وتتخذ الشهادة عدة صور قد تكون مباشرة أو غير مباشرة، كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامع أو بالشهرة العامة.

#### 1- الشهادة المباشرة :

وهي الشهادة التي يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كالذي يشاهد واقعة معينة فيسرد الواقعة أمام القضاء كما شاهدها، من ثمة فإنه يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصيا متحققا مما يشهد به بحواس نفسه<sup>198</sup>.

فالأصل في الشهادة أن تكون مباشرة، أي أن الشاهد يدلي بشهادته على وقائع وصلت إلى معرفته الشخصية، إما لأنه رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو لأنه رآها و سمعها في نفس الوقت وذلك

197 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/06/1999، ملف رقم 222674، م.ق، 2001، ع. خاص، ص.88.

198 - أنظر، عادل نميش، الإثبات بشهادة الشهود في التشريع الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، 2009-2010، ص.03.

بصفة شفوية أمام مجلس القضاء مستمدا إياها من ذاكرته، وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية<sup>199</sup>.

### 2- الشهادة غير المباشرة:

وهي عندما لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، وإنما يشهد بما سمع رواية عن الغير، فيشهد أنه سمع شخصا معيناً يروي هذه الواقعة محل الإثبات، فهنا الشاهد لم يرى الواقعة بنفسه بل سمع شخصا معيناً يرويها، فيقال للشهادة في هذه الحالة بأنها سماعية، وهي أقل من الشهادة الأصلية المباشرة، ويقدر القاضي قيمتها في الإثبات<sup>200</sup>.

### 3- الشهادة بالتسامع:

هي شهادة لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين، ولا عن واقعة معينة بالذات، وإنما يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير بشأنها<sup>201</sup>.

والأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه إلا أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل مسائل النسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع مع الناس، وإن لم يعاين الشاهد بنفسه، وهذا الاستثناء ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة لما في ذلك من رفع الضرر وعدم تعطيل الأحكام<sup>202</sup>، فإذا رأى شخص رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وحداً ويعاشر كل منهما الآخر معاشرة الأزواج، جاز له أن يشهد بأنها امرأته<sup>203</sup>.

199 - يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون .....، المرجع السابق، ص.190.

200 - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بالوجه العام، الإثبات و آثار الإلتزام، ج.02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1982، ص.313.

201 - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال .....، ج.02، المرجع السابق، ص.180.

202 - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام .....، المرجع السابق، ص.708.

203 - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال .....، ج.02، المرجع السابق، ص.180.

4- الشهادة بالشهرة العامة:

تتمثل فيما يؤديه الشهود أمام الجهات الرسمية بما علموا به من وقائع عن طريق الشهرة ويدون الموظف هذه الوقائع في ورقة رسمية تعد دليل عليها<sup>204</sup>، وهذه الشهادة تفترض وجود موظف عام كقاضي أو موثق، يدلي أمامه الشهود بمعلوماتهم، عن الواقعة المراد إثباتها، و يشترط أن يكون لهؤلاء الشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، وهي مقبولة في إثبات النسب<sup>205</sup>، وقد نص المشرع السوري على جواز الشهادة بالشهرة العامة في المادة 03/270 بقولها: "يثبت النسب بالشهادة بالشهرة العامة والتسامع".

والبيئة عموماً بأنواعها المراد بها هو الدلائل التي تؤكد وجوب واقعة مادية وجوباً حقيقياً بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات<sup>206</sup>.

وعليه فإذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلاً أو في حضوره وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأنكر أن يكون الولد الذي بين يديها هو نفسه الذي ولدته، فإن بالإمكان شرعاً وقانوناً إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن الولادة، أو طبيب أو طبيبات أو ممرضات المستشفى، إذا وضعت حملها في المستشفى، وكذلك الحال بالنسبة إلى إثبات الولد نفسه بشكله ولونه وجنسه ، وإذا أثبتت الولادة وثبت المولود أمكن حينئذ نسبه إلى الزوج وتسجيله على لقب واسم أبيه في سجلات الحالة المدنية إستناداً إلى الحكم الذي يقضي بثبوت النسب<sup>207</sup>.

204 - عادل نميش، الإثبات بشهادة.....، المرجع السابق، ص.04.

205 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.104؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها.....، المرجع السابق، ص.656.

206 - أنظر، سامية موالفي، حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص.87.

207 - أنظر، صالح براهمي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص.97؛ مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين.....، المرجع السابق، ص.73.

ويكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين، أو رجل و امرأتين عدول<sup>208</sup>، وهذا ما يشترطه الأحناف في إثبات النسب، أما الحنابلة والشافعية فقد اشترطوا شهادة جميع الورثة<sup>209</sup>.

أما المالكية فيثبت النسب عندهم بشهادة رجلين فقط، ووجه ذلك عندهم أن النسب ليس بمال، و لا يقصد به المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص<sup>210</sup>.

و لم يحدد المشرع الجزائري عدد الشهود، غير أن المحكمة العليا في أحد قراراتها، أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهود وهو رجلين أو رجل وامرأتان<sup>211</sup>.

ومتى ثبتت دعوى النسب بالبينة فإن حجيتها لا تقتصر على المدعى عليه فحسب، بل تتعداه إلى الغير<sup>212</sup>.

هذا بالنسبة للطرق القانونية لإثبات النسب غير أن المشرع أضاف طرق أخرى تسهل في إثبات النسب و هي الطرق العلمية.

208 - أنظر، العربي بلحاج، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ج.02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.631.

209 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.145.

210 - مالك بن أنس أبو عبد الله الأصمحي، المدونة الكبرى، ج.02، المرجع السابق، ص.581.

211 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، م.ق، 1991، ع.04، ص.110.

وهناك من يرى بأن المشرع الجزائري قد اعتد بالبينة الكاملة كدليل لإثبات النسب، وهي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين، أخذاً بالمذهب الحنفي لأنه هو الراجح لقوة حجيته، وللاحتياط في ثبوت النسب؛ منصورى مبروك، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، الجزائر، 2007-2008، ص.100؛ فراس يقاش، دعوى النسب بين الشريعة و القانون، مجلة القانون، 2010، ع.02، ص.16.

212 - مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين .....، المرجع السابق، ص.74.

## المطلب الثاني

### الطرق العلمية لثبوت النسب

لقد شهد العالم ثورة علمية خاصة في مجال الجينات حيث انعكست الاكتشافات على مواد الإثبات المدنية والجزائية، بحيث نقلتها نقلة نوعية من الطرق التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة والدقيقة، وقد برز دورها جليا في مجال إثبات النسب ونفيه، الذي استقطب كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني رافض لها و أخذ به.

واتضح تأثر المشرع الجزائري بالثورة البيولوجية الهائلة، من خلال التعديل الذي مس المادة 40 من قانون الأسرة إثر تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، محولا مسaire التطور العلمي و البيولوجي، الذي أفرز تقنيات علمية، من شأنها حل ألغاز قضايا عديدة، فأضاف فقرة جديدة إلى المادة 40 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

غير أن المشرع عندما أجاز بموجب هذه المادة الاستعانة بالطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب دون أن يحدّد هذه السلطة الجوازية تحديدا دقيقا، ودون أن يفرق بين الطرق العلمية الظنية التي يتحدد مجالها في نفي النسب (الفرع الأول)، والطرق العلمية الحديثة ذات الحجية المطلقة في إثبات النسب (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الطرق العلمية الظنية

والمتمثل في نظام تحليل الدم أو فحص الدم، ويعتبر هذا النظام إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب، ذلك لأن فصيلة دم كل من الطفل والأم والأب تتحدد عن طريق تحليل فحص الدم، إذ بفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني "كارل لاند ستاير" سنة 1905،

الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية<sup>213</sup>، لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما<sup>214</sup> مرة أخرى فلاحظ اتحادها ببطء و عودة الدم إلى الشكل الطبيعي، وعندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر، لاحظ إما أن الاتحاد يتم ببطء ويعود الدم

213 - أنظر، محمد عبد العزيز سيف النصر، الطب الشرعي و البوليس الفني الجنائي، ط.02، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1985، ص.119.

214 - يتكون الدم من العناصر التالية :

#### 1- البلازما:

هو سائل أصفر شفاف يشكل أكثر من نصف كمية الدم في الجسم البشري والإجراءات الصلبة في الدم، كخلايا الدم الحمراء و البيضاء و الصفائح الدموية تكون معلقة في البلازما.

وتتكون البلازما من 90 بالمائة من الماء، أما الجزء الباقي منها فيتكون من عدة مواد غذائية ذائبة مثل البروتينات والأملاح والأطعمة المهضومة والملحقات، كما أن البلازما هي التي تجعل الدم سائلا، وبدون هذه الخاصية، لا يمكن للدم أن يقوم بعمله في نقل المواد الضرورية عبر الجسم، وهو أيضا ينقل الأطعمة المهضومة إلى أنسجة الجسم، ويحمل المخلفات الذاتية من الأنسجة إلى الكلى لطردها من الجسم، وتحمل البلازما الهرمونات التي تساعد في التحكم في أداء و نمو أجزاء كثيرة من الجسم؛ الموسوعة العربية العالمية، ج.05، ط.02، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999، ص.46-47؛ هشام يوسفات، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، مجلة دفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2012، ع.06، ص.280.

#### 2- كرات الدم الحمراء:

تعد كرات الدم الحمراء الخلايا الأكثر توافرا في الدم، ويتخذ الدم اللون الأحمر من تلك الخلايا، ويوجد لدى الرجال ما يقارب 5200000 ملم مكعب من كرات الدم الحمراء وتشكل نسبة 40 إلى 45 بالمائة من الدم، وتختلف تلك النسبة من حين لآخر ويصل المعدل الطبيعي لها إلى 600 خلية مقابل خلية واحدة من كرات الدم البيضاء، وتميز كرات الدم الحمراء بخصائص منها:

1- أن لها شكل غريب، فهي عبارة عن قرص مسطح دائري الشكل.

2- لا توجد نواة في كرات الدم الحمراء.

3- يمكن أن تغير من شكلها بصفة مذهلة وذلك دون الانقسام.

4- تحتوي على مادة الهيموجلوبين وهي مادة جزئية مسؤولة فقط عن نقل الأكسجين إلى الخلايا التي تحتاجه؛ هشام يوسفات، أثر تحاليل الدم.....، المرجع السابق، ص.280.

#### 3- كرات الدم البيضاء:

و هي خلايا عديمة اللون و هي أكبر من الخلايا الحمراء ، و لها قدرة على الانقسام ، و تتحرك حركة ذاتية ، بعكس الخلايا الحمراء التي تسبح في البلازما، والخلايا البيضاء أقل عددا من الخلايا الحمراء ونسبتها إلى الحمراء 1/1000؛ عدنان حسن عزازة، حجية القران في الشريعة الإسلامية، البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم، دار عمار، ص.194.

كما تعتبر كرات الدم البيضاء جزءا من نظام، حيث تساعد أجسامنا على مقاومة الفيروسات و العدوى.

ويقوم الدم بنقلها إلى الأجزاء التي تنتشر فيها الميكروبات الضارة، ويبلغ معدل كرات الدم البيضاء في جسم الإنسان الطبيعي البالغ ما يقارب من 400 إلى 10.000 كرة دم بيضاء في الميكرو لتر من الدم، و يزداد عددها في الجسم في حالة حدوث عدوى، حيث تؤدي وظيفة دفاعية و مناعية ضد المرض، وتكون الأجسام المضادة التي تلتصق بالأجسام الغريبة المسببة للمرض وتبطل عملها، ولها القدرة على التهام الميكروبات الجرثومية، ولذا فهي دائمة الحركة في الدم وتترصد ضد أماكن الجراثيم والميكروبات؛ مقال بتاريخ 2017/06/06 على الموقع : [www.kamalagsam.com](http://www.kamalagsam.com)

#### 4- الصفائح الدموية :

وهي جسيمات صغيرة غير خلوية تساعد على تجلط الدم، أثناء الجروح و النزيف؛ هشام يوسفات، أثر تحاليل الدم .....، المرجع السابق، ص.281.

إلى شكله الطبيعي، أو أن الإتحاد لا يتم، وينتج عن ذلك تجلط الدم، بناء على ذلك وجد العالم " لاند ستاير "، أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها بـ (A) - (B) - (AB) - (O)، وتشبه فصائل الدم بصمات الأصابع، فهي غير قابلة للتغير منذ الولادة حتى الموت<sup>215</sup>.

و من جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة ، و التي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروضة ، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد ، كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة في بلازما الدم، ويولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه، لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الأشهر القليلة بعد الولادة<sup>216</sup>.

ونشير هنا إلى نظرية وراثة فصائل الدم، تشير إلى أن هناك ثلاثة عوامل موروثية (A.B.O) حيث (A.B) سائدة<sup>217</sup>، بينما (O) متنحية، وكل إنسان له إثنين من هذه الثلاث، واحد من كل والد، مثال ذلك، طفل دمه (A)، قد تكون عوامله الموروثة (AA) أو (AO)، أما إذا كانت فصيلة دمه (B) فقد تكون (BB) أو (BO)، و إذا ورث عاملين متنحيين سيكون (O)، أما إذا ورث عاملين سائدين، فإنه يكون (AB)<sup>218</sup>.

وقد دعمت هذه النظرية بالحقائق التالية:

- أب (O) تزوج بأم (O)، لا يمكن أن يكون له طفل (BB).

- أب (B) تزوج بأم (B)، لا يمكن أن يكون له طفل (A).

- أب (A) تزوج بأم (A)، لا يمكن أن يكون له طفل (B).

<sup>215</sup> - أنظر، محمد شريف ومحمد عبد العزيز البهنساوي، مبادئ الطب الشرعي والسموم، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1990، ص.144.

<sup>216</sup> - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل.....، المرجع السابق، ص.276.

<sup>217</sup> - P.KAMOUNET ET J.P . FREJAVILLE , Guide des examens de laboratoire , Flammarion Médecine sciences , paris , p.803.

<sup>218</sup> - محمد شريف و محمد عبد العزيز البهنساوي، مبادئ الطب .....، المرجع السابق، ص.144.



- أب (A) تزوج بأب (B)، يمكن أن يكون له أولاد من كل الفصائل الأربعة<sup>219</sup>.

و فيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين ، و فصائل الأطفال الممكنة و الغير ممكنة<sup>220</sup>:

فصيلة الطفل		فصائل الوالدين
غير ممكن	ممكن	
AB , B , A	O	O*O
AB , B	O , A	A*A
AB , B	O , A	O*A
AB , A	O , B	B*B
--	O , B , A , AB	B*A
O	AB , B , A	AB*AB
AB , O	B,A	O*AB
AB , A	O , B	O*B

<sup>219</sup> - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل ..... ، المرجع السابق، ص.277.

<sup>220</sup> - أنظر، جلال الجابري، الطب الشرعي و السموم، ط.01، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، 2002، ص.188-189.

O	B , A , AB	A*AB
O	A , B , AB	B*AB

هذا وقد قرر الأطباء بصفة قاطعة لا يخالطها أدنى شك أن فصيلة دم الإبن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه أو أمه، سواء كان مهما من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، كما قرروا أن فحص فصائل الدم، لا يثبت الأبوة بصفة قاطعة، فهو لا يثبت أن رجلا بعينه هو والد الطفل موضوع النزاع بلا شك، ولكنه يثبت بصفة نسبية أن هذا الرجل والد لهذا الطفل<sup>221</sup>.

ومعنى ذلك أن اختلاف فصائل الدم أو عدمه، يترك أثرا من الناحية السلبية، لا من الناحية الإيجابية إذ يمكن الاعتماد عليه فقط في نفي البنوة، وليس في إثباتها، لأنحالا يلزم من إتحاد فصيلة دم الابن مع من ينسب إليه كونه ابنا شرعيا له<sup>222</sup>، فمن الجائز أن أمه حملت به من شخص آخر تتفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها هذا وقد حدث في الولايات المتحدة الأمريكية قضية متعلقة بهذا الموضوع، إذ أن أحد مطربي الراديو أدعت عليه إحدى المستمعات بأنه والد طفلها، وقد اتضح للمحكمة من نتيجة فحص الدم أن دم المطرب من فصيلة (A) في حين أن دم الأم من فصيلة (B) ودم المولود من فصيلة (AB) ولما كان اتصال الرجل من فصيلة A بإمرأة من فصيلة B يحتمل أن ينتج طفل من فصيلة AB فإن فحص الدم في هذه الحالة لم يبرئ المدعى عليه كما أنه لم يثبت صحة ادعاء المدعية، غير أن المحكمة حكمت لصالح المدعية رفقا بطفلها<sup>223</sup>.

221 - محمد شريف و محمد عبد العزيز البهنساوي، مبادئ الطب .....، المرجع السابق، ص.143.

222 - أنظر، أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، مصر، 1985، ص.94.

223 - أنظر، عباس العبودي المدني، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات، ط.01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن، ص.21.

ومن ثم فإن اختيار الدم يكشف عن أحد أمرين: أولهما أن الزوج قد يكون هو الأب و ثانيهما أنه لا يمكن أن يكون كذلك، فإذا كشف الاختيار عن أنه قد يكون الأب، فإننا مع ذلك لا نستطيع أن نعتبر هذا دليلاً قاطعاً، لأن هناك ملايين الرجال يحملون نفس فصيلة الدم، ومن الجائز أن يكون أحد هؤلاء والد الطفل، لكن إذا ثبت في الاختيار أن الزوج ليس هو والد الطفل، فإن ذلك يكون إثباتاً علمياً قاطعاً على نفي الأبوة<sup>224</sup>.

ويعتبر نظام فحص الدم أحد الطرق العلمية الظنية العديدة كنظام الإفرازات اللعابية وغيرها بحيث تصل إلى ثلاثين نظاماً يدخل ضمن الطرق العلمية الظنية<sup>225</sup>.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من فحص الدم، فالأصل أن شريعتنا السمحاء قد دعت إلى العلم وكل علم مفيد فهي لا ترفضه وقد وجد في الفقه الإسلامي سوابق قضائية مشابهة لفحص الدم، فقد جاء أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار و كانت تهواه، فلما لم يساعدها احتالت عليه، فأخذت بيضة، وألقت منها صفرتها، وصبت البياض على ثوبها وبين فخذيهما، ثم جاءت إلى عمر صارخة، فقالت له: هذا الرجل غلبني على نفسي، وفضحني في أهلي، وهذا أثر فعله.

فسأل عمر رضي الله عنه النساء، فقلن له إن ببدنها وثوبها أثر المني، فهمم بعقوبة الشاب، فجعل يستغيث و يقول: يا أمير المؤمنين تثبت في أمري فو الله ما أتيت فاحشة، ولا هممت بها، فلقد راودتني عن نفسي فاستعصمت، فقال عمر: يا أبا الحسن ما ترى في أمرها؟

فنظر علي - كرم الله وجهه - إلى ما على الثوب، ثم دعا بماء حارّ شديد الغليان، فصبه على الثوب، فجمد ذلك البياض، ثم أخذه واشتمه وذاقه، فعرف طعم البيض، وزجر المرأة فاعترفت<sup>226</sup>.

224 - أنظر، جمال الضمري، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العربي، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص.350.

225 - كريمة نزار، أبعاد و محاطر مشكل .....، المرجع السابق، ص.278.

226 - أنظر، ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المجلد الأول، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، د.م.ن، 1953، ص.56.

ويقول الإمام مالك في ثبوت النسب إلى الزوج الذي يكون مقطوع العضو التناسلي أو فاقد الأنتيين أو أحدهما: "أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك، فإن كان يولد لمثله لزمه الولد إلا لم يلزمه، فمن يكون أهلا لمعرفة في وقتنا الحاضر غير الأطباء؟ وإذا قيل هذا عن أطباء الماضي بما كان لديهم من وسائل محدودة يكون من غير المقبول القول بأن التحليلات الطبية اليوم ليست من وسائل الإثبات الشرعية رغم ما توفر لديها من المعرفة الواسعة و الوسائل العلمية الدقيقة"<sup>227</sup>.

إذن فمبدأ العمل بالوسائل العلمية له أصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية، رغم بدائته التي لا يجزم بها، فكيف إذا وصل العلم عن طريق مقارنة فصائل الدم إلى نتائج تفيد نفي النسب بطريقة تقارب اليقين.

فإن هذا الأسلوب العلمي يُعد من الوسائل التي يعتمد عليها، وعلى ذلك فإن الأخذ بها له أصل عند الفقهاء ولا يعد خروجاً على المنهاج الشرعي، بل إنه من المقرر شرعاً وجوب الرجوع إلى قول أهل البصر والدراية في معرفة الوقائع على وجهها الصحيح<sup>228</sup>.

هذا بالنسبة للطرق العلمية الظنية، إلا أنه هناك طرق أخرى علمية ظهرت في إثبات النسب وحجيتها طلقة بنسبة 99,99 بالمائة.

## الفرع الثاني

### الطرق العلمية القطعية

تصنف البصمة الوراثية، أو ما يعرف بتقنية الحمض النووي من الطرق العلمية القطعية، فهي تعتبر من الإكتشافات العلمية الحديثة التي فتحت آفاقاً جديدة للبشرية، فيما يتعلق بمجالات عديدة كالجنائيات وتحديد الهوية والنسب وهو الذي يهمننا في هذا المقام.

<sup>227</sup> - مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبغي، المدونة الكبرى، ج.02، المرجع السابق، ص.445؛ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.310.

<sup>228</sup> - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.310.

ويطلق مصطلح البصمة الوراثية<sup>229</sup> على المادة الوراثية في الكائنات الحية، ويوجد هذا الحمض في جميع الخلايا البيولوجية، مهما اختلفت مصادرها، وهو في الإنسان موجود في كافة خلايا الجسد أنويته باستثناء الكريات الحمراء كونها لا تحتوي على نواة<sup>230</sup>.

وبناء على حداثة هذا المصطلح اجتهد العلماء المعاصرون والمجامع الفقهية في وضع تعريف مناسب له، منها تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قالت إن البصمة الوراثية هي "البنية الجينية نسبة إلى الجينات الموروثة التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"<sup>231</sup>، وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف في دورته الخامسة عشر<sup>232</sup>.

229 - البصمة الوراثية في اللغة : هي مركب وصفي مكون من كلمتين " البصمة " " الوراثة".  
والبصمة في اللغة : هي الكثيف أو الغليظ و ثوب ذو بصم، أي كثيف و كثير الغزل كما يقال أنها أثر الختم بالأصبع فيقال بصم بصما أي: ختم بطريق أصبعه؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.02، المرجع السابق، ص.50؛ محي الدين محمد يعقوب الفيروز الأبادي، القاموس المحيط، ج.02، ط.06، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998، ص.108.  
والبصمة اصطلاحاً : هي تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط منخفضة والتي تكسو رؤوس أصابع الإنسان، وهذه البصمات تمثل بطاقة شخصية ربانية أودعها الله سبحانه وتعالى في أطراف الإنسان وهي في غاية الدقة والإعجاز بحيث لا يمكن أن تتشابه بصمة إنسان مع آخر، وكذلك لا يمكن أن تتطابق بصمة أصبع مع آخر في نفس يد الشخص، فبصمة كل أصبع مختلفة في بعض دقائقها وربما جميع دقائقها ولا تتشابه مع بصمة أصبع آخر؛ مصطفى أحمد سه زكول، البصمة الوراثية و حجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر ، 2010 ، ص.24.  
الوراثة لغة : ويقصد بها الانتقال فيقال أورثه الشيء أبوه، وهم ورثة فلان، وورثه توريثاً، أي أدخله في ماله، و يقال: ورثت فلاناً من فلان ، أي: جعلت ميراثاً له، وأورثت الميت وارثه، أي : تركه له؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.02، المرجع السابق، ص.200.

230 - أنظر، إبراهيم ناصر المحمود، البصمة الوراثية، مقال منشور بتاريخ 2017/08/12 على الموقع [www.islamtoday.com](http://www.islamtoday.com)  
231 - المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشريو العلاج الجيني، ما بين 13 و 15 أكتوبر 1986، ج.02، الكويت، 2000، ص.105.

232 - أنظر، حسن محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.83، نقلاً عن قرارات المجمع الفقهي لسنة 1998، البصمة الوراثية في منظور الفقه الإسلامي، للدكتور علي محي القرهداغي، بحث مقدم لمجمع الفقهي في دورته (16) المنعقد بمكة المكرمة في 2002 ، ص.10؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2010، ص.182-183؛ أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، كلية الحقوق، ع.07، ص.79.

وللتعمق أكثر في البصمة الوراثية سنقوم بداية بدراسة ضوابط وشروط البصمة الوراثية (أولاً)، ثم نتكلم عن موقف كل من الفقه والقانون والقضاء منها (ثانياً)، وأخيراً سنخرج على العوائق التي تعترض تطبيق البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب (ثالثاً).

### أولاً : ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية

لأهمية هذا الفحص الحديث سواء في مجال النسب أو غيره، ولخطورته في نفس الوقت، فلقد وضع الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية ضوابط (أ) وشروط عديدة (ب) حتى تقبل.

#### أ- ضوابط العمل بالبصمة الوراثية :

يعتبر الاعتماد على البصمة الوراثية كطريق من الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب، وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة وإرساء مبادئ العدل التي يقوم عليها القضاء، غير أنه لا يجوز استخدامها لتعطيل الطرق الشرعية التي أشار إليها المشرع في المادة 01/40 من قانون الأسرة، كما أنه لا يجوز استعمالها للتشكيك في الزيجات والأنساب المستقرة و زعزعة الثقة بين الزوجين<sup>233</sup>، ومن ثم، فإن الأخذ بنتائج تحليل البصمة الوراثية، يستوجب توافر الضوابط الشرعية و القانونية الآتية:

1- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء، في مختبرات مختصة ومعتمدة و موثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه المادة 02/40 من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، ويمكن للنيابة العامة أيضاً طلب اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع على النسب طبقاً للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة حيث تنص: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

233 - أنظر، العربي بلحاج، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، 2012، ع.01، 37-38؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط.01، دار الفنائس، الأردن، 2006، ص.49.

2- يجب ألا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس و الواقع، بل يجب أن توافق العقل والمنطق، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد مثله لصغر سنه أو لكونه مقطوع الذكر أو الأنثيين إذ من لا يولد مثله لا يعقل أن يأتي بولد، وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد اعترها الخطأ والتلاعب وخالفت العقل و الواقع وهو ما ينبغي رفضه<sup>234</sup>.

3- أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه والمحافظة عليه، كلما دعت الضرورة إلى ذلك، وتمثل هذه الحالات في :

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها.

- حالات اشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الطفولة ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

- حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب والمفقودين<sup>235</sup>.

4- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان، لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان، وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة، وعلى هذا الأساس، فإن رفع دعوى اللعان أمام القضاء وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة، لا يميز للمدعي التذرع بإتباع الطرق التقليدية لإثبات النسب الواردة في المادة 01/40 من قانون الأسرة، غير أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وفقا للمادة 02/40 من قانون الأسرة المضافة بالأمر 05-02.

234 - خليفة علي الكعي، البصمة الوراثية.....، المرجع السابق ، ص.49.

235 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق ، ص.339.

وعليه فإنه يجوز للقاضي اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية قبل إجراء اللعان بين الزوجين، وذلك لغرض إزالة شك الزوج وحرص الزوجة، ومعرفة ما إذا كان الولد من صلب الزوج أم لا، ورغبة في عدولهما عن دعوى اللعان وإجراءاتها، وسعيًا للمحافظة على العشرة الزوجية<sup>236</sup>.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 أكتوبر 2009<sup>237</sup> بقولها: "... حيث أنه ما دام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ... وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .

وعليه يجوز رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العملية لإثبات النسب".

5- لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة ، فلا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة أو غير ذلك<sup>238</sup>.

6- منع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من يتلاعب بالجينات البشرية أو يتعرض للأسرة المسلمة بتحطيم دعائمها المستقرة<sup>239</sup>.

## ب- شروط العمل بالبصمة الوراثية:

من أجل نتائج فحص البصمة الوراثية فقد وضع العلماء مجموعة من الشروط وهي:

1- أن تكون المختبرات والمعامل الفنية تابعة للدولة وتحت رقابتها حتى لا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية والأهواء الدنيوية وبالتالي يكون النسب عرضة للضياع<sup>240</sup>.

236 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية .....، المرجع السابق، ص.674.

237 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/10/15، ملف رقم 605592، م.م.ع، 2010، ع.01، ص.245.

238 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية و .....، المرجع السابق، ص.674.

239 - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية .....، دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.50.

240 - مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية وحجيتها .....، المرجع السابق، ص.37.



2- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة.

3- أن يكون العاملون في هذه المختبرات من أصحاب الكفاءة المهنية<sup>241</sup>، ويتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن و العدل في العمل.

4- ألا يكون للخبراء أي صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة<sup>242</sup>.

5- أن يتم أخذ العينة بحضور أطراف النزاع أو وكلائهم، والمخبر أو المحقق الذي تحدده المحكمة، وذلك للتأكد من مصدر العينة، وإلا فإن عمل الخبير يكون مشكوكا فيه من قبل الأطراف المعنية بالدعوى وخاصة في دعاوى إثبات النسب.

6- تسجيل وتوثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من أخذ العينة ونقلها حتى ظهور نتائج التحليل، حرصا على سلامة العينات وضمانا لصحة نتائجها، مع الاحتفاظ بهذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة<sup>243</sup>.

7- شرط التعدد بين المؤيدين والمعارضين، والمقصود بالتعدد هو تعدد الخبراء الفنيين القائمين على العمل في البصمة الوراثية قياسا على الشهادة والقيافة وعلى هذا الشرط انقسم علماء العصر إلى عدة آراء:

الرأي الأول: ويرى هذا الفريق أن العاملون على البصمة الوراثية يجب أن يكون أكثر من شخص

241 - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل ..... المرجع السابق ، ص.354.

242 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري .....، المرجع السابق، ص.337.

243 - مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية و حجيتها .....، المرجع السابق ، ص.37.

وذلك قياساً على الشهادة<sup>244</sup>.

وقد احتج هذا الفريق بأن البصمة الوراثية مثل الشهادة وما دام أن الشهادة لا يقبل بها إلا إذا كان عدد الشهود لا يقل عن شاهدين لقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم"<sup>245</sup>، فنفس الشيء لإجراء الخبرة بالبصمة الوراثية، وفضلاً عن ذلك فقد قاسوها على القيافة، فكما لم يقبل الفقهاء أقل من قائمين اثنين وأكثر، فمن باب أولى أن يقوم خبيرين في البصمة الوراثية لتحديدتها<sup>246</sup>.

الرأي الثاني: يرى هذا الفريق جواز عمل الخبير الواحد في البصمة الوراثية ولا يشترط التعدد، وحجتهم في ذلك أن الفقهاء القدامى أجازوا الاعتماد على قول القائف الواحد المسلم العدل، لذلك من باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط، لأنها أوثق من القيافة<sup>247</sup> حيث إن نتيجة البصمة الوراثية قطعية بنسبة 99 بالمائة<sup>248</sup>.

الرأي الثالث: هذا الرأي أرجح مسألة تعدد الخبراء إلى القاضي، وهو الرأي الراجح باعتبار القاضي سيد القضية والخبير الأعلى لتقييم الأدلة الفنية العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة، متى رأي في قول الخبير الثقة والأمانة والطمأنينة، وإذا ما شكك في صحة النتائج فإنه لا حرج من أن يكرر التحليل البيولوجي مرة أخرى، وهذا ما ورد أيضاً في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان

244 - وذهب لهذا القول محمد الأشقر، وعلي القره داغي، وفؤاد عبد المنعم، عبد الستار فتح الله سعيد، عمر الشيخ الأصم، حسن الشاذلي؛ خليفة علي الكعي، البصمة الوراثية و آثارها .....، المرجع السابق، ص. 51-52.

245 - سورة البقرة، الآية 282.

246 - خليفة علي الكعي، البصمة الوراثية و آثارها .....، المرجع السابق، ص. 52.

247 - أنظر، عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، 2006، ع. 35، ص. 34.

248 - وقد قال بهذا الرأي سعد الدين هلالي، و وهبة الزحيلي، و قد رد فريق الرأي الثاني عن الرأي الأول بقولهم بأن اشتراط التعدد في إجراء البصمة الوراثية قياساً على التعدد في الشهادة ليس له محل، لأن الحكمة من التعدد في الشهادة كما قال تعالى: ﴿أَنَّ تَصِلَ إِخْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِخْدَاهُمَا أُخْرَى﴾، البقرة 282؛ خليفة علي الكعي، البصمة الوراثية و آثارها .....، المرجع السابق، ص. 53-54.

ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت يومي 29/28 محرم 1421 هـ الموافق لـ 04/03  
ماي 2000م.

### ثانيا: موقف الفقه والقانون والقضاء من البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية من التقنيات الجديدة للإثبات، لذلك كانت محل دراسة من قبل فقهاء  
الشريعة الإسلامية (أ) والقانون (ب) بل وحتى القضاء (ج)، وذلك بهدف تحديد قيمتها الثبوتية،  
ومدى جواز العمل بها كذلك أمام القضاء.

#### أ- موقف الفقه من البصمة الوراثية:

تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها في إثبات النسب من القضايا المستجدة التي  
اختلف فيها فقهاء العصر إلى رأيين، رأي يجيز إثبات النسب بها، و رأي آخر يجيز ذلك.

فبالنسبة للرأي الأول وهو ما ذهب إليه العلماء المعاصرون إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة  
الوراثية وذلك تحريجا على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة<sup>249</sup> عند النزاع على  
النسب أو عند تعارض البيّنات أو تساوي الأدلة في ذلك<sup>250</sup>.

249 - القيافة لغة: هي من قاف يقوف قيافة فهو قائف، وهو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل وأبيه والجمع قافة، وقاف أثره بمعنى تبعه  
كفناه واقتناه وهو أقوفهم، وتقيف أثره تتبعه والقيافة هي تتبع الأثر، يقال: فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة؛ أي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن  
منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.05، المرجع السابق، ص.3776.

أما من ناحية الإصطلاح، فقد عرّفها كثير من الفقهاء و أهمها:

1- عرفها ابن رشد من المالكية بأن القافة عند العرب هو: " قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس"؛ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن  
رشد، شرح بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.02، دار السلام، القاهرة، 1995، ص.2086.

2- وعند الحنابلة: " هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه و لا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك و تكررت منه الإصابة فهو قائف"؛  
أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، المغني و يليه الشرح الكبير، ج.06، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص.398.

3- وعرفها الإمام الجرجاني من الحنفية فقال: " القائف وهو الذي يعرف النسب بفراسسته و ظره إلى أعضاء المولود "؛ علي بن محمد الشريف الجرجاني،  
كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1985، ص.177.

4- عند الشافعية: " هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصّه الله تعالى به من علم"؛ محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني  
ألفاظ المنهاج، ج.04، ط.01، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص.646.

250 - محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1996، ص.279.

واستدلوا بقول السيدة عائشة حيث قالت: " دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال: " يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدجلي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض" <sup>251</sup>.

وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أجاز عمل القائف في إثبات نسب أسامة لزيد مع اختلاف اللون، ونبينا صلى الله عليه وسلم لا يقر إلا على حق، بقول الشافعي - رحمة الله عليه- " فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو صلى الله عليه وسلم لا يُقر على خطأ ولا يُسر إلاّ بالحق، وسبب سروره - صلى الله عليه و سلم- بما قاله مجرز، أن المنافقين كانوا يطعنون في نسب أسامة، لأنه كان طويلاً أسود أقى الأنف، وكان زيد قصيراً بين السواد و البياض أخنس الأنف، وكان طعنهم مغيظة له - صلى الله عليه و سلم- إذ كان حبيبه، فلما قال المدجلي، وهو لا يرى إلاّ أقدامهما سرّ به" <sup>252</sup>.

كما استدل أصحاب هذا الرأي بما رواه مالك عن سلمان يسار: " أنّ عمر بن الخطاب كان يُلِيطُ أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلاً كلاهما يدّعي ولد امرأة، فدعا عمر قائفا فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني خبرك ، فقالت : كان هذا لأحد الرّجلين يأتيني، وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن و تظن أنه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها، فأهرقت عليه دماً، ثم خلف عليها هذا، تعني الآخر، فلا أدري من أيهما هو، قال: فكبرّ القائف، فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت" <sup>253</sup>.

251 - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط.01، دار ابن كثير، دمشق ، 2002، ص.1676.

252 - محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة.....، ج.06، المرجع السابق ، ص.439.

253 - مالك بن أنس الأصبهاني، الموطأ، ج.02، المرجع السابق، ص.372.

فقضى عمر بمحضر من الصحابة بالقيافة من غير إنكار من واحد منهم فكان كالإجماع تقوى به أدلة القيافة، قال الزهري: " فإن عمر بن الخطاب ومن بعده قد أخذوا بنظر القافة في مثل هذا"<sup>254</sup>.

أما الرأي الثاني: فيرى بعدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب، وذلك تأثراً بفقهاء الحنفية الذين يرون بعدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب<sup>255</sup>.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾<sup>256</sup>، وقوله صلى الله عليه و سلم لرجل من فزارة عندما أخبره بأن زوجته ولدت له غلاماً أسود، فقال له "هل لك من إبل" قال الرجل نعم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " فما ألوانها؟ قال: حمر" فهل فيها من أورك" قال: نعم إن فيها الورق قال: " فأني لها ذلك"؟ قال: عسى أن يكون نزعة عرق، قال: " وهذا عسى أن يكون نزعة عرق"<sup>257</sup>.

ومن أدلة هذا الرأي أن القيافة تعتمد على الشبه، وهو أمر مدرك بالحس، فإن حصل بالشاهدة فلا حاجة إلى القائف وإن لم يحصل بالمشاهدة، لم يقبل إثبات النسب بها، لأنها تدعي أمراً غير مشاهد ولا يدرك بالحس، كما يرون أن العمل بالقيافة يؤول على مجرد الشبه، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب، فإنه يسقط الاستدلال بها تبعاً لذلك<sup>258</sup>.

254 - أنظر، يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية و البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015-2016، ص.128.

255 - أنظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.17، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.70.

256 - سورة الانفطار، الآيتان 07، 08.

257 - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج.06، المرجع السابق، ص.2667.

258 - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.188-189.

وفي الأخير يمكن القول بأنه رغم ما استدل به المانعون إلا أننا نرجح الرأي الأول وذلك لأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب مثل القيافة من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة.

#### ب- موقف القانون من البصمة الوراثية:

أصبح الاتجاه الغالب في التشريعات الوضعية يميل إلى الأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب وحتى نفيه، فبالنسبة للتشريع المصري فلم يتعرض في قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 01 لسنة 2000، لمسألة إثبات النسب إلا في حالة وفاة المورث، حيث نصت المادة 07 منه على أنه: "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفى و عليها إمضاءه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء".

ما يمكن فهمه من هذا النص، أنه من بين أحد الشروط الواجب توفرها لقبول دعوى الإقرار بالنسب بعد الوفاة، توفر أدلة قطعية جازمة تدل على صحة بنوة الطالب، هذا الشرط الذي فسره بعض شراح قانون الأحوال الشخصية المصري بأن المشرع المصري، قد رأى إثبات النسب في هذه الحالة إذا توافرت أدلة قطعية جازمة تدل على صحة نسب المدعي من مورثه، آخذاً في ذلك بما وصل إليه العلم الحديث في مجالات الطب والهندسة الوراثية، أو وسائل التقدم العلمي الأخرى، كالتسجيلات الصوتية أو المرئية، على أن يخضع الأمر في ذلك لتقدير المحكمة، ويشترط لقبول هذه الأدلة أن تكون قائمة موجودة قبل إقامة الدعوى وفقاً لنص هذه المادة، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة<sup>259</sup>.

259 - أنظر، محمد فتحي نجيب و محمود محمد غنيم، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط. 01، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص. 117 وما بعدها.

أما التشريع التونسي فالواضح أنه كان سباقا للنص صراحة على إجازة إثبات نسب المجهول ومن في حكمه بواسطة البصمات الوراثية، أو التحليل الجيني، ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة الأولى من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم 75 لسنة 1998، والذي جاء فيه: "على الأم الحاضنة لإبنتها القاصر ومجهول النسب أن تستند له اسما و لقبها العائلي أو تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية، ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني، أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

وقد أشار المشرع المغربي إلى الخبرة الطبية في تعديله الأخير لمدونة الأسرة المغربية في فبراير 2004، بعدما كانت المدونة تتضمن فراغا تشريعيا في هذا المجال، إذ لم تكن تتضمن أية إشارة صريحة إلى إمكانية الاعتماد على الخبرة الطبية عامة لإثبات أو نفي النسب وخصوصا في وجهها المعتمد على الهندسة الوراثية، والذي أثبت نجاعته في الوقت الحالي وتنبهت إليه الكثير من التشريعات المقارنة<sup>260</sup>.

فقد نص على الخبرة الطبية من خلال المادة 150 من المدونة على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو بيينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية".

أما عن المشرع الجزائري وهو ما يهمنا في هذا المقام، فلم يتضمن قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 نصا خاصا بالبصمة الوراثية واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة 40 منه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار و بالبيينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"<sup>261</sup>.

<sup>260</sup> - Michel Godfryd , Les expertises médicales, Edi , P.U.F , p.45.

<sup>261</sup> - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري .....، المرجع السابق، ص.192.

وبعد صدور القانون المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، أضاف المشرع فقرة جديدة للمادة 40 منه، حاول من خلالها أن يواكب التقدم العلمي، وما وصلت إليه التشريعات الغربية في هذا المجال، وقضى بجواز لجور القاضي إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، هذه الفقرة التي تحتمل تفسيرات كثيرة، من بينها أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية في كل حالات إثبات السبب بما في ذلك النسب غير الشرعي، والتحقق من النسب الثابت وغيرها من كل حالات الاستفادة من البصمة الوراثية المعتمدة فقها.

كما يحتمل هذا النص تفسيراً آخر، وهو أن القاضي يجوز له اللجوء إلى أي طريق من الطرق العلمية التي بإمكانها إثبات النسب، فله الاختيار في ذلك، دون أن يكون مطبقاً للقانون تطبيقاً خاطئاً، ثم أنه يجوز للقاضي رفض اللجوء إلى الطرق العلمية المقدم من طرف أحد أطراف الدعوى، دون أن يلام على ذلك، ثم أنه يمكن للقاضي بمقتضى هذا النص أن يفرض على الخصوم الطريق العلمي الذي يراه هو<sup>262</sup>.

هذه التفسيرات كلها تجعلنا نقول أن تدخل المشرع الجزائري جاء مثيراً للعديد من إشكالات تطبيق هذا النص، لا سيما وأنه ما زال مقراً لنظام الزواج العرفي الذي غالباً ما يتنصل منه الأزواج، ومن ثم يتنكرون لأبنائهم، الأمر الذي يتعين معه ضبط هذه الطرق العلمية، وإن كان الكثير يشير إلى أن المقصود منها هو البصمة الوراثية، وهو ما يظهر من خلال الأحكام القضائية التي تثار فيها هذه المشكلة، أي اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

وبدليل كذلك مضمون عرض أسباب التعديل، حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه: "مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه، أصبح مفيداً و ضرورياً إدراج هذه

<sup>262</sup> - كريمة نزار، أبعاد و مخاطر .....، المرجع السابق، ص.396.



المفاهيم الحديثة في القانون لمدة القضاة، وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئة في حالة إثبات النسب،  
بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية<sup>263</sup>.

ضف إلى كل هذا المشرع لم يبين أو يحدد الحالات التي يسمح فيها للقاضي باللجوء إلى تحاليل  
البصمة الوراثية خاصة وأنه لم ينص صراحة على أن القاضي يجب اللجوء إلى هذه التقنية في حالات  
تنازع النسب، الإيجابي منه والسلبي، وكذا في الحالات التي اعتمدها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته  
السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة من 05 إلى 10 جانفي 2002، وهي: "أ- حالات التنازع  
على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول بسبب  
انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في  
أطفال الأنايب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة  
أهلهم، أو وجود جنث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب  
والمفقودين".

### ج- موقف القضاء من البصمة الوراثية:

بداية كان القضاء يرفض إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية على أساس أنها ليست من  
الوسائل المقررة والمسطرة في المادة 40 ق.أ، وهذا يتضح من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا  
والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار وبالبيئة و بنكاح  
الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 ، من هذا القانون، ومن ثم  
فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون .

<sup>263</sup> -جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص.19.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خيرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

ومتى كان ذلك استوجب الأمر نقض القرار المطعون فيه<sup>264</sup>.

يتضح لنا من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة القديم مما جعلهم يرون أن اللجوء إلى الخبرة الطبية في مجال إثبات النسب أو نفيه يعدّ تجاوزا للسلطة.

ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعوا القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي، لإثبات النسب أو نفيه<sup>265</sup>.

وقائع هذه القضية في أن المدعوان (ع.ب) و (م.ل) تربطهما علاقة زوجية شرعية إلا أنه حدث خلاف بينهما أدى إلى مغادرة الزوج لمسكن الزوجية يوم 14/02/1994، وقد ولد لهما توأمين بتاريخ 27/10/1995 أي بعد 09 أشهر من مغادرة الزوج لمسكن الزوجية.

حلت الرابطة الزوجية بين الطرفين بموجب حكم صادر عن محكمة "سعيدة" بتاريخ 27/01/1996، ورفع الزوج دعوى نفي النسب التوأمين أمام محكمة "قديل" بوهران التي أصدرت حكما بتاريخ 18/01/1998، يقضي بتعيين طبيب مستشفى وهران لفحص وتحليل طربي الدعوى والتوأمين قصد تحديد نسب الولدين.

<sup>264</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 222674، 01/06/1999، م.ق، ع.خاص، 2001، ص.88.

<sup>265</sup> - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.128.

تم تأييد هذا الحكم بقرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 1998/10/05، ثم طعنت طليقته في هذا القرار بالنقض، عندما أصدرت المحكمة العليا قرارها بتاريخ 1999/06/15، الذي قضى بـ : "...وعن الوجه التلقائي المثار من المحكمة العليا والمأخوذ من تجاوز السلطة، والمتعلق بتعيين خبير قصد تحليل دم التوأمين والأطراف لتحديد نسب الولدين ...، فإن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة، وضوابط محددة لكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم، الأمر الذي يتعين معه نقض الفرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس ...".

وبناء على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي تحدد طرق إثبات النسب، فإن المحكمة العليا عندما نقضت قرار المجلس، واعتبرت أن قضاة الموضوع قد تجاوزوا بذلك سلطتهم عندما قضاوا بإجراء خبرة طبية، هي على صواب، لأنهم بذلك انتقلوا من سلطة إصدار الأحكام إلى سلطة التشريع، وهذا خرق لنص المادة 40، هذا إذا نظرنا إلى هذه المسألة من الزاوية أو الناحية القانونية.

لكن إذا نظرنا إليها من الناحية العلمية والمنطقية، فإنه يمكن إعتبار المبادرة التي قام بها قضاة الموضوع، لتحديد نسب التوأمين عن طريق تحليل الدم، خطوة إيجابية موقوفة أمام جدار النص القانوني وهو "نص المادة 40"، تلقي نهايتها أمام قرارات المحكمة العليا<sup>266</sup>.

وبعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 أصبح القضاء يعترف بالخبرة العلمية الطبية و المتمثلة في ADN كوسيلة لإثبات النسب وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/03/05، من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده، بإعتباره أبا له ، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN، من أن الطفل المذكور

266 - أنظر، محمود محافطي، دور البصمة الوراثية " A.D.N " في تحديد النسب، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر و التوزيع ، الوادي ، الجزائر، 2003، ص.70.

هو ابن المطعون ضده و من صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه و هو الطاعن، و لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه<sup>267</sup>.

وبالرجوع إلى حيثيات هذا القرار، نلاحظ أن البينة لم تأت محصورة في الشهادة، كما كان الأمر قبل تعديل سنة 2005، وإنما قصد بها في هذا القرار الحجة والدليل و البرهان، وبناء على ذلك فإن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا الخبرة الطبية ADN بمثابة البينة في إثبات النسب بغض النظر عن وجود علاقة زوجية شرعية أو علاقة غير شرعية<sup>268</sup>.

ولقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار الاجتهاد التاريخي، عندما ما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب و بدون منازع ( 02/40 من قانون الأسرة)، فإنه مع تطور التجارب المخبرية و البيولوجية والطبية لفحوصات ADN، التي أصبحت لا تتناول مجرد عينات الدم، وإنما الخصائص الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي نتائج مؤكدة لا تدع مجالا للشك حول هوية والدي الطفل المتنازع عليه<sup>269</sup>.

### ثالثا: عوائق تطبيق البصمة الوراثية

بعد إظهار القيمة العلمية والقانونية لهذه الوسيلة قد نجد عوائق في استخدامها للوصول إلى الحقيقة، سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتج بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع للطرق العلمية الحديثة، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد والشرف، وهذا ما سنعالجه من خلال العوائق القانونية (أ)، والعوائق المادية (ب).

<sup>267</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2006، ع.01، ص.469.

<sup>268</sup> - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.367.

<sup>269</sup> - العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها....، المرجع السابق، ص.405.

## أ- العوائق القانونية لتطبيق البصمة الوراثية:

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة له يحدق في غالب الأحيان، و لذا فمن المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول بها الإفلات من الخضوع لاختبارات الوراثة ( ADN ) لا سيما عندما يكون سيء النية فقد يتمسك الخصم بأن تقنية البصمة الوراثية، أمر يتعارض مع الأخذ باللعان كإجراء شرعي لنفي النسب، وقد يتمسك الخصم بأن الخضوع لهذه التقنية الحديثة أمر يتعارض مع قاعدة عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وقد يتمسك الخصم بمبدأ معصومية الجسد تحربا من الكشف عن الحقيقة بالإضافة إلى مبدأ حرمة الحياة الخاصة.

### 1- البصمة الوراثية أمام التمسك باللعان:

بداية يظهر أن هناك تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام فحص الدم كوسيلة لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب إجراء اللعان وما يترتب على إجراءاته من التفريق بين الزوجين وإلحاق الولد بالأم.

وفي الحقيقة هذا التعارض مجرد تعارض ظاهري وليس حقيقي، وذلك لسببين هامين و هما:

أولا انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان لأنه قد يثبت نسب الولد من الزوج ويبقى إجراء اللعان كسبب موجب للفرقة بين الزوجين، فنفي النسب ليس من ضرورة اللعان<sup>270</sup>، وهذا يتضح من خلال القواعد التي تحكم اللعان.

فالقاعدة التي تقضي بعدم جواز نفي النسب باللعان بعد الإقرار به لأن الزوج إذا تعذر عليه إقامة الدليل الحق في طلب إجراء اللعان لنفي النسب، لكن هذا الأمر مشروط بعدة قيود أهمها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بنسب الطفل، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 28 أكتوبر 1997 حيث جاء فيها:

270 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق، ص.115.

"من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل"<sup>271</sup>.

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر في 20 أكتوبر 1998 :

" من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والإجتهد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا".

و هذا كله جاء تأكيدا لما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر في 19 نوفمبر 1984 حيث جاء فيه: " بأن النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى و تصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها و لم يعارضها، فإنه بعدم إنكاره الحمل يوم سمع به، أو الولد حين ولادته في المدة القريبة التي يقرها الشرع لإجراء قواعد اللعان، يسقط حقه في إنكار النسب"<sup>272</sup>.

ويتضح من خلال هذا القرار بانه متى أقر الزوج بالنسب ضمنيا أو تصريحيا فإنه لا يملك نفيه، لأنه عندما أقر به فقد ثبت وهناك من يرى بأن تراجع الزوج عن إقراره بالنسب يعد قذفا أي اتهاما للزوجة بالزنا، مما يمكنها أن تدفع عن هذه التهمة بإجراء اللعان<sup>273</sup>، ويمكن للقاضي أن يوافق على إجراء الملاءنة دون أن يؤثر هذا الأمر في النسب، فالولد يبقى منسوباً إلى الزوج لكن يجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة<sup>274</sup>.

وبناء على ما سبق فإن إجراء القاضي للملاءنة لا يمنع من إجراء الفحص الطبي، لأن إجراء الملاءنة يتم للتفريق بين الزوجين و إجراء الفحص يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج هو الأب الحقيقي أم

271 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم 172379، م.ق، ع.خاص، 2001، ص.70.

272 - المحكمة العليا، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق، ع.01، 1999، ص.67.

273 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة.....، المرجع السابق، ص.116.

274 - أنظر، جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ع.01، ص.11.

لا، فإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد انتفاء النسب فيصبح اللعان سببا موجبا للفرقة ولنفي النسب وإذا كانت نتيجة الفحص تؤكد ثبوت النسب من الزوج، حكم القاضي بلزوم النسب دون أن يتعارض هذا الأمر مع الفرقة بين الزوجين.

أما القاعدة الثانية التي تحكم اللعان هي عندما يكذب الزوج نفسه بعد إجراء اللعان فإن هذا الأمر يزيل نفي النسب كأثر من آثار الملاعنة و هذا الأمر لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة على عكس التشريعات الأخرى كالمشرع السوري في المادة 219 منه بقولها: " إذ اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام ونفي النسب لزمه نسب الولد ولو بعد الحكم بنفيه"<sup>275</sup>.

ومن خلال هذه القاعدة يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة بين الزوجين، ولكن يعطل أثر اللعان في نفي النسب، إلى غاية ظهور نتائج الفحص الطبي فإذا ثبت الفحص بأن الطفل ابن الزوج يثبت النسب ويبقى اللعان سببا للفرقة بين الزوجين وبهذا يرتفع التعارض بين استخدام البصمة الوراثية في حالة الدلالة على ثبوت النسب وبين إجراء اللعان وأثره النافي للنسب.

ثانيا انتفاء النسب عن طريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين، بمعنى أن نفي النسب كأثر لللعان يقوم على الشك لا على اليقين، لأنه إما أن يكون الزوج صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فنسبة الصديق تكون بـ 50 بالمائة و طالما أن الأمر محل شك، فليس من العدل أن نعطي للزوجة الحق في طلب إجراء الفحص الطبي لقطع الشك باليقين، خاصة في زمن تطورت فيه العلوم الطبية وأصبحت تقدم نتائج يقينية لمعرفة الأب الحقيقي للولد<sup>276</sup>.

275 - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة لسنة 2000 م.

276 - ويجب الإشارة إلى أنه إذا نفي الزوج ابنه و تم اللعان بنفيه له، انتفى نسبه من أبيه و سقطت نفقته عنه، و انتفى التوارث بينهما، و لحق بأمه، فهي ترثه و هو يرثها، ويعامل الولد كأنه ابنه من باب الاحتياط، ولو قتله لا قصاص عليه و تثبت المحرمية بينه و بين أولاده و لا يعد مجهول النسب فلا يصح أن يدعيه غيره؛ السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405 هـ - 1985 م، ص.234.

## 2- البصمة الوراثية ومدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

إن مسألة إجبار شخص على تقديم دليل لإدانة نفسه لا تزال تعد استثناء من الأصل العام الذي بمقتضاه يمنع إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه<sup>277</sup>، تماشيا مع المادة 03/04 و 04 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1998، إذ تعتبر أنّ أخذ العتاد الخلوي من أجل فحص الحمض النووي، يتم فيه إجبار الشخص المعني على تقديم دليل ضد نفسه<sup>278</sup>.

وفي الجزائر، نصت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي"، وبالتالي يبقى الشخص بريئا إلى أن تثبت إدانته نهائيا من طرف القضاء الجزائري.

ويتماشى هذا التصور مع مبدأ حياد القاضي، ذلك المبدأ الذي يجعل موقف القاضي سلبيا هو الآخر، فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها أصحاب الخصومة وفقا للإجراءات التي يضعها القانون دون تدخل من جانبه<sup>279</sup>.

وبناء على هذا فالأخذ بالبصمة الوراثية يعتبر انتهاكا لهذا المبدأ، ذلك لأنها تقوم بإجبار الأب وأولام على الخضوع للفحص الطبي و هذا يعد إجبارا و إلزاما للشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهو ما يجعله دليلا باطلا<sup>280</sup>.

ونجد أن الاتجاهات الحديثة تتجه إلى رفض قاعدة " عدم إجبار المتهم على تقديم دليل ضد نفسه" وترى أنه على الخصوم المشاركة والمعاونة في الإثبات و قد بنوا رأيهم هذا على التمييز بين

277 - مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية و حجيتها .....، المرجع السابق، ص.202.

278 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.370.

279 - خالد بوزيد، النسب في تشريع الأسرة .....، المرجع السابق ، ص.122.

280 - أنظر، عبد العالي حاجة، رياض دنش ، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، مجلة منتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ع.04، ص.85.



عبء الإثبات وبين عبء إقامة الدليل، فعبء الإثبات هو العبء السليبي للإثبات والذي يتحمله شخص واحد فقط وهو الشخص الذي يدعي خلاف الظاهر، أما عبء إقامة الدليل، والمقصود به العبء الإيجابي بمعنى عبء تقديم الأدلة التي تساعد في الكشف عن الحقيقة وهذا العبء يتحمله الطرفان معا<sup>281</sup>.

وبالنسبة لاستجواب الخصوم، يتضح أن للقاضي صلاحية طلب حضور الخصم لاستجوابه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه، وقد يهدف الاستجواب إلى الحصول على إيضاحات متعلقة بالواقعة محل النزاع، يستفيد منها الخصم في الوصول إلى الحقيقة في شأن وقائع الدعوى المعروضة عليه، وهكذا يمكن أن يحتكم الخصم الذي لا دليل له على صحة ما يدعيه إلى ضمير خصمه، فهنا يلجأ الخصم الذي يعوزه الدليل إلى طلب توجيه اليمين إلى خصمه، يلزمه فيه بأن يقول الحقيقة . صحيح أنه من المتصور أن يحلف من وجهت إليه اليمين كذبا ولا يقول الحقيقة، ويعتبر الحلف كذبا معصية دينية، وكذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون، إنها مظهر آخر من مظاهر واجب تعاون الخصوم في الكشف عن الحقيقة<sup>282</sup>.

كذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضبطية القضائية أو وكيل الجمهورية بتفتيش المتهم أو منزله إذا كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها، ونفس الغاية التي يسعى إليها المشرع من خلال إجازته للبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب.

وهكذا يتبين أن الخصوم أنفسهم مكلفون بالتعاون في الكشف عن الحقيقة ومن هنا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب أو نفيه وبين مبدأ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

281 - محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي .....، المرجع السابق، ص.75؛ مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية وحجيتها .....، المرجع السابق، ص.205.

282 - أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.371.

### 3- البصمة الوراثية و مدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد:

تستوجب معصومية أو حرمة جسم الإنسان حظر كل عمل أو فعل من شأنه أن يشكل مساس بهذا الجسم، فيحظر على كل شخص الاعتداء على غيره والمساس بجسده أو بعضو من أعضائه، فجسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء وكل مساس بجسم الإنسان يدخل كأصل عام في دائرة التعدي غير المشروع والموجب لقيام المسؤولية القانونية<sup>283</sup>.

وقد كرس الدستور الجزائري حقوق الإنسان لا سيما من خلال المادة 34 و التي تنص: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس بسلامة الإنسان"، والمادة 37 منه والتي تنص: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون".

وعليه فإن مبدأ حرمة الجسم الإنساني يتعارض مع لجوء القاضي إلى إجبار الشخص على خضوع للمساس بجسمه وذلك بإخضاعه للفحص الطبي، سواء من أجل إثبات النسب أو نفيه".

لكن في الحقيقة هذا المبدأ ليس مبدأ مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي تقتضيها المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، لأنه إذا نظرنا إلى الواقعة والمتمثلة في حالة الكشف عن حقيقة نسب الطفل من خلال عينة تؤخذ من جسم المدعى عليه في حالة إنكاره له نجد أن حق الطفل في معرفة حقيقة نسبه لا تقل أهمية من مبدأ المساس بجسم الإنسان، خاصة و أن هذا الحق لا يتعلق بشخص واحد وإنما هو حق مشترك بين الله والأب والأم إضافة إلى كونه من أهم الحقوق المتعلقة والمقررة للطفل<sup>284</sup>.

كما أن أخذ عينة من جسم المدعى عليه ليس بالاعتداء الخطير الذي يمس سلامة الجسم بسهولة الحصول على المادة الجينية، ف شأنها شأن أي إجراء طبي روتيني يقوم به الإنسان، لذلك يجوز إجبار

283 - مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية و حجيتها.....، المرجع السابق، ص. 207؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2007، ص. 358-359؛ رابع طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2010، ع. 07، ص. 135.

284 - أنظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، د.س. ن، ص. 06.

الشخص للخضوع للفحص الطبي من أجل إثبات النسب أو نفيه وذلك لغاية حفظ الأنساب ومنعها من الاختلاط وصون كرامة الطفل، وبهذا يرفع التعارض بين البصمة الوراثية ومبدأ معصومية الجسد<sup>285</sup>.

## ب- العوائق المادية لتطبيق البصمة الوراثية:

إن المشكل دائما في الجزائر هو كيفية ووسائل تطبيق القانون لأن المادة القانونية التي تحمي موجودة لكن التطبيق غير موجود وهذا ما سنراه أيضا في البصمة الوراثية.

### 1- وجود مخبر علمي وحيد:

إن أهم ما يقف عائق أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما وفي الجزائر خصوصا هو العائق المادي، إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة على مستوى جيد بأحدث التجهيزات وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالإعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة ومن جهة أخرى على خبراء وأخصائيين، وفي الجزائر فإن مخبر ADN الذي تم تدشينه بتاريخ 2004/07/22 يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية و هو يساهم بدور فعال في المجال الجنائي و يفترض أن يكون له دورا أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه، إلا أن اعتماد بلادنا على

<sup>285</sup> - وقد أقر القانون الفرنسي إجراء البصمة الوراثية في عملية التعرف على الشخص لكن يكون في إطار تحقيق أثناء إجراء قضائي أو لغايات طبية أو بحث علمي، وهو ما نصت عليه المادة 16-11 من القانون الفرنسي و التي تنص:

Art 16-11 du c.civ.fr : « L'identification d'une personne par ses empreints génétiques ne peut-être recherchée que :

- 1- Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;
- 2- A des fins médicales ou de recherche scientifique ;
- 3- A ux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identification de personnes décédées ».

مخبر وحيد وموجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني وهذا يؤدي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى<sup>286</sup>.

لأنه يتطلب اللجوء إلى الطرق العلمية توافر مخابر ذات جودة عالية وتقنية محظرة نظرا لصعوبة استعمال الوسائل المستخدمة في هذا المجال كما أنه يتطلب العمل بالبصمة الوراثية الإمام الشامل بعلم الجينات وكل الأنظمة في هذا المجال، الذي يركز على الفرضيات والحالات النادرة واستعمال بعض المفاعلات صعبة ومعقدة فمثلا أثبت الخبراء بأنه يتطلب استعمال على الأقل 20 نظام في هذا المجال للوصول إلى النتيجة الحتمية في الإثبات أو النفي<sup>287</sup>.

## 2- مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يركز في الأساس على ضرورة توافر آليات وهياكل 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 والاقتصادية للمواطن الجزائري، مما يستدعي القول بأن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا<sup>288</sup>.

وبالإضافة إلى كل ما قلناه في النسب كسبب أساسي ومهم في تدعيم وتثبيت العلاقة بين الأب وإبنة، فإن الولاية على النفس لا تقل أهمية عن النسب كوسيلة للحفاظ على الولد و هذا ما سنراه في الفصل الموالي.

<sup>286</sup> - أنظر الموقع بتاريخ 2017/10/19: [droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post\\_5528.html](http://droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post_5528.html)

<sup>287</sup> - أمال علال بوزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري.....، المرجع السابق، ص.373.

<sup>288</sup> - أنظر، الموقع بتاريخ 2017/10/19: [www.startimes.com/?t=27698447](http://www.startimes.com/?t=27698447)

## الفصل الثاني

### أحكام الأبوة في الولاية على النفس

الولاية على النفس هي سلطة الوالي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانتته، وحفظه وتأديبه وتربيته وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه.

ويعد البيت الركيزة الأساسية للتربية والمؤثر الأول في الولد، باعتباره ينشأ وينمو في ظله في أولى مراحل عمره، وهذه المرحلة في حياته يكون محل تأثر تام بما يحيط به في أجواء الأسرة وخارجها، فهو يولد صفحة بيضاء والمجتمع يكتب عليها ما يشاء.

فالمولود في طفولته، يحتاج إلى من يرعاه و يقوم بشؤون حياته، من طعام و شراب ولباس، ولما كان الوالدين هما أقرب الناس إليه و أرفق به، فقد جعل الشارع رعاية مصالحه إليهما، ولما كانت الأم أقدر وأصبر على تربية الطفل في المرحلة الأولى من حياته ، فقد فوض إليها أمر حضانتته و تربيته، وجعل للأب ولاية التصرف على نفسه وماله، لأنه أصلح لهذه الولاية وأقدر عليها من الأم.

لذلك كانت الولاية خطرا كبيرا ودورا كبيرا في تربيته، لهذا كان على الأب خاصة وأي ولي عموما مسؤولية كبيرة يجب عليه القيام بها، لأن الولد قبل بلوغه يكون عاجزا عن القيام بتلك الأمور كلها بنفسه من صيانة وتربية وتعليم وزواج وغيرها حيث لا يدرك وجه المصلحة، لهذا اقتضت حكمة المشرع أن يكل أمرهم إلى من له هذه الأهلية، ليحفظهم من الأذى و يربيهم تربية صالحة في دنياهم، حتى إذا تحطوا هذه المرحلة التي تتسم بالضعف وعدم التمييز بين الأشياء ووصلوا إلى مرحلة تؤهلهم لمواجهة المجتمع و وكل إليهم أمرهم.

فالولاية على النفس تستمر على الولد حتى يبلغ عاقلا مأمونا على نفسه مستغنيا عن أبيه، حتى إذا ما وصل إلى هذه المرحلة لم يبقى للأب الحق في إمساكه وصار أولى بنفسه.

ولهذا سنتكلم بداية عن الحضانة والتي نظمها المشرع من المادة 62 إلى 72 من قانون الأسرة في المبحث الأول، ثم ننتقل إلى الولاية في الزواج التي نظمها المشرع في مواد متفرقة وهي المادة 09 مكرر و 11 و 13 و 33 من قانون الأسرة في المبحث الثاني.

## المبحث الأول

### أحكام الأبوة في الحضانة

إن من أهداف الزواج تحقيق الأُنس والراحة والطمأنينة بين الزوجين وتربية أولاد ورعايتهم وزرع فيهم بؤادر المحبة والتسامح، فالمحزون "الطفل" يعد برعم الحياة، لذلك غداً حقه في هذه الحياة حقاً أساسياً يتفرع منه العديد من الحقوق تَحْمِيهِ وتَحِيْطُهُ بالأمان لغاية تأهيله جسدياً وعقلياً ونفسياً واجتماعياً لتولي زمام أموره، والتعرف على واجباته نحو مجتمعه واتجاه الآخرين<sup>289</sup>.

وعليه فإن الحضانة تعتبر واحدة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية وكذا قوانين الأحوال الشخصية العربية، وذلك لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار، وهذا نتيجة للوفاة أو الطلاق، الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين، والذي من شأنه أن يؤدي إلى نزاع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغار.

ونظراً لأن الحضانة تعتبر وسيلة لرعاية شؤون الطفل بغرض المحافظة عليه وحمايته من عوامل الانحراف والانحلال، مما يمكنه أن يكون فرداً صالحاً وسط مجتمعه، مما يقتضي وضعه تحت أياد أمينة مؤهلة لمثل هذه الواجبات، لأجل ذلك عرفت الحضانة تنظيمًا شرعياً وقانونياً .

بحيث قررت كل التشريعات العديد من الأحكام، لتحقيق الهدف المقصود من الحضانة، وحددت من خلال النصوص والاجتهادات، المقصود بالحضانة ومن له الحق فيها، وكذا بينت شروط الحضانة، ومراتب الحاضنين بحسب القرابة، وكل ما يتناسب مع طبيعة الموضوع، وصحيح من قال أن "قانون

289 - زكية حميدو، مصلحة المحزون في .....، المرجع السابق، ص.36.

اليوم دولة أمراؤها الأطفال"، لذلك قد نظم قانون الأسرة الجزائري موضوع الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة.

وبدورنا نحن قسنا هذا المبحث الخاص بالحضانة إلى ثلاث مطالب سنتكلم في المطلب الأول عن مفهوم الحضانة، والمطلب الثاني فخصصناه لضوابط إسناد الحضانة، أما المطلب الأخير فستكلم فيه عن حالات سقوط الحضانة عن الأب.

## المطلب الأول

### مفهوم الحضانة

لا شك أن الطفل يكون في بداية حياته عاجزا عن القيام بتدبير أموره بنفسه فهو لا يدرك ما ينفعه مما يضره، وهو يستمر على هذه الحال إلى حين بلوغه سنا تمكنه من القيام بتنظيم شؤونه ومصالحه بنفسه.

من هنا كان لا بد أن يكون هناك من يقوم بتربيته و إدارة مصالحه والعناية به حتى بلوغه السن، وهذه الفترة التي يبقى فيها الطفل غير قادر على العناية بأموره تسمى بفترة الحضانة، أما الشخص الذي يقوم بالعناية بأموره فيسمى الحاضن، خاصة و أن قانون الأسرة المعدل في 2005 قد جعل الأب في المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم في الحضانة وذلك في المادة 64 من قانون الأسرة بقولها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب.....".

و للتعلم أكثر في معنى الحضانة سنقوم بداية بتعريفها والتكلم بدورنا على حكم مشروعيتها (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الأنظمة المشابهة للحضانة للتمييز بينها وبين الحضانة (الفرع الثاني)، وأخيرا ذكر الطبيعة القانونية للحضانة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف الحضانة و حكم مشروعيتها

تبدأ مرحلة الحضانة أو الطفولة المبكرة كما يسميها البعض، من سن الرضاعة حتى إلى السنوات الأولى من عمر الطفل، الذي يتسم بنمو سريع في هذه المرحلة، ويتميز بالاتزان الفسيولوجي ومحاولته للحركة، وميله إلى التعرف على البيئة المحيطة به، لأجل ذلك سنقوم بتعريف هذه المرحلة (أولاً)، ثم نتطرق إلى حكم مشروعيتها(ثانياً).

#### أولاً : تعريف الحضانة

من خلال هذا العنصر سوف نتعرف على مصطلح الحضانة من خلال تعريفه من الناحية اللغوية(أ)، مروراً بتعريفها عند فقهاء الإسلام(ب)، وفي الأخير سنتكلم عن تعريفها في قانون الأسرة الجزائري(ج).

#### أ- تعريف الحضانة لغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما وبالضاد المعجمة مصدر الحاضن والحاضنة، وهما الموكلان بالصبي يحفظانه ويعرفانه ويربيانه<sup>290</sup> وقد ورد قول عروة بن الزبير<sup>291</sup>:عجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضانا لأبناء الملوك، أي مربين و كافلين<sup>292</sup>.

والحضانة مشتقة من مادة حضن بكسر الحاء، والحاء و الضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته<sup>293</sup>، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعضدان وما

<sup>290</sup> - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.01، المرجع السابق، ص.911.

<sup>291</sup> - هو عروة بن الزبير كان يكنى بأبي عبد الله، أمه أسماء بنت أبي بكر، وأبوه الزبير بن العوام أحد المبشرين بالجنة، كان فقيهاً، كثير الحديث، ثبتاً مموثقاً؛ علي بن عمر الدارقطني، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم، ج.01، ط.01، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان ، 1985، ص.276-277.

<sup>292</sup> - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.01، المرجع السابق، ص.911.

<sup>293</sup> - أنظر، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج.01، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع، د.م.ن ، 1989، ص.239.



بينهما، والحضن: الجنب مثل حمل و أحمال، و الجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك<sup>294</sup>.

وفي قول أسيد بن حضير: أنه قال لعامر بن الطفيل أخرج بدمتك لئلا أنفذ حضنيك يقال احتضنت الشيء، جعلته في حضني، ونواحي كل شئ أحضانه، وحضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه، أو رباه كما تحتضن المرأة ولدها فتحملته في أحد شقيها، وكما يحتضن الطائر بيضه، حضنا إذا جثم يكتفه بحضنه<sup>295</sup>.

### ب- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي:

عرف الفقهاء القدامى و المحدثون الحضانة بتعريفات تكاد تكون واحدة تدور حول معنى واحد وإن أطال البعض في التعريف، واختصره البعض الآخر.

### 1- تعريف الحضانة عند الفقهاء القدامى:

عرف الفقهاء القدامى الحضانة كما يلي:

عرفها الحنفية بعدة تعريفات، فعرفها الكساني بقوله: "حضانة الأم ولدها، وضعها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه عن أبيه، ليكون عندها، فنقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه"<sup>296</sup>، وعرفها ابن عابدين بأنها: "تربية الأم أو غيرها، ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة، قبل الفرقة أو بعدها"<sup>297</sup>، أما السرخسي فعرفها بأنها: "للجارية، وإن استغنت عن التربية، فقد احتاجت إلى تعلم الغزل و الطبخ وغسل الثياب، والأم على ذلك أقدر"<sup>298</sup>.

294 - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.01، المرجع السابق، ص.911.

295 - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، نفس المرجع.

296 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.04، المرجع السابق، ص.40.

297 - أنظر ، محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار، ج.03، طبعة الحلبي، مصر، د.س.ن، ص.555.

298 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.05، المرجع السابق، ص.107.

فتعريف الحنفية و خاصة ابن عابدين هو في الحقيقة تعريف عام وشامل، ويتفق مع المعنى اللغوي حيث تحدث عن طرفي الحضانة، الحاضن والمحضون وقد بدأ التعريف بكلمة التربية، والتربية بمفهومها مصطلح عام يعني التنمية، يشمل المأكل والمشرب، وتقديم كافة الخدمات<sup>299</sup>.

عرفها المالكية كذلك بعدة تعريفات، فقال الدسوقي بأنها: "حفظ الولد، والقيام بمصالحه"<sup>300</sup>، وعرفها الرهوني بأنها: "وجوب كفالة الأطفال الصغار، لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يريبه، حتى يقوم بنفسه"<sup>301</sup>.

ويعد تعريف المالكية أقل ضبطاً من تعريف الحنفية لأنه أشار إلى المحضون وفي معنى مضمّر إلى الحاضن، وكان الأولى أن يشير بوضوح إلى الحاضن فيمكن لأي شخص أن يقدم الخدمات للمحضون، ويقوم بمصالحته، أما الحاضن فيجب أن تتوفر فيه الشروط وقيود معينة كي يستحق الحضانة<sup>302</sup>.

وعرفها الشافعية هم كذلك بعدة تعريفات، فقال الرملي بأنها: "حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه و دفع ما يضره"<sup>303</sup>، و عرفها الشربيني بأنها: "حفظ من لا يستقل بأموره نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل و كبير مجنون و تربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه، بتعهده بطعامه، وشرابه ونحو ذلك"<sup>304</sup>.

299 - أنظر، عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 1424هـ-2003، ص.08.

300 - أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ج.3، ج.4، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن.، ص.526.

301 - أنظر، الرهوني، حاشية الرهوني على شرح مختصر خليل، ج.04، دار الفكر، لبنان، 1978، ص.249.

302 - عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي.....، المرجع السابق، ص.08.

303 - أنظر، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، تحاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، ج.07، ط.03، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ الموافق لـ 2003م، ص.241.

304 - أنظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.03، ط.03، طبعة الحلبي، القاهرة، 1946، ص.452.

أشارت هذه التعاريف إلى خصائص المحضون، وأوضح بعض مهام الحاضن دون الحديث عنه بشكل عام.

وعرفها الحنابلة بدورهم الحضانة بعدة تعريفات، فجاء عن الباهوتي بأنها: "حفظ الصغير ونحوه، كمجنون ومعتوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحة"<sup>305</sup>، وعرفها ابن قدامة بأنها: "كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنجاؤها من المهالك"<sup>306</sup>.

هذه التعاريف أغفلت ذكر الحاضن أو الحضانة، بالإضافة إلى سببها وحكمها ومدتها<sup>307</sup>.

## 2- تعريف الحضانة عند الفقهاء المحدثين:

اقتبس الفقهاء المحدثون تعريف الحضانة من الفقهاء القدامى، وإن طال البعض في تعريفهم أو أضاف بعض الكلمات المرادفة التي تؤدي نفس المعنى، وهذه التعريفات:

تعريف أبو زهرة للحضانة بقوله: "هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا"<sup>308</sup>.

وعرفها الجزيري بأنها: "حفظ الصغير والعاجز والمجنون، والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه، من تنظيف وإطعام، وما يلزم لراحته"<sup>309</sup>.

<sup>305</sup> - أنظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج.03، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص.496.

<sup>306</sup> - أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.08، ط.02، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1986 م، ص.297.

<sup>307</sup> - أنظر، كمال صمامه، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015، ص.20.

<sup>308</sup> - أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، د.م.ن، د.س.ن، ص.406.

<sup>309</sup> - أنظر، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.04، ط.02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.594.

### ج- تعريف الحضانة في القانون:

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، مما يلاحظ من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري ذهب إلى توضيح أهداف الحضانة، وعرفها من الجانب الروحي والعائدي للطفل، ومحاولة تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي وأراد أن يلفت الحاضن إلى رعايته تجاه المحضون وأهله، إذ يحتاج إلى ذي أهلية<sup>310</sup>، ويتضح جليا من خلال المادة 62 من قانون الأسرة أن الحضانة تتمثل أساسا في:

- تعليم الولد دين أبيه ويكون بذلك قد سائر المشرع الجزائري رأي الفقهاء القائل بجواز زواج المسلم بغير المسلمة وذلك مشار إليه بمفهوم المخالفة في المادة 30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02-05 عندما نص على التحريم المؤقت، وما يثبت ذلك هو تأكيد المشرع في المادة 62 من قانون الأسرة على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...".

أي أن الحضانة الأم قد تكون غير مسلمة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي<sup>311</sup>.

<sup>310</sup> - أنظر، سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج.01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.370.  
<sup>311</sup> - وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية .

ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال- قضا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة ومن جديد إسنادها إلى الأب فإن بقضائهم أصابوا بخصوص الولدين بإعتبارهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 67 من قانون الأسرة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة "؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/03/13، ملف رقم 52221، م.ق، 1993، ع.01، ص.48.

- السهر على حمايته بحيث تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب سواء كانت المعنوية أو المادية، فيجب أن يكون المحضون محمي من كل عنف جسدي كالضرب وغيره، أو عنف لفظي كترهيبه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا أو عقليا، كما أن حمايته تتطلب أيضا تأديبه وتنشئته النشأة السوية وعليه أن يؤدب في حدود ما يسمح به الشرع والقانون<sup>312</sup>.

- حمايته خلقيا، بمعنى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا صالحا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء، ضف إلى ذلك يجب أن يكون الحاضن متخلقا ومثلا حيا عن الأخلاق حتى ترسخ في المحضون.

- حمايته صحيا، لأن التكفل الصحي بالمحضون من بين أهم المسؤوليات الملقاة على الحاضن ذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا، ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقي التعليمات الدورية في وقتها و عرضه على الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأن تعريف قانون الأسرة للحضانة الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة<sup>313</sup> على رغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها يعتبر أحسن تعريف من حيث شمول حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية، لذلك فإنه يعتبر من نافلة القول أنه يجب على القاضي عندما يحكم بالطلاق ويفصل في حق الحضانة والزيارة أن يراعى هذه العناصر كلها. ومن أهمها حاجيات المحضون ومصالحته، لذلك فإذا أغفل القاضي بيان مصلحة الطفل بدقة ووضوح في حيثيات حكمه يمكن أن يكون معييا بنقص أو عدم كفاية التسبيب ويتعرض للإلغاء<sup>314</sup>.

312 - أنظر، باديس دياي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص.126.

313 - عرفت كذلك مدونة الأسرة المغربية الحضانة في المادة 163 منها بقولها: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، و القيام بتربيته و مصالحه. على الحاضن، أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".

314 - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2007، ص.139.

هذا بالنسبة لتعريف الحضانة لغة واصطلاحاً وحتى قانوناً لكن ما حكم الحضانة شرعاً.

### ثانياً: حكم مشروعية الحضانة

إن الحضانة واجبة بكتاب الله وسنة رسوله، وهذا الوجوب يكون عينياً في بعض الأحوال و كفايياً في بعضها الآخر .

#### أ- مشروعية الحضانة في القرآن الكريم:

لم يرد لفظ الحضانة في القرآن الكريم وإن دل عليه باستعمال ألفاظ أخرى مثل قوله " لا يكفل " وأيضاً قوله بلفظ "الرضاعة و الكسوة والإعاشة والرعاية وغيرها".

فأول دليل قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾<sup>315</sup>.

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة هو أنها تحدثت عن المطلقات اللاتي لهن أولاد، فالمطلقة أحق برضاعة ابنها إن رضيت بإرضاعه، وإن فطم فالأم أحق بحضانتها ما لم تتزوج بزواج آخر، وإذا كانت المطلقة أولى بالرضاع والحضانة، فمن باب أولى أن تثبت للزوجات حال قيام الزوجية<sup>316</sup>، وعليه فإن هذه الآية دلت بوضوح على مشروعية الحضانة وأن الأم أحق بها من غيرها.

أما الدليل الثاني فهو قوله تعالى: ﴿ ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَهْمُ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾<sup>317</sup>، وقوله من يكفل مريم أي من يحضنها.

315 - سورة البقرة، الآية 233.

316 - أنظر، أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي معالم التنزيل، ج.01، دار طيبة، السعودية ، 1409 هـ، ص.316-317.

317 - سورة آل عمران، الآية 44.

ب- مشروعية الحضانة في السنة النبوية الشريفة:

وردت عدة أحاديث تدل على مشروعية الحضانة منها: "أنه خرج النبي فتبعتهم ابنة حمزة يا عم يا عم فتناولها علي فأخذ بيدها وقال لفاطمة دونك ابنة عمك حملها، فاختصم فيها علي وزيد وجعفر فقال علي: أنا أحق بها و هي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، قال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم...<sup>318</sup>.

ووجه الدلالة في هذا الحديث على أن الحضانة مشروعة، وأن الخالة تقدم في حالة النزاع.

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا، كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>319</sup>.

وروي أن امرأة جاءت، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهما عليه"، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به<sup>320</sup>.

ج- مشروعية الحضانة في الإجماع:

لا خلاف بين أحد على مشروعية الحضانة، و دليل ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلب جميلة أم عاصم الأنصارية، ثم أتى عليها، وفي حجرها عاصم و أراد أن يأخذ منها، فتجاذباه

<sup>318</sup> - أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.07، ط.01، دار طيبة للنشر و التوزيع، الرياض، 2005، ص.171-172.

<sup>319</sup> - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.07، المرجع السابق، ص.112؛ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، منشورات دار طليطلة، الجزائر، سنة 2010، ص.150؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.303.

<sup>320</sup> - أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، ج.02، المكتبة الثقافية، بيروت، 1408 هـ الموافق لـ 1988، ص.767.

بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فقال أبو بكر لعمر: "خل بينهما وبينه، فإن مسحها وحجرها ويرجها خير له منك، حتى يشب الصبي" والصحابة حاضرون متوافرون، ولم ينكر أحد منهم ذلك، فكان إجماعاً<sup>321</sup>.

بالإضافة إلى هذه التعاريف الخاصة بالحضانة وحكم مشروعيتها إلا أنها لا تكفي بل لا بد من تفرقتها مع بعض الأنظمة المشابهة لها وهذا ما سنراه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### الأنظمة المشابهة للحضانة

قد يختلط مصطلح الحضانة، بغيره من المصطلحات المشابهة لها والقريبة منها، كالولاية على النفس (أولاً)، والرضاع (ثانياً) والكفالة (ثالثاً).

### أولاً : الحضانة و الولاية على النفس

تعرف الولاية على أنها قوة شرعية يملكها الشخص في التصرف في شؤون غيره جبراً عليه<sup>322</sup>، وقد اختلف الفقه حولها خاصة وأنه هناك تقارب وتداخل كبير بين المصطلحين، ففريق من الفقهاء قالوا بأن الحضانة جزء من الولاية عن النفس<sup>323</sup>، وذهب آخرون بأن الحضانة منفصلة عن الولاية ومستقلة عنها<sup>324</sup>.

321 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.08، المرجع السابق، ص.191؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع....، ج.05، المرجع السابق، ص.203.

322 - أنظر، أحمد الحصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط.02، دار الليل، بيروت، 1992، ص.06.

323 - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.718؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.404؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص.96.

324 - أنظر، عاصم أنور سليم، حقوق الطفل، المكتبة القانونية، الناشر المكتب الجامعي الحديث، د.م.ن، 2001، ص.147؛ زكريا أحمد البري، أحكام الأولاد في الإسلام، نشر الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن، ص.39.



وللتوضيح أكثر التقارب بين المصطلحين سنورد أوجه الشبه والاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس، فأهم شبه بين الحضانة والولاية على النفس يكمن في الهدف الذي يشترك فيه كليهما وهو تحقيق مصلحة الطفل، لأن حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه تعتبر سببا لقيام كل من الولاية والحضانة<sup>325</sup>.

وتختلف الحضانة عن الولاية على النفس من حيث المصدر و الموضوع ومن سن الطفل، ومن حيث أحد شروطها وأخيرا من وقت انتهاء كل منهما.

فمن حيث المصدر تعتبر الحضانة مؤسسة من إنشاء الشريعة الإسلامية، فهي مؤسسة طبيعية على خلاف الولاية على النفس التي تعد مؤسسة من القانون المدني والأسري<sup>326</sup>، ومن حيث الموضوع هو أن الحضانة تكمن في تنشئة الطفل تنشئة سليمة من خلال تلبية حاجياته المادية كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيفه وحاجياته المعنوية كالحنان والرأفة والمداعبة<sup>327</sup>، بينما الولاية على النفس فهي تشمل التربية بمعناها الواسع<sup>328</sup>.

ومن حيث سن الطفل تمارس الحضانة منذ ولادته في المرحلة الأولى على عكس الولاية التي تكون بعد ذلك، فهناك من الفقه من يقسم الولاية إلى ثلاثة أنواع: ولاية التربية والتي تشمل الحضانة، ثم تأتي الولاية على النفس، وبعد ذلك الولاية على المال<sup>329</sup>.

أما من حيث وحدة الدين ففي الحضانة لا يشترط وحدة الدين بين الحاضن والمحضون إذا كانت الحاضنة امرأة على عكس الولاية على النفس.

325 - زكية حميدو، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق، ص.91؛ كمال صمامه، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، المرجع السابق، ص.19.

326 - زكية حميدو، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق، ص.92.

327 - أنظر، محمد فاروق النبهان، أهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، 1988، ع.03، ص.72.

328 - زكية حميدو، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق، ص.93.

329 - انظر، محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية و القانون، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص.64.

## ثانيا : الحضانة و الرضاع

يقصد بالرضاع هو الحصول على لبن امرأة لقوله تعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾<sup>330</sup>.

وتشبهه كل من حق الرضاعة وحق الحضانة في أنهما من حقوق الطفل، تثبت له بعد الولادة ويعتبران من مستلزمات تربيته وتنشئته، بحيث يستوجب أن توفر له مرضعة أو حاضنة للطفل لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾<sup>331</sup>.

أما أهم الاختلافات بين الرضاعة والحضانة، فمن حيث المدة تبدأ الرضاعة من يوم الولادة إلى غاية اكتمال سنتين من عمر الطفل، أما الحضانة فهي تبدأ من الولادة إلى بلوغه سن معينة تزيد عن السنتين وقد حددها القانون في المادة 65 من قانون الأسرة بـ 10 سنوات بالنسبة للذكر وبلوغ سن الزواج بالنسبة للإناث.

أما من حيث الوقت المخصص لها فالرضاعة وقت محدد ومخصوص، أما في غير وقتها المحدد، فلا يعتبر مص ثدي آدمية رضاعة، أما الحضانة فهي غير محددة و وقتها أوسع<sup>332</sup>.

أما بخصوص التحريم فالرضاعة كما هو معروف تعتبر سببا لتحريم الزواج، من الأمهات والأخوات و غيرهن لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرَّضَاعَةِ...﴾<sup>333</sup>، على عكس الحضانة التي لا تعتبر سببا للتحريم.

330 - سورة البقرة، الآية 233.

331 - سورة الطلاق، الآية 06.

332 - أنظر، هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقات الدولية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013، ص.50.

333 - سورة النساء، الآية 23.

### ثالثا : الحضانة والكفالة

لقد عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة بأنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي".

فالوجه الشبه بين الكفالة والتبني بأن كلاهما يسعيان إلى تربية الطفل ورعايته أما الفرق بينهما فيمكن في أن الكفالة لا تستند إلا بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام الموثق، أو أمام المحكمة المختصة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي<sup>334</sup>.

كما أن الكفالة عبارة عن التزام عقدي يكون بدون مقابل، وهذا بخلاف الحضانة التي يجوز فيها للحاضن، أن يتقاضى أجره مقابل خدمة المحضون<sup>335</sup>، بالإضافة إلى هذا فإن الحضانة غرضها مد الحنان والرعاية دون أن يلزم الحاضن بالنفقة على المحضون أما الكفالة فتلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، وهذا ما جاء في المادة 75 من قانون الأسرة<sup>336</sup>، بحيث جعلت نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى من تجب عليه النفقة على عكس المادة 116 من قانون الأسرة الخاصة بالكفالة التي ربطت التربية و الرعاية بالنفقة.

كما أن الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانه والديه أو غيرهما، بينما الكفالة فتطلق على الطفل الذي يكون عند غير والديه<sup>337</sup>، ومصطلح المحضون يطلق على الطفل معروف النسب، أما الطفل المكفول فلا داعي بأن يكون معروف النسب، فيجوز التكفل بطفل معلوم النسب أو مجهول النسب.

334 - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.98.

335 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.734-735.

336 - تنص المادة 75 من قانون الأسرة: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...".

337 - أنظر، أبو زيد رشدي شحاتة، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2012، ص.44.

وأخيرا اشترط المشرع الجزائري في المادة 118 من قانون الأسرة<sup>338</sup> الإسلام في الكافل، في حين أنه لم يشترطها في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحدا في الدين مع المحضون<sup>339</sup>.

كما أن الكفالة في القانون الجزائري تبقى مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما أو التخلي عنها و هي طريقة لإنهاء عقد الكفالة طبقا للمواد 124<sup>340</sup> و 125<sup>341</sup> من قانون الأسرة في حين أن انتهاء الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات مع إمكانية تمديدتها إلى 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة حسب الفقرة الأولى من المادة 07 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للفرق بين الحضانة والتبني، فالأولى هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا وهذا ما جاء في المادة 62 من قانون الأسرة.

هذا بالنسبة للأنظمة التي تتشابه وتقترب من الحضانة والتي لم يختلف عنها الفقهاء، وإنما اختلفوا حول طبيعة الحضانة و تكييفها.

338 - تنص المادة 118 من قانون الأسرة: " يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته".

339 - ركية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.100.

340 - تنص المادة 124 من قانون الأسرة: " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما بخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

341 - تنص المادة 125 من قانون الأسرة: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا التزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

## الفرع الثالث

### الطبيعة الشرعية والقانونية للحضانة

أمر الدين الإسلامي برعاية الأبناء و تربيتهم ، و الإنفاق عليهم حتى يصلب عودهم، ويتمكنوا من الاعتماد على نفوسهم في تدبير شؤونهم، يتولى الأولياء ما داموا متفقين ذلك، ويتحملان مسؤولية رعايتهم.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وتباينت قوانين الأحوال الشخصية في تكييف الحضانة من حيث كونها حق للحاضن، بحيث يستطيع استخدام هذا الحق كما يستطيع التنازل عنه لغيره أم هو واجب عليه بحيث يجبر قضاء عند امتناعه عن أدائها.

ولتوضيح ذلك سنتكلم عن طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية ورأي الفقهاء حولها ( أولاً )، ثم نتطرق إلى طبيعتها القانونية ( ثانياً ).

### أولاً: طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية

عند مراجعة أحكام الشريعة الإسلامية حول طبيعة الحضانة، كونها حق أو واجبا نرى أربعة اتجاهات مختلفة.

الاتجاه الأول: وهو يرى بأن الحضانة حق للحاضن وليست واجبة عليه، وبهذا قال الحنفية<sup>342</sup> والشافعية<sup>343</sup>، وقول عند المالكية<sup>344</sup> والحنابلة<sup>345</sup>.

342 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.05، المرجع السابق، ص.207.

343 - أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.03، ط.01، دار الوفاء للطباعة والنشر و التوزيع، المنصورة، 2001، ص.92.

344 - أنظر، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصحبي، المدونة الكبرى، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ-1994م، ص.360.

345 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع.....، ج.05، المرجع السابق، ص.363.

وبناء عليه، فإن له أن يمتنع من الحضانة، وإذا امتنع انتقلت إلى من بعده كما أنه ليس من حق أحد تجاوزه، وتقديم نفسه عليه، إلا إذا أسقط هو ذلك الحق، وله أن يأخذ الأجرة عليها<sup>346</sup>.

أما الاتجاه الثاني، فيرى بأن الحضانة واجبة على الحاضن، وهو قول عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وبناء عليه فليس للحاضن أن يسقط الحضانة، ولو امتنع أجبر عليها<sup>347</sup>، ولا تجب له الأجرة على الحضانة، إلا إذا كان فقيراً، ووجوبها حينئذ لفقره لا لحضانته.

أما الاتجاه الثالث: فيرى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والصغير، بحيث جمع هذا الاتجاه بين الاتجاهين الأول والثاني معاً، ولا شك أن الحضانة حق للمحضون، لأنها شرعت لأجله أصالة، وهي حق للحاضن، وبخاصة الأم و نحوها، إشباعاً لغريزة الأمومة عندها، وتلبية لتطلعها إلى رعايته وتربيته، فلا يجوز أن يترك المحضون دون رعاية، ولا يجوز لأحد أن يتجاوز الحاضن، ويأخذ حقه في الحضانة<sup>348</sup>، وهذا ما ذهب إليه الإمام البهوتي من الحنابلة<sup>349</sup>.

وفي الأخير نقول بأن الحضانة ليست واجبة على الحاضن وليس هذا تفويت لحق المحضون، لأن الحاضن حين يمتنع من الحضانة، يمتنع لأحد سببين: إما لأنه لا يرى نفسه قادراً على أداء حق المحضون، فلا يريد أن يتحمل أمانة ربما يقصر في أدائها، وإنما لأنه لا يملك من الحنان، و الحرص على المحضون ما يدفعه إلى قبول هذه المسؤولية، وفي الحالتين ليس من مصلحة المحضون أن يكون عند هذا الشخص .

346 - أنظر، محمود مجيد سعود الكبيسي، حقوق المحضون على الحاضن و نفقته، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة العالم الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، 1436، ص.29؛ زهير الأعرجي، النظام العائلي و دور الأسرة في البناء الاجتماعي الإسلامي، ط.01، مطبعة أمير، إيران، 1994، ص.140.

347 - أنظر، محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على در المختار حاشية ابن عابدين، ج.03، ط.02، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1987، ص.559-618؛ عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة للإمام مالك بن أنس، ج.02، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.س.ن، ص.940؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على.....، ج.02، المرجع السابق، ص.533.

348 - محمود مجيد سعود كبيسي، حقوق المحضون على.....، المرجع السابق، ص.30؛ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.196.

349 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع.....، ج.05، المرجع السابق، ص.491.

وحين لا يجبر هذا الحاضن فإن المحضون لا يضيع، لأن هناك حاضنا بديلا، يقوم على رعايته، فلا يتضرر المحضون برفض الحاضن، لكن لو تعين هذا الحاضن للمحضون، فإنه يجبر على الحضانة، لأن حضانته حينئذ واجبة<sup>350</sup>، وخلاصة القول هو أن الحضانة واجبة على المستحقين للحضانة وجوبا كفاءيا<sup>351</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للحضانة

إن معظم التشريعات العربية جعلت الحضانة حق و واجب في آن واحد سواء كان صاحب الحق هو المحضون أو الحاضن، فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عالج مسألة الحضانة من خلال المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وإن كان المشرع لم يتكلم عن الأب لكن يمكن إسقاط حالة الأم على الأب، وبالتالي هذه المادة جمعت بين حق الحضانة، وهذا من خلال اللفظ الصريح بكلمة حق، ومن جهة ثانية أن هذا الحق يسقط بالتنازل، وحق للمحضون الذي اشترط المشرع لصالحه بأن لا يضر بمصلحته.

وفي المادة 02/67 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : "و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، وكذا المادة 68 من قانون الأسرة: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

وعليه جعل المشرع مصير ممارسة الحضانة رهن إرادة صاحبها، ومنح حق المطالبة بها، في مدة لا تزيد عن سنة كاملة، وأكدت المادة 71 من قانون الأسرة من ذات القانون على أنه: "يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

350 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.07، المرجع السابق، ص.612.

351 - محمود مجيد سعود كبيسي، حقوق المحضون.....، المرجع السابق، ص.30.

وهذا ما يؤكد أن هذا الحق يكون للحاضن، إلا أن المشرع لم ينف هذا الحق لفائدة المحضون، وهذا ما ختمت به أغلب موادها بعبارة: مراعاة لمصلحة المحضون، أو بما لم يضر بمصلحة المحضون، وهذا ما جعل الفقهاء ينظرون إلى الحضانة من خلال التشريع الجزائري، على أنها حق للمحضون<sup>352</sup>. وهذا ما أكد عليه القضاء حيث جاء في قرار المجلس الأعلى الجزائري، الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1968 على أنه: "الحضانة حق و واجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال والحفاظ عليهم..."<sup>353</sup>.

وقد جاء كذلك في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 03 جويلية 2002 بقولها: "حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها، ما لم يتوفر الدليل الصحيح، على أن هذا العمل يجرم المحضون من حقه في العناية و الرعاية، فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضن فقط، وإنما هي حق للمحضون أيضا".

ومن خلال التشريع الجزائري والاجتهادات القضائية، يتبين لنا أن هذا الحق ذو طبيعة مزدوجة لكل من الحاضنة والمحضون، مع تغليب حق المحضون، وإعطائه حق الأولوية .

وعليه فإن الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق، ليست حقا بحتا للشخص المسندة إليه، بل هي أصلا حقا للمحضون كون أنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه ضوابط استحقاق الحضانة، ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون وهذا ما سنراه في المطلب الموالي.

352 - كمال صمامه، مسقطات الحضانة .....، المرجع السابق، ص.36.

353 - حيث جاء في القرار كاملا: " الحضانة حق و واجب في آن واحد على الأخص ما يتعلق منه برعاية الأطفال و الحفاظ عليهم . وإن الأم التي تتخلى عن أولادها بغير عذر يسقط عنها حقها في حضانتهم.

ومن ثم فإن الحكم قد أثبت أن الأم أهملت أولادها منذ وفاة والدهم الحاضنة في سنة 1957 و أنهم أقاموا عند جدتهم لأبيهم التي هيأت لهم الرعاية ولتربية وذلك بعد الاطلاع على الشهادات المقدمة و على نتائج التحقيق الذي أجرى في هذا الشأن ثم استخلص ما أثبتته أنه من المصلحة ترك الأولاد عند جدتهم يكون قد أصاب وجه الحق في تطبيق القانون"؛ المجلس الأعلى ، غ.م ، 1967/12/25 ، ن.ق ، 1969 ، ع.04 ، ص.23.



## المطلب الثاني

### ضوابط إسناد الحضانة للأب كحاضن

نظرا ما للحضانة من أهمية بالغة في رعاية شؤون الطفل والحفاظة عليه من الناحية البدنية والعقلية وحتى الدينية، لم تتركها الشريعة الإسلامية و لا حتى القرانين بدون ضوابط بل نظمتها وقررت لها العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود منها.

ولهذا على القاضي قبل أن يحكم في أمر الحضانة أن يتحرى عما إذا كانت تتوفر شروط الحضانة لطالباها ( الفرع الأول )، ثم يبحث في المكان المناسب لممارسة الحضانة مع الحكم في الأخير بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند له الحضانة ( الفرع الثاني ).

## الفرع الأول

### الشروط الواجب توافرها في الأب كحاضن لأبنائه

يتساوى الرجال و النساء في أهليتهم لحضانة الصغير مع اختلاف في الأولوية والتباين في الترتيب، وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا لها ذلك بتوافر شروطها، إذ يرى الفقهاء<sup>354</sup> أن هناك شروط عامة يجب توافرها في النساء و الرجال معاً، و بعضها يخص النساء فقط<sup>355</sup> والبعض الآخر لا بد من توافره في الرجال.

354 - الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

355 - يشترط في النساء الحاضنات ما يلي:

1- أن لا تكون الحاضنة متزوجة بغير ذي رحم محرم: و ذلك لأن الزوج الذي لا تربطه بالصغير صلة رحم لا يتصور منه الشفقة والعطف اللذان يتوفران عند ذي الرحم المحرم، و هذا الاتجاه قال به فقهاء الحنفية ، و الشافعية، المالكية، والحنابلة ، يستدلون بقول النبي صلى الله عليه و سلم للمرأة التي طلقها زوجها و أراد أن ينزع منها ابنها فقال: " أنت أحق به ما لم تتزوجي ".

وهو ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون "؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.03، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان ، 2003 ، ص.316؛ مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج.05 ، المرجع السابق، ص.356.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع حصر شروط الحضانة في الأهلية، ولا يقصد بالأهلية هنا بلوغ سن الرشد أي 19 سنة بل يقصد به توافر شروط الحضانة، إذا نصت المادة 2/62 من قانون الأسرة على أنه: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، فالمقصود بالأهلية هنا، القدرة على القيام بمهمة شاقة و محفوفة بالمخاطر تتعلق بحضانة الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل<sup>356</sup>.

وهذا على عكس التشريعات الأخرى التي فصلت في شروط الحضانة كالمشرع المغربي في المادة 173 من مدونة الأسرة المغربية<sup>357</sup>، والمشرع التونسي في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>358</sup>.

وقد خالف فقهاء الظاهرية جمهور الفقهاء في رأيهم هذا إذ يرون أن حضانة المرأة لا تسقط بزواجها مطلقا أي سواء تزوجت بذي محرم للصغير أم بغيره، وفي هذا المعنى يقول الامام ابن حزم: " ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة "؛ أي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.10، ادارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352 هـ، ص.323.

2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة في بيت يبغضه الصغير يعرضه للأذى و الهلاك، فشرط السكن الملائم و اللائق ضروري لكي يتربي الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه، ذلك ما نوه عنه المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة عندما نص على أنه: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار"، و تنص المادة 70 من نفس القانون على أنه: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، و الملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 و ما جاءت به المادة 70 تفسر تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدة عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه و مستقبله؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.268-269؛ باديس دياي، صور و آثار فك الرابطة....، المرجع السابق، ص.63-64.

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضائته مجانا و الأب معسرا: لأن امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة؛ باديس دياي، صور و آثار فك الرابطة.....، المرجع السابق، ص.67؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013 - 2014، ص.228.

<sup>356</sup> - صالح بوغراة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة.....، المرجع السابق، ص.71.

<sup>357</sup> - تنص المادة 173 من مدونة الأسرة المغربية: " شروط الحاضن:

1- الرشد القانوني لغير الأبوين؛

2- الاستقامة والأمانة؛

3- القدرة على تربية المحضون و صيانتهم و رعايتهم دينيا و صحة و خلقا و على مراقبة تدرسه؛

4- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و 175 بعده.

إذا و وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضائته وانتقلت إلى من يليه".

ولتحديد هذه الشروط التي لم يبينها صراحة وحث على الرجوع إليها في أحكام الشريعة وذلك حسب ما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة، فالفقه الإسلامي قد فصل في شروط الحاضن ونذكر منها: شرط العقل (أولاً)، البلوغ (ثانياً)، القدرة على الحضانة (ثالثاً)، وشرط الأمانة على الأخلاق (رابعاً)، وأخيراً شرط الإسلام (خامساً).

### أولاً : شرط العقل

بمعنى أن يكون الأب الحاضن مدركاً لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير وملماً بكل المخاطر والتحديات التي تعرقه بمناسبة أدائه لهذه المهمة، فليس باستطاعة الأب المجنون أن يقوم بشؤونه بنفسه ومن المنطقي لا يكون قطعاً في منصب المتولي لشؤون غيره، ذلك لأنه عاجز عن إدراك ما يدور حوله<sup>359</sup>.

ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اشتراط العقل في الأب الحاضن لكنهم اختلفوا حول تأثير درجة المرض العقلي على إسناد الحضانة<sup>360</sup>.

فبالنسبة للحنفية فقد تطرقوا لشرط العقل بصفة عامة بدون تفصيل<sup>361</sup>، أما الحنابلة والشافعية، فقد استثنيا من المرض العقلي العته، فساوى الحنابلة بين الجنون المطبق والمتقطع وجعل كلاهما مانعاً لممارسة الحضانة، أما الشافعية فقد أعطوا الحضانة إلى المجنون جنونا نادرا و ذلك بقولهم بأنه إذا كان الجنون يسيراً فإنه لا يؤدي إلى سقوط الحضانة وفي هذا المعنى جاء في حاشية البجيرمي: "إن كان يسيراً

358 - تنص المادة 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفاً أميناً قادراً على القيام بشؤون المحضون سالماً من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكراً أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرماً بالنسبة للأثني. وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتباراً لمصلحة المحضون وإذا كان الزوج محرماً للمحضون أو ولياً له أو يسكن من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعاً للمحضون أو كانت أمّاً وولية عليه في آن واحد".

359 - باديس ديايي، صور و آثار فك الرابطة .....، المرجع السابق، ص.128.

360 - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.244.

361 - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل .....، المرجع السابق، ص.204.

كيوم في السنة كما في الشرح الصغير لم تسقط الحضانة<sup>362</sup>، أما المالكية فقد أسقطوا الحضانة على المجنون سواء كان مطبق أو متقطع بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك فقد أسقطوها حتى على الشخص المصاب بخفة عقله وطيشه<sup>363</sup>.

ويلاحظ من هذه المذاهب أنها لم تتكلم عن العته ما عدا المالكية الذين ذهبوا إلى أبعد من الجنون إلى السفه، وهذا بحسب اعتقادنا يحقق حماية أكبر للمحضون فلا يعقل أن يتولى حضانة طفل شخص مجنون أو معتوه لأنه هو في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه حسب ما أوضحتها المواد 81 و82 و83 و84 من قانون الأسرة، وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره<sup>364</sup>.

فالمجنون يفتقد إلى الإدراك أو التمييز ويشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له ، وسواء كان هذا الجنون دائما أو متقطعا وإن كان المشرع الجزائري لم يشير إلى هذا الفرق بين أنواع الجنون، فكلاهما مانع من الحضانة ولا فرق بين جنون متقطع قليل أو كثير ولو كان من القلة بحيث لا يحدث إلا مرة واحدة في السنة، وذلك لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه خطر عليه<sup>365</sup>. فقد يثور جنونه في أي وقت وإن كان نادرا أو قصيرا<sup>366</sup>، لأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وعليه ينبغي الاحتياط من أدنى ضرر محتمل يصيبه وذلك رعاية لمصلحته .

كما نعتقد أن المعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه محتاج لرعاية الغير، وبالتالي لا يمكنه أن يرعى غيره ولأن ولايتهما تثبت لغيرهما كالصغير فلا ولاية لهما على المحضون إذ الحضانة نوع من الولاية، كما أنه لا يتصور أن يكون الشخص قاصرا في حق نفسه بحيث لا يمكنه القيام بشؤونه

362 - أنظر، سليمان البيجرمي، بيجرمي علي الخطيب، ج.04، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، لبنان، 1981، ص.94.

363 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.726.

364 - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون.....، المرجع السابق، ص.151؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق....، المرجع السابق، ص.359.

365 - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.204.

366 - صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة.....، المرجع السابق، ص.72.

الخاصة وتكون له في الوقت نفسه ولاية على غيره لأنه في حاجة إلى إشراف الغير والأخذ بيده في شؤون نفسه، فلا يصوغ له أن يتولى هو هذا الإشراف على غيره باعتبار الحضانة ولاية على النفس<sup>367</sup>.

ويدخل في هذا الصياغ السفية لكون أن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه وتربيته، ويدخل ضمن العناية النفقة على المحضون بحسب ما يحتاجه، ولا يضطلع الحاضن بهذه المهمة على أتم وجه إلا إذا أحسن تدبير شؤون المحضون دون مغالاة ولا تقصير، فلا يبذر ماله فيما لا حاجة له به، فلا يتصور أن تسند الحضانة إلى شخص يكون محل حجر ومن ثم كل تصرفاته المالية باطلة طبقاً للمادتين 101 من قانون الأسرة بقولها: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفية، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، والمادة 107 من قانون الأسرة: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

وبالإضافة إلى شرط العقل، فإن لممارسة الحضانة شرط آخر يتمثل في البلوغ، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

### ثانياً : شرط البلوغ

الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار، فالصغير ولو كان مميزاً يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره<sup>368</sup>.

367 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون.....، ج.01، المرجع السابق، ص.380.

368 - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.230؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام.....، المرجع السابق، ص.359.

وتدق التفرقة هنا بين الأب البالغ<sup>369</sup> بلوغاً طبيعياً من حيث السن والعلاقات المميزة لذلك وبين الأب البالغ بلوغاً حكماً، كأن يدعي الشخص أنه بالغ وتظهر علامات ذلك من خلال هيئته الجسمية، فالبعض ذهب إلى القول بأنه بالغ ما دام الظاهر يشهد على ذلك ويصدق ادعاءه<sup>370</sup>.  
والمشرع سار على هذا المنوال في تعديله الأخير لقانون الأسرة، فالمادة 07 منه نصت على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

ومن حيث الواقع فإن للإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد لنا إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة له قانوناً، ومن حيث القانون، فإنه يصفي الصبغة القانونية للزواج، مما يؤدي إلى الاعتراف بكامل آثاره، منها خاصة إنجاب الأطفال في غير السن القانونية للزواج، إذ هؤلاء لا ينفيهم لا قانوناً ولا قضاءً، ومن ثم، فإذا كان هذا الزواج يرتب على الزوجين واجبات نحو أطفالهما، فإن وقوع الطلاق بينهما لا يعدمهما<sup>371</sup>، بل تبقى ويولد هنا الطلاق آثاره، منها الحضانة التي يفصل فيها القاضي طبقاً لمصلحة المحضون، بحيث أن المنطق يقضي بأن تسند الحضانة للشخص الصالح للمحضون حتى ولو كان أب لم يبلغ سن 19 سنة<sup>372</sup>.

لكن المشكل الذي يطرح في هذه الحالة، ليس الإذن القضائي بل المشكل في عدم تحديد المشرع الحد الأدنى للسن التي لا يمكن للقاضي النزول عنها حين يمنح الإذن، فمن المسلم به أن فطرة الأبوة لا تتوقف على سن معينة حتى يمكن للأب أن يعطي الرعاية و الحنان، لكن بالرغم ذلك لا يمكن أن

369 - يقصد بالبلوغ لغة: من بلغ الشيء يبلغ بلوغاً، وبلاغاً، أي وصل وانتهى؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.02، المرجع السابق، ص.05.

البلوغ اصطلاحاً: هو قوة تحدى في الصغير، يخرج بها من حالة الطفولة إلى حالة الرجولة؛ محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على در المختار.....، ج.03، المرجع السابق، ص.447.

370 - باديس ديابي، صور و آثار فك.....، المرجع السابق، ص.129.

371 - أنظر، المرسي عبد العزيز السماحي، بحوث في فرق النكاح، ط.01، مطبعة الفجر الجديدة، مصر، 1986، ص.10-13.

372 - زكية حميدو، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق، ص.237.

تسند الحضانة لأب صغير السن كثيرا، و بهذا قال خليل ابن اسحاق: " يجب أن يكون الحاضن ...  
ذا سن تمكنه من عناية و رعاية الطفل "373.

وبالإضافة إلى شرط البلوغ، فإن هناك شرطا آخر لممارسة الحضانة يتمثل في القدرة على الحضانة.

### ثالثا: شرط القدرة<sup>374</sup> على الحضانة:

يقصد بالقدرة، الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته لأن الحضانة كما سبق بيانه مهمة شاقة، فرعاية الطفل والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادرا على ذلك فالقدرة يجب أن تكون جسدية ومادية<sup>375</sup>.

وتطبيقا لذلك، لقد اشترط الحنابلة في الأب الحاضن ألا يكون أبرصا أو أجمدا أو مصابا بأي مرض من شأنه أن ينقل العدوى إلى المحضون، بالإضافة إلى أن يكون الأب الحاضن خالي من أي عجز ، فالكفيف مثلا لا يصح عندهم أن يكون حاضنا، بل و ضعيف البصر، ويعللون ذلك بأن ضعف البصر يمنع من كمال ما يحتاج إليه المحضون<sup>376</sup>.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى عدم إسناد الحضانة للأب العاجز بسبب العمى أو الصم أو البكم أو بلوغ الحاضن سن الشيخوخة، ما لم يكن عنده من يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافه<sup>377</sup>.

373 - أنظر ، أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.04 ، ط.02، دار الفكر، لبنان ، 1398هـ الموافق ل 1978 م ، ص. 215.

374 - يقصد بالقدرة لغة : الغنى و اليسار و القوة، و قيل ذو قدرة بالضم ، أي ذو يسار و القدرة من الاقتدار على الشيء و القدرة عليه ؛ محي الدين محمد يعقوب الفيروز الأبادي ، القاموس المحيط ، ج.02، المرجع السابق، 114.

أما اصطلاحا : فهي تعني المستطيع، و هو القادر في ماله و بدنه ، وذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ، و اختلاف عوائدهم، وضابطه أن يمكنه الركوب، ويجد زاد و راحله صالحين لمثله، بعد قضاء الواجبات، والنفقات، والحاجات الأصلية ؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم المركزي المعروف بابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج.03، المرجع السابق، ص.417.

375 - حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل .....، المرجع السابق، ص.206.

376 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشف القناع ..... ، ج.03 ، المرجع السابق ، ص.328.

377 - مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج.03 ، المرجع السابق ، ص.357.

ونفس الشيء ذهب إليه الشافعية، إذ يعتبرون أن القدرة تقتضي سلامة البدن فلا حضانة للأب الذي به مرض لا يرجى شفاؤه، كما أن العمى يمنع من الحضانة<sup>378</sup>.

وبحسب اعتقادنا نرى بأن السلامة الجسدية هي مسألة تقديرية في يد القاضي، فهو الذي يتحقق من قدرة الحاضن من عدمه وذلك من خلال دراسة كل حالة على حدة و فحص وقائعها معتمدا في كل ذلك على خبرة طبية تثبت استطاعة الحاضن أو عدم استطاعته على تولى الحضانة<sup>379</sup>.

كما نؤيد بحق ما جاء به المذهب المالكي، خاصة إذا كان الحاضن أب لكن لديه من يساعده على الحضانة تحت إشرافه، لكون الأب أصلا مهمته الإشراف على الحضانة لأن دوره يتمثل في الولاية و النفقة و العمل خارج المنزل مع رعاية الطفل بصفة إما مباشرة أو غير مباشرة فلا مانع حسب اعتقادنا إذا كان أبكم أو أصم أو أعمى ما دام لديه من يساعده على الحضانة تحت إشرافه.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلم نجد قرار أو حكم قضائي متعلق بشرط القدرة الخاص بالحاضن الأب وإنما وجد قرار واحد صدر عن المجلس الأعلى في 09 جويلية 1984، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أبا طالب بحضانة أولاده الأربعة لعدم إبصار الأم، فاستجابت لطلبه محكمة تندوف بتاريخ 06 أفريل 1982، إلا أن مجلس قضاء بشار أبطل هذا الحكم في قراره الصادر في 06 جوان 1982 وقضى بإسناد حضانة الأولاد لأمهم، ولكن هذا الموقف لم ينل تأييدا من قبل المجلس الأعلى الذي قضى بنقض القرار المطعون فيه على أساس أ " المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى و الأصم و الأخرس و المقعد، والحاضنة هنا فاقدة البصر، ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها. وقضاة القرار المطعون فيه، بإسنادهم حضانة الأولاد إليها على هذا الحال قد

378 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، تحاية المحتاج إلى شرح المنهاج .....، ج.07، المرجع السابق، ص.219.

379 - أنظر الملحق رقم 07 من هذه الأطروحة.



حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الشرعية مخالفة يتعين معها نقض قرارهم فيها وحدها دون سواها<sup>380</sup>.

ويلاحظ أن القضاء الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء لكن مع ذلك لو كان الأمر متعلق بالحاضن الأب لكان الأمر مختلف.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن شرط القدرة، لكن هذا الشرط غير كافي بل لابد من توفر شرط آخر وهو الأمانة<sup>381</sup>.

380 - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، م.ق، 1989، ع.04، ص.78.

381 - في هذا الشرط والمتمثل في القدرة طرح إشكال حول عمل المرأة، ما إذا كان يتضارب مع مصلحة المحضون أم لا، وقد وجد في هذا الشأن ثلاث آراء مختلفة، و أن فحوى هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة، و إذا كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعوننا إلى اعتبار "بناء الأسرة" الوظيفة الأساسية للمرأة، لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية تامة، وهذا هو الدور الذي قضى به النبي صلى الله عليه وسلم بين علي رضي الله عنه وفاطمة رضي الله عنها، فقضى على ابنته بخدمة البيت ورعايته، وعلى زوجها بما كان خارجا عن البيت من عمل؛ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، ط.08، دار الشروق، القاهرة، 1421 هـ - 2001 م، ص.156.

وعليه ذهب أنصار الاتجاه الأول إلى القول أن للمرأة أن تعمل خارج المنزل، وأن لها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، ولكن دون الإخلال بواجباتها الأساسية؛ زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008، ص.493.

غير أن الاتجاه الثاني يرى، خلافا للرأي الأول أن دور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال، ولا يحق لها الخروج للعمل استثناء محض وفي حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري و دورها الطبيعي في الحياة.

ويذهب أصحاب الرأي الثالث إلى القول بأن الشريعة الإسلامية قد أقرت صراحة العمل للمرأة على أساس المساواة مع الرجل دون تمييز كما يستدل من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تخاطب العامة دون تفریق وتحت على العمل و الانتاج حتى آخر رمق في الإنسان، وعليه يقرر الإسلام المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و الواجبات في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، سورة البقرة، الآية 228؛ زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي.....، المرجع السابق، ص.494-495.

وقد عالج المشرع الجزائري مسألة عمل الحاضنة في نص المادة 67 المعدلة من قانون الأسرة في الفقرة 02 منها و التي جاء فيها: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها ممارسة الحضانة".

وعليه اعتبر المشرع عمل الحاضنة ليس من الأسباب المسقطه لحقها بحضانة أولادها إذا كانت تؤمن رعايتهم و العناية بهم، و لهذا نص في الفقرة 03 من ذات المادة بصياغة واضحة و هي على النحو التالي: "غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، وبهذا فإن عمل الحاضنة يجب أن ينظر إليه على ضوء مصلحة الطفل، و عليه إذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج و عملها كحاضنة بعدم ترك الطفل ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.233.

#### رابعاً: شرط الأمانة

أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة، يجب أن يكون أميناً على المحضون من أجل تربيته تربية حسنة، بعيداً عن كل انحراف من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر والضياع<sup>382</sup>.

فالتربية في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلباً، و تثير الشكوك حول سلامة تربيته، وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجل تسقط عنه الحضانة<sup>383</sup>، وعلى ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاق سيئة وهم من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفاً على تربية سيئة و منحرفة للمحضون.

ومن بين العديد من القرارات التي خاضت في هذا المجال نجد القرار المؤرخ في 30 سبتمبر 1997 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً و قانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"<sup>384</sup>.

وفي معرض تأسيسه أكد قرار المحكمة العليا أن المادة 62 من قانون الأسرة قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم، والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بهذه العناصر.

382 - باديس دياي، صور و آثار فك الرابطة .....، المرجع السابق، ص.132.

383 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام.....، المرجع السابق، ص.359.

384 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 171684 ، 1987/09/30، اجتهاد قضائي ، 2001، ع. خاص، ص.169.

وهذا القرار ينطبق حتى على الأب فإذا ثبت أن الأب زاني أو يمارس الفسق فتسقط عنه الحضانة، لفقده للأخلاق، فلا يتصور من شخص يمارس الفسق أن يعطي تربية حسنة وذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

وبالإضافة إلى هذا الشرط المهم المتمثل في الأمانة على الأخلاق، فإن هناك شرطا آخر لا يقل أهمية عنه، ألا وهو شرط الإسلام.

#### خامسا: شرط الإسلام

أكدت على ذلك المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي المحضون على دين أبيه، وبناء على القاعدة التي تقضي بأن المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج بغير مسلم، فإن الأب بذلك لا بد أن يكون مسلما حتى يجوز له أن يتولى حضانة ولده المسلم فإن كان كافرا أو ذميا أو ارتد عن الإسلام فلا حضانة له لأن الحضانة ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وخوفا من أن يطعمه أبوه لحم خنزير أو يسقيه خمرا، وخوفا كذلك من أن ينشئه على إلف دين الكفار ويخرجه رويدا عن الإسلام<sup>385</sup>.

هذا بالنسبة للضابط الأول و المتمثل في شروط الحضانة، إلا أن هذا لا يكفي لإسناد الحضانة، إذ على القاضي مراعاة كذلك مكان ممارسة الحضانة وتقرير حق الزيارة للطرف الآخر غير الحاضن.

385 - أنظر، عبد الحق حميش، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه والأصول، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1408 هـ الموافق لـ 1988م، ص.167.

## الفرع الثاني

### مكان ممارسة الحضانة وحق الزيارة للأب

نظرا للأهمية القصوى لوجوب حماية المحضون من التشرذ والضياع وتوفير مستوى معيشي مقبول، وحفظه ووقايته من الآثار الاجتماعية والنفسية السلبية التي تلحق به بعد الطلاق .

ومكان ممارسة الحضانة هو المكان الذي يقيم فيه الحاضن ويتولى إدارة شؤون الصغير والعناية به والقيام بكافة متطلباته<sup>386</sup>، وقد حسم المشرع مسألة السكن وحق الزيارة في كل من المادة 72 من قانون الأسرة بقولها: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

المادة 63 من قانون الأسرة بقولها: " 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، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ونظرا لأن مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا، لكون أن الحضانة يقابلها حق آخر وهو حق الزيارة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة، لذلك سنتكلم بداية عن مكان ممارسة الحضانة (أولا)، ثم بعد ذلك سنتطرق إلى حق الزيارة (ثانيا).

<sup>386</sup> - أنظر، محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة ، مطبعة أطلس ، القاهرة ، 1983 ص.340.

## أولاً: توفير مكان لممارسة الحضانة من طرف الأب

أول نص وجد فيما يخص مكان ممارسة الحضانة هو نص المادة 2/467 من القانون المدني<sup>387</sup>، حيث جاء فيها: "...وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين يمكنه من أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة".

فقد أوجب المشرع أن الأحق بالسكن هو الحاضن للأبناء دون أن يفرق بين ما إذا كان الرجل هو الذي احتفظ بالأبناء بعد الطلاق أم الأم.

وعليه فالقاضي إذا فصل في قضية الطلاق و الحضانة استوجب عليه تعيين من ينتفع من الزوجين بحق الإيجار مرجحاً في ذلك مصلحة المحضون كون أن مصلحته أجدر بالرعاية<sup>388</sup>، غير أن هذه المادة جعلت مسألة السكن مسألة تقديرية في يد القاضي بحيث له الحرية في منح أو عدم منح السكن، إضافة إلى اشتراطه أن يكون أكثر من محضون، مما جعلها حماية ناقصة للمحضون<sup>389</sup>.

لكن بعد التطور السريع الذي عرفه المجتمع في المجال الاقتصادي والاجتماعي، وأمام الفراغ التشريعي و تضارب في الأحكام والقرارات القضائية وإضراراً بالمتقاضين ذاتهم، كان لا بد أن تمتد يد

387 - نصت المادة 467 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني ، ج.ر،ع،78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 ، على ما يلي: " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين يمكنه من أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة ". وقد تم تعديل المادة 467 بحيث أصبح نصها كالتالي: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر؛" القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر ، ع.31 ، الصادر في 13 ماي 2007.

388 - أنظر، عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010-2011، ص.17.

389 - أنظر، صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014-2015 ، ص.30.

المشروع إلى الإصلاح وهذا ما تم فعلا بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة .

ونتيجة للتفكك الأسري و ارتفاع نسبة الطلاق بدأ اهتمام المشرع بمسألة سكن الحاضنة، حيث أفرد له نصا خاصا منظما لمسألة إسناد السكن الزوجي للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد، وذلك من خلال المادة 2/52 من قانون الأسرة والتي تنص: " وإن كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها مع محضونها، يضمن حقها في السكن حسب وسع الزوج.

ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا<sup>390</sup>.

وعليه يستشف من المادة أن شرط السكن قيد بشروط وهي:

1- أن يحكم للمطلقة بالحضانة، و عليه يتضح من المادة أن الحاضنة التي تستفيد من السكن هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة وفقا للمادة 64 من قانون الأسرة قبل التعديل والتي تنص: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "

فالعبرة الواردة في المادة 52 من قانون الأسرة والتي تبدأ بها المادة: "وإذا كانت حاضنة"، جاءت مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي، لأن المادة 52 من قانون الأسرة رتبت في فصل الطلاق وتكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى وخصصت الفقرات الموالية للحضانة وبالتالي هي تخاطب الحاضنة الأم دون سواها<sup>391</sup>.

<sup>390</sup> - ونصت المادة كاملة على أنه: "وإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها مع محضونها، يضمن حقها في السكن حسب وسع الزوج.

ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا،

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت إنحرافها".

<sup>391</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.129.

كما أن الفقرة الأخيرة المادة 52 من قانون الأسرة و التي جاء فيها "تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها"، وتدل هذه الفقرة على أن النص لا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم القضاء.

2- أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيواها، وفي هذا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه إذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونها من أقربائها مثلا أو من غيرهم فإنها لا تعود بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن<sup>392</sup>.

وبالتالي على الأم المطلقة أن تثبت بأن وليها يرفض إيواها، أو أنها تفقد لولي تلجأ إليه، وهذا في الحقيقة صعب من الناحية الواقعية كما أنه يتضارب مع مصلحة المحضونين لأن الوقت الذي يحقق فيه مسكن آخر للحاضنة أو تحاول فيه الحاضنة الأم إثبات ذلك، أين يترك المحضون، ومع من؟ بل والأكثر من ذلك، افترض المشرع استقبال الحاضنة مع محضونها من طرف الولي قبل أن يلزم الأب على ذلك<sup>393</sup>.

3- تعدد المحضونين، فالمادة 52 من قانون الأسرة تستوجب تعدد المحضونين وهذا ما يستشف من عبارة " ... مع محضونها"، بحيث لا يجب أن يقل عدد المحضونين عن اثنان أو ثلاثة أولاد فأكثر.

4- قدرة الزوج المطلق على ضمان السكن، بحيث استوجب المشرع الجزائري مراعاة حال الزوج المطلق المادية والذي سائر فيه المذهب المالكي، فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته في حدود سعته أثناء قيام الرابطة الزوجية، فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما أن صارت حاضنة لأولاده<sup>394</sup>.

<sup>392</sup> - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري ..... ، المرجع السابق، ص.267.

<sup>393</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.131-132.

<sup>394</sup> - أنظر، أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص.87.

ويعاب على المشرع أنه استعمل مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزوج"، وهما عبارتان لا تتطابقان لأن استعمال كلمة "يضمن"، معناه أن الشيء موجود و متوفر بغض النظر عن حالة الزوج و إمكانياته المادية ذلك ما لا يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في آن واحد<sup>395</sup>.

5- أن يكون للمطلق أكثر من مسكن و أن يكون باسمه، بمعنى إذا كان الأب المطلق مسكن وحيد فليس لها الحق فيه بل أكثر من ذلك لا بد أن يكون هذا التعدد في السكن مملوكا له .

وعليه إذا توافرت هذه الشروط أصبح من حق المطلقة الحاضنة أن يوفر لها المطلق سكنا لأن المبدأ العام حضانة الأولاد تكون للأم ما لم تحرم منها لسبب من الأسباب القانونية<sup>396</sup>.

و ما يؤاخذ على هذه المادة استعمال المشرع مصطلح " مسكن الزوجية " وهو مصطلح غير سليم من حيث الصياغة التشريعية كونه يطلق هذا المصطلح أثناء قيام الرابطة الزوجية والذي ينتهي بالطلاق كما أنه يتقرر للزوجة الأم بصفتها كذلك على عكس لو استعمل المشرع مسكن الحضانة والذي يتقرر للحاضنة أما كانت أو غير ذلك<sup>397</sup>.

أمام هذا النص و المتمثل في نص المادة 52 من قانون الأسرة، وجد نص آخر يمنح السكن للمحزون وهو نص المادة 72 من قانون الأسرة بقولها : " نفقة المحزون وسكنه من ماله إذا كان له مال ، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته".

فمن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع قد منح السكن للمحزون بغض النظر عن الشروط المذكورة في المادة 52 من قانون الأسرة، وهذا ما جعل المادتين متناقضتين وغير منسجمتين، فبالنسبة للمادة 52 فقد رتب في فصل الطلاق وتكلمت عن الطلاق التعسفي في فقرتها الأولى وخصصت الفقرات الموالية للحضانة.

<sup>395</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحزون .....، المرجع السابق، ص.132؛ عيسى طعييه، سكن المحزون في تشريع .....، المرجع السابق، ص.21.

<sup>396</sup> - أنظر، عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار، عنابة، ع.15، 2005، ص.192.

<sup>397</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحزون .....، المرجع السابق، ص.135.



كلا المادتين تعرضتا لنقد حاد<sup>398</sup> بسبب نقص الحماية التي جاءت بها، بالإضافة إلى التناقض الكبير بينهما، وما دام أن التناقض واضح يفترض أن يتم تطبيق المادة الأكثر مصلحة للمحضون، وحسب اعتقادنا أن المادة 72 هي الأكثر حماية لعدة أسباب:

1- أن المادة 72 من قانون الأسرة تتحدث عن سكن كل الحاضنات، لأنها جاءت عامة لم تخص المطلقة فقط، وإن كان المشرع قد أخطأ لما اعتبر الحضانة أثر من آثار الطلاق لأنها قد تكون في حالة الوفاة كذلك. على عكس المادة 52 من قانون الأسرة التي خصت فقط الأم المطلقة، ولو طبقنا المادة 52 من قانون الأسرة سوف تخرج الخالة و الجدة من الحق في السكن، ويترتب عنه بقاء المحضون في الشارع<sup>399</sup>.

2- أن المادة 72 من قانون الأسرة تتضمن في صياغتها إلزام الأب بتوفير سكن أو أجرة السكن ، لكن المادة 52 من قانون الأسرة يفهم أنها لا تريد إلزام الأب بالسكن<sup>400</sup>، سواء من حيث المصطلح الذي جاء به و هو ( وسع الزوج )، أو من خلال الشروط الصعبة التي جاءت بها و هي أن يرفض الولي إيواء الأم المطلقة، بحيث لا يكون لها مسكن آخر، وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11 أفريل 1981<sup>401</sup>، كما اشترطت المادة 52 من قانون الأسرة ألا يكون مسكن المطلق وحيدا، لكن من الناحية الواقعية كما قلنا سابقا أغلب الزيجات يكون لها مسكن واحد.

3- المادة 72 ق.أ ألزمت السكن على الأب حتى ولو كان المحضون واحدا، لكونها لم تحدد عدد المحضونين المستحقين للنفقة، لكن المادة 52 حددت عدد المحضونين المستحقين للنفقة، و ذلك بذكر مصطلح ( محضونيهما ) والذي يفترض إما أن يكون اثنان أو ثلاثة فأكثر .

398 - للتوضيح أكثر، أنظر ، زكية حميدو ، مصلحة المحضون ..... ، المرجع السابق ، ص.130-139.

399 - صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر .....، المرجع السابق، ص.33.

400 - باديس دياي، صور و آثار فك .....، المرجع السابق ، ص.156.

401 - المجلس الأعلى، غ.ق.خ ، 1981/04/11 ، ملف رقم 24526 ، غير منشور ، مقتبس عن :

هذا التناقض القانوني ترتب عنه تناقض قضائي، ففي البداية مال القضاء إلى عدم إلزامية السكن متأثرا بالمادة 52 ق.أ، حيث أن القضاء في هذه الفترة رفض منح الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أولاد فأكثر،<sup>402</sup> وفي قرار آخر إلا إذا كان لها اثنين فأكثر<sup>403</sup>.

وبعد ذلك تغير الاجتهاد القضائي، و أصبح ينظر إلى مصلحة المحضون أكثر من الأول، فأعطى السكن للحاضنة حتى و لو كان لها محضون واحد، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 مارس 2002<sup>404</sup> بقولها: "السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة".

وكذلك في قرار آخر بتاريخ 29 نوفمبر 1994<sup>405</sup> بقولها: " من المقرر قانونا أن نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا ، أما إذا تعذر فعليه أجرته.

ولما ثبت من قضية الحال - أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم - المنتقد- على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحضانة أو تسليم أجرته.

مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم بدون إحالة".

<sup>402</sup> - المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1984/04/18، ملف رقم 34630، غير منشور، مقتبس عن :

GH . Benmelha . op .cit . opu ..Alger.p.232.

<sup>403</sup> - المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1987/04/06، ملف رقم 45454، غير منشور، مقتبس عن :

GH. Benmalha . op .cit . opu ..Alger . p.232.

<sup>404</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع.1، ص.274.

<sup>405</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/11/29، ملف رقم 112705، م.ق، 1995، ع.1، ص.140؛ وقد اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار أن عدم منح الحضانة التي ليس لها أكثر من ولدين السكن تطبيق سيء للمادة 72 ق.أ .

بل أكثر من ذلك قد أجاز القضاء إعطاء أجره السكن للأم حتى ولو كانت عاملة<sup>406</sup>.

هذه الاجتهادات القضائية دفعت المشرع إلى حذف الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من المادة 52 ق.أ، وإعادة صياغة المادة 72 ق.أ والتي أصبحت كالتالي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

هذه المادة كانت تحول لصالح المحضون باشتراطها السكن الملائم، لكن كان من المستحسن لو جعلها المشرع حسب المحضون وليس حسب الأم هذا من جهة، ومن جهة أخرى بدل الإيجار الذي تكلم عنه المشرع اعتقاداً منه أنه الحل الوحيد لحالة عدم توفر السكن، لا يحقق حماية كافية للقاصر لسببين هما:

أولاً أن بدل الإيجار الذي يحكم به القاضي رمزي أي قليل لا يكفي لتأجير مسكن ملائم للمحضون.<sup>407</sup>

ثانياً أن كلمة بدل الإيجار التي تكلم عنها المشرع، تشمل فقط أجره السكن دون الأمور الضرورية الأخرى، من مصاريف استهلاك المياه والكهرباء والغاز ومصاريف ترميم المنزل، لكي يكون صالحاً للإيواء، بالإضافة إلى الأمور التي تقي القاصر من البرودة والحرارة كوسائل التدفئة والتبريد<sup>408</sup>.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن مكان ممارسة الحضانة، ولنا أن نتساءل عن موقف المشرع من مسألة حق زيارة المحضون من طرف الأب.

<sup>406</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.139.

<sup>407</sup> - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد .....، المرجع السابق ، ص.200.

<sup>408</sup> - أنظر، لحسن بن شيخ آيث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة ، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية ، الجزائر، رمضان 1429 هـ- سبتمبر

2008 م، ع.2، ص.79.

## ثانيا: الأب كمرقب لتصرفات الحاضن عن طريق حق الزيارة

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه، إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلافات وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات.

فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب<sup>409</sup>.

وعليه إذا كان الولد في حضانة أمه فإنه لا يمنع من رؤية والده وهذا بإتفاق آراء الفقهاء، فالحنفية يقولون: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر عن النظر إليه وعن تعهده"<sup>410</sup>، وقال المالكية: "إذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لأبيه يعلمه"<sup>411</sup>، وقال الشافعية: "فإن اختارها - أي الأم - فعندها ليلا و عند الأب نهارا يعلمه الأمور الدينية والدينية وما يليق به ويؤدبه"<sup>412</sup>، وقال الحنابلة: "ولا يمنع أحدهما - أي الأبوين - من زيارتها - أي البنت - عن الآخر"<sup>413</sup>.

فقد اتفقت آراء الفقهاء على أنه إذا كان الولد عند أمه لأي سبب من الأسباب دون أبيه، فهذا الأخير الحق في رؤيته وزيارته، وقد ربط فقهاء الشريعة الإسلامية حق الزيارة بصلة الرحم

409 - أنظر، عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.01، دار الفكر، الأردن، 2007، ص.174.

410 - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على در المختار حاشية ابن عابدين، ج.03، المرجع السابق، ص.174.

411 - أنظر، أحمد المختار الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج.04، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986، ص.215.

412 - أنظر، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين بن الخطيب الشربيني، ج.04، ط.01، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص.457.

413 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع.....، ج.05، المرجع السابق، ص.502.

مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ...﴾<sup>414</sup>،  
وأیضا قوله: ﴿... وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله...﴾<sup>415</sup>.

ومن الأحاديث الحاتة على تلك الصلة، عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الرحم متعلقة بالعرش تقول: من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعه الله"<sup>416</sup>، وعن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من أحب أن يبسط له في رزقه وينشأ له في أثره فليصل رحمه"<sup>417</sup>.

وقد أكد المشرع الجزائري على هذه الصلة في المادة 64 من قانون الأسرة بقولها: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه: "بالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل والأعياد، إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير، وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية، إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما"<sup>418</sup>.

كما أن المشرع لم يخص في مسألة الزيارة من حيث مدتها و عددها، فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

فبالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يجوز للأب فيها أن يرى ولده وذلك لأنه لم يثبت نص صريح في ذلك فكان لكل مذهب رأي خاص على حسب ما يرى من المصلحة ونوجز آراء الفقهاء فيما يلي:

414 - سورة النساء، الآية 36.

415 - سورة الأنفال ، الآية 75.

416 - رواه البخاري و مسلم، عن سعد التجاني ، الأبي و الدرر في الآداب و المحاسن الغرر، مطبعة المنار ، تونس ، د.س.ن ، ص.24.

417 - نفس المرجع.

418 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة .... ، المرجع السابق، ص.241.

فقال الحنفية الحد الأقصى كل أسبوع مرة و ذلك بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه<sup>419</sup>، وقال المالكية و للأب مثل الأم يمكن أن يرى أولاده الصغار كل يوم مرة<sup>420</sup>، وقال الشافعية أن الزيارة تكون مرة خلال يومين فأكثر<sup>421</sup>، وقال الحنابلة بأن الغلام إن اختار أمه كان عندها ليلا وفي النهار يكون عند أبيه ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه والبنت لا يمنع الأبوان من زيارتهما عن الآخر<sup>422</sup>.

فالمشروع على عكس الفقه الإسلامي لم يوجه القاضي في طرق و كيفية ممارسة الزيارة، بل أنه لم يشر إطلاقا في المادة سالفه الذكر إلى مصلحة المحضون عند منح هذا الحق لصاحبه، فالقاضي في هذه الحالة عليه أن يبذل جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون<sup>423</sup>.

وقد استقر القضاء في الجزائر على أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية<sup>424</sup>.

ومسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة الأسبوعية وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء<sup>425</sup>.

فقرار المحكمة العليا اعتبر القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، فقد جاء فيه ما يلي:

419 - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على در .....، ج.03، المرجع السابق، ص.571.

420 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.02، المرجع السابق، ص.512.

421 - أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ .....، ج.04، المرجع السابق، ص.457.

422 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع .....، ج.05، المرجع السابق، ص.501-502.

423 - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.197.

424 - باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة .....، المرجع السابق، ص.92.

425 - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد .....، المرجع السابق، ص.241.

"متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة، على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>426</sup>، وبهذا يكون القضاء قد أخذ بما جاء به المذهب الحنفي.

أما بالنسبة لمكان الزيارة فقد قررت المحكمة العليا في 30 أبريل 1990 بأن: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون .

ولما كان ثابتاً 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 والشرع، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>427</sup>.

وجاء أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1998 بقولها: "من المقرر شرعاً أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة.

ومتى تبين في - قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن

<sup>426</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق، 1991، ع.04، ص.126.

<sup>427</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/30، ملف رقم 79891، م.ق، 1992، ع.01، ص.55.

الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة<sup>428</sup>.

إلا أنه رغم كل هذه القرارات القضائية التي تدعم حق الأب في الزيارة، إلا أنه أحيانا يكون من المتعذر على الأب زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه<sup>429</sup>.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك نرجو لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا، ليصبح النص في المادة 64 من قانون الأسرة يشمل عبارة حق الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصریح، حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أوذاك<sup>430</sup>.

وبالإضافة إلى ما قلناه عن ضوابط إسناد الحضانة، هناك ضوابط أخرى لا بد أن يراعيها القاضي في إسناد الحضانة وهي حالات سقوط الحضانة التي سنتكلم عنها في المطلب الموالي.

428 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/12/15، ملف رقم 214290، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.194.

429 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.259.

430 - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.230.



### المطلب الثالث

#### مسقطات الحضانة عن الأب

ذكر المشرع الجزائري الأسباب المسقطة للحضانة عن أصحاب الحق فيها وهذا لكون الحضانة لم تشرع إلا لصالح الولد المحضون من أجل حمايته ورعايته و حفظه صحة وخلقا، فإذا لم تحقق الحضانة هذه الأهداف فلا مناص من إسقاطها عن أسندت إليه و إناطتها بغيره ممن له الحق فيها، ويليه في المرتبة ويكون أهلا لها<sup>431</sup>.

وعلى أساس تحقيق مصلحة المحضون ، يستطيع القاضي أن يثبت هذا الحق في الحضانة، أو يسقطه، وفقا لقانون الأسرة.

فمصلحة المحضون تجد نطاقها الواسع في هذا المجال، بل تبرز أكثر من أية مسألة من مسائل الحضانة، ذلك لأن القضاء بإسقاط الحضانة قد يزعزع استقرار الطفل زعزعة تلحق به صدمة نفسية طوال حياته.

ومن ثم، ودرءا لهذا الاحتمال، فيتحتّم على كل شخص يتمسك بإحدى المسقطات وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أن يقدم كافة الأدلة المثبتة أن الحاضن أصبح غير أهل لذلك، والمحكمة من جانبها تترث ولا تحكم بالإسقاط إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك، الأمر الذي يستوجب عليها التحري من إسقاطها لا يضر بمصلحة المحضون<sup>432</sup>.

وعليه كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى إسقاط الحضانة، لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لابد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى إسقاط الحضانة دعوى أصلية بخلاف دعوى إسنادها التي غالبا ما

431 - صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة .....، المرجع السابق، ص.93.

432 - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق ، ص.388.

تكون تبعية لدعوى الطلاق، كما أن دعوى إسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون بحيث تؤدي إلى ضياعه صحة وخلقاً ( الفرع الأول )، أو تم التنازل عنها ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة و خلقاً

نصت على ذلك المادة 67 من قانون الأسرة بقولها: " تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

ومن ثمّ إذا اختلفت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة، سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالتزامات المتعلقة بالحضانة، فإن الحضانة تسقط عن الحاضن وتنتقل إلى من يليه في المرتبة.

وسقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة وخلقاً، تشمل كل من المسقطات المبنية على الأمراض العقلية والجسدية ( أولاً )، والسلوك المشين للحاضن ( ثانياً ) .

### أولاً: المسقطات المبنية على الأمراض العقلية و الجسدية

تعتبر من أهم شروط الحضانة السلامة من الأمراض العقلية والجسدية، وبالتالي لا بد للأب الحاضن أن لا يكون مجنوناً أو معتوهاً، ففاقد الشيء لا يعطيه<sup>433</sup>، وأن لا يكون عاجزاً بسبب المرض

433 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.726.

أو الهرم<sup>434</sup>.

غير أن المادة 67 من قانون الأسرة السابقة الذكر جاءت فقط بالقاعدة العامة الخاصة بحالات عدم تأهيل الحاضن والتي يستند عليها حكم القاضي بإسقاط الحضانة، تاركة الأمر للتحليل والتفصيل والتأويل للسلطة التقديرية للقاضي.

لكن يبقى على القاضي دائما مراعاة بالدرجة الأولى مصلحة المحضون، فلا يهم أن يكون المرض المصاب به مستحقي الحضانة مرضا عقليا أم جسديا، كما لا يهم أيضا أن يكون له حق الأولوية في الحضانة أم لا، كل ما في الأمر أنه يجب أن يكون العجز الذي يصاب به الحاضن منافيا لصيانة حقوق المحضون و مهددا لمصلحه<sup>435</sup>.

وقد قضت المحكمة العليا، في قرارها المؤرخ في 07 نوفمبر 1988 أنه: "من المقرر شرعا، أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية واضحة، ومضرة بالمحضون و متعارضة مع مصلحته، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله، ولما كان ثلبتا في قضية الحال، أن المجلس القضائي لما قضى بإبقاء حضانة الولد لأمه، باعتبار أن الأب لم يثبت إهمال الأم لولدها، يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا"<sup>436</sup>.

كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة حيث الحضانة فاقدة للبصر، فجاء في قرارها المؤرخ في 09 جويلية 1984 بقولها: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي .

434 - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام .....، المرجع السابق، ص.360.

435 - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، ص.393.

436 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/11/07، ملف رقم 50270، م.ق، 1991، ع.03، ص.48.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية<sup>437</sup>.

وحتى نقول بأن الحاضن عاجز على القيام بواجباته تجاه المحضون، لا بد من إثبات ذلك العجز حتى يكون دليل وبينه، يقرر من خلالها القاضي إسقاط الحضانة على من أسندت إليه و يختار غيره.

وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها، حينما طعن الأب الطالب إسقاط حضانة ابنته عن جدتها، بإدعائها أنها كبرت و عجزت عن القيام بالحضانة، قائلاً: "ولكن أن الطاعن اكتفى بالقول، أن الجدة لأم الحاضنة كبيرة في السن، عاجزة عن القيام بحضانة حفيدتها، وأن الحاضنة ولدت سنة 1920، ولم يأتي بيينة على عجزها... فالوجه لا أساس له من الصحة"<sup>438</sup>.

ومن الإشكالات التي ترك المشرع فيها فراغاً تشريعياً، هي قضية تحديد سن معينة كحد أقصى للحاضن، وبناء عليها نجد أن القضاء قد أسقط الحضانة على الكبير المسن، دون التأكد من عجز هذا الأخير بواسطة الشهادة الطبية المثبت لذلك<sup>439</sup>.

وهذا ما نجده من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 ماي 1986 بقولها: "من المقرر شرعاً، بأن الحكم بالحضانة، يجب أن يراعى مصلحة المحضون، وكذا مراعاة شروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة، ومن جملتها أن تكون الحاضنة غير مسنة..."<sup>440</sup>.

وقد تراجع القضاء على هذا القرار بعد ذلك، في قرار لاحق بقوله: "...كبر السن بدون عجز، لا يبرر إسقاط الحضانة"<sup>441</sup>، وكل هذه القرارات القضائية تنطبق على الأب.

437 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م.ق، 1989، ع.04، ص.76.

438 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 178086، ن.ق، 1999، ع.56، ص.33.

439 - كمال صمامه، مسقطات الحضانة ....., المرجع السابق، ص.84.

440 - المحكمة العليا، غ.م، 1968/05/15، ن.س، 1968، ص.109.

441 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/02/04، م.م، ع.25، ص.219-220.

وعليه فإن مسقطات الحق في الحضانة تتعلق بأي شكل جسدي جزئي أو كلي أو ذهاب للقوة العقلية أو مرض معدي، أي بجميع الأمراض التي تؤثر على قدرة العمل بشكل يعجز معه الحاضن عن العناية بالطفل ورعايته.

وبالإضافة إلى المرض العقلي والجسدي، هناك السلوك المشين للحاضن الذي يعتبر من أهم مسقطات الحضانة.

### ثانيا: السلوك المشين للحاضن

يترتب على السلوك المشين للحاضن مخاطر عظيمة، بحيث ينجم على هذا السلوك، انحلال المحضون واضطرابه نفسيا وجعله فردا سيئا يفسد المجتمع.

ويقصد بالسلوك المشين، كل تصرف يؤدي إلى فساد أخلاق الحاضن، والذي قد ينعكس سلبا على الصغير المحضون في تربيته وأخلاقه بل وحتى نفسيته، لذلك أوجبت الشريعة الإسلامية الأمانة والاستقامة في الحاضن.

ومن الأعمال التي تدخل ضمن السلوك المشين الزنا واللواط والشذوذ الجنسي والسحاق، ويقصد به أيضا تناول المشروبات الكحولية والمخدرات والمهلوسات، ويدخل في السلوك المشين أيضا، القمار والسحر والسرقة، و كل ما هو مفسد للأخلاق والدين<sup>442</sup>، و كل هذا يعتبره القاضي سببا كافي للإسقاط الحضانة عن صاحبها، ونقلها إلى من يليه في المرتبة مع مراعاة مصلحة المحضون<sup>443</sup>.

وقد جعل المشرع الجزائري السلوك المشين للحاضن من مسببات سقوط الحق في الحضانة، و هذا ما نصت عليه المادة 67 من قانون الأسرة بقولها: "تسقط الحضانة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه..."، وبالرجوع إلى المادة 62 من قانون الأسرة نجدها قد جاءت بأن:

442 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام.....، المرجع السابق، ص.360.

443 - كمال صمامه، مسقطات الحضانة.....، المرجع السابق، ص.88.

"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته، على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

ومع أن هذه النصوص يعترها العموم والغموض، لكونها تحمل أكثر من معنى، إلا أن المشرع الجزائري قد أشار لذلك، بحيث أسقط الحضانة إذا أصبح الحاضن غير أهل لها، وترك المجال مفتوح للقضاء، حتى يضبط مفهوم السلوك المشين مع أخذه في عين الاعتبار لمصلحة المحضون، ومن هنا سوف نورد مجموعة قرارات قضائية توضح ذلك.

فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى حيث جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معاً.

وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"<sup>444</sup>.

كما اعتبرت أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة، وأن إسناد الحضانة للأم المحكوم عليها من أجل هذه الجريمة، يعد مخالفا للقانون وأحكام المادة 62 من قانون الأسرة .

وذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 30 سبتمبر 1997 بقولها : "من المقرر شرعا وقانونا، أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، خاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة "<sup>445</sup>.

444 - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/01/09، ملف رقم 31997، م.ق، 1989، ع.01، ص.73.

445 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.169.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا، بقولها: "حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا، إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه"<sup>446</sup>.

فكل هذه القرارات القضائية الخاصة بالفعل المشين والتي أغلبها على الأم تنطبق على الأب، لكون فساد الأخلاق من زنا أو شرب الخمر أو غيرها من التصرفات التي تفسد أخلاق المحضون لا تنطبق على جنس معين أو شخص محدد، بل كل حاضن يتصف بها لا بد أن تسقط عنه الحضانة.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن حالة سقوط الحضانة بسبب الخوف من ضياع الطفل في صحته أو خلقه، لكن هناك حالة أخرى تسقط فيها الحضانة عن الأب و هي حالة التنازل.

## الفرع الثاني

### سقوط الحق في الحضانة بالتنازل

يجوز التنازل عن الحضانة، وذلك ما نص عليه صراحة المشرع الأسري، وعليه قد يسقط حق الأب في الحضانة إذا تنازل عنها وذلك إما صراحة (أولا) بحيث يتخلى عنها لشخص آخر بإرادته، أو ضمنا (ثانيا) بحيث لا يطلب الحاضن إسقاطها بل يتخذ سلوكا يعتبره المشرع مضرا بمصلحة المحضون.

### أولا: سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح

والتنازل الصريح يشمل انتهاء الحضانة عن الأب بالتنازل عنها بالإرادة المنفردة والتي تكلم عنها المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة (أ)، وشمل أيضا التنازل الإتفاقي الذي تكلم عنه المشرع في عدة مواد متفرقة (ب).

<sup>446</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، م.ق، 2001، ع.خاص، ص.170.

أ- التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن:

يعتبر التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة من صور التنازل الصريح عنها، وقد نص عليه المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وينبغي لإحداث هذا الأثر، أن يكون التنازل غير مضر بمصلحة المحضون، وأن يتم هذا التنازل أمام الجهة المختصة قانونا.

لذلك فإن الحضانة و إن كانت حق للأب الحاضن، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقا لرغبته، بل يشترط في هذا التنازل أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة، وتتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونا<sup>447</sup>.

فيسقط حق الحضانة، إذا تنازل عنه صاحبه اختياريا، ولا يقبل طلب استرجاعها<sup>448</sup> وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 27 مارس 1999 حيث جاء فيها: "من المقرر فقها وقانونا، أن المتنازل لها عن الحضانة باختيارها، لا تعود إليها و لا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها بإختيارها، دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلقاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد، عن تنازلها عن حقها في الحضانة، وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"<sup>449</sup>.

447 - أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.01، ط.03، دار هومه، الجزائر، 2011، ص.474.

448 - صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة .....، المرجع السابق، ص.134.

449 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 27 /03/1389، ملف رقم 53340، م.ق، 1990، ع.03، ص.85.



كما رفضت المحكمة العليا التنازل في حالة عدم وجود حاضن آخر يقبلها، وهذا ما جاء في قرارها المؤرخ في 07 ديسمبر 1987 بقولها: "من المقرر شرعا وقانونا، أن تنازل الأم عن حضانة أولادها، يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها، وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا، وتعامل معاملة نقيض قصدتها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفا لأحكام الحضانة"<sup>450</sup>.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 19 ديسمبر 1988 بقولها: "من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدتها.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم الطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء ( الزوجة الثانية ) التي ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>451</sup>.

وهذه الأحكام وإن كانت تخص الأم إلا أنها تنطبق حتى على الأب فإذا لم يجد الأب حاضن يقبل تنازله فمن المنطقي أن ترفض المحكمة هذا التنازل إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك، لأنها هي المعيار لكل حكم قضائي خاص بإسناد الحضانة، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 03 جويلية 1989 بقولها: "من المقرر أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

<sup>450</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1987/12/07، ملف رقم 44858، م.ق، 1990، ع.04، ص.50.

<sup>451</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51894، م.ق، 1990، ع.04، ص.70.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>452</sup>.

فمصلحة المحضون تقتضي أن يكون لدى الحاضن الذي يؤمن له الرعاية الصحية والخلقية وحتى النفسية حتى ولو كان الحاضن قد تنازل عنها من قبل وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 20 أبريل 1999 والذي جاء فيه: "من المستقر عليه، أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم .

ومتى تبين - في قضية الحال - أن تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها نهائياً من إعادة إسناد الحضانة إليها، إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، طبقاً لأحكام المادتين 66 و67 من قانون الأسرة، وإن قضاء المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق، دون مراعاة مصلحة المحضون، أخطئوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>453</sup>.

وبهذا 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 لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية<sup>454</sup>.

لكن السؤال المطروح هنا هل ينطبق هذا الأمر على الأب؟

<sup>452</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/07/03، ملف رقم 54353، م.ق، 1992، ع.01، ص.45.

<sup>453</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/04/20، ملف رقم 220470، م.ق، 2001، ع. خاص ص.181.

<sup>454</sup> - صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة .....، المرجع السابق، ص.136.

الجواب في الحقيقة مرتبط بالمعيار الذي يعتمد عليه القاضي في حكمه الخاص بالحضانة وهو مصلحة المحضون، فإذا كان الأب هو الحاضن الوحيد الموجود، أو الذي تتوفر فيه شروط الحضانة رغم تنازله عنها فإنه تسند إليه الحضانة بل ويجبر عليها لأن الحضانة حق للمحضون قبل أن تكون حق للحاضن وإلا عوقب بجريمة ترك الأسرة<sup>455</sup> طبقاً للمادة 330 من قانون العقوبات وما بعدها<sup>456</sup>.

وبالإضافة إلى سقوط الحضانة بالإرادة المنفردة، قد تسقط الحضانة عن الأب بالاتفاق.

### ب- التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف:

فيمكن للحاضن الأب أن يتفق مع أحد مستحقي الحضانة الآخرين لإسناد الحضانة له، لكن شريطة أن لا يكون هذا الاتفاق يضر بمصلحة المحضون، وإلا قضي ببطالان الاتفاق.

455 - أنظر الملحق رقم 06 من هذه الأطروحة.

456 - تنص المادة 330 من قانون العقوبات: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100.000 دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين و يتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي. ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

2- الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي،

3- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم الاعتقاد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها.

4- وفي الحالتين 1 و 2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك.

ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية".

وتنص المادة 331 من قانون العقوبات: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 03 سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً، و لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتقاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أية حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية، تختص أيضاً بالحكم في الجناح المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة .

ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حداً للمتابعة الجزائية".

وتنص المادة 332 من قانون العقوبات: " و يجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضى عليه بإحدى الجناح المنصوص عليها في المادتين 330 و 331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر".

لأنّ القاضي في هذه الحالة له سلطة رقابية على تصرفات المتعاقدين لوقاية مصلحة المحضون وصيانتها، فإذا كان الاتفاق على التنازل لا يضر بالطفل بل يخدم مصلحته، حكم القاضي بإسقاط الحضانة عن المتنازل عنها.<sup>457</sup>

وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري، فقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيها بأنه: "متى حصل الاتفاق بين الطرفين ( الأم و الأب )، فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه.

وقد أيدت في ذلك القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 08 جوان 1994 والمؤيد بدوره حكم محكمة الروبية، الصادر في 11 أوت 1993 والقاضي بالموافقة على العريضة المشتركة بين الطرفين، والمتضمنة عدة شروط، منها إسناد حضانة البنت إلى أمها"<sup>458</sup>.

لكن السؤال الذي يمكن أن يطرح هل الأب عند تنازله عن الحضانة لأحد مستحقيها ملزم بإتباع الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة ؟

في الحقيقة وبحسب اعتقادنا، نرى أن الترتيب الذي جاء به المشرع، يقوم على أساس الأشخاص الأكثر حنانا ورأفة بالمحضون بحسب العرف والتقاليد والواقع، وعليه لا يتصور أن يمنح الأب حضانة محضونه لغير هؤلاء، لأنه ليس من المنطقي أن تتوفر الجدة لأب أو الأم ويعطي الحضانة لخال أو عم المحضون.

لكن يبقى دائما مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، فأين تكمن هذه المصلحة يكون الحكم القضائي، فإذا وجدت هذه المصلحة في غير مستحقيها كان الحكم بذلك، لأن هذا الترتيب الذي جاء به المشرع ليس ترتيب جامد، لأن حق المحضون يغلب على حق الحاضن وذلك تطبيقا لمصلحة المحضون .

457 - زكية حميدو، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.495.

458 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/07/09، ملف رقم 138949، م.ق، 1996، ع.01، ص.73.

هذا بالنسبة للتنازل الإتفاقي الذي لا يصادق عليه القاضي إلا وفق معايير، فهل هو نفس الشيء بالنسبة للتنازل الضمني.

### ثانيا: التنازل الضمني

يقصد بالتنازل الضمني ذلك التصرف الذي يضر بمصلحة المحضون فتقوم المحكمة بإسقاط الحضانة على أساسه دون مطالبة الحاضن ذلك، و هي تشمل كل من سقوط الحضانة بقوة القانون (أ)، وتنقل الحاضن بالمحضون إلى مكان آخر (ب).

#### أ- سقوط الحق في الحضانة بقوة القانون:

نصت على ذلك المادة 68 من قانون الأسرة: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

وعليه يتضح لنا أن دعوى سقوط الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر<sup>459</sup>.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد، أن حق الحاضن في هذه الحالة يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى على مستواه، إلا أن يقر هذا السقوط، بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة<sup>460</sup>.

لكن مع هذا فإن السقوط لا يحدث تلقائيا، بل يجب أن يصدر حكم قضائي لإثبات وجود حالة من حالات الإسقاط، مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون، فمرور السنة دون المطالبة بالحضانة، هي

459 - سليمان ولد خسال، الميسّر في شرح .....، المرجع السابق، ص.155.

460 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة .....، المرجع السابق، ص.301.

نص عليها القانون صراحة، ولكن مع هذا فالقاضي هو الذي يقدر الأسباب التي أدت للتأخير بعذر<sup>461</sup>.

وعليه قد تكون هناك حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة ومع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعني بتوافر عذر مقبول عقلا ومنطقا، فعلى سبيل المثال أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة أو كان الشخص المعني بالحضانة مريض بمرض خطير منعه من المطالبة بالحضانة .

وفي غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور هذه المدة، وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في اجتهاداتها حيث جاء في قرارها المؤرخ في 09 جويلية 1984: "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القاضي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس هذا الحق خلال سنة ومن ثم فإن القرار بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"<sup>462</sup>.

وجاء في قرار آخر لها بتاريخ 05 فبراير 1979: "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سنة.

وبناء على ذلك فإن القضاة لما اسندوا الحضانة للجددة كانوا خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مدة الحضانة، الأمر الذي جعل قرارهم معرضا للبطلان والنقض"<sup>463</sup>.

كما اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة لغير مستحقها قبل مضي سنة يعد خرقا للقانون، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 05 فبراير 1990: "من المقرر قانونا أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمضي بعد على المطالبة بالحضانة من

461 - كمال صمامه، مسقطات الحضانة.....، المرجع السابق، ص.100.

462 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، م.ق، 1990، ع.01، ص.60.

463 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1979/02/05، ملف رقم 19303، ن.ق، 1981، ع.01، ص.77.

قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بجرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدّة من الأب يكون قد خالفوا القانون<sup>464</sup>.

وبالإضافة إلى سقوط الحضانة بقوة القانون قد تسقط كذلك بإنتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.

#### ب- انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي:

عالج المشرع الجزائري، موضوع انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي وجعله من أسباب التنازل الضمني عن الحضانة، نظرا للضرر الذي قد يلحق بالمحضون بسبب هذا السفر الطويل، الذي يقصد منه النقلة والانقطاع<sup>465</sup>.

وقد تكلم المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 69 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

فمصلحة المحضون تقتضي تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي، على إذن القاضي ومن ثم بعدم تخويل الأب أو الولي، حق التمتع بمنح هذه الرخصة<sup>466</sup>.

والسفر المقصود به هنا هو ذلك السفر خارج الوطن، من أجل الإقامة بشكل مستمر ودائم، من ثمّ فإن السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي من أجل السياحة أو العلاج أو قضاء عطلة بصفة مؤقتة، لا يخضع لحكم المادة 69 من قانون الأسرة<sup>467</sup>.

464 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم 38225، م.ق، 1993، ع.03، ص.53.

465 - أنظر، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.68.

466 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.411؛ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح....، المرجع السابق، ص.155.

467 - كمال صمامه، مسقطات الحضانة.....، المرجع السابق، ص.133.

وفي هذا الصدد صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 02 يناير 1989 حيث جاء فيه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجبيين اللذان اسندا حضانة البنين إلى أمهما، فإن قضاة الإستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجبيين لكون بقاء البنين بفرنسا يغير من اعتقادهما و يبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يجرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون<sup>468</sup>.

ويفهم من خلال هذا القرار القضائي، أن المعتر قانونا كسبب لإسقاط الحق في الحضانة، هو إقامة أحد الأبوين في بلد غير مسلمة، و بمفهوم المخالفة، أن إقامة الصغير في بلد مسلم لا يسقط الحق في الحضانة.

فبالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة التي تؤكد في تعريفها للحضانة على تربية الولد على دين أبيه، وهنا تكمن مصلحة الصغير، التي ينبغي للقاضي مراعاتها.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 19 فبراير 1990 بقولها: "من المقرر شرعا وقانونا، أن إسناد الحضانة، يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم

<sup>468</sup> - المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1989/01/02 ، ملف رقم 52207 ، م.ق ، 1990 ، ع.04 ، ص.74.



فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون، يستوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>469</sup>.

وما دام انتقال المحضون مع أحد أبويه، إلى بلد مسلم لا يتعارض ومصلحته، فلا إشكال في ذلك، و لكن المشكل المطروح في البلد الأجنبي، و في المسافة الفاصلة بين البلدين فبالرجوع إلى نص المادة 69 من قانون الأسرة، نجد أنها أعطت حكما واحدا سواء كان الأب مسلما أم غير مسلم، مع مراعاة القاضي لمصلحة المحضون، ولم نجد جوابا على المسافة المقطوعة بنص المادة، إلا أنّ القاضي لم يول الاهتمام بالمسافة وبعدها بين الوطن والبلد الأجنبي بقدر ما اهتم بأن البلد الذي سيقم فيه المحضون مسلم أو غير مسلم، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

وعليه ومن خلال ما تقدم، يتبين لنا بأن المشرع من خلال المادة 69 من قانون الأسرة، يوحي بأن البلد الأجنبي هو ما كان خارج التراب الوطني.

إلا أن القضاء قد وضع ذلك، وجعل البلد الأجنبي هو البلد الذي لا يدين بدين الإسلام، حتى لا يضيع الولد ويبقى على دين أبيه، وبالتالي في حالة الإقامة بالمحضون والسفر به من أجل الإقامة ببلد أجنبي لا يدين بدين الإسلام، يسقط القاضي عنه الحضانة بسبب هذا الضرر الذي يلحق بهذا المحضون<sup>470</sup>.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الولاية الأولى وهي الحضانة والتي تسمى بولاية التربية، وهي غالبا ما تثبت للنساء لكن قد تثبت أحيانا للأب كذلك، فهل نفس الأمر بالنسبة للولاية الثانية وهي الولاية على الزواج؟ وما دور الأب فيها؟ وكيف أثر التعديل الجديد لقانون الأسرة على دور الأب في الولاية على الزواج؟

469 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19/02/1990، ملف رقم 59013، م.ق، 1991، ع.04، ص.116.

470 - كمال صمامه، مسقطات الحضانة.....، المرجع السابق، ص.135.

## المبحث الثاني

### أحكام الأبوة في الولاية على الزواج

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يعقدها الإنسان في حياته، هذا وإن لم نقل الأهم، فالزواج لقاء بين الرجل والمرأة يهدف للمحافظة على النسل والتحصن من الشيطان وحفظ الفرج.

وتأسيس أسرة والتي يعد الزواج أساس تكوين هذه الأخيرة، والطريق السوي الذي فرضه الله على عباده لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>471</sup>.

وقد رغب رسولنا الكريم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم الزواج في سنته، وذلك في الكثير من الأحاديث النبوية كقوله صلى الله عليه وسلم مخاطبا الشباب: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"<sup>472</sup>، وقوله عليه الصلاة والسلام: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم".

فأهمية الزواج، تكمن في أنها تنظم لقاء الرجل بالمرأة بقواعد و ضوابط ثابتة تُحمّل الطرفين تبعات وآثار توثق لتلك الرابطة بينهما، لذلك بنى الشارع عقد الزواج على أركان و شروط تثبت قواعده وتحقق مقاصده وأهدافه، ومن بينها الولي باعتباره القائم على رعاية مصالح الطرفين لاسيما الزوجة باعتبار أنوثتها وضعفها.

وتعتبر الولاية أهم حكم يربط الأب بولده، لكون هذا الأخير يحتاج لرعاية الأب منذ أن يكون جنين في بطن أمه إلى أن يصل إلى مرحلة يقرر أو يريد فيها الزواج، فشرعت الولاية كحق للولد وواجب على الأب.

471 - سورة الروم، الآية رقم 21.

472 - أنظر، النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.06، ط.01، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1929، ص.172.

لذلك سنتكلم بداية في هذا المبحث عن مفهوم الولاية و دليل مشروعيتها (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى شروط الولاية (المطلب الثاني)، وأخيرا سنتكلم عن مشكل الولي في قانون الأسرة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

### مفهوم الولاية و دليل مشروعيتها

إن لموضوع الولاية أهمية بالغة لارتباطه بنواة المجتمع ألا وهي الأسرة، والتي يعد الزواج أساس تكوينها، وقد جعل الله سبحانه وتعالى لهذا الزواج ثمرة ينتظرها كل الأزواج وهي نعمة الذرية التي يبقى النوع الإنساني متواجدا إلى الأجل المحدد له.

وهذه النعمة تستوجب الرعاية والحفظ والصون، فيقوم الوالدان بتربية أولادهم، إلى أن يصلوا إلى مرحلة الإدراك والتكليف، وما وضع الله سبحانه وتعالى الولاية على النفس إلا تحقيقا للعدالة، ورفعاً للظلم، وجلباً للمصالح، فقد خلق الله الخلق وأحوج بعضهم إلى بعض لتقوم كل فئة بمصالح غيرها<sup>473</sup>.

وذلك عن طريق نظام يسمى الولاية حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع ولا تهتز، ذلك أن التشريع يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره ويحقق له النفع و يدفع عنه الضرر، و هذا خلافا لما يدعيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية حق مطلق وأنها سلطة تحكم بدون حدود وأنها منافية لمبادئ الحرية في الزواج .

<sup>473</sup> - أنظر، فاطمة الزهراء بيتور، الولاية على النفس بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، 2007-2010، ص.01-02.

ونظرا لأهمية الولاية في تدعيم علاقة الأب بابنه لحفظ ورعاية هذا الأخير، سنتكلم بداية عن مفهوم الولاية ( الفرع الأول ) ثم نتطرق إلى دليل مشروعيتها ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم الولاية

لفهم مقصود الولاية والتعمق فيها لا بد من تعريفها من الناحية اللغوية (أولا)، ثم البحث في معناها الاصطلاحي (ثانيا).

#### أولا : تعريف الولاية لغة

هناك عدة تعاريف للولاية لغة، وهذا حسب الألفاظ التي ترد بها، فالولي في أسماء الله الحسنى هو الناصر وقيل المتولي لأمر العالم والخلائق والقائم بها.

ومن " أسماءه سبحانه وتعالى الوالي وهو مالك الأشياء جميعا، المتصرف فيها، ويقال فلان أولى بهذا الأمر من فلان أي أحق به، وفلان أولى بكذا أي أحرى به وأجدر، والمتولي ورثة الرجل وبنو عمه، فالمولى عموما هو الرب والمالك والمنعم والمعتق والناصر والمحب والتابع وابن العم، والحليف والصهر والعبد المعتق والمنعم.<sup>474</sup>

أما الولاية بفتح الواو و كسرهما هي مصدر لفعل ولي، فيقال ولي الرجل أي أعانه ونصره وقام بأمره وهي من ولي الشيء وولي عليه، فالولاية بالكسر هي السلطان وبالفتح هي النصرة<sup>475</sup>.

لقوله عز وجل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾<sup>476</sup>، وقال أيضا: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِّنْ وَلَايَتِهِمْ مِّنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾<sup>477</sup>.

<sup>474</sup> - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.02، المرجع السابق، ص.761-762.

<sup>475</sup> - أنظر، أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج.06، ط.02، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، السعودية، 1968، ص.622.

ومن هذا يتبين أن استعمال الولاية بالكسر يعني التدبير والقدرة والعمل، وبالفتح يعني النصرة والنسب، وكلا المعنيين مراعى في الولاية، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة والعمل، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه<sup>478</sup>.

### ثانيا : تعريف الولاية اصطلاحا

"هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا عليه"<sup>479</sup>، أو هي "سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة سواء ينشئها لنفسه أو لغيره"<sup>480</sup>، كما عرفها وهبة الزحيلي على أنها: "تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية"<sup>481</sup>.

أما محمد أبو زهرة فعرفها على أنها: "القدرة على إنشاء العقد نافذا" وقسمها بذلك إلى قسمين، ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، أما الولاية المتعدية فهي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع<sup>482</sup>، أي أن الإنسان في الظروف الطبيعية ولي نفسه ما دام يملك أهلية الأداء<sup>483</sup>، أما إذا نقصت أهليته أو فقدت، فقد جعلت الولاية عليه لشخص آخر يسمى الولي، وتكون ولاية الولي عليه متعدية.

476 - سورة التوبة، الآية رقم 71.

477 - سورة الأنفال، الآية رقم 72.

478 - أنظر، أحمد الصويحي شليبيك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، محرم 1428 هـ الموافق لـ فبراير 2007م، المجلد رقم 04، ع.01، ص.41.

479 - أحمد الحصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.06.

480 - أنظر، عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط.03، دار المعارف، مصر، 1958، ص.201.

481 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.187.

482 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد.....، المرجع السابق، ص.153.

483 - ويقصد بأهلية الأداء: فيقصد بها قدرة الشخص على التعبير بنفسه وحسابه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية بحيث يكون كامل الإدراك والتمييز؛ نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص.169.

وتنقسم الولاية المتعدية هي الأخرى إلى قسمين : ولاية على المال، و ولاية على النفس، فالأولى هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، أما الثانية فهي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد والمحافظة على نفس المولى عليه<sup>484</sup>.

أما الفقهاء القدامى فقد عرف الحنفية الولاية بأنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"<sup>485</sup>، ومن خلال هذا التعريف نرى بأن الحنفية قد قسموا الولاية إلى قسمين ولاية الإيجاب وولاية اختيار<sup>486</sup>، والمقصود بولاية الإيجاب هي تنفيذ تصرف الولي على المولى عليه جبرا، أما ولاية الاختيار فلا جبر فيها بحيث يزوج المولى عليه بناء على اختياره ورضاه<sup>487</sup>.

أما المالكية فقد عرفوا الولي بأنه: "من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيضاء، أو كفالة، أو سلطة، أو ذو إسلام"<sup>488</sup>، ومن خلال هذا التعريف نرى بأنهم عرفوا الولي بناء على الأسباب المثبتة لكونه وليا، والتي تعطيه الحق في مباشرة عقد النكاح.

أما بالنسبة للشافعية فقد عرفوها بناء على تعريفهم لولاية الإيجاب وتعداد الأسباب المثبتة للولاية بأنها: "سلطة تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو أبوة، أو بنوة، أو إيضاء، أو تعصيب،

484 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.187.

485 - أنظر، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصنائع في .....، ج.02، المرجع السابق، ص.361.

486 - أنظر، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص.10.

487 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.07، المرجع السابق، ص.188؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.04، المرجع السابق، ص.31؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.03، المرجع السابق، ص.246.

488 - أنظر، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج.02، المكتبة الثقافية، بيروت، د.س.ن، ص.22؛ أبي القاسم محمد بن أحمد بن مجزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.334-335.

أو ولاء، أو كفالة أو سلطة، أو إسلام، تسوغ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح لا بطريق الإلزام<sup>489</sup>.

## الفرع الثاني

### دليل مشروعية الولاية

لقد اتفق الفقهاء<sup>490</sup> على أن العلة من تقرير الولاية على المجنون والمعتوه هو ضعف العقل أو انعدامه، أما الصبي غير المميز فسببه الصغر، أما بالنسبة للفتاة الصغيرة غير البالغة فعلتها جهلها لما يتعلق بالزواج وأحوال الرجال وقلة تجاربها في الحياة العملية، وانجرافها نحو أحاسيسها وعواطفها، أما إذا تزوجت وطلقت أو مات عنها زوجها فلا يجوز لوليها أن يزوجه دون أن يأخذ رأيها وموافقته إن كانت بالغة.

489 - أنظر، أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي، فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج.07، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.536؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح.....، المرجع السابق، ص.12.

490 - الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة

الحنفية: يرون بأن الولي له الحق اجبار الصغير والصغيرة مطلقا والمجنون والمجنونة الكبار إلا أن الولي تارة قد يكون أبا أو جدا ولهما الولاية على الصغار والكبار إذا كان بهم جنون عند عدم وجود الابن؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص.32-33.

المالكية: يرون بأن للولي جبر الصغيرة، والمجنونة بالغة كانت أو لا، إذا كان جنونها مطبقا بكرا أو ثيبا، أما إذا كانت ثيبا و كان جنونها منقطعاً فلا تزوج إلا في حال إفاقتها بعد استئذانها؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص.35.

الشافعية: يرون بأن الولي المحبر له الحق بتزويج الصغيرة، والمجنون صغيراً أو كبيراً، والبكر البالغة العاقلة بدون استئذان ورضا بشروط سبعة:

1- أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أما إذا كانت العداوة غير ظاهرة فإنها لا تسقط حقه.  
2- أن لا يكون بينها وبين الزوج عداوة أبدا ظاهرة معروفة لأهل الحي ولا باطنة فلو زوجها لمن يكرهها أو يريد بها السوء فإنه لا يصح.  
3- أن يكون الزوج كفاء.

4- أن يكون موسراً قادراً على الصداق .

ويرى الشافعي بأن هذه الشروط الأربعة السابقة لضرورة لصحة العقد، وإلا كان باطلاً إن لم تأذن به الزوجة و ترضى به.

5- أن يزوجه بمهر المثل .

6- أن يكون المهر من نقد البلد

7- أن يكون حالاً؛ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج.04 ، المرجع السابق ، ص.37.

الحنابلة: قالوا يختص الولي المحبر بإجبار غير المكلف وهو الصغير بكرا كانت أو ثيبا وهي من كانت دون تسع سنين؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.04، المرجع السابق، ص.38.

لكنهم اختلفوا حول المرأة البالغة العاقلة إلى فريقين، الأول يرى بضرورة وجود الولي في النكاح فكل نكاح يقع بدون الولي أو من ينوب منابه يقع باطلا (أولا)، أما الفريق الثاني فيرى بأن المرأة البالغة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا فإنها صاحبة الحق في زواج نفسها ممن تشاء (ثانيا).

### أولا : أدلة الفريق الأول

ويشمل كل من المالكية، والشافعية، والحنابلة واستدلوا باشتراط الولاية في نكاح المرأة المكلفة من الكتاب (أ)، والسنة (ب)، والآثار والمعقول (ج).

### أ- الأدلة من القرآن الكريم:

أول دليل استدل به هذا الفريق هو قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>491</sup>، ففي هذه الآية ينهي فيها الله سبحانه وتعالى الأولياء عن عضل النساء، وعليه إذا كان للنساء الحق في انكاح أنفسهن لما خاطب الله به أولياءهن ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبن في نكاح أزواجهن<sup>492</sup>، وقال الشافعي<sup>493</sup>: " هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها"<sup>494</sup>.

491 - سورة البقرة، الآية رقم 232.

492 - أنظر، عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، ط.01، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2002، ص.68-69؛ نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص.62.

493- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.06، المرجع السابق، ص.31-32.

494 - هذه الآية نزلت في رجل كانت له أخت كان زوجها ابن عم لها فطلقها وتركها فلم يراجعها حتى انقضت عدتها، ثم خطبها فأبى أن يزوجه إياه، وهي راغبة وقيل أن هذه الآية نزلت على رجل يسمى معقل بن يسار رضي الله عنه و الدليل على ذلك قوله أي (معقل بن يسار) " كانت لي أخت تخطب، و أمنعها الناس، حتى خطب إلي ابن عم لي فأنكحتها له فاصطحبها ما شاء الله، ثم إنه طلقها طلاقا له فيه رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، ثم خطبت إلي فأتاني بخطبها مع الخطاب فقلت له: خطبت إلي فمنعها الناس فأثرتك بما، ثم طلقت طلاقا لك فيه رجعة، فلما خطبت إلي أتيتني تخطبها مع الخطاب و الله لا أنكحها أبدا، قال: ففي نزلت هذه الآية فكفرت عن يميني و أنكحتها إياه؛" أبي جعفر بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.04، ط.01، هجر للطباعة و النشر و التوزيع و الإعلان، القاهرة، 1422هـ الموافق لـ 2001م، ص.189 وما بعدها.



أما الدليل الثاني فيتمثل في قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾<sup>495</sup>، فهذه الآية هي الأخرى تخاطب أولياء النساء بالألا ينكحوهن المشركين حتى يؤمنوا، وهذا دليل على أنه لو كان للنساء أمر في النكاح لما خاطب الله به أولياءهن دونهن هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو كان للمرأة أن تنكح نفسها لما كانت الآية دالة على منعها من تزويج نفسها لمشرك، لأنها لم تنه عن ذلك، وإنما نهى الأولياء، ونكاح المسلمة للمشرك غير جائز بالإجماع<sup>496</sup>.

وهناك دليل ثالث استدل به هذا الفريق وهو قوله تعالى في سورة النور: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾<sup>497</sup>، فالخطاب في هذه الآية موجه للأولياء ودليله في ذلك أن هذا الخطاب موجه للرجال دون النساء لكونهم هم المكلفون بتزويجهم<sup>498</sup>.

أما الدليل الرابع والأخير الذي يراه هذا الفريق بأنه إثبات قاطع على أن النكاح لا يكون إلا بولي وهو قوله تعالى في سورة القصص: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾<sup>499</sup>.

وقد فسر ابن العربي هذه الآية بأنها دليل على اشتراط الولاية، وعلى أن أمر النكاح مخصص لأولياء من الرجال، مما يوضح بأن الولاية في النكاح سنة الأنبياء والصالحين قبل بعثة خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم<sup>500</sup>.

ولم يكتفي هذا الفريق بما جاء في القرآن الكريم بل استدلوا كذلك بالسنة النبوية الشريفة.

495 - سورة البقرة، الآية رقم 221.

496 - أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح .....، ج. 09، المرجع السابق، ص. 184؛ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج. 01، المرجع السابق، ص. 79؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية .....، المرجع السابق، ص. 403.

497 - سورة النور الآية رقم 32.

498 - أنظر، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 12، ط. 02، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003، ص. 239؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج. 09، المرجع السابق، ص. 451.

499 - سورة القصص الآية رقم 27.

500 - أنظر، أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج. 03، ط. 03، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص. 494 وما بعدها؛ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص. 88.

ب- الأدلة من السنة:

قد استدلل هذا الفريق بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم رواه أبو موسى الأشعري: " لا نكاح إلا بولي"<sup>501</sup>، يعتبر هذا الحديث دليل على أن النكاح بدون ولي يُعد باطلا، وقد ثبت العمل بهذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم كعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم، كما روي عن بعض التابعين أنهم عملوا بهذا الحديث كسعيد بن المسيب، والحسن البصري وابراهيم النخعي ، وعمر بن عبد العزيز وغيرهم<sup>502</sup>.

وما يدعم أكثر الدليل الأول حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"<sup>503</sup>، وقد اعتبر هذا الاتجاه أن عمومية اللفظ "أيما" الوارد في الحديث تشمل كل من المرأة الصغيرة والكبيرة، بكرة كانت أم ثيبا دون تخصيص<sup>504</sup>.

501 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، عون المعبود شرح .....، ج.06 ، المرجع السابق ، ص.106؛ الحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبار كفوري ، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترميذي ، ج.04 ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، د.م.ن ، د.س.ن ، ص.226؛ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، ج.01 ، المرجع السابق، ص.605 ؛ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج.07 ، المرجع السابق، ص.90؛ أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي ، شرح معاني الآثار ، ج.03 ، ط.01 ، عالم الكتب ، د.م.ن ، 1994 ، ص.07.

502 - الحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبار كفوري ، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترميذي ، ج.04 ، المرجع السابق ، ص.232-234 ؛ عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح ، ج.01 ، المرجع السابق ، ص.92.

503 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، عون المعبود ..... ، ج.06 ، المرجع السابق ، ص.98 ؛ الحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبار كفوري ، تحفة الأحمدي ..... ، ج.04 ، المرجع السابق ، ص.227-228 ؛ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، ج.01 ، المرجع السابق ، ص.605.

504 - وفي هذا جاء في الخطابي: "إن قوله كلمة أيما امرأة كلمة استيفاء واستيعاب، وفيه إثبات الولاية على النساء كلهن و يدخل فيها البكر والثيب و الشريفة و الوضعية و المولى ههنا العصبية.

وفيه بيان أن المرأة لا تكون ولية نفسها و فيه دليل على أن ابنها ليس من أوليائها إذا لم يكن عصبية لها. وفيه بيان أن العقد إذا وقع لا يذون الأولياء كان باطلا ، وإذا وقع باطلا لم يصححه اجازة الأولياء وفي إبطاله هذا النكاح وتكراره القول ثلاثا تأكيدا لفسخه ورفع من أصله، وفيه إبطال الخيار في النكاح"؛ أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي ، معالم السنن ، ج.03 ، ط.01 ، المطبعة العلمية، حلب ، 1933 ، ص.196-197.

أما الدليل الثالث فهو ما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"<sup>505</sup>، هذا الحديث دليل على أن المرأة لا تستطيع تزويج نفسها ولا حتى غيرها لا بولاية ولا بوكالة، سواء أذن لها أم لم يأذن لها وإلا شبهت بالمرأة الزانية وهذا دليل على بطلان النكاح<sup>506</sup>.

وأخيرا ما رواه الحسن البصري عن قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، التي نزلت في معقل بن يسار حيث قال هذا الأخير: "زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك، وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقها، ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لابأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال فزوجها إياه فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه"<sup>507</sup>.

فهذا الحديث الوارد في سبب نزول الآية الكريمة دليل على أن الأمر في النكاح بيد الولي، وإلا لما كان لعضل ( معقل ) أخته معنى؛ إذ لو كان لها أن تزوج نفسها بدونه لما احتاجت إليه، ولما احتاج إلى التكفير عن يمينه، ولكان مجرد رغبتها في مراجعة زوجها، ورغبة زوجها في الرجوع إليها كافيا، إذ هي حرة، عاقلة، بالغة، ثيب، ومن كان أمره إليه لا يقال إلى غيره منعه، ثم لو كان أمرها في النكاح إليها دون أخيها لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم لأخيها أنه لا سبيل له عليها، و أنها مالكة أمر نفسها<sup>508</sup>.

وبالإضافة إلى ما جاءت به السنة النبوية من إثبات لشرط الولي استدل أنصار هذا الفريق بالآثار والمعقول.

505 - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.01، المرجع السابق، ص.606.

506 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، المرجع السابق، ص.131؛ عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، ط.01، دار قرطبة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص.62.

507 - المحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبار كفوري، تحفة الأحوذوي، ج.08، المرجع السابق، ص.324-325؛ أبي

الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود، ج.06، المرجع السابق، ص.109.

508 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، المرجع السابق، ص.142.

## ج- الأدلة من الآثار والمعقول

فمن الآثار ما رواه سعيد بن المسيب عن قول عمر رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان"<sup>509</sup>، كذلك ما رواه عكرمة بن خالد عن امرأة ثيب جعلت أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجلد الناكح والمنكح وردّ نكاحها<sup>510</sup>.

كما روي عن عائشة زوج النبي رضي الله عنها "أنها كانت تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد، فإذا بقيت عقد النكاح قالت لبعض أهلها زوج؟ فإن المرأة لا تلي عقدة النكاح"<sup>511</sup>.

وقد جاء عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، أنه قال: ولّى عمر ابنته حفصة ماله وبناته ونكاحهنّ، فكانت حفصة إذا أرادت أن تزوج امرأة أمرت أخاها عبد الله فزوج<sup>512</sup>، وهذا دليل على أنه لو كان للمرأة الحق في إبرام النكاح لباشرته حفصة بنفسها<sup>513</sup>.

أما بالنسبة للمعقول، فالولاية في الزواج هو نظام شرعي ليس لنقص أهلية المرأة البالغة بل هي للحفاظ على سمعتها وكرامتها و شرفها<sup>514</sup>، فالأنوثة لا تمنع من مباشرة العقود الشرعية وخاصة المالية فهذه الأخيرة مهما كانت أهميتها لا تصل إلى أهمية ومكانة عقد الزواج، في جلاله قدره وعظم أجره.

509 - أنظر، الحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج.03، ط.01، دار المعرفة، لبنان، 2001، ص.229.

510 - الحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج.03، المرجع السابق، ص.225؛ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، المرجع السابق، ص.145.

511 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.05، المرجع السابق، ص.19؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.09، المرجع السابق، ص.453.

512 - أنظر، شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج.10، ط.01، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، 1327 هـ، ص.130.

513 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، المرجع السابق، ص.149.

514 - أنظر، أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي، مكتبة المعارف، الرباط، 1987، مقتبس عن: بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.405.

فنظراً لخطورة عقد الزواج و تبعاته المادية والمعنوية، تحتاج المرأة لاستشارة وليها الشرعي لكي تتأكد من اختيارها ومصحتها وضمن حقوقها، كما أنه لا يليق بمحاسن العادات دخول المرأة في أمر النكاح لأن الحياء المفروض فيها يقتضي ابتعادها عن ذلك<sup>515</sup> هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر مواجهة المرأة للرجال وجه لوجه قد يؤدي إلى مشاكل اجتماعية وعائلية كثيرة ومن أهمها، إغفالها مناقشة شروط العقد التي ترغب إدخالها في العقد، وهذا الخطأ قد يؤدي إلى المساس بشرف أهلها وباعتبارهم<sup>516</sup>.

كما أن الزواج يتطلب خبرة ودراسة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وهذا لا يتيسر للنساء لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن وغلبة العاطفة عليهن، مما يكون سببا في المتعة العاجلة دون النظر إلى المستقبل البعيد<sup>517</sup>.

هذا بالنسبة لما جاء به أصحاب الفريق الأول إلا أن لأنصار الفريق الثاني رأي آخر.

## ثانيا : أدلة الفريق الثاني

وهو ما ذهب إليه الحنفية خلافا للجمهور ( الرأي الأول )، حيث أجاز الحنفية للمرأة سواء كانت بكرا أم ثيبا أن تزوج نفسها أو أن تولى في عقد زواج غيرها من النساء وإن كان من المستحب أن يتولى عقد زواجها وليها، ولكن اشترطوا لصحة عقد النكاح الذي تتولاه المرأة بنفسها ولزومه أن يكون الزوج كفتا، وألا يقل المهر عن مهر المثل، فإن تزوجت بغير كفى أو بأقل من مهر المثل فللولي

515 - أنظر، عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.06 ، ط.01، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص.434.

516 - أنظر، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة و الزواج، ج.01، ط.02، د.د.ن، الجزائر، 1994 ، ص.205-206.

517 - أنظر، محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج، فقها وقانونا وقضاء، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014 ، ص.137.

حق الاعتراض على العقد<sup>518</sup>، وقد استدلت أنصار هذا المذهب على أقوالهم من الكتاب (أ) والسنة (ب) والآثار والمعقول (ج).

#### أ- الأدلة من القرآن الكريم:

أول دليل استدلت به هذا الفريق هو قوله تعالى: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>519</sup>، فأصحاب هذا الاتجاه يروا في هذه الآية دليل على جواز نكاح المرأة الذي تعقده بنفسها بدون ولي هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن هذه الآية قد نهت الأولياء عن المنع عن نكاحهن بأنفسهم من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي كما قال الكساني يقتضي تصوير المنهي عنه<sup>520</sup>.

أما بالنسبة للدليل الثاني، فقد استدلووا بقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾<sup>521</sup>.

فقالوا، أن الله سبحانه وتعالى أضاف النكاح إلى المرأة كما أضاف رجعة المرأة إلى زوجها الأول بعقد جديد من غير ذكر الولي، وبالتالي دل هذا الأمر على صحة نكاح المرأة من غير وليها<sup>522</sup>.

518 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.370؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.05، المرجع السابق، ص.10؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم الشركزي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.03، المرجع السابق، ص.255.

519 - سورة البقرة، الآية رقم 232.

520 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.370؛ السيد أبو عيطة، الزواج والطلاق في زمن العولمة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص.101.

521 - سورة البقرة، الآية رقم 230.

522 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.02، المرجع السابق، ص.370؛ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج.01، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن، ص.400؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري.....، المرجع السابق، ص.78؛ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، المرجع السابق، ص.164.

كما استدلت أنصار هذا الرأي بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُم مَّن لَّمْ يَدْرُوا جَنَاحَ النَّكْحِ يُؤْتِيهِم مَّا ذَرَوْا وَهُمْ لَا ضَلَالَ لَهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾<sup>523</sup>، فهذه الآية دليل على أن للمرأة الحق في تزويج نفسها لأن الله سبحانه أجاز لها أن تفعل بنفسها ما تشاء دون اشتراط الولي<sup>524</sup>.

هذا بالنسبة للأدلة من القرآن الكريم، إلا أن أنصار هذا الرأي لم يكتفوا بالآيات القرآنية وإنما استدلوا ببعض الأحاديث النبوية.

### ب- الأدلة من السنة النبوية:

أول حديث هو ما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: " ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها"<sup>525</sup>، فيرى أصحاب هذا الرأي أن هذا الحديث دليل على أنه لا ولاية على المرأة، بحيث جعل للثيب الحق في أن تتصرف في نفسها وحدها ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها، أما البكر لعدم إلفها الرجال وما يغلب عليها من الحياء الذي يمنعها من التصريح بالرضا، فضلا عن مباشرتها العقد، فقد اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بأن تبدي ما يدل على رضاها بالزواج<sup>526</sup>.

523 - سورة البقرة، الآية رقم 234.

524 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، المرجع السابق، ص.160.

525 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود لشرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، ج.06، ط.02، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، 1968، 167؛ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، موارد الضمان إلى زوائد ابن حبان، ج.04، ط.01، دار الثقافة العربية، دمشق، 1991، ص.161.

526 - أنظر، أحمد الحصري، الولاية الوصاية الطلاق في الفقه الإسلامي والأحوال الشخصية، ط.02، دار البيل، بيروت، 1992، ص.37؛ عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، مجلة العلوم و البحوث الإسلامية، ع.05، 2012، ص.07.

أما الحديث الثاني، فهو ما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها"<sup>527</sup>، ووجه الدلالة في هذا الحديث أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا يبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ<sup>528</sup>.

وقالوا أن الأيم في هذا الحديث اسم لإمرأة لا زوج لها<sup>529</sup>، بكرة كانت أم ثيبا، وقد أثبت النبي صلى الله عليه وسلم لكل من الولي و الأيم حقا ضمن قوله "أحق"، وجعلها أحق بنفسها من وليها ولن تكون أحق منه بنفسها إلا إذا صح تزويجها نفسها بغير رضاه، وهذا يمنع أن يكون له حق في منعها العقد على نفسها كقوله قلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بصّقة"، وقوله لأم الصغير: "أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>530</sup>.

بالإضافة إلى ما ذكرناه هناك حديث آخر رواه عبد الله بريدة، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله: إن أبي - ونعم الأب هو- زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء"<sup>531</sup>.

فهذا الحديث حسب هذا الإتجاه دليل إثبات على أن أمر النكاح يرجع إلى المرأة، وأن مباشرة عقد الزواج ليس حق مطلق وثابت للآباء، بل هو مستحب مراعاة للحشمة والأدب<sup>532</sup>.

527 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود لشرح سنن أبي.....، ج.06، المرجع السابق، ص.127؛ النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.09، المرجع السابق، ص.202؛ أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج.05، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص.08؛ الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.01، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، د.م.ن، ص.601؛ أبي العلي محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبار كفوري، تحفة الأحوذى بشرح.....، ج.04، المرجع السابق، ص.241.

528 - محمد مجاق، مركز الولي في عقد.....، المرجع السابق، ص.138.

529 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع.....، ج.02، المرجع السابق، ص.373.

530 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص.167-168.

531 - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.01، المرجع السابق، ص.602.

532 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.05، المرجع السابق، ص.12.



وأخيرا ما رواه سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت له يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال رسول الله (ص) ، هل عندك شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري هذا، فقال: ما أجد شيئا، فقال: التمس ولو خاتما من حديد، فالتمس فلم يجد شيئا، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم، معي سورة كذا وسورة كذا - لسورة سمّاها - فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم، قد أنكحتها بما معك من القرآن"533.

وبالإضافة إلى ما جاءت به السنة النبوية استدلت أنصار هذا الفريق بالآثار والمعقول.

### ج- الأدلة من الآثار و المعقول:

فبالنسبة للآثار فقد روي عن عائشة رضي الله عنها: " أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، للمندر بن الزبير بن العوام، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان قال: ومثلي يصنع هذا به، ومثلي يفتات عليه، فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر: ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ما كنت أردّ أمرا قضيته، فقررت حفصة عند عبد الرحمان ولم يكن ذلك طلاقا"534.

أما بالنسبة للمعقول فيرى هذا الاتجاه أن لا ولاية على المرأة البالغة لكون ولاية الزواج الممنوحة للولي على الصغيرة هي بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا ومآلا، كما أنها عاجزة عن القيام بها فيتولى الولي ذلك لكونه قادرا عليه،

533 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، عون المعبود .....، ج.06 ، المرجع السابق، ص.143 ؛ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه ، ج.01 ، المرجع السابق ، ص.608 ؛ الحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبارك كفوري ، تحفة الأحوذى .....، ج.04 ، المرجع السابق ، ص.254.

534 - أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، شرح معاني الآثار ، ج.03 ، المرجع السابق ، ص.08.

وبالتالي مجرد بلوغ المرأة عقلا زال العجز حقيقة وقدرت بذلك على التصرف في نفسها، فتزول ولاية الغير عنها و تثبت الولاية لها<sup>535</sup>، لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا، فتزول بزوال الضرورة<sup>536</sup>، كما أن المرأة الحرة لا يكون لغيرها عليها ولاية و ذلك للمنفاة بين الحرية والولاية عليها<sup>537</sup> هذا من جهة .

ومن جهة أخرى يرى هذا الاتجاه بأنه ما دام للمرأة الأهلية في ممارسة جميع التصرفات المالية من بيع و إيجار ورهن وغيرها فمن باب أولى أن تكون لها الحق في مباشرة زواجها بنفسها لأن التصرف حق خالص لها<sup>538</sup>.

فإذا كانت هذه هي أدلة الفريقين في وجوبية الولاية من عدمها بالنسبة للمرأة، فما هي شروط الولاية وهل تكلم عنها المشرع الجزائري؟

## المطلب الثاني

### الشروط الواجب توافرها في الأب كولي على أبنائه

هناك جملة من الشروط لابد من توافرها في الولي لتكون ولايته صحيحة، ويجوز النكاح بها، وعبر عنها بعض الفقهاء بشروط الولي<sup>539</sup>، والبعض الآخر بموانع الولاية<sup>540</sup> والمضمون واحد<sup>541</sup>.

535 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.373؛ نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في .....، المرجع السابق، ص.60 .

536 - محمد مجاق، مركز الولي في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.138-139؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص.110.

537 - عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح ، ج.01 ، المرجع السابق ، ص.224.

538 - عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها .....، المرجع السابق، ص.07 ؛ السيد أبو عيطة ، الزواج و الطلاق .....، المرجع السابق، ص.101.

539 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع .....، ج.05، المرجع السابق ، ص.53.

540 - أنظر ، شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة ، ج.04، ط.01 ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، 1994، ص.242.

541 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.306.

ورغم أهميتها إلا أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن شروط الولي في الزواج في قانون الأسرة، بل نص فقط على الشروط الواجب توافرها في الوصي في المادة 93 ق.أ<sup>542</sup>، وكان من باب أولى أن يتكلم عن شروط الولي في الزواج و تكون مباشرة بعد المادة 11 من قانون الأسرة، لكن يبقى الحل دائما الرجوع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، غير أن فقهاء هذه الأخيرة اتفقوا على جملة من الشروط ( الفرع الأول )، واختلفوا في لزوم بعضها ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الشروط المتفق عليها

اتفق الفقهاء على جملة من الشروط في الولي وهي كمال الأهلية ( أولا)، والاتحاد في الدين (ثانيا).

### أولا: كمال الأهلية

يكون الشخص كامل الأهلية<sup>543</sup> إذا كان بالغاً عاقلاً طبقاً للمادة 40 ق.م والتي تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

والأهلية التي يجب أن تتوفر في الشخص لكي يكون ولياً على القاصر هي أهلية الأداء، والمقصود بها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال القانونية باسمه ولحساب نفسه بقصد إحداث آثارها في شخصه أو ذمته المالية<sup>544</sup>.

542 - تنص المادة 93 ق.أ: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

543 - الأهلية لغة : يقال أهله لذلك الأمر تأهيلاً و أهله ، رآه له أهلاً ، و استأهله استوجبه ، و منه قوله تعالى: " هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَ أَهْلُ الْمَغْفِرَةِ"، وجاء في التفسير أنه عز وجل أهل لأن يتقي فلا يعصي و أهل المغفرة لمن اتقاه؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج.02 ، المرجع السابق ، ص.163.

544 - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.169.

فالبالوغ هي علامة على انتهاء مرحلة الصغر<sup>545</sup>، وهي تثبت في القانون ببلوغ الشخص 19 سنة وعليه فلا تثبت الولاية للقاصر<sup>546</sup>، لأنه لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا ولاية له على غيره . لأن أهلية الولاية تكون بالقدرة على تحصيل النظر للمولى عليه وذلك بكمال الرأي والعقل وهذا غير متحقق في الصغير<sup>547</sup>، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية<sup>548</sup>، والمالكية<sup>549</sup>، والشافعية<sup>550</sup>، والحنابلة<sup>551</sup>، والظاهرية<sup>552</sup>.

وقد استدل فقهاء الشريعة الإسلامية بوجوب بلوغ الولي في الزواج بقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾<sup>553</sup>، فقالوا ما دام أن الصغير لم يؤتمن على حفظ ماله حتى يبلغ، فأولى ألا يؤتمن على تصريف أمور غيره فيما هو أشد خطرا من المال، وهذه الآية الكريمة هي الأصل في منع عقود الصغار<sup>554</sup>.

- 
- 545 - محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المحتار على .....، ج.05، المرجع السابق، ص.97.
- 546 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.30 ؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، مصر، د.س.ن، ص.108 ؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج.....، المرجع السابق، ص.58؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية.....، ج.01، المرجع السابق، ص.141؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص.171.
- 547 - أنظر، ناصر الدين الشاعر، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص.46؛ أبو بكر لشهب، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ولاية الزواج والقصر نموذجا، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2009-2010، ص.34.
- 548 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.284.
- 549 - أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل .....، ج.05، المرجع السابق، ص.54.
- 550 - أنظر، جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1403 هـ الموافق ل 1983م، ص.475.
- 551 - أنظر، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج.09، ط.01، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1986 م، ص.366.
- 552 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج.09، المرجع السابق، ص.462.
- 553 - سورة النساء، الآية رقم 06.
- 554 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.02، المرجع السابق، ص.215.

كما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"<sup>555</sup>.

هذا بالنسبة للبلوغ<sup>556</sup>، أما بالنسبة للعقل فهو ضروري في الولي لكونه صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقيح<sup>557</sup>، وقد نصت المادة 81 ق.أ على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون"، وتنص المادة 101 من نفس القانون على أنه: "من بلغ سن الرشد و هو مجنون، أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

وعليه إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت له الولاية، وعدم وجود العقل يرجع في الأساس وبالدرجة الأولى إلى الجنون ثم يليه العته<sup>558</sup>.

ويقصد بالجنون: "هو كل مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح ويصعبه اضطراب و هياج غالبا، أما العته فهو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكا صحيحا ويتميز عن

555 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، عون المعبود شرح .....، ج.12 ، المرجع السابق ، ص.657.

556 - إذا كان الفقه الإسلامي قد اتفق على أن السن علامة من علامات البلوغ، لكن اختلفوا في مقدار السن التي إذا بلغها الصبي صار مكلفا، وانقسم الفقه إلى ثلاث أقسام :

القسم الأول : وهو رأي كل من الشافعية و الحنابلة و صاحبين من الحنفية، ويرون بأن الصبي إذا أكمل 15 سنة صار بالغاً مكلفاً بالأحكام الشرعية، و يستوي في ذلك الذكر والأنثى؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.07، المرجع السابق، ص.172؛ أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.01، ط.01، دار القلم ، سوريا، 1996، ص.330؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.04، المرجع السابق، ص.551.

القسم الثاني: وهو رأي أبو حنيفة ويرى أن سن البلوغ في الذكر هو 18 سنة؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصنائع.....، ج.07، المرجع السابق، ص.172.

القسم الثالث: وهو المشهور عند المالكية و يرون بأنه إذا بلغ كل من الذكر و الأنثى 18 سنة؛ أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل .....، ج.05، المرجع السابق، ص.59.

557 - جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.212.

558 - شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.32 ؛ علي حسب الله ، أصول التشريع الإسلامي، ط.05 مزيدة ومنقحة ، دار المعارف ، مصر ، 2006 ، ص.343 ؛ نضال محمد أبو سنينة ، الولاية في النكاح .....، المرجع السابق، ص.306.

الجنون بأنه يصحبه هدوء<sup>559</sup> أو هو " اختلال في العقل لا يصل إلى حد الجنون ولكنه يجعل الشخص قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير"<sup>560</sup>.

ويشترك الجنون و العته في أثرهما بالنسبة للعقل فكلاهما مرض يصيب العقل وينقص من كماله، كما أن المجنون والمعتوه كلاهما عديم الأهلية، فالجنون إما أن يكون جنونه كلياً وشاملاً أي مستمر ويسمى في هذه الحالة بالجنون المطبق، وإما يكون منقطعاً بمعنى يمكن لصاحبها أن يفيق في أوقات ويسمى في هذه الحالة بالجنون القاصر أو المتقطع، وحكمه عند فقهاء الشريعة بأنه في فترة الجنون له نفس حكم الجنون المستمر، أما في زمن الإفاقة فقد قسمه الفقهاء إلى قسمين:

القسم الأول أن يكون فيه بليداً معموراً، أي غير مدرك فلا يصح فكره ولا يسلم تمييزه، ففي هذه الحالة لا ولاية له في زمان إفاقته، كما لا ولاية له في زمان جنونه.

والقسم الثاني وهو أن يكون الولي فيه سليم الفكر صحيح التمييز، فهذا أيضاً قسمه إلى نوعين: أولاً أن يكون زمان إفاقته أكثر من زمان جنونه، فله الولاية في زمان الإفاقة، وثانياً أن يكون زمان إفاقته أقل من زمان جنونه، ففي عود الولاية إليه في زمان الإفاقة وجهان: أحدهما تعود إليه لعدم ما يمنع منها، والثاني لا تعود إليه، اعتباراً بحكم الأغلب<sup>561</sup>.

ومن ثمّ فالجنون والمعتوه يحجر عليهما متى ثبت الجنون أو العته ويستمر مع استمرار الحالة ويزول بزوالها، غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار تقسيم الجنون إلى مطبق ومنقطع كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية بل اقتصر على ذكر حالة الجنون كسبب من أسباب الحجر وترك تقدير مدى توفر الحالة إلى القاضي نظراً لكون المسألة موضوعية .

559 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.441.

560 - أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص.132.

561 - أنظر، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.07، ط.03، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ الموافق لـ 1991م، ص.63؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج.09، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ الموافق لـ 1999م، ص.117-118؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح.....، المرجع السابق، ص.32-33.

ويمكن للقاضي الاستعانة بالخبرة و رأي الأطباء طبقا للمادة 103 ق.أ والتي تنص: " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، وتنص المادة 126 من ق.إ.م.إ.<sup>562</sup>: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة"، وبناءا على هذه الخبرة يصدر القاضي حكمه بالحجر.

ومن ثمّ، بمجرد صدور الحكم بالحجر بسبب الجنون أو العته على الأب تسقط الولاية منه.

أما بالنسبة للسفيه ويقصد به "الشخص الذي لا يحسن القيام على شؤون ماله وتديره وينفق في غير موضع الإنفاق"<sup>563</sup>، والفقهاء الإسلامي قسمه إلى حالتين:

الحالة الأولى أن يكون هذا الأب محجورا عليه بالسفه، وفي هذا أمرين، الأمر الأول أن يكون الأب المحجور عليه لا يعرف مصلحة نفسه، فهذا لا ولاية له، لأنه من لا يعرف حظ ومصلحة نفسه لا يعرف مصلحة غيره .

أما الأمر الثاني فإن يكون الأب قد حُجر عليه لتبذير ماله، مع معرفته لمصلحة وحظ نفسه<sup>564</sup> وهذا فيه وجهان، الوجه الأول وهو ما جاء به جمهور الفقهاء<sup>565</sup> بأن لا ولاية للأب في النكاح لأنه قد حجر عليه وبالتالي زالت ولايته على نفسه فمن باب أولى أن تزول على غيره .

<sup>562</sup> - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر ، ع.21، الصادر في 23 أبريل 2008.

<sup>563</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص.447.

<sup>564</sup> - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه .....، ج.09، المرجع السابق، ص.118؛ شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.32-33.

<sup>565</sup> - الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

أما الوجه الثاني و هو قول أبي العباس بن سريج والذي أبقى الولاية للأب وأجاز له تزويج وليته، لأن سبب الحجر هو حفظ المال وهذا الأمر غير مقصود في ولاية النكاح وبالتالي لا يؤثر في إسقاطها، هذا إذا كان الأب السفية محجور عليه أما إذا لم يكن محجور عليه وهي الحالة الثانية.

الحالة الثانية وفيها أمرين، الأمر الأول وهو قول أبي علي بن أبي هريرة الذي اعتبر الأب السفية كالمحجور عليه، وعليه فلا ولاية له لوجود أسباب الحجر فيه، والأمر الثاني هو أن يبقى الأب على ولايته، لأنه لما كان قبل الحجر باقي الولاية على نفسه كان باقي الولاية على غيره<sup>566</sup>.

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 101 من ق.أ.أ. سالف الذكر نجد أن المشرع قد اعتبر السفية محجور عليه وذلك بعد استصدار حكم قضائي وبالتالي إذا حكم بالحجر على الأب بسبب السفه تسقط الولاية منه إلى حين زوال الحجر.

لكن المشكل الذي قد يطرح هو بالنسبة لذو الغفلة الذي لم يتكلم عنه المشرع الجزائري في المادة 101 ق.أ.أ. كسبب من أسباب الحجر مع العلم أن كل من السفية وذو الغفلة ينقصان من أهلية الشخص البالغ طبقاً للمادة 43 من القانون المدني: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

ويقصد بذو الغفلة كل شخص لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة فيغبن في المعاوزات، لسهولة خدعه، وقد يعبر عنه بالضعيف وهو يتشابه مع السفية في تصرفاته من حيث فساد الرأي و سوء التدبير، وإن كان السفية فيه ذكاء أحياناً لكنه يقوم بالإتلاف غير عابئ و لا مهتم فإن ذو الغفلة لا يقوم بالإتلاف وإنما فيه غباء يؤدي إلى سوء تدبيره وفساد تقديره<sup>567</sup>.

<sup>566</sup> - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه .....، ج.09، المرجع السابق، ص.118

<sup>567</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.450؛ محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976، ص.15.



لكن رغم ذلك لم يعتبره المشرع سبب للحجر كما لم يدخله ضمن الأشخاص الذين تجب عليهم الولاية طبقا للمادة 81 ق.أ والتي تنص: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، ومن ثم تثبت لذو الغفلة الولاية في الزواج.

وبالإضافة إلى كمال الأهلية و الذي يعتبر شرط مهم لثبوت الولاية إلا أنه لا يكفي بل يجب أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولى عليه.

### ثانيا: الاتحاد في الدين

وذلك يعني أنه لا يجوز أن يكون الأب الكافر وليا على المسلمة في الزواج، وهذا بإتفاق الفقهاء<sup>568</sup> لقول ابن قدامة: "لا يثبت لكافر ولاية على مسلمة، وهو قول عامة أهل العلم أيضا، قال ابن المنذر " أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا"<sup>569</sup>.

واستدل الفقهاء على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَوَلَّوْا قَوْمًا غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ قَدْ يَئِسُوا مِنَ الْآخِرَةِ كَمَا يَئِسَ الْكُفَّارُ مِنْ أَصْحَابِ الْقُبُورِ﴾<sup>570</sup>، وقوله كذلك: ﴿...وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>571</sup>، وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أُرِيدُونَ أَنْ تَجْعَلُوا اللَّهَ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُبِينًا﴾<sup>572</sup>.

568 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.339؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه .....، ج.09، المرجع السابق، ص.115؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.04، المرجع السابق، ص.377؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع .....، ج.05، المرجع السابق، ص.53.

569 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.04، المرجع السابق، ص.377.

570 - سورة الممتحنة، الآية رقم 13.

571 - سورة النساء، الآية رقم 141.

572 - سورة النساء، الآية رقم 144.

وفي هذه الآيات<sup>573</sup> دلالة على تحريم ولاية الكفار على المسلمين، لورود النهي فيه صراحة عن اتخاذهم أولياء، والزواج فيه نوع من الولاية، وتولي الكافر العقد على المسلم أو المسلمة فيه إثبات للولاية له على المسلمين، وهو ما لا يجوز<sup>574</sup>.

أما بالنسبة للسنة النبوية الشريفة فقد استدل الفقهاء بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "الإسلام يعلوا و لا يعلى عليه"<sup>575</sup>، فقالوا أن إثبات الولاية للكافر على المسلم في الزواج فيه إعلاء له على الإسلام و هذا لا يجوز<sup>576</sup>.

واستدلوا كذلك بحديثين لرسول الله أحدهما قوله: " لا يلي المشركون شيئاً من أمورنا"<sup>577</sup> والثاني قوله: " لا تستعملوا المشركين"<sup>578</sup>.

فهذان الحديثان ينهي فيهما النبي صلى الله عليه وسلم عن استعمال الكفار و جعلهم ولاية على شيء من أمورنا، فما بالك بالنكاح لذلك لا يجوز جعلهم ولاية في الزواج<sup>579</sup>.

وأخيراً ما روي عن زواج النبي صلى الله عليه وسلم من أم حبيبة ابنة أبي سفيان من غير ولاية أبيها<sup>580</sup>، وبناء على هذا قال الشافعي: " لا يكون الكافر ولياً لمسلمة وإن كانت بنته، قد زوّج ابن سعيد بن العاص النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة، وأبو سفيان حيٌّ؛ لأنها كانت مسلمة وابن

573 - وقوله تعالى كذلك في الآية 71 من سورة التوبة: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْتُرُونَ بِالْعُرُوفِ وَيَتَهَوَّنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾، والآية 73 من سورة الأنفال على أنه: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فَسَادٌ كَبِيرٌ﴾.

574 - إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.24.

575 - أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ج.03، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.218.

576 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.25.

577 - أنظر، محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل و شفاء العليل، ج.06، ط.02، دار الفتح، بيروت، 1392 هـ الموافق لـ 1982 م، ص.240.

578 - محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل .....، ج.06، نفس المرجع .

579 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.25.

580 - أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود لشرح .....، ج.06، المرجع السابق، ص.105.

سعيد مسلم، لا أعلم مسلماً أقرب بها منه<sup>581</sup>، ولم يكن لأبي سفيان فيها ولاية، لأن الله تبارك وتعالى قطع الموالاتة بين المسلمين والمشركين والموارث والعقل وغير ذلك<sup>582</sup>.

أما من الناحية العقلية فيحرم منح الولاية للكافر على المسلم في الزواج، لأن هذا الأخير يعتبر من أعظم وأهم العقود التي يتقرب بها العبد إلى ربه وكل عقد من شأنه ذلك لا يليه الكافر، لمنافاة الكفر للتعبد والقربة إلى الله سبحانه وتعالى<sup>583</sup> هذا من جهة، ومن جهة أخرى ففي ولاية الكافر على المسلم إذلال للمسلم، لما بينهما من العداوة في الدين<sup>584</sup>، كما أن ولاية الكافر على المسلم ممنوعة قياساً على منع التوارث بينهما لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر"<sup>585</sup>.

هذا في حالة ما إذا كان الأب غير مسلماً والمولى عليه مسلماً لأن الإسلام شرط أساسي في الولاية، لكن في حالة العكس أي ما إذا كان الأب مسلم والمولى عليه غير مسلماً، ففي هذه الحالة ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>586</sup> والمالكية<sup>587</sup> والشافعية<sup>588</sup> والحنابلة<sup>589</sup> والظاهرية<sup>590</sup> إلى عدم صحة ولاية المسلم على الكافر واحتجوا بالآيات السابقة الذكر وبرروا ذلك بأن اختلاف الدين يمنع

581 - وهناك روايات أخرى في هذا الموضوع ، أولها أن الذي زوجها النجاشي بولاية السلطنة وهو مسلم، و الثانية أن الذي زوجها ابن ابن عم أبيها الآخر عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فكلها دليل على أنه لم يكن لأبيها عليها ولاية ؛ علي بن عمر الدارقطني ، أبي الطيب محمد شمس الحق آبادي، سنن الدارقطني و بذيله التعليق المغني على الدارقطني، ط.01 ، دار ابن الحزم ، لبنان ، 1432 هـ الموافق ل 2011، ص.794.

582 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.05 ، المرجع السابق، ص.15.

583 - شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.25.

584 - عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح ، ج.02، المرجع السابق، ص.229.

585 - شمس الدين السرخسي، المبسوط ، ج.04 ، المرجع السابق ، ص.223.

586 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02 ، المرجع السابق، ص.284.

587 - أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح .....، ج.05 ، المرجع السابق ، ص.54 ؛

588 - أبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق ، التاج و الإكليل لمختصر خليل ، ج.03 ، دار الفكر ، بيروت ، 1412 هـ الموافق ل 1992، ص.438.

589 - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي ، الحاوي الكبير في فقه .....، ج.09، المرجع السابق، ص.116.

590 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج.09 ، المرجع السابق ، ص.462.

من الميراث والعقل ، فكذلك الولاية<sup>591</sup> فلو افترضنا أنه كان للمرأة غير المسلمة أخوان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالذي يزوجها هو غير المسلم، ولا ولاية لأخيها المسلم عليها في ذلك<sup>592</sup>.

هذا بالنسبة للشروط المتفق عليها بين الفقهاء إلا أنه هناك شروط أخرى لم يتفق عليها الفقهاء كسبب لثبوت ولاية الزواج على الأب الولي.

## الفرع الثاني

### الشروط المختلف فيها

اختلف الفقهاء في المذاهب الإسلامية في بعض الشروط إثباتا ونفيا، وهذه الشروط هي: الذكورة والتعصيب (أولا)، العدالة (ثانيا)، بالإضافة إلى سلامة الحواس (ثالثا).

#### أولا: الذكورة و التعصيب

لقد اختلف الفقهاء في مدى لزوم أن يكون الولي ذكرا (أ) من جهة وأن يكون عصبه من جهة أخرى (ب) إلى ما يلي:

---

591 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في .....، ج.02، المرجع السابق، ص.284.  
592 - هناك من خالف جمهور الفقهاء في ولاية المسلم على الكافر كابن وهب من المالكية الذي أجاز ذلك سواء كان زواج الكافرة من مسلم أو كافر، وهذا ما ذهب إليه حتى الإباضية و الجعفرية خاصة إذا كانت المولى عليها كتابية و سيتزوجها مسلم؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج.09، المرجع السابق، ص.473؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.28.

أ- الذكورة:

تعتبر الذكورة شرط عند جمهور الفقهاء من المالكية<sup>593</sup>، والشافعية<sup>594</sup>، والحنابلة<sup>595</sup>، والظاهرية<sup>596</sup>، إلا ما روي عن الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية.

فيرى جمهور الفقهاء بأن الذكورة أمر لازم للولاية، ولا مدخل للنساء في إنشاء عقد النكاح، سواء كان العقد لهن أصالة، أو كان لغيرهن<sup>597</sup> وبرروا ذلك بأن الأصل في الولاية الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة، تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها، ولأنها لا تثبت لها ولاية على نفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى<sup>598</sup>.

أما الحنفية فيرون بعدم لزوم الذكورة في الولي، بل يصح أن تباشر المرأة عقد النكاح بنفسها بشرط أن تكون بالغة وعاقلة<sup>599</sup>.

وإن كانت الذكورة متوفرة في موضوعنا إلا أنها ليست الشرط الوحيد الذي اختلف فيه الفقهاء بل هناك كذلك شرط التعصيب وهو الآخر متوفر في الأب وسيتم شرحه في النقطة الموالية.

593 - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.03، ط.01، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415 هـ، ص.09 وما بعدها.

594 - النووي، روضة الطالبين .....، ج.07، المرجع السابق، ص.62.

595 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع .....، ج.05، المرجع السابق، ص.53.

596 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.09، المرجع السابق، ص.469.

597 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.36.

598 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح .....، المرجع السابق، ص.307.

599 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.247.

ب- التعصيب:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ويشمل كل من أبو يوسف ومحمد<sup>600</sup>، والشافعية<sup>601</sup> والمالكية<sup>602</sup> والحنابلة<sup>603</sup> في إحدى روايتين والظاهرية<sup>604</sup>، إلى أن الولاية لا تثبت إلا للعصبات فقط، ولا تثبت لغيرهم من ذوي الأرحام، وعليه إذا عدم العصبات انتقلت الولاية إلى السلطان مستدلين بذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "النكاح إلى العصبات"، بالإضافة لهذا يرون بأن العصبات هم الأشخاص المخول لهم تسيير الأسرة لذلك هم مختصون بالنظر والتأمل في أمر الزواج، لما له من أهمية قد ترفع المرء أو تذله<sup>605</sup>.

وقد خالف أبو حنيفة جمهور الفقهاء إلى أن الولاية تثبت لجميع الأقارب، وليس فقط العصبات، ومن ثم فلا يشترط في الولي أن يكون عاصبا، بل هذا الشرط في التقديم على غيره عند ترتيب الأولياء، لا في أصل الولاية<sup>606</sup>.

وقد استدل بذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾<sup>607</sup>، فالآية لم تفصل بين العصبات وغيرهم، كقوله كذلك: ﴿وَأَوْلُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾<sup>608</sup>، فيقصد بمصطلح أولي الأرحام هم الأقارب على وجه العموم، سواء كانوا من العصبات أو ذوي الأرحام أو غيرهم.

600 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.240.

601 - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه .....، ج.09، المرجع السابق، ص.97.

602 - أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.02، المرجع السابق، ص.97.

603 - بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع .....، ج.05، المرجع السابق، ص.52.

604 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج.09، المرجع السابق، ص.456.

605 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.48.

606 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.240.

607 - سورة النور، الآية رقم 32.

608 - سورة النساء، الآية رقم 25.

ويترتب على هذا الرأي أنه إذا لم يوجد عاصب انتقلت الولاية إلى ذوي الأرحام، وليس الحاكم إلا إذا لم يوجد ولي من ذوي الأرحام<sup>609</sup>.

هذا بالنسبة للتعصيب، لكن الفقهاء اختلفوا كذلك في العدالة ما إذا كانت تدخل ضمن شروط الولي أم لا؟

### ثانيا: العدالة

ويقصد بالعدالة استقامة الدين، وسلامة الخلق، ومظهرها أداء الفرائض واجتناب الكبائر<sup>610</sup>، وعدم الإصرار على الصغائر<sup>611</sup>، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط عدالة الولي، إلى ثلاث آراء: الرأي الأول: و يرى بعدم صحة ولاية الفاسق في النكاح و هو الراجح من مذهب الشافعية<sup>612</sup>، وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد<sup>613</sup>، وقد استدلل أصحاب هذا القول بحديثي الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي و بشاهدي عدل وولي مرشد"، وقوله: "أبما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل"<sup>614</sup>.

609 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.49.

610 - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق .....، المرجع السابق، ص.109.

611 - وقد فرق الشافعية بين العدالة وعدم الفسق، فيرون أنه يشترط في الولي عدم الفسق و ليس العدالة، لأنه لا يلزم من كون الولي غير فاسق أن يكون عادلا ، والفسق عندهم يتحقق بإرتكاب كبيرة ، أو إصرار على صغيرة ، بحيث لم تتغلب طاعات صاحبه على معاصيه. أما العدالة فهي ملكة تحمل على ملازمة التقوى ، و بين العدالة و الفسق واسطة يدل عليها أن الصبي إذا بلغ ، و الكافر إذا أسلم و لم تصدر منهما كبيرة ، ولم تحصل لهما تلك الملكة ، لا يوصفان بعدالة و لا فسق ، إلا أنه في الحقيقة بحسب رأينا أنه ليس هناك فرق بين العدل و عدم الفسق فهو اختلاف في المصطلح لأن العدالة شرط و الفسق مانع ؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، تحاية المحتاج إلى شرح المنهاج .....، ج.06 ، المرجع السابق ، ص.239.

612 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، تحاية المحتاج إلى شرح المنهاج .....، ج.06، المرجع السابق، ص.238.

613 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع .....، ج.05 ، المرجع السابق ، ص.54.

614 - المحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج.03 ، المرجع السابق ، ص.222؛ شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح...، المرجع السابق، ص.39.

والمراد بالرشد في هذا الحديث هو العدل، وعليه لا تثبت الولاية لغير عادل، لأن ولاية النكاح هي ولاية نظر، فلا تثبت لفاسق، كولاية المال<sup>615</sup>.

الرأي الثاني: ويرى بصحة ولاية الفاسق في النكاح، وهو قول الحنفية<sup>616</sup> والمالكية<sup>617</sup>، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد<sup>618</sup>، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾<sup>619</sup>.

فقالوا بأن هذه الآية خاطبت الأولياء على وجه العموم ولم تفصل بين العادل والفاسق<sup>620</sup>، وعن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رضي الله عنها أنها قالت: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم"<sup>621</sup>.

والمنطق الذي استندوا إليه إلى أن الفاسق من أهل الولاية لأنه له الحق في أن يلي نكاح نفسه، لذلك تثبت له الولاية على غيره، كما أن ولاية الزواج هي ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إلى هذا النظر وهو الشفقة، بالإضافة إلى أنه لا يقدر في الوراثة، ومن ثم لا يقدر في الولاية<sup>622</sup>.

615 - أنظر، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ الموافق لـ 1995 م، ص.37.

616 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج.02، المرجع السابق، ص.239.

617 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.02، المرجع السابق، ص.98.

618 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.04، المرجع السابق، ص.369 وما بعدها.

619 - سورة النور، الآية رقم 32.

620 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج.02، المرجع السابق، ص.340.

621 - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.01، المرجع السابق، ص.341.

622 - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج.03، المرجع السابق، ص.27.



ويرى المالكية بأن العدالة في الولاية هي شرط أفضلية وكمال، لا شرط صحة، فالأولى أن يكون الولي عادلاً، فإن حدث الفسق فإنهم يرون أن ذلك لا يمنع الولاية<sup>623</sup>.

الرأي الثالث: وهي رواية عن الشافعية بأنه إذا سلبت الولاية من الفاسق وانتقلت إلى الحاكم العادل، فإن هذا الأخير هو الذي يصبح ولياً في الزواج، أما إذا كان الحاكم فاسقاً أو انتشر الفسق في البلاد، فتبقى الولاية للفاسق<sup>624</sup>.

وفي الأخير، وبحسب اعتقادنا نرى بأنه لا خلاف بين الفقهاء بأنه لا ولاية للفاسق غير العادل الذي يسعى إلى اختيار أمثاله من الفسق ولا يسعى إلى اختيار الكفو للمولى عليه، لأن الهدف من الولاية هو حماية المولى عليه و صيانتته فإذا كان يتعارض مع هذا الهدف فلا ولاية لهذا الفاسق .

أما إذا كان فاسقاً على نفسه وغيره من الناس لكنه محافظاً على عرضه ويسعى لاختيار الأحسن للمولى عليه فإن الولاية تثبت له، خاصة إذا كان هذا الشخص هو الأب باعتباره الأكثر شفقة على المولى عليه والأكثر قرابة.

هذا بالنسبة للعدالة، لكن بعض الفقهاء لم يكتفوا بهذه الشروط وإنما أضافوا شرط آخر والمتمثل في سلامة الحواس.

### ثالثاً: سلامة الحواس

ذهب كل من الشافعية في قول<sup>625</sup>، والحنابلة<sup>626</sup> إلى ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس وصحة عقدهما مستدلين ذلك بزواج سيدنا موسى عليه السلام بحيث أن شعيباً قد زوج ابنته له وهو ضريراً أي

623 - نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح .....، المرجع السابق، ص.315-316؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد.....، ج.03، المرجع السابق، ص.27.

624 - شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.43؛ نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح.....، المرجع السابق، ص.316.

625 - النووي، روضة الطالبين .....، ج.07، المرجع السابق، ص.64.

626 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع .....، ج.05، المرجع السابق، ص.53.

أعمى، لأن معرفة الزوج الأصح لا تتوقف على الرؤية أو السمع و هذه الأمراض لا تؤثر في الولاية بل هي قاصرة فقط على الحس، أما إدراك الأمور و تقديرها فلا أثر لها عليه<sup>627</sup>.

وذهب الشافعية<sup>628</sup> في قول آخر إلى عدم ثبوت الولاية للأعمى وللأخرس، لأن هذه الأمراض المفقدة للحس تمنعه من القدرة على البحث فيما ينفع المولى عليه، كما أنها نقص يلحق به فتؤثر في شهادته كالصغر فتمنع من ولايته<sup>629</sup>.

لكننا نرجح الرأي الأول وذلك بالإستناد إلى كل من قانون الأسرة و القانون المدني، فتنص المادة 10 من قانون الأسرة على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، والمادة 01/60 من القانون المدني والتي تنص: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه....".

وبالتالي المشرع الجزائري أخذ برأي العاجز سواء في عقد الزواج أو في عقود أخرى، لكن لم يتكلم عن الولي العاجز استناداً إلى هذه المواد لا يمنع بحسب اعتقادنا أن يكون الولي في الزواج عاجزاً، لأن العجز سواء بالأعمى أو عدم السمع لا يمنع الولي أن يكون قادراً على إبرام العقد، أو البحث في ما إذا كان الشخص الذي يريد الزواج من المولى عليه صالحاً أم لا.

627 - شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.45-46.

628 - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه .....، ج.09، المرجع السابق، ص.63.

629 - شوقي ابراهيم عبد الكريم علام ، الولاية في عقد النكاح .....، المرجع السابق، ص.46.

هذا بالنسبة لشروط الولي في الفقه الإسلامي والتي لم يتكلم عنها المشرع الجزائري، والتي يرجع إليها القاضي بناء على المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية لكون قانون الأسرة مستوحى منها إلا أنه وقع جدل فقهي كبير حول الولاية فما هو المشكل؟

### المطلب الثالث

#### الولي في قانون الأسرة الجزائري

نظرا للتطور الحاصل للمجتمع قام المشرع بوضع تعديلات على قانون الأسرة ومن بينها الولاية، بداية من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984<sup>630</sup>، حتى تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ومن ثمّ اعتبر المشرع الولاية شرط من شروط الصحة في المادة 9 مكرر رغم أنه قبل التعديل اعتبرها ركن من أركان عقد الزواج، ولم يأخذ بهذه الولاية مشرعنا فحسب بل كل التشريعات العربية أخذت به لكن اختلفت في تكييفه و ذلك تأثرا بالفقه الإسلامي.

وتعتبر الولاية من بين أهم المسائل التي حظيت بنقاش حاد<sup>631</sup>، ولم يثر الجدل على الساحة الاجتماعية والقانونية بخصوص قانون الأسرة بقدر ما ثار حول إشكالية الولي<sup>632</sup>، مما أدى إلى ضجة كبيرة حول هذه المسألة بين مؤيد و معارض له<sup>633</sup>.

<sup>630</sup> - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984.

<sup>631</sup> - أنظر، زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الامر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، رقم 12، ص.58.

<sup>632</sup> - أنظر، كوثر زهدور، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تغديله، مجلة الفقه والقانون، المغرب، د.ع، د.س.ن، ص.01-02، منشور على الموقع الإلكتروني: [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، مذكرة ماجستير في القانون الخاص العمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص.69.

<sup>633</sup> - محمد معروف عرابي، قانون الأسرة ماله وما عليه، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، أكتوبر 2005، ع.10، ص.128.

وقد فرق قانون الأسرة بين زواج المرأة البالغة وزواج القصر في المادة 11 من قانون الأسرة، وأمام هذه الملاحظات لنا أن نتساءل ما إذا كان مسألة الولي في قانون الأسرة واقع على المرأة الراشدة فقط (الفرع الأول)، أم يدخل فيها الشخص القاصر (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مسألة ولاية المرأة الراشدة

كان قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله سنة 2005 ينص في المادة 11 منه على أنه يتولى زواج المرأة وليها، ولم يكن مسموحا للمرأة أن تنفرد بإبرام العقد بقولها: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

في حين أنه بعد تعديل 2005 نص في المادة 01/11 من قانون الأسرة على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

ومقارنة هذا النص المعدل مع النص السابق، فإنه يتبين أنّ المشرع غيّر عبارة "يتولى زواج المرأة وليها..." بعبارة "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."، وبهذا انتقلت المرأة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة، بحيث ينبغي أن تدلي على موافقتها في الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق<sup>634</sup>.

ويتضح من ذلك أن قانون الأسرة قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، وبهذا أصبح المشرع الجزائري يعتبر الولاية في الزواج أمرا شكليا، ما دامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد و ذلك عن طريق استعماله لمصطلح "أو" والذي

634 - زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.59؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.69.

يفيد التخيير وليس الترتيب، فقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب<sup>635</sup>.

غير أن مشرعنا قد وقع في تناقض بحيث يعتبر حضور المرأة إجباري لمجلس العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وموافقتها إجبارية، ولا يمكن لهذا الأخير إبرام العقد بدون حضورها، وفي نفس الوقت يشترط حضور الولي الذي ليس له أي قيمة فقط الحضور الجسدي كأنه شاهد، وعليه لم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور والدرجة، فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد<sup>636</sup>.

خاصة وأنه لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 10 فبراير 2011<sup>637</sup> حيث جاء فيه: "...حيث أن المادة 09 من قانون الأسرة في صياغتها القديمة تنص بأن عقد الزواج يتم برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدّاق، كما أن المادة 09 مكرر من نفس القانون طبقا للأمر 05-02 تنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ومن بينها الشاهدين و الولي .

وحيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس وبعد التحقيق الذي أجره، أسسوا قرارهم المذكور على أنه وقع فعلا زواج عرفي بين الطاعن وبين المطعون ضدها، وأن الزواج يتم عادة بحضور الأقارب وأن والد الزوجة المطعون ضدها وخالها يعتبران شهودا في محضر التحقيق وتؤخذ أقوالهما كشهود بصرف النظر عن صفتهم في مجلس العقد.

635 - أنظر، عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص.44؛ نعيمة إلياس مسعودة، نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سعيده، 2014، ص.134.

636 - أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص.112.

637 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/02/10، ملف رقم 600991، م.م.ع، 2011، ع.02، ص.274.

وحيث أن هذا التسبيب فيه خلط بين الولي من جهة والشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد، وقضاة المجلس استندوا إلى شخصين لإثبات زواج عرفي مع أن أحدهما وهو الولي وأب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج وإلا أعتبر ذلك مخالفا لنص المادتين المذكورتين...".

ويستشف من خلال المادة 11 ق.أ أن المشرع اتخذ موقفا متذبذبا<sup>638</sup>، فلا هو ترك الولاية بحيث أنه لم يستغن عنها إذ رتب شرط الولاية تحت عنوان "أركان الزواج" بصيغة الجمع<sup>639</sup>، بالرغم أنه خصّ المادة 09 المعدلة من قانون الأسرة بركن وحيد وهو رضا الزوجين، ولا هو ألغاهما .

بل وقف موقف غامض وإلا ما الفائدة من جعل الولي يكون من اختيار المرأة، ثم دوره يكون الحضور فقط<sup>640</sup>، بل أكثر من ذلك لم يرتب بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه المرأة الراشدة بدون وليها بل ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل<sup>641</sup>، وهذا ما تنص عليه المادة 33 ق.أ على أنه: "يطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّاق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل".

وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/01/23 على أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من قانون

638 - أنظر، محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص.216.

639 - زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة.....، المرجع السابق، ص.59.

640 - عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء.....، المرجع السابق، ص.45.

641 - أنظر، محمد طاهري، الجزء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص.82.

الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون<sup>642</sup>.

ولو أردنا التأصيل لهذه المادة يظهر لنا في البداية أن مشرعنا أخذها من المذهب الحنفي الذي يرى بأن المرأة البالغة العاقلة لا ولاية عليها ولها حرية تفويض هذا الأمر لآبائها وأقاربها وإن كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها.

غير أن المذهب الحنفي رغم إجازته لذلك فإنه جعل لعصبة المرأة حق الاعتراض إذا زوجت نفسها بغير كفى لها ودون مهر المثل، باعتبار أن الزواج مصاهرة بين أسرتين، ذلك أنه إذا كانت العلاقة الزوجية تقوم أساسا على الروابط الفردية بين الزوجين إلا أنه هناك علاقة أخرى أوسع، هي الروابط الأسرية التي يتوجب فيها توافر الكفاءة حتى لا يلحقها العار<sup>643</sup>.

وهذا ما لم يأخذ به المشرع الجزائري وفي ذلك يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "وحبذا لو أن المشرعين الجزائريين الذين لا يعجبهم تزويج الولي لمن هي في ولايته أن يمنحوا هذا الولي المتعثر حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواج مع كفاء، أو مع فاسق أو فاجر، أو أنه عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية له أو لها، مع العلم أن أمر الزواج لا يهمل المرأة وحدها بقدر ما يهمل أسرتها و أقاربها أيضا، وإن ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر"<sup>644</sup>.

وهذا ما تبناه قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 منه ما يلي: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤا لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ

<sup>642</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م.ق، 2002، ع.02، ص.440.

<sup>643</sup> - أنظر، محمود بن أحمد العيني، البداية في شرح الهداية، ج.04، ط.02، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.620؛ سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص.31.

<sup>644</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.43.

النكاح<sup>645</sup>، و المشرع اللبناني في المادة 46 من قانون حقوق العائلة اللبناني: "تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد، فإذا زالت بعد العقد لا تؤثر عليه"<sup>646</sup>.

وقد جاء في تعليق الأستاذ بن داود عبد القادر و هو عضو ضمن لجنة تعديل قانون الأسرة على مسألة الولاية بأن: "... هذا من صميم الفقه المالكي إذ عند المالكية يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب على ما فصله عبد الرحمان الجزيري في الفقه على المذاهب الأربعة ... وفي رواية عن ابن القاسم عن الإمام مالك بن أنس أن اشتراط الولاية سنة لا فرض ...، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف من الناس على انكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ..."<sup>647</sup>.

وعند تحليلنا لما جاء به الأستاذ داود عبد القادر، نجد بأنه صحيح ما ورد عن المذهب المالكي بصحة زواج الولي الأبعد حتى ولو وجد الأقرب، فمثلا لو وجد أب مع ابن و باشر الأب العقد فإنه يصح، وكذلك إذا وجد أخ مع عم و باشر العم العقد فهو صحيح و حصروها في الولي المجر <sup>648</sup>.

وقد جاء في المحلى عن مشهور الإمام مالك أنه فرق بين زواج المرأة الدينئة<sup>649</sup> والمرأة الشريفة<sup>650</sup>، فإن كانت المرأة شريفة فلا يصح لها نكاح إلا بولي، وإن كانت دينئة صح نكاحها بالولاية العامة، فيصح أن تجعل أمرها إلى رجل صالح من المسلمين فيعقد لها، ويصح نكاحها حتى ولو تولى الزوج العقد بنفسه<sup>651</sup>.

645 - المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية في جمهورية العربية السورية .

646 - قانون حقوق العائلة اللبناني الصادر في 25/10/1917، ج.ر، ع.01، المنشور بتاريخ 01 جانفي 1918.

647 - أنظر، عبد القادر بن داودي، دليل شرح قانون الأسرة و عرض أسبابه، نظرة تاريخية حول تطور قانون الأسرة في الجزائر، مقالة منشورة على

الموقع: [www.tomohna.net/vb/download.php.do](http://www.tomohna.net/vb/download.php.do)؛ سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون.....، المرجع السابق، ص.32.

648 - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.04، المرجع السابق، ص.39.

649 - المقصود بالمرأة الدينئة هي المرأة التي لا قدر لها ولا خطب، ممن لا يرغب فيها لنسب، ولا حسب، ولا مال، ولا جمال؛ شمس الدين الشيخ

محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي.....، ج.02، المرجع السابق، ص.662.

650 - المقصود بالمرأة الشريفة بأنها ذات القدر والموضع، وكل من يرغب فيها لنسب أو حسب أو مال أو جمال؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة

الدسوقي، حاشية الدسوقي.....، ج.02، المرجع السابق، ص.662.

651 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.09، المرجع السابق، ص.457؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري

بشرح...، ج.09، المرجع السابق، ص.194.



لكن رواية ابن القاسم قد أنكرها الماجشون وقال: "بأن مالك قال ذلك في الأعجمية تعمد للرجل فيلي منها ما يلي من مولاته، لا بأس أن يعقد نكاحها بإذنها إذا لم يكن لها ولي" <sup>652</sup>.

وقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد عند تبريره للاختلاف الفقهي حول الولاية بأنه لم ترد آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالإحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة في ذلك، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها <sup>653</sup>.

رغم أن المشرع الجزائري حسب قول الأستاذ عبد القادر داودي قد جاء بالمادة 11 من ق.أ فيما يتعلق بزواج الراشدة بناء على أصل شرعي إلا أنه ما يعاتب على الأستاذ أنه لم يعترف بأن المشرع قد بتر رأي المذهب الحنفي وذلك بقوله: "والذين قالوا بأن مشروع قانون الأسرة الجديد بتر المذهب الحنفي لأنه لم يرد في التعديل أنه يجوز للولي طلب فسخ الزواج قضائيا إذا كان من غير كفاء للزوجة، نذكرهم بأن لا بتر في الموضوع لأن أحكام المادة 222 من القانون 84-11 لا تزال سارية المفعول و هي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية عند وجود أي نقص في القانون" <sup>654</sup> كما قال: "إن جعل الولاية اختيارية لا يعني إلغائها لأن المرأة الشريفة لا يمكنها أن تتزوج بدون حضور وليها سواء أوجب القانون أم جعله اختياريا، لأن حضور وليها هو أقدم اختياراتها، أما غير الشريفة بلغة الفقهاء فبدلا من حرمانها من الزواج و فتح لها منافذ الفساد فأن تكون زوجة أكرم لها من أن تكون أما عازبة، وزواج البالغة الراشدة دون ولي كموقف اختياري منها اعتمده دولاً عربية وإسلامية غيرنا لسنا

652 - أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي ، المنتقى شرح .....، ج.03 ، المرجع السابق، ص.270.

653 - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد ، بداية المجتهد .....، ج.02 ، المرجع السابق ، ص.07؛ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح ، ج.01 ، المرجع السابق، ص.79.

654 - عبد القادر داودي ، دليل شرح قانون الأسرة .....، المرجع السابق، ص.32.

أكثر إسلاما منها، كالمملكة المغربية في أحكام المادتين 24 و25 من مدونة الأحوال الشخصية الجديدة<sup>655</sup>.

ونحن نقول، بأنه لا يمكن في هذه الحالة استعمال المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، لكون المادة 11 جاءت صريحة وواضحة بأن المرأة هي التي تعقد زواجها برضاها ولا يحتاج إلى رضا الولي لأن دوره في هذه المادة هو الحضور .

ولو طبقنا النصف الثاني من رأي الأحناف من كون للأب حق الاعتراض وفسخ الزواج إذا كان الزوج غير كفاء، فهذا لا يمكن لأنه يتعارض مع النص القانوني ومع الصيغة العقدية والرضائية التي منحها للمرأة، وكما تقول القاعدة الفقهية لا اجتهاد مع النص.

كما قوله بأن مشرعنا ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادتين 24<sup>656</sup> و25<sup>657</sup> من مدونة الأسرة المغربية، نقول صحيح لكن هذا الأخير - أي المشرع المغربي - كان صريحا وأعلن أن الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها، لكن مشرعنا لم يتحلى بهذه الصراحة وإنما أقر لها هذا الحق ضمنيا<sup>658</sup>، فلا هو أقره ولا هو ألغاه.

فلماذا هذا الخلط وكان حبذا لو أبقى المشرع على النص السابق، خاصة وأنه من الناحية العملية كان يسمح للمرأة في حالة أن أرادت الزواج ورفض الأب و كان الزوج كفؤ أن تلجأ إلى القضاء<sup>659</sup>.

655 - عبد القادر داودي، دليل شرح قانون الأسرة .....، المرجع السابق، ص.36.

656 - تنص المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية: "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها".

657 - تنص المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أوتفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

658 - زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة .....، المرجع السابق، ص.58.

659 - وهذا ما يسمى في الشريعة الإسلامية بالعضل و المقصود به منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفء لها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه الآخر، و قد اتفق فقهاء الشريعة للمذاهب الأربعة على أنه إذا ما عضل الولي الأقرب موليته تنتقل الولاية إلى غيره، فيكون للمرأة اختيار نفسها عند منع الولي تزويجها و ذلك برفع أمرها إلى القاضي إذا طلبت التزوج بمهر مثلها؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج.09، المرجع السابق، ص.384.

وهذا ما كانت تنص عليه المادة 12 الملغاة بأنه: "لا يجوز للولي أن يمنح من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلحاً لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون غير أن للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

وأكدت عليه كذلك المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30 مارس 1993<sup>660</sup> حيث رفض الأب الزواج وكان الزوج كفؤ لها، فجعلت رخصة القاضي تحل محل الولي، حيث جاء فيها: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.

ولما ثبت من قضية الحال أن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها - الطاعن - لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه".

وفي الأخير نقول بأن المشرع حاول أن يوازن بين رأيين في الفقه الإسلامي وجانبين في الجزائر، بالنسبة للفقه الإسلامي حاول أن يوازن بين رأي الجمهور ورأي الأحناف، حيث أخذ برأي الجمهور وأوجب حضور الولي وفي نفس الوقت أخذ برأي الأحناف وجعل المرأة هي التي تعقد زواجها .

أما بالنسبة للجزائر فحاول أن يوازن بين جانب يطالب بتطبيق الشريعة الإسلامية وبالتالي وجوب الولي، وجانب خاصة الجمعيات النسائية تطالب بحرية المرأة واستقلالها ومساواتها مع الرجل تطبيقاً للمادة 16 من اتفاقية سيداو التي تنص على أن للمرأة الحق في اختيار زوجها برضاها وأن يكون هذا الرضا حراً كاملاً<sup>661</sup>.

فهل هذه المشاكل هي نفسها بالنسبة للقاصر؟ هذا ما سنراه في الفرع الموالي.

وجاء في بداية المجتهد : "واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل موليته إذا دعت إلى كفاء وبصداق مثلها، وأنها ترفع أمرها إلى السلطان؛ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ...، ج.02، المرجع السابق، ص.15.

<sup>660</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م.ق، 1994، ع.03، ص.66.

<sup>661</sup> - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1979.

## الفرع الثاني

### مسألة الولاية على القاصر

لم يعرف لنا المشرع الجزائري القاصر، لكون التعريف أصلا من مهمة الفقه وليس المشرع وهذا على عكس نظيره الفرنسي الذي عرّف القاصر في المادة 388 من القانون المدني الفرنسي بأنه كل شخص لم يبلغ سن 18 سنة<sup>662</sup> بقولها:

« Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».

ومع ذلك يقصد بالقاصر<sup>663</sup> بأنه العاجز عن التصرف السليم فهو عاجز عقليا و جسديا عن القيام بشؤونه<sup>664</sup>، أو هو الشخص الذي لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصا كالمميز<sup>665</sup>، وكلمة "قاصر" لفظ عام تشمل كل من الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه<sup>666</sup>.

<sup>662</sup> - صورية غربي، حماية الحقوق المالية.....، المرجع السابق، ص.08.

<sup>663</sup> - القاصر بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عاجزا، أو عجز عنه ولم يستطعه، والإقصار هو الكف عن الشيء، ويقال أقصرت عن الشيء أي كففت ونزعت مع القدرة عليه فإن عجزت عنه قلت: قصرت بلا ألف، و قصرت عن الشيء قصورا أي عجزت عنه ولم أبلغه؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.5، دار صادر، لبنان، 1988، ص.95، بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010-2011، ص.13.

<sup>664</sup> - أو هو العاجز عن الإشراف على شؤونه الشخصية من تعليم و تطبيب و تشغيل وتربية وحفظ وحضانة و تزويج؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.09، المرجع السابق، ص.6691؛ إبراهيم عبد الفتاح بجنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، د.س.ن، ص.54؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، 1988، ص.192؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الزواج والطلاق، ج.01، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن، ص.543.

<sup>665</sup> - أنظر، باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في القانون المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص.12.

<sup>666</sup> - أبو بكر لشهب، التعسف في استعمال حق الولاية.....، المرجع السابق، ص.100.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فنعتقد أنه يقصد بالقاصر الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 40 من القانون المدني والتي تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

ونجد المادة 79 من القانون المدني قد استعمل فيها المشرع مصطلح القاصر إلى جانب مصطلح المحجور عليهم، وهذا يعتبر دليل على أن المشرع قد قصد منه الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد بعد<sup>667</sup>.

كذلك المشرع قد فرق في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بين الحماية الخاصة بالقاصر في نفسه وماله، وبين إجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية، وذلك عندما بين في الباب الأول من الكتاب الثاني الإجراءات الخاصة بالمحكمة، فجاء في القسم الرابع من الفصل الأول المخصص بقسم شؤون الأسرة<sup>668</sup>، مفرقا بين إجراءات الولاية على النفس القاصر ومن بعدها على ماله من المادة 453 حتى المادة 480 من ق.إ.م.إ، و بين الإجراءات الخاصة بالبالغين ناقصي الأهلية من المادة 481 حتى المادة 489 من ق.إ.م.إ.

وعليه القاصر المقصود به في المادة 02/11 من قانون الأسرة هو الذي لم يبلغ سن 19 سنة والتي تنص: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

و تنص المادة 07 من قانون الأسرة على أنه: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

<sup>667</sup> - أنظر، وسام قوادري ، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني في تقنين الأسرة ، دراسة نقدية تحليلية مقارنة ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أكلي محند او الحاج، البويرة ، 2013، ص.06.  
<sup>668</sup> - وسام قوادري ، حماية أموال القاصر .....، المرجع السابق، ص.06.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وعليه فإن الأصل أن يكون الزوجان بالغان لسن 19 سنة سواء الفتى أو الفتاة وهذا على عكس القانون السابق لقانون الأسرة لسنة 1984 الذي فرق بين الرجل والمرأة فجعله 18 سنة للفتاة و21 سنة للفتى<sup>669</sup>، لكن مع ذلك أعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية في الترخيص بالزواج لمن استدعت الضرورة و مصلحة زواجه ذلك، والحكمة من ذلك هو الحيلولة دون اللجوء إلى إبرام العقود العرفية التي لا تخضع لإجراءات رسمية<sup>670</sup>، ومراعيًا للعادات السائدة في بعض المناطق<sup>671</sup> وخوفاً مما قد يترتب من آثار خطيرة على تأخير الزواج<sup>672</sup>.

لكن ما يعاب على نص المادة 07 من قانون الأسرة أنها لم تضع حداً أدنى للزواج حتى يتوقف عنده القاضي عندما يرخّص للزواج دون السن القانونية، وفي هذا يقول الأستاذ بن شويخ رشيد: "أنه

669 - هناك عدة نصوص سبقت المادة 07 من قانون الأسرة و من بينها:

النص الأول: صدر في أوائل شهر ماي عام 1930، وكانت المادة 01 منه تنص على "أن الأهالي و القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام سن 15 من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام، استناداً إلى أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر و قاضي الصلح و طبيب؛" عبد العزيز سعد، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.23.

النص الثاني: يتعلق بتحديد سن الزواج، و هي المادة 05 من الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 1959/02/04 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر و الساورة و الواحات، حيث جاء فيها أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة و لا المرأة التي تبلغ سن 15 سنة أن يعقدا زواجا، إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيها من شروط السن إذا رأى أن هناك أسباباً خطيرة؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.24؛ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.01، منشورات دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص.45؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.45.

النص الثالث: نصت عليه المادة 01 وما بعدها من القانون رقم 224-63 المؤرخ في 1963/06/29 الصادر بعد استرجاع السيادة الوطنية، جاء فيها أنّ سن أهلية الزواج للفتى 18 سنة، ولرئيس المحكمة السلطة المطلقة في أن يعفيها أو يعفي أحدهما و يرخّص لهما بالزواج قبل بلوغ هذا السن إذا رأى أن هناك أسباباً خطيرة تتطلب إبرام عقد الزواج قبل بلوغ هذه السن، أما المادة 02 فقد نصت على معاقبة الأشخاص الذين يعقدون أو يساهمون في عقد زواج مخالف لهذا القانون بالحبس من 15 يوماً إلى 03 أشهر و غرامة مالية من 400 إلى 1000 دج و بإحدى هاتين العقوبتين؛ عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، 2006، ص.95؛ جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص.85؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.24؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.46.

670 - أنظر، جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، ج.41، رقم 01، 2000، ص.21.

671 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.99.

672 - أنظر، جيلالي وحياني، تحديد سن زواج المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع.12، ص.143.

لا يمكن في جميع الأحوال النزول تحت 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي<sup>673</sup>.

هذا بالنسبة للشطر الأول من المادة 02/11 الخاص بالمادة 07 من قانون الأسرة، أما بالنسبة لما نص عليه المشرع بأن الولي هو الذي يتولى زواج القصر وهم إما الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، فالمشرع في هذه الفقرة لم يبين ما إذا كان حضور المرأة إجباري أم لا، لأن جملة "يتولى" زواج القصر أولياؤهم تظهر بأن الولي هو الذي يحضر وليس المرأة، كما هو الحال بالنسبة للشريعة الإسلامية لأن المشرع في الحقيقة وقع في خلط، فمن جهة اعتبر الولاية شرط في عقد الزواج في المادة 09 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ... الولي"، بالإضافة إلى نصه في المادة 09 بأن الرضا ركن من أركان عقد الزواج و ذلك بصريح العبارة "ينعقد الزواج بتبادل رضا بين الزوجين".

ومن جهة أخرى ينص في المادة 02/11 على أن الولي هو الذي يتولى زواج القصر، ومن هنا هل يمكن القول بأن حضور القاصرة غير إجباري يوم إبرام عقد الزواج...؟

الإجابة تكون بالنفي لأن المشرع قد خلط في هذه الحالة بين إجراءات طلب الرخصة وإجراءات العقد، بمعنى أن القاصر المذكور في المادة 11 من قانون الأسرة، يستوجب عليه الحصول على رخصة قضائية من طرف قاضي شؤون الأسرة وهذا الإجراء يقوم به الولي طبقا للمادة 423 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعندما يحصل على الرخصة يكون بذلك حضور الولي إجباري ورضا القاصر إجباري، لأن الرخصة لا تحل محل رضا الزوجين<sup>674</sup>، لأن الزواج يتطلب حضور الزوجين وإلا تعرض العقد إلى البطلان طبقا للمادة 01/33 ق.أ.

673 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.61؛ عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة.....، المرجع السابق، ص.38.

674 - أنظر، جبالتي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

وبالإضافة إلى ذلك ليس للولي أن يجبر القاصر على الزواج طبقا للمادة 13 من قانون الأسرة والتي تنص: " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

وقد أشارت المحكمة العليا في اجتهادها بهذا الخصوص إلى أنه لا يجوز للأب أو لغيره أن يزوج ابنته إلا برضاها<sup>675</sup>، و في قرار مؤرخ في 18/07/2000<sup>676</sup>، قررت المحكمة العليا أنه يبطل الزواج بانعدام الرضا، ولا يحق لقضاة الموضوع إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج وخاصة وأن الطاعنة أعلنت منذ البداية عدم رضاها عن هذا الزواج فإن القبول يكون منعدما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلا للإبطال<sup>677</sup>.

675 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/09/24، ملف رقم 34438، غير منشور، مقتبس عن: بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.414.

676 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، ع.02، ص.267.

677 - لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول مسألة إجبار الصغار على الزواج كالاتي:

فهناك من ذهب إلى عدم صحتها واعتبرها تعسفا و ظلما وتعديا، وهناك من قال بصحتها ولقد قيدها بقبول إن تجاوزها الولي صار متعديا لحدود سلطة وهي كالاتي:

1- القول الأول: وهم النافون لأصل تزويج الصغار ، و هم ابن شرمه و عثمان النبي و أبو بكر الأصم ، الذين ذهبوا إلى عدم صحة تزويج الصغار أصلا إلى أن يبلغوا، وبرروا ذلك بأنه من أهداف الزواج هو النسل و تحصيل الإنسان و هذا لا يتحقق إلا بالبلوغ كما أن الزواج يترتب عنه حقوق لا مقابل لها، كالمهر و النفقة وهي ضرر محض له، ثم إذا أجبر على الزواج وهو غير محتاج إليه لعدم الشهرة، فهذا تعسف و ظلم له، كما استدلت أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى في الآية 106 من سورة النساء: ﴿وَأَبْتَلُوا الْبِتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾؛ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.04 ، المرجع السابق ، ص.212؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع ، ج.02 ، المرجع السابق ، ص.240 .

2- القول الثاني: و هم المجيزون لتزويج الصغار و هم جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة و الزيدية الذين ذهبوا إلى صحة تزويج الصغير بولاية الأب أو غيره ممن تثبت له ولاية تزويجهم ، غير أنهم بالنسبة للصغيرة اتفقوا عليها إذا كانت بكرًا أما إذا كانت ثيبًا فاختلّفوا في ذلك على النحو التالي:

أ- الصغير والبكر الصغيرة: اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة و الزيدية على صحة تزويج الصغير و البكر الصغيرة وإجبارهم على ذلك ، و وضعوا بعض القيود إذا تعادها الولي يعتبر ظلما و متجاوزا لحدود سلطانه ، و استدلت أصحاب هذا الرأي بالقرآن الكريم في الآية 04 من سورة الطلاق بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَمْسَسْنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضْنَ ﴾ . فقالوا أن هذه الآية تشمل الصغيرة و الكبيرة التي بلغت و لم تحض و معلوم أن العدة لا تثبت و لا تلزم الأنثى إلا بعد فراق من تطليق أو موت بعد نكاح حصل ، فدل هذا على أن الصغيرة يصح نكاحها وكذلك قوله تعالى في الآية 32 من سورة النور: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ...﴾، فقالوا بأن الأيم هي إسم الأنثى كبيرة أو صغيرة لا زوج لها؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.02، المرجع السابق، ص.245.



هذا جل ما يمكن أن يقال عن أحكام الأبوة في الأحوال الشخصية، والتي تشمل كل من النسب والحضانة والولاية في الزواج، ويقابل أحكام الأبوة في الأحوال الشخصية أحكام الأبوة بالمعاملات المالية وهذا ما سنراه في الباب الثاني.

أما من السنة النبوية الشريفة فاستدلوا بزواج النبي عليه الصلاة والسلام من السيدة عائشة بولاية أبيها، لأبي بكر الصديق وقد كانت بنت ست سنين و استدل هذا الفريق كذلك بإجماع الصحابة ، فقد روي أن علي رضي الله عنه و كانت صغيرة؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.04، المرجع السابق ، ص.212 ؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع ...، ج.02، المرجع السابق، ص.245؛ أبو بكر لشهب، التعسف في استعمال حق .....، المرجع السابق، ص.120.

ب- الثيب الصغيرة: انقسموا فيها إلى فريقين ، الفريق الأول و هو قول الشافعية و الظاهرية و رواية للحنابلة ، ذهبوا إلى عدم جواز تزويج الثيب الصغيرة حتى تبلغ و إجبارها على الزواج يعتبر ظلم لها و استدلوا بحديث الرسول (ص): " الثيب تعرب عن نفسها ، و البكر رضاها صمتها" ، فقالوا أن الثيب لا يجوز إذنها إذا بلغت ؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.04 ، المرجع السابق، ص.388؛ أبو بكر لشهب، التعسف في استعمال حق .....، المرجع السابق، ص.120.

أما الفريق الثاني وهو قول الحنفية و المالكية و الزيدية ورواية ثانية للحنابلة الذين ذهبوا إلى إجبار الثيب الصغيرة على الزواج ، و يرون السبب في ذلك هو الصغر وذلك لعدم قدرة هؤلاء الصغار على النظر و المصلحة فثبت للولي حق تزويجهم سواء كانت بكرة أم ثيبا؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع .....، ج.02، المرجع السابق، ص.241؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.04، المرجع السابق، ص.218.

## الباب الثاني

# أحكام الأبوة في المعاملات المالية

إنّ من أهم النعم التي أنعم الله بها علينا أنه لم يخلقنا فرادى نعاني من قسوة الحياة دون مساعد أو معين، بل جعل لنا من أنفسنا أزواجاً وجعل لنا من أزواجنا بنين وحفدة، فوجدنا في هذه الحياة مرهونين بإتحاد الذكر و الأنثى، وقد أوجب سبحانه وتعالى أن يكون هذا الاتحاد بناء على رباط وثيق على مدى الحياة، ألا وهو الزواج الذي به تصان الحقوق ويراعى الأولاد، إذ ينعمون في ظلالة بحنان الأم ورعاية الأب، وبهذا و ذلك يمضون مع ضعفهم وعجزهم في بداية نشأتهم في طريق الحياة حتى إذا ما اشتد عودهم واكتمل نموهم كانوا دخراً لأبويهم يعينونهما في حال كبرهما وضعفهما.

فإذا ما تزوجوا و أنجبوا امتدت الأنساب وكبرت الأسرة فإذا ما ترابط أفرادها وتعاونوا نعموا جميعاً بالسعادة وذلك لهم الصعاب .

ومن أجل هذا عنت الشريعة الإسلامية بتدعيم روابط الأسرة وبيان حقوق أفرادها بعضهم على بعض وتقرير الجزاء الذي يكفل صيانة الحقوق، ذلك لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع، فإذا كانت روابطها متينة محكمة كان المجتمع متيناً قوياً البنيان عزيز الجانب.

ويعتبر المال من بين أهم الأمور التي تزيد في تماسك الأسرة، ولقد ربط القرآن الكريم في العديد من آياته أهمية الأبناء بأهمية الأموال، وهو ما يدل على أهمية المال في حياة الإنسان إلى جانب الأبناء، فباجتماعهما لدى الفرد تكتمل لذة الحياة لديه<sup>1</sup>، ولذلك وصفهما الله عز وجل بأنهما زينة الحياة الدنيا، لقوله تعالى: ﴿المَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾<sup>2</sup>، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَ يُمَدِّدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا﴾<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بوعمره، أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، 2012-2013، ص.04.

<sup>2</sup> - سورة الكهف، الآية 46.

<sup>3</sup> - سورة نوح، الآيات 10، 11، 12.

وبناء على ذلك لم يكن عجيباً أن ربط الإسلام أهمية المال بأهمية الأبناء، على اعتبار المال من الضروريات الخمس التي تقوم عليها حياة الإنسان.

وتتمثل المعاملات المالية المتعلقة بالأب مع ابنه في كل من الولاية على المال وهي أهم ما تتضمنه المعاملات المالية (الفصل الأول)، بالإضافة إلى النفقة والميراث والوصية والهبة (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### أحكام الأبوة في الولاية على المال

لقد تكلم المشرع الجزائري عن أحكام الولاية على المال في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية من المواد 81 إلى 125 ق.أ. والجدير بالذكر أن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الولاية على المال، لم يكن بصفة واضحة وشاملة، بحيث لا نجد نصا يميز بين الولاية على النفس والولاية على المال. بل جاءت نصوص قانون الأسرة عامة تجمع بين الولايتين دون تخصيص، بالرغم من التعديل الأخير الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 وما قام به من تعديل لنصوص الولاية، وما جاء به من نصوص مستحدثة، بل حتى هناك من اعتبر أن قانون الأسرة يتميز بضعف كمي وكيفي بشأن تنظيم المشرع لأحكام الولاية<sup>4</sup>.

ويعتبر الأب أول شخص له الحق في الولاية طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة و التي تنص: "يكون الأب وليا على أولاده القصر..."، ونفس الشيء تنص عليه المادة 48 من القانون النموذجي الموحد لرعاية القاصرين: "الولاية على المال للأب ثم لمن تنتقل إليه حسب الأحوال وفق قانون كل دولة"<sup>5</sup>.

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة، أن أولى الناس بإدارة أموال القاصر والعناية بها هو الأب، وهذه الولاية ذاتية أصلية يستمدّها الأب من القانون دون الحاجة لأن يمنحها له غيره، لكن يشترط فيه أن يكون حيا حاضرا، ولم يحصل له مانع يحول بينه وبين مقتضيات الولاية<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> - أنظر، جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1، ص.42.

<sup>5</sup> - القرار رقم 323 - ج 24-3/4-2002 المتضمن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي.

<sup>6</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، مدخل إبي العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج.2، دار هومه، الجزائر، 2011، ص.602.

كما تتصف ولاية الأب بأنها ولاية إلزامية، فهي حق و واجب في نفس الوقت فلا يجوز له التنحي أو التنازل عنها أو إسنادها لغيره إلا بإذن المحكمة، كما أنها لا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته.

وقد قسم محمد أبو زهرة الآباء إلى ثلاث أقسام:

القسم الأول: أب غير أمين على المال، معروف بالتبذير والإسراف محجور عليه أو يستحق الحجر عليه، فهذا الصنف من الولاية الطبيعية على أولاده القصر، وإن أعطيت له سلبت منه وأعطيت لمن يليه في المرتبة.

القسم الثاني: أب أمين غير مبذر، لكن معروف بفساد الرأي وسوء التدبير وتثبت لهذا الصنف الولاية الطبيعية على مال ولده القاصر نظراً لأمانته وعدم تبذيره، ولكن لنقص تدبيره وفساد رأيه تقيّد تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر بالمصلحة الظاهرة، فتكون ولايته على مال ولده القاصر قاصرة وناقصة.

القسم الثالث: أب أمين غير مبذر و هو معروف بحسن الرأي والتدبير، هذا الأب تثبت له الولاية الطبيعية على أموال ولده القاصر كاملة غير منقوصة إلا ما كان منها متوقفاً على إجازة القاضي<sup>7</sup>.

ولعل الحكمة التي جعلت المشرع الجزائري وحتى التشريعات العربية الأخرى<sup>8</sup>، بأن تقدم الأب عن غيره في الولاية هو شفقة الأب وأصالة رأيه، ولكون محافظة الأب على مال ولده هي محافظته على

<sup>7</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 469-470؛ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر .....، المرجع السابق، ص. 39؛ أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2009، ع. 1، 86-87.

<sup>8</sup> - كالمشرع المغربي في المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنص: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي..."، والمشرع التونسي في المادة 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي تنص: "القاصر وليه أبوه أو أمّه إذا توفّي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج..."، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي جعل السلطة الأبوية مشتركة بين الأب والأم في المادة 4/1384 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها:

نفسه<sup>9</sup>، وكما قلنا سابقا في النفقة ما دام الأب هو أولى بالنفقة على القاصر فهو بذلك أولى بالولاية عليه. ولا يجوز لأي شخص أن ينوب عن القاصر ما دام الأب لم يتوفى بعد حتى ولو كانت الأم، وإلا عد خرقا للأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17 ماي 1998<sup>10</sup>: "ومن المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

ولما كان - في قضية الحال - أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات و القانون مما يستوجب نقض القرار".

فمن خلال هذا القرار يتضح أن الولاية تكون أولا للأب ما دام أنه حي وقادر على توليها، ولا يمكن بوجود الأب الانتقال إلى غيره من الأشخاص حتى ولو كان هذا الشخص الأم.

والأب باعتباره ولي على ولده فحماية لهذا الأخير الذي يكون إما ناقص الأهلية أو عديمها فإن سلطات الأب تخضع لرقابة القاضي فيما يعتبر مهم وخطر على الولد ( المبحث الأول) ، كما أن هذه السلطات قد تنتهي لأسباب بل وترتب آثار سنراها في المبحث الثاني.

"Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. "

<sup>9</sup> - أنظر، أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، ط.1، دار الكتب القانونية، القاهرة ، 2000 ، ص.602.

<sup>10</sup> - المحكمة العليا، غ.م ، 1998/05/17، ملف رقم 167835، م.ق ، 1997، ع.2، ص.77.

## المبحث الأول

### سلطات الأب في الولاية على المال

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأب وافر الشفقة على أولاده الصغار لذا نجد أن هؤلاء الفقهاء يمنحونه الحق في التصرف بأموال القاصر بشتى أنواع التصرفات، وفي هذا المعنى يقول الإمام الكساني في بدائعه: " أما الأبوة فلائها داعية إلى كمال النظر في حق الصغير ولوفور شفقة الأب، وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله، والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لأنه من باب الإعانة على البر ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا و شرعا"<sup>11</sup>.

وهكذا إذا كان الأب معروفا بحسن التدبير وغير مبذر ولا متلف فإنه يجوز له التصرف في أموال ولده بشتى التصرفات الجائزة شرعا، فله البيع والشراء في المنقولات وغيرها وإعارة مال الصغير وكذا سائر التصرفات الجائزة شرعا<sup>12</sup>.

غير أن القانون الجزائري على خلاف الفقه الإسلامي قد قيد بعض تصرفات الأب الولي بإذن القاضي في المادة 88 من قانون الأسرة، والتي جاءت عامة تطبق على كل ولي سواء كان الأب أو غيره دون إعطاء إمتياز للأب وذلك بقولها: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

#### 1) بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

11 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع ..... ج. 5، المرجع السابق، ص.152.  
12 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، نماية المحتاج إلى شرح المنهاج ..... ج.4، المرجع السابق، ص.363؛ أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل ..... ج.3، المرجع السابق، ص.391 و ما بعدها ؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع ..... ج. 5، المرجع السابق، ص.154؛ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.389.



(2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

(3) استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في الشركة،

(4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

كما أن المشرع في نص المادة أعلاه لم يعتمد على التقسيم المعهود عليه بالنسبة للسلطات التي يمنحها حق الملكية والتي هي حق التصرف والاستعمال والاستغلال، بل اقتصر على تقسيم واحد وهو التصرف، وذلك بتكريره لهذه العبارة في فقرتي المادة أعلاه، لكن هذا التكرار لم نجده في النص الفرنسي للمادة التي اعتمد فيها المشرع على تقسيم التصرفات إلى أعمال تصرف وأعمال إدارة وذلك بالنص في الفقرة الأولى من المادة 88 بالنص الفرنسي على أنه:

« Le tuteur est tenu de gérer les biens ... ».

وفي الفقرة الثانية:

« Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants... »<sup>13</sup>.

مما يعني أعمال التصرف<sup>14</sup>.

وعليه ومن خلال ما سبق، فإن المشرع قد قسم سلطات الأب الولي إلى نوعين، سلطات له الحرية بالتصرف فيها دون الحاجة إلى إذن القاضي (المطلب الأول)، وسلطات مقيدة بإذن القاضي (المطلب الثاني).

<sup>13</sup> -Art.88 c.f.a : "Le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci.

Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants:...."

<sup>14</sup> - أنظر، أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، ص.88.

## المطلب الأول

### سلطات الأب الولي غير المقيدة بإذن القاضي

هي تلك التصرفات التي يجوز للولي أن يجريها في أموال القاصر دون حاجة إلى الحصول على إذن مسبق من المحكمة، والتصرفات المطلقة الممنوحة للأب بصفته وليا أصليا تعد واسعة عن باقي الأولياء<sup>15</sup> لكن في القوانين الأخرى وليس القانون الجزائري، كالمشرع المصري الذي خص الأب بمعاملة تفضيله في نطاق الولاية على مال القاصر، بحيث خوله بعض السلطات دون الجد، وأذن له بمباشرتها<sup>16</sup>، كما خص المشرع المغربي الأب بأحكام خاصة حين أطلق يده في التصرف في أموال ولده القاصر، بينما قيد تصرفات غيره من الأوصياء<sup>17</sup>.

15 - أنظر، عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ن، 1996، ص.340.

16 - كالمادة 7 و13 و14 و25 من قانون الولاية على المال المصري .

تنص المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري: " لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيهه إلا بإذن القاضي.

ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ".  
تنص المادة 13 من قانون الولاية على المال: " لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ، و لا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال".

تنص المادة 14 من قانون الولاية على المال: " للأب أن يتعاقد مع نفسه بإسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك".

تنص المادة 25 من قانون الولاية على المال: " على الولي أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه و يسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف.

ولا يجاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر.

ومع ذلك يجاسب عن ريع المال الذي وهب للقاصر لفرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة".

17 - تنص المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية:

" لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية ، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

1- بيع عقار أو منقول للمحجوز تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه؛

2- المساهمة بجزء من مال المحجوز في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة؛

3- تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنتهما؛

4- عقود الكراء التي يمكن أن تمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر ؛

5- قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط ؛

6- أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ.

فالولي مبدئيا يملك حق التصرف في أموال ولده القاصر، وذلك بإدارتها وتسييرها تسييرا مباشرا، وفقا للمادة 1/88 من قانون الأسرة والتي تنص: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون".

فعلى الأب بصفته الولي الشرعي على أبنائه القصر، أن يحرص على اتخاذ كل ما هو ضروري لحفظ أموالهم وتسييرها، وتميتها لصالحهم، كالرجل الحريص على حفظ أمواله، وهذا النوع من التصرفات لا يحتاج إلى استصدار إذن من المحكمة، لأن تلك التصرفات تعد من الأعمال التي تعود على القاصر بالمنفعة والفائدة، كما أنها تعتبر من سبل حماية المال من الإلتلاف أو الركود، ومن بين هذه الأعمال:

أعمال الحفظ والصيانة ( الفرع الأول)، أعمال الإدارة والانتفاع ( الفرع الثاني )، أعمال إجازة التصرفات التي يقوم بها القاصر ( الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### أعمال الحفظ والصيانة

وتتمثل في كل ما هو ضروري لحماية الذمة المالية للقاصر والمحجور عليه، والحفاظ عليها والحيلولة دون الانتقاص منها، بحيث لا يراجع الأب إن قام بها ولا يستأذن، بل قد تقع ضمن خانة التصرفات الواجب القيام بها<sup>18</sup>.

7- الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.

قرار القاضي بالتريخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللا".

18 - أنظر، محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018، ص.237.

وتعتبر هذه الأعمال ضرورية وعاجلة باعتبارها تهدف إلى تجنب إتلاف المال<sup>19</sup>، لذلك على الأب أن يدفع كل النفقات اللازمة لحفظ مال ولده، وكذا دفع الضرائب وكل ما يحتاجه المال<sup>20</sup>، وفي هذا المجال نصت المادة 718 من القانون المدني على أنه: " لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء".

ففي هذه الحالة، ينوب الولي عن الشريك القاصر أو المحجور عليه وذاك بالقيام بكل أعمال الصيانة وحفظ المال الشائع، تطبيقاً لأحكام المادة 719 من القانون المدني والتي تنص: " يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يجد نص يقضي بغير ذلك".

كما يقع على الأب واجب القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة الولد، وواجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري كانتقال الملكية لفائدته، وواجب القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقار المملوك له، زيادة على عقد التأمينات العادية الرامية إلى تغطية خطر ضياع أمواله<sup>21</sup>.

وبالإضافة إلى أعمال الحفظ والصيانة، للولي سلطات مطلقة غير مقيدة بإذن القاضي في أعمال الإدارة والانتفاع.

---

19 - أنظر، دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، 2007-2008، ص.105.  
20- أنظر، عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.م.ن، 2006، ص.185؛ أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي .....، المرجع السابق، ص.89.  
21 - دليلة سلامي، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.106؛ عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عدمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.76؛ صورية غربي، حماية الحقوق المالية .....، المرجع السابق، ص.186.

## الفرع الثاني

### أعمال الإدارة والانتفاع

فبالنسبة لأعمال الإدارة وهي تلك الأعمال التي تقع في منطقة وسطى بين أعمال الحفظ وأعمال التصرف<sup>22</sup>، بمعنى أنها أخطر من الأولى لكونها لا تتصف بضالة التكاليف، وأقل خطورة من أعمال التصرف لكونها لا يترتب عنها تعديل في المركز القانوني والمالي للشخص تعديلا جوهريا، كالتصرف في العقار أو رهنه... إلخ<sup>23</sup>.

ويدخل ضمن أعمال الإدارة على سبيل المثال دون الحصر:

1- إيجار العقار لمدة لا تتجاوز 3 سنوات من خلال المادة 468 ق.م والتي تنص: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"، والمادة 573 ق.م والتي تنص: " إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للتوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية.

ويعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وأعمال الحفظ و الصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول، وبيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه و لاستغلاله"، حيث صنفها المشرع ضمن أعمال الإدارة الحسنة التي لا تضر بأموال القاصر ولا تحتاج لإذن من القاضي<sup>24</sup> طبقا للمادة 4/88

22 - عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي ،.....، المرجع السابق، ص.76.

23 - أنظر، رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، عالم الكتب، مصر، 1980، ص.485؛ رلي صفيير ، الملكية الشائعة، استغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها، أوت، 2002، ع.206، ص.1-3، مقتبس عن: أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في.....، المرجع السابق، ص.89.

24 - دليلة سلامي، حماية الطفل ،.....، المرجع السابق، ص.107.

ق.أ والتي تنص: "... وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: (4) - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات...".

والمشروع الجزائري في هذا الأمر لم يفرق بين الأب والأم و الجد في إيجار العقار، على عكس المشروع المصري الذي فرق بين الأب و الجد، أين أطلق يد الأب في تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد<sup>25</sup> طبقا للمادة 10 من قانون الولاية على المال المصري حيث جاء فيها: "لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة"، أما الجد فقيده تصرفاته طبقا لأحكام المادة 559 ق.م.م: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، انقضت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره"، والتي لا تجيز للجد تأجير أموال القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات.<sup>26</sup>

2- بيع المنقولات العادية، والمقصود بالمنقول العادي هو الذي ليست له قيمة مالية كبيرة.<sup>27</sup>

3- جني و بيع الثمار خوفا من تلفها أو فسادها بعد نضجها، فمثلا لو كان للقاصر بساتين من البرتقال، فعلى الولي في هذه الحالة جني الثمار في الموسم المحدد، والقيام ببيعها وتسويقها لأنها ستعود على القاصر بالمنفعة والربح. أما الإبقاء عليها فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تلفها مما يتسبب في خسارته وتفويت الربح عليه، فهذا النوع من الحقوق يقتضي التعامل معها في الوقت المناسب، وعدم التأخير بإتباع إجراءات الحصول على إذن من المحكمة الذي قد يتم بعد فوات الأوان.<sup>28</sup>

25 - أنظر، كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية ( الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية )، الاختصاص والإجراءات والقرارات، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص.51؛ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون.....، المرجع السابق، ص.37.

26 - أنظر، رمضان أبو السعود، العقود المسماة عقد الإيجار، الأحكام العامة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص.80.

27 - أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي.....، المرجع السابق، ص.88.

28 - محمد بوعمره، أموال القصر في تشريع.....، المرجع السابق، ص.91.

4- دفع ديون القاصر وتسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير لأن عدم تسديد الديون يلحق أضرارا بالقاصر تتمثل في الفوائد التأخيرية.<sup>29</sup>

5- تمثيل القاصر في جميع المعاملات المدنية كنتلك الخاصة بتسيير الشركة أو حصص منها آلت إلى القاصر عن طريق الميراث.<sup>30</sup>

6- تمثيل القاصر في مختلف الدعاوى القضائية<sup>31</sup>، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 10 جانفي 1984<sup>32</sup> لما قضت برفض ادعاء فتاة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء وطالبت الحكم لها بالتعويض، حيث جاء في القرار بأنه: "لا يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا دون إدخال وليه في الدعوى...".

بمجرد يجوز للولي أن يكون طرفا في الدعاوى القضائية لحساب القاصر المولى عليه<sup>33</sup>، فله أن يطالب بحقوقه أمام القضاء خاصة إذا كان القاصر ضحية لتصرف ضار، غير أنه بخصوص هذا الموضوع طرح إشكال نتج عنه تناقض في القرارات القضائية للمحكمة العليا، حول ما إذا كان يجوز للولي التنازل عن التعويض في دعوى قضائية كان القاصر ضحية فيها بدون إذن من القاضي أم لا؟.

فبالنسبة للاجتهاد الأول كان بتاريخ 23 جانفي 1985<sup>34</sup> والذي اشترط فيه القضاء إذن القاضي حيث جاء فيه: "متى نصت المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية على أن ترك المدعي

<sup>29</sup> - دليلة سلامي ، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.107.

<sup>30</sup> - خاصة و أن الشريك لا يكتسب صفة التاجر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حتى ولو تولى منصب المدير، فهو يشبه الشريك الموصي في شركة التوصية والشريك المساهم في شركة المساهمة لذلك لا يشترط أن تتوافر لديه أهلية الاتجار، غير أن عقد الشركة عقد تجاري والشريك الذي يوقع على هذا العقد يكون قد مارس عملا تجاريا لذلك يستوجب أن تتوافر لديه الأهلية القانونية؛ نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص.35.

<sup>31</sup> - عبد العزيز مقفولجي، الرشداء .....، المرجع السابق، ص.76؛ أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي .....، المرجع السابق، ص.90.

<sup>32</sup> - المحكمة العليا، غ.م، 1984/01/10، ملف رقم 28432، م.ق، 1989، ع.4، ص.323-324.

<sup>33</sup> - دليلة سلامي ، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.107.

<sup>34</sup> - المحكمة العليا، غ.م، 1985/01/23، ملف رقم 39539، م.ق، 1985، ع.4، ص.25.

ادعاءه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أمام الجهات المختصة، فإن تنازل الولي عن حقوق القاصرين، لا يكون مقبولاً إلا إذا اتبعت بشأنه إجراءات خاصة منها مصادقة المحكمة عليه، وعدم ذكر المقابل يجعله تنازلاً عن الدعوى لا عن التعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون".

ومن خلال هذا القرار يتضح أن القضاء قد وسع في شرح مفهوم الحماية، لما اعتبر تنازل الولي عن حقوق القاصرين لا يكون مقبولاً إلا بإتباع إجراءات خاصة أهمها مصادقة المحكمة عليه.

أما الاجتهاد الثاني فكان بتاريخ 08 نوفمبر 2000<sup>35</sup> والذي جاء فيه: "... الولي الشرعي للابن المتضرر قد تنازل نهائياً عن طلب التعويض، ويجوز له ذلك بما أنه هو المسؤول عن ابنه وله حق إدارة حقوقه ... وأن المادة 88 من ق.أ قد نصت على تصرفات لا يقوم بها الولي إلا بعد استئذان القاضي، وتنازل الولي المطعون ضده عن التعويض لا يدخل ضمنها مما يجعله صحيحاً لا سيما وأنه وقع أمام القضاء و أن حكماً نهائياً يشهد بذلك".

ومن خلال هذا القرار يتضح بأن القضاء قد استبعد تنازل الولي عن طلب التعويضات المستحقة للقاصر من مجال تطبيق المادة 88 ق.أ، وهذا الأمر مبدئياً يعد صائباً ما دام هذا التصرف لا يدخل في إطار المادة 88 ق.أ، إلا أنه و حسب اعتقادنا يعتبر الاجتهاد الأول أكثر حماية للقاصر باعتبار التعويض حق من حقوق القاصر المالية ومنفعة سوف يخسرها، على عكس الاجتهاد الثاني الذي

35 - وتمثل حيثيات القضية في أن الطبيب ( ح.ع ) كان قد أجرى عملية ختان للطفل (ع.ع)، فأصيب هذا الطفل بمرض استوجب إجراء عملية جراحية له من أجل بتر العضو التناسلي، فتم متابعة الطبيب جزائياً أين تمت إدانته بجرمة الجرح الخطأ بموجب حكم صدر في 1998/10/05، أما في الدعوى المدنية تنازل والد القاصر عن حقوق ابنه، وبعد أن تبين للولي أن ابنه تعرض لعاهة مستديمة، لجأ إلى القضاء المدني مطالباً بحقوق ابنه طبقاً للمادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص: "إن ترك المدعي المدني إدعائه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أمام الجهة القضائية المختصة".

فأصدرت المحكمة حكمها الذي منح للقاصر التعويض عن الأضرار اللاحقة به، وتم تأييد هذا الحكم من طرف المجلس بعد الاستئناف، مما أدى إلى الطعن فيه أمام المحكمة العليا والتي أصدرت قرارها بنقض قرار المجلس؛ المحكمة العليا، غ.م، 2000/11/08، ملف رقم 863235، م.ق، 2000، ص.75.



يؤدي إلى إهدار حقوق القاصر نتيجة تصرف قد لا يكون واع من طرف الولي، خاصة إذا كان الضرر الذي أصيب به القاصر كبيرا ولا يمكن إصلاحه .

فالتنازل عن حق القاصر في التعويض يمكن اعتباره من التصرفات الضارة ضرا محضا به وليس من تصرفات الإدارة خاصة أن المادة 88 ق.أ في فقرتها الأولى قد نصت على أنه: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام ...".

فتنازل الولي يعتبر تصرفا غير حريص بالنظر إلى جسامته الضرر على الطفل القاصر جسديا ومعنويا والذي لا يمكن تداركه، كما أن نص المادة 247 ق.إ.ج لا يمنع من اللجوء إلى الجهة المختصة لطلب التعويض<sup>36</sup>.

7- إدارة تجارة القاصر، فإذا ورث القاصر تجارة قائمة ومزدهرة يتولى الولي إدارتها دون الحاجة إلى إذن من القاضي، وهذا في الحقيقة أمر خطير يضر بالمصلحة المالية للقاصر لكون التجارة لها أهمية كبيرة وتحتاج لخبرة أكبر<sup>37</sup> قد يفتقرها الولي .

ولو أخضع هذا الأمر لإذن القاضي لكان أفضل، لكون هذا الأخير لن يمنح الإذن إلا بعد البحث في ظروف هذه التجارة ونوعيتها، ويعطي ما يراه مناسبا من تعليمات في صالح القاصر.<sup>38</sup>

وتجدر الإشارة في هذا المجال، أن هناك إشكالا فيما يخص من يكتسب صفة التاجر هل الولي أم القاصر، فلو قلنا الولي فهذا الأخير لا يقوم بممارسة الأعمال التجارية باسمه وحسابه، وإنما باسم وحساب القاصر ولا يكتسب بذلك صفة التاجر، ولو قلنا القاصر فهو الآخر لا يكتسب صفة التاجر لنقص أهليته التي هي من النظام العام.<sup>39</sup>

36 - محمد بوعمر، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.89.

37 - كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية .....، المرجع السابق، ص.51.

38 - أحمد نصر الجندي، التعليق على .....، المرجع السابق، ص.39.

39 - أنظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.2، ط.5، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 1990، ص.39.

كذلك في حالة شهر الإفلاس هل يوجه للولي أم يوجه للقاصر<sup>40</sup>، لذلك من المستحسن لو يدرج المشرع الجزائري الاستمرار في التجارة ضمن التصرفات التي تخضع لإذن القاضي طبقاً للمادة 88ق.أ.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز للولي الاتجار بمال القاصر وهم كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>41</sup>، واستدلوا في ذلك بالكتاب والسنة والأثر والمعقول. فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾<sup>42</sup>، وهذه الآية دليل على جواز التصرف في أموال اليتامى و دفع ماله للتجارة فيه، بل وأجاز القرآن الكريم حتى خلط مال القاصر بمال الولي<sup>43</sup>.

أما السنة، فقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "من ولي يتيماً فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"<sup>44</sup>.

ومن الأثر، فقد استدلووا بالسيدة عائشة زوج النبي رضي الله عنها، حيث كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حجرها، لمن يتجر لهم فيها، وقد تاجرت بمال محمد بن أبي بكر رضي الله عنه. بالإضافة إلى ذلك، جاء أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "اتجروا في أموال اليتامى حتى لا تأكلها الزكاة"<sup>45</sup>.

40 - أحمد نصر الجندي، التعليق على .....، المرجع السابق، ص.40.

41 - أنظر، باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص.53.

42 - سورة البقرة الآية 220 .

43 - عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع .....، ج. 3، المرجع السابق، ص.449.

44 - أنظر، الحديث رقم 641، كتاب الزكاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم؛ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، جامع الترميذي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، السعودية، د.س.ن، ص.126.

45 - أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الزكاة، ج.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985، ص.251.

أما بالنسبة للمعقول، فقالوا بأن الولي له التصرف في مال القاصر بكل ما فيه مصلحة له، والاتجار بماله فيه مصلحة للقاصر لأنه يؤدي إلى ازدهار ماله، لكي لا تأكله الصدقة المتمثلة في الزكاة<sup>46</sup>.

أما الانتفاع فيقصد به إنفاق و صرف الولي على نفسه وعلى من تلزمه نفقتهم بالمعروف من أموال القاصر، وقد نصت على ذلك المادة 17 من قانون الولاية على المال المصري بقولها: "للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه، وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته"، فأجازت للولي سواء كان أبا أو جدا أن ينفق على نفسه وعلى من تجب عليه نفقته دون الحصول على إذن من المحكمة<sup>47</sup>، لكن كل هذا متوقف على ضوابط، وهو أن لا يأخذ إلا بالمعروف، وبأن يتناسب أخذ المال للحاجة مع حالة القاصر المادية ومقدار ثرائه<sup>48</sup>.

أما بخصوص المشرع الجزائري فلم ينص على هذا الأمر رغم ما فيه من أهميه على عكس المشرع الجزائري، المشرع الفرنسي قد تكلم على هذا الانتفاع لكن بمثابة عبء على أموال القاصر لمكافئة الوالدين عن الجهد والتعب الذي يعانونه في تربية الأولاد والعناية بهم وتعليمهم وهذا مقتبس من القانون الروماني<sup>49</sup>، لذلك يتحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ، والتي اتفق فقهاؤها على أن الولي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال القاصر<sup>50</sup>، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾<sup>51</sup>.

46 - باسم حمدي حرارة، سلطة الولي .....، المرجع السابق، ص.54.

47 - كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية .....، المرجع السابق، ص.48؛ أحمد نصر الجندي، التعليق على .....، المرجع السابق، ص.59.

48 - جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر .....، المرجع السابق، ص.60.

49 - أنظر، أنور الخطيب، الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، لبنان، 1965، ص.250.

50 - أنظر، مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص.129.

51 - سورة النساء الآية 6 .

واختلفوا في الولي الفقير، هل يجوز له أكل مال القاصر أم لا؟، حيث انقسموا إلى فريقين، الفريق الأول والمتمثل في مذهب الحنفية والظاهرية والذين لم يجيزوا للولي الفقير الانتفاع<sup>52</sup>، واعتبروا أن الولي الفقير كالولي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال اليتيم. وقد استدل هذا الرأي بقوله تعالى في الآية 152 من سورة الأنعام: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، وكذلك الآية 10 من سورة النساء: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾، وقد فسر الجصاص هذه الآية بأنها دليل حظر على الولي في حال الغنى والفقير<sup>53</sup>.

في حين الفريق الثاني المتمثل في جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وجانب من المالكية<sup>54</sup>، قد أجازوا للولي إذا كان محتاجا أن يأخذ من مال القاصر، لكن أقل من أجرة مثله أو بقدر كفايته<sup>55</sup>.

واستدل هذا الرأي بقوله تعالى في سورة النساء الآية 6: ﴿وَمَنْ كَانَ عَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وكذلك حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي عليه الصلاة والسلام فقال: "إني فقير ليس لي شيء و لي يتييم" فرد عليه النبي عليه الصلاة والسلام: "كل من مال يتييمك غير مسرف ولا مبادر ولا متآثل"<sup>56</sup>.

وزيادة على ذلك، يرى الغوثي بن ملحمة بأنه كون حق الانتفاع القانوني عبارة عن حق انتفاع من طبيعة خاصة نظرا لخصوصيته العائلية، فإنه يخول للأب والأم الإنفاق من أموال أولادهم القصر

52 - أنظر، أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1405هـ، ص.360.

53 - أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، المرجع السابق، ص.361.

54 - وقد نسب هذا الرأي الإمام ابن عربي إلى الإمام مالك، بأنه يجوز أن يأكل الولي من ثمر القاصر ومن لبنه فقط، لأن هذا الأمر متعارف عليه بين الناس و متسامح فيه؛ أبو بكر بن عربي المالكي، أحكام القرآن، ج.2، مطبعة الباوي الحلبي، مصر، 1376هـ، ص.178.

55 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج .....، ج.4، المرجع السابق، ص.380.

56 - أنظر، الحديث رقم 2872، كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم؛ أبي عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، المجلد 4، ط.1، دار الجيل، لبنان، 1998، ص.279.

إلى غاية بلوغهم سن الرشد، وهذا يعني أننا نكون أمام تطبيق أحكام المادة 844 ق.م وما بعدها المتعلقة بحق الانتفاع، وبما يخوله من حقوق والتزامات<sup>57</sup>.

لكننا من زاوية أخرى، نرى بأن الانتفاع من طرف الولي يدخل ضمن إنفاق الابن على أصله إذا كان محتاجا طبقا للمادة 77 ق.أ والتي تنص: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج و درجة القرابة والإرث".

ومع ذلك، وحماية للقاصر من المستحسن لو يجعل المشرع الانتفاع تحت رقابة القاضي لكي يقوم هذا الأخير بتقدير الانتفاع الملائم الذي لا يضر بأموال القاصر.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن سلطات الولي الأب في أعمال الإدارة والانتفاع، لكن ما حكم الإجازة التي يقوم بها الولي على تصرفات القاصر المميز؟

### الفرع الثالث

#### إجازة تصرفات القاصر المميز

عرفت إجازة تصرفات القاصر المميز بأنها: " تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه ممن خوله القانون ذلك، وصيرورة العقد المجاز باتا بعد أن كان مهددا بالزوال"<sup>58</sup>، أو هو: " تصرف قانوني يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف معين موقوف النفاذ يخوله الخيار بين طلب إبطاله وإجازته، ويترتب عليها إنتاج آثاره"<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> - "Cela veut dire qu'il lui sera fait application des dispositions des articles 844 et suivants du code civil, quant à ses droits et obligations. "; GH . BENMELHA . op .cit . opu ..Alger.p.366.

<sup>58</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص.88.

و قد عرفها المشرع الفرنسي في المادة 3/1338 من القانون المدني الفرنسي:

« La confirmation ... emporte la renonciation aux moyens et exceptions l'on pouvait opposer contre cet act... »

<sup>59</sup> - أنظر، محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين.....، المرجع السابق، ص. 130.

وهو ما تنص عليه المادة 83 ق.أ: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 ق.م تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فالمشرع في قانون الأسرة جعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر<sup>60</sup>، موقوفة إلى حين إجازتها من طرف الولي، وهذا مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، ومن بعض القوانين العربية كالقانون الأردني في المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص: " تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

ب- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد<sup>61</sup>، والقانون المغربي في المادة 225 من مدونة الأسرة: " تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

#### 1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً؛

<sup>60</sup> - وتقسم تصرفات الصبي المميز إلى أقسام ثلاثة وهي تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر:

1- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ذمة القاصر من غير مقابل، كقبول الوصية والهبة... إلخ؛ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني، الجزائري والفقه الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2002، ص.14.

ويجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 83 ق.أ لم يوصف لنا التصرف النافع بالخص، بل اكتفى بالقول بأنها نافعة له على عكس ما ورد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري في نص المادة 111 منه الذين دققوا في وصفها. وهذا يعتبر سهو من طرف المشرع الجزائري ومن الأفضل أن يتداركه، لأنه يفتح مجالاً للتفسير الواسع للنص وبالتالي إمكانية إدراج بعض التصرفات التي قد لا تكون نافعة للقاصر نفعاً محضاً؛ البختي هبالي ومحمد العماري، تصرفات الصبي المميز، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، الجزائر، 2005-2008، ص.20.

2- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: والتصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك القاصر من غير مقابل، وأهم مثال لها هي التبرعات بجميع أنواعها. ومن ثمّ التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشأ في جانب الصبي المميز التزاماً دون أن تكسبه حقاً، أي هي التي تخرج من ذمته مالا دون عوض أو تسقط له حقاً في ذمة الغير؛ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية.....، المرجع السابق، ص.21.

3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للشخص و محققاً مصلحة له، ويحتمل أن يكون ضاراً به يفوت عليه مصلحة، بحيث إما يترتب عليه التزاماً بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية للقاصر ومن أمثلتها: البيع والشراء والاستئجار والرهن... إلخ؛ محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة.....، المرجع السابق، ص.14.

<sup>61</sup> - القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، ج.ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010.

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة

الراجعة للمحجور ، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي".

غير أن المشرع الجزائري عند معالجته لهذه النقطة، قد وقع في تناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، فالتصرف الدائر بين النفع والضرر يعتبر قابل للإبطال في القانون المدني. وللقاصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، طبقا للمواد<sup>62</sup>99 و<sup>63</sup>100 و<sup>64</sup>101 ق.م، وموقوف على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة، لكن أيهما يحقق حماية للقاصر؟.

في الحقيقة كلاهما يحقق حماية للقاصر؛ فبالنسبة للقانون المدني، يعتبر إعطاء القاصر حق طلب إبطال التصرف المتردد بين النفع والضرر الذي أجراه في فترة قصره حماية له<sup>65</sup>. وإذا مارس هذا الحق يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها، ولا يلتزم القاصر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وفقا للمادة 103 ق.م والتي تنص: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

62 - المادة 99 ق.م: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق "

63 - المادة 100 ق.م: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير. "

64 - المادة 101 ق.م: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".  
وتقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1304 و التي تنص:

« Dans tous les cas ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour ou elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol , du jour ou ils ont été découverts.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ... »

65 - محمد سعيد جعفرور ، التصرفات الدائرة .....، المرجع السابق، ص.45.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يُجرّم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به<sup>66</sup>.  
أما بخصوص قانون الأسرة<sup>67</sup>، فحمايته كانت أكبر من القانون المدني فهي تكون من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن وقف التصرف يسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة و تجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس ونتائج المعاملات، وهذا كله يهيئه بأن يكون شخص رشيد يستطيع الاعتماد على نفسه<sup>68</sup>.

أما الثانية، فتتمثل في أن الوقف يعد سدا لباب الضرر عن القاصر، لأن هذا الأخير مهما كان يعتبر شخص ضعيف و ناقص في عقله، ولا يستطيع تقدير العواقب مثل الشخص البالغ والراشد.

لذلك حتى لا يتضرر القاصر، يتم وقف التصرف بحيث لا يصبح نافذا حتى يتم تقديره من طرف شخص راشد وهو الولي أو الوصي، فإذا كان يحقق للقاصر مصلحة يجيزه ويصبح نافذاً، أما إذا كان لا يحقق مصلحة له فلا يجيزه، وهذا على عكس القابلية للإبطال التي جاء بها القانون المدني والتي تعتبر العقد نافذاً، إلا أنه مهدداً بالإبطال ذلك أن الوقاية خير من العلاج<sup>69</sup>.

66 - وتقابلها المادة 1312 قانون مدني فرنسي:

« Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. »

67 - والعقد الموقوف هو عقد نشأ صحيحاً ولكنه موقوف النفاذ إلى حين إجازته من طرف من له صفة النائب عن القاصر قبل بلوغه سن الرشد، أو من القاصر بعد اكتمال أهليته؛ رقية أحمد داود، التصرفات المالية لعدم ناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع.8، ص.09؛ نجم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع.20، ص.261؛ الموقع:

www.majalah.new.ma

68 - محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة.....، المرجع السابق، ص.83.

69 - أنظر، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص.95؛ محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة.....، المرجع السابق، ص.85.



لكن القاضي في هذه الحالة سيكون في حيرة، فماذا يطبق على تصرف القاصر؟، هل يطبق القانون المدني أم قانون الأسرة؟.

وفي الحقيقة على القاضي حسب رأينا أن يطبق قانون الأسرة لعدة أسباب، وتتمثل بداية فيما ينص عليه القانون المدني في المادة 79 منه حيث جاء فيها: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، وبالتالي كل ما يتعلق بالقاصر يطبق عليه قانون الأسرة، بالإضافة إلى ما نص عليه المشرع في آخر مادة من قانون الأسرة، بحيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة في المادة 223ق.أ والتي تنص: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

أضف إلى ذلك، يرى محمد سعيد جعفر "أننا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكماً يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، وطالما أن هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبار النص الأحدث وهو نص المادة 83 ق.أ الصادر في 1984، ناسخاً للنص الأقدم وهو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالاً للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة"<sup>70</sup>.

لذلك من المستحسن لو يوحد المشرع بين القانونين بما يتناسب مع المادة 83 ق.أ لتحقيق حماية أكبر للقاصر، بالإضافة إلى تعديل المادة 83 ق.أ بحيث تصبح كالتالي:

"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43ق.م، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد، وإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

70 - محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص .....، المرجع السابق، ص.32-33.

ويجب أن يستعمل خيار الإجازة والإقرار أو الرد خلال سنة واحدة وإلا أعتبر نافذا، ويبدأ سريان هذه المدة من وقت علم الولي أو الوصي بصدور العقد أو من وقت بلوغ القاصر سن الرشد".

وهذا التعديل للمادة 83 ق.أ. نقترحه بناء على ما جاء به محمد سعيد جعفر، ووفقا للاعتبارات التالية:

1- أن المشرع جعل الإجازة فقط من الولي أو الوصي دون ذكر إجازة القاصر المميز بعد أن يصبح راشدا، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد له الحق في إجازة التصرف الموقوف لكون الولي أو الوصي لم يسبق له أن بتّ في التصرف بالإجازة أو الرفض في فترة قصور القاصر.

2- أن كلمة إجازة ليست في محلها لأن الولي أو الوصي أجنبيان عن العقد، وهما يقرأ العقد لا يجيزانه.

3- أن المشرع جعل المدة التي يستطيع فيها القاصر المميز بعد اكتمال أهليته، ممارسة حقه في طلب الإبطال طبقا للمادة 101 ق.م. طويلة، وهي 5 سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد<sup>71</sup>.

هذا بالنسبة لسلطات الأب غير المقيدة بإذن القاضي والتي له فيها سلطات واسعة، إلا أنه هناك نوع آخر من السلطات والتي اعتبرها القانون مهمة، وعلى الأب أن يستأذن القاضي قبل القيام بها وهذا ما سنراه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### سلطات الأب الولي المقيدة بإذن القاضي

إن حق الأب في التصرف في أموال ولده ليست مطلقة، وإنما مقيدة بما يحقق مصلحة المولى عليه، بحيث قيد المشرع هذه التصرفات بإجراءات محددة في القانون والمثلة في الحصول على إذن مسبق من القاضي، وفي حالة عدم الحصول على هذا الإذن في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك،

71 - محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون .....، المرجع السابق، ص.84-85؛ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر .....، المرجع

السابق، ص.63.

يجعل تصرف الولي بوجه عام غير نافذ في حق ولده لتجاوزه الحدود المرسومة للنيابة القانونية المقررة في القانون<sup>72</sup>.

وقد نص على هذه التصرفات المشرع صراحة في المادة 88 من قانون الأسرة، وتشمل كل من التصرف في العقار وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة ( الفرع الأول)، استثمار أموال القاصر بالإقراض والاقتراض أو المساهمة في الشركة ( الفرع الثاني )، إيجار العقار لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر ( الفرع الثالث ).

### الفرع الأول

#### التصرف في العقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

تنص المادة 1/683 من القانون المدني على أنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".  
وعليه فإن العقار بحسب المادة هو كل شيء ثابت الذي لا يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر (أولاً)<sup>73</sup>، أما المنقول فهو كل ما يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر (ثانياً).

#### أولاً : التصرف في العقار

تنص المادة 1/88 من قانون الأسرة على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

(1) بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة".

<sup>72</sup> - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.2، المرجع السابق، ص.1480.

<sup>73</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.4، المرجع السابق، ص.46.

أ- بيع العقار :

فبيع العقار باعتباره تصرف خطير ينجم عنه نقل الملكية، قيده المشرع لحماية للقاصر بإذن القاضي، وقد أحسن عندما جعل الإذن في بيع العقار على إطلاقه، على عكس المشرع المصري الذي حصر الإذن في بيع العقار على إطلاقه، على عكس المشرع المصري الذي حصر الإذن في بيع العقار على العقار الذي تزيد قيمته عن 300 جنيهه بقولها في المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري : "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاث مئة جنيهه إلا بإذن المحكمة.

ولا يجوز للمحكمة أت ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة".

وبطبيعة الحال جعل المشرع المصري بيع العقار مقترن بإذن القاضي إذا ما كان التصرف للولي أو لزوجه أو لأقاربه حتى الدرجة الرابعة وذلك في المادة 6 من نفس القانون بقولها : "لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه"، وهذا تفاديا للمحاباة ورعاية لمصلحة القاصر<sup>74</sup>.

أضف إلى ذلك، يجب أن يباع العقار بالمزاد العلني لما فيه من ضمانات طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة والتي تنص: "على القاضي أن يراعى في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"، والمادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: " يتم بيع العقار و/ أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة:

74 - كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية.....، المرجع السابق، ص.52.

فهذا ما استحدثه المشرع الجزائري إثر إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقبل القيام بعملية البيع لابد أولاً من استصدار الإذن بالتصرف، فيقوم النائب الشرعي بأخذ الإذن إلى المحضر القضائي المكلف بالقيام بالإجراءات اللازمة للبيع أولها:

- طلب تعيين خبير عقاري من أجل تحديد السعر الافتتاحي للعقار المراد بيعه وهو ما نصت عليه المادة 739 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "يحدد الثمن الأساسي، الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق، للعقار و/ أو الحق العيني المحجوز، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري، يعين بأمر على عريضة، بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحدد مسبقاً من طرف رئيس المحكمة.

يجب على الخبير إيداع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده رئيس المحكمة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة (10) أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره"، على أن يتم إيداع تقدير التقييم بأمانة الضبط خلال أجل لا يتجاوز 10 أيام من تاريخ تعيينه.

بعد استخراج الخبرة يتم إعداد قائمة شروط البيع بناء على المواصفات التي تضمنتها الخبرة، وهي القائمة ويقصد بها ورقة تتضمن كل البيانات التي تؤدي إلى التعريف الكامل والدقيق بالعقار المراد بيعه<sup>75</sup>، يعدها المحضر القضائي حسب نص المادة 2/783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية:

- 1- الإذن الصادر بالبيع،
- 2- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري تعييناً دقيقاً، لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاعا، وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات ،
- 3- شروط البيع و الثمن الأساسي،
- 4- تجرئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك، مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء،

<sup>75</sup> - أنظر، زيتونة بغال، إجراءات بيع العقار المحجور ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ، 2007، ص.4.

5- بيان سندات الملكية".

يقوم المحضر القضائي بإيداع محضر قائمة شروط البيع، وفيه يطلب من رئيس المحكمة تحديد جلسة الاعتراضات على قائمة شروط البيع وهو ما جاء النص عليه في المادة 9/737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترفق قائمة شروط البيع بمجموعة من المستندات حددتها المادة 784 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترفق قائمة شروط البيع بمجموعة من المستندات حددتها المادة 784 من نفس القانون وهي: "ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الآتية:

1- مستخرج جدول الضريبة العقارية،

2- مستخرج من عقد الملكية، والإذن بالبيع عند الاقتضاء،

3- الشهادة العقارية".

يتم بعد ذلك تبليغ قائمة شروط البيع وجلسة الاعتراضات لكل من: الولي أو الوصي أو المقدم الدائنين أصحاب التأمينات العينية، النيابة العامة، وهو ما جاء النص عليه في المادة 785 من ق.إ.م.إ بقوله: "يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية، وإخطار النيابة العامة، وهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الاعتراض عليها، عند الاقتضاء، طبقاً لأحكام هذا القانون".

ولهم حق طلب الاعتراض على قائمة شروط البيع فإن وجدت، تقدم الاعتراضات بعريضة من قبل صاحب الاعتراض قبل جلسة الاعتراض بثلاثة أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم في التمسك بها حسب المادة 742 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "تقدم الاعتراضات بعريضة من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 742 أعلاه، أو من ورثتهم إلى رئيس المحكمة، قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم في التمسك بها"، وفي حالة عدم وجود اعتراضات يقوم المحضر بطلب استخراج شهادة عدم الاعتراض على قائمة شروط البيع .

ينشر مستخرج قائمة شروط البيع في جريدة يومية و تكون وطنية، وفي لوحة إعلانات المحكمة، وفي لوحة إعلانات البلدية مكان وجود العقار وأي مكان آخر من شأنه أن يطلب أكبر عدد من

المزايدين، ويمكن لأي شخص الاطلاع على قائمة شروط البيع في مكتب المحضر القضائي وزيارة العقار وهو ما نصت عليه المادة 748 ق.إ.م.إ بقولها: "يقوم المحضر القضائي، بعد إيداع قائمة شروط البيع، بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال ثمانية (8) أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة وترفق صورة من الإعلان في الجريدة ونسخة من محضر التعليق مع ملف التنفيذ، يجوز لكل شخص الاطلاع على قائمة شروط البيع في مكتب المحضر القضائي أو في أمانة ضبط المحكمة".

يقوم المحضر القضائي بطلب تحديد جلسة البيع موجه إلى رئيس المحكمة، ويتم تبليغ جلسة البيع إلى كل من المقدم أو ولي المحجور عليه أو القاصر، المالكين على الشيوع إن وجدوا، النيابة العامة، يتم نشر وتعليق الإعلان عن جلسة البيع بالمحكمة، بالبلدية، بقباضة الضرائب، وبالجريدة اليومية، ويقدم المحضر القضائي أو طالب البيع طلب أمر بتقدير المصاريف القضائية وهو ما نصت عليه المادة 750 من ق.إ.م.إ بقولها: تنص المادة 750 ق.إ.م.إ: "يتم تعليق و نشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

- 1- في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضاً أو مباني،
  - 2- في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز،
  - 3- في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع،
  - 4- في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب و البلدية التي يوجد فيها العقار،
  - 5- في الساحات و الأماكن العمومية،
  - 6- وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد ممكن من المزايدين.
- يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور ويرفع مع ملف التنفيذ".

وبعد تحديد جلسة ومكان البيع من قبل رئيسا المحكمة الذي يتأسس جلسة البيع، أو يقوم بتعيين قاضي لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع، يقوم القاضي بالتحقق من هوية الأطراف وتمام الإجراءات والتأكد من وجود أكثر من ثلاث مزايدين وهو ما جاء في المادة 753 من

قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>76</sup>، و أن تتم المزايدة بأكثر من 10000 دج حسب نص المادة 754 ق.إ.م.إ.<sup>77</sup> ويؤجل المزاد في حالة لم يصل عدد المزايدين إلى ثلاثة، أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة، أو في حالة ما إذا لم يتقدم أحد بأي عرض خلال 15 دقيقة. وفي حالة البيع، يصدر حكم برسو المزاد على من تقدم بأحسن عرض وكان آخر مزاييد، ويدفع الراسي عليه المزاد خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة حال انعقاد الجلسة طبقا للمادة 757 ق.إ.م.إ.، وبأمر من رئيس المحكمة يودع المحضر القضائي الثمن في حساب بنكي باسم القاصر، ويكون التصرف في المبلغ بموجب استصدار إذن قضائي و وجود سبب جدي لقبول طلب التصرف في المبلغ.

أما بالنسبة للمقايضة فالمشرع لم ينص عليها في المادة 88 ق.أ، لذلك هناك من يرى أن المقايضة المتعلقة بعقار يجب أن تخضع لإذن القاضي قياسا على البيع لاتحادهما في العلة والسبب، وكذلك طبقا لما جاء به القانون المدني في المادة 415 ق.م.و التي تنص: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة "<sup>78</sup>.

لكن مع ذلك، هناك من يرى بأن المشرع الجزائري قد استبعد ضمينا المقايضة من إذن القاضي طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة، والتي توجب أن يكون البيع بالمزاد العلني<sup>79</sup>.

وبالإضافة إلى بيع العقار، هناك كذلك قسمة العقار والتي تتطلب من الولي أن يستصدر إذن من القاضي.

76 - تنص المادة 753 ق.إ.م.إ.: " يجري البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض ... تكون بحضور المحضر القضائي و أمين الضبط ... وحضور عدد من المزايدين لا يقل عن ثلاث (3) أشخاص ...".

77 - تنص المادة 754 ق.إ.م.إ.: "إذا كانت الإجراءات صحيحة يأمر بإفتتاح المزاد العلني، ويذكر شروط البيع ونوع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع والثمن الأساسي والرسوم والمصاريف، ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار و/أو الحق العيني العقاري، و في جميع الأحوال لا يقل عن عشرة آلاف دينار (10.000) في كل عرض".

78 - أنظر، علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998 ع.3، ص.13.

79 - أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي.....، المرجع السابق، ص.92.



ب- قسمة العقار:

لقد حذا المشرع الجزائري في القسمة حذو عقد بيع العقار، بخصوص الإذن القضائي في حالة وجود قاصر بين الشركاء، وهذا ما تنص عليه المادة 723 من ق.م: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

وعليه لا يمكن للولي أن يجري قسمة عقار كان القاصر طرفا فيها إلا إذا اتبع الإجراءات التي يفرضها القانون، و المتمثلة خاصة في الحصول على إذن من القاضي في التصرف الذي يتعلق بقسمة العقار، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19 ديسمبر 1988<sup>80</sup>: "من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال- أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر وفي رفع الدعوى وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه".

ومن ثم، إذا حصل اتفاق بين الولي وباقي الورثة على قسمة العقار المملوك على الشيوع فإنه على الولي أن يبادر إلى الحصول على إذن من المحكمة، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة القاصر، تأذن المحكمة مبدئيا للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد. وبعد إنجاز مشروع القسمة يعرض على المحكمة لتصادق على التقرير إذا رأت أنه يراعي مصلحة القاصر، وتمنح الإذن لهذا الممثل القانوني حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقا للقانون<sup>81</sup>، أما إذا لم يتفق الولي مع باقي الورثة على إجراء القسمة، أو أراد الخروج من

<sup>80</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51282، م.ق، 1991، ع.2، ص.63.

<sup>81</sup> - محمد بوعمره، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.94.

حالة الشيوخ الاختياري بالقسمة، فيحق له اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب إجراء القسمة بواسطة خبير عقاري<sup>82</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ما أمرت المحكمة بالبيع في إطار دعوى القسمة، أثبت الخبير فيها تعذر قسمة العقار بين الورثة طبقا للمادة 728 ق.م بقولها: "إذا تعذرت القسمة عينيا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

فإنه يطرح لدينا مشكل، وهو إذا ما طلب كافة الورثة أن تقتصر المزايدة عليهم فقط حسب المادة السابقة، دون اللجوء إلى البيع عن طريق المزاد العلني<sup>83</sup>، فما العمل؟.

ففي هذه الحالة، يجب مراعاة حسب اعتقادنا مصلحة القاصر بالدرجة الأولى على أساس أن المادة 89 ق.أ هي نص خاص، ولذلك يجب ألا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط حتى ولو اتفقوا بالإجماع، وهذا خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن بخس<sup>84</sup>.

أما بالنسبة لتقسيم التركة فقد أوجب المشرع أن تكون القسمة أمام القضاء طبقا للمادة 181 ق.أ والتي تنص: "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين ( 109 و 173 ) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

82 - محمد بوعمره، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.95.

83 - دليلة سلامي، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.110.

84 - أنظر، عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2003-2006، ص.82.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 ديسمبر 1992<sup>85</sup> على أنه: " ... غير أنه في حالة وجود قصر كما هو الحال في القضية، فلا بد على قضاة الموضوع من احترام متطلبات المادة 181 من قانون الأسرة التي تقتضي على أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء، وذلك لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر حيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة ودفاع النيابة ... ولم تحترم المادة 18 من قانون الأسرة والمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية ...".

وبالإضافة إلى قسمة العقار لأبد للولي أن يحصل على إذن القاضي من أجل رهن العقار.

### ج- الرهن:

يعتبر الرهن حقا عينيا ينشأ بموجب عقد رسمي، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، و بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على باقي الدائنين العاديين<sup>86</sup>.

لذلك يعد الرهن من أعقد المعاملات التي تحتاج لخبير ولإذن من القاضي لأنه يعتبر من أعمال التصرف التي إذا قام بها الولي في أموال القاصر قد يؤدي إلى الإضرار بمال القاصر، لكونه فيه تعطيل لمنفعة المال لبقائه محبوسا إلى أن يسدد الولي الدين بل وقد يطول الحبس إلى أكثر من ذلك إذا عجز الولي عن سداد الدين في ميعاد الوفاء<sup>87</sup>، ولهذا وجب على القاضي المختص أن يتأكد من وجود حالة الضرورة والمصلحة، وكذلك إمكانية سداد الدين لاحقا<sup>88</sup>.

85 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم 84559، م.ق، 1995، ع.1، ص.110

86 - أنظر، شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.65.

87 - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة.....، المرجع السابق، ص.790.

88 - محمد بوعمره، أموال القصر في.....، المرجع السابق، ص.96.

وما يلاحظ على المادة 88 ق.أ أنها لم توضح ما إذا كان هذا الدين المضمون برهن على الولي أم القاصر وإنما جاءت عامة فبمجرد رهن عقار القاصر يجب أن يستأذن الولي القاضي، وهذا على عكس المشرع المصري في المادة 2/6<sup>89</sup> من قانون الولاية على المال الذي كان أكثر توسعا لكونه نص صراحة على منع الرهن الذي يقوم به الولي على عقار القاصر لدين على نفسه.

أما إذا كان الرهن لصالح القاصر بحيث يكون هذا الأخير هو الدائن المرتهن، فهذه الحالة تخرج من نطاق المادة 88 ق.أ ولا يحتاج بذلك لإذن قضائي لكون الرهن في صالح القاصر<sup>90</sup>.

وقد اتفقت كل المذاهب على أن للولي رهن مال اليتيم لأمر يتعلق بحاجته أو مصلحته ذلك لأن الرهن من توابع التجارة التي يحتاجها التجار، والولي يملك التجارة بمال القاصر، لذلك يملك توابعها أيضا<sup>91</sup>، لكنهم اختلفوا فيما إذا رهن الولي مال القاصر بدين لغير حاجته أو مصلحته سواء كان هذا الرهن للولي أو لغيره، ولهم في ذلك قولان اثنان هما:

القول الأول: وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة حيث منعوا على الولي رهن مال القاصر بدين لغير مصلحة القاصر، وحجتهم في ذلك بأن الرهن لا يتعلق بالقاصر ومضر له لأنه يترتب عنه حبس مال القاصر بغير منفعة تعود إليه و هذا يتناقض مع قوله تعالى في سورة النساء الآية 127 : ﴿وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ﴾، وقوله أيضا في الآية 152 من سورة الأنعام: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾<sup>92</sup>.

89 - المادة 2/6 من قانون الولاية على المال المصري: " ... ولا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه "

90 - أنظر، ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني و انون الولاية على المال ، دار الفكر العربي، مصر ، 2004، ص.99.

91 - مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام .....، المرجع السابق، ص.157.

92 - أنظر، منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع .....، ج.3، المرجع السابق، ص.450؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج.....، ج.2، المرجع السابق ، ص.122؛ مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام .....، المرجع السابق ، ص.157.

د- المصالحة:

تم عملية الصلح عن طريق إبرام عقد طبقا للمادة 459 ق.م التي عرفته بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

فإذا نشأ نزاع في ملكية أو إدارة ملكية شائعة بين الورثة، وكان أحدهم شخص قاصر واقتضى الأمر إجراء المصالحة، يجب أن ينوب عن القاصر وليه في إجراء الصلح، فإذا كان هذا الصلح فيه منفعة وصلاح للقاصر بحيث عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص من مال القاصر، يمنح القاضي للولي الإذن في إجرائه<sup>93</sup>.

أما إذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق ثابت للقاصر كأن يتنازل عنه لفائدة شخص آخر، فالقاضي في هذه الحالة يرفض إجراء الصلح، وعلى الولي أن يمتنع عن إجرائها لكونها تلحق ضرر بمصالح القاصر<sup>94</sup>.

هذا بالنسبة لكل ما يتعلق بال عقار من بيع وقسمة ورهن ومصالحة نظرا لما للعقار من قيمة، لكن ما حكم بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة؟

ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

لم يحدد المشرع في المادة 2/88 من قانون الأسرة معيارا معيناً لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، بسبب اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند

93 - عبد السلام الرفعي، الولاية على المال .....، المرجع السابق، ص.336؛ محمد بوعمره، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.97.

94 - أنظر، وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، دراسة نقدية تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد اولحاج، البويرة، 2013، ص.43؛ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر.....، المرجع السابق، ص.53.

غيره ذو أهمية<sup>95</sup>.

لكن مع ذلك يمكن إعطاء بعض الأمثلة عن المنقولات التي تعتبر ذات قيمة، كأسهم البورصات والحقوق المعنوية، كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية وكذلك المحلات التجارية... إلخ<sup>96</sup>.

لذلك، وتفاديا لكل هذا من الأفضل لو يضع المشرع الجزائري حد أدنى لقيمة المنقول، حتى يعتبر ذي أهمية خاصة يستوجب إذن القاضي بشأن بيعه. كما أن عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة، يجعل الولي مقيدا بإذن القاضي في بيع أي منقول مهما كانت قيمته.<sup>97</sup>

كما أن المشرع لم يبين لنا كيف يتم بيع منقول القاصر، خاصة وأن المادة 89 ق.أ متناقضة في محتوياتها بين النص العربي والنص الفرنسي. فالنص العربي بين كيفية بيع عقار القاصر، بأن يتم في المزداد العلني دون ذكر المنقول، مما يفهم منه أن المنقول يباع بمجرد الحصول على إذن القاضي، لكن نجد النص الفرنسي مخالفا للنص العربي حيث يقضي بأن يتم البيع بالمزداد العلني، دون أن يفرق بين العقار والمنقول، بحيث أخضعهما لحكم واحد وهو الحصول على الإذن، وخضوعهما لإجراءات المزداد العلني، حيث جاء فيها:

« Le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur, sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques. »

وفي هذه الحالة يكون القاضي في مشكل حول تطبيق المادة 89 ق.أ هل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي؟، خاصة وأن الدستور ينص صراحة في المادة 03 منه على أن: "اللغة العربية هي

<sup>95</sup> - دليلة سلامي، حماية الطفل.....، المرجع السابق، ص.110-111.

<sup>96</sup> - عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، المرجع السابق، ص.77.

<sup>97</sup> - علاوة بوتغرار، التصرف في.....، المرجع السابق، ص.78.

اللغة الوطنية والرسمية"، أضيف إلى ذلك أن النسخة الأصلية للجريدة الرسمية هي باللغة العربية وترجمتها هي باللغة الفرنسية، ومن ثم في حالة الخلاف يتم الرجوع إلى النص العربي<sup>98</sup>.

وفي الحقيقة، نعتقد أن النص الفرنسي يعد أكثر حماية للقاصر من النص العربي، لأنه من الناحية الواقعية هناك عدة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، وتحتاج لبيعها في المزاد العلني ولعل هذه هي نية المشرع في النص الفرنسي للمادة 89 ق.أ.

وبالإضافة إلى العقار والمنقول ذو الأهمية الخاصة، اشترط القانون إذن القاضي في استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في شركة وهذا ما سنراه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### استثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض أو المساهمة في الشركة

القرض المقصود به هنا غير ذلك المنصوص عليه في القانون المدني كأحد العقود الناقلة للملكية<sup>99</sup>، لأن القرض الاستهلاكي من التصرفات المفقرة للذمة المالية (أولاً)، أما بخصوص المساهمة في الشركة، فالمشرع لم يبين نوع الشركات وإنما عممها على كافة أنواع الشركات (ثانياً).

### أولاً: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض

إن إقراض مال القاصر فيه تعطيل لماله وذلك لبقائه جامداً دون استثمار<sup>100</sup>، والحكمة التي جعلت

98 - رقية أحمد داود، الحماية القانونية للطفل...، المرجع السابق، ص.120.

99 - تنص المادة 450 ق.م.ج: "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم بمقتضاه المقرض أن ينتقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثالي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نفاذ القرض نظيره في النوع والقدر والصفة".

100 - أحمد نصر الجندي، التعليق على.....، المرجع السابق، ص.35-36؛ معوض عبد التواب، موسوعة.....، ج.2، المرجع السابق، ص.853؛ سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.257؛ أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج.2، د.د.ن، مصر، د.س.ن، ص.15.

المشرع يخضعه لإذن القاضي في المادة 3/88، هو الاحتياط من ضياع أموال القاصر، كأن يكون المقترض مفلسا أو معسرا أو مماطلا في أداء ما عليه من ديون، لذلك على القاضي عند منح الإذن التأكد من وجود مصلحة القاصر بضمان إمكانية رجوع المال وفي الوقت المحدد وأن هذا المال لن يؤثر في القاصر.

كما لا يجوز للولي أن يقترض مال القاصر لنفسه إلا بإذن من المحكمة وكذلك الاقتراض لمصلحة القاصر نفسه، فإذا قدر القاضي بأن الاقتراض من مال القاصر أو لمصلحته فيه ضرر له فإنه يمتنع عن منح الإذن بعد التأكد من انعدام عنصري المصلحة و الضرورة<sup>101</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد اختلفوا في مسألة إقراض الولي مال القاصر إلى رأيين: الرأي الأول: وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة، ويرون بجواز قرض الولي مال القاصر إذا كان في ذلك مصلحة له كأن يخاف الولي هلاك المال إذا ما بقي عنده مثلا واستدلوا بقوله تعالى في سورة الإسراء الآية 34: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾، وورد عن ابن عمر رضي الله عنه " أنه كان يستقرض من مال اليتيم ويستودعه ويعطيه مضاربة "، لكن هذا الرأي وضع عدة شروط تصب في حماية القاصر وهي:

1- اشتراط الرهن عند اقتراض مال القاصر، وذلك للاحتياط خوفا من أن يمتنع رد المال، وهذا ما ذهب إليه كل من الشافعية والحنابلة<sup>102</sup>.

2- أن يكون المقترض مليئا ثقة، ذلك أن غير المليء لا يمكن أخذ البديل منه، مما يؤدي إلى تأخر

101 - أنظر، فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة، ط.2، دار الغرب للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2007، ص.87- 91؛ دليلا سلامي ، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.112.

102 - أنظر، ابن المفلح الحنبلي ، المبدع في شرح المقنع ، ج.5 ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1423 هـ - 2003 م ، ص.219؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب الطيبي ، المجموع شرح المهذب ، ج.13 ، دار الفكر ، دمشق، د.س.ن ، ص.354.



رد مال القاصر، وغير الثقة قد يتماطل في أداء مال القاصر<sup>103</sup>.

3- أن يشهد الولي على إقراضه مال القاصر احتياطاً ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية<sup>104</sup>.

4- أن لا يقرض مال القاصر بقصد مصلحة الغير كنفعتهم أو مكافأتهم و هو ما نص عليه الإمام أحمد<sup>105</sup>.

أما الرأي الثاني: ويرى بأنه لا يجوز قرض مال اليتيم مطلقاً، سواء أكان في مصلحة القاصر أم لا، وهو رأي بعض الشافعية و رواية عن الإمام أحمد<sup>106</sup>.

هذا بالنسبة لإقراض أو اقتراض أموال القاصر ، لكن ما حكم مساهمة الولي في الشركة؟ وهل كل الشركات صالحة لأن يكون القاصر شريكاً فيها؟

### ثانياً: المساهمة في الشركة

نصت عليها كذلك المادة 3/88 ق.أ، لكن لم يحدد المشرع لنا نوع الشركة ما إذا كانت شركة أشخاص أم أموال أم مختلطة. فبالنسبة لشركة التضامن والتي تعتبر من أهم أنواع شركة الأشخاص التي لا يستطيع القاصر الانضمام إليها، لأنها تكسب كافة الشركاء صفة التاجر<sup>107</sup>، والقاصر لا يمكنه

103 - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح ..... ج.13 ، المرجع السابق ، ص.354 ؛ ابن مفلح الحنبلي ، المبدع في ..... ج.5، المرجع السابق، ص.219.

104 - مراد بلعباس، استثمار أموال .....، المرجع السابق ، ص.138؛ ابن المفلح الحنبلي، المبدع في ..... ج.5، المرجع السابق، ص.220.

105 - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح ..... ج.13، المرجع السابق، ص.354؛ مراد بلعباس، استثمار أموال .....، المرجع السابق، ص.138.

106 - أنظر، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.5، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان ، د.س.ن، ص.243؛ مراد بلعباس ، استثمار أموال .....، المرجع السابق، ص.143.

107 - أنظر، باسم محمد ملحم وباسم حمد الطراونة ، شرح القانون التجاري ، الشركات التجارية، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن، ص.134.

اكتساب صفة التاجر لانعدام أهليته، كما أن مسؤولية الشركاء في شركة التضامن صارمة ولا تحقق حماية للقاصر<sup>108</sup> طبقا للمادة 551 ق.ت<sup>109</sup>.

وفي حالة ما إذا ورث حصة من الشركة، فإنها تتحول إلى شركة توصية بسيطة مؤقتا إلى حين بلوغ القصر ويصبحوا شركاء متضامنين، لكن قبل بلوغهم يستمر الشركاء القدماء متضامنون، أما القصر فيصبحون شركاء موصون يتحملون المسؤولية بقدر حصة مورثهم في الشركة<sup>110</sup>. ولا يعتبرون تجارا ولا يشهر إفلاسهم<sup>111</sup> طبقا للمادة 562 من القانون التجاري والتي تنص: "تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي.

ويعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك، في حالة استمرار الشركة، غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم"، و هذا في الحقيقة حل يحقق حماية للقاصر وفي نفس الوقت يحترم قواعد شركة التضامن.

أما فيما يخص شركات الأموال، فيمكن للقاصر أن ينضم إليها بعد إذن المحكمة، لأنها تقوم على الاعتبار المالي وليس الشخصي. فمسؤولية الشريك فيها تكون بحدود رأس ماله، و لا يكتسب صفة التاجر، ولا يشهر إفلاسه بمجرد شهر إفلاس الشركة، كما أنه لا تنقضي بوفاة أحد الشركاء

108 - عبد العزيز مقفولجي، الرشداة .....، المرجع السابق، ص.77.

109 - تنص المادة 551 ق.ت: " الشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسؤولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة.

ولا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي".

110 - أنظر، فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة، ط.2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، ص.101.

111 - " وهذا ما قضت محكمة مصر التجارية المختلطة في 1933/11/10 غير أن محكمة الاستئناف المختلطة لم تؤيد هذا الحكم، وقضت بتاريخ 1934/01/14 بإستمرار شركة التضامن وخضوع القصر لنفس الأحكام التي يخضع لها الشركاء المتضامنون، وقد انتقد هذا الحكم لترجيحه استمرار الشركة على مصلحة القاصر، حيث يجعله مسؤولا عن ديون الشركة في أمواله الخاصة التي لم يرثها من مورثه بالرغم من أن القانون فصل ذمته و ذمة مورثه، كما أن القاعدة الفقهية تقضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون"؛ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر .....، المرجع السابق، ص.56.

ويجوز فيها للشريك الحلول محل شريك آخر دون الحاجة إلى رضا الشركاء الآخرين، وتعتبر شركة المساهمة أهم نموذج لها<sup>112</sup> طبقا للمادة 592 ق.ت<sup>113</sup> وما بعدها.

بالإضافة إلى ذلك، هناك نوع ثالث من الشركات و هي تجمع بين الاعتبار الشخصي والمالي، تسمى بالشركات المختلطة و هي نوعان:

#### أ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

وهذا النوع من الشركات لا يكتسب فيها الشريك صفة التاجر، و تكون مسؤوليته فيها محدودة بقدر حصته التي قدمها للشركة<sup>114</sup>، و بالتالي يجوز للقاضي أن يأذن بها للولي لكن إذا كانت هذه الحصة المقدمة نقدية ، أما إذا كانت عينية فإن هذا الأمر لا يحقق حماية للقاصر، لأنه سوف يكون مسؤول مسؤولية شخصية تضامنية تجاه الغير<sup>115</sup> طبقا للمادة 2/568 ق.ت والتي تنص: "ويكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة".

وبالإضافة إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة هناك نوع آخر من الشركات المختلطة والمتمثلة في شركة التوصية بالأسهم.

112 - أنظر، تونسي حسين، تطور رأس مال الشركة و مفهوم الربح في الشركات التجارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.21-22؛ مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.س.ن، ص.74؛ نادية فوضيل، شركة الأموال.....، المرجع السابق، ص.148-149.

113 - تنص المادة 592 ق.ت: "شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم...".

114 - باسم محمد ملحم وباسم حمد الطراونة، شرح القانون التجاري.....، المرجع السابق، ص.226.

115 - نادية فوضيل، شركة الأموال.....، المرجع السابق، ص.101.

ب- شركة التوصية بالأسهم:

وهي تتكون من شركاء متضامنين وشركاء موصين يمكن أن يكون القاصر أحدهم<sup>116</sup>، ولا يمنع الانضمام إليها بإذن القاضي، لكن المشرع قد أغفل نقطة مهمة تتمثل فيما إذا بلغ القاصر سن الرشد فإنه سوف يجد نفسه مقيدا بالتزامات قد تكون لسنوات، لذلك من المستحسن لو يقيد هذه المعاملات بمدة معينة كما هو الحال بالنسبة للإيجار.

وحماية للقاصر، قضت المحكمة العليا بتاريخ 5 جانفي 1992 بعدم جواز التنازل عن حصص القاصر من طرف الولي بدون إذن القاضي، أو التنازل عن المساهمة في شركة ناجحة ماليا وتحقق مصلحة له<sup>117</sup>، حيث جاء في القرار: " من المقرر قانونا أنه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلا كان باطلا كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة، وعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن عقد التنازل لم ينجز في شكله الرسمي، و أن المطعون ضدها ما هي إلا ولية شرعية بعد وفاة زوجها، فليس لها إذن سوى سلطة التسيير في أموال الشركة لصالحها ولصالح كل أولادها القصر، ولا يمكنها التصرف فيها بالتنازل إلا عن حصتها لذا فإن القرار الذي فصل عن خطأ في طلب الطاعنين بالرجوع إلى الأمكنة وقضى بالرفض صدر مستوجبا للنقض والإبطال".

116 - جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر.....، المرجع السابق، ص.57.

117 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05 / 01 / 1992، ملف رقم 80160، م.ق، 1995، ع.1، ص.177.

ولم يكتفي القانون باشتراط إذن القاضي على ما قلناه، بل اشترطه حتى في الإيجارات التي يمكن أن يقوم بها الولي على عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

### الفرع الثالث

إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد

للأب الولي حق إيجار عقار القاصر لأية مدة ولو زادت عن 3 سنوات، شريطة حصوله على إذن مسبق بذلك وفقا للمادة 4/88 ق.أ. ويرجع ذلك أن هذه الفقرة تتلاءم مع القواعد المعمول بها، بشأن صلاحيات من يملك سوى أعمال الإدارة وهو الولي في هذه الحالة، وهذا ما تنص عليه المادة 468 ق.م: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات".

لكن رغم ما لهذه الفقرة من أهمية ، إلا أن هناك من يرى بأنه لا فائدة لها في ظل اعتراف القانون بحق البقاء رغم انتهاء مدة الإيجار ، لأنه قد تتجاوز مدة الإيجار التي يقوم بها الولي عن ثلاث سنوات بدون إذن القاضي على أساس ما للمستأجر من الحق في البقاء<sup>118</sup>.

وحسب اعتقادنا، نرى بأن المشرع قد تدارك الأمر عندما ألغى حق البقاء للإيجارات المبرمة بعد تاريخ سنة 1993 بموجب المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03<sup>119</sup>، ثم جاءت المادة 07

118 - عبد العزيز مفلوحي، الرشداء ..... ، المرجع السابق، ص.78 ؛ دليلة سلامي، حماية الطفل ..... ، المرجع السابق، ص.112.  
119 - المادة 20: " لا تطبق المواد 471 و 472 و 473 و 474 و 509 وكذا المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمذكورة أعلاه، والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي.

من القانون رقم 07-05<sup>120</sup> وألغت المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، بل أكثر من ذلك عدلت المادة 08 من القانون رقم 07-05 المادة 507 مكرر من الأمر رقم 75-58، ووضعت حد لحق البقاء بتحديد تاريخ محدد و هو سنة 2017 ليتم فيه التوقف نهائيا عن العمل بحق البقاء، سواء بالنسبة للإيجارات المبرمة قبل سنة 1993 أو بعد هذه السنة<sup>121</sup>.

هذا بالنسبة لسلطات الأب على أموال ولده القاصر، لكن ما دام لكل بداية نهاية كذلك، لسلطات الأب نهاية وهذا ما سنراه في المبحث الموالي.

---

يظل تحديد عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي ، خاضع للتشريع السابق المطبق على هذه العقود؛ المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 هـ الموافق ل أول مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، ع.14، الصادرة في 9 رمضان 1413 الموافق ل 3 مارس 1993.

<sup>120</sup> - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادرة في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007.

<sup>121</sup> - وقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية للمذاهب الأربعة للولي أن يؤجر أموال القاصر إذا رأى مصلحة في ذلك و كانت الإجارة بأجر المثل ويقدر ما يتغابن فيه الناس عادة؛ باسم حمدي حرارة ، المرجع السابق ، ص.65؛ محمود سردون، حدود تدخل الولي في أموال ابنه القاصر، مداخلة أقيمت في ملتقى حول الحماية القانونية بين الثوابت والمتغيرات ، كلية الحقوق ، جامعة خميس مليانة ، ماي 2014، ص.83.

غير أن فقهاء الشريعة اختلفوا فيما بينهم حول جواز استمرار الإجازة إلى ما بعد بلوغ القاصر أم لا إلى ثلاث آراء: الرأي الأول: يرى بأن للقاصر بعد بلوغه الخيار بين الفسخ والإمضاء وهو ما ذهب إليه المالكية و الأحناف؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.4، المرجع السابق، ص.32.

الرأي الثاني: يرى بأنه لا يجوز فسخ عقد الإيجار لأن الولي تصرف لمصلحة القاصر، لأن العقد أبرم قبل بلوغ القاصر و هو ما ذهب إليه الشافعية ورواية عند الحنابلة؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.5 ، ط.3 ، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991 ، ص.250؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج .....، ج.5 ، المرجع السابق، ص.320.

الرأي الثالث: فقد فرق بين ما إذا كان الولي يعلم ببلوغ القاصر قبل انتهاء مدة الإيجار أو لا يعلم، ففي الحالة الأولى يجوز له الفسخ و في الحالة الثانية عدم الجواز وهو مذهب الحنابلة؛ باسم حمدي حرارة، سلطة الولي .....، المرجع السابق، ص.66.

## المبحث الثاني

### انتهاء ولاية الأب على المال

لما كان الهدف من إثبات حق الولاية على الولد هو رعايته و العناية به وإدارة شؤونه ومصالحه وذلك إما بسبب قصره أو بسبب الحجر عليه، لذا كان من الطبيعي أن تنتهي الولاية بانتهاء الأسباب التي وجدت من أجلها (المطلب الأول).

والبحث في انتهاء الولاية على الأب حال نشوئها يترتب عليه مجموعة من الآثار لاسيما فيما يتعلق بالأعمال والأموال محل النيابة ومحاسبة النائب الشرعي على ما أداه من مهام (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### أسباب انتهاء ولاية الأب

لكل حق وواجب بداية ونهاية، والولاية باعتبارها حق وواجب في نفس الوقت لها أسباب تبدأ بها وأسباب تنتهي بها، وهذه الأخيرة منها ما هو خاص بالأب وهو ما سنتكلم عنه في الفرع الأول ومنها ما هو خاص بالولد وهو ما سنتكلم عنه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### انتهاء الولاية بسبب الأب

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الأب هو أولى الأولياء بالولاية المالية<sup>122</sup>، وقد عللوا تقديمهم الأب بالإجماع بأن شفقة الأب فوق شفقة الكل.

122 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج. 5، المرجع السابق، ص. 155؛ محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على در .....، ج. 3، المرجع السابق، ص. 72؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج. 3، المرجع السابق، ص. 292-293؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع .....، ج. 3، المرجع السابق، ص. 446-447.

ولأن الولاية ما شرعت إلا لمصلحة الصغير وليس هناك من يراعي هذه المصلحة قبل الأب ولأن الولد جزء أبيه والإنسان شديد الحرص على رعاية نفسه وجزئه، غير أن هذه العناية قد تنتهي لأسباب خاصة بالأب ومنها موت الأب أو فقدان أهليته (أولاً)، أو عجزه عن ممارسة الولاية (ثانياً)، بالإضافة إلى عزله (ثالثاً).

### أولاً: موت الأب أو فقد أهليته

تنتهي ولاية الأب على مال ولده بموته سواء كان موتاً طبيعياً أو حكماً طبقاً للمادة 2/91 من قانون الأسرة والتي تنص: "تنتهي وظيفة الوالي : ... 2) بموته"، و الموت الطبيعي أو الحقيقي هو أمر مادي محسوس، وهو النهاية الطبيعية لكل إنسان ، وقد تم تعريفه عدة تعريفات أهمها "مفارقة الروح الجسد على وجه الحقيقة واليقين و يعرف بالمشاهدة و يثبت بإقامة البينة عليه"<sup>123</sup>.

والموت ينهي الولاية فإذا توفي الأب تنتقل الولاية إلى من يليه في المرتبة وهي الأم<sup>124</sup>، طبقاً للمادة 87 من قانون الأسرة و التي تنص: " يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً.

123 - أنظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.4، ط.1، منشورات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت ، 1992 ، ص.254.

124 - ولقد اختلف فقهاء الشريعة كما قلنا في ولاية الأم على صغيرها إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: رأى بأن للأم في ولاية صغيرها ولاية التحصيل لا التصرف و هذا ما ذهب إليه الحنفية ؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج.6، المرجع السابق، ص.590.

فلا يمكن لها أن تتولى التصرف في مال القاصر بل لابد من رجل أن يتولاها، و ولاية التحصيل التي تثبت لها ما هي إلا ضرورة لقضاء حاجات الصغير المستعجلة تطبيقاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات ؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج.2، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ، د.س.ن ، ص.229.

القسم الثاني: و رى بأنه ليس للأم ولاية في مال صغيرها مطلقاً و هذا ما ذهب إليه الشافعية في قول و الحنابلة ؛ أبي إسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه .....، ج.5، المرجع السابق، ص.325؛ علاء الدين أبو الحسن علي سليمان دمشقي المرادوي، الإنصاف في معرفة .....، ج.5، المرجع السابق، ص.324 ؛ حافظ محمد أنور ، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي ، دار بلسنة للنشر ، السعودية ، 1420 هـ ، ص.661.

القسم الثالث: ويرى بأن الأم لها الولاية على مال صغيرها مطلقاً بعد الأب و الجد و هذا ما ذهب إليه الشافعية في قول و رواية عند الإمام أحمد؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج .....، ج.4، المرجع السابق، ص.363 ؛ ابن المفلح الحنبلي، المبدع .....، ج.4، المرجع السابق، ص.337 .



وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

أما الموت الحكمي فالمقصود به بأن الشخص لا يكون ميتا يقينا و إنما يكون في حكم الميت، وذلك بأن تكون قرينة وفاته غالبية على قرينة حياته<sup>125</sup>.

فحماية للولد ولأمواله توضع حد للولاية بموت الولي، على أساس أنها ستبقى بدون شخص يحميها وينميها، وهذا ما جعل الموت الحكمي الذي يكون بعد 4 سنوات من صدور الحكم بفقدان الولي ينهي الولاية لاستحالة تحقيق الهدف من الولاية أثناء فقدانه ، وتنتقل بذلك الولاية إلى من يليه في المرتبة.

لكن المشكل يطرح في حالة ما إذا رجع المفقود بعد الحكم بوفاته وانتقلت الولاية إلى غيره، فهل ترجع له الولاية؟

وقد استدلووا بقوله تعالى في سورة البقرة الآية 233: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِضَهُنَّ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، فوجه الدلالة هنا هو أن الله سبحانه وتعالى قد أوجب النفقة للأُم والمولود وتتولى الأُم تحصيل هذه النفقة وبالتالي التصرف وبالتأكيد لا تستطيع التصرف إلا إذا أصبحت ولية على المال؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، ج.3، المرجع السابق ، ص.111.

وكذلك استدلووا بقوله تعالى في الآية 35 من آل عمران: ﴿إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ ، و في هذه الآية دليل على أن للأُم ضربا من الولاية على الولد في تأديبه و تعليمه و إمساكه و تربيته و لولا أنها تملك ذلك لما نذرته في ولدها، واستدلووا كذلك بحديث الرسول عليه الصلاة و السلام لهند زوج أبي سفيان السابق ذكره و الذي اعتبره هذا القسم دليل على تصرف المرأة في النفقة؛ نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار ، دار الكتاب الحديث ، مصر، 2009، ص.70.

القسم الرابع: ويرى بأن للأُم التصرف في الشيء اليسير لا في الشيء الكثير و هذا ما ذهب إليه المالكية ، و قد استدلت بخصوص ولاية الأُم على مال صغيرها إذا كان يسيرا بأدلة المجيزين للولاية وعدم ولايتها على المال الكثير بأدلة المانعين لولاية الأُم مطلقا؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.2، المرجع السابق، ص. 236؛ حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة .....، المرجع السابق، ص.220-224.

125 - محمد توفيق قديري ، النيابة الشرعية بين .....، المرجع السابق، ص.279.

في الحقيقة لم يتكلم المشرع الجزائري عن هذا الاحتمال في المادة 115 من قانون الأسرة بقولها: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها"، غير أن الأستاذ عبد السلام الرفعي يرى بأن المفقود إذا عاد قبل الحكم بموته عادت له الولاية، لكن إذا عاد بعد صدور الحكم بموته فلا تعود له الولاية، لأن هذا الحكم ينهيها نهاية مؤكدة<sup>126</sup>، وهذا قياسا على أمواله فإذا ظهر المفقود حيا وكان قبل الحكم بموته، فإن جميع أمواله الموقوفة عليه تدخل في ملكه، مثل النصيب الموقوف عليه من الميراث مورثه، الوصايا الموصى بها إليه، فهذه الأموال تدخل في ملكه وإن لم يعد بالفعل<sup>127</sup>.

أما إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، فعلى رأي جمهور الفقهاء القائل بأنه تردّ هذه الأموال إلى تركة صاحبها، وتوزع على ورثته دون المفقود، لا يضمن الورثة ما تلف من هذا المال أو استهلكوه وإنما يريد كل واحد ما بقي في يده من عين المال، لأنه لما تصرف في المال تصرف بناء على الحكم بملكه له، و الإنسان إذا تصرف في ملكه لا يضمن.

وأما على رأي من يقول أن هذا المال لا يرد على صاحبه، وإنما يضم إلى تركة المفقود، ويتفق منه على زوجته، وولده كسائر أمواله فإنه يرى أن هذا المال يكون مضمونا على من أخذه مثله مثل سائر أموال المفقود الأخرى<sup>128</sup>.

وأما أموال المفقود<sup>129</sup> والتي تركها و حكم بموته فيها فإن عاد المفقود وقبل توزيعها رجعت إلى ملكه، ولا يحق لأحد من ورثته استهلاك أي جزء منها بعد علمه بحياة المفقود لبطلان استحقاقهم لهذا المال.

126 - عبد السلام الرفعي، الولاية على المال .....، المرجع السابق، ص.467.

127 - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، 2016، ص.108.

128 - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.7، المرجع السابق، ص.206.

129 - أنظر الملحق رقم 01 من هذه الأطروحة.

وإن كان قد رجع بعد تقسيم المال عليهم فإن جمهور الفقهاء يرون لا ضمان على الورثة فيما استهلكوه من أموال مورثهم المفقود وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية في الإسلام وهي "لا ضرر ولا ضرار"<sup>130</sup>.

أما بالنسبة لفقدان أهلية الولي فهذا الأمر يجعله عاجز عن تولى شؤونه وإدارة أمواله وبالتالي يحتاج هو بذاته إلى من يقوم برعاية مصالحه، لذلك لا يمكن أن يبقى له حق إدارة أموال أولاده القصر وشؤونهم الخاصة، وهذا ما جعل المشرع يسقط وينهي الولاية عن الولي في المادة 3/91 والتي تنص: "تنتهي وظيفة الولي : ... 3) بالحجر عليه".

فالأصل أن كل شخص يكون كامل الأهلية ما لم يسلبه القانون أهليته أو يجد منها، وهو الحكم الوارد بالمادة 78 من القانون المدني والتي تنص: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

وتتمثل عوارض الأهلية في كل من الجنون والعتة والسفه والغفلة، فمنها ما يعد الأهلية ويصبح الأب عديم الأهلية، ومنها ما يجعل أهلية الأب ناقصة ويأخذ حكم ناقص الأهلية، فبالنسبة للجنون فيقصد به اختلال العقل بحيث يخرج صاحبه عن النهج الطبيعي في الأعمال المعتادة<sup>131</sup>.

وقد قسم فقهاء الشريعة الجنون وفق معيارين، الأول هو استمرارية الجنون، فنجد الجنون المطبق وهو الذي لا يفيق المصاب به من الجنون، ونجد الجنون المتقطع أو غير المطبق وهو ما لا يبلغ بصاحبه الحد السابق، إنما يغلبه تارة ويفيق تارة أخرى، والمعيار الثاني لتقسيم الجنون هو وقت الإصابة به قبل

130 - عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص.109.

131 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال .....، ج.1، المرجع السابق، ص.11.

الرشد أم بعده، فإذا كان الشخص مصابا بالجنون قبل الرشد فهو جنون أصلي، أما إن بلغ راشدا عاقلا ثم أصيب بالجنون سمي جنونا طارئاً<sup>132</sup>.

أما المشرع الجزائري فهو لم يعرف الجنون ولم يفرق بين الجنون المطبق ولا المتقطع عند معالجة لأحكام تصرفات الجنون، وحسن ما فعل لما في ذلك من صعوبة وإثبات وقت التصرف بالنسبة للشخص المصاب بهذا العارض<sup>133</sup>.

أما بالنسبة للعتة فالمقصود به "اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير"<sup>134</sup>.

وقد أخضع القانون الجنون والمعتوه لأحكام الحجر<sup>135</sup> الواردة بالمادة 101 وما يليها من قانون الأسرة، بحيث تنص المادة 101 على ما يلي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو المعتوه... أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

أما عن تصرفات الجنون والمعتوه، فقد نصت المادة 107 من قانون الأسرة على ما يلي: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

وعليه فإذا كان الأب المصاب بالجنون أو العتة تصرفاته بنفسه باطلة فمن باب أولى تكون باطلة على غيره بل وتنتهي ولايته عليه.

132 - أنظر، عبد الكريم زيدان ، الفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 11 ، ط.3 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1997 ، ص.291 ؛ حسام سهيل عبد الرزاق النوري ، أثر الجنون في التصرفات القولية والفعلية في الشريعة الإسلامية ، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2013 ، ص.34.

133 - عبد الفتاح تقيية ، النيابة الشرعية ، المرجع السابق ، ص.44.

134 - أنظر، عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ط.6 ، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية ، د.س.ن ، ص.104.

135 - أنظر الملحق رقم 02 من هذه الأطروحة.

أما العارض الثالث وهو السفه والمقصود به الشخص الذي يحسن القيام على تدبير ماله فينفق في غير موضع الإنفاق<sup>136</sup>، ويختلف السفه عن الجنون و العته في كونه من عوارض الأهلية المكتسبة على اعتبار أن الشخص هو من يضع نفسه بتصرفاته ضمن دائرة السفه ، فالعقل في السفه موجود وسليم ولا خلل فيه، ولكن الشخص يتصرف في أمواله تصرفات خلاف ما تقتضيه طبيعة التصرفات عادة<sup>137</sup>.

هذا وتجدد الإشارة بأن الفقه الإسلامي لم يجز ولاية السفه سواء كان محجورا عليه أو لم يكن كذلك، وقد نص فقهاء الأحناف على أن الابن إذا آل إليه ميراث من أقاربه مثلا وأبوه حي موجود، فإذا كان أبوه مبذرا ومستحقا للحجر عليه لا تثبت لهذا الأب ولاية على مال ابنه الصغير في هذه الحالة<sup>138</sup>.

فإذا كان السفه محجور عليه فلا ولاية له على ماله، ومن ثم لا تكون له ولاية على غيره، وإذا كان غير محجور عليه فلا ولاية له أيضا على مال القاصر لعدم ائتمانه حماية للقاصر.

وأخيرا يقصد بذا الغفلة الشخص كامل العقل ولكنه طيب القلب إلى حد الغفلة، ويمكن القول أن كل من السفه والغفلة هي عوارض تصيب الإنسان ليس في عقله من الناحية الطبية وإنما تصيبه في نفسه فتضعف بعض ملكاتها، وقد نصت المادة 43 من القانون المدني على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

136 - أنظر، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي للطباعة و النشر ، د.س.ن ، ص.318.

137 - أنظر، أبو صالح نبيل كامل حسن، أهلية التكليف عند الأصوليين ، ماجستير في الفقه و التشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح المفتوحة ، نابلس ، فلسطين، 2011 ، ص.144.

138 - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال .....، ج.2 ، المرجع السابق ، ص.836؛ خديجة بوشيبان ، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مذكرة القضاء، الدفعة 18، 2007-2010، ص.39.

ومن خلال هذه المادة يمكن القول أن القانون يعتبر السفية وذا الغفلة من ناقصي الأهلية وبالتالي يأخذ تصرفاتهما حكم تصرف الصبي المميز ويجب الإشارة إلى أن نص المادة 107 من قانون الأسرة ، سوى بين تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه، إذا ساوى بين تصرفاتهم وجعل تصرفات السفية مثل تصرفات المجنون والمعتوه مع عدم نصه على تصرفات ذي الغفلة، وكان الأجر بالمشرع أن يساوي بين تصرفات السفية وذي الغفلة مع تصرفات الصبي المميز، ويخضع أحكام تصرفاتهما لأحكام تصرفات هذا الأخير وليس لأحكام تصرفات المجنون والمعتوه<sup>139</sup>.

### ثانيا: عجز الولي

لم يحدد المشرع المقصود بالعجز في المادة 1/91 من قانون الأسرة والتي تنص: " تنتهي وظيفة الولي:

(1) بعجزه "

هل يقصد به العجز المادي كالعجز الجسماني، أم العجز المعنوي كعدم أو نقص القدرات الفكرية للولي ؟ ولعلّ المشرع الجزائري من خلال عدم تحديده للمقصود بالعجز يكون قد قصد بذلك العجز بنوعيه المادي والمعنوي<sup>140</sup>.

وبذلك يجوز للولي الذي يجد نفسه عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسبب الكبر<sup>141</sup>، أو المرض أو العاهتين، أن يطلب من المحكمة إعفائه منها على أساس المادة 1/91 من قانون الأسرة أو المادة 80 من القانون المدني والتي تنص على أنه : "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

139 - عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص.46-47.

140 - دليّة سلامي، حماية الطفل ،.....، المرجع السابق، ص.114.

141 - جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر.....، المرجع السابق، ص.82.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعدا قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

وعليه تتقرر المساعدة القضائية للشخص عند اجتماع عاهتين عنده من العاهات الثلاث التي وردت بالنص، ولذلك يعرف المساعد القضائي بأنه الشخص الذي يعين ليسهم في القيام ببعض التصرفات القانونية مع من أصيب بعاهتين من العاهات الثلاث<sup>142</sup>.

والسبب في المساعدة القضائية هو العجز الطبيعي عن تعبير الشخص عن إرادته، أو الخشية عليه من الأفراد بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد، ولذلك فالمساعدة القضائية ليس سببها فقدان الأهلية أو نقصها، لأن التمييز الكامل متوافر عند الشخص المراد مساعدته قضائيا، ولكن النقص بالنسبة له هو في عجزه عن التعبير عن إرادته.

ويجب الإشارة إلى أن اجتماع عاهتين ليس قرينة قانونية قاطعة على ثبوت العجز المبرر لتعيين مساعد قضائي، ولذلك إذا كان الشخص رغم اجتماع عاهتين عنده قادرا على التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا سواء بالكتابة أو بالإشارة، كأن يكون إزدواج العاهتين عند طارئ بعد أن نال قسطا من التعليم يستطيع بمقتضاه التعبير عن إرادته، ففي هذه الحالة لا يكون هناك حاجة لتعيين مساعد قضائي معه رغم ازدواج العاهتين، لكن هل يجوز له أن يبقى ولي على ولده القاصر ففي هذه الحالة حسب اعتقادنا إذا كان الأب رغم العاهتين يستطيع أن يدير أموال ولده القاصر فلا ضير من ذلك لكن إذا كانت إدارته عن مشقة فمن الأحسن انتقال الولاية إلى من يليه في المرتبة.

142 - أحمد نصر الجندي، التعليق قانون .....، المرجع السابق، ص.205.

### ثالثاً: عزل الولي

يقصد بالعزل إعفاء الولي من عمله في إدارة أموال القاصر المولى عليه لتحقيق الأسباب المؤدية إلى ذلك<sup>143</sup>، ويعتبر العزل إجراء يتخذه القاضي في مواجهة الولي، فيعفيه من مهامه إذا رأى مصلحة القاصر المالية معرضة للضياع، لأن الولاية مرتبطة بالمصلحة فمتى انتفت المصلحة وجب أن تزول الولاية<sup>144</sup>، وقد نصت على ذلك المادة 91 ق.أ والتي تنص: "تنتهي وظيفة الولي:..4)- بإسقاط الولاية عنه".

وعليه، إذا رأى القاضي أن مصالح القاصر مهددة بسبب عدم عدل الولي، أو عدم كفاءته أو عدم أمانته فيحكم القاضي بعزل الولي أو سقوط الولاية عنه سواء بحكم جزائي، نتيجة ارتكاب الولي جريمة خطيرة تهدد مصلحة القاصر النفسية والمالية. كما جاء في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات والتي تتكلم عن الفاحشة المرتكبة بين الأقارب، والتي اعتبرها المشرع سبباً لحرمان الأب والأم من الولاية بحيث تنص: "يعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:.... ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب و الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية"<sup>145</sup>.

143 - عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في .....، المرجع السابق، ص.457.

144 - دليلة سلامي، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.116؛ محمد بوعمره، أموال القصر .....، المرجع السابق، ص.108.

145 - تنص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات: "تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1- الأقارب من الفروع أو الأصول.

2- الإخوة و الأخوات الأشقاء ، من الأب و الأم ،

3- بين شخص و ابن إخوته أو أخواته من الأب و الأم أو مع أحد فروعهم ،

4- الأم و الأب و الزوج أو الزوجة و الأرملة أو أرملته ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم ،

5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب و فروع الزوج الآخر ،

6- من أشخاص يكون أحدهم زوجاً لأخ أو لأخت.

تكون العقوبة بالسجن من عشر إلى عشرين سنة في الحالتين 1 و2 و بالحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالات رقم 3 و4 و5 و بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة رقم 6.

وفي جميع الأحوال إذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد على شخص قاصر يبلغ من العمر 18 عاماً فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوباً العقوبة المفروضة على الشخص القاصر.



وقد يقضي القاضي بعزل الولي بناء على حكم مدني ويكون ذلك بطلب من له مصلحة في الأمر، أو بطلب من النيابة العامة، أو بأمر من قاضي شؤون الأسرة، وفي هذا الشأن تنص المادة 465 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية"، كما تنص المادة 473 من نفس القانون على ما يلي: " إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي".

فالقاضي المختص في هذه الأحوال هو قاضي شؤون الأسرة، والذي يملك السلطة التقديرية في الحكم بعزل الولي بعد أن يتأكد من ضرورة حماية مصالح القاصر المالية المهددة بخطر التلف أو الهلاك، كما له أن يتخذ كافة التدابير لحماية مصالح القاصر المالية قبل فصله في الموضوع و بأمر غير قابل لأي طعن لأن مصالح القاصر أولى بالحماية<sup>146</sup>.

هذا بالنسبة لانتهاء الولاية بسبب الأب، غير أنه قد تنتهي الولاية أيضا بسبب الولد.

## الفرع الثاني

### أسباب انتهاء الولاية بسبب الولد

تنتهي الولاية على الولد إما ببلوغه سن الرشد أو زال الحجر عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة (أولا)، بالإضافة إلى ترشيده (ثانيا)، وموته أو هلاك أمواله (ثالثا).

ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب و الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية".

146 - محمد بوعمره ، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.110.

## أولاً: بلوغ القاصر سن الرشد أو زوال الحجر عليه

تنص المادة 40 ق.م على أن: "كل من بلغ سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"، فبمجرد بلوغ القاصر سن 19 سنة تردُّ له أمواله للتصرف فيها، وتنتهي بذلك ولاية الولي رغم أن قانون الأسرة لم ينص على هذه الحالة<sup>147</sup> في المادة 91 ق.أ الخاصة بمجالات انتهاء مهمة الولي، بل نص عليها في المادة 96 ق.أ المتعلقة بأسباب انتهاء الوصاية على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:

(2) ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه".

ويتفق الفقه الإسلامي من المذاهب الأربعة والمتمثلة في الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية، على أن الولاية على الصغير تنتهي تلقائياً إذا بلغ القاصر، عاقلاً راشداً دون الحجر عليه لسفه أو عته أو غفلة أو جنون، وذلك طبقاً لقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾<sup>148</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في معنى الرشد، والمعيار الذي يعد على أساسه الشخص راشداً، هل هو الصلاح في المال فقط أم لا بد من الصلاح في الدين أيضاً؟

فبالنسبة لمعنى الرشد قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة بأن الرشد هو حفظ المال وحسن التصرف فيه أو ما يعرف بالصلاح في المال، بغض النظر عن صلاح الإنسان في دينه، ويكون ذلك عندهم بتوافر القدرة لدى الإنسان بعد البلوغ على إدارة المال واستثماره وحفظه وإصلاحه والتصرف فيه على وجه حسن، أما الشافعية فالرشد عندهم هو إصلاح الدين والمال معاً، فإصلاح الدين بأن يكون عدلاً وشهادته جائزة، ولم يرتكب ما تسقط به العدالة من معاص، وإصلاح المال

147 - جميلة موسوس ، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.73.

148 - سورة النساء، الآية 6.

يكون بحفظ المال عن التبذير، حيث يقولون أن الرشد هو الحلم والعقل والوقار، وهو ما لا يجتمع إلا لمن كان مصلحا لدينه وماله معا<sup>149</sup>.

والراجح هو قول الجمهور، لأن قول الشافعية يؤدي إلى حرج شديد لاحتمال الحجر على العديد من الناس، وهو ما لا يستقيم معه بحال الحفاظ على الأموال و نشاط تداولها<sup>150</sup>.

أما بالنسبة لوقت الرشد فقد جعل الفقهاء الرشد أساسا لانتهاة الولاية على المال، حيث لا يكفي البلوغ الطبيعي بل لابد من اجتماع البلوغ مع الرشد، فالأول مقدمة الثاني وعلامة وجوب ترقبه، مصدقا لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾<sup>151</sup>، والرشد المالي قد يقترن بالبلوغ الجسمي وقد يفترق عنه باختلاف أحوال الأولاد والأوساط التي يتربون فيها<sup>152</sup>.

ويعرف الرشد لدى الفقهاء بالاختبار، وهو تجربة المحجور عليه بما يتبين به رشده وقدرته على حفظ ماله وصونه وحسن التصرف به<sup>153</sup>، فالمالكية يرون بأن الاختبار يكون بأمرين، الأول بالحديث معه في حاجاته فقد يتبين من خلال ذلك نجابته، فإن رؤي منه ذلك كان الأمر الثاني بتمكينه من بعض ماله والنظر في تصرفاته فإن نماه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار ويسلم إليه ماله إن كان بالغاً<sup>154</sup>.

وقال الشافعية بأن الولي سواء كان الأب أو غيره يختبر من تحت ولايته بطرق مختلفة باختلاف مراتبهم وهل هو صبي أو صبية، فيختبر ابن التاجر بتركه يبيع ويشترى و يفاوض التجار في الأسواق،

149 - أنظر، وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ج. 2، ط. 3، دار الفكر، سوريا، 2002، ص. 295؛ محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، ج. 2، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، 2007، ص. 533.

150 - محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين .....، المرجع السابق، ص. 265.

151 - سورة النساء، الآية 6.

152 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 443.

153 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة .....، المرجع السابق، ص. 275.

154 - أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج. 1، المرجع السابق، ص. 418.

وابن الفلاح والمزارع يختبر بأعمال الفلاحة وتسيير أمور الزراعة و تسويق الثمار والمحاصيل والقيام على شؤون من يعملون معه أو عنده، أما البنت فتختبر في شؤون البيت وتسييره وضربوا مثالا لذلك الغزل والنسيج و الطبخ، واشتروا تكرر الاختبار أكثر من مرة<sup>155</sup>.

وفصل الشافعية في كيفية إبرام الصبي للعقود، فيما أن يكتفي بالممارسة فإن حان وقت إبرام العقد ناب عنه وليه، وإما أن يبرم عقوده منفردا ولا ضمان على الولي حينئذ إذا أتلّف الصبي المال المدفوع إليه للاختبار، وأضاف الشافعية وجوب اختبار الصبي في دينه، ويكون ذلك من حيث تجنّبه للمعاصي ومصاحبة أهل الخير والصلاح<sup>156</sup>.

وقال الحنابلة أن الاختبار يختلف باختلاف الأشخاص لأن العرف يقتضي ذلك، فابن التاجر يختبر بتكرار البيع والشراء دون غبن، وابن الكاتب يختبر بأن يستوفي على وكيله فيما وكل فيه، أما الفتاة فتختبر بشراء القطن للغزل ولوازم الحياكة والخياطة، ويضاف إلى هذا حفظ ما في اليد من الضياع<sup>157</sup>.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا في وقت إجراء الاختبار هل قبل البلوغ أو بعده، فالحنفية يرون بأنه يجري قبيل البلوغ لا بعده<sup>158</sup>، أما المالكية ففيهم قولان، الأول يرى أن الاختبار يكون بعد البلوغ، لأنه مرتبط بإيناس الرشد، ولا يمكن التحقيق منه إلا بعد البلوغ، لظاهر قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾، والقول الثاني الذي رجحه اللخمي، فيقول

155 - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ..... ج.4، المرجع السابق، ص.180.

156 - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين ..... ج.4، المرجع السابق، ص.181.

157 - أنظر، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، الممتع في شرح المنع، ج.2 ، ط.3، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2003، ص.369.

158 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.24، المرجع السابق، ص.162.

أن الاختبار قبل البلوغ لأن الفاء في قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ آنَسْتُمْ...﴾، هي للاشتراط لا للتعقيب<sup>159</sup>.

وفي الأخير يرى الحنابلة في هذا الأمر رأيان، الأول يقول بوجوب وقوع الاختبار قبل البلوغ واستمراره حتى إذا حصل البلوغ يكون قد عرف رشد من سفهه، فإما يسلم ماله إليه أو يستمر الحجر عليه، وذلك لظاهر الآية السابقة، حيث أن الله تعالى مدّ اختبارهم إلى البلوغ بلفظ "حتى" فذلك دليل على أن الاختبار قبله، والرواية الثانية تقول باختبار بعد البلوغ<sup>160</sup>.

وفي الفقه الإسلامي عرف ما يسمى بوجوب الإشهاد على الرشد و هذا ما لا نجده في القانون بعد بلوغ القاصر بل نجده فيما يخص الترشيح الذي سنتكلم عنه في النقطة الموالية.

المهم، الفقه الإسلامي اختلف حول قضية وجوب الإشهاد على الرشد من عدمه، فذهب الحنفية إلى أن الرشد لا يحتاج إلى إشهاد ولا إلى حكم قاض سواء كان النائب الشرعي هو الأب أو الوصي أو المقدم من قبل القاضي، وذلك لأن الله سبحانه في قوله تعالى: ﴿وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، لم يشترط الإشهاد على ذلك فيما يخص الصبي<sup>161</sup>.

أما فيما يخص المذهب المالكي فيرون إذا كان الولي هو الأب فالحجر ينفك تلقائياً ولا يحتاج إلى أي إجراء أو إشهاد بفك الحجر، لأنه حجر أصلي لم يقع بتنصيب أو إشهاد من أحد، فلا يحتاج في

159 - أنظر ، أبو الحسين علي محمد اللخمي، التبصرة، ج.10 ، ط.2، منشورات مركز نجيوية للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 2012، ص.623.

160 - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ، ج.13، المرجع السابق، ص.366.

161 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع .....، ج. 10، المرجع السابق، ص.92.

انتهائه ما لم يحتج في ابتدائه، أما في حالة الوصي أو المقدم فلا بد من إشهاد بفكهما الحجر عن الصبي وإلا تولى القاضي المسألة<sup>162</sup>.

للسافعية كذبك قولان الأول موافق للمالكية، والثاني يميز بين إن كان الولي هو الأب والجد فلا حاجة لحكم من القاضي أما غيرهما فهو محتاج لذلك<sup>163</sup>.

هذا بالنسبة لنهاية الولاية ببلوغ القاصر، أما بالنسبة للمحجور عليه فإن لهذا الأخير ولكل ذي مصلحة الحق أن يطلب رفع الحجر واستعادة المحجور عليه فإن لهذا الأخير ولكل ذي مصلحة الحق أن يطلب رفع الحجر واستفادة المحجور عليه أهليته الكاملة بنفس الإجراءات التي اتبعت للحجر عليه، حيث تسجل الدعوى القضائية ويفصل فيها طبقاً لقواعد قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا تبين للقاضي لا سيما بموجب الخبرة الطبية أن المحجور عليه قد أفاق من جنونه أو عتته أو تخلص من سفهه وغفلته أصدر حكمه برفع الحجر .

ويجب الإشارة إلى أن المشرع لم يذكر صراحة هذه الإجراءات في تقنين الأسرة ولم يفصل في كيفية مباشرة هذه الإجراءات محيلاً بذلك إلى القواعد العامة وخاصة للإجراءات المتبعة في رفع دعوى الحجر و اكتفى بالنص في المادة 108 من قانون الأسرة على ما يلي: " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه"، وما نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قصد " بطلب المحجور عليه " الدعوى التي يرفعها هذا الأخير من أجل رفع الحجر عنه والتي تنتهي بصدور حكم من القاضي إما برفعه أو برفض الطلب.

ونجد في هذا الصدد أن المشرع المصري تبنى هذا الرأي في المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على ما يلي: " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة

162 - محمد توفيق قديري ، النيابة الشرعية .....، المرجع السابق ، ص.265؛ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال .....، المرجع السابق، ص.479.

163 - أنظر، أبو الحسن بن أبي الخير بن سالم اليميني العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج.6، دار المنهاج للطباعة والنشر، لبنان، 2000، ص.423.

ولا يرفع الحجر إلا بحكم"، كما أن المادة 113 من القانون المدني المصري تنص على أن: " المجنون والمعتهو وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون"، فالمشرع المصري كان أدق وأوضح من المشرع الجزائري .

ورغم ذلك يمكن أن نستنتج أنه في رفع الحجر تتبع نفس إجراءات توقيع الحجر حيث يشترط المشرع طلب من المحجور عليه الذي تعافى من العارض الذي أصاب أهليته ويقوم القاضي بنفس العملية، في إطار سلطته التقديرية، فيما يخص التحقق من زوال سبب الحجر، ففي حالة الجنون والعتة يستعين بالخبرة كما نصت عليه المادة 103 من قانون الأسرة، كما يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الاستعانة بالشهود.

ولم يذكر المشرع الجزائري إلى جانب ذلك أن الحكم برفع الحجر يجب أن ينشر ولكن نحن نعتبر أنه من المنطقي أن يتم نشره لأن حكم الحجر ينشر لمعرفة الجمهور بعله الشخص فمن البديهي أنه إذا ثبت زوال علته وتم صدور حكم برفع الحجر يجب نشر الحكم برفعه بنفس إجراءات نشر الحكم بالحجر حماية لمصلحة المحجور عليه في تعامله مع الغير.

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من الفقهاء من يعتبر أن حكم الحجر من النظام العام وأن كل اتفاق قد يخالف القانون بشأنها يقع باطلا فالمحكمة تقرر رفع الحجر عن الشخص ولو لم يطلب ذلك بل حتى ولو عارض فيه، إذ أن الأصل هو إطلاق حرية الأشخاص في التصرف في أموالهم ولا يكون التدخل بتوقيع الحجر إلا بتوافر ما يستدعي ذلك<sup>164</sup>.

والمشرع الجزائري لم سبين موقفه من هذه النقطة ولم يعتبر أنه بإمكان المحكمة أن تقرر الحجر على شخص ما أو أن ترفعه عنه من تلقاء نفسها.

164 - كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية .....، المرجع السابق، ص.172.

والحكم بتوقيع الحجر ليست له قوة الشيء المحكوم فيه بمعنى أنه متى ثبت لدى المحكمة أن المحجور عليه قد تحسنت حالته وزال عنه العارض الذي أوجب توقيع الحجر عليه فلها أن ترفع الحجر عنه.

كما أن رفض توقيع الحجر لا يمنع من إعادة نظر طلب توقيع الحجر عليه وإن كان الحكم برفض توقيع الحجر له قوته بالنسبة لأهلية المطلوب الحجر عليه إذ يعتبر متمتعاً بأهليته كما كان من قبل من حيث التعامل مع الغير وما يترتب على هذا التعامل من أثر<sup>165</sup>.

لكن ليس البلوغ و رفع الحجر وحده سبب لانتهاء الولاية، بل حتى ترشيد القاصر في التصرف في أمواله يعد سبب لانتهاء الولاية.

### ثانياً: ترشيد القاصر

يعتبر السماح للقاصر بالتصرف في أمواله قبل بلوغه السن القانونية المتمثلة في 19 سنة طبقاً للمادة 40 ق.م، وسيلة تساهم في تدريبه وتعليمه من الناحية التطبيقية. فما دام أن المشرع قد سمح بترشيد القاصر في الزواج طبقاً للمادة 7 ق.م<sup>166</sup>، فمن باب أولى أن يكون هناك ترشيد في المال، غير أن هذا الترشيد يختلف بين قانون الأسرة (1) و القانون التجاري (2).

### 1- ترشيد القاصر في قانون الأسرة:

تنص المادة 84 ق.أ على أنه: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله ، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

165 - كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية .....، المرجع السابق، ص.173.

166 - المادة 7 ق.أ: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق و التزامات".



ومن خلال هذا النص، يتضح أنه يجوز للقاضي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التمييز وهو 13 سنة أن يتصرف في أمواله الخاصة بناء على طلب من له مصلحة، وهو ما يسمى بالترشيد<sup>167</sup>.  
وطبقا لنص هذه المادة، لا يمكن أن يستفيد القاصر من الإذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها إلا وفق الشروط التالية:

1- يجب أن يبلغ القاصر سن التمييز وهو 13 سنة، فالشخص ببلوغه هذه السن بحسب المادة 84 ق.أ يصبح له القدرة على حسن التصرف والإدارة، لكونه يفهم معنى التصرفات من بيع وشراء وإيجار... الخ. بحيث يصبح المميز متساويا مع كامل الأهلية في تصرفاته، فتصبح تصرفاته المالية صحيحة ومنتجة لآثارها، بعد أن كان المميز عديم الأهلية وكل تصرفاته باطلة بطلان مطلق، دون أن يمر بفترة زمنية بين سن التمييز وسن الرشد ليكتسب من خلالها شيئا من الخبرة<sup>168</sup>.

ومن المستحسن لو يحدد المشرع الجزائري سنا معينة للترشيد تكون ما بين 16 سنة وسن الرشد 19 سنة، كما جاء في المادة 3/218 من مدونة الأسرة المغربية والتي حددت سن الترشيد بـ 16 سنة والتي تنص: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده"، وكذلك المادة 60 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين والتي حددت سن الترشيد بـ 17 سنة والتي تنص: " للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم السابعة عشرة من عمره وثبت حسن تصرفه"، وحتى سن 15 سنة مناسب للترشيد كما جاء في المادة 154 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية<sup>169</sup> حيث قررت بأنه: " للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم الخامسة عشرة من عمره، وثبت حسن تصرفه".

167 - محمد بوعمره، أموال القصر .....، المرجع السابق، ص.63.

168 - أنظر، محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة بن عكنون، 1982، ص.254.

169 - القرار رقم 105-د-6-1408/8/17-هـ-1988/4/4م، المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.

فحماية القاصر حسب اعتقادنا تقتضي أن تكون هناك فترة بين التمييز و الترشيد، يحاول من خلالها الولي أو الوصي أو كل من له مصلحة تدريب القاصر من الناحية النظرية على الأمور التي سيرشد فيها من جهة ؛ وأن سن 13 سنة أو 14 سنة صغيرة جدا لتكليف القاصر وترشيده من جهة أخرى. لأنه لا يمكن تصور القاصر البالغ من العمر 13 سنة يرشد مباشرة<sup>170</sup>، بل وأن تصبح تصرفاته التي كانت باطلة بطلانا مطلقا في الأمس، صحيحة اليوم ويستطيع أن يبرم كل التصرفات ولو كانت ضارة به ضررا محضا، بل و تكون هذه التصرفات صحيحة نهائيا، وهو الانتقاد الذي وجهه الأستاذ علي علي سليمان للمادة 84 ق.أ<sup>171</sup>.

2- أن يُقَدَّم الإذن للقاصر بالتصرف أمام قاضي شؤون الأسرة، من طرف كل شخص له مصلحة في تصرف القاصر بأمواله، والذي يكون إما وليه أو وصيه باعتبارهم أصحاب الشأن في رعاية القاصر ورعاية أمواله<sup>172</sup>.

3- أن تظهر في القاصر علامات القدرة وحسن التصرف، ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي بحيث يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق كامل حتى يتأكد من قدرة واستعداد القاصر لمباشرة تلك التصرفات مراعيًا في ذلك بعض الاعتبارات، لأنه ليس كل شخص بالغ سن التمييز قادرا على تحمل ما يتحمله الشخص البالغ<sup>173</sup>.

170 - دليلة سلامي، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.131.

171 - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص.267.

172 - أنظر، الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.200.

173 - محمد بوعمره، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.68.

## 2- ترشيد القاصر في القانون التجاري:

تنص على ذلك المادة 5 من القانون التجاري على أنه: " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية :

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرارا من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطة الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب و الأم.

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

وعملا بهذا النص فإن شروط استفادة القاصر من رخصة الترشيد من أجل ممارسة بعض الأعمال التجارية تتمثل فيما يلي:

1- أن يبلغ القاصر 18 سنة دون أن يكون محجور عليه، فترشيد القاصر في الزواج طبقا للمادة 7 ق.أ أو الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله لا يسمح له بمزاولة التجارة إلا إذا بلغ سن 18<sup>174</sup>.

2- الحصول على إذن مسبق من الأب أو الأم أو على قرار من مجلس العائلة إذا كان والده متوفيا أو غائبا، ويشترط في ذلك الإذن ألا يكون عاما بل يحدد للقاصر الأعمال التي يجوز له ممارستها والتصرفات التي لا يجوز له أن يتعدها<sup>175</sup>، وبذلك يكون القانون التجاري قد تناقض مرة أخرى مع قانون الأسرة فيما يخص الجهة التي تقوم بترشيد القاصر، ففي المادة 84 ق.أ نجد أن

174 - أنظر، فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، ط.2، النشر و التوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2003، ص.342-343.

175 - محمد بوعمره، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.62؛ علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص.148.

القاضي هو من يمنح الإذن للقاصر بالتصرف في ماله، بينما تنص المادة 05 ق.ت على أن الإذن يكون من الأب أو الأم أو من مجلس العائلة.

3- عرض الإذن على القاضي المختص، وهذا الأخير له السلطة التقديرية الكاملة في قبول أو رفض الطلب .

4- تقديم هذا الإذن تديما لطلب التسجيل الكتابي في السجل التجاري.

وبعد توفر كل هذه الشروط يصادق القاضي على الطلب، وتنتهي بذلك الولاية في حدود الإذن ويستطيع القاصر المرشد مباشرة أعمال التجارة المرخص له القيام بها، وتصبح جميع التصرفات المالية التي تدخل في حدود الإذن صحيحة وتكسبه صفة التاجر، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن فيجوز للقاصر المرشد التمسك بإبطائها ولا يكتسب فيها صفة التاجر<sup>176</sup>.

بل أكثر من ذلك وحماية للقاصر، لم تجز المادة 6 من القانون التجاري للقاصر التصرف في العقار إلا بعد مروره بالإجراءات المتعلقة ببيع أموال القاصر طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة، بحيث لا يستطيع القاصر في هذه الحالة التصرف في العقار إلا بإذن من القاضي الذي يراعي حالة الضرورة والمصلحة، وبيع العقار في المزاد العلني وهذا كله لتحقيق حماية كاملة للقاصر<sup>177</sup>.

وفي الأخير، نقول بأن الترشيد نافع وضار في نفس الوقت، فهو يحقق حماية للقاصر من جهة؛ ويعتبر خطرا على أمواله من جهة أخرى، لذلك وحماية للقاصر منح المشرع للقاضي الحق في الرجوع عن الإذن، إذا ما اقتضت مصلحة القاصر وضرورة حمايته ذلك وفقا للمادة 84 ق.أ كأن يقوم القاصر مثلا بتبذير أمواله أو يكون القاصر غير قادر فعليا على تسيير أمواله لوحده.

176 - أنظر، نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.128.

177 - أنظر، سامية حساين، تأرجح حماية القاصر بين قواعد القانون التجاري وقانون الأسرة الجزائري، ملتقى دولي بعنوان الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ماي 2014، ص.31.

وبالإضافة إلى الترشيد كسبب لانتهاء الولاية قد تنتهي هذه الأخيرة لسبب آخر وهو موت القاصر أو هلاك أمواله.

### ثالثا: موت الولد أو هلاك أمواله

إن وفاة الولد يعد سببا مباشرا لسقوط الولاية، لأن وجود المولى عليه أساس قيام الولاية على المال، فإذا مات لم يعد للولاية وجود و لا أهمية<sup>178</sup>، لأن هذه الأموال تصبح تركة و تقسم على ورثته، كما تنتهي الولاية بهلاك أموال القاصر، لأن الولاية تقوم لحفظ هذه الأموال، فإذا هلكت لم يعد للولاية أثر لانعدام محلها، ولم ينص كل من قانون الأسرة ولا حتى قانون الولاية على المال على هاتين الحالتين لانتهاء الولاية الأصلية، بينما نص المشرع المصري على الحالتين في جهة الوصاية؛ أما المشرع الجزائري، فنص على الحالة الأولى فقط في المادة 2/96 ق.أ " تنتهي مهمة الوصي: 1) بموت القاصر... ".<sup>179</sup>

## المطلب الثاني

### آثار انتهاء ولاية الأب

يترتب على انتهاء الولاية عن الأب آثار هامة، هذه الآثار يمكن القول أنها مشتركة بين كل الأولياء وليس الأب فقط، ولعل أهمها تسليم الأموال والذي يعتبر كالتزام يترتب على الولي بعد نهاية الولاية (الفرع الأول)، بالإضافة إلى مسؤولية الولي وخاصة الأب عن أموال ولده (الفرع الثاني)، ومحاسبته عن إدارة هذه الأموال لكون نظام الولاية يقوم على أساس جلب المصلحة ودرء المفسدة عن أموال المولى عليه.

178 - محمد بوعمره، أموال القصر في .....، المرجع السابق، ص.111.

179 - جميلة موسوس، الولاية على مال .....، المرجع السابق، ص.78؛ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى .....، المرجع السابق، ص.607.

## الفرع الأول

### التزامات الأب بعد انتهاء الولاية

قبل أن تتم عملية المحاسبة لابد أولا من أن يقوم الولي بالتزام هام وهو دفع المال للولد الذي بلغ أو للمحجور عنه بعد فك الحجر وهو قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾<sup>180</sup>.

وقد أجمع فقهاء الشريعة على مبدأ تسليم المال للولد بعد إجراء الاختبار لكنهم اختلفوا في وجوب الإشهاد على دفع المال فذهب الحنفية إلى أن الإشهاد على دفع المال لمن رشد مستحب وليس واجبا<sup>181</sup>.

أما بالنسبة للمذهب المالكي ففيه قولان، الأول هو عدم وجوب الإشهاد، لأن الله أمر الأولياء بدفع المال بمجرد إيناس الرشد، والثاني وجوب الإشهاد لظاهر الآية التي تأمر بالإشهاد، والقول الثاني حسب أبو الحسن اللخمي هو الأفضل لفساد الذمم هذه الأيام<sup>182</sup>.

أما الشافعية والحنابلة فيرون بوجوب الإشهاد لنفي التهمة وطمأنة المولى عليه وزيادة في الحرص على حفظ ماله<sup>183</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على أحكام موحدة بخصوص النواب الشرعيين، فهو حدد ما يلتزم به الوصي وفي حكمه المقدم حين نهاية النيابة الشرعية، أما الولي الشرعي كالأب لم يبين

180 - سورة النساء، الآية 5 و6.

181 - أنظر، مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ومعها تجريد زوائد الغاية والشرح لحسن الشطي، ج.3، ط.1، منشورات المكتب الإسلامي، سوريا، 1969، ص.402.

182 - أبو الحسين علي محمد اللخمي، التبصرة، ج.10، المرجع السابق، ص.558.

183 - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.5، المرجع السابق، ص.36؛ محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين.....، المرجع السابق، ص.308.

بخصوصه أي التزام يقع على عاتقه عند انتهاء الولاية<sup>184</sup>.

ولا نفهم لماذا التمييز بين الولي والوصي في هذه النقطة؟ خصوصا وأن هذا لا يوافق أي مذهب من المذاهب الفقهية، وهو أمر لا معنى له وكان من الأفضل لو نص عليه المشرع الجزائري، لأن هذا الأمر موجود في الشريعة الإسلامية ولو طبقنا المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فإن هذا الالتزام الذي نص عليه المشرع في الوصي يقع على الولي، وعليه طبقا للمادة 97 من قانون الأسرة فإن على الوصي وبالأحرى الولي الذي انتهت مهمته أن يقوم بما يلي:

بداية يجب عليه أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى المولى عليه أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، بالإضافة إلى أن يقدم صورة من الحساب المذكور إلى القضاء، وفي حالة وفاته أو فقد أهليته فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر<sup>185</sup>.

ويظهر حرص المشرع على تسريع إجراءات تسليم أموال القاصر وعرض المستندات المرفقة بحساب القضاء، وذلك لجعل الوصي أو ورثته في معرض المساءلة أو المحاسبة على ما قام به الوصي من تصرفات .

فالمشرع لم ينص على تقديم الحساب أثناء أداء المهام كبقية القوانين العربية التي رتبت على عدم ذلك قرينة سوء إدارة أموال المولى عليه، لذلك ألزم المشرع الوصي بتقديم الحساب حين انتهاء مهامه تمهيدا للقيام بمحاسبته وفق ما يسمى بدعاوى المحاسبة، وهذا ولم يلزم المشرع الوصي بتسليم الأموال مع الحساب للمحكمة في حين ألزم ورثة الوصي حال موته بذلك فهل تقديم الوصي الحساب يغني عن ذلك؟ أم أنه يجرر محضر تسليم بواسطة محضر قضائي؟<sup>186</sup>

184 - محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين .....، المرجع السابق، ص.320.

185 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى.....، ج.2، المرجع السابق، ص.618.

186 - محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين .....، المرجع السابق، ص.321.

أما إجراءات المحاسبة فقد وضع المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ضمن الكتاب الثالث المخصص لتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية بابا ثالثا سماه في دعاوى المحاسبة من المادة 590 إلى المادة 599 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونظم فيها إجراءات محاسبة الوصي وكل شخص يجعله القضاء محلا للمحاسبة، حيث يتم تقديم الحساب بموجب أمر قضائي بتصفية حسابات أموال القاصر ويتدب لأجل ذلك قاضي، ويتم تحديد أجل معين لتقديم الحساب ويقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله طبقا للمادة 590 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: " إذا أمرت أية مهمة قضائية بتقديم حساب لتصفية حسابات أموال القاصر أو حسابات أموال الشركات المدنية ، يمكنها ندب قاض و تحديد أجل لتقديم الحساب.

يقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله".

وينبغي الإشارة إلى أن نص المادة 590 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي تضمن تقرير مبدأ المحاسبة نص بوضوح أنه لا بد أن تتم المحاسبة بموجب أمر قضائي ولكن لم يبين ما الوسيلة للحصول عليه و بعبارة أخرى من يحرك هذا الإجراء؟<sup>187</sup>

كما أن نص المادة تكلم فقط عن القاصر ولم يشر إلى المحجور عليهم لعوارض الأهلية، فها يفهم من ذلك أن هؤلاء خارج النص وخاصة وأن لفظ القاصر لا يشمل المحجور عليهم لأن المشرع نفسه يميز من حيث المصطلح بين القاصر وبين المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية ومهمة القاضي المنتدب في قانون الإجراءات المدنية تتمثل في تلقي الحسابات من الوصي، ويجب أن تتضمن هذه الحسابات بيان الإيرادات والمصروفات و الموازنة بينهما مع تخصيص باب خاص بالأموال المطلوب تحصيلها، ويرفق كل ذلك بالمستندات المثبتة، ويقوم بذلك الوصي نفسه أو بواسطة وكيل خاص فإذا انقضى الأجل ولم يقيم الوصي بتقديم الحساب فإنه يجوز للمحكمة الحجر على أمواله وبيعها حتى

187 - أنظر، سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نصه و شرح و التعليق عليه وتطبيقه وما إليه ، ج.2، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2011، ص.784.



تستوفى المبلغ الذي تقدره المحكمة نفسها طبقا للمادة 591 و592 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>188</sup>.

وإذا تبين للقاضي المنتدب من خلال الحسابات أن الإيرادات تتجاوز المصروفات جاز له بناء على طلب القاصر الذي أصبح راشداً أو ورثته أن يصدر أمراً تنفيذياً يسترد فيه الفائض دون انتظار المصادقة على الحساب حسب المادة 593 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ويحدد القاضي المنتدب تاريخاً لاجتماع الخصوم ويعرض عليهم المحضر النهائي ليقدموا ملاحظاتهم عليه، فإن تخلف أحد الخصوم عن الحضور أو حضروا ولم يتفقوا بخصوص المحضر تحال القضية إلى الجلسة ويكون الحكم الفاصل فيها متضمناً بيان حساب الإيرادات والمصروفات وتحديد مبلغ الرصيد الباقي عند الاقتضاء حسب المادتان 594 و595 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهذا الحكم قابل للاستئناف سواء قبل الحسابات أو رفضها، فإن أيد المجلس الحكم فلا مشكلة، أما إن ألغى المجلس الحكم المستأنف فإن كان الاستئناف ضد الحكم برفض الحسابات فإن المجلس لا يتصدى للفصل في الحساب من جديد وإنما يرجع الملف لجهة الحكم أو لمحكمة أخرى، أما إذا ألغى الحكم بقبول الحسابات فإن المجلس يمكنه الفصل بنفسه أو إحالة الملف لجهة أخرى غير الجهة التي فصلت في الحساب أول مرة حسب المادة 598 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

والمشرع المصري كان أحسن من المشرع الجزائري عندما نص على التزامات الولي في المادة 25 من قانون الولاية على المال المصري بقولها: "على الولي أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه بإعتبار القيمة وقت التصرف.

ولا يحاسب الأب ما تصرف فيه من ريع مال القاصر، ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة".

188 - محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين .....، المرجع السابق، ص.322.

فقد ألزمت المادة على الولي أن يقوم برد مال القاصر عند بلوغه سن الرشد، وهذا الالتزام يفترض أن الولي قدم حسابا عن أموال القاصر التي تحت يده وقد فرق هذا النص بالنسبة لريع مال لقاصر بين الولي إذا كان أب وبينه إذا كان جدا فبالنسبة للأب، وضع القانون قاعدة عدم محاسبة الأب على ما تصرف فيه، في حدود القانون، من ريع مال القاصر، وهذه القاعدة قاصرة على " ريع المال " وليس على أصل المال المنتج للريع<sup>189</sup>.

وحتى المشرع المغربي كان أكثر دقة من المشرع الجزائري عندما تكلم عن مهام الولي عند نهاية الولاية في المادتان 242 و 243 من مدونة الأسرة المغربية حيث تنص المادة 242 من مدونة الأسرة المغربية: " يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حالة وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة"، والمادة 243 من نفس القانون والتي تنص: " في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية يقدم الولي تقريرا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور و تنميتها وعن العناية بتوجيهه و تكوينه.

للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور و مصالحه المادية و المعنوية ".

غير أن هذا الالتزام لا يكفي بل لابد من مساءلة الأب في حالة ما تجاوز حدود سلطاته.

## الفرع الثاني

### مسؤولية الأب عن أعمال الولاية

ينبغي نظام الولاية على أساس جلب المصلحة ودرء المفسدة عن أموال المولى عليه، فإذا تصرف الولي بما ينافي هذه المصلحة عن عمد أو إهمال، يكون قد أخل بواجبه الشرعي، فيتربت على هذا

189 - أحمد نصر الجندي، التعليق على .....، المرجع السابق، ص. 97-98.

الإخلال جزاءين يكون للقاضي توقيعهما، أحدهما خاص بتصرفات الأب الولي (أولا)، والثاني خاص بشخص الأب الولي (ثانيا).

### أولا: جزاء تصرفات الأب المجاوزة لسلطاته

لم يتكلم المشرع الجزائري عن الجزاءات المفروضة على قيام الولي بتصرفات مخالفة لنظام الولاية، رغم أهمية هذا الموضوع، ومن بينها حكم التصرفات الضارة بالقاصر (أ)، والتصرفات التي تكون بدون إذن القاضي (ب).

#### أ- حكم التصرفات التي فيها ضرر محض

إنّ التصرفات الضارة ضررا محضا، هي التصرفات التي يترتب عليها افتقار الشخص دون أن يحصل على مقابل لذلك، فيخرج من ذمته مال دون أن يدخل فيها مقابل له، و ذلك مثل الهبة بالنسبة للواهب و الإبراء بالنسبة للدائن<sup>190</sup>.

فالتصرف الضار الذي يقوم به القاصر يعد باطلا حتى ولو أجازه ممثله الشرعي، ذلك أن إجازته تكون غير صحيحة، فما بالك لو كان التصرف الضار للقاصر صادرا من الممثل الشرعي بحد ذاته، لهذا لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر المشمول بولايته مهما كان سبب هذا التصرف؛ وهذا على خلاف المشرع المصري الذي أجاز للولي التبرع من مال القاصر لأداء واجب عائلي أو إنساني<sup>191</sup>، في المادة 5 من قانون الولاية على المال المصري التي تنص على أنه: " لا يجوز لولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة"<sup>192</sup>.

190 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح .....، المرجع السابق، ص.295.

191 - محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى .....، المرجع السابق، ص.606.

192 - و قد وضع أحمد نصر الجندي مجموعة من الشروط للعمل بهذه المادة و هي:

1- أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني ، أي مواجهة ظروف استثنائية طارئة تحل بمواطني القاصر أو أهله.

2- أن يكون لدى القاصر من المال ما يمكن أن يساعد به غيره ، بحيث أن يكون له من المال ما يتبرع بجزء منه لا يؤثر على غناه أو يسره.

أما الفقه الإسلامي فقد منع هو الآخر بالإجماع تصرفات الولي الضارة بالقاصر فيما عدا الهبة بعوض، التي اختلف فيها الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: ويرى أنه لا يجوز للولي هبة مال القاصر مطلقاً، مهما كانت قيمة العوض عن ذلك، وهو مذهب الحنفية والمالكية<sup>193</sup>.

القول الثاني: يرى بجواز للولي أن يهب مال القاصر بعوض، لكن بشرط أن يزداد على ثمن المثل ذلك أن تصرف الولي في مال اليتيم منوط بالمصلحة، ولا مصلحة للقاصر إلا إذا كانت الهبة بعوض أكثر من القيمة، وهو ما ذهب إليه كل من الشافعية<sup>194</sup> والحنابلة<sup>195</sup>.

غير أن الفقه الإسلامي استثنى الإقراض من المنع، لكون هذا الإقراض فيه صون لمال القاصر من الضياع وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>196</sup>.

هذا بالنسبة لحكم تصرفات الولي التي يمكن أن تكون ضارة بالقاصر، لكن ما حكم تصرفات الولي التي تكون دون استئذان القاضي؟

## ب- حكم تصرفات الولي دون استئذان القاضي

سنتكلم بداية عن كيفية الحصول على الإذن (1)، ثم نتطرق إلى جزاء التصرف الذي يكون بدون هذا الإذن (2).

3- حصول الولي على إذن المحكمة بالتبرع بمال القاصر، و يتعين على المحكمة أن تتأكد من قيام الشرطين السابقين، وأن تخضعهما لرقابتها وتقديرها، و أن تبين ذلك في حكمها و تبين بأن ظروف الصغير المالية تسمح لوليّه بالتبرع من المال لأداء واجب إنساني أو عائلي.

193 - أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالخطاب الرعيبي، مواهب الجليل لشرح.....، ج.6، المرجع السابق، ص.654؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي.....، ج.3، المرجع السابق، ص.305.

194 - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج.....، ج.2، المرجع السابق، ص.175.

195 - مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام.....، المرجع السابق، ص.151.

196 - مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام.....، المرجع السابق، ص.147.

## 1- القاضي المختص و إجراءات منح الإذن:

لم يتكلم المشرع عن القاضي المختص بمنح الإذن في القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة بحيث جاء المشرع فقط بمصطلح القاضي دون أن يحدده، وهذا ليس فقط في الولاية على المال بل حتى في الولاية على النفس.

على عكس المشرع الفرنسي الذي فصل في مسألة الاختصاص بدقة، حيث أخضع مثل هذه الأمور إلى قاضي الولاية، وهو قاضي بالمحاكم الابتدائية الصغرى، يعينه الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية من جهة؛ وقاضي يفصل في المنازعات الناجمة عن ممارسة السلطة الأبوية، وهو قاضي بالمحكمة الابتدائية الكبرى يعينه كذلك الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق هل يتم اللجوء في الجزائر إلى قاضي شؤون الأسرة، باعتباره يسهر على حماية أموال القاصر طبقا للمادة 424 ق.إ.م.إ وهو الأجدر بمنح الإذن من غيره، أم إلى رئيس المحكمة باعتبار الإذن يدخل ضمن الأعمال الولائية التي يختص بها؟

وأجابت عن هذا السؤال المادة 479 ق.إ.م.إ التي تنص: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة"، وبالتالي قاضي شؤون الأسرة هو المختص.

ولكن هناك مسألة أخرى ومهمة وهي التنازع الإيجابي الذي يمكن أن يحصل بين القضاة، بحيث اعتبر القاضي المختص بمنح الإذن هو قاضي شؤون الأسرة على أساس المادة 424 ق.إ.م.إ<sup>197</sup>.

إلا أن المادة 511 ق.إ.م.إ نصت على منح الاختصاص في المسائل العقارية للقاضي العقاري، وعليه فإنه في حالة ما إذا رفعت قضية ما متعلقة بالتركة وكان القاصر أحد ورثتها، فإن ذلك سي طرح إشكالية اختصاص القاضي العقاري أم قاضي شؤون الأسرة.

197 - المادة 424 ق.إ.م.إ: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر".

كما أنه يوجد إشكال آخر من الناحية الإجرائية، حيث لم يتكلم المشرع عن الإجراءات التي يمنح القاضي من خلالها الإذن للولي بالتصرف المنصوص عليه في المادة 88 ق.أ، واكتفى بالنص فقط على أن يكون الإذن بموجب أمر على عريضة في المادة 479 من ق.إ.م.إ، وأن يراعى في الإذن حالة الضرورة والمصلحة في المادة 89 من ق. الأسرة<sup>198</sup>.

لكن في الواقع العملي لا يتم منح الإذن بالتصرف إلا بتوفر الوثائق<sup>199</sup> التالية:

- طلب خطي من ولي القاصر .
- شهادة ميلاد القاصر .
- الفريضة إذا كان الولي متوفيا .
- وثيقة تثبت الشيء المراد التصرف فيه .
- دفع رسم قدره 5000 دج .
- طابع جبائي بقيمة 20 دج .

## 2- جزاء تصرف الولي دون استئذان القاضي:

يفترض في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة القاصر سواء كانت ضمن سلطاته أو خارجها، وحماية للقاصر يستحسن أن تتخذ هذه التصرفات في حق القاصر إلا بعد إقرارها ممن يملك هذا الحق<sup>200</sup>، لكونها كانت خارج عن حدود النيابة القانونية<sup>201</sup> وهذا هو المنطق .

198 - وهذا على عكس المشرع المصري الذي قرر أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، أو أن التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر؛ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال .....، ج.2، المرجع السابق، ص.850.

199 - موقع وزارة العدل : [www.arabic.justice.dz/cult\\_justice](http://www.arabic.justice.dz/cult_justice)

200 - أنظر، حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص.614.

201 - جميلة موسوس، الولاية على مال .....، المرجع السابق، ص.64.

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على جزاء محدد لهذه الحالة بل اكتفى بحصر الحالات المستوجبة لإذن القاضي، يتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لم يقد بتحديد الجزاء في حالة تجاوز النائب حدود نيابته، بل نص في المادة 74 ق.م على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

ومن خلال هذه المادة يتضح أن أي تصرف يقوم به النائب لابد أن يكون في الحدود التي رسمها الأصيل للنائب وبموجب الاتفاق المبرم بينهما، بحيث إذا تجاوز النائب حدود نيابته لا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل، ولا ينشأ في ذمته حقوق و التزامات.

أما المادة 77 ق.م فإنها تنص على أنه: " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

ويفهم من هذه المادة، أن المشرع رغم رفضه تعاقد الشخص مع نفسه بسبب ما يترتب عنه من تعارض بين المصالح إلا أنه اعترف للأصيل بالإجازة، وعليه إذا صدر تصرف من شخص له ولاية على مال القاصر، لكنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية، كالولي الذي يبيع مال القاصر دون استئذان المحكمة، أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة، فإن هذا التصرف بمسبب القواعد العامة لا يعتبر نافذا في حق القاصر؛ لكن في حالة ما إذا تم إقراره من طرف المحكمة أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فإنه يصبح نافذا من يوم الإقرار، ولا يكون لهذا الإقرار أثر رجعي على الماضي<sup>202</sup>.

إلا أن القضاء الجزائري اعتبر هذا النوع من التصرفات باطلة، وذلك من خلال أحد حيثيات قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 أبريل 1991<sup>203</sup> والذي جاء فيه: " حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في

202 - حسن كبيرة، المدخل .....، المرجع السابق، ص.615.

203 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10/04/1991، ملف رقم 72353، م.ق، 1993، ع.3، ص.115.

تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل و لو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون".

وهذا جل ما يمكن أن يقال عن حكم تصرفات الأب الولي المجاوزة لسلطاته، لكن هل يعاقب الولي شخصيا عن تجاوز سلطاته؟ وهذا ما سنراه في النقطة الموالية.

ثانيا: الجزاء المقرر للأب الولي في حالة تجاوز سلطاته

إذا أوكلت مهمة الولاية إلى شخص معين، افترض فيه أنه أحسن و أقرب شخص يقوم بحماية أموال القاصر، ولكن إذا انتفت العلة من الولاية بأن أساء الولي استعمال سلطاته، أو أهملها، اعتبر مخلا بواجبه و تقوم مسؤوليته.

وهذه المسؤولية بالنسبة للولي الأصلي على المال هي مسؤولية تقصيرية، ولم يحاسبه المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط، بل حاسبه حتى عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي وهذا ما تنص عليه المادة 88 ق.أ والتي جاء فيها: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...".

أضف إلى ذلك، لم يفرق المشرع الجزائري بين الأولياء بخصوص نوع الخطأ الموجب للمسؤولية، على عكس المشرع المصري الذي فرق في المسؤولية بين الأب والجد، فجعل مسؤولية الأب أخف من مسؤولية الجد طبقا للمادة 24 من قانون الولاية على المال<sup>204</sup>، بحيث لا يسأل الأب في أعمال الولاية إلا عن الخطأ الجسيم، كالتصرف بغبن فاحش أو في حالة الغش، أما الجد فيسأل عن خطئه اليسير مثله مثل الوصي، والسبب في ذلك هو أن المشرع المصري حاول رعاية الروابط الخاصة

<sup>204</sup> - المادة 24 ق.و.م: " لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي ".



الموجودة بين الأب وابنه، والتي ستشفع للأب إذا ما ارتكب الخطأ اليسير<sup>205</sup>، أخذاً بالمذهب الحنفي<sup>206</sup>.

ويترتب بذلك عن إخلال النائب الشرعي بواجبه وقيام مسؤوليته جزاء ان يكون للقاضي توقيعهما، ويتمثلان في العزل و التعويض<sup>207</sup>، فبالنسبة لعزل النائب الشرعي أو سلب ولايته أو إسقاطها عنه أيا كان التعبير فالمعنى واحد، فيكون جزاء يتخذه القاضي في مواجهة الولي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع، أما بالنسبة للتعويض فالولي بمجرد قيام مسؤوليته يكون ملزم بتعويض القاصر عن خسارته ولكن لما كان الأصل في النائب الشرعي أنه يفترض فيه الأمانة، فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها أو بتبديدها أو بإهمال حفظها، أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه<sup>208</sup>.

ويجب الإشارة، أنه حماية للقاصر أراد المشرع التسهيل على القاصر إثبات مسؤولية الوصي والمقدم، وذلك من جهة من خلال إلزام الوصي في المادة 97 ق.أ أن يقدم حساب عن كل الإيرادات والمصروفات الفعلية التي قام بها نيابة عن القاصر إلى من يخلفه أو إلى ورثة القاصر، بحيث يشمل هذا الحساب كل ما أنفقه بالمستندات وما قام به من تصرفات وما حصل عليه من نقود، وأدلة إيداعها ومدة الإنفاق، ومن ثم على الوصي أن يثبت بأنه لم يتجاوز ما حدده القانون من تصرفات إذا طلب إليه ذلك.

205 - أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون .....، المرجع السابق، ص.93.

206 - عبد السلام الرفعي ، الولاية على المال .....، المرجع السابق، ص.489.

207 - وسام قوادري، حماية أموال القاصر .....، المرجع السابق، ص.51.

208 - جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر .....، المرجع السابق، ص.143؛ وسام قوادري، حماية أموال القاصر .....، المرجع السابق،

ص.51.

وإضافة إلى ذلك، على الوصي أن يقدم صورة عن الحساب إلى القضاء، وهذا حتى يتأكد القاضي بواسطة هذا الحساب من صدق ما قدمه الوصي، فإذا شك أو ارتاب القاضي في أمره جاز له أن يطلب توضيحات من الوصي<sup>209</sup>.

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع قد ألزم المقدم من خلال تقنين الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية من المادة 471 بوجوب تقديمه عرضاً دورياً للقاضي عن إدارة أموال القاصر، بحيث جاء في نص هذه الفقرة: " يجب على المقدم أن يقدم دورياً وطبقاً لما يحدده القاضي، عرضاً عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة" .

وفي القوانين العربية، نجدها تختلف فيما بينها حول مساءلة النائب الشرعي مسؤولية مدنية، فالمشرع المغربي لم ينص بصريح العبارة على مسؤولية الأب وإنما اكتفى بنصوص عامة حاله حال المشرع الجزائري، وهذا على خلاف الوصي والمقدم فقد كان المشرع المغربي صريحاً حين مص على الوصي أو المقدم يسأل عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور وتطبق عليه مسؤولية الوكيل بأجر و لو مارس مهمته بالمجان في المادة 257 من مدونة الأسرة المغربية.

ونجد في القانون الكويتي في المادة 146 من القانون المدني أنها فرقت في المسؤولية بين الولي والوصي والقيم، حيث قرر المشرع الكويتي أن الأب والأم و الجد لا يسألون إلا عن الخطأ الجسيم حتى وإن تقاضوا أجراً على مهامهم، أما غير الأب والأم و الجد فإنه يسأل مسؤولية الوكيل بأجر ولو لم يأخذ أجراً، وكذا المشرع الإماراتي فقد نص على مسؤولية الأب حين أكد أنه وبغض النظر عن طبيعة التصرف، فإن أي ضرر يصيب أموال القاصر يسأل عنه الأب في ماله الخاص ولكن شريطة أن يكون ذلك نتيجة خطئه الجسيم، كما بين أن التبرع من مال القاصر والمحجور عليه أو الإقراض موجب للضمان إضافة لبطلانه طبقاً للمادتين 191 و 207 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>209</sup> - أنظر، عبد الرحمان بن جيلالي، أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري، ملتقى دولي بعنوان الحماية القانونية للأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ماي 2014، ص.61.

هذا بالنسبة لأحكام الأبوة في الولاية على المال والتي للأب فيها دور كبير في تسيير وإدارة أموال ولده، وبالإضافة إلى الولاية على المال يدخل ضمن المعاملات المالية النفقة والميراث والوصية والهبة وهذا ما سنراه في الفصل الموالي.

## الفصل الثاني

### أحكام الأبوة في النفقة والتملك

إن للأب دور كبير في الحفاظ على نظام الأسرة وتماسكها وذلك لكونه المسؤول الأول عنها، والراعي لشؤونها، لذلك أحاطت كل من الشريعة الإسلامية وحتى التشريعات الوضعية دوره ضمن سياق تنظيمي.

فحاجة الابن لأبيه تكون خاصة في مرحلة قصره، لأنه في هذه المرحلة يكون شخص ضعيف وعاجز لا يستطيع أن ينفق على نفسه وأن يتولى أموره الشخصية وخاصة المالية.

فالقاصر مثله مثل الشخص البالغ له ذمة مالية وله أهلية وجوب كاملة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، لذلك كان أهلا لاكتساب الأموال، كالحق في النفقة والحق في الميراث والوصية والهبة، فهذه الحقوق تثبت له حتى ولو كان جنينا في بطن أمه، شريطة أن يولد حيا.

فتكلم المشرع عن النفقة ضمن آثار الطلاق، وأفرد للميراث كتابا خاصا به لكثرة أحكامه، أما التبرعات من وصية وهبة فجمعها في كتاب خاص لتشابه أحكامها.

لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول سنتكلم عن التزام الأب بالإنفاق على أبنائه، أما المبحث الثاني فسنتكلم عن أحكام الأبوة في التملك.

## المبحث الأول

### التزام الأب بالإنفاق على أبنائه

يقصد بالنفقة شرعا ما ينفقه الإنسان على عياله<sup>210</sup>، وتشمل الطعام والكسوة والسكن ولا تجب النفقة على الغير إلا بسبب الحاجة، وعليه فقد أجمع أهل العلم<sup>211</sup>، أن على المرء نفقة أولاده الذين لا مال لهم، وكذلك أن نفقة الوالدين الذين لا كسب لهم واجبة في مال الولد.

210 - النفقة لغة: ما أنفقه الإنسان من الدراهم ونحوها على نفسه وعياله وغيرهم، أي ما أخرجه؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.10، المرجع السابق، ص.357-358؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط.6، المرجع السابق، ص.1196.

أما النفقة شرعاً: فقد عرفها و هبة الزحيلي بأنها: "كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكن وقسمها إلى قسمين : أولاً: نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، لقوله عليه الصلاة والسلام: "ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول" أي بمن تجب عليك نفقته .  
ثانياً : نفقة تجب للإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة، الزوجية، القرابة، والملك "؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.765.

أما المذاهب الإسلامية الأربعة فقد عرفت النفقة كالتالي:  
الحنفية : عرفوها بأنه: "الإدراج على الشيء بما به بقاؤه" .  
المالكية : قالوا بأنها : " ما به قوام معتاد حال الآدمي بدون صرف " .  
الشافعية : " طعام مقدار لزوجة و خادمها على زوجها ، و غيرها من أصل و فرع و رقيق و حيوان ما يكفيه " .  
الحنابلة : فقد عرفوها بأنها : " كفاية من يمونه خبزاً و أدماً و كسوة و مسكناً و توابعها " ؛ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على .....، المجلد الرابع، المرجع السابق ، ص. 485 و مابعداها.

211 - لأن كل المذاهب الأربعة ( الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة ) اتفقوا على وجوب النفقة على الولد ومن أدلتهم :  
أولاً : من الكتاب قوله تعالى في سورة البقرة الآية 233 : ﴿...وَ عَلَى الْمَوْلودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ ففي هذه الآية دليل على أن نفقة الولد على أبيه و ذلك بسبب ضعفه وعجزه، كذلك قوله تعالى في سورة الطلاق الآية [ 6 ] : ﴿...وَ إِن كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ...﴾ لأن الإنفاق على الأم في فترة الحمل هو إنفاق على الجنين، فبتغذية الأم يتغذى الجنين؛ وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص.206.

بل أكثر من ذلك أوجب سبحانه وتعالى على الآباء تقديم مقابل للرضاع وهو ما يسمى أجرة الرضاع، وذلك في قوله في الآية 6 من سورة الطلاق: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَرْزُقْنَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ﴾ ؛ مامون محمد أبو يوسف، الدفوع الموضوعية في الدعاوى النفقات، ط.2، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص.225.

وتعتبر النفقات من الأجور الجديرة بالرعاية، حيث يتعين على الملتزم بها أن يؤديها إلى أصحابها سواء قبل صدور الحكم، أو بعد صدوره، فقد رعي فيها صلة القرابة بين مستحقيها، ومدى الحاجة إليها، كما يحكم بالإكراه البدني على عدم التنفيذ للأحكام الصادرة بالنفقة، إذا اقتضى الأمر حتى لا يضار من فرضت النفقة له، من تماطل من عدم الإنفاق من من فرضت عليه، وهذا تكريسا وإعمالا لقوله صلى الله عليه و سلم لهند امرأة أبي سفيان: " خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف".

لذلك سنتكلم بداية عن الشروط الموجبة للنفقة على الأب (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى مسقطات النفقة على الأب (المطلب الثاني).

ثانيا : السنة النبوية الشريفة فمن قول الرسول عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة " خذي من ما يكفيك وولدك بالمعروف " و السبب في ذلك: أن أبا سفيان كان رجل مسيك أي قليل النفقة فاشتكت هند لرسول الله صلى الله عليه و سلم ؛ أخرجه الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، كتاب النفقات ، حديث 2211 ، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، 1998 ، ص. 1062 .  
وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال : " يا رسول الله عندي دينار ، فقال : " أنفقه على نفسك " .  
فقال : عندي آخر فقال : " أنفقه على ولدك " ، قال : عندي آخر قال : " أنفقه على أهلك " قال : عندي آخر ، قال : " أنفقه على خادمك " قال : عندي آخر ، فقال : " أنت أعلم " ؛ أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة ، باب صلة الرحم ، حديث 1691، ج. 2، ص. 132 ؛ مقتبس عن ، وليد خالد الربيع ، الإلزام في مسائل الأحوال ..... ، المرجع السابق ، ص. 206 .  
وكذلك ما رواه النسائي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت"،  
أول الحديث رواه الثوري وغيره، وأخر الحديث من قول عبد الله بن عمر ، وهذا إسناد صحيح على رسم النسائي ، وهب بن جابر روى عنه ابنه سعيد وغيره ، باب في النفقة ، رقم الحديث 30 ؛ عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب ، مواهب الجليل ..... ، ج. 4، المرجع السابق ، ص. 194 ؛ محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة ..... ، المرجع السابق، ص. 842-843 .  
ثالثا : الإجماع فقد قال ابن المنذر في كتابه الإجماع : " على أنهم أجمعوا بأن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم " ؛ زكي زكي حسين زيدان ، الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة ، دار الكتاب القانوني ، مصر ، 2009 ، ص. 201 .

## المطلب الأول

### الشروط الموجبة للنفقة على الأب

إن القرابة الموجبة للنفقة هي الرابطة الأسرية التي تقوم على قرابة الدم وصلة النسب والتي من شأنها أن توجد صلة التراحم و التودد بين أفرادها.

وقرابة الأصول والفروع أقوى و أوثق من سائر القرابات، ولذلك فلا يصح ولا يليق أن يطلق على الأب لفظ قريب، ومن يستعمل هذه العبارة يعتبر عاقا لأن الصلة القائمة بين الولد وأبيه أقدس من أن يوصف بمثل هذا الوصف الذي لا يعطيها حقها المقرر لها شرعا، فالأولاد جزء من الأبوين، والأبوين أصل لهما.

ولذلك فقد أطلق الفقهاء على نفقة الأصول والفروع نفقة الأولاد أي النفقة التي سببها الولادة، وأطلقوا على نفقة من عداهم نفقة الأقارب<sup>212</sup>.

فالنفقة هي التزام يقوم على واجب عائلي يفرضه القانون، هذا الالتزام يكون بين الأزواج أثناء الزواج و بين الأصول والفروع، فالفرع باعتباره شخص عاجز عن النفقة عن نفسه لم يتركه المشرع ضائع بل أوجب النفقة له على غيره.

لكن هذا لا يعني أن هذه النفقة مطلقة وإنما تكون وفق شروط، وهذه الشروط منها ما هو مرتبط بالأب وولده (الفرع الأول)، وبين ما هو مرتبط بالنفقة بحد ذاتها (الفرع الثاني).

<sup>212</sup> - أنظر، محمد الحسيني حنفي ، نفقات الأقارب في الشريعة الإسلامية وضمانات تنفيذها، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة، 1966-1967م، ص.13؛ أوريدة بوترفة ، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، د.س.ن، ص.30.

## الفرع الأول

### شروط النفقة الواجب توافرها في الأب و الولد

يعتبر الإنفاق على الأولاد واجبا شرعيا على أبيهم بسبب واقعة الولادة أو البنوة، وقد قرر الفقهاء أن نفقة الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد.

والولد المستحق عند المالكية هو الولد الصلب دون أن يلحق به غيره من ولد الولد، ونفس الشيء يكون بالنسبة للأصول فهي واجبة على الأبوين دون الأجداد والجندات، لأن الأبوة والبنوة عندهم لا تضم، إلا أول درجة عمود النسب صاعدا أو نازلا<sup>213</sup>، وهذا على خلاف جمهور الفقهاء<sup>214</sup>.

ولإستحقاق نفقة الولد على الأب و الأب على الولد لابد من توفر مجموعة من الشروط، وهي ثبوت نسب الولد من أبيه (أولا)، أن يكون الموجب له النفقة فقيرا وغير قادر على الكسب (ثانيا)، وأن يكون المنفق ميسور الحال ( ثالثا ).

### أولا: ثبوت نسب الولد من أبيه

وهو السبب الرئيسي في وجوب النفقة، ذلك لأن الأب هو الأصل والإبن هو الفرع<sup>215</sup>، فثبوت نسب هذا الولد يكون الأب ملزم بالنفقة حتى ولو كان معسرا، ونفس الشيء بالنسبة للولد، وهذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 07 فبراير 1987 والتي جاء فيها: " من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

213 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.1، المرجع السابق، ص.507.

214 - عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة .....، المرجع السابق، ص.159-160.

215 - أنظر، هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011-2012، ص.145.

ولما كان قضاة الإستئناف - في قضية الحال - قضاة بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت دون أن يثبت الزوجة ودون إثبات نسب البنت للطاعن، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>216</sup>.

### ثانيا: أن يكون من تجب له النفقة فقيرا لا مال له و عاجزا عن الكسب

لا تستحق نفقة الولد على أبيه ولا الأب على ولده، ما لم يكن هذا الولد أو الأب فقيرا ليس له مال يستطيع الإنفاق منه وبخلاف ذلك إذا كان له مال فإن نفقته تكون من ماله.

وهذا الشرط معلوم بداهة لأن نفقة الغني تكون في ماله و لا حاجة به إلى الغير لكي ينفق عليه ولأن النفقة إنما تجب للولد للمحافظة عليه وحفظه من الهلاك، وهذا الأمر يمكن تحقيقه من مال الصغير إذا كان له مال<sup>217</sup>.

وقد يكون للولد مال يستطيع الإنفاق منه، أو يكون قادرا على الكسب إلا أن هذا المال لا يكفيه لسداد جميع نفقاته ففي مثل هذه الحالة يكون على من تجب عليه النفقة إكمالها لكي يمكن الإيفاء بجميع متطلبات الولد واحتياجاته<sup>218</sup>.

ولم يضع الفقهاء حدا معينا للفقير الذي تجب به النفقة وإنما ذهب البعض إلى القول بأن الفقير هو الشخص الذي تحل له الصدقة، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن عابدين في حاشيته: "أن الفقير من تحل له الصدقة ولو له منزل وخادم"<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م.ق، 1990، ع.3، ص.65؛ العربي بلحاج، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.147.

<sup>217</sup> - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.290.

<sup>218</sup> - أنظر، علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.2، مطبعة المعارف، بغداد، 1963م، ص.297.

<sup>219</sup> - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على.....، ج.02، المرجع السابق، ص.612.



في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأن الفقير هو المحتاج دون بيان ضابط معين لهذا الاحتياج<sup>220</sup>.

ومن المقرر قانونا في المادة 75 من قانون الأسرة، أن نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال حيث تنص: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول"<sup>221</sup>، والمادة 77 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

لأن الأصل في النفقة أن تكون من مال الشخص أولا إذا كان غنيا<sup>222</sup>، والمقصود بالمال هنا هو المال الحاضر في يد المنفق الذي يسمح له بالنفقة على من تجب له النفقة مباشرة، ولكي يعتبر المال حاضرا لا بد من توفر شرطين، وهما ألا يكون المال محل نزاع وألا يكون غائبا .

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية في الطعن رقم 535 بتاريخ 1975/12/21 : "من المقرر شرعا وفقا للراجح في مذهب أبي حنيفة الواجب الإتيان عملا بنص المادة السادسة من القانون 462 لسنة 1955 والمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الصغير إنا أو بنتا إذا كان ذا مال حاضر فإن نفقته تقع في ماله ولا تجب على أبيه.

والمراد بالمال جميع أنواعه سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها فيشمل النقود والمقاولات والحيوانات والعقارات فإذا كان المال ليس نقودا فإنه يباع و تكون نفقة الصغير فيه"<sup>223</sup>.

220 - مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.05، المرجع السابق، ص.362؛ زين الدين بن علي بن أحمد العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج.2، دار عالم الإسلام، د.م.ن، د.س.ن، ص.144.

221 - تقابلها المادة 18 مكرر 2 من القانون 1969/25 المصري والتي تنص على ما يلي: " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه".

222 - أنظر، أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة و نفقة الصغير ونفقة الأقارب، دار الكتب القانونية، مصر، 1995، ص.86.

223 - أنظر، أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط.2، دار الراضي ، مصر، 2009-2010، ص.22.

ويقصد بالمال الذي هو محل نزاع، ذلك النزاع الذي يكون أمام القضاء؛ أما المال الغائب، فهو ذلك المال الذي لا يمكن الوصول إليه، أو أن الوصول إليه يحتاج مدة معينة قد يهلك فيها القاصر لو بقي بدون نفقة، ومثالها أن يكون مال الصغير تحت يد المدين لكن لم يحل بعد أجل الوفاء، أو يكون المال مغصوبا<sup>224</sup>.

كما أن الفقه الإسلامي قد ذهب إلى أكثر من ذلك، وهي حالة ما إذا عاد المال الغائب للولد وكان الأب قد أنفق عليه من ماله الخاص، فهل يسترد الأبى أمواله أم لا؟

وفي هذه المسألة جاء الفقه الإسلامي بحلين:

الحل الأول : وهو في حالة ما إذا أنفق وقد نوى الرجوع على ما أنفقه على الولد بدون شهود أو إثبات، فإن الأب أو المالك بالنفقة في هذه الحالة لا يمكنه المطالبة بالمال من الناحية القضائية، لأنه ليس لديه دليل على أنه نوى الرجوع.

أما الحل الثاني: وهو ما إذا أشهد الأب على أنه سيرجع بما أنفقه من ماله على الولد في حالة ما إذا حضر المال الغائب، أو كان قد إستأذن القاضي بالإئفاق على الولد حتى يعود إليه ماله الغائب، وهنا يكون له الحق في الرجوع<sup>225</sup>.

وقد عرضت مسألة على فقهاء الحنفية و اختلفوا في تقديرها وهي حالة الفرع الذي يملك دار يسكنها وعبدا يخدمه، هل يعتبر فقيرا أم غنيا وهنا توجد روايتان: الرواية الأولى ويرون أصحابها أنه تحل الصدقة والنفقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل، وهذا ما ذهب إليه صاحب البدائع.

224 - صورية غربي، حماية الحقوق .....، المرجع السابق، ص.26.

225 - أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع .....، المرجع السابق، ص. 87-88؛ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، لبنان، 1991، ص.327.

أما الرواية الثانية فيرى أصحابها بأن الفرع يعتبر موسرا لأنه يستطيع بيع المنزل ويسكن بالإيجار وينفق على نفسه بالباقي، وهذا ما ذهب إليه صاحب الذخيرة<sup>226</sup>.

وهناك من رأى غير ذلك، واعتبر أن الأب يبقى ملزما بالنفقة على ابنه سواء كان هذا القاصر موسرا أم معسرا، ولا يجوز الرجوع عليه بما أنفقه، وذلك من أجل تحقيق حماية للولد<sup>227</sup>.

لكن يبقى هذا الرأي شاذاً، لأن الفقه وحتى التشريعات<sup>228</sup> اتفقت على أن نفقة الشخص تكون من ماله، سواء كان صغيراً أو كبيراً قريباً أو بعيداً، ولا يكفي لاستحقاق النفقة أن يكون من ماله الحق في النفقة فقيراً محتاجاً، بل يجب أن يكون عاجزاً عن الكسب، فلو كان فقيراً ومع ذلك قادراً على الكسب، فإنه في هذه الحالة لا يستحق النفقة، وأعتبر في حكم الغني<sup>229</sup>.

ويقصد بالعجز عن الكسب عدم القدرة على الكسب بالوسائل والطرق المشروعة المعتادة التي تؤمن للشخص الحصول على الرزق لتغطية نفقاته، وهو إما أن يكون بالصغر<sup>230</sup>، وهو سبب النفقة على القاصر، كما قد يكون بالمرض، وهذا ما يسمى بالعجز الحقيقي ويقابله ما يسمى بالعجز الحكمي، والذي يشمل الأوثنة و طالب العلم.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17 فبراير 1998 ما يلي: " من المقرر قانوناً أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

226 - أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع.....، المرجع السابق، ص.89.

227 - أنظر، غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.53.

228 - كالقانون العراقي في المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، ومدونة الأسرة المغربية في المادة 187: " نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثنى بمقتضى القانون " .

229 - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية.....، المرجع السابق، ص.511.

230 - أنظر، أحمد نجيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008-2009، ص.478-481؛ نزيه نعيم شلال، المركز في دعاوى النفقة لدى جميع الطوائف، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص.49.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون قد خالف القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>231</sup>.

ونلاحظ من خلال هذا القرار أن لمحكمة العليا اعتبرت بلوغ الولد سن الرشد أو كان لا يزال قاصرا لكن له مال، سببا لسقوط النفقة عنه وهذا ما يتضح من خلال قولها: "... أنه يجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال"، فبمفهوم المخالفة إذا كان للقاصر مال يسقط حقه في النفقة المقررة له وينفق عليه من ماله الخاص.

وعليه فإن خلاصة القول هو أن نفقة الولد وسكنه تكون من ماله، إن كان له مال فإن لم يكن له مال، ألزم الأب بأن ينفق على ولده، وتبقى النفقة واجبة سواء أكانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة وينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم في حالة إذا كان الأب عاجزا والأم قادرة على النفقة وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة بقولها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، ويرى الفقهاء القانونيون أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاستزاق لكونه فقيرا ومعسرا أو متقاعسا<sup>232</sup>.

ويجب أن يقوم بالدليل عجز الأب وقدرة الأم على الإنفاق وهذا التقييم يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 فبراير 2000 على أنه: "من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضى بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة - الطاعنة - رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطئوا في تطبيق القانون"<sup>233</sup>.

231 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57227، م.ق، 1991، ع.4، ص.106.

232 - أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في .....، المرجع السابق، ص.36.

233 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 36951، م.ق، ع.1، 2001، ص.39.

وفي معرض تأسيسه أكد القرار أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق البنيتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة لنفقة الزوجية الواجبة لها، أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعا، أو بالنسبة لنفقة البنتين الفقيرتين، وأن الحكم المستأنف لم يذكر المطعون ضده الإعسار، وإنما ذكر ذلك أمام المجلس وأن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد 37 و61 و72 و75 و78 من قانون الأسرة التي ينطبق حكمها على النفقات المقضى بها بالحكم المستأنف، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه<sup>234</sup>.

234 - تنص المادة 76 ق.أ على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " ، من خلال نص هذه المادة، يتبين لنا أنه إذا أصبح الأب فقيرا أو عاجزا عن الكسب للإنفاق على نفسه وعلى زوجته وأولاده، فواجب الإنفاق على القاصر ينتقل إلى الأم إذا كان بالتأكيد باستطاعتها ذلك، بأن يكون لها مال أو دخل من عمل ما، بحيث لا ينتقل إلى غيرها ما دام لديها مال، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 09 ماي 2007: " لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل وذلك طبقا لما توجهه المادتين 76 و77 ق.أ...؛ لمحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2007/05/09، ملف رقم 390381 ، م.م.ع ، 2008، ع.ع، ص.295-297 .

وهذا ينطبق حتى بالنسبة للأب الغائب أو المفقود أو الميت، لأن كلمة " عجز " المذكورة في المادة السابقة تشمل هؤلاء وحتى فقر الأب وعدم العمل والمرض العقلي والبدني؛ كمال لدرع، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية والمعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، كلية أصول الدين و الشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2002، ع.ع، ص.191 ؛ دليلا سلامي، حماية الطفل .....، المرجع السابق ، ص.82؛ هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين .....، المرجع السابق، ص.149.

ونفس الشيء ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 47 من مجلة الأحوال الشخصية بقولها: " الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها "، والمشرع المغربي في المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: " إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة ، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب "، إلا أن هذه الأخيرة كانت أكثر دقة من المشرع الجزائري و التونسي حيث أوجبت النفقة على الأم بمقدار ما عجز عنه الأب.

وعليه، معظم التشريعات العربية و منها المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء و هم كل من الحنفية و الشافعية و الحنابلة ، غير أن أبو يوسف و محمد أجازوا للأم أن ترجع على الأب بما أنفقته إذا أيسر؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكرزي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح .....، ج. 4، المرجع السابق، ص.371-372؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى .....، ج. 3، المرجع السابق، ص.588؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.8، المرجع السابق، ص.256؛ حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص.328 ؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج. 5، المرجع السابق، ص.177.

واستدلوا في وجوب النفقة على الأم بقوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ...﴾، فقالوا أن هذه الآية فيها دلالة على وجوب الرضاعة من طرف الأم، ومن ثم فإن النفقة واجبة عليها كذلك. و ما يؤكد أكثر هذا القول هو قوله تعالى في نفس الآية: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ فالمولود له هو الأب، فإن أعسر أو غاب فتحل الأم محله لأنها هي كذلك مولود لها، بل

## الباب الثاني: أحكام الأبوة في المسائل المالية.....

ولادتها قطعية بخلاف ولادة الأب فإنها ظنية. أما معنى قوله في نفس الآية: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ...﴾ فقالوا مادام الأم وارثة فعليها النفقة لولدها بقدر ميراثها منه؛ حامد أحمد محمد حسن ، أحكام الأمومة في .....، المرجع السابق، ص.329.

أما من السنة فاستدلّ الفقهاء بقول أم سلمة رضي الله عنها: " قلت يا رسول الله هل لي من أجر في بني أبي سلمة، أن أنفق عليهم ولست بتاركتهم هكذا إنما هم بني"، فرد عليها عليه الصلاة والسلام: " نعم لك أجر ما أنفقت عليهم"، ومن ثمّ لو كانت النفقة واجبة على غيرها لبين الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك؛ حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري .....، المجلد 12، المرجع السابق، ص.276.

كما استدلل الجمهور بعدة آثار وردت عن الصحابة رضي الله عنهم، ومن بينها ما جاء عن زيد بن ثابت رضي الله عنه حيث قال في نفقة الصغير: " إذا كان أم و عم فعلى الأم النفقة بقدر ميراثها و على العم بقدر ميراثه "؛ ابن أبي شيبة، الآثار في المصنف، ج.8، دار الكتب العلمية ، لبنان، د.س.ن، ص.256.

وهذا دليل على أن النفقة واجبة على الأم لصغيرها .

أما بالنسبة للمعقول، فقد استدلل الفقه بعدة أمور من أهمها:

- 1- هو أن النفقة تجب بالولادة، فما دام الأب ملزم بالنفقة على أساس الولادة فمن باب أولى أن تلزم الأم بها، لأن ولادتها قطعية كما قلنا.
- 2- كما أن الابن يتحمل نفقة أمه المعسرة، و من ثمّ وجب على الأم هي كذلك النفقة على الابن ؛ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح مختصر المزني ، ج . 11 ، ط. 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994 ، ص.479.

و المشرع الجزائري حسب اعتقادنا قد أخذ برأي الجمهور لعدة أسباب من بينها :

- 1- أن وجوب النفقة على الأم سوف يحقق حماية للقاصر، باعتبارها أشفق على الابن من غيرها.
- 2 - أنه بذلك يحقق المساواة بين الرجل و المرأة، فما دام الأب ملزم بالنفقة فهي كذلك ملزمة، لكن بشكل أخف و ذلك متمثل في عجز الأب.
- 3 - هو أن الرأي المخالف للجمهور أدلته غير كافية وغير مقنعة، ومن بين المذاهب التي خالفت الجمهور هناك الظاهرية و المالكية، وقد استدللوا ذلك من الكتاب و السنة .

فمن الكتاب استدللوا بقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾، و فسروا هذه الآية على أن الله تعالى أوجب النفقة على المولود له وهو الأب أما الأم فهي غير معنية بالنفقة، كذلك استدللوا بقوله تعالى: ﴿ الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾، وقوامه الرجال على النساء هو أن يقوموا بالنفقة عليهن فليس للنساء دخل في النفقة، وإذا توفى الأب أو أعسر بالنفقة فنفقة الابن على الوارث من الرجال وليس على الأم بشيء؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج.9، المرجع السابق، ص.101؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام .....، ج . 3، المرجع السابق، ص.168.

أما من السنة الشريفة، فقد استدلل المالكية بعدة أحاديث من بينها حديث أم سلمة السابق ذكره، فقالوا أن هذا الحديث دليل على أن الأم غير ملزمة بالنفقة على أبنائها، لأنه لو كانت واجبة عليها لما أعطى الرسول عليه الصلاة والسلام لأم سلمة الأجر و لو كان بين وجوبها؛ حامد أحمد محمد حسن ، أحكام الأمومة .....، المرجع السابق، ص.332 .

كذلك استدللوا بالحديث الشريف للرسول عليه الصلاة والسلام الذي قاله لهند زوج أبي سفيان: " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف"، فقالوا حول هذا الحديث أنه لو كانت النفقة واجبة على الأم، لما كان النبي عليه الصلاة والسلام قد أذن لهند بالأخذ من مال زوجها و بغير علمه .

وبالإضافة إلى الصغر تعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب ولو كانت صحيحة البدن والعقل فعجزها عجز حكمي، ذلك أنها لا تجبر على العمل والتكسب إلا بإذن وليها أو زوجها، وإذا كانت لها حرفة أو مهنة أو وظيفة تكتسب منها وكان كسبها من عملها يسد حاجاتها، لم تجب نفقتها على أحد وإن كان كسبها أقل من كفايتها فرض على الأب من النفقة ما يكمل هذه الكفاية<sup>235</sup>.

وإن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي إذ أوجب على الأب الإنفاق على البنت إلى الدخول بها وبعد ذلك تنتقل إلى الزوج بحيث يكون ملزما بالإنفاق عليها<sup>236</sup>.

وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 21 أبريل 1998، والذي قضى بما يلي: " من المقرر قانونا أنه تسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما لم يتحققوا من صحة أو عدم صحة الدفع المثار من طرف الطاعن فيما يخص ممارسة البنات لحرفة الخياطة والنسيج و خاصة أن الطاعن متقدم في السن ويعاني من أمراض مزمنة، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>237</sup>.

أما بالنسبة لطالب العلم فلا كلام في وجوب نفقته إذا كان صغيرا لم يبلغ حد الكسب، أما إذا كان كبيرا فإنه تجب له النفقة أيضا ما دام فقيرا ولو كان صحيح البدن، لأنه يعتبر عاجزا عن الكسب عجزا حكيميا، إذ الإشتغال بالعلم يتطلب التفرغ، وهذا ما أخذ به المشرع في المادة 75 من

---

أما بالنسبة للمعقول، فقالوا بأن النفقة تجب على عصابة الأبناء و الأم ليست عصابة، فلا تجب النفقة عليها، وقد رد الجمهور على المالكية بأن المولود له ليس الأب لوحده بل الأم كذلك كما أن الآية الثانية التي جاء بها المالكية تدخل ضمن نفقات الزوجات وليس نفقات الأبناء أما بالنسبة لحديث أم سلمة عندما أوجب لها النبي عليه الصلاة والسلام الأجر فهذا لا ينفي وجوب النفقة عليها حتى لا يترك الأبناء بدون عائل، وبخصوص حديث هند يفيد سقوط النفقة على الأم في حياة الأب وحين يساره أما إذا توفي أو أعسر فتجب النفقة عليها؛ حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة.....، المرجع السابق، ص.335-336.

235 - محمد الحسني حنفي، نفقات الأقارب.....، المرجع السابق، ص.30.

236 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص.106.

237 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189258، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.200.

قانون الأسرة بنصها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

فطالب العلم في أي مرحلة من مراحل التعليم يكون له الحق في النفقة وليس هناك فرق بين التعليم العالي وبين المرحلة الثانوية وما قبلها، فهذه امتداد لتلك، والمجتمع بحاجة إلى المتخرجين في كل مرحلة، وكلا منها يحتاج إلى التفرغ له، وهذا هو الموجب للنفقة.

ونفس القاعدة عموما يمكن أن تطبق على الأب، إذ أن الأب الفقير القادر على الكسب لا تجب له النفقة على ولده لأنه يعتبر غنيا يكسب وهذا ما يفهم من المادة 77 من قانون الأسرة وإن كانت غير واضحة والتي تنص: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

فما المقصود بالقدرة في هذه الحالة، هل هي قدرة المنفق أم قدرة الشخص المستحق للنفقة.

وبحسب اعتقادنا نرى بأنه يكفي لوجوب نفقة الأصل على فروعه أن يكون فقيرا حتى ولو كان قادرا على الكسب سواء كان أبا أو جدا لأن الولد هو وماله لأبيه<sup>238</sup>، ذلك أنه إذا كان الولد موسرا وترك أباه أو جده يكد ويتعب في سبيل الكسب فإنه يكون قد ألحق بهما أذى أكثر من الأذى الحاصل بالتأفف المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿و لا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ﴾<sup>239</sup>.

### ثالثا: أن يكون المنفق ميسور الحال

لا تجب نفقة القريب المحتاج على قريبه إلا إذا كان ميسور الحال، لأنه لو كان معسرا لكان عاجزا

238 - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على .....، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص. 588-589.

239 - سورة الإسراء الآية 23.



عن النفقة، وهي لا تجب على العاجز، ويستثنى الأب من شرط اليسار، فإنه تجب نفقة أولاده الصغار مطلقا والكبار العاجزين عن الكسب، وإن كان معسرا<sup>240</sup>.

ولا تسقط عنه نفقاتهم إلا إذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب، فهو في هذه الحالة يعد في حكم الميت وتنتقل النفقة إلى من يليه في وجودها، وهذا ما جاء في المواد 75 و76 من قانون لأسرة<sup>241</sup>.

أما نفقة الابن على الأب فمن خلال المادة 77 من قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أوجب على الفروع الإنفاق على الأصول والأصول على الفروع إذا كانوا قادرين على ذلك.

ويقصد بذلك أنه في حالة فقر الأب أو عجزه عن التكفل بنفسه فإن أبنائه هم من يستحملون الإنفاق على والدهم حسب قدرته وحسب حاجته، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 21 نوفمبر 2000 والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن نفقة الفروع على الأصول واجبة حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث.

وإن القضاء بإسقاط حق الأم عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أن هذا الحق مقرر لها شرعا وقانونا هو حكم باطل و مخالف للشرع و القانون"<sup>242</sup>.

فإذا كان للأب ابنان أو ابن و بنت موسرين توزع نفقته بينهما بالتساوي، إلا إذا كان أحدهما غني أكثر من الآخر، فينبغي أن يخص الغني بقسط أوفر من الإنفاق على والده<sup>243</sup>.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مقدار اليسر الذي تجب فيه النفقة، فلهم في هذه المسألة

رأيان:

<sup>240</sup> - أنظر، أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية تشرعا وفقها وقضاء، منشورات زين الحقوقية ، لبنان، 2013 ، ص.190.

<sup>241</sup> - أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في .....، المرجع السابق، ص.41.

<sup>242</sup> - المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2000/11/21، ملف رقم 254643 ، مقتبس عن : فضيل العيش، شرح وجزير لقانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.72.

<sup>243</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج.7، المرجع السابق، ص.827.

الرأي الأول: وهو رأي أبو يوسف من الحنفية والذي يرى بأن الشخص يكون يسيرا إذا بلغ ماله النصاب في الزكاة، بمعنى إذا كانت أمواله تجب فيها الزكاة هنا يصح وملزم بالنفقة.

ويعلل الإمام أبو يوسف رأيه بأن النفقة من الصلة و تجب على الأغنياء كما في الصدقة، وحد الغنى في الشريعة هو نصاب الزكاة أو أكثر<sup>244</sup>.

أما الرأي الثاني: فهو ما جاء به جمهور الفقهاء، ويرون بأن اليسر هو ما يملكه الشخص للنفقة على نفسه وعلى عياله، بحيث تكون أمواله تكفي للنفقة على نفسه وعلى أولاده، وهذا الرأي قال به محمد من الحنفية<sup>245</sup> ، بالإضافة إلى كل من الشافعية<sup>246</sup>، والحنابلة<sup>247</sup> .

ونحن في هذه المسألة نؤيد بحق الرأي الثاني، لأنه ليس من الضروري حتى يبلغ الشخص النصاب كي نفرض عليه النفقة، بل كل شخص قادر على الكسب، بحيث يكفيه هو و عائلته يكون معني بالنفقة على القاصر، فالعبرة هنا ليس بالنصاب وإنما بإمكانية النفقة وحاجة الطرف الآخر لها، وفي هذا يقول السرخسي في مبسوطه: " إذا كان كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل إلى أقاربه لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر جانب المؤدي لتيسير الأداء ويسر الأداء يكون موجودا إذا كان كسبه يفضل عن نفقته"<sup>248</sup>.

وبالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في الأب والولد، هناك شروط أخرى خاصة بالنفقة في حد ذاتها وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

244 - شمس الدين السرخسي، المبسوط ، ج.05، المرجع السابق، ص.224.

245 - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على .....، ج.05، المرجع السابق، ص.351.

246 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج .....، ج.3، المرجع السابق، ص.586.

247 - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ،المغني، ج.9، المرجع السابق، ص.586.

248 - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.05، المرجع السابق، ص.224.

## الفرع الثاني

### الشروط الواجب توافرها في النفقة

إن النفقة كما سبق الإشارة إليها هي التزام يقع على الأب وفق شروط قد سبق الإشارة إليها، وقد اكتفى المشرع الجزائري بتعداد أصناف النفقة على أنها الغذاء والكسوة، والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ورتبها حسب أهميتها في حياة الإنسان (أولاً)، كما ألح على وجوب تحديدها حسب العرف السائد في المكان والزمان الذي يوجد فيه مستحق النفقة مع مراعاة ظروف الطرفين (ثانياً).

### أولاً: عناصر النفقة

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك فقهاء القانون، في أن نفقة الأولاد تكون لسد احتياجاتهم الأساسية، وهذه الاحتياجات لا تقتصر على عنصر واحد وإنما تتعدد و تتنوع؛ إلا أن هناك مجموعة من العناصر لا يمكن لحياة القاصر أن تستقيم إلا بتوافرها، وهذه العناصر تتمثل في الغذاء والكساء والمسكن و العلاج.<sup>249</sup>

وهناك من يعرف النفقة بعناصرها الأساسية أو الضرورية كما هو الحال بالنسبة للإمام محمد بن الحسن الشيباني الذي عرف النفقة بأنها: " الطعام و الكسوة و السكن "<sup>250</sup>.

أما المشرع الجزائري، فقد اكتفى هو الآخر بذكر أنواع النفقة بدون تعريفها في المادة 78 من ق.أ. والتي تنص على ما يلي: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

<sup>249</sup> - و نفس الشيء نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل سالفه الذكر في المادة 27 بحق الطفل في مستوى معيشي كاف من غذاء و كساء و مأوى .

<sup>250</sup> - أنظر ، محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، لبنان ، 2007 ، ص.181.

ومن خلال هذه المادة، يتضح لنا أن المشرع لم يذكر كل أنواع النفقة وإنما اقتصر على ذكر بعض أنواعها، وذلك على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر، باعتبارها أهم أنواع النفقة، والدليل على ذلك أنه بعد تعدده للأصناف المذكورة أضاف عبارة "... وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" (أ)، لكن المشكل ليس في أهم أنواع النفقة و إنما بخصوص أجره الحضانة والرضاع ما إذا كانت تدخل ضمن النفقة أم لا ؟، خاصة وأن مشرعنا لم ينص عنها على غرار المشرع التونسي والمغربي (ب).

#### أ- أهم أنواع النفقة

لقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 ق.أ مثله مثل التشريعات العربية الأخرى، كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية<sup>251</sup>، والمادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>252</sup>.

كما قد استقر قضاء المحكمة العليا على ما هو من عناصر النفقة في قرار لها بتاريخ 07 نوفمبر 1988، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعا وقانونا والقضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون"<sup>253</sup>.

<sup>251</sup> - حيث تنص المادة 189: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج، وما يعتبر من الضروريات و التعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه

يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل المزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار و الأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة "

<sup>252</sup> - وتنص المادة 50: " تشمل النفقة الطعام و الكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "

<sup>253</sup> - المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1988/11/07، الملف رقم 51596، نشرة القضاة، 1991، ع. 45 ، ص.58؛ فضيل العيش، شرح وجيز لقانون .....، المرجع السابق، ص.76.

ومن خلال هذا القرار يتضح أن القضاء اعتبر أن أهم عناصر النفقة تشمل كل ما هو مخصص من أجل المعيشة واللباس والعلاج شرعا وقانونا، ويلاحظ أنه لم يكتفي بما ذكره المشرع وإنما يشمل أيضا ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

## 1-الغذاء و الكسوة :

الغذاء هو كل ما يقتات به القاصر من طعام وشراب و ذلك على حسب عادة كل بلد، أو ما هو متعارف عليه بحيث يسد حاجة القاصر و يؤدي إلى إشباعه<sup>254</sup> .

والغذاء أمر ضروري لكل إنسان وليس فقط للقاصر إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بمعزل عن الطعام والشراب، بل أكثر من ذلك لا يكفي أن نسد جوع القاصر، بل يجب أن تكون هذه التغذية متوازنة، بحيث عليه أن يتناول طعاما مغذيا فيه جميع المكونات اللازمة للحفاظ على صحته ولمساعدته على النمو السليم للجسم و العقل<sup>255</sup>.

ومن حرص ديننا الحنيف على تأمين المآكل للطفل اهتم به حتى وهو جنين، فقد أوجب على الولي أن ينفق حتى على مطلقته البائن الحامل، وكذلك زوجته الناشز إذا كانت حامل. وذلك مراعاة

254 - أنظر، مروكة غضبان، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2009-2010، ص.88.

255 - وقد صادقت الجزائر على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية في 12 سبتمبر 1989 والتي تنص في المادة 11 منها على أنه: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي له ولأسرته، ويوفر ما يفي بحاجاتهم في الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروف المعيشة"؛ المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 هـ الموافق لـ 16 ماي 1989، المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية والبروتوكول الإختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966 ، ج.ر، ع.20، الصادر في 17 ماي 1989 ؛ زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل.....، المرجع السابق، ص.37.

له لأن حياته تتوقف على الإنفاق على أمه<sup>256</sup>، تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿... وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾<sup>257</sup>.

أما بالنسبة للقانون، لم ينص المشرع ما إذا كان الأب ملزم بالإنفاق على ابنه الجنين أم لا، وبالتالي نرجع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية<sup>258</sup>.

أما القضاء فيمكن القول أنه أخذ بنفقة الحمل، وهذا في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21 فبراير 2001<sup>259</sup> والذي جاء فيه: " إن عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة تجاه المطلقة لحرماتها من نفقة الحمل لاستحالة أو صعوبة اكتشافه في الشهرين الأولين له "

وكذلك ما جاءت به في قرار آخر لها بتاريخ 11 فبراير 2009<sup>260</sup>: " تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية".

ويلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد اعتبرت نفقة الوضع على الأب، فمن باب أولى أن تكون نفقة الحمل عليه كذلك، لأن في ذلك صيانة لحياة الجنين.

بل أكثر من ذلك، فقد أيدت المحكمة العليا بتاريخ 13 جانفي 2011<sup>261</sup> قرار مجلس قضاء وهران القاضي بفرض نفقة النفاس على أب الطفل، واعتبرت أن هذه النفقة ليست متعلقة بالعلاج والدواء فقط، بل تشمل حتى نظامها الغذائي ومصاريف العناية بصحتها وصحة طفلها، لأن الحفاظ على صحتها يعني عناية أكثر بالطفل، وقد جاء في القرار: " تشمل مصاريف النفاس، مصاريف

256 - أنظر، محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية أصول الدين، الأردن، 2010، ع. 1، ص. 196.

257 - سورة الطلاق الآية 4 .

258 - تنص المادة 222 ق.أ على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

259 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/02/21، ملف رقم 254080، م.ق، 2002، ع. 2، ص. 444.

260 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم 478795، م.م.ع، 2009، ع. 1، ص. 269 و ما بعدها .

261 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/01/13، ملف رقم 594435، م.م.ع، 2011، ع. 2، ص. 266.

العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي، لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط".

بالإضافة إلى الغذاء هناك الكسوة، التي تشمل الملابس والأحذية و الفراش والأغطية وغيرها من الحاجات الأخرى،<sup>262</sup> سواء كان والدي القاصر متزوجين أو منفصلين.

غير أنه من الناحية العملية في حالة الانفصال، لم يحدث في القضاء الجزائري أن القاضي فرض على المسؤول عن الطفل شراء ملابس معينة، وإنما يكون دائما بتقديم مبلغ مالي للأُم الحاضنة وهي التي تتولى شراء الملابس.<sup>263</sup>

فإذا كان هذا واقع الحال بالنسبة لنفقة الغذاء والكسوة فما هو واقع الحال بالنسبة لنفقة العلاج والسكن؟، وهذا ما سيتم تبيانه في النقطة الموالية .

## 2-العلاج و السكن:

يعتبر العلاج من الضروريات التي تقوم عليها حياة الإنسان كضرورة الطعام والشراب، لأن علاج الشخص يتضمن المحافظة على حياته، خاصة إذا كان هذا الشخص طفل لأنه أكثر عرضة للمرض وأقل مقاومة له من غيره.<sup>264</sup>

وحماية للقاصر، جعل المشرع العلاج ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ وذلك أخذا بجمهور الفقهاء.<sup>265</sup> ما عدا المذهب الحنفي الذي لم يدخل العلاج ضمن مشتملات النفقة قياسا

262 - عادل قورة و محمد جمال الدين، تشريعات الطفولة في مصر، مطبعة الشروق، مصر، د.س.ن، ص.20 .

263 - أنظر ، رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006 ، ص.48.

264 - زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل .....، المرجع السابق، ص.39.

265 - وهم كل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي .

على نفقة تطيبب أو علاج الزوجة، لأن هذه الأخيرة لا يجبر القاضي بها الزوج<sup>266</sup>.

أما التشريعات المقارنة، فقد نصت هي الأخرى على العلاج ضمن عناصر النفقة كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة. على عكس المشرع التونسي الذي لم ينص عليها ضمن عناصر النفقة المذكورة في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية، لكن رغم ذلك تدخل حسب اعتقادنا ضمن ما سماه المشرع التونسي ضروريات العرف و العادة التي نص عليها في نفس المادة.

وعند رجوعنا إلى القضاء الجزائري، نجده قد استقر هو الآخر على أن: " يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بالشهادة الطبية لأنه من عناصر النفقة"، وذلك في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15 نوفمبر 2006<sup>267</sup>.

هذا بالنسبة لنفقة العلاج الذي لا يطرح إشكال، المشكل في نفقة السكن<sup>268</sup> التي عرفت تطورا قانونيا وحتى قضائيا، وهذا التطور كان في صالح القاصر وبالخصوص الطفل المحضون نظرا للأهمية الكبيرة التي يكتسيها السكن، وما يحقق له من أمان واستقرار.

فالبداية كانت قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984<sup>269</sup>، حيث كان القضاء يطبق حق المحضون في السكن على أساس المادة 467 من القانون المدني<sup>270</sup>. لكنه جعلها مسألة تقديرية في يد القاضي

266 - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية.....، المرجع السابق، ص.281.

267 - المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، بتاريخ، 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، 2007، ع.1، ص.499.

268 - وقد أكدت المحكمة العليا على أن السكن يعتبر من مشتتات النفقة؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/04/15، ملف رقم 554808، م.م.ع، 2010، ع.1، ص.241.

269 - أنظر، قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع، 24، الصادر في 12 يونيو 1984.

270 - نصت المادة 467 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، ج.ر.ع، 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، على ما يلي: " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر

وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين يمكنه من أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة ".  
وقد تم تعديل المادة 467 بحيث أصبح نصها كالتالي: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.



بحيث له الحرية في منح أو عدم منح السكن، إضافة إلى اشتراطه أن يكون أكثر من محضون، مما جعلها حماية ناقصة للقاصر.

ومع ذلك يعتبر هذا النص نقطة تحول في مسألة مسكن المحضون، ذلك لأن القاضي عند فصله في مسألة مسكن المحضون، سيعين من ينتفع من الزوجين بحق الإيجار مرجحا في ذلك مصلحة القاصر كون أن مصلحته أجدر بالرعاية<sup>271</sup>.

بعد ذلك صدر قانون الأسرة لسنة 1984 والذي نص على هذا الموضوع في مادتين وهما المادة 52 ق.أ<sup>272</sup>، والتي جاء فيها: "...إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها مع محضونها، يضمن حقها في السكن حسب وسع الزوج.

ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا"، أما المادة 72 من ق.أ فقد جاء فيها: "نفقة المحضون وسكنها من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته".

---

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر؛ القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادر في 13 ماي 2007.

271 - أنظر، عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010-2011، ص.17.

272 - ونصت المادة كاملة على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج .

ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا .

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

كلا المادتين تعرضتا لنقد حاد<sup>273</sup> بسبب نقص الحماية التي جاءت بها، بالإضافة إلى التناقض الكبير بينهما، ومادام أن التناقض واضح يفترض أن يتم تطبيق المادة الأكثر حماية للقاصر، وحسب اعتقادنا هي المادة 72 ق.أ و ذلك لعدة أسباب أهمها :

1- أن المادة 72 ق.أ تتحدث عن سكن كل الحاضنات، لأنها جاءت عامة لم تخص المطلقة فقط، وإن كان المشرع قد أخطأ لما اعتبر الحضانة أثر من آثار الطلاق لأنها قد تكون في حالة الوفاة كذلك. على عكس المادة 52 ق.أ التي خصت فقط الأم المطلقة، ولو طبقنا المادة 52 ق.أ سوف نخرج الخالة أو الجدة من الحق في السكن، ويترتب عنه بقاء المحضون في الشارع.

2- أن المادة 72 ق.أ تتضمن في صياغتها إلزام الأب بتوفير سكن أو أجرة السكن، لكن المادة 52 ق.أ يفهم أنها لا تريد إلزام الأب بالسكن<sup>274</sup> سواء من حيث المصطلح الذي جاء به وهو ( وسع الزوج )، أو من خلال الشروط الصعبة التي جاءت بها وهي أن يرفض الولي إيواء الأم المطلقة، بحيث لا يكون لها مسكن آخر، وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11 أفريل 1981<sup>275</sup>؛ كما اشترطت المادة 52 من ق.أ ألا يكون مسكن المطلق وحيدا، لكن من الناحية الواقعية أغلب الزيجات يكون لها مسكن واحد .

3 - المادة 72 ق.أ ألزمت السكن على الأب حتى ولو كان المحضون واحدا، لكونها لم تحدد عدد المحضونين المستحقين للنفقة، لكن المادة 52 حددت عدد المحضونين المستحقين للنفقة، و ذلك بذكر مصطلح ( محضونيهما ) والذي يفترض إما أن يكون اثنان أو ثلاثة فأكثر .

<sup>273</sup> - للتوضيح أكثر، أنظر ، زكية حميدو ، مصلحة المحضون .....، المرجع السابق، ص.130 - 139.

<sup>274</sup> - أنظر، باديس ذيايي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.156.

<sup>275</sup> - المجلس الأعلى، غ.ق.خ ، 1981/04/11 ، ملف رقم 24526 ، غير منشور، مقتبس عن :

هذا التناقض القانوني ترتب عنه تناقض قضائي، ففي البداية مال القضاء إلى عدم إلزامية السكن متأثرا بالمادة 52 ق.أ، حيث أن القضاء في هذه الفترة رفض منح الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أولاد فأكثر،<sup>276</sup> وفي قرار آخر إلا إذا كان لها اثنين فأكثر<sup>277</sup>.

وبعد ذلك تغير الاجتهاد القضائي، وأصبح ينظر إلى مصلحة المحضون أكثر من الأول، فأعطى السكن للحاضنة حتى ولو كان لها محضون واحد، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 مارس 2002<sup>278</sup>. وكذلك في قرار آخر بتاريخ 29 نوفمبر 1994<sup>279</sup>، بل أكثر من ذلك أجاز إعطاء أجره السكن للأم حتى ولو كانت عاملة<sup>280</sup>.

هذه الاجتهادات القضائية دفعت المشرع إلى حذف الفقرة الثانية و الثالثة والرابعة من المادة 52 ق.أ، و إعادة صياغة المادة 72 ق.أ والتي أصبحت كالتالي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضنة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

هنا المشرع في هذه المادة جاء بالجديد وهو اشتراطه السكن الملائم، لكن كان من المستحسن لو جعلها المشرع حسب القاصر و ليس حسب الأم.<sup>281</sup>

<sup>276</sup> - المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 18/04/1984، ملف رقم 34630، غير منشور، مقتبس عن:

GH . Benmelha . op .cit . opu ..Alger.p.232.

<sup>277</sup> - المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 06/04/1987، ملف رقم 45454، غير منشور، مقتبس عن:

GH. Benmalha . op .cit . opu . p.232.

<sup>278</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13/03/2002، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع.1، ص.274.

<sup>279</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29/11/1994، ملف رقم 112705، م.ق، 1995، ع.1، ص.140؛ وقد اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار أن عدم منح الحضنة التي ليس لها أكثر من ولدين السكن تطبيق سيء للمادة 72 ق.أ.

<sup>280</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق، ص.139.

<sup>281</sup> - ومن الانتقادات كذلك التي وجهت للمشرع في هذه المادة هو أنه حصر حق السكن في حالة الطلاق ونسي حالة الوفاة، و هذا يتعارض مع المادة 75 ق.أ و المادة 78 ق.أ التي تعتبر السكن ضمن مشتملات النفقة دون التفرقة بين الطلاق والوفاة.

هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فبدل الإيجار الذي تكلم عنه المشرع اعتقاداً منه أنه الحل الوحيد لحالة عدم توفر السكن، لا يحقق حماية كافية للقاصر لسببين هما:

أولاً أن بدل الإيجار الذي يحكم به القاضي رمزي أي قليل لا يكفي لتأجير مسكن ملائم للمحضون.<sup>282</sup>

ثانياً أن كلمة بدل الإيجار التي تكلم عنها المشرع، تشمل فقط أجره السكن دون الأمور الضرورية الأخرى، من مصاريف استهلاك المياه والكهرباء والغاز ومصاريف ترميم المنزل، لكي يكون صالحاً للإيواء، بالإضافة إلى الأمور التي تقي القاصر من البرودة والحرارة كوسائل التدفئة والتبريد<sup>283</sup>.

هذا بالنسبة للعناصر التي نص عليها المشرع صراحة في المادة 78 ق.أ، لكن هناك نفقات أخرى أو بالأحرى عناصر أخرى لم يدخلها المشرع ضمن المادة 78 ق.أ وهي أجره الحضانه وأجره الرضاع، هذه الأجره لم يخصص لها المشرع مادة في قانون الأسرة، لذلك نرجع إلى الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 ق.أ.

### ب- أجره الحضانه و الرضاع

من المقرر فقهاً، أن نفقة المحضون القاصر تشمل كذلك أجره الحضانه وأجره الرضاع<sup>284</sup>. ويعرف هذا الأجر، بأنه المقابل النقدي الذي يحصل عليه القائم بالعمل مقابل عمله، أي المقابل النقدي الذي يدفعه الملتزم بالنفقة للحاضنة، لقاء قيامها بعمل وهو خدمة المحضون، أو للمرضعة لقاء قيامها بإرضاع المحضون<sup>285</sup>.

282 - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد.....، المرجع السابق، ص.200.

283- أنظر، لحسن بن شيخ آيث ملويا، تنازل الأم عن الحضانه، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية، الجزائر، رمضان 1429 هـ- سبتمبر 2008م، ع.2، ص.79.

284- أنظر، محمد أحمد سلاح و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص.172.

285- أحمد إبراهيم عطية، نفقة و حضانه.....، المرجع السابق، ص.33.

والذي جعل الفقه يدخلهما - أي أجره الحضانة و الرضاع - ضمن النفقة هو السببين التاليين، فبالنسبة للسبب الأول هو أن الملتزم بها والد الصغير؛ والسبب الثاني، هو أنهما تخضعان لنفس الشروط السابقة الخاصة بالنفقة، وأهمها أن تكون هذه الأجور من مال الصغير إن كان له مال . ومن ثمّ، فهي تشبه النفقة لأنها تستحق من أموال القاصر بحسب الأصل، وفي نفس الوقت تشبه الأجر لأنها تدفع للقائمة بالعمل نظير ما تقوم به<sup>286</sup> .

وتتمثل حماية القاصر في أجره الحضانة (أ) وأجره الرضاع (ب)، في الدافع الذي يحمس هذه الحاضنة أو المرضعة للقيام بالمهمة بطريقة جيدة، بحيث يضمن لهذا الطفل غذاءا طبيعيا و مفيدا و تربية سوية.

### 1- أجره الحضانة :

لم ينص المشرع الجزائري على أجره الحضانة، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الذي لم يأخذ بها رغم ما فيها من حماية، لكن يبقى الحل في الجزائر هو تطبيق المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية،<sup>287</sup> غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا بينهم حولها أثناء قيام الزوجية،<sup>288</sup> واتفقوا حولها بعد الطلاق بين الزوجين، لكن في هذه الحالة يجب التفرقة بين ما إذا كانت الحاضنة أما للصغير أم أجنبية عنه.

286 - أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة ..... ، المرجع السابق، ص.33؛ لكن المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه النفقات في الشرع و القانون يرى غير ذلك، حيث كيف أجره الحضانة و الرضاع بأنها ليست نفقة، لأنها أولا لا تجب أثناء قيام الزوجية، وثانيا أنها تجب بعد الانفصال للقيام بعمل و هو الحضانة أو الرضاع ؛ أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع .....، المرجع السابق، ص.113-114.

287 - عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاؤها لم يتناولوا البحث في أجره الحضانة بصورة مستقلة ، وإنما تناولوها بصورة تبعية إما عند بحثهم للنفقة على اعتبار أنها تدخل ضمن النفقة الواجبة للصغير، أو عند بحثهم لأجره الرضاع على اعتبار أنها تدخل ضمن هذه الأجره؛ حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.223.

288 - باديس دياي ، صور و آثار فك .....، المرجع السابق، ص.115.

فإذا كانت أما للصغير و كانت لا زالت الحياة الزوجية قائمة مع والد الطفل، فهي عند جمهور الفقهاء لا تستحق الأجرة<sup>289</sup>، والسبب هو أن نفقة الحاضنة الأم أثناء الزواج واجبة حتى ولو بدون الحضانة، فليس لها أن تجمع بين نفقتين عن فعل واحد، أما الحنابلة والإمامية فقالوا باستحقاق الأم للأجرة عن حضانتها للصغير أثناء قيام الزواج بينها و بين والد الصغير<sup>290</sup>.

أما في حالة الفراق، فالمالكية لا يعطون أجرة للحاضنة سواء كانت أم لا، وسواء كان الزواج قائما أم لا، لكن الحنفية أوجبوا هذه الأجرة ما دام أن الزوجية ليست قائمة ومادام أنها غير معتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأنها في هذه الفترة تستحق النفقة من والد الطفل.<sup>291</sup>

لكن في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة عن حضانتها للصغير بصورة مطلقة ما لم تكن متبرعة، ما عدا عند المالكية التي لا تستحق الحاضنة الأجرة عندهم<sup>292</sup>.

ومن ثمّ، كان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري حسم الأمر في أجرة الحضانة حتى تنفادي هذا الاختلاف، كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العربية الأخرى كالمشرع المغربي<sup>293</sup> والمشرع

289 - وهم كل من الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية؛ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.224.

290 - حميد سلطان الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل.....، نفس المرجع، ص.225.

291 - باديس دياي، صور و آثار فك.....، المرجع السابق، ص.155.

292 - أنظر، بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1987، ص.74.

293 - نص المادة 167 من مدونة الأسرة المغربية: " أجرة الحضانة و مصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون و هي غير أجرة الرضاعة والنفقة. لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

التونسي<sup>294</sup> والسوري<sup>295</sup> والمصري<sup>296</sup>.

كذلك حماية لمال القاصر يطرح مشكل في موضوع أجره الحضانة في حالة ما إذا وجدت متبرعة بالحضانة، هل يفضل الجانب الشخصي أم المالي للقاصر؟.

الفقه الإسلامي تكلم عن هذا الأمر ووضع مجموعة من الحلول<sup>297</sup> وهي:

1- إذا كانت المتبرعة ممن لا تستحق الحضانة وكان للقاصر مال، فإن المتبرعة تقدم على مستحقة الحضانة سواء كان الأب موسراً أو معسراً. لأن القاصر إذا كان له مال فإن أجره الحضانة تكون من

294 - تنص المادة 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " لا تأخذ الحاضنة أجره إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ و غسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف".

295- المشرع السوري نص على أجره الحضانة في مادتين المادة 141 و التي جعلت أجره الحضانة على المكلف بنفقة الصغير بحسب حال المكلف بما، أما المادة 142 فقد اشترطت أن لا تكون الأجرة في حال قيام الحياة الزوجية أو في عدة الطلاق ؛ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.143.

296 - تنص المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1969 المصري: " تنتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة و بلوغ الصغيرة سن اثني عشرة سنة"، و عدل هذا القانون و أصبح سن الحضانة 15 سنة للصغير و الصغيرة بموجب القانون رقم 4 لسنة 2005 ، الفقهاء المصريين كأحمد نصر الجندي و أحمد إبراهيم عطية قالوا بان هذه المادة تتكلم كذلك عن أجره الحضانة لأن خلال هذه الفترة تستحق فيها الحاضنة الأجرة ؛ أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع .....، المرجع السابق ، ص.115 ؛ أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة .....، المرجع السابق ، ص.42.

كذلك هناك تشريعات أخرى نصت على أجره الحضانة و منها التشريع الأردني في المادة 3/57: " إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة قدرتها المحكمة، ولا يحكم بأجره الحضانة مادامت الزوجية قائمة ، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي " ؛ حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل .....، المرجع السابق، ص.230.

هناك كذلك قانون الامارات العربية الذي نص في المادة 3/148 على أجره الحضانة: " لا تستحق الحاضنة أجره الحضانة اذا كانت زوجة لأبي المحضون أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه "؛ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الامارات العربية، دار الكتاب القانونية، مصر، 2007، ص.376.

297 - أنظر، أسية بوخاتم، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص.65؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج.1، دار النهضة العربية، لبنان، 1967، ص.557-558.

ماله، ومادام وجدت متبرعة يعطى لها المحضون حفاظا على ماله<sup>298</sup>.

2- إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للقاصر مال وكان الأب معسرا أعطي للمتبرعة، والسبب هو أن إلزام الأب بالأجرة مع وجود المتبرعة، فيه إضرار كبير بالأب<sup>299</sup> وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾<sup>300</sup>.

3 - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه موسرا، قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة لأنها أكثر شفقة عليه، كما أن الأب لن يتضرر من هذه الأجرة بسبب يساره<sup>301</sup>.

4 - إذا كانت المتبرعة ليست من أهل الحضانة، فإن الأم أو غيرها من لهم الحق في الحضانة تقدم على المتبرعة ولو طلبت أجرا على الحضانة<sup>302</sup>، لأن إعطاء الصغير القاصر للأم فيه مصلحة له باعتبارها أشفق من المتبرعة وأحن عليه، والمحافظة على مصالح القاصر الشخصية أولى من المحافظة على مصالحه المالية<sup>303</sup>.

بالإضافة لهذا هناك أجرة شبيهة في أحكامها لأجرة الحضانة، وهي أجرة الرضاعة.

<sup>298</sup> - أنظر، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج.7، ط.3، د.د.ن، د.م.ن، 1985، ص.136.

<sup>299</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.411.

<sup>300</sup> - سورة البقرة الآية 233 .

<sup>301</sup> - بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في .....، المرجع السابق، ص.77.

<sup>302</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.411.

<sup>303</sup> - أنظر، محمد الحسيني الحنفي، الأحوال الشخصية، ط.3، دار النهضة العربية، د.م.ن، 1964، ص.180.



## 2- أجره الرضاع<sup>304</sup> :

أجرة الرضاع مثلها مثل أجره الحضانه لم ينص عنها المشرع الجزائري على خلاف التشريعات الأخرى<sup>305</sup>، وإن كان تكلم عنها قبل التعديل لكن بصورة عامة ووجيزة باعتبارها إحدى واجبات الزوجه<sup>306</sup> في المادة 39 ق.أ<sup>307</sup> .

أما بالنسبة للقضاء، فلم يتكلم هو الآخر عن أجره الرضاع بل تكلم فقط عن مدة الرضاع في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> - وقد تكلم جل جلاله عن الرضاعة في سورة البقرة الآية 233 : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبْرِئَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ وَبَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُ لَهُ وَيُولَدُ لَهُ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذْ سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ .

وقد فسر بن كثير هذه الآية، بأنها إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهي سنتان فلا اعتبار للرضاعة بعد ذلك؛ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج. 1، دار التوفيقية للطباعة، مصر، 2008، ص.345.

<sup>305</sup> - نص المشرع السوري عن أجره الرضاع في المادة 151 من قانون الأحوال الشخصية: " أجره رضاع الولد سواء كان الرضاع طبيعياً أو اصطناعياً على المكلف بنفقته و يعتبر ذلك في مقابل غذائه لا تستحق الأم أجره الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي " .

كذلك المادة 152 من نفس القانون: " المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجره و كان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم " ؛ أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، المرجع السابق ، ص.148.

كذلك المشرع الإماراتي في المادة 79 من قانونه: " توجب على الأب تكاليف إرضاع ولده ، إذا تعذر على الأم إرضاعه ، و يعتبر ذلك من قبيل النفقة " ؛ أحمد نصر الجندي ، قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص.221.

و نصت كذلك مدونة الأسرة المغربية على أجره الرضاع في المادة 201: " أجره رضاع الولد على المكلف بنفقته " . كذلك المشرع الأردني في المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية: " لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجره على إرضاع ولدها و تستحقها في عدة الطلاق البائن "؛ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 1998، ص.262.

<sup>306</sup> - زكية حميدو، مصلحة المحضون.....، المرجع السابق، ص.128.

<sup>307</sup> - نصت المادة قبل التعديل: " يجب على الزوجه : .... إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم " .

<sup>308</sup> - حيث جاء في القرار: " من المقرر شرعاً أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لانعدام الأساس القانوني غير وجيه و يستوجب رفضه .

وعليه، مادام لا يوجد نص قانوني نعتمد عليه نرجع إلى المصدر الثاني طبقاً للمادة 222 ق.أ، وكما هو الحال بالنسبة للحضانة فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في الرضاعة بين ما إذا كانت الأم لا زالت في حبال الزوجية أو خارج هذه الحبال<sup>309</sup>.

ففي حالة ما إذا كانت الأم لا زالت متزوجة بوالد الطفل، ذهب الحنفية إلى أنها لا تستحق أجره عن إرضاع ولدها، حتى ولو وافق الأب وأراد أن يستأجرها للرضاعة. والسبب في ذلك، هو أن الأم من واجبها إرضاع ولدها<sup>310</sup> وهذا ما ذهب إليه حتى الظاهرية.<sup>311</sup>

أما المالكية فقد فرقوا بين ما إذا كانت المرأة ذات شرف<sup>312</sup> وبين المرأة العادية، فأوجبوا الأجرة للأولى دون الثانية.<sup>313</sup>

لكن الحنابلة اختلفوا فيما بينهم فمنهم من أجاز إعطاء أجره لأم الرضيع<sup>314</sup>، لأن لبنها أحسن من غيرها حتى ولو وجدت متبرعة، ومنهم من رفض تقديم أجره لها إلا في حالة الفراق<sup>315</sup>.

أما الشافعية فقد اعترفوا للأم بأجرة الرضاعة ويرون أن هذه الأجرة تكون مستقلة عن النفقة

---

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن البنت المحضونة تجاوز عمرها عامين يوم رفع الدعوى ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها بحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1991/04/23 ، الملف رقم 71727 ، م.ق ، 1993 ، ع.2 ، ص.47.

309 - أنظر، عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا، مكتبة و مطبعة الاشعاع الفنية، مصر، د.س.ن، ص.162.

310 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.30 ، المرجع السابق، ص.208 ؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية .....، المرجع السابق، ص.192.

311 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى ، ج.10 ، المرجع السابق، ص.340.

312 - أي لم تجري عادة النساء من أمثالها على إرضاع أولادهن .

313 - أنظر ، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.2 ، المرجع السابق، ص.304.

314 - مستدلين بقوله في سورة الطلاق الآية 6 : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ الْجُورَتَيْنِ﴾ .

315 - عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، حاشية الروض .....، ج.7، المرجع السابق، ص.138.

وتدفع لوحدها<sup>316</sup>، هذا في حالة قيام العلاقة الزوجية لكن في حالة العكس ( انحلال الزواج )، هنا اتفق الفقهاء<sup>317</sup> على أن الأم تستحق الأجرة لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بينها وبين والد الطفل وأصبحت أجنبية عنه وذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأُمِّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَتْرَضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾<sup>318</sup>.

وعلى العموم نعتقد أن أجرة الرضاعة فيها حماية للمرأة وللقاصر، لأن النفقة بحد ذاتها غير كافية لهما وهذا ما سنراه في تقدير النفقة .

هذا بالنسبة لشروط النفقة و عناصرها، لكن ما هي أحكام الأبوة في تقدير النفقة ؟

### ثانيا: تقدير النفقة

تعتبر النفقة من الحقوق المهمة و المشروعة التي تثبت للأصول و للفروع وهي تشمل كل من الطعام والكسوة والعلاج والمسكن و أجرته و كل ما يلزم مستحقيها في معيشتها حسب العرف. إن تقدير النفقة و علاقتها بالمحضون تتمثل أهميته في التزام رب الأسرة بالإنفاق على زوجته و عياله وأقاربه، و يترتب عن ذلك آثار اجتماعية حميدة، وفي حالة تجاهله لذلك، يترتب عن ذلك عواقب وخيمة، ولهذا نجد أن الإنفاق على الأقارب أمر وجوبي و ضروري.

<sup>316</sup> - أنظر ، سلمان البيجرمي، حاشية البيجرمي علي الخطيب، ج. 4، ط. الأخيرة، دار الفكر العربي، لبنان، 1981، ص.70.

<sup>317</sup> - و هم كل من الحنفية والحنابلة والمالكية ؛ شمس الدين السرخسي، الميسوط، ج.30 ، المرجع السابق، ص.208 ؛ عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض ..... ، ج.7 ، المرجع السابق ، ص.138. ؛ مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج. 2 ، المرجع السابق ، ص.417.

وإن كان الحنفية اختلفوا فيما بينهم بخصوص الأم المرضعة المعتدة من طلاق بائن ، فمنهم من ذهب إلى عدم وجوبها لها قياسا على المعتدة من طلاق رجعي لأنها تستحق نفقة العدة، ومنهم من أوجب لها أجرة الرضاعة نظرا إلى أن زوجيتها من أب الطفل قد انقطعت بمجرد الطلاق البائن والدليل على ذلك أنه لا يستطيع أن يراجعها بدون رضاها وبدون عقد ومهر جديد؛ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية ..... ، المرجع السابق ، ص.400.

<sup>318</sup> - سورة الطلاق الآية 6 .

ولقد اهتم الفقه، والتشريع والاجتهاد بالنفقة، نظرا لأهميتها البالغة في المجتمع، لأن النفقة تعتبر ضمن الأحكام العامة التي تربط الأسرة في الإسلام، الذي ينادي بالإنفاق سواء على الزوجة أو الأولاد، أو الأقارب .

وهذه النفقة قد تقوم من قبل الملتزم بها دون الحاجة أن تطلب منه، وقد تقوم من قبل القضاء في حالة اللجوء إليه ( أ )، مع مراعاة حال الملتزم بها ( ب ).

غير أنه ليس للقاضي أن يعدل هذه النفقة إلا بعد مضي سنة من الحكم حسب المادة 79 من قانون الأسرة ، و استحقاتها يكون من يوم رفع الدعوى مع عدم نسيان الاستثناء ( ج )

#### أ- كيفية تقدير النفقة

إن المشرع الجزائري لم ين في قانون الأسرة عن طرق وكيفيات تقدير النفقة بصيغة واضحة وصريحة تسهل الأمر على القاضي، غير أن العرف والقضاء استقر على أن تقدير النفقة يتم بطريقتين وهما :

الطريقة الأولى وهي أن يقوم الملتزم بالنفقة بالإنفاق عن طريق ما يحضره من طعام و كسوة وعلاج وغيرها ، فيكون مستحق النفقة قد استوفى حقه منها بهذه الطريقة، وهي الطريقة الشائعة والغالبة في حالة عدم وجود نزاع<sup>319</sup>.

وتسمى هذه الطريقة، بطريقة التمكين، وهو بتمكين الزوجة أو الأولاد بمشتملات النفقة المنصوص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة، وتعتبر هذه الطريقة هي الأصل في الإنفاق على الزوجة والأولاد والوالدين وما دام الملتزم بالنفقة أدى واجباته وذلك بتهيئه للعناصر الأساسية للنفقة لمستحقيها، وبالتالي فليس لهم الحق في أن يطالبوا بغرض النفقة.

أما الطريقة الثانية وهي أن يفرض على الملتزم بالنفقة مبلغ معين يعطيه لمستحقيها، يتولى من عنده القاصر بالإنفاق عليه منها سواء كان هذا الفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي.

<sup>319</sup> - أوريدة بوترفة، وجوب النفقة ..... ، المرجع السابق، ص.63.

هذه الطريقة تسمى بطريقة التملك، وهي على خلاف الأصل في استيفاء النفقة، حيث تكون حال الاختلاف مع الأب<sup>320</sup>، أي عندما لم يقيم الأب من تلقاء نفسه بتوفير ما يلزم من النفقة، أو وفر له ما لا يكفيه فعندئذ يحق لمن عنده الولد أن يطلب فرض النفقة له، أو زيادة ما يلزم له من النفقة، فإن استجاب الزوج الأب إلى الطلب بالمعروف وتراضيا على تقديرها فيها، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليقدر للولد النفقة<sup>321</sup>.

وهذه النفقة قد تكون يومية أو أسبوعية أو شهرية، بحسب الحالة التي يكون عليها إيراد الملتزم بالنفقة، فإن كان عاملا باليومية قدرت النفقة يوميا، وإن كان يأخذ مرتبه أسبوعيا كانت النفقة أسبوعية، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كانت النفقة شهرية تيسيرا على الملتزم بها<sup>322</sup>.

وتجري المحاكم غالبا على فرض نفقة شهرية شاملة لكل أنواع النفقة، من طعام وكسوة وعلاج ما عدا السكن أو أجرته وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1989 والذي سبق الإشارة إليه، والذي قرر بأن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة واللباس والعلاج، وأنه لا يجوز إدخال طلب قيمة إيجار السكنى، بصفتها نفقة مستقلة على النفقات الأخرى.

هذا ما يتعلق بتقدير النفقة التي تقوم بها المحكمة، لكن على أي أساس يقوم القاضي بتقدير النفقة؟

### ب- أساس تقدير النفقة

تنص المادة 79 من قانون الأسرة على ما يلي : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعيشة ولا يراجع قبل مضي سنة من الحكم".

<sup>320</sup> - أنظر ، محمد كمال الدين امام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف ، مصر، 1998، ص.182.

<sup>321</sup> - أنظر ، جابر عبد الهادي سالم شافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2008، ص.317.

<sup>322</sup> - أوريدة بوترفة ، وجوب النفقة في .....، المرجع السابق، ص.63.

كما نصت على ذلك المادة 48 من القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية بقولها: "يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق، وحال المنفق عليه، والوضع الاقتصادي زمانا ومكانا".

المشروع في المادة 79 من قانون الأسرة حدد معايير النفقة بين الزوجين، إلا أنه يمكن الاعتماد عليها لتقدير نفقة الولد<sup>323</sup>، وعليه يلتزم الأب بنفقة أولاده بقدر يساره<sup>324</sup>، وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى الملائم بأمثالهم، وهذا يتفق مع قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾<sup>325</sup>، فإذا كانت نفقة الأولاد على غير الأب كالجد وغيره، فإنها تكون بقدر كفايتهم في حدود يسار الملزم بالنفقة<sup>326</sup>.

وقد منح القانون للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كتمن أو أجر النفقة، ولم يقيده أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حال كل واحد من الطرفين أي حال طالب النفقة، وحال المطلوب بالنفقة وبمراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار، فإذا كان الأب موسرا وجبت للابن نفقة اليسار، وإذا كان معسر وجبت نفقة الإعسار، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا وجبت نفقة الوسط بين اليسار و الإعسار<sup>327</sup>.

وعليه فرغم أن الخصوم تعودوا على أن يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة وأحيانا خيالية لا يقبلها العقل ولا المنطق، وهنا في هذه الحالة غالبا ما يكون محامي الزوجة وأم الأطفال.

323 - أنظر، بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج. 2، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص.3387.

324- Cf. J.P. BROUILLAUD, op.cit, p.135.

325 - سورة الطلاق الآية 7 .

326 - أحمد إبراهيم عطية، نفقة و حضانة.....، المرجع السابق، ص.66؛ صورية غربي، حماية الحقوق المالية.....، المرجع السابق، ص.63.

327 - أنظر، زكريا البري، الأحكام الإسلامية للأسرة الإسلامية، منشأة المعارف، مصر، 1985، ص.139.

فإن مهمة القاضي في تقدير قيمة النفقة، وفق ميزان عادل ستكون مهمة صعبة وشاقة، ولكن ستكون سهلة نوعاً ما إذا حَكِّم ضميره واعتمد على عنصرين هامين هما: حال الطرفين وظروف المعاش<sup>328</sup>.

فلو تقدمت صاحبة حق في النفقة إلى المحكمة للمطالبة بنفقة شهرية قدرها 5000 دج، على زوجها الذي لا يتجاوز دخله الصافي هذا المبلغ أو يقل عنه، فإن القاضي لا يستطيع أن يحكم لها بما طلبت، أما إذا تقدمت صاحبة حق في النفقة وطالبت الحكم لها بنفس المبلغ السالف الذكر على زوجها الذي يبلغ دخله عادة أكثر من 40000 دج فيحكم لها بذلك المبلغ حتى وإن عارض الزوج ذلك<sup>329</sup>.

ولقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15 ديسمبر 1980، على أن تقدير النفقة موكول لرأي القاضي، على أساس إمكانيات الزوج المادية والاجتماعية، بعد مراعاة العادة والعرف و الأسعار الجارية في البلاد<sup>330</sup>.

وهذا ما جاء كذلك في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 16 أبريل 1970 والذي نقض قرار مجلس قضاء الجزائر بسبب فرض النفقة على الزوج دون مراعاة الوضعية المادية والاجتماعية له حيث جاء فيه: " إن عدم الإطلاع على الوضعية المادية و الاجتماعية للزوج و على مرتبه الشهري وإغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار مستوجب النقض"<sup>331</sup>.

328 - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق .....، المرجع السابق، ص.227.

329 - أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في .....، المرجع السابق، ص.66.

330 - بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات .....، ج. 2، المرجع السابق، ص.139؛ صورية غربي، حماية الحقوق المالية للناصر .....، المرجع السابق، ص.63.

331 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/04/1979، ملف رقم 19287، نشرة القضاة، 1981، ع.2، ص.108.

### ج- تعديل النفقة و تاريخ استحقاقها

إن مراعاة حال الشخص الملزم بالنفقة و حالة الأسعار أمر واجب عند فرض النفقة، لكي لا يضار أحد الطرفين أو كلاهما، لكن هذا لا يكفي بل يجب مراعاة ذلك أيضا عند التغيير الطارئ على أحدهما، لأن الأسس التي اعتمد عليها القاضي عند تقديره للنفقة غير ثابتة، بل هي متغيرة بتغير ظروف المجتمع ومتطلبات الحياة، مما يترتب عنه تغير في المستوى المعيشي مما يتطلب مراجعتها، شريطة أن يكون قد انقضى عام كامل من تاريخ الحكم بالنفقة، وبموجب طلب يقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم<sup>332</sup>.

وهذا ما استقر عليه القضاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23 أبريل 1996، والذي مفاده أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة إلا بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه يخرق القانون ليس في محله .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 27 سبتمبر 1988 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها من مصاريف المعيشة و المدرسة و أجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون<sup>333</sup>.

بالإضافة إلى هذا قد نصت المادة 80 من قانون الأسرة على أنه: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى "

332 - دليلة سلامي، حماية الطفل .....، المرجع السابق، ص.83.

333 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 136604، م.ق، 1997، ع.2، ص.89؛ نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص.280.



ومن ثم، فإن تاريخ بداية استحقاق النفقة يكون من تاريخ تسجيل الدعوى في كتابة الضبط بالمحكمة. وفي حالة تقديم بينة للقاضي بعدم النفقة، فإن القاضي يحكم بها بأثر رجعي إلى ما قبل رفع الدعوى لمدة لا تتجاوز السنة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها لكن كلها متعلقة بنفقة الزوجة<sup>334</sup>.

ونظرا لأهمية النفقة بالنسبة للقاصر خاصة، فقد جعلها المشرع مشمولة بالنفذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف في المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي جاء فيها: "يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يتوقف بسبب ممارسته. باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة"<sup>335</sup>، فبمجرد استخراج نسخة من الحكم وتبليغها إلى المحكوم عليه يكون ملزم بالتنفيذ.

هذا بالنسبة لدعوى النفقة، أما عن دعوى مراجعة النفقة، وما إذا كانت مشمولة بالنفذ المعجل أم لا، في هذه الحالة ظهر رأيين :

الرأي الأول: الذي يقول بعدم الحكم بالمراجعة مع النفاذ المعجل لعدم توافر عنصر الاستعجال، ولكون النفقة مضمونة بالحكم محل المراجعة، ذلك أنها تسري من يوم النطق بالحكم.

334 - المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 1989/12/25، ملف رقم 57506، م.ق ، 1991 ، ع. 3 ، ص.65؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59967، قرار غير منشور، مقتبس عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد .....، المرجع السابق، ص.154.  
335 - أنظر، قانون رقم 09.08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع. 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

الرأي الثاني: الذي يقول بالحكم بالمراجعة مع النفاذ المعجل إذا طلبه الخصوم، فما دام المراجعة متعلقة بالنفقة فسوف تأخذ نفس الحكم، كما أن الحكم الذي سينفذ هو الحكم الجديد الخاص بمراجعة النفقة<sup>336</sup>، ونحن نرجح بحق الرأي الثاني لما فيه حماية للقاصر .

ورغم ما جاء به المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف، إلا أنه من الناحية العملية هذه النفقة غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة القاصر وتربيته و تعليمه، ففي محكمة سيدي بلعباس مثلا صدر أمر استعجالي حول النفقة المؤقتة للأم وأبنائها تقدر ب 3000 دج الخاصة بالنفقة الغذائية شهريا و3000 دج الخاصة بالإيجار شهريا ونحن نعلم أن الإيجار أكثر من هذا المبلغ<sup>337</sup>.

فهذه النفقة لا تعتبر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر<sup>338</sup>،

ورغم أهمية النفقة إلا أنها غير دائمة ، لأنها قد تسقط لأي سبب من الأسباب ؟

## المطلب الثاني

### مسقطات النفقة على الأب

يعتبر دين النفقة من الديون الممتازة، ذات الأهمية الكبيرة التي تقسم و تعطى لأصحابها قبل استيفاء الورثة حقوقهم، وهذا ما تنص عليه المادة 993 من القانون المدني و التي جاء فيها: "يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار:

<sup>336</sup> - أنظر، دلال قندوز، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18، 2007-2010، ص.118.

<sup>337</sup> - أنظر الملحق رقم 03 و 04 و 05

<sup>338</sup> - أنظر، نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2008-2009، ص.118.

- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة .<sup>339</sup>

وعليه متى استوفت نفقة الولد شروط فرضها على الأب فإن هذا الأخير يبقى ملتزماً بأدائها حتى يطرأ سبب من الأسباب التي تؤدي إلى سقوطها.

وهذه الأسباب منها ما يؤدي إلى سقوط النفقة بصورة تامة ( الفرع الأول )، ومنها ما يؤدي إلى سقوطها عن عاتق الملتزم بها وانتقالها إلى من يليه في المسؤولية عنها ( الفرع الثاني )، ومنها ما هو متعلق بضیاع النفقة و الإبراء منها ( الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### أسباب سقوط النفقة بصورة تامة

تسقط نفقة الصغير بصورة تامة ونهائية إذا توفر أحد الأسباب التالية والمتمثلة في وفاة الولد (أولاً)، يسر الولد ( ثانياً)، بلوغ الذكر سن الرشد وزواج الأنثى ( ثالثاً).

### أولاً: وفاة الولد

تعتبر الوفاة من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط نفقة الولد بصورة تامة وهو أمر طبيعي لأن النفقة إنما تجب لسد حاجة الولد وهذه الحاجة تنتهي بموته<sup>340</sup>.

339 - وقد وردت المادة 993 من القانون المدني في القسم الثاني المعنون بحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ضمن الفصل الثاني المعنون بأنواع الحقوق الممتازة، وجاء في النص كاملاً: " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار :  
- المبالغ المستحقة للخدم، والكتابة ، والعمال و كل أجير آخر، من أجرهم و رواتبهم من أي نوع كان عن الأثني عشر شهراً الأخيرة،  
- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل و ملبس في الستة الأشهر الأخيرة،  
- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الست الأخريات.  
- وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية و المبالغ المستحقة للخرينة العامة و مصاريف الحفظ و الترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها " .

340 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.2، المرجع السابق، ص.516؛ أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع.....، المرجع السابق، ص.99.

من جانب آخر فإن النفقة من باب الصلة والبر، وهما من الأمور التي تسقط بالموت، وبناء على ذلك لا يكون لورثة الولد المطالبة بنفقته بعد موته<sup>341</sup>.

ويرد على هذا الحكم استثناء يتمثل بالحالة التي يصدر فيها حكم قضائي بفرض النفقة على المسؤول عنها، إذ تصبح النفقة في مثل هذه الحالة ديناً بمجرد صدور هذا الحكم، وبالتالي يكون لورثة الولد الرجوع بنفقته المفروضة قبل موته على الأب<sup>342</sup>.

وإذا كانت حاضنة الولد سواء كانت أما أو غيرها، قد قبضت نفقة الولد لمدة مستقبلية فمات هذا الأخير، كان للأب الذي دفع النفقة أن يرفع على القابض بما دفعه وفي هذا المعنى يقول الإمام الدسوقي في حاشيته: " بخلاف موت الولد المحضون إذا قبضت حاضنته كسوته لمدة مستقبلية فمات فيرجع الأب بكسوته عليها وكذا ما بقي من نفقته"<sup>343</sup>.

هذا بالنسبة لوفاة الولد، إلا أنه هناك سبب آخر من أسباب السقوط وهو يسر الولد.

### ثانياً: يسر الولد

إن الأصل هو أن نفقة الولد تكون واجبة في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال وجبن نفقته على الأب<sup>344</sup>.

341 - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.431.

342 - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل .....، المرجع السابق، ص.325.

343 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي .....، ج.2، المرجع السابق، ص.516.

344 - أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع .....، المرجع السابق، ص.99؛ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية ، لبنان، 1991، ص.327؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، لبنان، 2001، ص.194؛ زكي زكي حسين زيدان ، الحماية الشرعية .....، المرجع السابق، ص.202؛ مامون محمد أبو يوسف، الدفع الموضوعية .....، المرجع السابق، ص.228؛ عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر 2001 ، ص.141؛

Cf . G.CORNU , Droit civil , La famille , 7 éme édition , Montchrestien , Paris , 2007 , p.107.

فإذا طرأ سبب من الأسباب التي تؤدي إلى يسر الصغير وغناه فإن نفقته تسقط عن وجبت عليه بعد فقر الصغير لتعود في مال الصغير لأن النفقة تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة<sup>345</sup>.

وهذا ما جاء في المادة 75 من قانون الأسرة بقولها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، .... "، وتقابلها المادة 18 مكرر 2 من القانون 1969/25 المصري والتي تنص: " إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه " .

وقد تكلم فقهاء الشريعة عن حالة الصغير الذي له مال لكنه غائب فهو يعتبر غير موسر فيؤمر الأب بالإنفاق عليه ومن ثم الرجوع عليه بعد حضور ماله أي بعد يسره، وفي هذا المعنى يقول الامام ابن عابدين : " فلو كان للولد مال لكنه غائب فنفقته على الأب إلى أن يحضر ناله "، ويقول في موضع آخر: " ولو استغنت الأثني بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها في كسبها"<sup>346</sup>.

### ثالثا: بلوغ الذكر سن الرشد و زواج الأثني

ويقصد بالبلوغ هو انتهاء مرحلة الصغر<sup>347</sup>، ويتم معرفة ذلك بتوفر مجموعة من العلامات الطبيعية والتي قد تكون مشتركة بين الرجال و النساء، كالإنزال والإنبات والسن، ومنها ما هو خاص فقط بالنساء كالحيض و الحمل<sup>348</sup>، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري.

وقد اتفق الفقه الإسلامي على أن السن علامة من علامات البلوغ، لكنهم اختلفوا في مقدار السن التي إذا بلغها القاصر صار مكلفا، وانقسم الفقه إلى ثلاث أقسام:

345 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.9، المرجع السابق، ص.257؛ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.319.

346 - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على در .....، ج.3، المرجع السابق، ص.612؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.05، المرجع السابق، ص.223؛ مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.3، المرجع السابق، ص.359.

347 - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على در .....، ج.5، المرجع السابق، ص.97.

348 - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.8، المرجع السابق، ص.508.

القسم الأول: وهو رأي كل من الشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية ويرون لأن الصبي إذا أكمل 15 سنة صار بالغاً مكلفاً بالأحكام الشرعية، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى<sup>349</sup>.

أما القسم الثاني وهو رأي أبو حنيفة ويرى أن سن البلوغ في الذكر هو 18 سنة<sup>350</sup>، أما القسم الأخير هو المشهور عند المالكية ويرون بأنه إذا بلغ كل من الذكر والأنثى 18 سنة يكون مكلفاً شرعاً<sup>351</sup>.

غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي وحدد سن الرشد بـ 19 سنة طبقاً للمادة 40 ق.م و التي تنص: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

ومن ثم إذا بلغ الذكر سن 19 سنة كاملة، لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية تسقط النفقة عنه لكونه في هذا السن قادر على الكسب من عمله والإنفاق على نفسه وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 25 ديسمبر 1989 بقولها: " من المقرر قانوناً أنه يجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون قد خالف القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>352</sup>.

349 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع ..... ج. 7، المرجع السابق، ص. 172؛ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في ..... ج. 02، المرجع السابق، ص. 330؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج. 4، المرجع السابق، ص. 551.

350 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع ..... ج. 7، المرجع السابق، ص. 172.

351 - أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل ..... ج. 05، المرجع السابق، ص. 59.

352 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57227، م.ق، ع. 2، 1990، ص. 24.

أما بالنسبة للإناث فتسقط النفقة عنهم بزواجهن وهذا باتفاق الفقه والقانون، غير أنهم اختلفوا في حالة ما إذا كانت البنت قادرة على الكسب هل تسقط النفقة عنها أم لا؟

فبالنسبة للفقه الإسلامي فقد اختلفوا، فهناك من ذهب إلى أنه تسقط نفقة الأنتى عن أبيها بمجرد قدرتها على الكسب وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن عابدين في حاشيته " ولو استغنت الأنتى بنحو خياطة أو غزل يجب أن تكون نفقتها في كسبها كما هو ظاهر ... ولا ينافيه قولهم بخلاف الأنتى لأن الممنوع إيجارها للخدمة ونحوها مما فيه تسليمها للمستأجر بدليل قولهم لأن المستأجر يخلو بها ولا يجوز في الشرع، وعليه دفعها لإمرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة الثياب"<sup>353</sup>.

وقد خالف بقية الفقهاء الإمام ابن عابدين في رأيه هذا، إذ قالوا باستمرار نفقة البنت على أبيها إلى أن تتزوج وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن همام : " فالإناث عليه نفقتهن إلى أن تتزوج إذا لم يكن لهن مال وليس له أن يؤجرهن في عمل ولا خدمة وإن كان لهن قدرة "<sup>354</sup>.

وفي الحقيقة أن القضاء قد أخذ برأي ابن عابدين وليس رأي جمهور الفقهاء بحيث أسقط نفقة الإناث العاملات، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21 أبريل 1998 والتي جاء فيها: "من المقرر قانوناً أنه تسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما لم يتحققوا من صحة أو عدم صحة الدفع المثار من طرف الطاعن فيما يخص ممارسة البنات لحرفة الخياطة والنسيج وخاصة وأن الطاعن متقدم في السن ويعاني من أمراض مزمنة.

353 - محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار، ج.3، المرجع السابق، ص.612.

354 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.10، المرجع السابق، ص.101؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى.....، ج. 3، المرجع السابق، ص.185؛ مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.3، المرجع السابق، ص.366.

فإن قضاة بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>355</sup>.

ونحن نؤيد بحق ما جاء به القضاء الجزائري لكون عمل المرأة وحصولها على أجر يعفي والدها من التزام الإنفاق عليها ما دامت قادرة على النفاق على نفسها فإنها لا تحتاج إلى من ينفق عليها كون سبب النفقة المتمثل في الحاجة قد زال.

زد على ذلك أن السبب الذي دفع فقهاء الشريعة إلى القول باستمرار نفقة البنت على أبيها إلى أن تتزوج، هو الخوف عليها من الفتنة لكن إذا كانت الفتاة تزاول مهنة مستقلة أو في مكان معروف بالأمانة فلا ضير من ذلك، خاصة وأنه إذا فقدت هذا العمل ستعود النفقة على الأب.

## الفرع الثاني

### أسباب سقوط النفقة بسبب الأب

إن من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط النفقة عن الأب هو وفاته أو إعساره، فبالنسبة للوفاة فهذه الأخيرة تسقط النفقة وتنتقل إلى من يليه، لكن في حالة صدور حكم قضائي قبل وفاة الأب فإن النفقة في مثل هذه الحالة تصبح دينا ثابتا ويستطيع صاحب الحق فيها أن يطالب بدفعها من تركته بعد وفاته<sup>356</sup>.

ونشير هنا بأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الحالة، ونفترض أنها متروكة للقواعد العامة ما دامت النفقة إلتزام مدني ملقى على عاتق من تجب عليه النفقة وبهذا المفهوم فيسقط الإلتزام بوفاة أحد الأطراف<sup>357</sup>.

<sup>355</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189258، مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص.200.

<sup>356</sup> - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل .....، المرجع السابق، ص.325؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج .....، ج. 5، المرجع السابق، ص.187.

<sup>357</sup> - أوريدة بوترفة، وجوب النفقة .....، المرجع السابق، ص.128.



أما بالنسبة للإعسار فكما قلنا سابق من شروط وجوب نفقة الولد على الأب أن يكون هذا الأخير موسرا بأن يكون ذا مال يستطيع الإنفاق منه على الولد أو يكون قادرا على الكسب.

فإذا طرأ سبب من الأسباب التي تؤدي إلى إعسار الأب بعد أن كان موسرا كأن تهلك أمواله أو يعجز عن الكسب لمرض أو نحوه، فإن هذه النفقة تسقط عن الأب لتنتقل إلى من يليه في المرتبة<sup>358</sup>.

وإذا عجز الأب عن الإنفاق على أولاده الصغار بعد أن كان موسرا وجبت نفقتهم على من يليه وتكون النفقة في هذه الحالة دينا على الأب يرجع بها عليه من دفعها عند يساره، بخلاف ما إذا أعسر من وجبت عليه النفقة إذا كان غير الأب فإذا دفعها من يليه فليس لهذا الأخير الرجوع على الأول بما دفعه عند يساره<sup>359</sup>.

### الفرع الثالث

#### سقوط النفقة بضياعها والإبراء منها

إن سقوط النفقة بسبب أحد الأسباب المذكورة سابقا لا يطرح إشكال وإن المشكل يكمن في حالتين مهمتين لم يتكلم عنهما المشرع الجزائري و هما ضياع النفقة (أولا)، والإبراء من النفقة (ثانيا).

#### أولا: ضياع النفقة

المقصود بها أن يكون الملزم بالنفقة قد أداه، غير أنها فقدت أي ضاعت لأي سبب من الأسباب، في هذه الحالة لا بد أن نفرق بين أمرين:

358 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.433؛ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل.....، المرجع السابق، ص.326؛ زكريا البري، الأحكام الإسلامية.....، المرجع السابق، ص.221.

359 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.05، المرجع السابق، ص.223.

الأمر الأول: هو إذا كانت هذه النفقة عبارة عن أجر من الأجور، التي تؤدي مقابل القيام بعمل للصغير كأجر الرضاع والحضانة . ففي هذه الحالة تسقط النفقة، ولا يمكن الرجوع بها على الملزم بالنفقة والمطالبة بأدائها، مادام من جهة أن صاحب الأجر قادر على القيام بالعمل، ومن جهة أخرى سقوطها لن يؤثر في حماية القاصر .

أما الأمر الثاني: فهو ما إذا كانت هذه النفقة خاصة بالقاصر لفقره ولحاجته إليها، فهنا في هذه الحالة لا تسقط النفقة، وإذا ضاعت أو سرقت أو هلكت يجب على الملزم بها أن يقوم بأداء نفقة بديلة عن الأولى، وليس للملزم بالنفقة أن يدفع بسابقة أداء النفقة<sup>360</sup>، وهذا في الحقيقة يحقق حماية كاملة للقاصر.

#### ثانيا: الإبراء من النفقة

يرى الفقه بأن للأُم أو الزوجة أن تبرئ الأب من نفقة القاصر نظير طلاقها، بمعنى أن يكون هذا الإبراء عوضا عن الطلاق، لكن الفقه وضع شرطين لكي يكون الإبراء صحيحا :

#### أ - أن يكون الإبراء نظير الطلاق:

بمعنى أن يكون هناك إيجاب من طرف الزوجة بالإبراء، وقبول من طرف الزوج بالطلاق<sup>361</sup>.

#### ب - أن يكون الإبراء من النفقة محدد بوقت:

أي عند الإبراء يتم تحديد المدة التي تستطيع الأم أن تتحمل فيها النفقة، والسبب في ذلك هو أن النفقة قد يحتاجها القاصر لمدة طويلة، وإطلاق الإبراء بدون ذكر المدة فيه ضرر للقاصر خاصة في حالة إعسار الأم .

<sup>360</sup> - أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع .....، المرجع السابق، ص.96-99.

<sup>361</sup> - أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع .....، المرجع السابق، ص.103.

ومن ثمّ، إذا كان هناك تجهيل للمدة، فللأم رغم قبولها بذلك لها الحق في المطالبة بنفقة أولادها عند إعسارها، ويرى المالكية بأن الطلاق في هذه الحالة يقع لكن التزام الأم يُبطل<sup>362</sup>.

أما بالنسبة للقضاء في الجزائر، فقد حسم الأمر في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2004/01/21<sup>363</sup> وعللت قرارها: "... يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال ولما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد، ولما كان القرار أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب وعليه فإن هذين الوجهين يكونان على أساس ويتعين معه نقض القرار دون إحالة...".

وهذا على خلاف أجره الإرضاع والحضانة فيمكن للزوجة أن تبرئ منهما الزوج لأنهما حقها... فللحاضنة إبراء والد الصغير من الأجور المستحقة ( وهما الرضاع والحضانة )، عليه نظير الطلاق حتى ولو كانت حاملا لم ينفصل الحمل عنها وقت التنازل<sup>364</sup>.

ونفس الشيء بالنسبة للإبراء عن طريق المقاصة، فنفقة الولد هي حقه وليس للحاضنة إلا ولاية المطالبة بها وإنفاقها عليه ومن ثم لا تسقط نفقة الولد عن الأب بدين له على الأم فلا تسقط، مثلا يبدل للخلع ولا يغيره من سائر ديونه عليها وعلى ذلك لا يجوز للأب طلب المقاصة بين نفقة ولده وبين دين له<sup>365</sup>.

<sup>362</sup> - أنظر، الموقع: [www.startimes.com=26479086](http://www.startimes.com=26479086)

<sup>363</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2004/01/21، ملف رقم 311458، م.م.ع، 2004، ع. 2، ص. 381.

<sup>364</sup> - أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة.....، المرجع السابق، ص. 72.

<sup>365</sup> - وفي هذا المعنى جاء في حاشية الرملي: "ولو اختلعت نفسها من زوجها بمهرها ونفقة ولدها عشر سنين و هي لا تقدر على نفقة ولدها فلها أن تطالب الزوج بنفقة الولد لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد عنه بدين له عليها كما إذا كان له عليها دين آخر وهي لا تقدر على قضاؤه لا تسقط نفقة الولد؛" شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج.....، ج. 07، المرجع السابق، ص. 198.

هذا بالنسبة للحق المالي الأول الذي يربط الأب بولده، لكن هناك حقوق أخرى لا تقل عن النفقة في أهميتها وهذا ما سنراه في المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### أحكام الأبوة في التملك

إن حق التملك يعتبر من الحقوق العامة لكل فرد، وهو يندرج تحت مبدأ دستوري المتمثل ضمن الحريات العامة، بحيث لكل شخص حق التملك<sup>366</sup>، والذي تنص عليه صراحة المادة 52 من دستور 1996 على أنه: "الملكية الخاصة مضمونة".

إذ يميز هذا الحق لصاحبه، في أن يتملك أموال بقوة القانون و يعتبر الدستور ضامنا له، سواء كان هذا الشخص رجلا أو امرأة، بالغا أو قاصرا<sup>367</sup>، فالشخص قد يتملك أموال بالعمل كما قد يحصل عليها عن طريق الميراث و الوصية والهبة.

ويحتل الإرث في المرتبة الرابعة للاستحقاق في التركة، إذ يستوفي أولا من التركة ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته، ثم سداد ديونه، ثم تنفيذ ما أوصى به في القدر المسموح به، وما يتبقى بعد ذلك من التركة يكون محلا للإرث، أما ما تصرف فيه الشخص قبل وفاته بطريق الهبة إذ استوفت الهبة شروط صحتها وشكها القانوني فإنه يخرج من ملك الشخص بمجرد تمام الهبة.

فأحكام الميراث (المطلب الأول) والوصية والهبة (المطلب الثاني) سيتم دراستها في محور واحد ضمن أحكام الأبوة لكونها مرتبطة مع بعض من جهة، ومن جهة أخرى بكونها من أسباب التملك للأب والإبن.

366 - صورية غربي، حماية الحقوق المالية .....، المرجع السابق، ص.71.

367 - أنظر، كمال بقداد، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 1999، ص.1.

## المطلب الأول

### أحكام الأبوة في الميراث

إن علم الميراث<sup>368</sup> علم جليل القدر، عظيم الفائدة، تتجلى أهميته في أنه يتولى تقسيم الأموال تقسيماً عادلاً مما يؤدي إلى القضاء على الأطماع والنزاعات بين الورثة، إذ بغير قواعد الميراث، تكون التركات مرتعاً لأطماع الورثة، مما يؤدي إلى حصول المظالم والمكائيد، ولأهميته البالغة، حيث الرسول صلى الله عليه وسلم على تعلمه وتعليمه لقوله عليه الصلاة والسلام: "تعلموا الفرائض فإنها من دينكم، وعلموها للناس، فإنها نصف العلم، وإنها تنسى، وإنه أول ما ينزع من أمتي"<sup>369</sup>.

ويعرف الميراث<sup>370</sup>، بأنه خلافة عن الميت حقيقة أو حكماً في ماله، بسبب زوجية أو قرابة

368 - ويسمى بعلم الفرائض، والفرائض جمع فريضة، بمعنى الفرض والتقدير، فنصيب الوارث مفروض ومقدر من قبل الله عز وجل، ويلقب المختص في هذا العلم بـ "الفرضي"، و"الفريض"، و"الفراض"؛ سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.9؛ كمال حمدي، الميراث والهبة والوصية، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2005، ص.13.

369 - الحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج.03، المرجع السابق، ص.622.

370 - والميراث لغة: هو مصدر لفعل "ورث" يرث يرثا، يقال ورث فلان أباه، و يرث الشيء من أبيه، فكل من الميراث و الإرث في الأصل مصدر للفعل المذكور، ومعناها واحد وهو البقاء و انتقال الشيء من شخص لآخر. وهذا الميراث يستمد مصدره من القرآن والسنة، فالقرآن أعطى للميراث أهمية بالغة، إذا فصلها تفصيلاً يكاد كاملاً في العديد من آياته ومن بينها قوله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وقوله كذلك في الآية 7 و 8 من سورة النساء: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا، وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾.

وقوله في الآيات 11 و 12 و 176: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِلِلِّأَوْلَادِكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُلِّ الرُّبْعِ مِمَّا تَرَكَتُمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمَا مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ وقول جل جلاله: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضَلُّوا وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾.

أو أولاد و بدون مانع شرعي<sup>371</sup>، ويكون ذلك ضمن شروط معينة وهذا ما سنتكلم عنه في الفرع الأول ثم ننتقل بعد ذلك إلى أحوال الأب في الميراث.

## الفرع الأول

### أسباب الميراث وشروطه وموانعه

حتى يتم التوارث يجب أن تكون جميع الأركان متوفرة، وهي بداية من المورث والمقصود به الميت حقيقة أو حكما، والوارث وهو الذي يستحق الإرث هو في هذا الموضوع الأب، بالإضافة إلى الركن الأخير والمتمثل في المورث، وهو الذي يتركه المورث من مال و حقوق<sup>372</sup>.

وميراث الأب في الشريعة والقانون يكون وفق أسباب (أولا) وشروط (ثانيا)، بالإضافة إلى أنه تكون خاليا من موانع الميراث (ثالثا).

### أولا : أسباب الميراث

إن أسباب الميراث في الفقه الإسلامي ثلاثة، الموجود منها إثنان وهما حق القرابة والزوجية، وقد نص عليهما المشرع الجزائري في المادة 126 من قانون الأسرة بقوله: "أسباب الإرث: القرابة، والزوجية".

أما السنة النبوية الشريفة فقد جاء عن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"، وقوله: ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر...، وقوله: "من ترك مالا فلورثته" ... إلخ؛ العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.11-23-25.

<sup>371</sup> - أنظر، محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل .....، المرجع السابق، ص.7؛ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.221.

<sup>372</sup> - أنظر، عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص.167.

وقد اقتصر القانون في هذه المادة على القرابة والزوجية باعتبار أن الولاء هو سبب تاريخي لم يعد له وجود ولا اعتبار في هذا الزمن<sup>373</sup>.

فبالنسبة للزوجية فالمقصود بها الزوجية الصحيحة القائمة بين الزوجين حقيقة أو حكما، وهذه الزوجية توجب الميراث وإن لم يوجد دخول و لا خلوة بين الزوجين ، ويكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض<sup>374</sup>، وهذا ما جاء في المادة 129 من قانون الأسرة بقولها: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء".

فإذا وقع الطلاق بينهما وانقضت عدته فلا ميراث بينهما لأن الطلاق أصبح بائنا ويزيل الزوجية، إلا في طلاق الفار وهو طلاق المريض مرض الموت، فإن كان الطلاق رجعيا وقع الميراث بينهما لأن الزوجية لا تزال قائمة طبقا للمادة 132 من قانون الأسرة<sup>375</sup>.

ولا يقع التوارث بالنكاح الفاسد كالزواج من غير ولي أو شهود، ولا ميراث بالنكاح الباطل كنكاح المتعة ونكاح الشغار ونحوهما، حيث جاء في المادة 131 من قانون الأسرة بقولها: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين"<sup>376</sup>.

373 - الولاء هو العلاقة التي يحدتها العتق بين المعتق ومن حرره من العبودية، وهو حكم ام يبق له أثر لانعدام العبودية في أغلب الأقطار، و يقرر الملكية في مشهور المذهب توريث بيت مال المسلمين ومنه توريث عموم المسلمين، إذ جاء عنهم قولهم "بيت مال المسلمين، فهو وارث العين على مشهور المذهب، ولهذا منع من لا وارث له معنا أن بوصي بكل ماله، وولايته ولاية عامة وهي ولاية الإسلام وقد ذكرها ابن رشد وابن شاس، وغيرهما، وهذا عملا بظاهر قوله تعالى وبجامع ولاية الإسلام أو الإيمان بينهم ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ ، سورة التوبة الآية 71.

ويشترط لمالكية لتوريث بيت المال إذا كان الوالي يصرفه في وجوهه، فإن كان يصرفه في غير وجوهه فإنه يتصدق به و قيل يرد لذوي الأرحام "وعملا بما نقله الباجي عن ابن القاسم أنه قال: "من مات ولا وارث له، يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرج في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه"؛ أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ...، ج.24، المرجع السابق، ص.293؛ عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث و الهبة و الوصية و الوقف، ط.2، دار قرطبة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص.14.

374 - أنظر، كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، منشأة المعارف، مصر، 2015، ص.23.

375 - تنص المادة 132 ق.أ على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث".

376 - أنظر، عبد العزيز عزة، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.4، دار هومه، الجزائر، 2015، ص.50.

أما بالنسبة للقرابة كسبب من أسباب الإرث وهو الأمر المرتبط بموضوعها، فالمقصود بها صلة تربط الوارث بمورثه، سببها الولادة وهي تشمل كل أنواع الورثة من أصحاب الفروض والعصبة وذوي الأرحام، ومن بينهم رابطة القرابة بين الأب والولد<sup>377</sup>.

### ثانيا: شروط الميراث

يشترط لانتقال الميراث من المورث إلى الأب الوارث توفر شرطين وهما موت المورث ( أ )، وحياة الأب الوارث (ب).

#### أ- موت المورث:

وقد نصت على ذلك المادة 127 من قانون الأسرة بقولها: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

ويعني موت المورث موته حقيقة أو حكما، فموت المورث حقيقة أي أن يثبت ذلك مشاهدة وعيانا ويتمكن الناس من معرفة وفاته حقيقة أو بدفن جثته في مقابر المسلمين، أما وفاته حكما فمثل المفقود<sup>378</sup> الذي يحكم القاضي بوفاته<sup>379</sup> بعد مدة معينة من فقدته وبحسب أحواله، أما تقديرا فمثل الجنين الذي يسقط بضرب فهل بتقديره حيا حتى تورث عنه غرته أي دية جنايته أم لا؟

فالأحناف قالوا بامتلاكه الغرة وميراثه من مورثه قبل الجناية عليه، لأنه قدر حيا في هذه المرحلة، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فإنهم قالوا بعدم ميراثه ولكنه يملك الغرة فهو يورث ولا يرث، للشك في حياته<sup>380</sup>.

377 - كمال حمدي، الموارث.....، المرجع السابق، ص. 23؛ عبد العزيز عزة، أحكام التركات....، المرجع السابق، ص. 50؛ عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث.....، المرجع السابق، ص. 15؛ سعيد بوزيري، أحكام الميراث.....، المرجع السابق، ص. 20.  
378 - وقد عرفت المادة 109 من ق.أ.المفقود بأنه: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

379 - كمال حمدي، الموارث.....، المرجع السابق، ص. 51.

380 - أنظر، أحمد الغندور، الميراث في الإسلام والقانون، القاهرة، 1955، ص. 51.



وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري برأي ثالث للفقهاء، هو رأي ربيعة الرأي والليث بن سعد بأن الجنين لا يرث ولا يورث لاعتباره ميتا ولا مجال للحياة التقديرية عندهما، وإنما تكون الغرة ملكا لأمه لأن الجنانية وقعت عليها والجنين بعض أجزائها، ما دام لم ينفصل في أجله حيا فهي تعويض للأم، ولم يعتبر قانون الأسرة الموت التقديري المبني على الحياة التقديرية<sup>381</sup>.

### ب- حياة المورث:

وقد نصت على هذا الشرط المادة 128 من قانون الأسرة بقولها: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون:

- الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث.

- وعدم وجود مانع من الإرث".

وعليه فإن تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه هو الشرط الثاني للميراث سواء كان ذلك حقيقة أو حكما، فالحقيقة ما تبين بالمشاهدة والبيئة، أما الحياة التقديرية فمثل الحمل<sup>382</sup> الذي يكون في بطن أمه وقت وفاة مورثه<sup>383</sup>، وهو يخرج عن موضوعنا.

<sup>381</sup> - عبد العزيز عزة، أحكام التركات...، المرجع السابق، ص. 51-52؛ العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 60-61.

<sup>382</sup> - سعيد بوزيري، أحكام الميراث...، المرجع السابق، ص. 22؛ عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث...، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>383</sup> - يعرف الحمل لغة: بأنه مصدر حملت تحملا حملا، ويقال للمرأة حامل وحاملة ومنه قوله تعالى: ﴿وَصَبَّأْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّ كُرْهُمَا وَوَضَعَتْهُ كُرْهُمَا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، سورة الأحقاف، الآية 15.

أما اصطلاحا: فهو ما في بطن الأم من ولد، ذكر كان أو أنثى؛ عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 189.

والحمل، وإن كانت حياته حياة مستقبلية، إلا أن الشريعة قد حفظت حقه من الميراث إذا مات له قريب وهو لا زال حملا، وذلك باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون؛ عبد الحق منصور، حقوق الطفل الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط. 1، دار قرطبة، الجزائر، 2005، ص. 58.

## الباب الثاني: أحكام الأبوة في المسائل المالية.....

لكن هذا الجنين لا بد أن تتوفر فيه شروط، وهو ما تنص عليه على التوالي كل من المادة 128 والمادة 134 من قانون الأسرة، فتنص المادة الأولى:  
"يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون:

- الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث.

- وعدم وجود مانع من الإرث"، أما المادة الثانية فقد قررت ما يلي: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

ومن هاتين المادتين نستشف الشروط التالية:

أ - ثبوت وجود الحمل:

وهذا يعني أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه أو خارجه كأطفال الأنابيب وقت وفاة المورث بل أكثر من ذلك حتى النطفة في الرحم تجعل الجنين موجودا، وهذا ما جاء في المبسوط للسرخسي حيث قال: "إن النطفة من جملة الورثة ما لم تفسد، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.30، المرجع السابق، ص.51.

وكيفية معرفة ذلك تتم بولادته حيا في مدة الحمل المحددة في المادة 42 من ق.أ، وهي 6 أشهر كحد أدنى و 10 أشهر كحد أقصى؛ عيسى أمعيرة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2005، ص.42-45؛ عبد الفتاح تقيبة، الوجيز في الموارث والتركات، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.180.

ب - ولادة الحمل حيا:

وهذا يعني أن ينفصل الجنين من بطن أمه وهو حي حتى يثبت له الحق في التملك، وتعرف حياة الجنين بظهور أمارات الحياة كالصراخ أو العطس أو الرضاع أو نحوها، وهذا ما نصت عليه كل من المادة 134 ق.أ سابقة الذكر والمادة 25 من القانون المدني بنصها على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته .

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا " .

وقد أكد قضاء المحكمة العليا هو الآخر على لزوم ولادة الجنين حيا في قرار له بتاريخ 10 أكتوبر 1984 حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وعلى هذا الأساس كان تتمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب، خاضعا هو الآخر لشروط الولادة حيا. ومتى تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحضى من طرف القضاء بالاعتراف في الاستحقاق التعويضي عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفضه الطلب وقضائه بصرف الأم لما تراه مناسبا يكون قد أنكر حقا مكتسبا أقره القانون ومن ثمة أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقض"؛ المحكمة العليا، غ.م، 10/10/1984، ملف رقم 35511، م.ق، 1989، ع.1، ص.53.

ومن خلال هذا القرار يتضح أن للجنين أهلية وجوب ناقصة لكونها متوقفة على ولادته حيا، بحيث تسمح له باكتساب بعض الحقوق المالية كالتعويض والميراث وغيرها وهو لا يزال حملا .

بالإضافة إلى ذلك و حفاظا على حق الحمل في الميراث، يرى المالكية أنه يجب أن يوقف توزيع التركة، حتى تضع الأم حملها، ذلك لأن مدة الحمل معلومة، يمكن انتظاره فيها دون تصرف في التركة وقسمتها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.8، المرجع السابق، ص.412؛ شهر زاد

وعلى أساس وجوب ثبوت واستقرار حياة الوارث بعد موت المورث، فإنه لا يقع التوارث بين الأفراد والجماعات التي لم يعلم أمر موت أحدهم قبل الآخر كالغرقى والهدمى وقتلى الحرب والحوادث، وذلك لانتفاء العلم بمن مات منهم قبل الآخر إن كانوا يرثون بعضهم، فلو هلك والد وولده في حادث مرور دون أن يعلم من هلك قبل الآخر، سقط التوارث بينهما فلا يرث أحدهما الآخر.

وقد جاء في قانون الأسرة في المادة 129 منه بقولها: "إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا".

### ثالثاً: موانع الميراث

نصت على هذا الشرط المادة 2/128 من قانون الأسرة بقولها: "ويشترط لاستحقاق الإرث أن يكون: - وعدم وجود مانع من الإرث".

---

بوسطة، الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، د.س.ن، ع. 7.ص.145.

كما أن منح الورثة أموالاً على أساس أنها ميراث لهم يجعلها عرضة للإتلاف والاستهلاك، وقد يظهر أنها ليست من حقهم بعد مجيء ذلك الحمل، وهذا قد يضر بالمصلحة المالية للحمل.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة وذلك منعا من إضرار الورثة، كما أن منع الإنسان من الانتفاع بملكه غير جائز، لكن جمهور الفقهاء قد اختلفوا في مقدار ما يوقف للحمل؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 8، المرجع السابق، ص.412.

بحيث ذهب أبو حنيفة وبعض الشافعية إلى أنه يوقف للحمل نصيب أربعة بنين أو أربع بنات لأنه يتصور ولادة أربعة في بطن واحدة، أما بعض الشافعية ومحمد بن الحسن والحنابلة فيرون بأنه يوقف للحمل ميراث اثنين لأنه هذا هو الغالب، وما زاد عن اثنين نادر، فيوقف الأكثر من إرث ذكرين أو ابنتين، أما أبي يوسف صاحب أبي حنيفة فيرى بأنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد، وحتى لا يتصرف الورثة بما أخذوه من تركة يمكن أن يحتاط له بأخذ كفيل من الورثة يضمن الوفاء؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.30، المرجع السابق، ص.52؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.8، المرجع السابق، ص.414.

وقد حصر قانون الأسرة الجزائري موانع الميراث في القتل العمد سواء كان القاتل أصليا أو شريكا طبقا للمادة 1/135 من قانون الأسرة<sup>384</sup>، بالإضافة إلى شهادة الزور التي تؤدي إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه طبقا للمادة 2/135<sup>385</sup> من قانون الأسرة والعالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية طبقا للمادة 3/135 من قانون الأسرة، أخيرا اللعان و الردة اللذان تكلمت عنهما المادة 138 من قانون الأسرة<sup>386</sup>.

ولم يتكلم المشرع عن باقي الموانع التي جاء بها الفقه الإسلامي، لكن طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة و التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، سنتكلم عن باقي الموانع وقد اختصرها العلماء في جملة وهي: " عش لك رزق " .

1- العين: وهي عدم الاستهلال، فإذا نزل الجنين من بطن أمه دون أن يستهل صارخا ، أو تبدوا عليه علامة من علامات الحياة كالبكاء أو العطس أو الحركة أو الرضاعة نحوها ، فإنه لا يرث وذلك لعدم تحقق حياته وقت وفاة مورثه<sup>387</sup>.

وقد ورد ذلك في نص المادة 134 من قانون الأسرة بقولها: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

2- الشين: الشك في الأسبقية، أي الشك في أسبقية الوفاة وذلك حين يقع الشك فيمن مات قبل الآخر هل هو الأب أو الابن، لأن من شروط الميراث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، وعلى هذا الأساس فإن من يموتون في وقت واحد أو أوقات متقاربة، و لكن لم يعلم السابق من اللاحق

384 - تنص المادة 1/135 ق.أ على أنه: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا".

385 - تنص المادة 2/135 ق.أ على أنه : "شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه".

386 - تنص المادة 138 ق.أ : "يمنع من الإرث اللعان و الردة".

387 - أنظر، مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والموارث والتركات، ج.2، ط.5، المطبعة الجديدة، سوريا، 1978، ص.59.

كالهدمي والغرقى وحوادث المرور وغيرها فلا توارث بينهم، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الشك في السابق مانعا من الميراث، حيث عده المالكية كذلك.

وذهب الحنابلة ورواية للأحناف إلى عدم اعتباره مانعا من الميراث وإنما يرث كل واحد صاحبه من أصل ما له دون ما ورثوا من بعضهم فإذا ادعى بعضهم أن صاحبهم مات بعد الآخر فإن أقاموا البينة ورث صاحبهم وإن لم يقيموا البينة و تداعوا فيما بينهم أو تعارضت البيئات خلف كل واحد منهم على إبطال دعوى صاحبه وسقط التوارث بينهم<sup>388</sup>.

3- اللام: اللعان، فإذا رمى رجل زوجته بالزنا، أو نفى نسب ولده<sup>389</sup>، وعجز عن إثبات ذلك بالبينة يجرى اللعان بين الزوجين بالصيغة الواردة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾<sup>390</sup>، فإذا تم اللعان بفرق القاضي بينهما وينفي نسب الولد عن الزوج<sup>391</sup>.

ومن ثم فلا يرث الولد من الزوج، بل يرث من أمه، لأنه نسبه منها متيقن، كما أنها ترثه أيضا، وهذا ما نص عليه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 288: "يرث ولد الزنى، وولد اللعان من أمه، قرابتها، وترثه أمه و قرابتها".

وقد نص قانون الأسرة على أن الردة واللعان كمانعين من الميراث، في المادة 138 من قانون الأسرة.

388 - أنظر، محمد محدة، التركات والموارث، دار الشهاب، الجزائر، د.س.ن، ص.51؛ مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية...، ج.2، المرجع السابق، ص.406.

389 - تنص المادة 41 ق.أ على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".

390 - سورة النور ، الآية 6.

391 - وهذا هو ولد اللعان، إذ يتفق مع ولد الزنا في كونهما لا يرثان من الزوج بل يرثان من ميراث الأم ، لثبوت نسبهما بها يقينا ، و ولد اللعان هو الذي يولد على فراش زوجية صحيحة، و يحكم القاضي - بعد اللعان - ينفي النسب من الزوج، وولد الزنا هو ثمرة علاقة غير مشروعة بين الرجل والمرأة ؛ سعيد بوزيري ، أحكام الميراث ...، المرجع السابق ، ص. 26.

4- الكاف: الكفر أو اختلاف الدين، إن اختلاف الدين بين الأب والولد يمنع من انتقال الميراث بينهما، لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"<sup>392</sup>، وحديث: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"<sup>393</sup>.

وقد أجمع أهل العلم على أن غير المسلم لا يرث مسلماً، أما ميراث المسلم من غير المسلم ففيه خلاف<sup>394</sup>، إذ يرى جمهور الصحابة كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي والفقهاء<sup>395</sup>، عدم جواز ذلك لعموم الأحاديث المانعة.

بينما روي عن معاذ بن جبل ومعاوية، وكذا علي بن الحسين وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي أنهم ورثوا المسلم من الكافر<sup>396</sup>، وذلك قياساً على جواز نكاح النساء الكتابيات والقصاص من الكافر إذا قتل المسلم.

وللعلم فإن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة ميراث المسلم من الكافر والعكس، غير أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا على الشريعة الإسلامية لإكمال النقص.

ويدخل في هذا الإطار كذلك حكم المرتد، وقد اتفق الفقهاء على أن المرتد لا يرث من غيره مطلقاً سواء كان المورث مسلماً أو يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً أو مرتداً، لأن الميراث نعمة، فيحرم

392 - رواه الجماعة ما عدا مسلم و النسائي .

393 - رواه أحمد و أبو داود ابن ماجه .

394 - كما حصل خلاف في توريث غير المسلمين فيما بينهم ، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن اختلاف دينهم لا يمنعهم من التوارث ، لأن الكفر ملة واحدة ، ثم إن الميراث ينبي على الموالاة التي تتحقق بين الكفار بقوله تعالى في الآية 73 من سورة الأنفال : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ . ويرى رأي آخر أن كل ملة مستقلة بذاتها، فلا توارث بين أهل ملتين ، لحديث النبي صلى الله عليه و سلم : " لا يتوارث أهل ملتين شيء " ؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج.9 ، المرجع السابق ، ص.352-353؛ محمد محي الدين عبد الحميد ، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية ، ط.1 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1984 ، ص.50 و ما بعدها .

395 - الأئمة الأربعة .

396 - سعيد بوزير، أحكام الميراث .....، المرجع السابق، ص. 25؛ مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني ، الأحوال الشخصية في.....، ج.2 ، المرجع السابق ، ص.303-304.

منها بسبب جنائته على الإسلام<sup>397</sup>، أما توريث الغير من ميراث المرتد فهو محل خلاف.

فقال الحنفية بأنه يرث المسلمون من الرجل المرتد ما اكتسبه في حال الإسلام، وأما ما اكتسبه في حالة الردة، فيكون فيئا لبيت مال المسلمين، وأما المرتدة فجميع تركتها لورثتها المسلمين.

ولم يفرق الصحابان بين المرتد والمرتدة، وقالوا: جميع تركتها في حالي الإسلام والردة لورثتهما المسلمين؛ لأن المرتد لا يقر على ما اعتقده، بل يجبر على عوده إلى الإسلام، فيعتبر حكم الإسلام في حقه، لا فيما ينتفع هو به، بل فيما ينتفع به وارثه<sup>398</sup>.

وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، لا يرث المرتد ولا يورث كالكافر الأصلي، بل يكون ماله فيئا لبيت المال، سواء اكتسبه في الإسلام، أم في الردة، لأنه برده صار حربا على المسلمين، فيكون حكم ماله كحكم مال الحربي، هذا إن مات على رده، وإلا فماله موقوف، فإن عاد إلى الإسلام فهو له<sup>399</sup>.

5- الرأ: الرق أو العبودية، وهو حكم انعدم وجوده في الدول الإسلامية بل و في العالم بأكمله<sup>400</sup>.

6- الزاي: ولد الزنا، فالزنا هو طريق الوطء غير المشروع يمنع كل من ولد بهذا الطريق من ميراث الزاني ولو اعترف الرجل به، لأنه طريق غير مشروع فلا تثبت به الأحكام الشرعية والحقوق ويوجب الحد والعقاب، وميراث ولد الزنا لا يكون إلا من أمه لأنه غير ثابت النسب لأبيه، ويرث ولد الزنا أبناؤه تعصيا أو فرضا، كما يرثه إخوته وهم إخوة لأم لا يتجاوزون الثلث، وترثه أمه ولا تتجاوز

397 - أنظر، حسن صبحي عبد اللطيف، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الرسالة، الإسكندرية، د.س.ن، ص.75.

398 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.265.

399 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.266.

400 - هو حكم قديم زال تأثيره في هذا العصر، فلا يرث العبد مورثه الحر، لأن العبد ليس له أهلية التصرف و التملك و ما ملكه هو ملك سيده، وإذا ورت من أهله فإن ماله سيؤول إلى سيده ونكون بذلك قد أدخلنا وارثا أجنبيا على تركة ليس له سبب شرعي في الوصول إليها و هو مالك العبد.

الثالث، فإن بقي له شيء من المال فإنه لبيت المال<sup>401</sup>.

7- القاف : القتل العمد و قد تكلم عنه قانون الأسرة في المادة 1/135 منه ، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا<sup>402</sup> ، فإذا قتل الوارث مورثه فإنه لا يرث منه إذا القاتل قد بقصد من قتل مورثه استعجال ارثه فيعاقب بجرمانه منه معاملة له بنقيض مقصوده ، و لأن الميراث نعمة ، لا تنال بالمحظور وهو القتل، وقال صلى الله عليه وسلم: " ليس للقاتل ميراث"<sup>403</sup>.

وقد اتفق فقهاء الإسلام على أن القتل مانع من الإرث ولم يشذ عن هذا الإجماع غير الخوارج، إلا أن رأيهم شاذ يأباه العقل .

غير أن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك في نوع القتل المانع من الميراث، فيرى الحنفية أن القتل الذي يمنع من الميراث هو القتل الذي يجب فيه القصاص أو الكفارة مع الدية، ويتحقق ذلك في القتل العمد، وشبه العمد، والقتل الخطأ، والجاري مجرى الخطأ، ولا يتحقق في القتل بالتسبب والقتل بحق<sup>404</sup>.

401 - مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية...، ج.2، المرجع السابق، ص.522؛ العربي بلحاج، أحكام الموارث ..، المرجع السابق، ص.64.

402 - عبد العزيز عزة، أحكام التركات.....، المرجع السابق، ص.55.

403 - رواه مالك في الموطأ وأحمد بن ماجه؛ كمال حمدي، الموارث ...، المرجع السابق، ص.28.

404 - فالقتل العمد عند أبي حنيفة هو الضرب قصدا بالمحدد من السلاح أو ما يجري مجراه في تفريق أجزاء البدن كالمحدد من الخشب أو الحجر، وعند الصحابين و الأئمة الثلاثة الآخرين : هو الضرب قصدا بما يقتل به غالبا ، و إن لم يكن محمدا كحجر عظيم.

وأما الذي يوجب الكفارة فهو إما شبه العمد : كأن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا ، و إما الخطأ : كأن رمى إلى الصيد فأصاب إنسانا أو انقلب في النوم على آخر فقتله ، أو سقط من سطح عليه ، أو سقط عليه حجر من يده فمات ، أو وطئ الراكب بدابته أحدا.

والقتل بحق : مثل قتل المورث لتنفيذ القصاص أو الحد بسبب الردة أو الزنى حال الإحصان ، و القتل دفاعا عن النفس، و قتل العادل مورثه الباغي بإتفاق الحنفية، وبالعكس عند أبي حنيفة و محمد و هو قتل الباغي مورثه العادل مع الإمام ، فلا يجرم ذلك أصلا و القتل بعدر، كقتل الزوج زوجته أو الزاني بما عند التلبس بالزنا ؛ لفقده الشعور و الاختيار حينئذ، وكالقتل الذي يتجاوز به حدود الدفاع الشرعي ، لأن أصل الدفع لا يمكن ضبطه، فيعفى عن التجاوز فيه.

والقتل بالتسبب هو ما لا يباشره القاتل ، كحفر بئر أو وضع حجر في غير ملكه .

والقتل الصادر من غير المكلف، هو القتل من الصبي أو المجنون، ففي هذه الأنواع الأربعة لا يجرم القاتل من الميراث؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص.261



وإذا قتل الأب ابنه عمداً، وإن لم يثبت به قصاص ولا كفارة، يحرم من الميراث، لأن القتل في أصله موجب للقصاص، إلا أنه سقط بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يقتل الوالد بالولد"<sup>405</sup>.

ويرى المالكية أن القتل المانع من الإرث هو قتل العمد العدوان سواء أكان مباشرة أو تسبياً، ويشمل الأمر و المحرض عليه، والمسهل له، والشريك، وواضع السم في الطعام أو الشراب، والريئة (من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل)، وشاهد الزور إذا بني الحكم على شهادته، والمكره إكراهاً، ملجئاً على قتل معصوم الدم، وحافر البئر لمورثه، وواضع الحجر في طريقه، فيصطدم به فيموت<sup>406</sup>، أما القتل الخطأ فلا يمنع من الميراث لكنه يمنع من إرث الدية<sup>407</sup>.

أما الشافعية فيرون أن القتل يمنع من الميراث بجميع صوره، سواء كان القتل مباشراً أو تسبياً، عمداً أو خطأً، بحق أو بغير حق، سواء كان القاتل عاقلاً أو غير مكلف، بل يمنع من الميراث القاضي الذي أصدر حكم الإعدام، وكذا الشاهد بعدل و المنفذ لحكم القاضي<sup>408</sup>، وهذا أوسع الآراء.

أما الحنابلة في المعتمد لديهم أن القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق الذي يجب فيه قصاص أو دية أو كفارة، ويتحقق ذلك في: القتل العند، وشبه العمد، والقتل الخطأ، والجاري مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب<sup>409</sup>.

هذا بالنسبة لأسباب الميراث وشروطه وموانعه لكن هذا لا يكفي بل لابد من التكلم عن أحوال الأب في الميراث.

405 - رواه الترميذي و ابن ماجه.

406 - أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل .....، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.422-423.

407 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج.7 ، المرجع السابق ، ص.262 ؛ سعيد بويزري ، أحكام الميراث .....، المرجع السابق ، ص.24.

408 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.262؛ عبد العزيز عزة، أحكام التركات...، المرجع السابق، ص.55؛ كمال حمدي، الموارث...، المرجع السابق، ص.29.

409 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.262.

## الفرع الثاني

### أحوال الأب والولد في الميراث

يعتبر الميراث حق للأب والولد، فكلاهما جزء من الآخر لذلك يستحق كل منهما الميراث، غير أن أحوال الأب في الميراث تختلف عن أحوال الولد فيه، خاصة وأن نصيب الأب يتغير ويختلف بوجود واختلاف جنس الأبناء، وهذا الاختلاف الجنسي يؤثر حتى في ميراث الأبناء. وهذا ما سنراه في العناصر الموالية بحيث سنتكلم بداية عن أحوال الأب في الميراث (أولاً)، ثم نتقل إلى أحوال الولد (ثانياً).

#### أولاً: أحوال الأب في الميراث

أجمع الفقهاء على أن للأب ثلاثة أحوال في الميراث وفيما يلي أثلة لما قاله الفقهاء في هذا، فقال الحنفية: "فأما الأب فله في الميراث ثلاثة أحوال فرض وعصوبة و كلاهما"<sup>410</sup>.

وقال المالكية: "وأما الأب فله ثلاث حالات يرث فيها بالفرض فقط، وحالة بالتعصيب فقط وحالة يجمع بينهما"<sup>411</sup>.

وقال الشافعية: "الأب يرث بفرض إذا كان معه ابن أو ابن ابن، وبتعصيب إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن، وبهما إذا كان بنت أو بنت ابن له سدس فرضاً و الباقي بعد فرضهما بالعصوبة"<sup>412</sup>.

وقال الحنابلة: "وللأب ثلاثة أحوال: يرث فيها السدس بالفرض وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن، وحال يرث فيها بالتعصيب وهي مع عدم الولد وولد الابن، وحال يجتمع له الفرض

410 - شمس الدين السرخسي، الميسوط ، ج.29 ، المرجع السابق، ص.144.

411 - أبي عبد الله بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعييني، مواهب الجليل .....، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.412.

412 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني ، مغني المحتاج .....، ج 3 ، المرجع السابق ، ص.14-15.

والتعصيب<sup>413</sup>.

فلقد أجمعت آراء الفقهاء على أن للأب ثلاثة أحوال في الميراث وهي:

#### أ- ميراث الأب مع الفرع الوارث

الفرع الوارث يشمل الذكر والأنثى، ويختلف ميراث الأب مع كل منهما كالاتي:

الحالة الأولى: يرث الفرض فقط، وهو السدس، وذلك إذا اجتمع مع الفرع الوارث المذكور كالابن وابن الابن وإن نزل، لا فرق بين أن يكون واحدا أو متعددا، ولا فرق بين أن يكون مع الابن أو ابن الابن وارث آخر أولا يكون، وإذا كان معه فرع وارث آخر فلا فرق بين أن يكون من نبات الميت أو أبنائه أو آخر أو غيرهن، والدليل قوله تعالى: ﴿وَأَبْوَاهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾<sup>414</sup>.

وجه الدلالة من الآية أنها أوجبت السدس للأب إذا كان للميت ولد ذكر، وما بقي فهو للولد الذكر يرثه بالتعصيب، لأن العصوبة بالبنوة مقدمة على العصوبة بالأبوة، فلم يبق للأب شيء بعد ذلك يستحق التعصيب فأخذ السدس<sup>415</sup>.

هو ما نصت عليه المادة 149 من قانون الأسرة بقولها: "أصحاب السدس سبعة وهم:

1- الأب بشرط وجود الولد، أو ولد الابن ذكرا كان أو أنثى".

ومثاله: ماتت وتركت أبا وابنا، فللأب السدس وللابن الباقي تعصيبا.

413 - أنظر، عبد الحق حميش، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1988، ص.261.

414 - سورة النساء، الآية 11.

415 - عبد الحق حميش، أحكام الأب.....، المرجع السابق، ص.262.

ومثال آخر: مات وترك أبا، وبنتا وابنا، فللأب السدس والبنات والابن الباقي تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين.

الحالة الثانية: يرث بالفرض والتعصيب معا، و ذلك إذا اجتمع مع الفرع الوارث المؤنث كالبنات وبنات الابن وإن نزل أبوها، فبأخذ الأب السدس فرضا والباقي تعصيبا بعد أصحاب الفروض فروضهم إن كان هناك أصحاب فروض، وبأخذ باقي التركة إذا انفرد مع البنات بإضافة فرضه إلى السدس، والدليل هو نفس الآية السابقة.

ووجه ذلك أنه إذا كان للميت فرع وارث مؤنث، واحدة أو أكثر استحققت فرضها فقط، وما بقي بعد فرض الأب وفرضها يستحقه الأب بالعصوبة، لعدم وجود عصوبة أولى منه<sup>416</sup>، لقوله صلى الله عليه وسلم: "ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"<sup>417</sup>.

وهو ما نصت عليه المادة 150 بقولها: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له"، والمادة 2/153 من قانون الأسرة العصبية بالنفس أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الآتي:

2- جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد".

ومثاله: مات وترك بنتا، وأبا وأما، فترق البنات النصف، والأب السدس بالإضافة إلى الباقي تعصيبا، والأم السدس.

416 - عبد الحق حميش، المرجع نفسه، ص.262.

417 - متفق عليه؛ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج.6، المرجع السابق، ص.2476.

## ب- ميراث الأب مع غير الفرع الوارث

إذا اجتمع الأب مع غير الفرع الوارث كالأخوة مثلاً، أو كان معه فرع غير وارث أصلاً لا بالفرض ولا بالتعصيب كبنت البنت وابن البنت وهما من ذوي الأرحام، فإنه في هذه الحالة يرث بالتعصيب المطلق، فيأخذ المال كله، كما يرث بالتعصيب المطلق إذا انفرد كمن مات وترك أباه فقط.

أما إذا كان معه ذو فرض كزوج أو زوجة أو أم أو جدة، فيعطى الفرض فرضه، وباقي المال له لقوله تعالى: ﴿وَوَرثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾<sup>418</sup>، فكان الباقي للأب تعصيماً، يقول الطبري: "ولذلك ترك ذكر تسمية من به الثلثان الباقيان، إذا كان قد بين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعباده أن كل ميت فأقرب عصبته بها أولى بميراثه، بعد إعطاء ذوي السهام المفروضة سهامهم من ميراثه".

## ج- فروع هامة حول إرث الأب

يلاحظ من أحوال إرث الأب الفروع التالية:

1- أن الأب هو أحد الأفراد الخمسة الذين لا يجوبون عن الميراث بغيرهم.

الأب لا يحجب فرع الميت ذكراً كان أو أنثى وإن نزل، ولا يحجب الأم وإن علت، ولا يحجب الزوج ولا الزوجة، ويحجب ما عدا هؤلاء، فيحجب الجد لأنه يدلي به إلى الميت، ويحجب الأخوة والأخوات أبا كان نوعهم كما يحجب الجدة الأبوية لأنها تنتسب للمتوفي به.

3- والأب قد يحجب الأم حجب نقصان كم ثلث التركة إلى ثلث الباقي وذلك إذا كان مع الأب ومع الأم أحد الزوجين، فكانت في صورتين: الأولى الأب والأم و الزوج، والثانية: الأب والأم والزوجة<sup>419</sup>.

418 - سورة النساء، الآية 11.

419 - عبد الحق حميش، أحكام الأب .....، المرجع السابق، ص. 262.

وقد قضى بذلك عمر بن الخطاب واشتهر قضاؤه في هذه المسألة حتى عرفت المسألتان باسمه - العمريتين - وكما قضى بهذا الرأي زيد بن ثابت و عبد الله بن مسعود وغيرهم من جمهور الصحابة وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء و منهم الأئمة الأربعة<sup>420</sup>:

وإنما قضى عمر بذلك لأنه لو قبل أن الأم تأخذ ثلث التركة كلها في هذه القضية لقاربت الأم الأب أو كانت أحسن حالا منه لأنه لو قلنا أن للزوج النصف وللأم الثلث لكانت الأم ضعف الأب إذ الباقي للأب تعصبا هو السدس فقط.

ولو قلنا للزوجة الربع و للأم الثلث والباقي للأب لكانت الأم مقاربة للأب والأصل العام في الميراث أن الرجل يفضل على الأنثى، وقال ابن عباس وداود وابن سيرين<sup>421</sup> :

أن للأم الثلث في فرضها و للأب الباقي فقط لأنه عاصب في كلتا صورتين وتحليلهم أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذوي الفروض بل يقل ويكثر. ورأي الجمهور هو الراجح لقوة تعليقه وظهوره ولعمل جمهور الصحابة والأئمة به ولأنه أعدل بحسب قواعد الميراث.

### ثانيا: أحوال الولد في الميراث

إن انتقال الأموال من المورث إلى الورثة فرضا لازما، وليس للمورث أن يورث من يشاء ويجرم من

420 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي .....، ج.2، المرجع السابق، ص.410-411؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج .....، ج.3، المرجع السابق، ص.5؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع .....، ج.4، المرجع السابق، ص.416.

421 - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.4، المرجع السابق، ص.190؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع .....، ج.5، المرجع السابق، ص.57.

يشاء<sup>422</sup>، أو يقسم ما يملكه على أبنائه الذكور ويحرم الإناث، فالميراث حق للجميع سواء كان الوارث صغيراً أم كبيراً، باراً أو عاقاً .

لكن يبقى الولد يتنوع نصيبه في الميراث بين كونه ذكراً أو أنثى،<sup>423</sup> تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾<sup>424</sup>، فالذكر في هذه الحالة يأخذ أكثر من الأنثى<sup>425</sup>. والسبب ليس ظلماً للمرأة، وإنما لأن الذكر تتعدد مسؤولياته المالية اتجاه نفسه واتجاه أسرته أقاربه، وبخلاف المرأة التي أعفاها الإسلام من جميع هذه المسؤوليات، وجعل كفالتها على الرجل في جميع مراحل حياتها<sup>426</sup>.

كما أن نصيب الأولاد يفوق نصيب الأبوين، بالرغم من أنهما في درجة واحدة من القرابة، ذلك أن حاجة الأولاد أكثر فكان العطاء لهم أكبر. كما أن الأولاد ذرية ضعيفة تستقبل الحياة خاصة إذا كانوا قسراً، على عكس الوالدين اللذان على الأغلب يكون لهما مال، حتى أنه ما يرثانه يؤول لأولادها<sup>427</sup>.

فالابن هو الفرع عصبه لأبيه الأصل، والعصبة هو الوارث بغير تقدير، وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو أكثر، وإن انفرد أخذ المال كله وإن استغرقت الفروض المال سقط<sup>428</sup>.

422 - وهذا من مزايا الإسلام لأن في الجاهلية كان الميراث يقوم على ثلاثة أسباب وهي القرابة و الولاء أو المحالفة والتبني ، وأقواها القرابة، إلا أن هذه الأخيرة لا تكفي بل يجب أن تتوفر فيها شروط وهي الذكورة والبلوغ و القدرة على القتال للدفاع عن القبيلة وبهذا كان القاصر لا يرث؛ محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام ، المرجع السابق ، ص.189؛ العربي بختي، أحكام الأسرة.....، المرجع السابق، ص.221.

423 - كمال لدرع ، مدى الحماية القانونية ...، المرجع السابق، ص.189.

424 - سورة النساء الآية 11 و 12 .

425 - Cf. YAKOUT. A , La protection de l'enfant en droit algérien , R.A.S.J.E.P., 2003 , n°2 , p.78.

426 - دليّة سلامي ، حماية الطفل .....، المرجع السابق، 88-89.

427 - أنظر، محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، د.س.ن، ص.227.

428 - حيث نص المادة 150 ق.أ على ما يلي: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، إن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

والابن هو كل ذكر من الأقارب ليس بينه وبين المتوفى أنثى، أي الابن وابنه والأب وأبوه والأخ وابنه إلا من الأم، والعم و ابنه وأقرب هؤلاء الابن ثم ابنه وإن نزل<sup>429</sup>.

أما البنت الصليبية فهي البنت المباشرة للمتوفى الذي هو أبوها،<sup>430</sup> فإذا كانت وحدها ترث النصف بطريق الفرض وذلك إذا لم يكن معها ابن أو أبناء للمتوفى<sup>431</sup>.

وترث البنات فأكثر الثلثين بالسوية فرضاً، إذا لم يكن معهن ابن أو أبناء المتوفى<sup>432</sup>، وترث واحدة أو أكثر من البنات بالتعصيب إذا كان معهن ابن أو أبناء المتوفى، فيأخذ الابن مثل نصيب البنات<sup>433</sup>.

هذا بالنسبة لميراث الأب و الولد لكن ما حكم وصية وهبة ووقف الأب؟

429 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة.....، ج. 11، المرجع السابق، ص. 318.

430 - أنظر، عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 103.

431 - حيث تنص المادة 2/144 ق.أعلى ما يلي: " أصحاب النصف خمسة و هم: 2- البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً أو أنثى."

432 - حيث تنص المادة 1/147 ق.أعلى ما يلي: " أصحاب الثلثين أربعة و هن: 1- بنتان فأكثر بشرط عدم وجود الإبن."

433 - حيث تنص المادة 155 ق.أعلى ما يلي: " العاصب بغيره عو كل أنثى عصبها ذكر و هي:

1- البنت مع أخيها ،

2- بنت الإبن مع أخيها ، أو ابن عمها المساوي لها في الدرجة أو ابن عمها الأسفل درجة بشرط أن لا ترث ،

3- الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق ،

4- الأخت لأب مع أخيها لأب.

وفي كل هذه الأحوال، يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين".



## المطلب الثاني

### أحكام الأبوة في الوصية و الهبة والوقف

إن الوصية تصرف أقره الشرع الإسلامي، والقانون المدني الجزائري في المادة 775 والتي تنص: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، والتي تحيلنا هذه المادة إلى قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى المادة 776 من القانون المدني<sup>434</sup>.

ولقد رغب الشرع الإسلامي في الوصية، لأن صاحبها سيصل بها إلى الخير و الثواب في الدنيا والآخرة، ووسيلة للتعويض على ما فاته، ونفس الشيء بالنسبة للهبة التي لها أهمية كبيرة في تقوية الروابط الإنسانية والمحبة بين الواهب والموهوب، وذلك تطبيقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "تهادوا تحابوا"<sup>435</sup>، وقوله تعالى: ﴿إِنْ تَبَدُّوا الصَّدَقَاتِ فَنِعْمًا هِيَ﴾<sup>436</sup>.

لذلك نص عليهما المشرع في قانون الأسرة في الكتاب الرابع ضمن عنوان التبرعات الوصية- الهبة-الوقف من المادة 184 من قانون الأسرة إلى المادة 212 من قانون الأسرة، لكن كأحكام عامة

434 - تنص المادة 776 ق.م: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف .

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف لذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه."

435 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.12، المرجع السابق، ص.48؛ محمد بن أحمد تقيّة، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ط.1، ديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص.26.

436 - سورة البقرة الآية 271.

تطبق على الجميع، سنستخرج منها أحكام الأب في الوصية (الفرع الأول)، والهبة (الفرع الثاني) والوقف (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### أحكام الأبوة في الوصية

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة الانتشار في الحياة العملية، باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت.

لذا نجد أن قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 جوان 1984 قد عالج أحكامها ووضح شروطها في المواد من 184 إلى 201 قانون الأسرة<sup>437</sup>.

ويمكن تعريف الوصية بأنها<sup>438</sup> بأنها: "تصرف مصاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أو ينقل كل أو بعض ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال"<sup>439</sup>.

437 - أنظر، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات - الهبة - الوصية - الوقف، ط.2، دار هومه للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص.45.  
438 - الوصية لغة: اسم من أوصى يوصي إيصاء و جمعها وصايا، والوصية هب ما أوصت به فيقال أوصى الرجل و وصاه أي عهد إليه، والوصية من الوصب، فيقال وصى الشيء بالشيء وصيا أي وصله، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، فالموصي وصب ما كان في حياته بعد موته.  
ويوصيكم الله أي فرض عليكم لقوله تعالى في سورة الأنعام الآية 151: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَاكُم مِّنكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾.

وتطلق الوصية على ما يوصى به الإنسان من مال أو غيره لقوله تعالى في سورة المائدة الآية 106: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ﴾، كما تطلق على فعل الموصي وهو الإيصاء لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتِ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ...﴾.

وعليه فالوصية والإيصاء هما المدلول اللغوي ذاته، فلا فرق أن يكون الفعل تبرعا بما ل أو عهدا إلى الغير بتصرف من التصرفات؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ح.4، المرجع السابق، ص.392؛ سعد أبة جيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1988، ص.381؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.10، المرجع السابق، ص.4853؛ محمد مصطفى شبيس، أحكام الوصايا و الأوقاف، ط.4، الجار الجامعية، لبنان، 1982، ص.21.

439 - أنظر، عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن، ص.707.

وهذا التعريف جامع مانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته أي كل صور الوصية التي يقرها القانون.

أما قانون الأسرة فقد عرفها في المادة 184 من قانون الأسرة على أنه: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>440</sup>.

فالمقصود بكلمة " تملك " هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى الدار أو زراعة أرض، وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره<sup>441</sup>.

أما المراد بجملة "مضاف إلى ما بعد الموت"، فيقصد بها أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 02 فيفري 1995<sup>442</sup> على أن: " ... الوصية تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع و هي مقدنة على التركة ..."، بل أكثر من ذلك لقد اعتبر القضاء الهبة المضافة إلى ما بعد الموت وصية وفقا لقرار المحكمة العليا بتاريخ 19 أكتوبر 2005<sup>443</sup> والذي جاء فيه: "إن ملكية العقار الموهوب عند وفاة الواهب التي لم تنقل إلى

440 - يعرفها الحنفية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة"، ويعرفها المالكية بأنها: " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"، ويعرفها الشافعية بأنها: " تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت"، ويعرفها الحنابلة بأنها: "التبرع بالمال بعد الموت".

كما عرفت التشريعات الأخرى كالقانون المصري في المادة الأولى من قانون الوصية المصري لسنة 1946: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"، وكذلك القانون الإماراتي في المادة 240 من قانون الأحوال الشخصية: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموصي"، والمشعر المغربي في المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية: " الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته"، وكذلك الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"؛ نسيم شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، دار هومو، الجزائر، 2012، ص. 179؛ الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بين التشريعات العربية، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 6-7.

441 - صورية غربي، حماية الحقوق .....، المرجع السابق، ص. 97.

442 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 116375، م.ق، 1996، ع. 1، ص. 108.

443 - المحكمة العليا، غ.م، 2005/10/19، ملف رقم 307934، م.ق، 2005، ع. 2، ص. 195.

الموهوب لها بعد ولم يتم تنفيذ هذا التصرف إلا بعد وفاة الموت فإن الأصل العام الذي يعتبر كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه يأخذ حكم الوصية وبالتالي يخضع لأحكامها".

وفي الأخير يبقى لنا كلمة "تبرع"، ويقصد بها أن الوصية تتم بدون عوض<sup>444</sup>، باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته<sup>445</sup>.

وتتكون الوصية من أربعة أركان، أولا الموصي ويشترط فيه ملكية الشيء الموصى به وقد نصت المادة 186 على شروط الموصي بقولها: " أن يكون سبب العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل"، كما نصت المادة 200 من قانون الأسرة على أن الوصية تصح مع اختلاف الدين<sup>446</sup>، أما الموصى له فهو كل من يصح تملكه حقيقة كإنسان أو حكما كجمعية أو مسجد، وقد نص عليه المقنن الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة على أنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

وما يعاب على المشرع في هذه المادة أنه لم يتكلم عن حالة وفاة أحد التوأمين دون الآخر، فما مصير الوصية في هذه الحالة؟، في الحقيقة نعتقد أن الوصية تصح كلها للحي، على أساي أنها كانت للحمل الذي يولد في الحالات الغالبة على أنه واحد فقط، واستثناء يكون توأما، إثنان فأكثر<sup>447</sup>.

كما يستحسن من المشرع لو جعل هذه المادة مكاملة، بمعنى يمكن للموصي أن ينص في الوصية على نصيب كل واحد عند اختلاف الجنس في حالة التوأم، ومن هنا يمكن إضافة كلمة: "مالم ينص على خلاف ذلك في الوصية"<sup>448</sup>.

444 - أنظر، العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1990، ع.2، ص.391-392.

445 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات.....، المرجع السابق، ص.45.

446 - عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث.....، المرجع السابق، ص.146.

447 - الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث.....، المرجع السابق، ص.39.

وبالإضافة إلى الأركان السابقة هناك الموصى به وهو كل ما يمكن تملكه شرعا<sup>449</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 190 من قانون الأسرة بقولها: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، والمشرع في هذه المادة لم يتكلم عن المعاشات المختلفة التي تأتي من صندوق التقاعد أو من الجهات الأخرى، فهل ترد عليها الوصية، خاصة وإذا لم يكن للموصي من أموال سوى المعاش الذي يتقاضاه وبالتالي أراد أن يوصي به بجزء منه إلى الغير من باب البر والإحسان<sup>450</sup>.

لذلك يقترح الأستاذ بن شويخ الرشيد إضافة فقرة ثانية للمادة 190 سالفه الذكر لتشمل الوصية بالمرتبات أو المعاشات، على ألا يتجاوز المقدار الموصى به ثلث المرتب أو المعاش أو رأس مال الوفاة. وأخر ركن في الوصية هي الصيغة والمقصود بها اللفظ الدال على الوصية، أو ما قام مقامها، ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب تنفيذ ما يوصى به الأب بعد أداء الديون التي كانت عليه ويأتي تنفيذ الوصية قبل أخذ الورثة أنصبتهم من الإرث.

وقد اتفقت آراء الفقهاء في وجوب التقيد بما أوصى به الأب والعمل به فإن أوصى الأب بأداء دين أو نذر أو حج أو إعطاء فقير أو جهة معينة كالفقراء أو طلبة علم من وقف دار أو مكتبة، فمثل هذه الوصايا يجب تنفيذها والتقيد بها لأن تنفيذ الوصية من حوائج الميت<sup>451</sup>.

448 - الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث.....، المرجع السابق، ص.38.

449 - عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث.....، المرجع السابق، ص.147.

450 - الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث.....، المرجع السابق، ص.42.

451 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.29، المرجع السابق، ص.138؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي.....، ج.4، المرجع السابق، ص.408؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج.....، ج.6، المرجع السابق، ص.897؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المتوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، نحاية المحتاج.....، ج.3، المرجع السابق، ص.4؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع.....، ج.4، المرجع السابق، ص.416.

على أن لا تتعدى الوصية ثلث ما تبقى من التركة فلقد جاء في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتدّ بي، فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي قال: " لا"، قلت: فالشطر يا رسول الله، قال: " لا" قالت: فالثلث، قال: " الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكفون الناس<sup>452</sup>.

فالحديث يدل دلالة واضحة في أن الوصية لا تتعدى الثلث، وقد علل صلى الله عليه وسلم هذا الحكم بقوله خير للرجل أن يترك أولاده أغنياء من أن يتركهم عالة على الناس يسألونهم إلحاحا بسبب الوصية التي منعتهم حقهم.

لكن إذا أوصى الأب لبعض ولده دون الآخرين شيئا من المال، هل تنفذ وصيته أم أنها مردودة؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين، المذهب الأول وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإلا بطلت<sup>453</sup>، ودليلهم في ذلك أن المنع الوارد في الوصية للوارث إنما هو بسبب الورثة، فإذا رضوا بالوصية كان ذلك منهم إسقاطا لحقهم في الميراث، فجازت الوصية حينئذ للورثة وإلا فلا<sup>454</sup>.

أما المذهب الثاني فهو رأي الظاهرية ورواية لذي الشافعية، إلى أن الوصية للوارث غير صحيحة مطلقا، أجازها الورثة أم لم يجزوها<sup>455</sup>، وأدلتهم في ذلك بما روي عن أبي أمامة رضي الله عنه قال:

452 - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج.6، المرجع السابق، ص.1295.

453 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج. 7، المرجع السابق، ص.380؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج .....، ج. 3، المرجع السابق، ص.58؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج .....، ج.3، المرجع السابق، ص.49؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.7، المرجع السابق، ص.472.

454 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع .....، ج.7، المرجع السابق، ص.302.

455 - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.9، المرجع السابق، ص.316.

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"<sup>456</sup>.

ومنطقهم في هذا الرأي بأن الوصية لبعض الورثة و خاصة إذا كان أحد الأبناء فيه تفضيل و ضرر على بقية الورثة، لإيثار بعضهم على بعض، مما يؤدي إلى العداوة والبغضاء وقطع الرحم وهو حرام<sup>457</sup>، كما أنه لو صحت الوصية لوارث لانتقضت قسمة الله لهم في إرثهم، وصار بهم أكثر مما أعطاهم ، فكانت ممنوعة حتى تحفظ الفروض التي قدرها الله لأصحابها، وتصان من التغيير.

والمشعر الجزائري أخذ برأي المذهب الأول وهذا واضح في المادة 185 من قانون الأسرة لقولها: "تكون الوصية في حدود الثلث.

وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

وأكدته كذلك القضاء في قراره المؤرخ في 24 فيفري 1991، حيث جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محله يوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المورث قد أوصى لمطلقاته بثلث ما يملك وأنه ثبت لقضاة الموضوع صحة الوصية فإن عدم إدخال جميع الورثة في الخصام لا يؤثر على تنفيذ الوصية في التركة.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>458</sup>.

<sup>456</sup> - رواه أبو داود ؛ أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، عون المعبود .....، ج.3، المرجع السابق، ص.73.

<sup>457</sup> - أنظر، محمد الزحيلي، الفرائض والموارث والوصايا، ط.1، دار الكلم الطيب، دمشق، د.س.ن، ص.436.

<sup>458</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/02/24، ملف رقم 75598، م.ق، ع.1، 1991، ص.31.

وما يعاتب على المشرع أنه لم يتكلم عن حالة ما إذا أجاز بعضهم القسط الزائد عن الثلث دون البعض الآخر، وهنا يقتضي الحكم أن يسري في حق من وافق، أما من عارض عن قسط الزائد عن الثلث فلا تسري في حقه، وهو أمر مهم لا بد من التعرض له حتى لا يضر الموصى له من جهة الورثة<sup>459</sup>.

وكما قلنا سابقا في أركان الوصية أنه يصح أن يكون الموصى له جنين، وقد اتفق الفقهاء على جواز وصية الأب للحمل، ما دام صالحا لأن يكون وارثا، لكن وضعوا شروطا لصحة هذه الوصية وهي:

1 - أن يكون الحمل موجودا وقت الوصية، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري، لأنه اكتفى بذكر مادة واحدة لمعالجة موضوع الوصية للجنين وهي المادة 187 ق.أ، وبالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ وهذه الأخيرة انقسم الفقهاء فيها إلى قسمين:

القسم الأول: والمتمثل في جمهور الفقهاء، وهم كل من الحنابلة والشافعية<sup>460</sup> والطحاوي<sup>461</sup> من الحنفية، واشترطوا أن يكون الحمل موجودا حال الوصية لأنها تملك فلا تصح لمعدوم والتمليك يحتاج لشخص يضاف إليه الملك، كما أنها خلافة عن الميت كالميراث، والميراث يثبت لمن كان موجودا عند وفاة المورث<sup>462</sup>، فإذا لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية فلا تصح الوصية له.

---

459 - الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث .....، المرجع السابق، ص.37.  
460 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ...، ج.3، المرجع السابق، ص.208؛ أبي اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه...، ج.3، المرجع السابق، ص.715.  
461 - علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع ...، ج.6، المرجع السابق، ص.431.  
462 - أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطبوعات، مصر، 1994، ص.61.



ويتحقق وجود الحمل بأن تلد الحامل لأقل مدة الحمل من وقت الوصية إذا كان زوجها حيا ، أما إذا كان زوجها ميتا، أو كانت معتدة من طلاق أو وفاة، فلا تصح له الوصية إلا إذا أتت به لأقصى مدة الحمل.

أما القسم الثاني: وهم كل من الحنفية، الذين اشترطوا أن يكون الحمل موجودا من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية<sup>463</sup>، لأنه وقت نفاذ الوصية واعتبارها من حق الموصى له يكون وقت الموت، وبالتالي يعتبر وجوده في ذلك الوقت<sup>464</sup>.

أما المالكية، فلم يشترطوا هم كذلك وجود الحمل وقت الوصية، بل أجازوا الوصية للحمل الذي سيوجد، فيؤخر الموصى به إن كان حملا للوضع إذا كان موجودا، وإن كان غير موجود انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ثم ترد بعده لورثة الموصي<sup>465</sup>.

بالنسبة للقضاء لم نجد اجتهاد قضائي يتعلق بهذا الموضوع، وعليه إذا عرضت هذه المسألة أمام القضاء فهو حر في اختيار أي مذهب يناسبه، وأكثر المذاهب حماية لحق الوصية للقاصر هو المذهب المالكي.

لكن لو يستعمل القاضي القياس<sup>466</sup> بين الميراث والوصية فسوف يجد الحل، وذلك للتشابه الكبير بينهما باعتبار الوصية هي أخت الميراث حسب اصطلاح الفقهاء<sup>467</sup>.

463 - علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع ..... ج.6 ، المرجع السابق ، ص.431.

464 - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج. 28 ، المرجع السابق ، ص.86.

465 - أنظر، أبي عبد الله محمد الخرخشي المالكي، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي الخليل، ج.8، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317 هـ، ص.168.

466 - هو تطبيق نص الحالة المنصوص عليها في القانون على حالة غير منصوص عليها لتشابههما في العلة مثال: القاتل في الميراث لا يرث طبقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "القاتل لا يرث"، أما حالة الموصي و الموصى له لا يوجد نص فنطبق القياس في هذه الحالة وعليه إذا قتل الموصي الموصى له لا يرث؛ جيلالي تشوار، طرق التفسير ، محاضرة ألقيت على السنة أولى ماجستير قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

بالإضافة إلى أنه ما دام الحمل في الميراث يوجد به نص، وهو نص المادة 128 ق.أ السابقة الذكر، والذي يشترط أن يكون الوارث حملا وقت افتتاح التركة، وما دام الحمل الموصى له ليس به نص يتكلم عنه، فهو كذلك يشترط فيه أن يكون حملا وقت افتتاح التركة.

وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي في المادة 2/906 من ق.م.ف:

"Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur."<sup>468</sup>

2 - هو أن ينفصل الجنين عن أمه حيا طبقا للمادة 187 ق.أ<sup>469</sup> والتي تنص: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..."، فإن ولد ميتا بطلت الوصية لأن أهلية الوجوب لا تتحقق إلا بالوجود الكامل و بانفصاله كليا حيا .

3 - أن يوجد الجنين على الصفة التي أرادها الموصي، فإذا كانت الوصية لحمل من شخص معين، وجب لصحتها أن يثبت نسب الحمل شرعا من ذلك الشخص المعين.<sup>470</sup>

أما إذا ولد توائم، استحقوا الوصية بالتساوي ولو اختلف الجنس وذلك تطبيقا للمادة 187 ق.أ التي تنص: "... وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، وإن ولد أحدهما حي والآخر ميت كانت الوصية للحي منهما<sup>471</sup> .

لذلك من المستحسن لو أن المادة 187 ق.أ تكون صياغتها كالتالي: "تصح الوصية للحمل

بالشروط التالية:

467 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.8، المرجع السابق، ص.294؛ محمد مومن ، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت، 2004، ع.3، ص.490.

468 - المادة 906 من ق.م.ف: " ويكفي في أهلية الموصى له لقبول الوصية أن يكون حملا وقت وفاة الموصى".

469 - وهذا ما اشترطه كذلك المشرع المغربي في المادة 304 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها: "من أوصى لحمل معين وتوفي، فللورثة منفعة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له".

470 - عيسى أمعيرة، الحمل إرثه...، المرجع السابق، ص.78.

471 - أنظر، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات...، المرجع السابق، ص.54.

1 - أن يولد حيا،

2 - أن يكون موجود وقت الوصية مع مراعاة المادة 42 ق.أ،

3 - أن يوجد الجنين على الصفة التي أرادها الموصي".

ونضيف مادة 187 مكرر: "إذا ولد توائم، يستحقون الوصية بالتساوي ولو اختلف الجنس، وإذا ولد أحدهما ميت والآخر حي كانت الوصية للحي منهما.

وإذا ولد أحدهم حيا ثم مات استحق نصيبه، فإن كان الموصى به عينا كان لورثته، وإن كان منفعة عاد إلى ورثة الموصي".

هذا بالنسبة لأحكام الأبوة في الوصية، لكن ما هي أحكامه في الهبة؟

## الفرع الثاني

### أحكام الأبوة في الهبة

المشروع الجزائري على خلاف التشريعات العربية الأخرى، كالمشروع المصري الذي نص على الهبة في القانون المدني، فمشرعنا نظمها في قانون الأسرة من المادة 202 إلى المادة 212 من قانون الأسرة<sup>472</sup>.

ورغم أن التعريفات من مهمة الفقه، غير أن المشروع الجزائري قد عرف الهبة<sup>473</sup> في المادة 202 من قانون الأسرة على أنها: "تمليك بلا عوض"؛ ومن مقوماتها أنها تتم بين الأحياء، وأن يرد التصرف

472 - وقد عرف المشروع المصري الهبة في المادة 486 من القانون المدني المصري على أن: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب القيام بالتزام معين"، وهذا التعريف هو ذات التعريف الذي أورده المادة 454 من القانون المدني السوري والمادة 475 من القانون المدني الليبي... الخ؛ محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، 1987، ع. 1، ص. 552؛ جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، 1998، ع. 1، ص. 18.

على مال و بدون عوض بقصد التبرع<sup>474</sup>.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الهبة تمليك المال دون مقابل، أي من غير بدل أو عوض، وعليه فلا خلاف بينهم في جوهرها وحقيقتها، وإنما في العبارات والألفاظ<sup>475</sup>.

بحيث عرفها الحنفية بأنها: "تمليك العين بلا عوض في الحال"، أما الحنابلة والزيدية فيعرفونها بأنها تمليك في الحياة بغير عوض، والمالكية بأنها: "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض"، أما الشافعية فيرون بأنه: "تمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً"، وتعتبر الهبة عقداً من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول إلى جانب توافر ركن الحيازة، مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق<sup>476</sup>.

لكن المشرع استغنى عن ركن الحيازة في عقد الهبة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، مكتفياً بالتوثيق والإجراءات الإدارية<sup>477</sup>، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 فبراير 1982<sup>478</sup> والتي جاء فيها: "إن الهبة في الشريعة الإسلامية تنعقد وتصبح بمجرد القبول والقبض وأن المذهب

473 - الهبة لغة: هي مصدر الفعل وهب وجمعها هبات، وهبت له هبة وموهبة ووهبا إذا أعطيته، ويهب الله بمعنى يرزق، لقوله تعالى في الآية 49 من سورة الشورى: ﴿يَهَبُ اللَّهُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكَورَ﴾، فالهبة هي العطية الخالية من الأعيان والأغراض، وهي أيضا التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً؛ أي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.6، المرجع السابق، ص.4929.

474 - أنظر، رقية أحمد داود، التصرفات المالية لقديم وناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع.8، ص.110.

475 - أنظر، مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص.114.

476 - صورية غربي، حماية الحقوق المالية.....، المرجع السابق، ص.107.

477 - هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل.....، المرجع السابق، ص.174.

478 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1982/02/22، ملف رقم 26990، ن.ق، 1982، ع.خاص، ص.273.

المالكي يجعل الحيابة في الهبة من شروط الكمال غير أن الأب يجوز لابنه الصغير الذي في ولايته وللكبير السفية كما ورد في بداية المجتهد وقد ثبت من الرجوع إلى القرار المنتقد والوثائق أن الأب حاز لأولاده الصغار وقتئذ مما جعل الهبة صحيحة في حقهم خاصة أنه يظهر أن الأب اعتصر لأولاده في وقت ما...".

ومن خلال هذا القرار، يتضح أن حيابة الأب للهبة التي منحها لابنه في مكانه لا تجعل الهبة باطلة بسبب انعدام ركن الحيابة، وإنما تعتبر صحيحة ومستوفية لكل شروطها.

والجدير بالذكر أن للهبة أربعة عناصر أو مقومات وهي بداية أنها عقد يتم بين الأحياء، إذ لا بد من التقاء إرادتين لانعقادهما، بالإضافة إلى أنها تصرف في مال، فالواهب يلتزم بنقل ملكية حق دون مقابل، سواء كان حقا عينيا أصليا أو تبعا، زد على ذلك أنها تكون دون عوض، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له، ولا يمنع ذلك أن تكون بعوض فيكون المقدار المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والفرض المشترك، وأخيرا نية التبرع وهو العنصر المعنوي في الهبة<sup>479</sup>.

وعقد الهبة كالعقود الأخرى يتكون على مجموعة من الأركان، الركن الأول وهو الواهب وهو في موضوعنا الأب والمقصود به مالك العين ويشترط فيه أهلية التصرف حيث تنص المادة 203 من قانون الأسرة: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه"، وبهذا اعتبر المشرع أن الأهلية تكون ضرورية في مشب هذا التصرف، وأن مناط ثبوت هذه الأهلية، كما هو معلوم، العقل والتمييز<sup>480</sup>، فالجنون والمعتوه والسفيه لا تثبت لواحد منهم هذه الأهلية، وهذا مستخلص من عبارة "سليم العقل"، وكذا الشأن بالنسبة للقاصر، إذ أن المشرع قد اشترط في الواهب

479 - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الهبة والتركه والفرض والدخل الدائم والصلح، ج.5، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص.15-19؛ خالد سماحي، اشتراط الشكل في التبرعات، مجلة الحجية، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، جانفي 2012، ع.3، ث.180؛ مايا دقايشية، أحكام الرجوع.....، المرجع السابق، ص.123.

480 - أنظر، زكية تشوار حميدو، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009، ع.3، ص.284.

أن يكون راشداً، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 أكتوبر 1984<sup>481</sup> حيث جاء فيها: "متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً - وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى - أنه يجب على القضاء الفصل في الطلبات والدفوع المقدمة من أطراف النزاع حتى لا يحرم المجلس الأعلى من ممارسة رقابة الأحكام الشرعية والقانونية، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

إذا كان من الثابت أن النزاع - في قضية الحال - يتعلق بعقد هبة، وأن الطاعنات دفعن بأن والدهن - الواهب - كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية، ولقد كان على قضاة الاستئناف التصدي لهذا الادعاء والعمل على إثباته أو نفيه، فإنهم بالإعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البت في هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة، عرضوا ما قضوا به للنقض بسبب نقص البيان والتعليل بما فيه الكفاية، الأمر الذي لا يتحقق معه المجلس الأعلى مراقبة تطبيق أحكام الشريعة والقانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على هذا الوجه".

ويدخل في كنف القاصر بحسب المادة 43 المعدلة من القانون المدني، كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة والإشكال هنا يكمن في أن القانون المدني في المادة 43 قد اعتبر السفية قاصراً ومن ثم ناقص الأهلية، في حين أن المادة 85 من قانون الأسرة، قد اعتبرته عديم الأهلية في حالة وجوده بهذه العاهة وكامل الأهلية إذا صدر منه التصرف في الحالة المعاكسة، وهذا بقولها: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، وهذا ما أكدته المادة 107 من قانون الأسرة بقولها: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلية، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

<sup>481</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم 31833، م.ق، 1989، ع.2، ص.65.

كما أن الإشكال يثور كذلك حول مصطلح "ذا الغفلة" في نص المادة 45 المعدلة من القانون المدني، حيث حدد المشرع مركزه القانوني في القانون المدني واعتبره ناقص الأهلية، في حين أن قانون الأسرة لم يشر إليه لا في الأحكام العامة المقررة لمسألة الأهلية ولا في التصرفات الأخرى كالهبة والوصية والوقف، علما أن الفقه الإسلامي ألحق ذا الغفلة بالسفه والصغر، وهي عدم الاهتداء إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة والبلاهة<sup>482</sup>.

وأما هذا التعارض في النصوص التشريعية وهذا النقص، تنص المادة 79 من القانون المدني: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، وهنا نتساءل عن مدى تطبيق النصوص الواردة في القانون المدني بشأن تحديد الأشخاص الذين يدخلون في كنف القاصر، هل معنى ذلك أن التعارض القائم بين قانون الأسرة والقانون المدني ينبغي أن يفسر بحكم هذه النصوص على أساس قاعدة الخاص يقيد العام، ومن ثم فالسفيه هو عديم الأهلية و لا ناقصها"<sup>483</sup>.

أما الركن الثاني للهبة وهو الموهوب له والمقصود به الشخص الذي ستؤول إليه العين على أن يكون أهلا للتملك<sup>484</sup>، وفي هذا المجال اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين معرض لمنح الهبة للجنين وهم جمهور الفقهاء وبين مؤيد لها وهو المذهب المالكي.

بحيث يرى جمهور الفقهاء بأن الهبة للحمل المستكن باطلة لأن الهبة إيجاب وقبول والجنين لا يقدر على القبول، وليس له ولي يقبل عنه وهذا بخلاف الوصية والوقف اللذان يتمان بإرادة منفردة، كما

<sup>482</sup> - زكية تشوار حميدو، موقف الإجتهد من بعض...، المرجع السابق، ص.285؛ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مكتبة الكشاف ومطبعها، بيروت، 1948، ص.124.

<sup>483</sup> - زكية تشوار حميدو، موقف الإجتهد من بعض.....، المرجع السابق، ص.285.

<sup>484</sup> - عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث.....، المرجع السابق، ص.140.

يرون أن الهبة هي عقد تمليك ولا تتم إلا بالقبض في الحال، والجنين ليس أهلا للتملك، ويستحيل عليه القبض لعدم وجوده حقيقة<sup>485</sup>.

أما الجانب المؤيد للهبة للجنين، هو المذهب المالكي وكذا المشرع الجزائري في المادة 209 ق.أ بقولها: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"، ونفس الشيء ذهب إليه القانون الفرنسي في المادة 906 ق.م.ف: "Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation .

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable."<sup>486</sup>

ومن ثمّ، نرى بأن المشرع الجزائري قد حمى الحمل في الهبة عندما لم يشترط فيه إلا أن يولد حيا أخذاً بالمذهب المالكي<sup>487</sup>، لأنه في الحقيقة ليس هناك ما يدفع إلى حرمان الحمل أو الجنين مما قد يوجب له بدعوى توقف الهبة على القبول، لأن العلة التي اعترف بها القانون للجنين بأهلية الوجوب هي المحافظة على مصالحه. وهي حكمة تتحقق في كل ما يفيد فائدة محضة، دون تفرقة بين حق يتوقف على قبوله، وحق لا يتوقف على ذلك. ويمكن القول أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق المالية في القانون إنما تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعاً محضاً دون تمييز بين ما يتطلب منها

485 - أنظر، شفيق حادي، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2013، ع. 4، ص. 99،

الموقع [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

486 - المادة 906 ق.م.ف: " يكفي في أهلية الموهوب له للقبول أن يكون حملاً وقت الهبة.

ويكفي في أهلية الموصى له قبول الوصية أن يكون حملاً وقت وفاة الموصي.

غير أنه لا يترتب على الهبة أو الوصية أثارها إلا إذا ولد الطفل حياً".

487 - شفيق حادي، حكم الهبة.....، المرجع السابق، ص. 101.



القبول وما لا يتطلبه، ذلك أن في الحقوق التي تتطلب القبول كالهبة فإن هذا القبول يملكه الولي أو الوصي أو المقدم نيابة عن الجنين<sup>488</sup>.

أما الركن الثالث وهو الموهوب له والمتمثل في مضمون العقد، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للواهب، منتفعا به شرعا، حيث نص المادة 205 من قانون الأسرة: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير"، وأخيرا الصيغة، والمراد بها الإيجاب والقبول الدال على التملك بغير عوض<sup>489</sup>، وقد نصت عليه المادة 206 بقولها: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".

فالهبة من الأمور المستحبة التي دعت إليها كل الشرائع وخاصة الشريعة الإسلامية إلا أنه أحيانا قد يخص الأب الواهب بعض ولده بهبة دون الآخرين لشدة محبته له وتعلقه به أكثر وفي هذا لم يتكلم المشرع الجزائري عن حكم الهبة في هذه الحالة، غير أن الفقه الإسلامي قد اختلف في حكم عدل الأب في الهبة إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>490</sup> والمالكية<sup>491</sup> والشافعية<sup>492</sup>، إلى أنه يستحب للأب أن يعدل بين ولده في الهبة، وقد استدلوا بحديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: انطلق بي أبي يحملني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله اشهد أني قد نحت النعمان

488 - محمد مومن، أهلية الوجوب .....، المرجع السابق، ص.502.

489 - عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث .....، المرجع السابق، ص.141؛ مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود.....، المرجع السابق، ص.115.

490 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج. 6، المرجع السابق، ص.127.

491 - مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.4، المرجع السابق، ص.166.

492 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج .....، ج.5، المرجع السابق، ص.415.

كذا وكذا من مالي، فقال: "أكل بنيك قد نحلث مشب ما نحلث النعمان؟" قال: لا، قال: "فأشهد على ذلك غيري"، ثم قال: "أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء"، قال: بلى، قل: "فلا إذا"<sup>493</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم، أمر بشيرا بإشهاد غيره، وهذا دليل على استحباب العدل والتسوية لا الوجوب، لأنه لا يأمر بالإشهاد على باطل، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء"، فهذا توجيهه على البر والعطف، وأن الأمر للندب وقد ورد عن عدد من الصحابة قد قامو بتخصيص بعض أولادهم في الهبة دون الآخرين ومن ذلك:

حديث أبي بكر رضي الله عنه من نحلته لعائشة رضي الله عنها وقوله لها: فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وكذلك روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه نحل عاصما دون سائر ولده<sup>494</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك فقد انعقد الإجماع على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله، جاز له أن يخرج عن ذلك بعضهم<sup>495</sup>.

أما الرأي الثاني فهو ما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية و يرون بوجوب العدل بين الأولاد في الهبة، وهو قول طاووس وعطاء بن جريح والنخعي.... وغيرهم<sup>496</sup>.

وأدلتهم في ذلك حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما، قال: أعطاني أبي عطية فقالت عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم

<sup>493</sup> - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج.2، المرجع السابق، ص.913.

<sup>494</sup> - مالك بن أنس الأصبهاني، الموطأ، ج.02، المرجع السابق، ص.752.

<sup>495</sup> - حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، .....، المجلد 5، المرجع السابق، ص.254.

<sup>496</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، .....، ج.4، المرجع السابق، ص.309؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.9، المرجع السابق، ص.144.

فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله قال: "أعطيت سائر ولدك مثل ذلك"، قال: لا، قال: "فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم"، قال: فرجع أبي فرد عطيته. ووجه الدلالة في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالعدل بين الأولاد في الهبة وأمره يفيد الوجوب.

وقد جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من عمر بغيرا، ثم أعطاه لابن عمر وقال: "هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت"<sup>497</sup>.

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطلب من عمر أن يعطي البعير لابنه، لأنه ليس عدلا فاشتراه ثم وهبه لابنه، ومن المعقول قالوا إن تفضيل بعض الأولاد على بعض يورث العداوة والبغضاء بينهم، ويؤدي إلى قطيعة الرحم والعقوق وهو محرم، وما أدى إلى محرم فهو محرم"<sup>498</sup>.

والمشرع الجزائري لم يتكلم عن العدل في الهبة بين الأولاد وبالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة كما أننا لم نجد حكم قضائي يتكلم عن هذا الموضوع، غير أننا نرجح بحق الرأي الأول بأن العدل بين الأولاد في الهبة مستحب، لكن إذا كان هناك تفضيل لا يمنع ذلك وإنما يؤثم الأب في حالة ما إذا سبب هذا الأمر خلاف بين الأبناء.

وأكثر من ذلك ذهب علماء الشريعة الإسلامية إلى الحديث عن كيفية التسوية بين الأولاد في الهبة، هل يعطي الأب الذكر كالأنتى، أم تقسم بينهم كما في الميراث، فيعطي للذكر مثل حظ الأنتيين، وقد اختلفوا في ذلك إلى مذهبين:

<sup>497</sup> - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج.2، المرجع السابق، ص.744.

<sup>498</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع .....، ج. 6، المرجع السابق، ص.127؛ حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري .....، المجلد 5، المرجع السابق، ص.253.

المذهب الأول، وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، إلى أن الذكر يعطي مثل حظ الأنثى<sup>499</sup>، ودليلهم حديث النعمان السابق ذكره بأن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر بالتسوية، وعدم التفضيل بين الذكر والأنثى وقالوا أن هذا قياسا على النفقة والكسوة، حيث يستوي فيها الذكر والأنثى لأنها عطية<sup>500</sup>، كما أن التسوية سبيل لتأليف القلوب، والتفضيل يورث الضغينة<sup>501</sup>.

أما المذهب الثاني وهو رأي الحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أن الذكر يعطي مثل حظ الأنثيين<sup>502</sup>، وأدلتهم قوله تعالى في الآية 11 من سورة النساء: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، وقالوا أن الله تعالى تولى قسمة الميراث بين الأولاد، وأول ما يقتدي به في القسمة قسمة الله تعالى<sup>503</sup>.

ومن ناحية أخرى، نص المشرع الجزائري في المادة 211 من قانون الأسرة على أنه: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

499 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع.....، ج. 6، المرجع السابق، ص.127؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج.....، ج. 2، المرجع السابق، ص.517؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، تحاية المحتاج.....، ج.5، المرجع السابق، ص.416؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.9، المرجع السابق، ص.149.

500 - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.302.

501 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع.....، ج.6، المرجع السابق، ص.127.

502 - ابن المفلح الحنبلي، المبدع في...، ج.5، المرجع السابق، ص.285؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع...، ج.6، المرجع السابق، ص.127.

503 - ابن المفلح الحنبلي، المبدع في...، ج.5، المرجع السابق، ص.285.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

فالقاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء، ويكون ذلك في الهبة الصادرة من الأبوين<sup>504</sup>، إذا وهبا لولدهما، إلا في حالات أربع لا يجوز الرجوع فيهما، ثلاثة منها نصت عليها المادة 211 من قانون الأسرة السابقة الذكر والمادة 212 قانون الأسرة والتي: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

وعليه فإن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية<sup>505</sup>، في إضفاء صفة اللزوم على عقد الهبة ولم يستثنى من تلك القاعدة سوى الأبوين فيهما وهبا لولدهما، وذلك مهما كان سن الولد ومن غير حاجة لتبرير رجوعهما ويتحقق ذلك سواء كان المال الموهوب منقولاً أو عقاراً.

وما يلاحظ من المادة 211 ق.أ السابقة الذكر أن المشرع الجزائري رغم استثنائه للأبوين على سبيل الحصر في استرداد هبتهما لولدهما، إلا أنه لم يجعل ذلك حقاً مطلقاً يمارسه أياً كانت الحالات والمستجدات، حيث قيده بعدم قيام مانع من موانع الرجوع والتي حصرها نص المادة 211 من قانون الأسرة والمادة 212 منه، إلا أن الإشكال هو أن المشرع كان مقتضياً في نصه على موانع الرجوع،

<sup>504</sup> - أنظر، محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، 1987، ع.1، ص.520.

<sup>505</sup> - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج. 2، المرجع السابق، ص.518؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، ج.4، المرجع السابق، ص.313؛ ابن المفلح الحنبلي، المبدع...، ج.5، المرجع السابق، ص.289؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج.9، المرجع السابق، ص.127؛ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.9، المرجع السابق، ص.327.

فهو لم يتعرض في الفقرة الثالثة من المادة 211 من قانون الأسرة لمسألة تصرف الموهوب له في جزء من العين الموهوبة، أو ضياع جزء من العين وسلامة الجزء الآخر<sup>506</sup>، كما أن المشرع لم يتكلم عن حالة زيادة قيمة الشيء الموهوب والتي تمنع الواهب من ارتجاع هبته لأنها زيادة لم تمس الذات وإنما مست القيمة.

بالإضافة إلى حالات أخرى جاء بها المذهب المالكي ولم يتكلم عنها المشرع الجزائري وهي :

- 1- مرض أحد المتعاقدين مرض يخشى معه الموت كمانع للرجوع، فإذا زال المرض عاد حق الرجوع.
- 2- فقر الولد الموهوب له.
- 3- موت أحد المتعاقدين<sup>507</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 10 مارس 2011 بقولها: "قد ثبت من شهادة الوفاة أن المدعو (غ ر) هو أحد الموهوب لهم في عقد الهبة المحرر بتاريخ 1986/02/27، وقد توفي بتاريخ 1977/08/03 بعد انتقال موضوع الهبة إليه ومن ثمة فالواهب المذكورة لا تملك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الرجوع عن تلك الهبة بعد وفاة الموهوب له، وبالتالي تكون قد وهبت بموجب عقد الهبة المحرر في 1995/11/13 شيئا لم تعد تملكه... وعليه فإن القضاء بإبطال عقد الهبة على هذا الأساس طبقوا تطبيقا سليما للقانون"<sup>508</sup>.

هذا بالنسبة لأحكام الأبوة في الهبة ، فما هي أحكام الأب في الوقف؟

506 - مايا دفايشية، أحكام الرجوع .....، المرجع السابق، ص.170.

507 - مايا دفايشية، أحكام الرجوع .....، المرجع السابق، ص.172.

508 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/03/10، ملف رقم 613091، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.278.

### الفرع الثالث

#### أحكام الأبوة في الوقف

يعتبر الوقف سنة مجمع عليها و له أثر عظيم في نفع المرء نفسه عند لقاء ربه ، لقوله عليه الصلاة و السلام: " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعوا له "509 .

و قد اعترفت الشريعة الإسلامية بحق الوقف للولد بل و للحمل في بطن أمه، ما دام يتم بإرادة منفردة و متوفر لكل شروطه ( أولا ) ، لكن مع ذلك يجب أن تتوفر في الوقف صيغ معينة تدل على أن هذا الوقف للولد ( ثانيا ) .

#### أولا : ماهية الوقف للولد

يسمى كذلك بالوقف الأهلي أو الذري ، و معناه أن يوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو على شخص أو أشخاص معينين من أهله ، و لو جعل آخره لجهة خيرية كأن يقف على نفسه ثم على أولاده ، ثم من بعدهم على جهة خيرية .

أما دليل مشروعيته، فيجب الإشارة إلى أن الوقف في بداية الإسلام كان يهدف للخير العام، يشترك فيها الواقف و أهله و أقاربه و سائر الناس، فقد روي أن الحوائط السبعة التي وقفها النبي صلى الله عليه و سلم كان يأكل هو منها و يطعم.<sup>510</sup>

ثم بدأ الصحابة بعد ذلك يجسسون الأموال على أولادهم، و يرون في ذلك وسيلة لصيانة المال عن التبديد، و لدوام انتفاع الذرية منه. كما جاء في وقف الزبير بن العوام رضي الله عنه، إذ وقف دوره

509 - أنظر ، أحمد بن عبد العزيز الحداد ، من فقه الوقف ، ط.1 ، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري إدارة بإدارة البحوث ، دبي ، 2009 ، ص.17.

510 - أنظر ، مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، ط.2 ، دار عمار ، الأردن ، 1998 ، ص.15.

على أولاده ، و أخرج منها البنت التي استغنت بزوج،<sup>511</sup> و هذا زيد بن ثابت الذي حبس داره على ولده و على أعقابهم، بحيث لا تباع و لا توهب و لا تورث.<sup>512</sup>

فهذا الجانب من الصحابة الذين حبسوا أموالهم على أولادهم و أعقابهم، يسمون الوقف الذري صدقة لما فيها من ترجيح برهم ، و صيانة المال لطبقاتهم ، و دوام نفعه فيهم .

إلا أن هناك من الصحابة من رفض الوقف الذري خوفا من ضياع الميراث، فقد روي عن أبو بكر الخصّاف ، عن عبد الله بن جعفر عن أم بكر بنت المسور ، عن أبيها أنه قال: " حضرت عمر بن الخطاب ، حيث قرأ علينا كتاب صدقا و عنده المهاجرون ، فتركت - أي لم أتكلم - و أنا أريد أن أقول يا أمير المؤمنين إنك تحتسب الخير و تنويه ، و إني أخشى أن يأتي رجال قوم لا يحتسبون مثل حسبتك ، و لا ينوون مثل نيتك ، فيحتجون بك فتقطع الموارث ... " .<sup>513</sup>

و بناء على هذا، أجاز الفقهاء الوقف على الأولاد و الذرية الموجودة منهم و التي ستوجد في المستقبل، و يدخل في الموجود من الذرية الجنين،<sup>514</sup> فإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اعترفوا للجنين بالوقف، غير أنهم اختلفوا حول تحديد بداية الاعتراف .

فالمالكية يرون بصحة الوقف على من سيولد، ما لم يحصل مانع من الرجوع كالموت، إلا أنه غير لازم بمجرد العقد بل يوقف لزومه إلى أن يوجد، و نفس الشيء ذهب إليه الحنفية لكن يشترطون أن يكون الجنين تبعا للذرية<sup>515</sup>.

511 - مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف ، المرجع السابق ، ص.16.

512 - أنظر ، صورية زردوم بن عمار ، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009-2010 ، ص.32.

513 - مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، المرجع السابق ، ص.17.

514 - علي بن محمد بن رمضان ، المرجع السابق ، ص.233.

515 - علي شيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص.164 - 165.



أما الشافعية<sup>516</sup> و الحنابلة،<sup>517</sup> فلم يجيزوا الوقف على الحمل إلا بعد انفصاله لكي يصبح صالح للتملك.

لكن لكي ينعقد الوقف الذري يجب توفر شروط في الواقف و في الموقوف عليه ، فبالنسبة للواقف يجب أن يكون بالغاً ، فلا يصح وقف القاصر سواء كان مميزاً أو غير مميز ، لأن غير المميز ليس أهلاً للتصرفات مطلقاً ، و المميز ليس أهلاً للتبرعات و لو أذن له وليه ، لأن هذا الأخير لا يحق له التبرع من مال الصبي.<sup>518</sup>

أما الموقوف عليه فيجوز أن يكون قاصر ، لأن الفقهاء<sup>519</sup> اتفقوا على أن قبول الموقوف عليه ليس ركناً في الوقف ، و ليس شرطاً في صحته و لا في استحقاقه إذا كان غير معين ،<sup>520</sup> أما في حالة ما إذا كان الموقوف عليه معين ، فقد اختلف الفقه حوله.<sup>521</sup>

فالجمهور ، وهم كل من الحنفية والشافعية والحنابلة ، يرون بأن القبول ليس شرطاً في صحة الوقف ولا في استحقاقه ، فيصح الوقف و إن لم يصدر قبول من الموقوف عليه . فإن رده و كان أهلاً للرد بطل استحقاقه و انتقل إلى من جعله الواقف مستحق بعده ، و إن لم يكن أهلاً للرد فينوب عنه وليه أو وصيه ، لكن يبقى النائب هو الآخر ليس له الحق في الرد ، لأن ذلك يترتب عنه ضرر محض في حق القاصر.<sup>522</sup>

516 - أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين بن الخطيب الشربيني ، ج. 2 ، المرجع السابق ، ص.488.

517 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المرجع السابق ، ص.195.

518 - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.177 ؛ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003 ، ص.256.

519 - و هم كل من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة وحتى الإمامية.

520 - فمثلاً لو أن الواقف وقف عمارة على الفقراء ، صح الوقف بإيجاب الواقف وحده و دون توقف على قبول الفقراء.

521 - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام... ، ج. 10 ، المرجع السابق ، ص.429 و ما بعدها.

522 - أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف ... ، المرجع السابق ، ص.246.

أما المالكية و الحنابلة، فيعتبران القبول شرطا في صحة الوقف واستحقاقه، إن كان الموقوف عليه أهلا للقبول، و إن لم يكن كذلك فيشترط قبول وليه أو وصيه أو القيم عليه، فإن تم القبول منه أو من وليه أعتبر الوقف صحيحا ، و إن رده الولي أو الوصي بطل الوقف.<sup>523</sup>

وفي الأخير، يجب الإشارة إلى أن تقسيم منفعة الوقف تكون بحسب ما حدده الواقف لكل واحد منهم، لكن من الأحسن لو يتركه الواقف دون تحديد، و يقسم الوقف حسب قسمة الله تعالى للميراث بينهم طبقا لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.<sup>524</sup>

ثانيا : الصيغ الدالة على الولد الموقوف عليه :

الصيغة هي العبارة التي يؤدي بها الوقف<sup>525</sup> و يجب أن تكون دالة على الحبس، بحيث تتوفر على مجموعة من الشروط بداية من التأيد، و يقصد به عدم اقتران صيغة الوقف بما يدل على التأكيد و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.<sup>526</sup> ما عدا المالكية الذين أجازوا تأقيت الوقف لمدة سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكا للواقف أو غيره.<sup>527</sup>

كما يشترط في الصيغة التنجيز، و هو أن لا يعلق الوقف على شرط غير كائن و لا إضافة إلى المستقبل ، لأن الوقف فيه معنى التملك،<sup>528</sup> كما يجب أن لا تقترن الصيغة بشرط باطل يخالف

523 - أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف ... ، نفس المرجع.

524 - عبد الكريم زيدان ، الفصل في أحكام ... ، ج. 10 ، المرجع السابق ، ص.441؛ رقية أحمد داود ، المرجع السابق ، ص.115.

525 - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع ... ، المرجع السابق ، ص.273.

526 - و هم كل من الحنفية و الحنابلة و الشافعية ؛ خير الدين بن مشرنن ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011-2012 ، ص.42.

527 - سليم هاني منصور ، المرجع السابق ، ص32-33.

528 - مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، المرجع السابق ، ص.46.

مقاصد الوقف الشرعية ، كأن يجبس المرء أرضه و يشترط لنفسه حق بيعها أو رهنها أو هبتها،<sup>529</sup>  
و ذلك باتفاق المذاهب الأربعة للشريعة الإسلامية.<sup>530</sup>

بالإضافة إلى أنه يجب أن تكون الصيغة جازمة، بحيث لا ينعقد الوقف بالوعد و لا بصيغة فيها  
خيار الشرط، لأن خيار الشرط لا يجعل الصيغة جازمة و باثة. فإذا توافرت هذه الشروط كانت صيغة  
الوقف صحيحة، لكن يجب أن تتم بألفاظ معينة حتى يفهم أنها وقف ذري ، و من هذه الصيغ ما  
يلي :

أ - وقفت على أولادي أو على ولدي أو على ولد فلان :

حتى و لو أضاف جملة ثم من بعدهم على الفقراء، فهذه من أكثر الصيغ المتداولة في الوقف  
الذري، و الفقه الإسلامي اختلف في تفسير هذا النوع من الصيغ. فالحنابلة فسروه على أنه يشمل  
أولاده و أولاد أولاده الذكور فقط، فلا يدخل في الوقف أولاد البنات، إلا إذا وجدت قرينة تدل على  
ذلك.<sup>531</sup>

و هناك بعض الحنابلة<sup>532</sup> يرون أن ولد الولد لا يدخل في هذه الصيغة ، سواء في ذلك ولد البنين  
أو ولد البنات، لأن الولد حقيقة و عرفا إنما هو الولد الصلي، و يسمى ولد الولد ولدا على سبيل  
المجاز و هذا ما ذهب إليه كذلك الشافعية.<sup>533</sup>

529 - نسيمه شيخ ، أحكام الرجوع ... ، المرجع السابق ، ص.273.

530 - و قد نص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف رقم 91-10 على ما يلي: " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط  
يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف " ، و من أمثلة الشروط الباطلة عدم لزوم الوقف وهذا باطل بنص القانون في  
المادة 16 من نفس القانون: " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو  
اللزوم ، أو ضارا بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " ؛ قانون 91 - 10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 المتعلق  
بالأوقاف ، ج.ر ، ع ، 21. ، الصادرة في 8 ماي 1991 ، ص.691-692.

531 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، المرجع السابق ، ص.195.

532 - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179.

أما الحنفية فيرون أنه إذا وجد الأحفاد و لم يكن هناك أولاد صلييون لهم الحق في الوقف، وفي هذا يقول محمد أبو زهرة أن كلمة ولدي لا تشمل أولاد أولاده، لأنه اقتصر في الاستحقاق على طبقة واحدة.

لكن إذا لم يكن له ولد من صلبه وقت الوقف وكان له حفيد أو حفدة ، استحقوا سواء كان ولد الابن ذكرا كان أو أنثى ، و يكون الاستحقاق لأولاد الابن دون غيرهم من أولاد البنات. ودائما الطبقة الأولى من الأحفاد هي الأسبق بالوقف من الطبقة التي تليها ، لكن إذا ولد للواقف ولد بعد ذلك أرجع الوقف له.<sup>534</sup>

ب - وقفت على أولادي و أولادهم و نسلهم :

تشمل هذه الصيغة الوقف على أولاد الذكور، أما أولاد البنات فعند بعض الحنابلة و بعض المالكية لا يدخلون في الوقف،<sup>535</sup> أما الشافعية<sup>536</sup> و بعض الحنابلة فيدخلون في الوقف أولاد البنت، لأن البنات أولاد الواقف و أولادهم أولاد حقيقة.<sup>537</sup>

ج - وقفت على ولدي و ولد ولدي<sup>538</sup> :

تشمل هذه الصيغة على البطن الأول و البطن الثاني ، و إذا أضاف طبقة أخرى كقوله و ولد ولدي، دخل في الوقف ثلاثة بطون دون غيرهم .

533 - أنظر ، أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، ج. 1 ، ط. 1 ، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، 1997 ، ص.427.

534 - أنظر ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، مطبعة أحمد علي مخيمر ، مصر ، 1959 ، ص.318.

535 - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179 .

536 - أنظر ، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، ط. 1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2002 ، ص.945.

537 - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179.

538 - أنظر ، خير الدين فنطازي ، نظام الوقف في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2006-2007 ، ص.20.

و قد اختلف فقهاء الحنفية حول ما إذا كانت تشمل أولاد البنات أم لا ، فالبعض قال بأنه ما دام الولد ينسب لأبيه لا لأمه فهو لا يدخل في مصطلح ولد ولده ، أما البعض الآخر قال أنه يدخل في مصطلح ولد ولده، لأن البنت ولدتها بالفعل و ولادتها حقيقية و ثابتة و قطعية و بالتالي يستحق الوقف.<sup>539</sup>

د - وقفت على ذريتي أو نسلي أو عقبي أو أهل بيتي :

إذا كان الوقف بلفظ الذرية أو النسل، فإنه يدخل في الوقف كل من ينتسب إلى الشخص، سواء كان من أولاد البنات الذين يسمون أولاد البطون، أو من أولاد الأبناء الذين يسمون أولاد الظهور.<sup>540</sup>

و إذا كان الوقف بلفظ العقب، كقوله وقفت على العقب أو على عقبي ، يشمل كل أولاده الذين لا تتوسطهم أنثى أي أولاد الأبناء دون أولاد البنات. و لو قال وقفت على آلي أو أهل بيتي، تشمل هذه الصيغة كل من يتصل بالواقف عن طريق الذكور، كأعمامه و أبناء عمومته و أولاده ذكورا و إناثا، و كل أولاد الذكور من ذريته دون أولاد الإناث.<sup>541</sup>

هـ - وقفت على أقاربي و ذوي الرحم :

تدل هذه الصيغة على استحقاق غلة الوقف لكل من تشمله كلمة قرابة سواء أكانت من جهة الأم، أو من جهة الأب ، و تشمل الأصول و الفروع و المحارم و غير المحارم.<sup>542</sup>

أما بالنسبة للوقف في القانون الجزائري، فيقصد به مجموعة أموال تتمتع بالشخصية المعنوية حسب المادة 49 ق.م،<sup>543</sup> بحيث تبدأ بتمام تكوينه دون حاجة إلى ترخيص خاص ، و تنتهي بانتهاء مدته

539 - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179.

540 - محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ... ، المرجع السابق ، ص.325.

541 - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.180.

542 - هجيرة نشيدة مداني ، نفس المرجع

إن كان مؤقتاً أو بانقراض الموقوف عليهم ، أو بناء على حكم من القضاء إذا ما تحرب أعيانه بصورة تؤدي إلى زواله.<sup>544</sup>

ورغم أن القانون ليس مهمته التعريف كما قلنا، إلا أنه رغم ذلك عرف الوقف في كل من قانون الأسرة و حتى قانون الأوقاف رقم 10-91، و ذلك من جهة لكي يحسم الأمر في اختلافات فقهاء الشريعة الإسلامية و من جهة أخرى نظراً لأهمية الوقف في وقتنا الحالي.

فنصت المادة 213 ق.أ على أنه: " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق "،<sup>545</sup> و المادة 4 من قانون الأوقاف 10-91: " الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة يثبت وفق الإجراءات المعمول بها ، مع مراعاة أحكام المادة المذكورة أعلاه ".

غير أنه يعاتب على المشرع في مصطلح العقد، لأن الوقف يكون بالإرادة المنفردة للواقف و العقد كما نعلم توافق الإيجاب مع القبول.

و حماية للقاصر، رفض المشرع الوقف الذي يأتي من طرفه سواء كان مميزاً أو غير مميز، و لو أذن بذلك الوصي طبقاً للمادة 30 من قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف،<sup>546</sup> و يصح الوقف له لأنه من الأفعال النافعة له. لكن المشكل يطرح في حالة الجنين خاصة و أن قانون الأسرة لم يتكلم عنه؟.

543 - المادة 49 ق.م : " الأشخاص الاعتبارية :

- الدولة، الولاية، البلدية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- الشركات المدنية و التجارية،

- الجمعيات و المؤسسات ،

- الوقف

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية ".

544 - أنظر ، مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1986 ، ص.514.

545 - و نفس التعريف عرفته المادة 3 من قانون الأوقاف 10-91 : " الوقف حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 1998/05/19 ، ملف رقم 189265 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001 ، ع. خاص ، ص.308.

تنص المادة 13 من قانون 91-10: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا.

فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله أ أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

فالمشروع اشترط في الموقوف عليه أن يكون معلوما، و عليه إذا وجد الجنين وقت الوقف يكون بذلك معلوما و بالتالي الوقف له صحيح، غير أنه لا يستحقه إلا بعد وجوده وهو ولادته من بطن أمه حيا، بالإضافة إلى قبوله وهذا يتم من طرف من ينوب عنه طبقا للمادة 81 ق.أ.

أما بالنسبة للوقف الذري فلقد نص المشرع الجزائري عليه منذ سنة 1964 بموجب المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن الأملاك الحسبية،<sup>547</sup> حيث جاء في المادة 1 منه: " تنقسم الأملاك الحسبية أو الموقوفة إلى قسمين :

الأحباس العمومية و الأحباس الخاصة ... " ، ثم أشار إلى مشتملات الوقف الخاص في الفقرة الأخيرة من المادة بقوله: " ... أما الأحباس الخاصة ، فتشمل أملاكا يخصص المحبس منفعتها لمستحقين معينين ، وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف".

ثم ضبط المشرع تعريفه أكثر من خلال قانون الأوقاف 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 في المادة 2/6 التي نصت: " ... الوقف الخاص هو ما يجسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

<sup>546</sup> - كما اشترط المشرع لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكا مطلقا ، و أن يكون الواقف مما يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين طبقا للمادة 10 من قانون الأوقاف 91-10، و أن يكون بالغا و عاقلا غير مكروه، ويشترط في المال المحبس أن يكون معيننا تعيينا ينفي الجهالة و خال من كل نزاع طبقا للمادة 215 ق.أ.

<sup>547</sup> - أنظر ، مرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 الموافق ل 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة ، ج.ر، ع.35، الصادرة في 25 سبتمبر 1964 ، ص.564.

كما نصت المادة 07 من نفس القانون: " يصير الوقف الخاص وفقا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم"، و يجوز للواقف في نفس القانون أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، إذا اشترط لنفسه ذلك عند انعقاد العقد، كأن يشترط بأن يؤول الوقف بعد أبنائه إلى أبنائهم، ثم يلغي أحفاده و يستبدلهم بإخوته، المادة 14<sup>548</sup> و 15<sup>549</sup> و 16<sup>550</sup> من نفس القانون.

فالوقف الذري و إن كان يحقق حماية للود و يدعم علاقة الأب بولده ، إلا أنه أصبح يستعمل خارج الهدف الذي وضع لأجله و هو البر و التكفل بالأجيال القادمة. بحيث أصبح يميز فيه بين الذكر والأنثى ، وذلك بأن يوقف للذكور و يحرم الإناث أو العكس يوقف للبنات و يحرم الذكور، وذلك لحرمان فئة معينة من الميراث.

و قد جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 10 فيفري 1971 ، بصحة الوقف الذي فضل فيه الذكور على الإناث بعد أن نقض قرار مجلس قضاء باتنة الذي أبطل هذا الحبس . و كان قد علل مجلس قضاء باتنة قراره، على أن هذا الوقف يعطي امتيازاً ظالماً مخالفاً لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية، غير أن المجلس الأعلى إعتبر الوقف على الذكور فقط صحيحاً على أساس مذهب أبي حنيفة حيث جاء فيه: " الحبس المؤسس على مذهب أبي حنيفة ليس للقضاة الإطالة بحجة تفضيلة الذكور على الإناث". غير أن قضاء المحكمة العليا قد تراجع عن رأيه في قراره بتاريخ 30 سبتمبر 1997 و الذي جاء فيه: " إن القرار الذي لا يكون معتمداً على أساس قانوني أو شرعي، يكون مشوباً بالانعدام في الأساس القانوني.

548 - المادة 14 : " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها "

549 - المادة 15 : " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف " .

550 - المادة 16 : " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو للزوم ، أو ضاراً بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " .



و متى تبين - في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته و بناته و حرم ابنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني و الشرعي.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ."

و من خلال هذا القرار، يتضح أن قضاء المحكمة العليا قد رفض التفرقة بين الذكور الإناث في الوقف الذي ينطوي على نية سيئة، و هي غالباً حرمان فئة معينة من الميراث.

لأجل ذلك طالب العديد من القضاة، الذين صادفهم هذا النوع من الدعاوى بوقف هذا الظلم، كما حذروا من سوء نية الواقف الذي يعمد بوقفه حرمان بعض الورثة، أو إنقاص أو زيادة نصيب أحدهم.<sup>551</sup>

و لهذا ألغته العديد من الدول العربية و الإسلامية كتونس، ليبيا، مصر، سوريا، وحتى تركيا،<sup>552</sup> أما بالنسبة للمشرع الجزائري ففي بداية الأمر يبدو لنا أنه ألغى الوقف الخاص نهائياً بموجب القانون رقم 10-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002،<sup>553</sup> والذي ألغى بموجبه الفقرة الثانية من المادة 6 سالفه الذكر، كما ألغيت بقية المواد الأخرى المتعلقة بتنظيم الوقف الخاص و هم كل من المادة 13<sup>554</sup>

551 - أنظر ، نادية براهيمى ، الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1995 ، ص.64.

552 - ألغى الوقف في تونس بموجب أمر مؤرخ في 18/07/1957 ، و ألغى في ليبيا بموجب القانون رقم 16 لسنة 1973 ، و ألغى في سوريا بقانون مؤرخ في سنة 1936 ، و ألغى في مصر بالقانون رقم 180 لسنة 1952 ؛ خير الدين فنطازي ، المرجع السابق ، ص.25.

553 - أنظر ، قانون رقم 10-02 المؤرخ في 10 شوال 1423 الموافق ل 14 ديسمبر 2002 ، يعدل و يتمم القانون 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 و المتعلق بالأوقاف ، ج.ر. ، ع.83 ، الصادر في 15 ديسمبر 2002

554 - المادة 13 قبل التعديل: " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً. فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " . و أصبحت المادة 13 بموجب القانون 10-02 : " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون ، هو شخص معنوي ، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " .

و المادة 555<sup>7</sup> و 556<sup>19</sup> و 557<sup>22</sup> و 558<sup>47</sup>.

لكن في الحقيقة هو لم يلغى الوقف الذري، على أساس المادة 1 من القانون 91-10 و التي تم تعديلها بموجب القانون 02-10، بحيث أصبحت كالتالي: " يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها " .

علما أنه لا يوجد حاليا تشريعا خاصا بالوقف الخاص حتى يلجأ إليه عند الحاجة، و هو موقف يدل على تراجع المشرع الضمني تدريجيا عن التمسك بالوقف الخاص، و هنا في هذه الحالة سوف يترك لإرادة الواقف بدون تنظيم، و هذا قد يزيد من الفوضى بدلا من أن يجد منها.<sup>559</sup>

555 - المادة 7 من قانون 91-10: " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم " .

556 - المادة 19: " يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص ، التنازل عن حقه في المنفعة و لا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف " .

557 - المادة 22: " تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم بالوقف و يؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يجدد الواقف مال وقفه " .

558 - المادة 47: " يحق لمصالح السلطة المكلفة بالأوقاف عند الاقتضاء ، الإشراف على الأوقاف الخاصة و ترقيتها و ضمان حسن تسييرها حسب إرادة الواقف " .

559 - خير الدين فنتازي ، المرجع السابق ، ص.23.

الخاتمة

و في الختام نرى بأن الفقه الحديث وعلى عكس الفقه الإسلامي لم يفصل في أحكام الأبوة، لأن جل اهتمام الفقه الحديث كان حول مكانة الأم في الأسرة ودورها الفعال في بناء المجتمع، وذلك حسب اعتقادنا تأثرا بالرأي السائد في المجتمع الذاهب إلى ضعف المرأة و حقوقها المهضومة.

فمعظم التعديلات التي جاء بها قانون الأسرة لسنة 2005 كانت تمس مركز المرأة، والذي أصبح يتحسن بحسب رأي معظم الفقهاء، ناسيا بذلك المشرع الدور الكبير للرجل ومكانته في الأسرة والمجتمع .

والتعديل الوحيد الذي كان في صالح الأب هو فيما يخص الحضانة، عندما انتقل الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة من حيث مستحقي الحضانة، وذلك ليس لأهمية الأب وإنما لأن تركيبة المجتمع قد تغيرت.

والفقه القديم حينما حدد تلك المراتب حددها في ظروف كانت فيها العلاقات الأسرية من جهتي الأم والأب قوية مترابطة، غير أن هذه الظروف قد تغيرت اليوم بتفكك الأسر الكبرى وحلت محلها الأسر الصغيرة و التي تتألف من الأبوين فقط في معظم الأحيان، وهذا في سائر المجتمعات العربية وليس الجزائرية فقط.

وما يعاب على المشرع الجزائري في موضوع الحضانة أنه لم يوجه القاضي في طرق وكيفية ممارسة الزيارة، بل حتى لم يشر إطلاقا إلى مصلحة المحضون عند منح هذا الحق لصاحبه، فالقاضي في هذه الحالة عليه أن يبذل جهدا كبيرا في موضوع الزيارة ليجد مصلحة المحضون.

وقد تعارف في القضاء على أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، إلا أنه رغم وجود قرارات قضائية كثيرة تدعم حق الأب في الزيارة، إلا أنه أحيانا يكون من المتعذر على الأب زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية

لفترة العطلة حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه، فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذا من الأفضل لو يأخذ المشرع في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا.

وبالإضافة إلى دور الأب في الحضانة فقد أعطى له المشرع مكانة في ولاية المرأة الخاص بزواجها غير أنه لم يتكلم عن شروط الولي في الزواج في قانون الأسرة، بل نص فقط على الشروط الواجب توافرها في الوصي في المادة 93 من قانون الأسرة، وكان من باب أولى أن يتكلم عن شروط الولي في الزواج و تكون مباشرة بعد المادة 11 من قانون الأسرة، لكن يبقى الحل دائما الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

ورغم بقاء الولاية في الزواج للأب إلا أنها أصبحت رهن اختيار المرأة الراشدة حسب التعديل الأخير لقانون الأسرة في 2005 بل أكثر من ذلك جعل قانون الأسرة مكانة الأب تشبه الشاهد، بحيث لم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية و قانونية محددة الأسباب والصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور و الدرجة، فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد.

هذا بالنسبة لمكانة الأب في ولاية المرأة الراشدة إلا أن مكانته بالنسبة للقاصر بقيت لم يمسهما التعديل، غير أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الحد الأدنى للزواج حتى يتوقف عنده القاضي عندما يرخص للزواج دون السن القانونية.

وأول حق يثبت في علاقة الأب بإبنه هو النسب فإذا كان نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية فهي التي حملت والتي وضعت، فإنه كذلك من المتفق عليه أن سبب ثبوت نسب الولد من أبيه هو الزواج الصحيح، فقد أقام القانون مقتفيا بذلك أثر الشريعة الإسلامية، علاقة وطيدة بين النسب ورابطة الزواج فجعل الثانية سبب لثبوت الأولى.

ويعتبر النسب العمود الفقري الذي تقوم عليه الأسرة لأنه مرتبط بالعرض والشرف، لذلك كان على المشرع أن يكون حذرا في معالجته لهذا الموضوع، ومن خلال استنباط أحكامه من الشريعة الإسلامية التي أسهبت في هذا الموضوع، غير أن قانون الأسرة كان متناقضا في العديد من مواده الخاصة بالنسب كالمادة 40 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى المادة 34 منه والتي أثبتت النسب في كل الحالات سواء كان الأب عالم بالحرمة أم لا، وهذا وإن كان يدعم علاقة الأب بابنه إلا أنه يخالف الشريعة الإسلامية لكونها ترى بأن النسب نعمة لا يثبت إلا في الزواج الصحيح.

كما أن نص المادة 40 من قانون الأسرة قد أجازت اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وهو ما جاء به التعديل الجديد لسنة 2005، غير أن المشرع لم يحدد لنا أنواع هذه الطرق، كما نص فقط على الإثبات ناسيا بذلك نفي النسب.

بالإضافة إلى كل هذا هناك نص المادة 41 من قانون الأسرة و التي تقضي صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إذا كان الزواج شرعيا أو صحيحا، إلا أن المادة 40 من نفس القانون تقضي بثبوت النسب ولو كان الزواج فاسدا أو جاء نتيجة لشبهة أي إذا كان غير صحيح، وبتعبير آخر لقد ساوت المادة 40 بين الزواج الصحيح والفساد والوطء بشبهة بشأن ثبوت نسب الطفل، في حين أن المادة 41 تقضي بمفهوم المخالفة بأن الطفل لا يثبت نسبه لأبيه إذا كان الزواج غير صحيح.

هذا بالنسبة للجانب الشخصي الذي يحكم الأب بابنه، أما بالنسبة للمعاملات المدنية التي تحكم علاقة الأبوة فالمشرع كان مقتضبا في معالجته للمعاملات المالية عموما في قانون الأسرة حيث أنه عندما نص على نفقة الأولاد لم يتكلم عن أجره مهمة تهدف لتوفير رعاية أفضل للولد وهي أجره الحضانة والرضاع، بحيث لم يبين لنا ما إذا كانت تدخل ضمن عناصر النفقة أم لا، خاصة وأنها تهدف إلى تحفيز الحاضنة أو المرضعة للقيام بمهامها، لذلك من الأفضل لو ينص عليها المشرع صراحة ضمن عناصر النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة .

أما بالنسبة لولاية الأب على المال، ففي الحقيقة عرفت من جهة نوع من الغموض ومن جهة أخرى بعض النقائص وسوء التنظيم، كما جاءت بعض أحكام الولاية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية بالرغم من التعديلات التي أدخلها المشرع مؤخرا على أحكام الولاية أين أراد أن يجعل تلك النصوص تتماشى مع الواقع المعاش.

ومن بين هذه التناقضات، التناقض الواقع بين القانون التجاري والقانون المدني، فبالنسبة للقانون التجاري فقد جعل المشرع ترشيده القاصر في سن 18 سنة وذلك بعد أخذ موافقة الأب أو الأم أو مجلس العائلة .

في حين أن قانون الأسرة قد جعل سن الترشيده في المعاملات المالية للقاصر تكون في الفترة ما بين سن التمييز 13 سنة و سن الرشد 19 سنة، وهذا أمر خطير قد يضر بمصلحة القاصر، لأنه لا يمكن أن نتصور شخص في عمر 13 سنة قد أصبح مرشدا وكل تصرفاته صحيحة، لذلك من المستحسن أن يوحد المشرع سن الترشيده بين جميع القوانين وتكون ما بين 16 سنة و 18 سنة.

- أما بالنسبة للتناقض الموجود بين قانون الأسرة و القانون المدني فكان بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فهذه الأخيرة إذا قام بها القاصر تعتبر في القانون المدني قابلة للإبطال وللقاصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، في حين تعتبر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة .

ومن الأفضل لو يعدل المشرع المادة 101 من القانون المدني بما يتناسب مع المادة 83 من قانون الأسرة ، لكون هذه الأخيرة تحقق حماية أكبر للقاصر لأنها تسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة وتجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس ونتائج المعاملات من جهة، وأن هذا التصرف الذي سيقوم به القاصر لا يعتبر نافذا حتى يتم إقراره من طرف الولي أو الوصي من جهة أخرى .

وفي الأخير يمكن القول بأنه رغم ما جاء به المشرع من أحكام تنظم علاقة الأب بإبنه، إلا أنه لا زال على المشرع أن يتدخل مرة أخرى لتوضيح ذلك الغموض وإزالة تلك التناقضات بتعديل نصوص قانون الأسرة وتكميلها، معتمدا أكثر في ذلك بما جاءت به الشريعة الإسلامية خاصة في النسب والولاية في الزواج، وجعلها منسجمة أكثر مع كل النصوص القانونية الأخرى ليس فقط على المستوى الأسري بل حتى التجاري والمدني و الجنائي.



# قائمة الملحقات

الملحق رقم 01: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة  
العامرية ، مجلس قضاء سيدي بلعباس خاص بدعوى فقدان.

الملحق رقم 02: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة  
العامرية ، مجلس قضاء سيدي بلعباس خاص بالحجر.

الملحق رقم 03: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة  
المسيلة ، مجلس قضاء المسيلة خاص بمراجعة النفقة و دفع بدل إيجار.

الملحق رقم 04: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة  
سيدي بلعباس ، مجلس قضاء سيدي بلعباس خاص بالتطليق.

الملحق رقم 05: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة  
المسيلة، مجلس قضاء المسيلة خاص بالطلاق.

الملحق رقم 06: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الجرح بمحكمة عين  
تموشنت ، مجلس قضاء سيدي بلعباس خاص بجنحة الإهمال العائلي.

الملحق رقم 07: حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة  
المسيلة، مجلس قضاء المسيلة خاص بإسقاط الحضانة.

# قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع، وبرواية حفص عن عاصم.

## أولاً: المراجع العامة:

### \* باللغة العربية:

### \* المؤلفات الفقهية:

- 1- ابن أبي شيبة، الأثر في المصنف، ج.8، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 2- ابن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج.4، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ-2003 م.
- 3- أبو الحسن بن أبي الخير بن سالم اليميني العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج.6، دار المنهاج للطلاعة والنشر، لبنان، 2000.
- 4- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج.09، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ الموافق لـ 1999 م.
- 5- أبو الحسين علي محمد اللخمي، التبصرة، ج.10، ط.2، منشورات مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 2012.
- 6- أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، شرح بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.02، دار السلام، القاهرة، مصر، 1995.
- 7- أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1405 هـ.
- 8- أبو بكر بن عربي المالكي، أحكام القرآن، ج.2، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1376 هـ.

- 9- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب المطيعي، المجموع شرح المذهب، ج.13، دار الفكر، دمشق، د.س.ن.
- 10- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.5، ط.3، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991.
- 11- أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج.9، دار الفكر، بيروت، 1299 هـ.
- 12- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، مختصر صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، 2010.
- 13- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، منهاج الطالبين، ج.3، ط.1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2000 .
- 14- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب المطيعي، المجموع شرح المذهب، ج.17، دار الفكر، دمشق، د.س.ن.
- 15- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، المغني و يليه الشرح الكبير، ج.06، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983 .
- 16- أبي إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ الموافق ل 1995 م.
- 17- أبي إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.1، ج.3، ط.1، دار القلم، سوريا، 1996 .

- 18- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، ج.11، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- 19- أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج.07، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997 .
- 20- أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 21- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج.01، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.م.ن، 1989 .
- 22- أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج.06، ط.02، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، السعودية، 1968 .
- 23- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.01، ج.5، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
- 24- أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج.05، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
- 25- أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج.07، ط.03، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 26- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج.01، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن.

- 27- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج.03، ط.03، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 28- أبي جعفر أحمد بن محمد بم سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، شرح معاني الآثار، ج.03، ط.01، عالم الكتب، د.م.ن، 1994.
- 29- أبي جعفر بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.04، ط.01، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 1422هـ الموافق لـ 2001م.
- 30- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين بن الخطيب الشربيني، ج.2، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1997.
- 31- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2002.
- 32- أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي، معالم السنن، ج.03، ط.01، المطبعة العلمية، حلب، 1933.
- 33- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج.4، ج.5، ج.6، ط.2، دار الفكر، لبنان، 1398 هـ الموافق لـ 1978م.
- 34- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقربي المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج.6 ، ط.1، دار الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن.
- 35- أبي عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، المجلد 4، ط.1، دار الجيل، لبنان، 1998.

- 36- أبي عبد الله محمد الخرشبي المالكي، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي الخليل، ج.8، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
- 37- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، دار عالم الكتب، سعودية، د.س.ن.
- 38- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، ج.2، ط.1، المطبعة السلفية ومكبتها، مصر، 1403 هـ.
- 39- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998.
- 40- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج.1، ط.1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997.
- 41- أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.01، دار احياء الكتب العربية، د.م.ن، 275هـ.
- 42- أبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق، التاج و الإكليل لمختصر خليل، ج.03، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ الموافق لـ 1992.
- 43- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، جامع الترميذي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، السعودية، د.س.ن.
- 44- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج.9، ج.10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352 هـ.

- 45- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المجلد الأول، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، د.م.ن، 1953.
- 46- ابن علي الفيومي أحمد، المصباح المنير، ط.01، مؤسسة المختار، مصر، 2008.
- 47- أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط.4، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 48- أحمد المصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط.02، دار النيل، بيروت، 1992.
- 49- أحمد الدردير أبو البركان، الشرح الكبير، ج.03، دار الفكر، لبنان، د.س.ن.
- 50- أحمد المختار الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج.04، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986.
- 51- أحمد بن تيمية، المحرر في الفقه، ج.01، ط.02، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ.
- 52- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.2، ج.5، ج.07، ج.13، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.س.ن.
- 53- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج.02، المكتبة الثقافية، بيروت، د.س.ن.
- 54- أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.01، دار المعرفة، بيروت، 1398 هـ / 1978م.



- 55- أحمد فراج حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 56- أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد الثاني، دار إحياء العلوم، د.م.ن، د.س.ن.
- 57- الحافظ أبي العلى محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المبار كفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترميذى، ج.04، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.م.ن، د.س.ن.
- 58- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزوينى، سنن ابن ماجه، ج.01، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، د.م.ن.
- 59- الحافظ علي بن عمر الدارقطنى، سنن الدارقطنى، ج.03، ط.01، دار المعرفة، لبنان، 2001.
- 60- الرهونى، حاشية الرهونى على شرح مختصر خليل، ج.04، دار الفكر، لبنان، 1978.
- 61- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثانى، دار الكتاب العربى، بيروت، 1405 هـ - 1985 م.
- 62- الصادق عبد الرحمان الغريانى، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج.3، مؤسسة الريان للنشر والتوزيع، لبنان، 2002.
- 63- العربى بلحاج، أبحاث ومذكرات فى القانون والفقه الإسلامى، ج.2، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 64- القرافى، الذخيرة، ج.11، ط.01، دار الغرب الإسلامى، بيروت، 1994.
- 65- النووى، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.07، ط.03، المكتب الإسلامى، بيروت، 1412 هـ الموافق لـ 1991 م.

- 66- الموسوعة العربية العالمية، ج.05، ط.02، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999.
- 67- النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.06، ط.01، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1929.
- 68- برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح بداية المبتدي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.م.ن، د.س.ن.
- 69- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1403 هـ الموافق لـ 1983م.
- 70- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسة للنشر، السعودية، 1420هـ.
- 71- حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011.
- 72- زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، ج.2، ط.3، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2003.
- 73- زين الدين بن علي بن أحمد العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج.5، دار عالم الإسلامي، د.م.ن، د.س.ن.
- 74- سعد التجاني، اللأبي و الدرر في الآداب والمحاسن الغرر، مطبعة المنار، تونس، د.س.ن.
- 75- سليمان البيجرمي، حاشية البيجرمي علي الخطيب، ج.4، ط.الأخيرة، دار الفكر العربي، لبنان، 1981.

- 76- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، ج.7، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن.
- 77- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، ج.9، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن.
- 78- شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة شرح فتح القدير للإمام ابن همام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 79- شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج.04، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 80- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.5، ج.8، ج.12، ج.24، ج.28، ج.30، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
- 81- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ج.3، ج.4، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن.
- 82- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بم شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، ج.4، ج.5، ج.07، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 83- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج.2، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1997.

- 84- شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.
- 85- شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج.10، ط.01، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، 1327 هـ.
- 86- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، ج.04، ط.01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 87- صبحي صالح، منهل الواردين بشرح رياض الصالحين للإمام النووي، ط.1، دار العلم للملايين، لبنان، 1970.
- 88- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، 1948.
- 89- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، دار المكتبة العلمية، لبنان، 1999.
- 90- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقح، ج.7، ط.3، د.د.ن، د.م.ن، 1985.
- 91- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.11، ط.3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1997.
- 92- عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج.4، ط.2، دار الفكر، 1398 هـ الموافق لـ 1978 م.

- 93- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006 .
- 94- عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة للإمام مالك بن أنس، ج.02، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.س.ن.
- 95- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق، ط.02، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
- 96- عدنان حسن عزايزة، حجية القران في الشريعة الإسلامية، البصمات، القيافة، دلالة الأثر، تحليل الدم، دار عمار، د.س.ن.
- 97- عقيلة حسين، الشبهات المسقطه للحدود، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية، ط.01، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 98- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.5، ج.7، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- 99- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.04، ط.01 ، دار الفكر ، بيروت ، 1996.
- 100- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.5، ج.6، ج.7، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 101- علي بن عمر الدارقطني، أبي الطيب محمد شمس الحق آبادي، سنن الدارقطني وبذيله التعليق المغني على الدارقطني، ط.01، دار ابن الحزم، لبنان، 1432هـ الموافق ل 2011.
- 102- علي بن عمر الدارقطني، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم، ج.01، ط.01، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، 1985.

- 103- علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، 1985.
- 104- علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ط.05 مزيدة ومنقحة، دار المعارف، مصر 2006.
- 105- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج. 1، دار التوفيقية للطباعة، مصر، 2008.
- 106- فؤاد إفرايم البستاني، منجد الطلاب، ط.25، دار المشرق، لبنان، 1986.
- 107- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج.6، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1375 هـ.
- 108- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج.03، ج.4، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 109- مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الزكاة، ج.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985.
- 110- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- 111- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط.6، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998.
- 112- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د.س.ن.
- 113- محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج.02، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1415 هـ - 1995.

- 114- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.03، ط.01، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، المنصورة، 2001.
- 115- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار الفكر ، لبنان ، 2008.
- 116- محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، ج.3 ، ج.5 ، ج.6 ، ط.2، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1987.
- 117- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج.5، دار عالم الكتب، السعودية ، 2003.
- 118- محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج.04، ط.01، دار المعرفة ، بيروت ، 1997.
- 119- محمد بن عبد الله السبيل ، فتاوى و رسائل مختارة ، ط.01 ، دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2008.
- 120- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار ، ج.06 ، ط.01، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع، 2005.
- 121- محمود بن أحمد العيني، البداية في شرح الهداية، ج.04، ط.02 ، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 122- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة ، ط.08، دار الشروق، القاهرة، 1421 هـ - 2001 م.

- 123- محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، ج.2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 124- محي الدين محمد يعقوب الفيروز الأبادي، القاموس المحيط، ج.02، ط.06، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998.
- 125- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج.3، مطبعة طربين، دمشق، د.س.ن.
- 126- مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ومعها تجريد زوائد الغاية والشرح لحسن الشطي، ج.3، ط.1، منشورات المكتب الإسلامي، سوريا، 1969.
- 127- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج.3، دار الفكر، لبنان، 1402 هـ.
- 128- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.6، ج.8، ط.3، دار عالم للكتب، السعودية، 1997.
- 129- نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، موارد الضمآن إلى زوائد ابن حبان، ج.04، ط.01، دار الثقافة العربية، دمشق، 1991.
- 130- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ج.8، ج.10، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1985.
- 131- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ج.2، ط.3، دار الفكر، سوريا، 2002.

#### \* المؤلفات القانونية:

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.



- 2- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط.9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 3- الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط.01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 4- أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 5- أنور الخطيب، الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، لبنان، 1965.
- 6- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج.2، د.د.ن، مصر، د.س.ن.
- 7- باسم محمد ملحم وباسم حمد الطراونة، شرح القانون التجاري، الشركات التجارية، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن.
- 8- تونسي حسين، تطور رأس مال الشركة ومفهوم الربح في الشركات التجارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 9- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، ط.01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 10- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها والولاية العامة والخاصة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
- 11- جيلالي تشوار، طرق التفسير، محاضرة ألقيت على السنة أولى ماجستير قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

- 12- حسن القاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى العلوم القانونية، منشأة المعارف، مصر، 1995.
- 13- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.
- 14- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، عالم الكتب، مصر، 1980.
- 15- رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 16- زكي زكي حسن زيدان، الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009 .
- 17- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نصه و شرح والتعليق عليه وتطبيقه وما إليه، ج.2، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 18- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 .
- 19- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 20- صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الإفلاس والتسوية القضائية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 21- عباس العبودي المدني، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات، ط.01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن.
- 22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث، مصر، د.س.ن.

- 23- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بالوجه العام، الإثبات وآثار الإلتزام، ج.02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1982 .
- 24- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ج.1، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 25- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.
- 26- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996.
- 27- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.م.ن، 2006.
- 28- علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- 29- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 .
- 30- علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 2007.
- 31- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، ط.2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 32- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، ط.2، النشر والتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 2003.
- 33- لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط فيها، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.م.ن، 1984.

- 34- لبيب محمد شنب، مبادئ القانون، مدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، د.م.ن، 1970.
- 35- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، دار الفكر العربي، مصر، 2004.
- 36- محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة، مطبعة أطلس، القاهرة، 1983.
- 37- محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 38- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص و الأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 39- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 40- محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 41- محمد سعيد جعفرور، مدخل إبي العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج.2، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 42- محمد شريف و محمد عبد العزيز البهنساوي، مبادئ الطب الشرعي والسموم، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1990.
- 43- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات والفقہ الإسلامي من منظور موازن، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.

- 44- محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006.
- 45- محمد عبد العزيز سيف النصر، الطب الشرعي والبوليس الفني الجنائي، ط.02، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1985.
- 46- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.س.ن.
- 47- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، لبنان، 1986.
- 48- نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 49- نادية فوضيل، شركة الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 50- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 51- نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط.01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 52- وفاء الشيعاوي، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- 53- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1981.

\* باللغة الفرنسية:

1- G.CORNU, Droit civil, La famille, 7 éme édition, Montchrestien, Paris, 2007.

2- J.P . BROUILLAUD, Droit civil, les biens, les personnes, la famille , édit .  
Hachette, France, 2000.

3- P.KAMOUNET ET J.P . FREJAVILLE , Guide des examens de laboratoire ,  
Flammarion Médecine sciences , Paris, 2002.

## ثانيا: المراجع الخاصة:

### \* باللغة العربية:

1- إبراهيم عبد الفتّح بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة  
الإشعاع الفنية، الإسكندرية ، د.س.ن.

2- إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، ط.1، دائرة  
الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي ، 2003.

3- أبو زيد رشدي شحاتة، شروط قبول حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال  
الشخصية، دراسة مقارنة، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2012.

4- أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي معالم التنزيل، ج.1، دار طيبة، السعودية،  
1409هـ.

5- أحمد ابراهيم بك وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون،  
مطبعة الخرطوبي، القاهرة، 1994.

6- أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط.2، دار الراضي، مصر،  
2009-2010.

7- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي، مكتبة المعارف، الرباط،  
1987.

- 8- أحمد الحصري، الولاية الوصاية الطلاق في الفقه الإسلامي والأحوال الشخصية، ط.02، دار النيل، بيروت، 1992.
- 9- أحمد بنحيت الغزالي وعبد الحلیم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008-2009.
- 10- أحمد بن عبد العزيز الحداد، من فقه الوقف، ط.1، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بإدارة البحوث، دبي، 2009.
- 11- أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 12- أحمد زياد سلامة، أطفال الأنايب بين العلم والشريعة، ط.03، الدار العربية للعلوم، القاهرة 1998.
- 13- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 14- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، لبنان، 1991.
- 15- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 16- أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
- 17- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية، دار الكتاب القانونية، مصر، 2007.

- 18- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 1999.
- 19- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009 .
- 20- أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 21- أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة ونفقة الصغير ونفقة الأقارب، دار الكتب القانونية، مصر، 1995.
- 22- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.
- 23- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.
- 24- أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد و الأقارب، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، 1987.
- 25- أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للمطبوعات، مصر، 1994.
- 26- أحمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلقا عليها بأحكام النقض والدستورية العليا، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.
- 27- أشرف عبد الرزاق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.



- 28- الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بين التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 29- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 30- السيد أبو عيطة، الزواج و الطلاق في زمن العولمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 31- العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 32- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 .
- 33- العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 34- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 35- العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 36- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
- 37- المرسي عبد العزيز السماحي، بحوث في فرق النكاح، ط.01، مطبعة الفجر الجديدة، مصر، 1986.

- 38- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعاً وفقه وقضاء، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
- 39- أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، مصر، 1985.
- 40- باديس ذياي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 41- باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 42- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج.1، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.
- 43- بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1987.
- 44- تقيّة عبد الفتاح، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، 2006.
- 45- جابر عبد الهادي سالم شافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- 46- جمال الضمراني، الولاية و الشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 47- جمال مهدي محمود الأكشّة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.

- 48- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة الوصية الوقف، ط.2، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 49- حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 50- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و آثارها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
- 51- رفيق يونس المصري، علم الفرائض والموارث، ط.1، دار القلم، سوريا، 1994.
- 52- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، لبنان، 2001.
- 53- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط.01، منشورات الحلبي، بيروت، 2007.
- 54- زهير الأعرجي، النظام العائلي ودور الأسرة في البناء الاجتماعي الإسلامي، ط.01، مطبعة أمير، إيران، 1994.
- 55- زكريا أحمد البري، أحكام الأولاد في الإسلام، نشر الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن.
- 56- زكريا البري، أحكام الأولاد في الإسلام، ط.01، دار المدني، جدة، المملكة العربية السعودية، 1992.
- 57- زكريا البري، الأحكام الإسلامية للأسرة الإسلامية، منشأة المعارف، مصر، 1985.

- 58- زبيدة إقروفة، التلقيح الإصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 59- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج.01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 60- سعد أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، آثار الزواج وانحلاله، ج.01، ط.02، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1989.
- 61- سعيد بويزري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 62- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، منشورات دار طليطلة، الجزائر، سنة 2010.
- 63- سليم هاني منصور، الوقف و دوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، د.م.ن ، 2004.
- 64- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
- 65- صالح جيجك، الميراث في القانون الجزائري، ط.1، ديوان الخدمات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 66- صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012.
- 67- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 .

- 68- عادل قورة ومحمد جمال الدين، تشريعات الطفولة في مصر، مطبعة الشروق، مصر ، د.س.ن.
- 69- عاصم أنور سليم، حقوق الطفل، المكتبة القانونية، الناشر المكتب الجامعي الحديث، د.م.ن، 2001 .
- 70- عبد الحق منصوري، حقوق الطفل الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط.1، دار قرطبة، الجزائر، 2005.
- 71- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001 .
- 72- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ن، 1996.
- 73- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطلاق وآثاره، ج.02، ط.05، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979.
- 74- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الهبة والتركه والفرض والدخل الدائم والصلح، ج.5، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 75- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومه، الجزائر، 1996.
- 76- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 77- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967.

- 78- عبد العزيز عزة، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.4، دار هومه، الجزائر، 2015.
- 79- عبد الفتاح إبراهيم البهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، د.س.ن .
- 80- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، ط.03، الجزائر، 1999-2000.
- 81- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط.01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 82- عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، ط.01، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 83- عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، ط.2، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 84- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 85- عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط.03، دار المعارف، مصر، 1958.
- 86- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار، مصر، 2004.

- 87- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- 88- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط.2، دار القلم، الكويت، 1990.
- 89- عبير ربحي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.01، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 90- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 1998 .
- 91- عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.03، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2000.
- 92- عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
- 93- علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.2، مطبعة المعارف، بغداد، 1963م.
- 94- علي قائمي، دور الأب في التربية، ط.01، دار النبلاء، بيروت، 1994.
- 95- علي محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2012.
- 96- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.01، ط.01، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2002.

- 97- غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 98- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
- 99- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2007-2008.
- 100- كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية ( الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية )، الاختصاص والإجراءات والقرارات، منشأة المعارف، مصر، 2003.
- 101- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى النسب والإرث، ط.01، علا الكتب، د.م.ن، 2002.
- 102- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.01، ط.03، دار هومه، الجزائر ، 2011.
- 103- مامون محمد أبو يوسف، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، ط.2 ، دار الثقافة، الأردن، 2009.
- 104- مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 105- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
- 106- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر العربي، لبنان، 1957 .



- 107- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، د.م.ن، 1988.
- 108- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مطبعة علي مخيمر، مصر، 1959.
- 109- محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 110- محمد الحسيني الحنفي، الأحوال الشخصية، ط.3، دار النهضة العربية، د.م.ن، 1964.
- 111- محمد الحسني حنفي، نفقات الأقارب في الشريعة الإسلامية وضمانات تنفيذها، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1966-1967م.
- 112- محمد بن أحمد تقية، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط. 1، ديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 113- محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012.
- 114- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج.06، ط.02، دار الفتح، بيروت، 1392 هـ الموافق لـ 1982 م.
- 115- محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، ط.01، دار العلم للملايين، د.ب، 1964.
- 116- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 117- محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.

- 118- محمد علي محبوب، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.د.ن، د.م.ن.
- 119- محمد فتحي نجيب و محمود محمد غنيم، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط.01، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 120- محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2007.
- 121- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، ج.2، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 122- محمد كمال الدين امام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، 1998.
- 123- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، ج.01، ط.02، د.د.ن، الجزائر، 1994.
- 124- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ط.02، أطلس للنشر، الجزائر، 1993.
- 125- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، لبنان، 1983.
- 126- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987.
- 127- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2007.

128- محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976.

129- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، دار الجامعية، مصر، 1983.

130- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية ولمذهب الجعفري والقانون، ط.2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1977.

131- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار الحامد، الأردن، 2008.

132- محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، د.س.ن.

133- محظارية طفياي، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

134- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، ط.2، دار عمار، الأردن، 1998.

135- مصطفى أحمد سه ركول، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

136- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والخلاله، ج.1، ط.7، المكتب الإسلامي، سوريا، 1417هـ-1997.

137- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.2، ط.5، دار الوفاء للطباعة والنشر و التوزيع ، المنصورة ، 1990.

138- ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.

- 139- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 140- نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة الوصية الوقف، دار هومه، الجزائر، 2012.
- 141- نزيه نعيم شلال، المرتكز في دعاوى النفقة لدى جميع الطوائف، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 142- نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 143- نور الدين أبو لحية، الزواج و الطلاق وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث مصر، 2009.
- 144- وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2007.
- 145- هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقات الدولية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013.
- 146- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

\* باللغة الفرنسية:

1- GH .Benmelha , Droit algérien de la famille , édit . O.P.U., Alger,1993.

ثالثا: أطروحات الدكتوراه و المذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 1- أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2014-2015.
- 2- خيرة العراي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2012-2013.
- 3- ربيحة إلمات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.
- 4- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.
- 5- زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- 6- زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.
- 7- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 1421هـ-2000م.
- 8- عبد الله محمد سعيد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

- 9- عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
- 10- كريمة نزار، أبعاد و مخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010.
- 11- محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018.
- 12- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة بن عكنون، 1982.
- 13- يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2015-2016.

### ب- مذكرات الماجستير:

- 1- أبو بكر لشهب، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ولاية الزواج والقصر نموذجا، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2009-2010.
- 2- أبو صالح نبيل كامل حسن، أهلية التكليف عند الأصوليين، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح المفتوحة، نابلس، فلسطين، 2011.

- 3- أحمد بن عبد الكريم المطوع، أحكام الولاية المالية على الفُصّر وتطبيقاتها الفقهية والقضائية، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ - 1432 هـ .
- 4- آسيا بوخاتم، الحقوق المالية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.
- 5- أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- 6- أوريدة بوترفة، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون ، الجزائر، د.س.ن .
- 7- باسم حمدي حرارة، سلطة الوالي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010.
- 8- بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010-2011.
- 9- جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006.
- 10- جهاد سالم جريد الشرفات، أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 1990.

- 11- حسام سهيل عبد الرزاق النوري، أثر الجنون في التصرفات القولية والفعلية في الشريعة الإسلامية، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2013.
- 12- خير الدين فطازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006-2007.
- 13- خير الدين مشرنن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقيد، تلمسان، 2011-2012.
- 14- دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008.
- 15- زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008.
- 16- سامية موالفي، حماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2000.
- 17- سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري وفي ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعتمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 18- شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010.



- 19- صالح براهيم، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1992 .
- 20- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006-2007.
- 21- صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.
- 22- صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
- 23- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1424هـ-2003 .
- 24- عبد الحق حميش، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه والأصول، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1408 هـ الموافق لـ 1988م.
- 25- عبد الحق عمار، مكانة الأب داخل العائلة الجزائرية، دراسة مقارنة، ماجستير في علم النفس الإكلينيكي، قسم علم النفس وعلوم التربية، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2011-2012.

- 26- عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 27- عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003.
- 28- عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين والطفل في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، جامعة أم القرى، السعودية، 1990.
- 29- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه و صورته المعاصرة بين الشريعة و القانون ، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2005-2006.
- 30- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010-2011.
- 31- كمال بقداد، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 1999.
- 32- كمال صمامه، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.
- 33- مبروكة غضبان، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر ، 2009-2010.
- 34- محمد بوعمره، أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2012-2013 .

- 35- محمد جلال الدين مباركي، الأهلية القانونية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون ، 2001-2002.
- 36- محمد طواهري، الجزء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
- 37- محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- 38- مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010.
- 39- منصور مبروك، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، الجزائر، 2007-2008.
- 40- نادية براهيمية، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1995.
- 41- ناصر الدين الشاعر، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
- 42- نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

43- نسيمة شيخ، الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.

44- هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011-2012.

45- وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، دراسة نقدية تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2013.

46- يمينة بن حليلة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن خلدون، تيارت، 2011-2012.

### ج- مذكرات إجازة القضاء:

1- البختي هبالي ومحمد العماري، تصرفات الصبي المميز، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005-2008.

2- جهيدة مهدي، مسؤولية متولي الرقابة دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري وعلى ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2006.

3- خديجة بوشيبان، صلاحية قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، 2007-2010.

4- دلال قندوز، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، 2007-2010.

- 5- زيتونة بغال، إجراءات بيع العقار المحجور، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007.
- 6- عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء،  
الدفعة 14، 2003-2006 .
- 7- عادل نميش، الإثبات بشهادة الشهود في التشريع الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة  
18، الجزائر، 2009-2010 .
- 8- عبد الحكيم بالهبري، حماية أموال القاصر طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مذكرة  
المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، 2007-2010.
- 9- فاطمة الزهراء بيتور، الولاية على النفس بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة  
المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، 2007-2010.
- 10- فاطمة قياصة، أحكام المفقود، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2005-2006.

#### رابعاً: المقالات و التعاليق

##### \* باللغة العربية:

- 1- إبراهيم داودي، الشخصية القانونية للحمل المستكن ، مجلة الراشدية ، 2010 ، ع . 2 .
- 2- أحمد الصويعي شلييك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد غير  
إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة  
الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، محرم 1428 هـ الموافق لـ فبراير 2007م، المجلد رقم 04، ع.01.
- 3- أحمد عمراني، التلقيح الصناعي بعد الوفاة، مخاطره ومحاذره، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق،  
جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، ع.01.

- 4- أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2009، ع.1.
- 5- آسية بوخاتم، حق القاصر في التنزيل، مداخلة أقيمت في ملتقى بعنوان أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
- 6- الصادق فريوي، الوصية الواجبة والتنزيل دراسة مقارنة، م.ع.ق، جامعة عنابة، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، د.س.ن.
- 7- العربي بلحاج، الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، 2012، ع.01.
- 8- العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1990، ع.2.
- 9- المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، ما بين 13 و15 أكتوبر 1986، ج.02، الكويت، 2000.
- 10- بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم، مجلة العدل، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، محرم 1429 هـ، ع.37.
- 11- بوتخيل معطي، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة أمامها، مجلة الثقافة الإسلامية، مجلة نصف سنوية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، حيدرة، الجزائر، السنة الأولى، 2004، العدد التجريبي.
- 12- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، 1998، ع.1.

- 13- جمال ليشاني، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة، المواريث، مجلة الموثق، جويلية 1999، ع.7.
- 14- جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ع.01.
- 15- جيلالي تشوار، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، رقم 01.
- 16- جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1.
- 17- جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ج.41، رقم 01، 2000.
- 18- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، رقم 4.
- 19- جيلالي وحياني، تحديد سن زواج المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ع.12.
- 20- حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، المغرب، د.س.ن، ع.15.
- 21- حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمتبقى والبديل، مجلة الأحوال الشخصية، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2008، ع.07.

- 22- خالد سماحي، اشتراط الشكل في التبرعات، مجلة الحجة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، جانفي 2012، ع.3.
- 23- خيرة العرابي، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، مخبر حقوق الطفل الحماية القانونية والاجتماعية للطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، وهران، 2011، ع.02.
- 24- رابح طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2010، ع.07.
- 25- رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، رقم 03.
- 26- زكية تشوار حميدو، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الامر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، رقم 12.
- 27- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع.04.
- 28- زكية تشوار حميدو، موقف الإجتهد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009، ع.3.
- 29- رقية أحمد داود، التصرفات المالية لعديم وناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع.8.



- 30- سامية حساين، تأرجح حماية القاصر بين قواعد القانون التجاري وقانون الأسرة الجزائري، ملتقى دولي بعنوان الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ماي 2014.
- 31- شفيق حادي، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2013، ع. 4، الموقع: [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma).
- 32- شهر زاد بوسطلة، الحقوق المعنوية و المالية للجنين في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، د.س.ن، ع. 7.
- 33- عبد الرؤوف دبابش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د.س.ن، ع. 07.
- 34- عبد الرحمان بن جيلالي، أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري، ملتقى دولي بعنوان الحماية القانونية للأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ماي 2014.
- 35- عبد العالي حاجة، رياض دنش، ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة، مجلة منتدى القانوني، مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع. 04.
- 36- عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، ع. 05، 2012.
- 37- عبد القادر بن مرزوق، أحكام التنزيل كوسيلة لحماية الأسرة، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، الجزائر، 2005.

- 38- عبد القادر بن مرزوق، العدل في تطبيق أحكام التنزيل ، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011، رقم 12.
- 39- عبد الهادي الحسين، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية، 2006، ع.35.
- 40- علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع.3.
- 41- عمر كركوكلي، رجوع الأب في هبته، مجلة الحق، دبي، د.س.ن.
- 42- عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة التواصل، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ع.15.
- 43- فايز ظفيري، الطفل والقانون معاملة وحمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي، مجلة الحقوق، 2001، ع.1.
- 44- فراس يقاش، دعوى النسب بين الشريعة والقانون، مجلة القانون، 2010، ع.02.
- 45- فريد علواش، حقوق الطفل في الموثيق والاتفاقيات الدولية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د.س.ن، ع.6.
- 46- كريم زينب، التلقيح الاصطناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة البنوة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2009، ع.06.
- 47- كمال لدرع، حماية حقوق الطفل، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، ع.09.
- 48- كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة بن عكنزن، كلية الحقوق، 2001، ع.1.

- 49- كمال لدرع، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية والمعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2002، ع. 2.
- 50- لحسن بن شويخ آيث ملويا، تنازل الأم الحاضنة عن الحضانة، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية، الجزائر، رمضان 1429 هـ - سبتمبر 2008 م ، ع. 2.
- 51- كوثر زهدور، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، مجلة الفقه والقانون، المغرب، د.ع، د.س.ن، ص. 01-02، منشور على الموقع الإلكتروني : [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)
- 52- لحسن بن شيخ آيث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة ، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية، الجزائر، رمضان 1429 هـ - سبتمبر 2008 م ، ع. 2.
- 53- مازن إسماعيل هنية، إثبات النسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17، سلسلة الدراسات الإسلامية، يناير 2009، ع. 1.
- 54- محمد أحمد صالح الصالح، إثبات نسب أولاد الزنا، الحكم - الضوابط - الشروط - عناية الإسلام باللقتاء، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، من 19 إلى 23 محرم 1432 هـ - 25 إلى 29 ديسمبر 2010.
- 55- محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج، فقها وقانونا وقضاء، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014.
- 56- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، 1987، ع. 1.

- 57- محمد علي البار، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي ومحاذره، المجلة العربية، جدة، 1986.
- 58- محمد فاروق النبهان، أهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية، مجلة الميادين، 1988، ع.03.
- 59- محمد محمود أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 1996، ع.01.
- 60- محمد معروف عرابي، قانون الأسرة ماله وما عليه، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، أكتوبر 2005، ع.10.
- 61- محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2004، ع.3.
- 62- محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية أصول الدين، الأردن، 2010، ع.1.
- 63- محمود سردون، حدود تدخل الولي في أموال ابنه القاصر، مداخلة أقيمت في ملتقى حول الحماية القانونية بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، ماي 2014.
- 64- محمود محافضي، دور البصمة الوراثية "A.D.N" في تحديد النسب، مجلة دراسات قانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، 2003.
- 65- محمود مجيد سعود الكبيسي، حقوق المحضون على الحاضن ونفقته، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة العالم الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436 هـ.

- 66- مخلد الطراونة، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشرعية الإسلامية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، كلية الحقوق، 2003، ع.2.
- 67- مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، الجزائر، ع.9.
- 68- مصطفى مناصرة، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011، ع.01.
- 69- ناصر الدين ماروك، القانون الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000، ع.3.
- 70- نصر الدين ماروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، 1999.
- 71- نعيمة إلياس مسعودة، نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، 2014.
- 72- هشام يوسفات، أثر تحاليل الدم في ضبط النسب، مجلة دفاتر السياسية والقانون، كلية الحقوق، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2012، ع.06.

## \* باللغة الفرنسية:

- 1- Christophe VIGNEAU , Les rapports entre solidarité familiale et sociale en droit comparé , N°01 ,R.I.D.C , 1999 .
- 2- YAKOUT. A , La protection de l'enfant en droit algérien , R.A.S.J.E.P., 2003 , n°2 .

## مقالات من مواقع الأنترنت:

1- إبراهيم ناصر الحمود، البصمة الوراثية، مقال منشور بتاريخ 2017/08/12 على الموقع [www.islamtoday.com](http://www.islamtoday.com)

2- أبي الحواري محمد بن الحواري العماني، تفسير آيات حفظ أموال اليتامى و الوصية بهم ، مقال منشور في موقع يعني بعلوم القرآن و الفكر الإسلامي : [www.alkabs.net/quran-\\_explanations](http://www.alkabs.net/quran-_explanations)

3- اختصاصات رئيس المحكمة ، مقال منشور بموقع وزارة العدل الجزائرية: [www.arabic.justice.dz/cult\\_justice](http://www.arabic.justice.dz/cult_justice)

4- الأعمال القضائية، مقال منشور بموقع وزارة العدل الجزائرية: [www.arabic.justice.dz/cult\\_justice](http://www.arabic.justice.dz/cult_justice)

5- الخلع و الطلاق بالاتفاق، مقال منشور بتاريخ 16 ديسمبر 2010 بالموقع : [www.startimes.com=26479086](http://www.startimes.com=26479086)

6- النظام القانوني في العقوبة في الجزائر، مقال على شكل ملخص لمذكرة ماجستير منشور في الموقع: [www.droit\\_dzcom/forum/showthead.php?t=9913](http://www.droit_dzcom/forum/showthead.php?t=9913)

7- شفيق حادي، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2013، ع. 4، مقال منشور بالموقع: [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

8- عبد القادر بن داودي، دليل شرح قانون الأسرة و عرض أسبابه، نظرة تاريخية حول تطور قانون الأسرة في الجزائر، مقالة منشورة على الموقع: [www.tomohna.net/vb/download.php.do](http://www.tomohna.net/vb/download.php.do)

9- فتحة الطلحوي، نفقة الابن و المكفول أوجه الشبه وأوجه الاختلاف، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2013، ع.9، مقال منشور بالموقع:

www.majalah.new.ma

10- نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع.20، مقال منشور بالموقع:

www.majalah.new.ma

11- الموقع يوم 2019/04/03 على الساعة 18:00 :

www.la hamag.com/article/4560.9

## خامسا: النصوص القانونية

### أ - النصوص القانونية الجزائرية:

1- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر، ع.76، الصادر في 8 ماي 1991، المعدل و المتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل 06 مارس 2016 ، ج.ر، ع.14، الصادر في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق ل 7 مارس 2016.

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و البروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، ج.ر،

- ع.20، الصادر في 17 ماي 1989، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 هـ الموافق لـ 16 ماي 1989
- 3- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1979، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، ع.6، الصادر في 24 يناير 1996.
- 4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، ج.ر، ع.78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، ع.44، الصادرة في 26/06/2005.
- 5- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.15.
- 6- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر، ع.17، الصادر في 25 أبريل 1990.
- 7- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، ج.ر، ع.21، الصادرة في 8 ماي 1991.
- 8- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 هـ الموافق لـ 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، ع.14، الصادر في 9 رمضان 1413 الموافق لـ 3 مارس 1993.



- 9- القانون رقم 10-02 المؤرخ في 10 شوال 1423 الموافق لـ 14 ديسمبر 2002، يعدل ويتم القانون رقم 10-91 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، ج.ر، ع.83، الصادر في 15 ديسمبر 2002.
- 10- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007 ، يعدل و يتم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادر في 13 ماي 2007.
- 11- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، ع.21، الصادر في 23 أبريل 2008.
- 12- المرسوم الرئاسي رقم 64-283 مؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 الموافق لـ 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، ج.ر، ع.35، الصادر في 25 سبتمبر 1964.

### ب - النصوص القانونية الأجنبية:

- 1- قانون رقم 71 لسنة 1946 الصادر في 24 رجب سنة 1365 الموافق لـ 24 يونيو 1946 المتضمن قانون الوصية المصري، ج.ر، ع.65.
- 2- قانون رقم 119 لسنة 1952 الصادر في 8 ذي القعدة 1371 الموافق لـ يوليو 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري، والمنشور في 04 أغسطس 1952.
- 3- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 07/09/1953 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 31/12/1975 ، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيدة ومنقحة لسنة 2000 م.

- 4- قانون حقوق العائلة اللبناني الصادر في 1917/10/25، ج.ر، ع.01، المنشور بتاريخ 01 جانفي 1918.
- 5- الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 م المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدل و المتمم.
- 6- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، ع.01، المنشور في الوقائع العراقية، ع.785، بتاريخ 1963/03/21.
- 7- قانون رقم 51 لسنة 1984 الخاص بالأحوال الشخصية الكويتي، ج.ر، ع.1570، المنشور بتاريخ 23 يوليو 1984.
- 8- ظهير شريف رقم 172.02.1 بتاريخ 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغاربيين، ج.ر، ع.5031، الصادر بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق لـ 19 أغسطس .
- 9- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 المتضمن تنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية ، ج.ر ، رقم 5184، الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

### سادسا : القرارات العربية:

- 1- القرار رقم 105-د-6-17/8/1408 هـ -4/4/1988 المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.
- 2- القرار رقم 323-ج-24-4/3/2002 المتضمن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي.



الفهرس

01.....	مقدمة
11.....	الباب الأول : أحكام الأبوة في المسائل الشخصية
13.....	الفصل الأول: مؤكدات الأبوة في قانون الأسرة
15.....	المبحث الأول: تأكيد الأبوة بثبوت النسب بالزواج
16.....	المطلب الأول: ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية
17.....	الفرع الأول: إمكانية الاتصال بين الزوجين بعد العقد الشرعي
17.....	أولاً: إمكانية الاتصال الطبيعي بين الزوجين بعد العقد الشرعي
21.....	ثانياً: الاتصال غير الطبيعي بين الزوجين ( التلقيح الإصطناعي)
27.....	الفرع الثاني: مدة الحمل
31.....	الفرع الثالث: عدم نفي الولد بالطرق المشروعة
31.....	أولاً: الوسائل الواقعية لنفي النسب
32.....	ثانياً: الوسيلة الشرعية لنفي النسب
35.....	المطلب الثاني: ثبوت النسب بعد الانفصال
36.....	الفرع الأول: ثبوت النسب في الزواج الصحيح
36.....	أولاً: ثبوت نسب ولد المطلقة
40.....	ثانياً: ثبوت نسب الولد المتوفى عنها زوجها
40.....	ثالثاً: ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

- 42..... الفرع الثاني: ثبوت النسب في الزواج الباطل والفساد وبنكاح الشبهة
- 43..... أولاً: ثبوت النسب في الزواج الباطل والفساد
- 49..... ثانياً: ثبوت النسب بالوطء بشبهة
- 53..... المبحث الثاني: تأكيد الأبوة بثبوت النسب ببعض الطرق الأخرى
- 54..... المطلب الأول: ثبوت النسب بالإقرار و البينة
- 55..... الفرع الأول: ثبوت النسب بالإقرار
- 64..... الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبينة
- 70..... المطلب الثاني: الطرق العلمية لثبوت النسب
- 70..... الفرع الأول: الطرق العلمية الظنية
- 76..... الفرع الثاني: الطرق العلمية القطعية
- 78..... أولاً : ضوابط و شروط العمل بالبصمة الوراثية
- 78..... أ- ضوابط العمل بالبصمة الوراثية
- 80..... ب- شروط العمل بالبصمة الوراثية
- 83..... ثانياً: موقف الفقه و القانون و القضاء من البصمة الوراثية
- 83..... أ- موقف الفقه من البصمة الوراثية
- 86..... ب- موقف القانون من البصمة الوراثية
- 89..... ج- موقف القضاء من البصمة الوراثية

- 92..... ثالثا: عوائق تطبيق البصمة الوراثية.
- 93..... أ- العوائق القانونية لتطبيق البصمة الوراثية.
- 93..... 1- البصمة الوراثية أمام التمسك باللعان.
- 96..... 2- البصمة الوراثية و مدى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.
- 98..... 3- البصمة الوراثية و مدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد.
- 99..... ب- العوائق المادية لتطبيق البصمة الوراثية
- 99..... 1- وجود مخبر علمي وحيد
- 100..... 2- مسألة مصاريف الخبرة.
- 101..... الفصل الثاني: أحكام الأبوة في الولاية على النفس
- 102..... المبحث الأول: أحكام الأبوة في الحضانة
- 103..... المطلب الأول: مفهوم الحضانة
- 104..... الفرع الأول: تعريف الحضانة و حكم مشروعيتها
- 104..... أولا : تعريف الحضانة
- 104..... أ- تعريف الحضانة لغة
- 105..... ب- تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي
- 105..... 1- تعريف الحضانة عند الفقهاء القدامى
- 107..... 2- تعريف الحضانة عند الفقهاء المحدثين

- ج- تعريف الحضانة في القانون.....108
- ثانيا: حكم مشروعية الحضانة.....110
- أ- مشروعية الحضانة في القرآن الكريم.....110
- ب- مشروعية الحضانة في السنة النبوية الشريفة.....111
- ج- مشروعية الحضانة في الإجماع.....111
- الفرع الثاني: الأنظمة المشابهة للحضانة.....112
- أولا : الحضانة و الولاية على النفس.....112
- ثانيا : الحضانة و الرضاع.....114
- ثالثا : الحضانة و الكفالة .....115
- الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للحضانة.....117
- أولا: طبيعة الحضانة في الشريعة الإسلامية.....117
- ثانيا: الطبيعة الشرعية و القانونية للحضانة.....119
- المطلب الثاني: ضوابط إسناد الحضانة للأب كحاضن.....121
- الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الأب كحاضن لأبنائه.....121
- أولا : شرط العقل.....123
- ثانيا : شرط البلوغ.....125
- ثالثا: شرط القدرة على الحضانة .....127



- 130.....رابعاً: شرط الأمانة.....
- 131.....خامساً: شرط الإسلام.....
- 132.....الفرع الثاني: مكان ممارسة الحضانة و حق الزيارة للأب.....
- 133.....أولاً: توفير مكان لممارسة الحضانة من طرف الأب .....
- 140.....ثانياً: الأب كمراقب لتصرفات الحاضن عن طريق حق الزيارة.....
- 145.....المطلب الثالث: مسقطات الحضانة عن الأب.....
- 146.....الفرع الأول: سقوط الحق في الحضانة لضياع الطفل صحة و خلقاً.....
- 146.....أولاً: المسقطات المبنية على الأمراض العقلية و الجسدية.....
- 149.....ثانياً : السلوك المشين للحاضن .....
- 151.....الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة بالتنازل.....
- 151.....أولاً: سقوط الحق في الحضانة بسبب التنازل الصريح .....
- 152.....أ- التنازل عن الحضانة بالإرادة المنفردة للحاضن.....
- 155.....ب- التنازل عن الحضانة بسبب اتفاق الأطراف.....
- 157.....ثانياً: التنازل الضمني.....
- 157.....أ- سقوط الحق في الحضانة بقوة القانون.....
- 159.....ب- انتقال الحاضن بالمحضون إلى بلد أجنبي.....
- 162.....المبحث الثاني: أحكام الأبوة في الولاية على الزواج .....

- 163.....المطلب الأول: مفهوم الولاية و دليل مشروعيتها.
- 164.....الفرع الأول: مفهوم الولاية.
- 164.....أولا : تعريف الولاية لغة.
- 165.....ثانيا : تعريف الولاية اصطلاحا.
- 167.....الفرع الثاني: دليل مشروعية الولاية.
- 168.....أولا : أدلة الفريق الأول.
- 168.....أ- الأدلة من القرآن الكريم.
- 170.....ب- الأدلة من السنة.
- 172.....ج- الأدلة من الآثار و المعقول.
- 173.....ثانيا : أدلة الفريق الثاني.
- 174.....أ- الأدلة من القرآن الكريم.
- 175.....ب- الأدلة من السنة النبوية.
- 177.....ج- الأدلة من الآثار و المعقول.
- 178.....المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الأب كولي على أبنائه.
- 179.....الفرع الأول: الشروط المتفق عليها
- 179.....أولا: كمال الأهلية.
- 185.....ثانيا: الاتحاد في الدين.

- 188.....الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها.
- 188.....أولاً: الذكورة و التعصيب.
- 189.....أ- الذكورة.
- 190.....ب- التعصيب.
- 191.....ثانياً: العدالة.
- 193.....ثالثاً: سلامة الحواس.
- 195.....المطلب الثالث: الولي في قانون الأسرة الجزائري.
- 196.....الفرع الأول: مسألة ولاية المرأة الراشدة.
- 204.....الفرع الثاني: مسألة الولاية على القاصر.
- 211.....الباب الثاني: أحكام الأبوة في المسائل المالية.
- 213.....الفصل الأول: أحكام الأبوة في الولاية على المال.
- 216.....المبحث الأول: سلطات الأب في الولاية على المال.
- 218.....المطلب الأول: سلطات الأب الولي غير المقيدة بإذن القاضي.
- 219.....الفرع الأول: أعمال الحفظ و الصيانة.
- 221.....الفرع الثاني: أعمال الإدارة و الانتفاع.
- 229.....الفرع الثالث: إجازة تصرفات القاصر المميز.
- 234.....المطلب الثاني: سلطات الأب الولي المقيدة بإذن القاضي.

- 235.....الفرع الأول: التصرف في العقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 235.....أولا : التصرف في العقار
- 236.....أ- بيع العقار
- 241.....ب- قسمة العقار
- 243.....ج- الرهن
- 245.....د- المصالحة
- 245.....ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 247.....الفرع الثاني: استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في الشركة.
- 247.....أولا : استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض
- 249.....ثانيا: المساهمة في الشركة.
- 251.....أ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
- 252.....ب- شركة التوصية بالأسهم.
- الفرع الثالث: إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن
- 253.....الرشد
- 255.....المبحث الثاني: انتهاء ولاية الأب على المال.
- 255.....المطلب الأول: أسباب انتهاء ولاية الأب
- 255.....الفرع الأول: انتهاء الولاية بسبب الأب
- 256.....أولا: موت الأب أو فقد أهليته.

- 262.....ثانيا: عجز الولي
- 264.....ثالثا: عزل الولي
- 265.....الفرع الثاني: أسباب انتهاء الولاية بسبب الولد
- 266.....أولا : بلوغ القاصر سن الرشد أو زوال الحجر عليه
- 272.....ثانيا: ترشيد القاصر
- 272.....1- ترشيد القاصر في قانون الأسرة
- 275.....2- ترشيد القاصر في القانون التجاري
- 277.....ثالثا: موت الولد أو هلاك أمواله
- 277.....المطلب الثاني: آثار انتهاء ولاية الأب
- 278.....الفرع الأول: التزامات الأب بعد انتهاء الولاية
- 282.....الفرع الثاني: مسؤولية الأب عن أعمال الولاية
- 283.....أولا: جزاء تصرفات الأب المجاوزة لسلطاته
- 283.....أ- حكم التصرفات التي فيها ضرر محض
- 284.....ب- حكم تصرفات الولي دون استئذان القاضي
- 285.....1- القاضي المختص و إجراءات منح الإذن
- 286.....2- جزاء تصرف الولي دون استئذان القاضي

291.....	الفصل الثاني: أحكام الأبوة في النفقة و التملك
292.....	المبحث الأول: التزام الأب بالإنفاق على أبنائه.....
294.....	المطلب الأول: الشروط الموجبة للنفقة على الأب
295.....	الفرع الأول: شروط النفقة الواجب توافرها في الأب و الولد
295.....	أولاً: ثبوت نسب الولد من أبيه.....
296.....	ثانياً: أن يكون من تجب له النفقة فقيراً لا مال له و عاجزاً عن الكسب.....
304.....	ثالثاً: أن يكون المنفق ميسور الحال.....
307.....	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في النفقة.....
307.....	أولاً: عناصر النفقة.....
308.....	أ- أهم أنواع النفقة
309.....	1- الغذاء و الكسوة
311.....	2- العلاج و السكن.....
316.....	ب- أجره الحضانة و الرضاع
317.....	1- أجره الحضانة
321.....	2- أجره الرضاع
323.....	ثانياً: تقدير النفقة.....
324.....	أ- كيفية تقدير النفقة

- ب- أساس تقدير النفقة ..... 325
- ج- تعديل النفقة و تاريخ استحقاقها..... 328
- المطلب الثاني: مسقطات النفقة على الأب ..... 330
- الفرع الأول: أسباب سقوط النفقة بصورة تامة..... 331
- أولا : وفاة الولد..... 331
- ثانيا: يسر الولد..... 332
- ثالثا: بلوغ الذكر سن الرشد و زواج الأنثى..... 333
- الفرع الثاني: أسباب سقوط النفقة بسبب الأب ..... 336
- الفرع الثالث: سقوط النفقة بضياعها و الإبراء منها..... 337
- أولا: ضياع النفقة..... 337
- ثانيا: الإبراء من النفقة..... 338
- أ- أن يكون الإبراء نظير الطلاق..... 338
- ب- أن يكون الإبراء من النفقة محدد بوقت..... 338
- المبحث الثاني: أحكام الأبوة في التملك ..... 340
- المطلب الأول: أحكام الأبوة في الميراث ..... 341
- الفرع الأول: أسباب الميراث و شروطه و موانعه..... 342
- أولا : أسباب الميراث..... 342

- 344.....ثانيا: شروط الميراث
- 344.....أ- موت المورث
- 345.....ب- حياة المورث
- 347.....ثالثا: موانع الميراث
- 354.....الفرع الثاني: أحوال الأب و الولد في الميراث
- 354.....أولا: أحوال الأب في الميراث
- 355.....أ- ميراث الأب مع الفرع الوارث
- 357.....ب- ميراث الأب مع غير الفرع الوارث
- 357.....ج- فروع هامة حول إرث الأب
- 358.....ثانيا: أحوال الولد في الميراث
- 361.....المطلب الثاني: أحكام الأبوة في الوصية و الهبة والوقف
- 362.....الفرع الأول: أحكام الأبوة في الوصية
- 371.....الفرع الثاني: أحكام الأبوة في الهبة
- 383.....الفرع الثالث: أحكام الأبوة في الوقف
- 396.....خاتمة
- 401.....قائمة الملاحق
- 433.....قائمة المراجع و المصادر





## الملخص:

يعتبر الأب هو رب الأسرة والمسؤول عنها، والراعي لشؤونها، لذلك اهتم كل من القانون والشريعة الإسلامية بعلاقته بأبنائه وجعلت له أحكاما خاصة اختص بها عن بقية أفراد الأسرة.

فعلاقة الأبوة تتشكل بين الأب وابنه وهو جنين في بطن أمه من خلال نسبه لأبيه ثم حضنته والنفقة عليه والهبة والوصية له مرورا بالولاية بنوعيتها على الزواج و المال.

الكلمات المفتاحية: الأب - الولد - نفقة - نسب - هبة - وصية - حضانة - ولاية.

## Résumé:

Le père est le premier responsable de la famille. Il est à la fois le chef de famille et le tuteur il doit subvenir a tous ses besoins par cette relation intime entre le père et l'enfant que les lois algérienne et islamique prévoient des dispositions spéciales pour toute la famille.

La relation parentale se forme déjà à l'état embryonnaire.

A sa naissance le père est a la fois le responsable et le gardien de l'enfant. L'enfant bénéficie de tous les avantages que lui confèrent ces la lois, tel que l'héritage et la donation ( hiba).

**Mots clés** : le père – enfant – pension – filiation – donation – testament - droit de garde - tutelle.

## Summary:

Having summed up The father is the first representative for the family. It is the guardian has the head of the family the time and he must meet have all his needs by this private relation between the father and l child that Algerian and Islamic laws envisage special dispositions for all family.

Parental relation already forms has embryonic state l. In his birth the father is has the time the representative and the security guard of l child. L child benefits from all advantages which confer on him these said laws: such as: l inheritance and donation (hiba).

**Key words:** the father – child – pension – filiation – donation – testament - guard's right - tutelage.