جامعــة محمــد خيضر - بسكــرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حقوق الطفل
بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل
و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة

أسماء قرقب

إشراف الأستاذة

نادية قادري

السنة الجامعية : 2017/ 2018

﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5) ﴾

صدق الله العظيم

الآيات 1،2،3،4،5من سورة العلق

كان عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ

إذا لقي صبيا في الطريق أخذ بيده

و قال له: " أدع لي يا بني، فإنّك لم تذنب بعد ".

اجعلوا صغاركم يدعون لكم، فصحائف أوزارهم لا تزال بيضاء، و قد تفتح لدعواتهم السماء .

شكر وعرفان

بمناسبة ختم هذا المجهود المتواضع بودي أن انتهز الفرصة، لأنحني مقبلة تلك الأيادي البيضاء التي مدت لي على طول الدرب...

يد والدتي.. والدي..

أساتذتي الأفاضل

و خاصة الأستاذة المشرفة قادري نادية

أخواتي واخوتي الرائعين

دون أن أنسى الصديقات

شكرا لكم جميعا

أسماء قرقب

مقدمــة

قال الله تعالى في محكم تنزيله: (إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً)[1]، أي قوما يخلف بعضهم بعضا قرنا بعد قرن وجيلا بعد جيل حتى يستمر هذا العالم في الوجود.

ولمّا كانت هذه الوظيفة (الخلافة في الأرض) هي أضخم و أكبر دور يقوم به الإنسان اقتضت أن تستمر طفولته مدة أطول ليحسن إعداده وتربيته للمستقبل.

فالطفل في المراحل الأولى من حياته يجسد البراءة والطهر ويحتاج لمن يهتم به ويرعاه حتى يكون مستعدا لمواجهة بقية مراحل حياته الأخرى، فأولى مراحل حياة الطفل هي الأكثر أثرا في حياته، إذ يتم فيها تكوين شخصيته ونموه النفسي والعقلي والاجتماعي.

ونظرا لكون الطفل من الفئات الضعيفة في المجتمع، كان من الضروري الاعتراف له بحقوق خاصة تنسجم مع خصوصيته إلى جانب الحقوق المعترف له بها لكونه إنسانا، فالطفل نظرا لضعفه الجسدي بحاجة إلى الاهتمام بصحته وغذائه ونموه كما هو بحاجة أيضا إلى حياة أسرية تسودها السعادة والمحبّة والتفاهم.

لذلك بذل المجتمع الدولي جهودا كبيرة من أجل إرساء هذه الحقوق فكان ثمرة ذلك ظهور اتفاقية حقوق الطفل، التي وإن كان ظهورها قد مرّ بطريق طويل بطيء، بدأ بإعلان جنيف لحقوق الطفل سنة 1924 تلاه إقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإعلانه سنة 1948 مؤكدة فيه حق الأمومة والطفولة في الرعاية والحماية، ثم توالت النصوص الدولية التي عالجت حقوق الطفل حتى خرج إلى النور مشروع اتفاقية حقوق الطفل لعام 1978 الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها العامة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.

وأصبحت هذه الاتفاقية صكا ملزما سنة 1990 وحصلت على نسبة من مصادقة الدول الأطراف مقارنة بالاتفاقيات الأخرى لحقوق الإنسان.

---

[1] الآية 30 من سورة البقرة.

ولقد انعكست هذه الاتفاقية على القوانين الداخلية للدول الأطراف، وتعتبر الجزائر من بينها حيث أعطت الجزائر للطفل حماية دستورية[1] وهي أسمى أنواع الحماية وأعلاها، كما توزعت هذه الحماية في مختلف قوانينها الداخلية كقانون العقوبات وقانون الحالة المدنية والقانون رقم 15-12 المتعلق بحماية حقوق الطفل، وقانون الأسرة الجزائري الذي هو موضوع الدراسة والبحث ونختص منه الجانب المتعلق بشخص الطفل وحضانته ونفقته وعلاقته بأسرته.

فقانون الأسرة الجزائري يعتبر دستورا للأسرة والمنظّم لشؤونها من خلال ما يتناوله من مسائل متصلة بالأسرة كالزواج وما يترتب عليه من حقوق وواجبات بين الزوجين وما يرتب من حقوق للأطفال كالحق في النسب والرضاعة والنفقة وكذا أحكام الطلاق وما ترتب من أثار كالحق في الحضانة والإنفاق والمسكن اللائق، وغيرها من الأحكام التي تهدف إلى الحفاظ على استقرار الأسرة وسلامتها.

وفي المقابل اهتمت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل باحتياجات الأطفال وحقهم في الحماية والرعاية واضعة الوالدين وكذا الدول والمؤسسات أمام مسؤولياتهم في سبيل الحفاظ على المصالح الفضلى للطفل التي تعتبر من المبادئ الأساسية في هذه الاتفاقية.

ومن هنا تثور إشكالية البحث:

- ما مدى انسجام أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بحقوق الطفل مع بنود الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل ؟

أهمية الموضوع:

أهمية الموضوع إذن تكمن في الأهمية التي أولتها الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل وكذا قانون الأسرة الجزائري في تناولها لحقوق الطفل الذي يعتبر الركيزة الأساسية لوحدة وبناء المجتمع، ونظرا لأنّ مرحلة الطفولة هي من المراحل المهمة في تكوين شخصية الطفل وإعداده لكي يكون شخصا قادرا على إدارة ذاته وبناء مجتمعه .

وموضوع الدراسة ينصب على الأطفال الذين يشكّلون في الكثير من البلدان الفئة الأكبر من إجمالي عدد السكان، وبالتالي كان لابدّ من الاهتمام بهم عن طريق ضمان حقوقهم والعمل

---

[1] المادة 72 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016:"تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 **المتضمن التعديل الدستوري**، جريدة رسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016 .

على تنشئتهم في ظروف تتناسب واحتياجاتهم لأنّ الأطفال هم سر استمرار الحياة والدعامة القوية لبناء المجتمعات.

وتتضح أهمية الموضوع أيضا في الوقوف على بنود الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وهل سايرت الخصوصية الإسلامية باعتبار أنّ قانون الأسرة الجزائري أغلب نصوصه مستقاة من الشريعة الإسلامية.

كما تتجلى أهمية الموضوع في البحث عن مدى إلمام قانون الأسرة الجزائري بأهم الحقوق الخاصة بالطفل ومدى نجاعة هذه النصوص في حماية الطفل وتقوية مركزه داخل المجتمع .

أسباب الدّراسة :

ومن الأسباب التي دفعتني لدراسة هذا الموضوع أسباب ذاتية تتمثل في اهتمامي بموضوع الطفل الذي بات مستهدفا في كثير من النواحي التربوية والاجتماعية والأخلاقية وحتى من الناحية الثقافية والعلمية.

أمّا من الناحية الموضوعية فمن أجل دراسة الحقوق التي كفلها المشرع الجزائري للأسرة عموما وللطفل بصفة خاصة ذلك أنّ الطفل جزء لا يتجزأ من الأسرة وهو ثمرتها ونتاجها.

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى:

1-إلقاء الضوء على قانون الأسرة الجزائري ومدى كفاية مواده في حماية حقوق الطفل .

2-مقارنة هذه المواد بمواد الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حتى نبرز النقائص التي يحتويها قانون الأسرة الجزائري.

3-بيان نقاط الالتقاء ونقاط الاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

4-بيان مدى مسايرة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الخصوصية الإسلامية باعتبار أنّ قانون الأسرة الجزائري أغلب نصوصه مستقاة من الشريعة الإسلامية.

5-هل ألقت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بظلالها على قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

المنهج المتبع:

وبالنظر لطبيعة الموضوع ارتأينا الأخذ بالمنهج المقارن لأنّه الأنسب لهذه الدراسة، بحكم أنّ البحث عبارة عن مقارنة لحقوق الطفل بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والقوانين الداخلية (قانون الأسرة الجزائري تحديدا) .

كما استعنا بالمنهج التحليلي لدراسة وتشخيص الكثير من العناصر التي تتطلب ذلك وكذا تحليل النصوص القانونية ذات الصلة، كل ذلك حتى نصل إلى إيجاد جواب للإشكالية التي يثيرها هذا البحث.

صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتني عند مباشرتي لهذا البحث:

1-قلّة المراجع التي تتناول بالشرح الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وبيان مالها وما عليها، وإن وجدت فهي تسرد بنود الاتفاقية فقط.

2-أنّ معظم الدراسات تناولت حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لكن مقارنة هذه الحقوق بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية فهو قليل جدا وإن وجدت فهي متفرقة بين ثنايا المذكرات أو المقالات والمداخلات.

3-ضيق الوقت مع اتساع دائرة الموضوع محل الدراسة .

الدراسات السابقة :

اعتمدنا في البحث على أمهات الكتب في الفقه الإسلامي، وكذا المراجع القانونية المتنوعة بما فيها المقالات والدراسات والبحوث القانونية والمحاضرات والملتقيات مدعّمين كل هذا باجتهادات المحكمة العليا، حريصين في كل ذلك على أن تكون كل المعلومات المعتمدة في البحث حديثة ومسايرة لآخر التعديلات القانونية.

كما اعتمدنا أثناء انجاز البحث على مجموعة من الدراسات السابقة التي تطرقت إلى الموضوع لكن من زوايا أخرى، أمّا عن موضوع البحث محل الدراسة فلم أجد أي مرجع يتناول هذا الموضوع بالذات وبنفس الأهداف المنتقاة .

ومن بين هذه الدراسات :

1-رسالة ماجستير بعنوان (حقوق الطفل بين الشريعة والقانون) مقدمة من طرف الطالبة مداني هجيرة نشيدة من كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 2011- 2012 .

حيث تناولت الباحثة حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مبرزة أهم الحقوق المقررة للطفل الجزائري في قانون الأسرة ومدى مطابقتها للشريعة الإسلامية.

وهو ما يتفق مع موضوع البحث محل الدراسة الذي يتطرق هو الآخر إلى حقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري، غير أنّ ما يميز هذا البحث هو مقارنته لهذه الحقوق مع ما جاءت به الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

2-رسالة ماجستير بعنوان (الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري)، مقدمة من طرف الطالبة زهية رابطي من كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

وهي من بين البحوث القيّمة التي اعتمدت عليها أثناء الدراسة خاصة في جانب الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، غير أنّ الاستفادة اقتصرت على جانب واحد من البحث وهي النفقة والحضانة باعتبارهما أهم ما تخلفه انحلال الرابطة الزوجية، أمّا ما سيضيفه هذا البحث هو دراسته لحقوق أخرى كالحق في حرية العقيدة والنسب والميراث .

الدراسة المقترحة:

وإجابة على الإشكالية المطروحة اقترحنا التقسيم التالي:

حيث تناولت في الفصل الأول الحقوق المكرسة للطفل في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري والمتمثلة في الحق في النفقة والحضانة.

أما الفصل الثاني فتطرقت فيه إلى حقوق الطفل محل الاختلاف بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري والمتمثلة في حق الطفل في حرية المعتقد والحق في النسب والميراث .

وفي النهاية الخاتمة متضمنة مجموعة من النتائج والتوصيات.

فستنصب الدراسة اذن على قانون الأسرة الجزائري ومقارنته بالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/94 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 والتي بدأ سريان نفاذها في 2 سبتمبر 1990 والتي صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 1992/12/19.

الفصل الأول

تكريس حقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري

والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

الفصل الأول
تكريس حقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري
والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

يعتبر حق الطفل في النفقة والحضانة من بين أهم الحقوق التي تطرقت إليها كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري واتفقتا في تناولها.

حيث نظّم المشرع الجزائري حق الطفل في النفقة والحضانة وخصّص لهما نصوصا تشريعية دقيقة، إدراكا منه لمدى أهميتها في حياة الطفل.

وهو الحال بالنسبة للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي ساهمت في إرساء مبادئ أساسية لحماية الطفل، ملزمة الدول الأطراف بوجوب تفعيلها في قوانينها الداخلية، غير أنّه كان لزاما علينا ونحن نتناول حق الطفل في النفقة والحضانة أن نرجع في كل مرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء التي جاءت من لدن حكيم خبير فهي المرجع الحق الذي تؤول إليه كافة الأمور، زيادة على أنّ تناولنا للشريعة الإسلامية يوضح لنا أنّه ليس كل ما جاء في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل هو معادٍ للإسلام وتجب محاربته بل إنّ هذه الاتفاقية تتفق مع الشريعة الإسلامية في الكثير من المسائل وذلك عكس ما يروج له وما يدعو إليه الكثير ممن يعادون هذه الاتفاقية.

وهذا سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم يقول عن حلف الفضول الذي شهده قبل البعثة:" لو دعيت به في الإسلام لأجبته."، وهذا يدلّ على أنّ الإسلام بما أنه مع مقتضيات العقل والفطرة الطبيعية الإنسانية لذلك يستجيب لكل ما ينسجم مع أهدافه السّامية ممّا فيه خير للإنسان وصلاحه.[1]

وهذا لا ينفي أنّ الاتفاقية تتضمن بنودا تتعارض مع ما جاء به الشرع وجب التحفظ بشأنها.

لذلك جاء هذا البحث ليزيل الغموض ويوضح ولو بالقدر اليسير مدى تقارب كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري في تناولها لحقوق الطفل ومدى التزام

---

[1] محمد هادي اليوسفي الغروي، **موسوعة التاريخ الإسلامي**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مجمع الفكر الإسلامي، لبنان 1417هـ، ص 317.

قانون الأسرة الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها دين الدولة وبالتالي لا بد من احترام تعاليمها عند المصادقة على بنود الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وصياغة القوانين الداخلية.

وبناءا على ذلك سنقسم الفصل الأول إلى مبحثين:

في المبحث الأول سنتطرق إلى حق الطفل في النفقة .

وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى حق الطفل في الحضانة

وهي الحقوق التي اتفقت في تناولها كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول
حــق الطفـل في النفقـة

تعتبر النفقة من أهم الحقوق التي يتمتع بها الطفل، لأنّ بوجودها يتحقق له النمو الطبيعي والسوي، إلى أن يستطيع التكفل بنفسه.[1]

وعدم الإنفاق قد يؤثر سلبا على الطفل فيشعر بالحرمان وعدم الطمأنينة والشعور بالنقص اتجاه الآخرين، فالطفل الذي يعاني الجوع والبرد يكون ميّالا إلى القلق ويتولد لديه الشعور بالنقص والحرمان خاصة عندما يرى أقرانه يلبسون ويأكلون بدرجة أفضل منه بكثير.

وحاجة الطفل للنفقة قد تؤدي به في أحيان كثيرة إلى ترك المدرسة والخروج للعمل في سن مبكرة أي سن الطفولة، كما قد تجعله أحيانا أخرى يلجأ إلى السرقة ليعوض إشباع حاجاته التي لم يوفرها له والده.

وفي هذا الإطار أثبتت العديد من الدراسات التي تقوم بدراسة جريمة السرقة عند الأحداث أن غالبية الأحداث الذين يرتكبون هذه الجريمة كان دافعهم الرئيسي لهذا السلوك الإجرامي هو عدم إنفاق أهلهم عليهم.[2]

ناهيك على أنّ الطفل في أولى مراحل حياته يكون عاجزا عن تحصيل ما يسد حاجته غير قادر على المطالبة بحقوقه.

لذلك حظي هذا الحق باهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا فقهاء القانون الدولي والداخلي.

وعليه سنقف في هذا المبحث على كيفية تناول كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وكذا قانون الأسرة الجزائري لهذا الحق وهل حظي الطفل فيهما بنفس الدرجة من الاهتمام؟

المطلب الأول: حق الطفل في النفقة في قانون الأسرة الجزائري

تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول، من المادة 74 إلى المادة 80 منه.

غير أنّ هذه المواد لم تتطرق إلى تعريف النفقة كما أنها لم تتناول موضوع النفقة بالتفصيل

---

[1] غربي صورية، مرجع سابق، ص20.

[2] مباركة عمامرة، "الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري" مجلة البحوث والدراسات، جامعة البليدة، الجزائر العدد الرابع و العشرون،2017 ، ص 203.

اللاّزم تاركة ذلك للشريعة الإسلامية بحسب نص المادة 222 قانون أسرة جزائري[1].

لأجل ذلك ستكون دراستنا لموضوع النفقة في قانون الأسرة الجزائري بالتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فسنتطرق أولا إلى تعريف النفقة لغة واصطلاحا (الفرع الأول)، ثم الشروط الموجبة للنفقة وعناصرها (الفرع الثاني) ثم ترتيب من تجب عليهم النفقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف النفقة

للتعرف على حقيقة النفقة كحق من حقوق الطفل لابدّ من بيان معناها اللغوي والاصطلاحي.

أولا: التعريف اللغوي للنفقة:

-جاء تعريف النفقة في لسان العرب بأنّ: « النفقة: ما أَنْفقتَ واسْتَنفقْتَ على العيال وعلى نفسك» ونَفَقَ ماله ودرهمه وطعامه نقص وقلّ وقيل فني وذهب[2].

وجاء في شرح فتح القدير: « النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نَفَقَتْ الدّابة نفوقا هلكت»[3].

أمّا في القاموس المحيط فالنفقة: « ما تنفقه من الدراهم ونحوها، وأنفق:افتقر وماله أنفذه»[4] .

نستنتج من هذا أن النّفقة في اللّغة تعني النفاذ والهلاك.

فيقال أنفق المال أي أنفذه وهلك من عنده.

وهذا المعنى للنفقة في اللّغة هو ما ينسجم مع التعريف الاصطلاحي لها.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للنفقة:

عرّفها وهبة الزحيلي بأنّها كفاية من يُموّنه من الطعام والكسوة والسكن.

وقد قسمها إلى قسمين:

1. نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، لقوله صلى الله عليه وسلم: « اِبْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَ بِمَنْ تَعُولُ»[1]

---

[1] تنص المادة 222 قانون أسرة جزائري: ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)).

[2] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، الجزء العاشر، دار صادر، بيروت لبنان ، د س ن ، ص 358.

[3] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ، **شرح فتح القدير**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316 هـ، ص 321.

[4] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،**القاموس المحيط**،الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة ، لبنان،1998،ص926.

2. ونفقة تجب على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة:الزوجية والقرابة و المِلْكُ.[2]

أمّا فقهاء المذاهب الأربعة فقد عرّفوا النفقة كما يلي:

عرّفها المالكية: بأنّها ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف، والسرف هو ما زاد عن المعتاد المعروف بين الناس في إنفاقهم. ومؤدى هذا أنّ الزيادة في الإنفاق عن معتاد الناس سرف ولا تسمى نفقة. فقال تعالى: « كُلُواْ وَاشْرَبُواْ وَلاَ تُسْرِفُواْ إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ »[3]

يلاحظ أن تعريف المالكية –السابق– هو تعريف بالمّاهية إذ بالنفقة قوام حال المنفق على نفسه أو على نفس المنفَق عليه.

وهناك من فقهاء المالكية من عّرف النفقة بفروعها – أي مفرداتها. فقال النفقة هي: القوت والأدام [4]، والكسوة والمسكن.

وهذا التحديد لم يأت خاليا من قيد إذ نصّ التعريف على : « ما جرت عليه العادة ».

ومؤدى هذا أنّ مفردات النفقة الأربعة تخضع للعادة والعرف بين أمثال طالب النفقة.

وعرّفها فقهاء الأحناف: بأنها الطعام والكسوة والسكن.

في حدود ما تواضع عليه العرف و حددته العادة وجرى به الاستعمال[5].

عرّف الشافعية النفقة بأنها طعام مقدر لزوجة وخادمها على زوج ولغيرها من أصل وفرع.[6]

عرّف الحنابلة النفقة بأنها كفاية من يمونه خبزا وآداما وكسوة ومسكنا وتوابعها.[7]

ومن هذا كله يمكن تعريف النفقة بأنها: « **كفاية الشخص من يمونه بما فيه بقاؤه بالمعروف**»

فـ « كفاية » أي توفير ما يكفي دون زيادة أو نفصان.

---

(1) صححه الترميذي، وهو مركب من حديثين احدهما من حديث جابر، والأخر ورد عن جماعة من الصحابة منهم أبو هريرة محمد ناصر الدين الألباني، **ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985، ص232.

(2) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985، ص765.

(3) الآية 31 من سورة الأعراف.

(4) الادام هو ما يساعد على أكل الخبز من دهن أو مرق أو غيرهما على مقتضى العادة.

(5) احمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 ص.ص 5-8.

(6) فهد بن عبد الكريم السنيدي، "**نفقة علاج الزوجة –دراسة فقهية**"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد السادس عشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (رمضان 2013) ، ص 280.

(7) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشّاف القناع عن متن الإقناع**، الجزء الخامس، عالم الكتب، بيروت، 1983 ص459.

»الشخص» هو المنفق، أي من عليه النفقة.

«من يمونه» هو المنفَق عليه ممن له النفقة شرعا، من زوجة أو قرابة أو مِلْكُ.

« ما فيه بقاؤه» أي قوام حياته، وهو الطعام والكسوة والسكن وتوابعها.

« بالمعروف» أي وفق المعروف، فهو المرجع في تقدير النفقة.

وبالنظر إلى المعنى اللغوي والاصطلاحي للنفقة يظهر بينها عموم وخصوص، فاللغوي عام في إخراج ما يستنفق من المال مطلقا، والاصطلاحي خاص بإخراج كفاية من يمونه شرعا في حال الحياة، فالاصطلاحي أخص من اللغوي.[1]

الفرع الثاني: شروط و عناصر النفقة

اتّفقت كلمة الفقهاء على أنّ الأصل في نفقة الولد[2] أن تكون واجبة على أبيه[3] لأنها من الحقوق المترتبة على ثبوت نسب الطفل[4] .

واستدلوا في ذلك بالكتاب والسنة والإجماع:

من الكتاب: قوله تعالى: « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ[5] رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»[6]

أمّا من السنة: فقد تضافرت الأدلة على وجوب الإنفاق على الأولاد الصغار من ذلك:

---

[1] فهد بن عبد الكريم السنيدي، مرجع سابق، ص282.

[2] ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أنّ المقصود بالأولاد هو أولاد الشخص وأولاد أولاده وان نزلو سواء كانوا ذكورا أم إناثا.

أمّا الإمام مالك – قال المقصود– هم الأولاد المباشرون فقط ذكورا أو إناثا، ويكون فقهاء المالكية قد ضيقوا معنى القرابة وحصروها في قرابة الولادة في الأب والأولاد فقط.

وقانون الأسرة الجزائري في المادة 75 نص على انه:"تجب نفقة الولد على الأب" اخذ بقول الإمام مالك الذي حدد الأولاد بالأولاد المباشرين دون غيرهم وقول النص على الأب يفيد انه قصد الأولاد دون فروعهم؛ أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص164.

و أيضا نفس المِؤلف، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص77.

[3] سنتناول ذلك بالتفصيل ضمن شروط النفقة، ص 14 وما بعدها.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، **الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص 137.

[5] جاء في تفسير الشيخ الشعراوي أنّ الله تعالى لم يقل: "وعلى الوالد"، وجاء بالمولود له ليكلفه بالتبعات في الرزق والكسوة لأنّ مسؤولية الإنفاق على المولود هي مسؤولية الوالد وليست مسؤولية الأم؛ محمد متولي الشعراوي، **تفسير الشعراوي** المجلد الأول، دار أخبار اليوم، مصر، 1991، ص.ص.1004-1005.

[6] الآية 233 من سورة البقرة.

ما روي عن أبي هريرة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تَصَدّقُوا» فقال رجل يا رسول الله عندي دينار قال « تَصَدّقْ بِهِ عَلَى نَفْسِكَ» قال عندي آخر قال: « تَصَدّقْ بِهِ عَلَى زَوْجَتِكَ» قال عندي آخر، قال: « تَصَدّقْ بِهِ عَلَى وَلَدِكَ» قال عندي آخر قال: « تَصَدّقْ بِهِ عَلَى خَادِمَكَ» قال عندي آخر، قال: «أَنْتَ أَبْصَرْ بِهِ» رواه النسائي.[1]

«قال الخطّابي هذا الترتيب إذا تأملته علمت أنّه صلّى الله عليه وآله وسلم قدّم الأول فالأولى والأقرب فالأقرب، وهو أنّه أمره أن يبدأ بنفسه ثم بولده لأنّ ولده كبضعه فإذا ضيّعه هلك ولم يجد من ينوب عنه في الإنفاق عليه، ثم ثلّث بالزوجة وأخّرها عن الولد لأنّه إذا لم يجد ما ينفق عليها فُرّق بينهما، وكان لها من يمونها من زوج أو ذي رحم تجب نفقتها عليه، ثم ذكر الخادم لأنه يباع عليه إذا عجز عن نفقته فتكون النفقة على من يبتاعه ويملكه،ثم قال فيما بعد أنت أبصر أي إن شئت تصدقت وان شئت أمسكت...ونفقة الأولاد إنّما تجب لحق العصبية النسبية ونفقة الزوجة إنّما تجب لحق المتعة العوضية، وقد يجوز أن ينقطع ما بين الزوجين بالطلاق والنسب لا ينقطع أبدا.

ومعنى الصدقة في هذا الحديث النفقة».[2]

وما روي عن كعب بن عجرة قال:« مرّ على النبي صلى الله عليه وسلم رجل، فرأى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلده ونشاطه، فقالوا: يا رسول الله لو كان هذا في سبيل الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إِنْ كَانَ خَرَجَ يَسْعَى عَلَى وَلَدِهِ صِغَارًا فَهُو فِي سَبِيلِ الله، وَإِنْ كَان خَرَجَ يَسْعَى عَلَى أَبَوَيْن شَيْخَيْنِ كَبِيرَيْنِ فَهُو فِي سَبْيلِ الله، وَإِنْ كَانَ خَرَجَ يَسْعَى عَلَى نَفْسِهِ يَعِفُهَا فَهُو فِي سَبِيل الله، وَإِنْ كَانَ خَرَجَ يَسْعَى رِيَاءً وَمُفَاخَرَةً فَهُو فِي سَبِيلِ الشَيْطَانِ» رواه الطبراني [3]

ومن هنا يتضح لنا أنّ الإنفاق على الأولاد يعدل الجهاد في سبيل الله.

---

[1] أبي عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي، **السنن الكبرى**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001 ص 51 .

[2] أبي عبد الرحمن شرف الحق العظيم أبادي، **عون المعبود على شرح سنن أبي داوود**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 2005، ص810.

[3] أبي القاسم سليمان بن احمد الطبراني، **المعجم الكبير**، الجزء التاسع عشر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، د س ن ، ص 129.

ومن الإجماع: قال ابن المنذر: « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنّ على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم».[1]

لكن هذا لا يعني أن هذه النفقة مطلقة وإنما تكون بتوفر مجموعة من الشروط:

أولا: الشروط الموجبة للنفقة

الشرط الأول: ثبوت نسب الصغير من الأب المطالب بالنفقة، لأن الأب أصل والابن فرعه.[2]

وهذا ما قضى به الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بالجزائر الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في قراراه الصادر بتاريخ 1987/02/07 حيث نص على أنه:

«من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية».

ولمّا كان قضاة الاستئناف– في قضية الحال– قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم، القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت، دون أن يثبت الزوجية ودون إثبات نسب البنت للطاعن فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [3]

أمّا إذا كان الطفل مكفولا فإنّ الشخص الكافل هو الذي يقوم بالإنفاق على المكفول، ليس على أساس النسب أو الولادة وإنّما على أساس عقد الكفالة.[4]

وقد عرّف قانون الأسرة الكفالة في المادة 116 بأنها: «التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي»[5]

---

(1) عبد المطلب عبد الرزاق، مرجع سابق، ص.ص 134–139.

(2) مداني هجيرة نشيدة، **(حقوق الطفل بين الشريعة والقانون)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر1، 2011–2012، ص 145.

(3) القرار رقم47915، الصادر بتاريخ 1987/02/07، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، قسم الوثائق العدد الثالث، 1990، ص 65؛ نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات**، و معلقا عليه بقررات المحكمة العليا المشهورة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص 404.

(4) غربي صورية، مرجع سابق، ص23.

(5) قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2006/12/13 على أنه "يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول، وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه، باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة"، القرار رقم 369032 الصادر بتاريخ2006/12/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، 2007، العدد الثاني، ص 443.

ومنه فالمشرع يجعل الكفالة أيضا التزاما شخصيا على سبيل التطوع إلاّ أنه يضفي عليها الصفة العقدية حفاظا على حقوق الطفل المكفول.

وقد فتح المشرع باب الكفالة[1] لتشمل معلومي النسب ومجهوليه[2] كنظام بديل عن التبني الممنوع بنص المادة 64 من قانون الأسرة، والتي تنص على انه: «يمنع التبني شرعا وقانونا». كما نصت المادة 120 من قانون الأسرة على أنّه: «يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 فقرة 4 من قانون الحالة المدنية[3]، والتي تنص على انه: « يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.» [4]

الشرط الثاني: أن يكون الولد الذي تجب له النفقة فقيرا:

نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري: «تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال» لأنّ وجود النفقة للإنسان على غيره معلول بحاجته، فلا تجب لغير محتاج.

وإذا كان مستغنيا بماله كان إيجاب النفقة في ماله أولى من إيجابها في مال غيره فإذا كان الولد الصغير له مال كانت نفقته في ماله لا على الأب وان كان الأب موسرا.[5]

---

[1] نظّم المشرع الجزائري الكفالة في المواد من 116 إلى 125 قانون الأسرة الجزائري.

[2] نصت المادة 119 قانون أسرة جزائري:"الولد المكفول إمّا أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

ولقد أطلق المشرع الجزائري اسم اللقيط على معلومي النسب ومجهوليه ليشمل كل مولود خارج مؤسسة الزواج، وكل من عثر عليه مهملا أو متروكا معلوم النسب أو مجهوله صغيرا أو حديث العهد بالولادة بخلاف المفهوم الشرعي للقيط الذي يحصره في المهمل أو المتروك وقد يكون ابن زنا.

وفي النظام القانوني الجزائري يدخل اللقيط ضمن مصطلح الطفولة المسعفة الذي يعني:"رعاية كل طفل بحاجة إلى المساعدة سواء كان لقيطا أو يتيما أو وضع في المركز بأمر من قاضي الأحداث"؛ انظر سعاد زغيشي،"**كفالة اليتيم في التشريع الجزائري**"، مجلة البحوث والدراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 24 (صيف 2017)، ص.ص180-181.

[3] الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 **المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم** بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت سنة 2014، الجريدة الرسمية، عدد 49 ،الصادرة في 2014/08/20.

[4] سعاد زغيشي،كفالة اليتيم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص3.

[5] عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993،ص 160؛ و انظر أيضا: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 34.

والمقصود بالمال هنا هو المال الحاضر في يد وليّ القاصر الذي يسمح له بالنفقة على القاصر منه مباشرة، ولكي يعتبر مال القاصر حاضرا لا بد من توفر شرطين، وهما ألاّ يكون المال محل نزاع وألاّ يكون غائبا، لأنه في هاتين الحالتين ستكون نفقة القاصر على الأب أو من يليه في النفقة.

ويقصد بالمال الذي هو محل نزاع، ذلك الذي يكون أمام القضاء، أمّا المال الغائب، فهو ذلك المال الذي لا يمكن الوصول إليه، أو أنّ 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.[1]

فإذا كان المال حاضرا في يد الأب أنفق منه عليه وينبغي أن يُشهد على ذلك إذ لو لم يُشهد فمن الجائز أن يُنكر الصبي إذا بلغ فيقول للأب انّك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدّقه القاضي لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وإن كان لولده مال، فكان الظاهر شاهد للولد فيبطل حق الأب، وان كان المال غائبا ينفق من مال نفسه ليرجع له في مال ولده.[2]

الشرط الثالث: أن يكون الولد عاجزا عن الكسب لأنّ القادر على الكسب مستغني عن النفقة بكسبه، فلا تجب له النفقة على غيره.

والعجز يتحقق بصغره أو بعجزه عن الكسب وان كان بالغا، وبالأنوثة مطلقا.

فالصغير الذي لا مال له يعتبر عاجزا عن الكسب فتجب له النفقة. وإذا كان الولد ذكرا عاجزا عن الكسب لمانع فيه كالشلل ونحوه فنفقته على أبيه تستمر حتى ولو وصل حدّ البلوغ إلى أن يزول مرضه.

أمّا إذا كان الذكر قادرا على الكسب ولم يصل حدّ البلوغ فنفقته على أبيه إلى أن يصل سن البلوغ.

قال المالكية: «أولاد الصلب تجب نفقتهم على والدهم بشرطين: أن يكونوا صغارا، وأن لا يكون لهم مال، ويستمر وجوب النفقة للذكر إلى البلوغ. فان بلغ الذكر صحيحا قادرا على الكسب

---

[1] غربي صورية، مرجع سابق، ص 24.

[2] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، مرجع سابق، ص 34.

سقطت نفقته على الأب، وإذا بلغ مجنونا أو أعمى أو مريضا بزمانه[1] يتمنع الكسب معها، لم تسقط نفقته بالبلوغ على المشهود بل تستمر».

وإذا بلغ الصغير صحيح البدن و لا مال له و هو قادر عن الكسب، زال الإنفاق عليه من قبل أبيه على وجه الوجوب، بمعنى أنّ الأب لا يلزم بالإنفاق عليه وإنما له أن ينفق عليه على وجه التبرع.[2]

أمّا في قانون الأسرة الجزائري فانّ الصغير الذكر العاجز عن الكسب هو الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد في المادة 40 من القانون المدني الجزائري بـ 19 سنة كاملة[3]، وهذا ما يستفاد من المادة 75 من نفس القانون التي نصت على انه: «تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد...»

ويظهر من هذا النص أن الصغر مقرون بعدم بلوغ الذكر سن الرشد القانوني، أخذا برأي الفقه المالكي الذي جعل الصغر مقرون بعدم البلوغ، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري أوقف حق القاصر في النفقة – ضمنا– إذا اكتسب فعلا واستغنى بذلك عنها دون بلوغه سن الرشد وذلك بموجب المادة 75 من قانون الأسرة في الفقرة الأخيرة منها على ما يلي: «....وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب»[4]

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/11/07 أنه[5]: «**من المقرر قانونا أن تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.**

---

(1) عرّف بعض الفقهاء الزمانة بأنها الأمراض المزمنة المانعة من الكسب كالعمى والشلل؛ رتيبة عياش،"**ضوابط العجز عن الكسب الموجب لحق الفرع في النفقة فقها وقانونا وقضاءا**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، العدد الثاني ،2017، ص 34.

(2) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص.ص 129–172.

(3) (...و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة)؛ الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 **المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم** بموجب القانون رقم 07–05 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية، عدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

(4) رتيبة عياش،مرجع سابق، ص32.

(5) القرار رقم 57227 ، الصادر بتاريخ 1989/12/25،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، قسم الوثائق، العدد الرابع، الجزائر العاصمة،1991، ص106 .نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقررات المحكمة العليا** ، مرجع سابق، ص409.

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. و لما كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.»

كما نلاحظ من خلال هذا القرار أنّ المحكمة العليا اعتبرت بلوغ القاصر سن الرشد أو كان لا يزال قاصرا لكن له مال، سببا لسقوط النفقة عنه وهذا ما اتضح من خلال قولها: «... انه 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.[1]

أمّا الأنثى وان كانت فقيرة وهي صغيرة، فإنّها تستحق النفقة، وكذلك تستحقها إذا كانت كبيرة، لأن الأنوثة عجز مطلق، فتعتبر الأنثى مطلقا عاجزة عن الكسب فيتحقق فيها شرط وجوب النفقة لها وهو الفقر وعجزها عن الكسب، وقد جاء في الدر المختار ورد المحتار أن«مجرد الأنوثة عجز» وإذا اكتسبت الأنثى فعلا فنفقتها في كسبها وليس على أبيها إلاّ إذا كان ما تكسبه لا يكفيها فيجب على أبيها بقدر ما تحتاجه لنفقتها مع كسبها.[2]

وقد اتفق جمهور الفقهاء –غير الشافعية في احد قوليهم– على استمرار حق الأنثى التي لا مال لها في النفقة إلى أن تتزوج، حتى ولو كانت بالغة صحيحة قادرة على الكسب باعتبار الأنوثة في حد ذاتها تشكل عجزا حكميا عن الكسب، مع اختلافهم في بعض التفاصيل، حيث يبقى حقها في النفقة قائما على عاتق أبيها عند الأحناف إلى حين عقد الزواج الصحيح، وعند المالكية إلى غاية دخول الزوج بها أو دعوة الزوج للدخول، وعند الحنابلة إلى حين تسلم الزوج لها أو ببذلها التسليم، فان طُلّقت أو توفي عنها زوجها عادت النفقة لها على أبيها دون قيد عند الأحناف، أما عند المالكية فيشترط ألاّ تكون بالغا لعودة حقها في النفقة ورأي الأحناف هو الراجح.

أمّا الشافعية فاشترطوا لاستمرار نفقة الأنثى التي لا مال لها إلى غاية زواجها – ويتحقق ذلك بتمكين نفسها للزوج– أن تبلغ عاجزة عن الكسب لمرض أو جنون مثلا، أما إذا بلغت صحيحة البدن قادرة على الكسب واكتسبت فعلا فنفقتها من كسبها، وان لم تكتسب فلهم قولان

---

[1] غربي صورية، مرجع سابق، ص27.

[2] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 168.

الأول: تستمر نفقتها على الأب إلى حين زواجها، وهذا قول الجمهور السابق ذكره، والثاني: لا تجب نفقتها على الأب، لأنها بقدرتها على الاكتساب تعتبر كالمكتسبة فعلا.[1]
كما ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز للأب أن يُجبر البنت على الاكتساب لتقوم بنفقتها ولو بلغت قادرة على الكسب.[2]

وذهب قانون الأسرة الجزائري إلى ما ذهب إليه الفقهاء وهو استحقاق الأنثى غير المستغنية بمال أو كسب للنفقة على أبيها، إلى حين وجوب نفقتها على الزوج بدخول أو بناء الزوج بها أو دعوة الزوجة زوجها إلى الدخول أو البناء. كما نصت عليه المادة 74 قانون الأسرة الجزائري. وما تضمنته أيضا المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على انه: «تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال، ... والإناث إلى الدخول....وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب»، وبالرجوع إلى موقف القضاء فإن المحكمة العليا قررت بقاء حق البنت في النفقة قائما إلى حين دخول الزوج بها، حتى ولو انقضت حضانتها وسقطت ببلوغ سن الزواج بموجب نص المادة 65 من قانون الأسرة، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي[3]:
«حيث يتبين من مدونات القرار المطعون فيه ومن دراسة ملف الدعوى أنّ الطاعن لم يستلم البنت بعد حصوله على حكم بإسناد حضانتها إليه، فانّ نفقتها تبقى ملازمة لها ولا تسقط عنها بمجرد بلوغها سن الزواج، وإنما تسقط عنها بالدخول عملا بأحكام المادة 75 من قانون الأسرة».

كما قضت في قرار آخر بوجوب توضيح سبب حرمان البنت من النفقة، مع عدم اعتبار بلوغ البنت سن الزواج كافيا لإسقاط حقها في النفقة، حيث جاء في الوجه الوحيد للطعن والمأخوذ من مخالفة المادة 75 من قانون الأسرة ما يلي:
«بدعوى أن القرار المنتقد قد رفض نفقة البنتين على اعتبار أنهما بلغتا سن الزواج، مع أن المادة 75 من قانون الأسرة تقضي بأنّ الأنثى تستحق النفقة إلى الدخول» مع أنهما تدرسان في الجامعة، حيث انه بالفعل فالقرار المنتقد قد حرم البنتين من النفقة دون أن يوضح السبب الذي اعتمده، مع أنّ الحكم المستأنف قد قضى بالنفقة للبنات الخمس، خصوصا وان

---

[1] رتيبة عياش، مرجع سابق، ص.ص 37-38.

[2] محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي،القاهرة، مصر،1957، ص 824.

[3] القرار رقم 318418، الصادر بتاريخ 02/23/ 2005، غرفة الأحوال الشخصية، ، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق ، العدد الأول ،الجزائر العاصمة، 2005، ص 283.

المادة 75 من قانون الأسرة أوجبت على الأب الانفاق على بناته إلى الدخول وليست إلى سن الزواج فحسب، بمعنى أن نفقة البنت تبقى على والدها إلى أن تنتقل إلى الزوج أو حصولها على الكسب، وعليه فالوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص النفقة».[1]

كما اعتبر قانون الأسرة الجزائري طلب العلم عجزا حكميا عن الكسب وموجبا لحق الفرع في النفقة إذ لم يكن له مال منتهجا في ذلك منهج الفقه الإسلامي.

حيث نصت المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: «... وتستمر إذا كان الولد عاجزا عن الكسب لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة».

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اعتبر ضمنا مزاولة الدراسة عجزا موجبا لحق الولد في النفقة مهما بلغ سن المزاول للدراسة ومهما كانت الشهادة العلمية التي يحضّرها.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/19: [3]

« **لكن وحيث انه عكس ما يدعي الطاعن، فإنّ الولد خالد يزاول دراسته الجامعية وان المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري المحتج بها تنص على استمرار نفقة الولد ولو بعد سن الرشد إذا كان مزاولا للدراسة، وعليه فهذا الوجه غير مؤسس)**

الشرط الرابع: وهو خاص بالمنفق، ويشترط فيه اليسار في غير نفقة أحد الأبوين على الابن ونفقة الولد على أبيه[4].

فقد اتفق الفقهاء على أن اليسار ليس شرط لوجوب النفقة على الأبناء، وإنما الشرط في الوجوب هو القدرة فقط ولو كان معسرا، فالأب لا يشاركه في الإنفاق على ولده أحد، ولو كان الأب معسرا، لأنّ الولد منسوب إليه وهو جزء منه، فالإنفاق عليه لا يسقط عنه، كذلك إحياء ولده واجب عليه لا يسقط عنه إلا عند العجز.

---

[1] القرار رقم 218736،الصادر بتاريخ 1999/02/16،غرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص،2001،ص 206، نقلا عن رتيبة عياش، مرجع سابق، ص40.

[2] نفس المرجع، ص 42.

[3] القرار رقم: 103637، الصادر بتاريخ 1994/04/19، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص 95؛ نقلا عن: بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقررات المحكمة العليا** مرجع سابق ،ص410.

[4] واستثنى الأب من شرط اليسر لأنه تجب عليه نفقة أولاده الصغار مطلقا؛ غربي صورية، مرجع سابق، ص29.

وان كان معسرا وليس له كسب يؤمر من تجب عليه النفقة لو لم يكن الأب موجودا بالإنفاق، وتكون النفقة دينا على الأب يرجع عليه من أنفق عند اليسار، فإذا كان من تجب عليه النفقة هو الأم تنفق وترجع عليه عند الميسرة، وإن كان من تجب عليه النفقة هو الجد ينفق ويرجع على الأب عند الميسرة أيضا.[1]

من خلال كل هذه الشروط نلاحظ مدى الحماية التي يحظى بها الطفل في قانون الأسرة الجزائري مستندا في ذلك إلى الشريعة الإسلامية السمحاء.

غير أنّ ذلك لا يكفي إذ لا بد من الوقوف على عناصر النفقة.

ثانيا: عناصر النفقة

والى جانب هذه الشروط فانّ لنفقة الأولاد عناصر يجب توفرها لسد حاجاتهم الأساسية وهي مقدّرة بالكفاية بلا خلاف لأنها تجب للحاجة فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكن والرضاع إن كان رضيعا لأنّ وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء.[2]

وقد قال صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان: « خُذِي مَا يَكْفِيكِ ووَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ» فقدّر صلّى الله عليه وسلم نفقة ولدها بالكفاية وبهذا أيضا صرح الفقهاء الآخرون.

وتحقق هذه الكفاية يستلزم ملاحظة أعراف الناس وعاداتهم في هذه النفقة، لأنّه لم يرد في تقدير النفقة نص شرعي، كما هو معلوم، والقاعدة أنّ ما لم يرد بتقديره نص شرعي يصار إلى معرفة مقداره إلى عرف الناس وعاداتهم، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.[3]

كما يجب أن يُنظر في تحقيق هذه الكفاية حال المنفَق عليه من حيث حالته الاجتماعية والشخصية للتعرف على حاجاته تمهيدا لغرض النفقة له على قدر كفايته.

مع ضرورة ملاحظة حال المنفِق أيضا، لأنه هو الذي سيتحمل هذه النفقة وتفرض عليه فقد يكون هو في أدنى حالات اليسار فلا يستطيع أن يتحمل التوسع في تقدير النفقة التي تفـــرض

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص.ص، 418-420.

[2] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص38.

[3] جاء في (كشاف القناع):"والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادام والكسوة والسكن بقدر العادة، لأن الحاجة إنما تدفع بذلك".

وقال ابن جزي المالكي:"يجب للأولاد والأبوين النفقة على قدر حال المنفق وعوائد البلاد"؛ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ص.ص 232-233.

عليه، ومن أصول الشريعة التكليف بقدر الطاقة فلا يكلف الله نفسا إلاّ وسعها.
وإذا اختلف حال المنفِق والمنفَق عليه وجب مراعاة حاليهما كلما أمكن ذلك.

لكن ماذا تشتمل نفقة الكفاية؟ فهل تقتصر هذه النفقة على نفقة الطعام فقط، أم عليها وعلى نفقة الكسوة أيضا أم تتجاوز ذلك فتشمل نفقة السكن؟ ثم هل تشتمل نفقة الكفاية نفقات العلاج وأجرة الطبيب وثمن الأدوية؟ [1]

أولا : نفقة الطعام والكسوة

الغذاء هو كل ما يقتات به الطفل من طعام وشراب وذلك على حسب عادة كل بلد، أو ما هو متعارف عليه بحيث يسد حاجة الطفل ويؤدي إلى إشباعه والغذاء أمر ضروري لكل إنسان وليس فقط للطفل إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بمعزل عن الطعام والشراب، بل أكثر من ذلك لا يكفي أن نسد جوع الطفل، 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 والعقل.

ومن حرص ديننا الحنيف على تأمين المأكل 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 له لأنّ حياته تتوقف على الإنفاق على أمه تطبيقا لقوله تعالى: «... وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا » سورة الطلاق الآية 4.[2]

وهكذا فإنّه قد أوجب الشرع على الآباء النفقة على أولادهم وتوفير كل ما يحتاجون إليه من كسوة وطعام ودواء. وهي فرض عين، وحق من حقوق الطفل، فإذا امتنع الوالد عن النفقة الواجبة مع قدرته عليها حبس حتى يؤديها، فان كان له مال فإنّه يجبر على بيع ماله للقيام بما يجب عليه من نفقة ولده، قال تعالى: « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»[3].

وقد ذمّ الرّسول الكريم من يتوانى عن القيام بهذا الواجب الأكيد، فقال: « كَفى بِالمرْءِ إِثْماً أَنْ

---

[1] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص.ص 232-234.

[2] غربي صورية، مرجع سابق، ص 32.

[3] الآية 233 من سورة البقرة.

يُضَيِّعَ مَنْ يقُوتُ »[1] وتشمل النفقة الطعام والادام والكسوة والمسكن والفرش والغطاء.[2]

ثانيا: نفقة السكن

أمّا بالنسبة للسكن فإنّه ممّا تشتمل عليه نفقة القريب[3] فتشمل النفقة طعامه وكسوته وسكناه، جاء في «كشف القناع» في فقه الحنابلة، «والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادام والكسوة والسكن» وكذلك صرّح الفقهاء الآخرون.[4]

فأهم ما يعنى به الولد هو تهيئة السكن المناسب لأولاده، بحيث لا يمكن أن يكفل حق هذا الطفل في الحياة الكريمة إذا ما أهمل حق جوهري يضمن تحقق هذه الحياة، والمتمثل في تأمين مأوى يقيه من كل الأخطار التي تهدد حقه في الحياة من جهة وكل ضمانات استمرار الحياة من جهة أخرى ولا إشكال في أنّ حق الطفل في السكن مصون من قبل من تجب نفقته وإيواءه.[5]

ثالثا: نفقة العلاج

يعتبر العلاج من الضروريات التي تقوم عليها حياة الإنسان كضرورة الطعام والشراب لأنّ علاج الشخص يتضمن المحافظة على حياته، خاصة إذا كان هذا الشخص طفلا لأنّه أكثر عرضة للمرض وأقل مقاومة له من غيره. [6]

حيث جاء في (مغني المحتاج) في فقه الشافعية: « وهي أي نفقة القريب الكفاية... ويجب له الادم والقوت مع كسوة وسكن لائق به وأجرة طبيب وثمن أدوية».

أما الحنفية فلم ينصوا على أجرة الطبيب وثمن الأدوية باعتبارها من جملة النفقة ولا باعتبار عدم شمولها بالنفقة، فقد جاء في (الدرّ المختار) في فقه الحنفية: « وتجب النفقة بأنواعها على

---

[1] أبو داود، قال الألباني حديث حسن، **سنن أبي داود (مع أحكام الألباني)**، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض 1988، ص293.

[2] العربي بختي، "حقوق الطفل في الفقه والقانون" مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة العدد14، 2007، ص 249.

[3] والأولاد يندرجون ضمن نفقة الأقارب.

[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 234.

[5] خواثرة سامية، "**حقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، العدد 1، 2017، ص 471.

[6] غربي صورية، مرجع سابق، ص34.

الحر لطفله» وتعليقا على هذا القول قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: « قوله تجب النفقة بأنواعها أي من الطعام والكسوة والسكن، ولم أر من ذكر هنا أجرة الطبيب وثمن الأدوية»[1] والمشرع الجزائري ذهب مذهب الجمهور في تفصيل ما تشتمل عليه النفقة، وكذا تقديرها حيث نصّ في المادة 78 من قانون الأسرة: « تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

يتبين من ذلك أنّ المشرع جعل مضمون النفقة متمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن ثم ترك مجال النفقة مفتوحا ليشمل كل ما هو ضروري في حياة الطفل بحسب العرف والعادة في المجتمع الذي يعيش فيه مع أسرته وتجدر الملاحظة في هذا الإطار بأنّ النفقة المنصوص عليها في القانون تقدر بحسب حال المكلف بالنفقة، فان كان موسرا فرضت عليه نفقة الموسرين وإذا كان معسرا فرضت عليه نفقة المعسر وهذا ما هو ثابت في نص المادة 79 من قانون الأسرة جزائري[2] التي منحت للقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة النفقة للزوجة والأولاد.[3]

حيث يتعين على القاضي بموجب هذه المادة أن يأخذ بعين الاعتبار حال المستحق لها ومركزه الاجتماعي والظروف التي يعيش فيها.وكذا الإمكانيات المادية للملزم بها مستندا في تحديد مشتملات النفقة وتقديرها للعرف لأنّ ما يعتبر نفقة في وسط معين قد لا يكون كذلك في وسط آخر.[4]

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/02/09: [5]

«من المقرر شرعا وقانونا أنّ تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلاّ إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف

---

[1] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 234.

[2] نصت المادة 79 من قانون الاسرة الجزائري : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"

[3] مباركة عمامرة، مرجع سابق، ص202.

[4] مبروك بن زيوش،"**نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد الخامس، مارس 2015، ص.ص 212-213.

[5] قرار رقم51715، الصادر بتاريخ 1989/01/16، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، قسم الوثائق العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 1992، ص55.

المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم. ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية، دون أن يقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات، يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»

ونظرا لأهمية النفقة وخصوصيتها فقد جعل لها المشرع الجزائري طابعا استعجاليا لإصدار الحكم بها، إذ يحكم بها القاضي بوجه الاستعجال في الحكم القاضي بالطلاق حرصا منه على حماية الأولاد من الضياع، بموجب نص المادة 57 مكرر من الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة أصبح الحق في تحصيلها بوجه الاستعجال بمجرد أمر يصدره رئيس قسم شؤون الأسرة الناظر في دعوى الموضوع.

كما جعل منها المشرع الجزائري حقا من الحقوق الممتازة بنص المادة 993 الفقرة الرابعة من القانون المدني الجزائري[1] يتعين الوفاء بها وتكون لها الأولوية على سائر الديون التي قد يكون المطلق مدينا بها.

ولم تقتضي الحماية القانونية بتدخل المشرع في القانون المدني على اعتبار النفقة حقا ممتازا بل تدخّل المشرع العقابي من أجل حماية الأسرة وأفرادها حيث قرر عقوبات جزائية بنص المادة 331من قانون العقوبات[2] واعتبر عدم الوفاء بها جنحة تستوجب العقوبة البدنية وهو التدخل الذي يهدف إلى حماية حقوق الأبناء.[3]

---

[1] تنص المادة 993 الفقرة الرابعة من القانون المدني الجزائري :"يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

- المبالغ المستحقة للخدم والكتبة، والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثنى عشر (12) شهرا الأخيرة،
- المبالغ المستحقة عمّا تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة (06) الأشهر الأخيرة،
- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر (06) الستة الأخيرة"

[2] سنتناول الموضوع بتفصيل أكثر في المطلب الثاني الخاص بحق الطفل في النفقة في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل .

[3] مبروك بن زيوش، مرجع سابق، ص213.

كما تظهر حماية المشرع الجزائري للطفل من بداية تكوينه وهو جنين في بطن أمه[1] حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ:2001/02/21 : « **إنّ عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة تجاه المطلقة لحرمانها من نفقة الحمل لاستحالة أو صعوبة اكتشافه في الشهرين الأولين له**»[2]

كذلك ما جاءت به في قرار آخر لها بتاريخ 2009/02/11 [3] :« **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، لأنّ في ذلك صيانة لحياة الجنين.

بل أكثر من ذلك فقد أبدت المحكمة العليا بتاريخ 2011/01/13[4] قرارا بمجلس قضاء وهران القاضي بفرض نفقة النفاس على أب الطفل، واعتبرت أنّ هذه النفقة ليست متعلقة بالعلاج والدواء فقط، بل تشمل في نظامها الغذائي ومصاريف العناية بصحتها وصحة طفلها لأنّ الحفاظ على صحتها يعني عناية أكثر بالطفل، وقد جاء في القرار: « **تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي، لمدة معينة. ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط**».[5]

وبالإضافة إلى نفقة الغذاء فقد أدرج المشرع الجزائري العلاج[6] ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 قانون الأسرة جزائري وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ

---

(1) آخذا بما جاء في الفقه الإسلامي وهو ما أشرنا إليه سابقا.

(2) القرار رقم 254080 ، الصادر بتاريخ 2001/02/21، غرفة الأحوال الشخصية ، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق ، العدد الثاني، الجزائر العاصمة، 2002، ص 444.

(3) القرار رقم 478795، الصادر بتاريخ 2009/02/11، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق ،العدد الأول،الجزائر العاصمة، 2009،ص 269.

(4) القرار رقم 594435، الصادر بتاريخ 2011/01/13 ، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق، العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2011،ص 266.

(5) غربي صورية، مرجع سابق، ص.ص 32 – 33.

(6) آخذا في ذلك بما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الملكية والشافعية والحنابلة) أما الحنفية فلم ينصوا على نفقة العلاج وهو ما اشرنا إليه سابقا في الصفحة 23.

15 نوفمبر 2006 [1] حيث جاء فيه:« **يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون، الثابت بشهادة طبية».**

أمّا نفقة السكن فقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لهذا الحق،وقام بحماية الطفل في حال فك الرابطة الزوجية وانفصال الزوجين لأنّه في حال قيام الزوجية لا يكون هناك إشكال بشأن توفير سكن ملائم للطفل وإنما الإشكال يثار عندما نكون أمام حالة طلاق هل يبقى مع الحاضنة في مسكن الزوجية؟ أم يرمى خارج السكن ويبقى دون مأوى؟

إنّ المشرع الجزائري وحماية للطفل البريء الذي لا ذنب له ولا دخل في مشاكل أبويه، قد أجاب على هذه الإشكالية من خلال نص المادة 72 قانون أسرة جزائري[2]، بتوفير الأب السكن الملائم في حالة الطلاق لممارسة الحضانة ، وفي حالة تعذر ذلك عليه دفع بدل إيجار، حتى أنّ المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك في حال عدم تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية وذلك حماية للطفل ومراعاة لمصلحته بالدرجة الأولى.[3]

وهو ما استقـرت عليه اجتهادات المحكمة العليا منها قرارها الصادر بتاريــخ2007/04/11 الذي جاء فيه: [4]«**لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجرّة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار».**

هذا ما يتعلق بشروط النفقة الواجبة للطفل وعناصرها، يبقى لنا أن نتطرق إلى ترتيب من تجب عليهم نفقة الطفل بحسب ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] القرار رقم 377292 ، الصادر بتاريخ 2006/11/15،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الأول، الجزائر العاصمة،2007،ص 493.

[2] نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وان تعذر ذلك فعلية دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"

[3] خواثرة سامية، مرجع سابق، ص 472.

[4] القرار رقم 384529 ، الصادر بتاريخ 2007/04/11، غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2008 ، ص 291.

الفرع الثالث: ترتيب من تجب عليهم النفقة

اتّفق جمهور الفقهاء على أنّ نفقة الطفل واجبة على أبيه، كما اتفقوا على أنّ مدة الإنفاق على الأولاد تختلف بين كون الولد ذكرا أو أنثى، وإذا صار للولد مال كما لو ورث مالا تقف نفقته إلاّ إذا تبرع الأب بالإنفاق.[1]

غير أنّهم اختلفوا في حال إذا لم يكن الأب موجودا، أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر سن أو نحو ذلك.[2]

من يحل محل الأب في الإنفاق على الأولاد؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى أربعة أقوال:

القول الأول: حدّد فقهاء المالكية أنّ نفقة الولد عندهم لا تجب إلاّ على أبيه، أمّا الجد فلا تجب عليه نفقة ولد ولده وابن جزي يقول: «ولا يجب أن ينفق الجد على ابن ابنه»، لأنّ الله تعالى قال: « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»، والولادة للأب وليس لغيره.[3]

فيرى المالكية أنّ الأب إذا مات أو عجز عن الكسب لأي سبب فلا تجب النفقة على أحد من الأقارب ولو موسرين، فإن أنفقت الأم أو الجد كان ذلك منهما تبرعا وأمرا مستحبا وليس واجبا، وعلّلوا ذلك بأنّ الإنفاق إذا وجب على شخص لم ينتقل إلى غيره، وكذلك إذا حال دونه حائل لا ترجع النفقة عليه.[4]

القول الثاني: وحدّد الفقهاء الأحناف أنّ الأصل في نفقة الولد تكون للأب وحده لا يشارك الأب في نفقة ولده أحد، وهو قول الكاساني في البدائع ((ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد لأنّ الله تعالى خصّ الأب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام المِلْكِ وخصّه بإيجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله: «وعلى المولود له رزقهن»، أي رزق الوالدات المرضعات سمىّ الأم والدة والأب مولود له[5]،وفي حال عدم وجود الأب، أو وجد وكان معسرا أو فقيرا أو عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر سن ونحوه ففرّق الحنفية بين حال الإعسار بالنفقة وحال موت الأب فعند إعساره بالنفقة فانّ الأم تؤمر في هذه الحالة إن كانت موسرة بأن تنفق من مالها على

---

(1) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص169.

(2) وهبة الزحيلي، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 826.

(3) أحمد نصر الجندي،**النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي** ،مرجع سابق، ص.ص 78-79

(4) عادل موسى عوض، "**حق المحضون على الحاضن وحق النفقة (دراسة فقهية)**"، مداخلة ألقيت في ندوة حول (اثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة)، المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، 1436 هـ، ص68.

(5) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص.ص 32-33.

الأطفال الصغار، ويكون ذلك دينا على الأب إذا أيسر، فان لم توجد الأم الموسرة فعلى الجد[1] أو العم نفقة الصغار ويرجع بها على الأب عند يساره، ما لم يكن الأب مريضا مرضا مزمنا فلا رجوع عليه، وعلّلوا ذلك بأنّ النفقة لا تحتمل التأخير فيقام غير الأب مقامه في الإنفاق على الولد، أما في حالة موت الأب فتجب النفقة على كل ذي رحم محرم، ويقدم الأقرب في قرابة الولادة ولو كان واحد منهم وارثا فإن لم يكن الترجيح قسّمت النفقة عليهم على قدر ميراثهم، أمّا في قرابة الرحم فيقدم بقوة القرابة ثم بقوة الميراث، فان كان احدهما وارثا والآخر غير وارث كانت النفقة على الوارث فقط، وان كانا وارثين كانت النفقة عليهما على قدر ميراثهما، لانّ النفقة وجبت على الأب وهو ذو رحم محرم فتجب على كل من هو بهذه الصفة الأقرب فالأقرب لهذه العلّة ويدل عليه قوله تعالى: «وَلا عَلَى أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا مِن بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ» سورة النور الآية 61.

حيث ذكر ذوي الرحم المحرم وجعل لهم أن يأكلوا من بيوتهم فدلّ على أنهم مستحقون لذلك لولاه لما أباحه لهم.[2]

القول الثالث: الإمام الشافعي رحمه الله تعالى فقد قال في ذلك: «في كتاب الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم بيان أنّ على الأب أن يقوم بالمؤونة في إصلاح صغار ولَده من رضاع ونفقة وكسوة وخدمة دون أمه» و«أنها تجب على الجد أبي الأب ثم أباؤه وإن علون دون الأم سواء مات الأب أو أعسر، ثم تنتقل بعدهم إلى الأم»[3] وعلّلوا ذلك بأنّ الجد لمّا قام مقام الأب في الولاية، واختصّ دون الأم بالتعصيب وجب أن يقوم مقامه في إيجاب النفقة، فإن لم يوجد أحد من الأجداد كانت النفقة واجبة على الأم، لأنّ النفقة إذا وجبت على الجد و ولادته عن طريق الظاهر، فلأن تجب على الأم وولادتها من طريق القطع أولى.[4]

---

[1] وفيه قال الكاساني:"ولا يشارك الجد احد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده لأنه يقوم مقام ولده عند عدمه"؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، مرجع سابق، ص 33.

[2] عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص68.

[3] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه (شرح مختصر المزني)**، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.ص 477-479.

[4] عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص.ص 68-69.

القول الرابع: للحنابلة في ظاهر المذهب والحسن ومجاهد والنخعي وابن أبي ليلى وأبي ثور حيث ذهبوا إلى أنه إذا أعسر الأب بالنفقة أو مات فإنّ النفقة تجب على الوارث على قدر ميراثه لا فرق في ذلك بين قرابة الولادة وغيرها، فإذا وجد الجد مع الأم فعليهما النفقة بنسبة ميراثهما، على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، وهذا على قدر ميراث كل واحد منهم واستدلوا بقوله تعالى: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ » (سورة البقرة الآية 233) حيث أوجب الله تبارك وتعالى على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فوجب عليه ما وجب على الأب.[1]

وفي رواية أخرى للإمام احمد وهو الذي عليه قدماء أصحابه، أنّ الأم إذا أنفقت على ابنها وهو في حضنها وهي تنوي الرجوع على الأب فلها أن ترجع عليه بالنفقة، أمّا إذا تبرعت الأم بالنفقة بدون نية الرجوع فليس لها أن ترجع على الأب بالنفقة.

وفي قول آخر أنّ الأب إذا أعسر بالنفقة وجبت على الأم دون أن ترجع بها عليه أن أيسر لأنّ من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع على أحد.

والقول في الرجوع بالنفقة على الأب إذا أيسر عند الحنفية باعتبار أنّ النفقة واجبة على الأب وحده في ظاهر الرواية عندهم وأنّه لا يشاركه أحد في النفقة على الطفل لا أمه ولا غيرها.[2]

هذا بالنسبة لأقوال الفقهاء في ترتيب من تجب عليهم نفقة الأولاد فهي واجبة على الأب بلا خلاف بينهم، أما الأم فقد اختلفوا في ترتيبها عدا المالكية فهم يلزمون الأب فقط دون غيره بالنفقة،أمّا إذا كان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب أو عُدم الأب ولا قريب للولد المحضون ينفق عليه فنفقته في بيت المال، لأنّ من وظائف بيت المال في الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين وينفق عليهم بقدر حاجاتهم.

وقد سلك الخلفاء الراشدون في سياساتهم المالية مسلكا تطبيقيا حافلا بأروع صور العدالة وأعظم صور الرعاية والاهتمام والجدية بالشؤون المعيشية للرعية فكانت تطبيقاتهم ترجمة حية للأسس الحقوقية والمبادئ العدلية التي قررها الإسلام.

---

[1] عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص 69 .

[2] عبد الله بن عبد المحسن بن منصور الطريقي،"**النفقة الواجبة على المرأة لحق الغير**"، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، السعودية، العدد22، 1407 هـ،ص.ص 174-175.

فقد روي عن ابن عمر –رضي الله عنهما– قال : «كان عمر لا يفرض للمولود حتى يفطم قال: ثم أمر مناديا فنادى: لا تعجلوا أولادكم عن الفطام فانّا نفرض لكل مولود في الإسلام قال: وكتب بذلك في الآفاق بالفرض لكل مولود في الإسلام ».[1]

أمّا المشرع الجزائري فقد حدّد مراتب من تجب عليهم النفقة بداية بالأب في المادة 75 قانون أسرة جزائري ثم الأم في المادة 76 وبعد ذلك الأقارب في المادة 77 قانون أسرة جزائري،وهذا الترتيب في حد ذاته يشكل حماية للطفل لكي لا يكون بدون عائل مادي.[2]

أولا: الأب

تنص المادة 75 قانون أسرة جزائري: «تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول»، وعليه أول من يتحمل مسؤولية النفقة على الأولاد هو الأب، وهذا باتفاق كل المذاهب الفقهية، كالمالكية والشافعية والحنابلة والحنفية.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن حكم المادة 75 من قانون الأسرة لم يفرّق بين نفقة الولد في حال قيام الرابطة الزوجية بين أبويه، ونفقته في حال انحلالها، مما يستدعي تطبيق المادة بخصوص نفقة الأولاد في الحالتين.[4]

ثانيا : الأم

الأصل في النفقة أنها واجبة على الأب، لكن في حالة عجز الأب على الالتزام بدفع النفقة الناتج عن عدم قدرته على الكسب بسبب إعاقة أو مرض يمنعه من ذلك، ففي هذه الحالة لحماية الطفل، أوجب المشرع النفقة على الأم، وذلك في نص المادة76 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه: «في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك»[5]

وما يلاحظ هنا أنّ نص المادة عبرت عن إعسار الأب بكلمة "عجز" ويقصد بها عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرد فقره وإعساره وإلا تقاعس الآباء عن الكسب والنفقـــة على أبنائهم

---

[1] عادل موسى عوض، مرجع سابق، ص.ص 69–71.

[2] غربي صورية، مرجع سابق، ص 46.

[3] المرجع نفسه.

[4] مداني هجيرة نشيدة، مرجع سابق، ص148.

[5] مباركة عمامرة، مرجع سابق، ص 197.

المحضونين لدى مطلقاتهم أو غيرهم ممن يستحقها في إطار مراعاة مصلحة المحضون.[1]

كما أنّ نص المادة نقل مسؤولية الإنفاق على الطفل إلى الأم إذا توافر شرطان أساسيان هما:

01- **عجز الأب عن النفقة:** بمعنى أنّه حتى تلتزم الأم بالنفقة يجب على الأب أن يثبت عجزه عن دفع النفقة للطفل، وللأم أن تثبت عكس ذلك إن كان الأب يريد التهرب من النفقة.

02- **قدرة الأم على النفقة:** ونعني بذلك حتى تقع مسؤولية الأم بدفع النفقة للطفل يجب أن تكون موسرة وقادرة على دفع نفقة الطفل، وان كانت غير موسرة فلها أن تثبت عدم قدرتها على دفع النفقة وذلك للتخلص من هذا الالتزام القانوني.

ومتى تحقق الشرطان السابقان وجب على الأم أن تنفق على أولادها فإن عجز الأب عن دفع النفقة كليا، ألزمت بدفع النفقة كليا، وإن كان عجز الأب عن دفع النفقة جزئيا، ألزمت بمقدار النفقة التي عجز عنها الأب.

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا في اشتراك الأم بواجب النفقة على الطفل عند تحقق الشرطين السابقين، فذلك يعد بمثابة ضمان لحق الطفل في النفقة، كما يعد توسيعا في حماية الطفل من الضياع عند عجز الأب في الإنفاق على الطفل.[2]

كما يحقق المساواة بين الرجل والمرأة، فما دام الأب ملزم بالنفقة فهي كذلك ملزمة، لكن بشكل أخف وذلك متمثل في عجز الأب.[3]

وهذا ما عبرت عنه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 09 ماي 2007:

«ولا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل. وإنّ أم الولدين المطعون ضدها عاملة ولها دخل ،لأنّ النفقة لا تنتقل إلى الجد إلاّ إذا كانت الأم بدون دخل طبقا لما توجبه المادتين 76 و 77 من قانون الأسرة الجزائري»[4]

---

[1] نسيمة آمال حيفري،"**نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة دراسات وأبحاث جامعة زيان عاشور،الجلفة ، الجزائر،العدد 27، 2017، ص 6 .

[2] مباركة عمامرة، مرجع سابق، ص.ص 198-199.

[3] غربي صورية، مرجع سابق، ص 54.

[4] القرار رقم 390381، الصادر بتاريخ 2007/05/9،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2008، ص.ص 295-297.

ويكون المشرع الجزائري بذلك قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة دون المالكية الذين قصروا نفقة الولد على الأب فقط وإن أنفقت الأم أو الجد كان ذلك تبرعا منهم وليس واجبا.

ولكن قد يحدث أن يكون الأب عاجزا عن دفع نفقة الطفل، ويثبت أنّ الأم غير موسرة ولا تقدر على الإنفاق، ففي هذه الحالة على من تجب نفقة الطفل؟ [1]

ثالثا: الأقارب

هنا يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: هي عجز الوالدين عن نفقة الطفل عند قيام العلاقة الزوجية، هنا نجد أنّ المشرع الجزائري حمى الطفل من خلال أحكام المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري، التي توجب نفقة الفروع على الأصول بحسب درجة القرابة والإرث.[2]

حيث نصت هذه المادة على انه : «تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة من الإرث».

ويكون المشرع بذلك قد أخذ بالمذهب الشافعي، الذي يوجب نفقة الولد عند عدم وجود الأب أو إعساره، على الجد الموسر، فإن كان للولد أجداد وجدات فإنّ النفقة تجب على الأقرب، ولا تجب النفقة عندهم على غير الأصول والفروع، وبالتالي لا تجب على سائر الأقارب كالعم والعمة والأم والأخت.[3]

وهذا ما ذهب إليه القضاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21 افريل 1998: «... **ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة فان القضاة بقضائهم طبقوا صحيح القانون**». [4]

---

[1] مباركة عمامرة، مرجع سابق، ص199.

[2] المرجع نفسه.

[3] غربي صورية، مرجع سابق، ص57. وانظر الصفحة 30 من هذا البحث.

[4] القرار رقم 189181،الصادر بتاريخ 1998/04/21، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا،الاجتهاد_القضائي_لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،الجزائر العاصمة، 2001، ص 192، بلحاج العربي،**قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص414.

كما أنّ المشرع أخذ بالمذهب الحنبلي فيما يخص الإرث، والذي يعتبر القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة التي يكون فيها القريب وارثا لقريبه المحتاج بالفرض أو التعصيب غير انّه لا يحصرها بين الأصول والفروع، بل يدخل سائر الأقارب سواء كانوا محارم أو غير محارم.[1]

غير أنّ هذه النفقة التي تفرض على القريب مقيدة بشرط، وهو أن تكون حسب القدرة والاحتياج طبقا للمادة 77 قانون الأسرة الجزائري. وهذا ما ذهب إليه كذلك قضاة المحكمة العليا بتاريخ 21 فبراير 2001، حيث رفض إلزام الجد بالنفقة لعدم تحقق الشروط الواردة في المادة 77 من قانون الأسرة[2]، وجاء في القرار: «**حيث أنّ القرار المطعون فيه على ما هو ظاهر من الحيثيات قد استند في فرض النفقة على الجد لأب الى ما توجبه المادة 77 قانون الأسرة دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفيه طالما أنّ نفقة الأصول على الفروع تفرض حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث...** »[3]

أمّا إذا لم يكن للطفل أقارب، فتكون الحماية من خلال تطبيق أحكام الكفالة التي تعتبر أحد الآليات التي أقرّها المشرع لحماية الطفل وذلك على اعتبار أن من واجبات الشخص الكافل أن يقوم بالإنفاق على الطفل المكفول هذا إضافة إلى واجبات أخرى تقرّها أحكام الكفالة كالتربية ورعاية الطفل المكفول.

أما في الحالة الثانية:هي عجز الأبوين على الإنفاق على الأبناء عند انفكاك العلاقة الزوجية أو في حالة الطلاق، نجد أن المشرع عالج هذه الحالة من خلال إنشاء صندوق النفقة[4] بحيث يتكفل هذا الصندوق بدفع النفقة للأطفال الدائنين بها، ويكون للصندوق حق الرجوع على الشخص المدين فيما بعد.

لكن كيف تناولت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حق الطفل في النفقة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري؟

---

(1) غربي صورية، مرجع سابق، ص 58.

وانظر أيضا الصفحة 30 من هذا البحث.

(2) غربي صورية ، مرجع سابق، ص 58.

(3) قرار رقم 259422، الصادر بتاريخ 2001/02/21 ،غرفة الاحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2004، ص 337.

(4) سنتطرق لصندوق النفقة بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل .

المطلب الثاني: حق الطفل في النفقة طبقا للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

شكّل صدور الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل قفزة نوعية لحقوق الإنسان بصفة عامة وارتقاء بحقوق الطفل بصفة خاصة على المستوى الدولي لأنها انتقلت بحقوق الطفل من نطاق المسؤولية الأدبية إلى نطاق المسؤولية القانونية الملزمة للدول والمشمولة برقابة المجتمع الدولي.[1]

ولقد حضيت اتفاقية حقوق الطفل بإجماع عالمي غير مسبوق [2]، حيث انضمت إليها أكثر من 193 دولة[3]، ومردّ ذلك هو زيادة الوعي العالمي بضرورة الاهتمام بحقوق الطفل وترقيتها في مختلف الميادين.[4]

ولقد شملت الاتفاقية مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الطفل، وصفت بأنها حقوق عامة، لأنها لا تقتصر على الطفل بل تمتد إلى الإنسان بوجه عام، وسبق وان وردت في العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، هذه الحقوق هي الحق في الحياة (المادة 06)، الحق في الاسم واكتساب الجنسية (المادة 07)، الحق في حرية التعبير (المادة 13) الحق في حرية الوجدان والدين (المادة 14)، الحق في تكوين الجمعيات والاجتماع السلمي (المادة 15)، الحق في الحياة الخاصة وحماية الشرف والسمعة (المادة 16)، الحق في الحصول على المعلومات (المادة 17)، الحق في التمتع بأعلى مستوى صحي (المادة 24) الحق في التعليم (المادة 28)، الحق في مستوى معيشي (المادة 37)، والحماية من كافة أشكال التمييز بسبب الجنس، اللغة، الدين او الثروة.

---

(1) رحموني محمد، "**حقوق الطفل في القانون لدولي وآليات ضمان حمايتها**"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الخامس، 2017، ص34.

(2) ولعلّ السويدية (Ellen Keg) عنونت القرن العشرين منذ بدايته، عندما أصدرت عام 1903 كتابها (قرن الطفل) ليصبح هذا العنوان واقعا وحقيقة؛ بولحية شهيرة،"**حقوق الطفل في المواثيق الدولية العامة**"، مجلة الأحياء، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة1، الجزائر، العدد الأول، 2009، ص 498.

(3) تعتبر هذه الاتفاقية الصك الأكثر قبولا لحقوق الإنسان على المستوى العالمي عبر التاريخ، إذ صادقت عليها جميع الدول ما عدا الولايات المتحدة ؛ نقلا عن موقع يونيسيف، **اتفاقية حقوق الطفل**، تاريخ المعاينة 2018/03/03 ، الرابط الالكتروني: (https://www.unicef.org/arabic/crc/34726_34854.html) .

(4) مساعدية عبد الوهاب،"**حماية الطفولة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري والمواثيق الدولية**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية،معهد الحقوق والعلوم السياسية،المركز الجامعي تامنغست،الجزائر،العدد الأول،2016 ص83.

كما شملت الاتفاقية حقوق خاصة بالطفل وهي تلك الحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية والتي لا يتمتع بها إلاّ الطفل فحسب وهنا يظهر الطابع المميز للاتفاقية بالمقارنة باتفاقية حقوق الإنسان الأخرى، ومن الأسباب التي أدت إلى منح الطفل هذه الأنواع من الحقوق هي أن الطفل ضعيف البنيان، غير متكامل النضج بدنيا وعقليا، غير قادر على حماية حقوقه أو الدفاع عن نفسه، وهو في حاجة إلى من يمنحه الأمان والحب والحنان والرعاية، والواقع أنّ هذه الحقوق الخاصة هي الدافع الأساسي وراء إعداد اتفاقية للطفل فهذا الأخير يتمتع بكافة أو معظم الحقوق الواردة في اتفاقيات حقوق الإنسان وعلاوة على ذلك يتمتع بحقوق أخرى، هي الحقوق الخاصة التي تجعله موضوعا للحماية كما تجعله حائزا لها وهي حقوق تفرضها الاتفاقية على الأسرة أو على الوالدين وتارة على السلطات العامة وتارة أخرى على المجتمع الدولي وهي حقوق تضع مصلحة الطفل فوق كل اعتبار.[1]

ومن بين هذه الحقوق حق الطفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والاجتماعي لاسيما ما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.

ولا يكون ذلك إلاّ بالإنفاق عليه. وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى حق الطفل في النفقة في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل (الفرع الأول)، والى آليات تحصيل نفقة الطفل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون حق الطفل في النفقة طبقا للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

عالجت المادة 27 من اتفاقية حقوق الطفل حق الطفل في النفقة، وقد احتوت المادة على 4 فقرات.

جاء في الفقرة الأولى منها: "تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي".

فقد ألزمت هذه الاتفاقية بموجب هذه الفقرة الدول الأطراف الاعتراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.

---

[1] والي عبد اللطيف، "**حقوق الطفل في الاتفاقية الدولية لسنة 1989 وآلية الرقابة على تطبيقها**"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، العدد الثاني، 2017، ص. ص 166 – 167.

وجاء في الفقرة الثانية من الاتفاقية: "يتحمل الوالدان أو احدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم بتامين ظروف المعيشية اللازمة لنمو الطفل".

وعليه فمن الضروري أن يحصل الطفل على مستوى معيشي ملائم لنموه ولطفولته، وطبقا لذلك فان أحكام الاتفاقية تعترف بأهمية النفقة في حياة الطفل.

وهي تفرض على الوالدين أو احدهما المسؤولية المشتركة لضمان حق الطفل في مستوى معيشي مناسب.

وبالرغم من أن الفقرة الأولى من الاتفاقية تنص على أن "لكل طفل الحق في مستوى معيشي ملائم لنموه" إلاّ أنها ربطت هذا الحق في حدود الإمكانيات المالية وقدرات الوالدين أو المسؤول عن الطفل.[1]

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري-كما أوضحنا سابقا- حيث جعل مسؤولية النفقة على عاتق كلا الوالدين خاصة الأب[2] ثم الأم بدرجة اقل وذلك عند عجز الأب عن الإنفاق واستطاعتها ذلك.

حيث نصت المادة 76 قانون أسرة جزائري:"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[3]

غير أنّ تقرير لجنة حقوق الطفل لسنة 2012 أبدى قلقه من" عدم إسناد مسؤولية الطفل إلى الآباء والأمهات على قدم المساواة التي ما زالت على عاتق الأب وحده"، وعلى ذلك أوصت الجزائر بـ:"ضمان تقاسم الأمهات والآباء على قدم المساواة للمسؤولية القانونية للأطفال

---

(1) زهية رابطي، **(الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري)**، رسالة ماجستير فرع القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2007 – 2008، ص74.

(2) المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) وعلى خلاف المشرع الجزائري، فان المشرع التونسي يلزم الزوجة على المساهمة في الإنفاق على العائلة، إن كان لها مال وذلك حسب الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي تنص على انه:"... وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال"؛ بوكايس سمية، **(المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)**، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص76.

وفقا للفقرة الاولى من المادة 18 من الاتفاقية" والتي تنص على انه:"كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه"[1]

والى جانب مسؤولية الأب ثم الأم في النفقة فقد جعل المشرع الجزائري للأقارب دور في الإنفاق على الطفل في حال عجز الوالدان عن ذلك حتى لا يبقى الطفل بدون عائل مادي.

بل ذهب المشرع الجزائري إلى ابعد من ذلك حيث أقرّ للطفل النفقة وهو جنين في بطن أمه ففرض له مصاريف العناية بصحته ونفقة النفاس والغذاء والعناية بصحة النفساء وولدها دون أن يفرق بين نفقة الولد في حال قيام الرابطة الزوجية بين أبويه ونفقته في حال انحلالها.[2]

وهو ما أشارت إليه ديباجة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حيث جاء فيها :"وإذ تضع في اعتبارها أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها".

كما ربط قانون الأسرة الجزائري النفقة بحسب حال المكلف بها، وهو الثابت في نص المادة 79 منه التي منحت للقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة النفقة بحسب حال المكلف بها أولا ثم بحسب العرف والعادة في المجتمع الذي يعيش فيه هذا الأخير مع أسرته.[3]

وعليه فان تنظيم نفقة الطفل طبقا لمقتضيات قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية قد كفل النفقة للطفل أوسع مما تكفله أحكام الاتفاقية من حيث:

- استمرار النفقة للطفل إلى ما بعد سن الرشد، إذا كان هذا الأخير مزاولا لدراسته.
- استمرار نفقة البنت إلى حين دخولها لبيت زوجها.
- استمرار النفقة على الطفل في حالة إصابته بعاهة عقلية أو غيرها.[4]

غير أن الانتقاد الموجه لقانون الأسرة الجزائري هو حالة الطفل الكفيل [*]

---

[1] بلباهي سعيدة،"**قراءة في توصيات لجنة حقوق الطفل الدولية بخصوص أحكام قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الرابع،2017 ص25؛ وانظر أيضا: تقرير لجنة حقوق الطفل،الدورة الستون،المتعلقة بالملاحظات الختامية لدولة الجزائر، فقرة دال(البيئة الأسرية والرعاية البديلة)، جوان 2012.

[2] وهو ما عبرت عنه الاجتهادات القضائية المختلفة؛ انظر ص 27 من هذا المبحث.

[3] تم تناول كل هذه المسائل بالتفصيل في المطلب الأول الخاص بحق الطفل في النفقة في قانون الأسرة الجزائري.

[4] زهية رابطي، مرجع سابق، ص93.

[*] "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

فطبقا لنص المادة 116 قانون أسرة، فان الأب ملزم بالنفقة على الكفيل حيث لم تفرق هذه المادة بين حالة الزواج وحالة الطلاق، وبالتالي تطبق المادة في الحالتين علما أن حالة الوفاة تكلمت عنها المادة 125 قانون أسرة جزائري.[1]

ومن ثم، يبقى الأب ملزم بالنفقة سواء كانت الحضانة له أو لزوجته المطلقة وهذا ما يحقق حماية كاملة للطفل، غير أن القضاء فسّر هذه المادة بما لا يحقق حماية للطرف الضعيف والذي هو الطفل المكفول.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 مارس 2011[2] :(**بأنه لا تسري آثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل، وبرر موقفه كالتالي:"أن المطعون ضده الكافل إذا كان ملزما بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه فإنّ ذلك مقيد بأن تكون المكفولة تحت حضانته ورعايته، وطالما البنت تعيش مع مطلقة الكافل التي تطوعت وأخذت البنت المكفولة معها،فإنّ واجب الرعاية و النفقة يسقط عن الكافل و يؤول الى المطلقة،لأنّ آثار الطلاق وما يترتب عنه من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام هنا على وجه التبرع، وهذا الالتزام لا ينتج أثره إلاّ إذا كان المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل**".

فالقرار الذي جاءت به المحكمة العليا غير منطقي، فما دام أنّ الزوجين الكافلين التزما معا قبل انفصالهما وبإرادتهما الحرة بالتكفل بالطفل المهمل، لذا فهما ملزمان معا بنتائج هذا التعهد وبآثاره الشرعية بعد الطلاق ولا يتحللان منه.

فكان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري أضاف فقرة ثانية للمادة 116 قانون أسرة تفصل في هذا الأمر.[3]

بل أكثر من ذلك قد أجاز القضاء الجزائري للكافل التنازل عن الكفالة في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 ديسمبر 2006[1] والذي جاء فيه: "**يجب على الكافل القيام بالانفاق على الطفل**

---

[1] نصت المادة 125 من قانون الاسرة الجزائري:"التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وان يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ".

[2] القرار رقم 613481 الصادر بتاريخ 2011/03/10، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 2012، ص 290.

[3] غربي صورية، مرجع سابق، ص ص 50-51.

المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه، باعتباره وليا قانونيا، مل لم يثبت تخليه عن الكفالة"، وعليه مجرد تخلي الأب الكافل عن الكفالة سوف يعفي نفسه من التزاماته العائلية اتجاه الطفل المتمثلة خاصة في النفقة، وهذا في حقيقة الأمر يضر بشكل كبير بمصلحة الطفل ولا يحميه، لأنه يجعل الوضع المادي للطفل غير مستقر ومهدد بالزوال.[2]

وما عدى ذلك فان قانون الأسرة الجزائري وباستناده إلى الشريعة الإسلامية قد كفل للطفل حماية ورعاية واسعة تضمن له الأمان والاستقرار.

أما الفقرة الثالثة من الاتفاقية فتنص على أنّ الدول الأطراف تتخذ وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل، على إعمال هذا الحق وتقدم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان" .

فالاتفاقية إذن إذا كانت تلزم الدول الأطراف بتقديم المساعدة للوالدين على إعمال هذا الحق ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان فقد ربطت ذلك بظروف الدولة الوطنية وبحدود إمكانياتها.[3]

كما حددت هذه الفقرة أهم العناصر الأساسية التي يجب توفيرها للطفل حتى يحيا حياة متزنة مستقرة وهذه العناصر هي: الغذاء والكساء والسكن.

إضافة إلى ما نصت عليه المادة 24 من الاتفاقية في حق الطفل في العلاج حيث جاء فيها: "تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي، وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألاّ يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه".

وهذا ما يتوافق مع ما جاء في قانون الأسرة الجزائري الذي حدد عناصر النفقة في المادة 78 منه:"تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

---

(1) القرار رقم 369032، الصادر بتاريخ 2006/12/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق، العدد الثاني، الجزائر العاصمة، 2007، ص 443.

(2) غربي صورية، مرجع سابق، ص ص 50-51.

(3) زهية رابطي، مرجع سابق، ص74.

وكما بيّنا سابقا عناصر النفقة في قانون الأسرة الجزائري سنتطرق إلى عناصر النفقة في اتفاقية حقوق الطفل:

أولا: حق الطفل في التغذية الصحية

تشير اتفاقية حقوق الطفل إلى أنّ لكل رضيع ولكل طفل الحق في تغذية جيدة.[1]

ويضمن حق الغذاء للطفل الحصول على طعام صحي وكاف بشكل يومي ومستمر في الظروف كلها، حتى تلك التي تشمل الحروب والمجاعات القاسية.

ويجب أن يكون الغذاء متوازنا ونظيفا، ويشمل جميع العناصر الغذائية الضرورية لنمو الطفل، كما يشمل حصول الطفل على مياه شرب نقية ونظيفة في الأوقات جميعها.[2]

فأول حماية يتلقاها الطفل عندما يكون جنينا هي ضرورة تناول الأم الحامل للتغذية السليمة، فقد ثبت علميا أن نوع الغذاء الذي تتناوله الأم الحامل أثناء فترة الحمل وخاصة المراحل الأولى منه له أثر كبير في نمو الجنين.

ويظهر تأثير التغذية على نمو الطفل أيضا بعد الولادة، فعندما يولد الطفل يكون أول ارتباط بالبيئة المحيطة به هو الغذاء وكلما كانت تغذية الطفل جيدة كان نموه العقلي والجسدي جيدا.

وعلى العكس من ذلك فإنّ سوء التغذية يعتبر أحد الأسباب الاكثر انتشارا، وهو عامل رئيسي في ارتفاع معدل الوفيات لدى الرضع والأطفال صغار السن في الدول النامية او الفقيرة[3] حيث يقف نقص التغذية وراء 45% من وفيات الأطفال.[4]

كما أثبتت الدراسات أنّ كثيرا من الأمراض والتشوهات التي يولد الطفل مصابا بها تكون نتيجة عوامل غذائية ونفسية حصلت للأم في فترة الحمل.

---

(1) نقلا عن موقع منظمة الصحة العالمية، **تغذية الرضع و صغار الأطفال**، تاريخ الاطلاع: 2018/03/03 ، الساعة 23.30،الرابط الالكتروني:(http://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/infant-and-young-child-feeding)

(2) نقلا عن موقع الموسوعة الالكترونية موضوع، **(ما هي أهم حقوق الطفل)**، تاريخ الاطلاع : 2018/03/04، الساعة 00.15، الرابط الالكتروني: (http://mawdoo3.com).

(3) لعرابي خيرة، **(حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري)**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أسرة و القانون المدني،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة وهران، الجزائر،2012-2013 ، ص ص 263-272.

(4) نقلا عن موقع منظمة الصحة العالمية، **(تغذية الرضع و صغار الاطفال)**، تاريخ الاطلاع : 2018/03/04 الساعة 00.30 ، الرابط الالكتروني:
(http://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/infant-and-young-child-feeding)

لذلك شدّدت الاتفاقية على ضرورة تقديم الدول الأطراف لمواطنيها المساعدة المادية وبرامج الدعم لتحقيق التغذية السليمة للأطفال وكذا للأمهات في مرحلة الحمل والوضع.[1]

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري إذ اعتبر الغذاء من مشتملات النفقة بحسب نص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري[2].

ثانيا: حق الطفل في السكن

تتأثر صحة الأطفال ونفسيتهم، وتطورهم، ونماؤهم تأثر مباشرا بنوعيه السكن الذي يعيشون فيه. ولقد أكدت لجنة حقوق الطفل على الطابع العالمي للحق في السكن اللائق، مشددة على انه ينطبق على كل طفل دون تمييز، والعمل على إيجاد حلول لموضوع المساكن الضيقة التي تتسم (بالتشنج) أو الازدحام والضجيج التي تشكل خطرا على نماء الأطفال وصحتهم، وقدرتهم على التعلم واللعب، وحماية الأطفال من الوفيات الناجمة عن المساكن التي تفتقد إلى التهوية ورداءة الخدمات الأساسية فيها كالمياه والصرف الصحي وما ينجم عنها من ملوثات تفضي إلى وفاة الأطفال.

ويعدّ الموقع المناسب حقا من حقوق الأطفال وذلك من حيث وصولهم إلى مدارسهم، ومراكز الرعاية الصحية.

ويتسبب فقدان الطفل لعنوان مسكن ثابت ومعروف، في إصابة الأطفال باضطرابات نفسية وسلوكية كالعدوان والانطواء والقلق والأرق وتعرضهم للعنف من الآخرين بسبب هشاشة أوضاعهم.[3]

كما تعتبر إقامة الطفل وإيوائه في بيت أبويه حق له، ويدخل ضمن حقوقه في الرعاية التي يلتزم بها والده، كما يدخل ضمن عناصر النفقة في حال انفصال الوالدين خلال مرحلة الحضانة.[4]

---

[1] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص ص 263-272.

[2] للتوضيح أكثر انظر ص 24 من هذا المبحث.

[3] بهجت الحلو، "**الحق في السكن والتزامات الدولة بضمانات الحماية**"، تاريخ الاطلاع : 2018/03/02، الساعة 21.00 الرابط الالكتروني: (http://samanews.ps/ar/post/286368)

[4] زهية رابطي، مرجع سابق، ص 38.

وطبقا لذلك فقد شددت الاتفاقية في المادة 27 الفقرة الثالثة على أن تتخذ الدول الأطراف وفقا لظروفها الوطنية التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وتقديم المساعدة المادية وبرنامج الدعم ولا سيما فيما يتعلق بتجسيد هذا الحق.[1]

بالمقابل فإنّ المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري نصت على انه: "تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته" فإذا لم يهيأ الأب المسكن، فان القضاء يفرض عليه أجرة مسكن، إضافة إلى ذلك فان المادة 72 من نفس القانون تنص على انه:"في حالة الطلاق يجب على الأب آن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وان تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار" فالمشرع الجزائري إذا ركز على أجرة السكن في حالة عدم قدرة الأب على توفير مسكن ملائم للطفل وذلك لأجل حماية الطفل من الضرر المادي والنفسي الذي قد يلحق به عند طلاق والديه.[2]

ثالثا: حق الطفل في العلاج

تعترف الاتفاقية بحق الطفل في الحصول على الرعاية الصحية الملائمة لهذه المرحلة الحساسة من مراحل العمر التي يتم خلالها نمو الطفل جسمانيا، وقد جاءت الفقرة الأولى من المادة 24[3] لتقرر وجوب أن تعمل الدول الأطراف في الاتفاقية على توفير أعلى مستوى من الخدمات الصحية ومرافق العلاج يمكن بلوغه، وعليها أن تبذل كل ما تستطيع في سبيل أن يحصل الطفل على حقه في هذه المرافق.

فإذا كان من حق الطفل إذا أن يتمتع بمستوى صحي يليق بطفولته، فان من مقتضيات هذا الحق اتخاذ كل التدابير اللازمة لأجل حماية هذا الحق والمحافظة عليه عند طلاق الوالدين.

وإدراكا من المشرع الجزائري لأهمية المحافظة على صحة الطفل عند انفصال الوالدين، نصت المادة 78 من قانون الأسرة على إن: "وتشتمل النفقة.... والعلاج "وطبقا لذلك فان مصاريف علاج الطفل تدخل ضمن النفقة الواجبة على الأب تجاه طفله، غير أنّ عبارة مصاريف العلاج تكون حسب حال الأب المالية كما هو الشأن في أنواع النفقة الأخرى.

---

[1] بهجت الحلو، مرجع سابق.

[2] زهية رابطي، مرجع سابق، ص. ص 38-39. وانظر أيضا ما تم تناوله في الصفحة 28 من هذا البحث.

[3] تنص الفقرة الاولى من المادة 24 من الاتفاقية :(تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي، وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.)

فإلزام الأب إذا بعلاج الطفل طبقا للتشريع الجزائري يتطابق وما ذهبت إليه أحكام الاتفاقية التي تهدف إلى حصول الطفل على صحة جيدة والمحافظة عليها سواء في ظل الزوجية أو عند طلاق الوالدين.[1]

وخلاصة القول أن هناك توافق بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري فيما تشتمله النفقة من لوازم ضرورية بما في ذلك الغذاء، الكسوة، المسكن ومصاريف العلاج.[2]

الفرع الثاني: آليات تحصيل النفقة كأثر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على قانون الأسرة الجزائري.

لقد ساهمت اتفاقية حقوق الطفل ومجمل الدول التي صادقت عليها في الإقرار والاعتراف بالكرامة الإنسانية الأساسية لجميع الأطفال، وتبعا لذلك فقد نصت على حق الطفل في مستوى معيشي يتناسب مع نموه الكامل، وعلى ذلك فانه يتعين على الدول التي صادقت عليها اتخاذ كل التدابير اللازمة والمناسبة لتحصيل نفقة الطفل.

وقد جاءت الاتفاقية بعدة آليات قانونية لتحصيلها باعتبار الوالدين المسؤول الأول في الالتزام بها، وأنّ الدولة تعتبر المسؤول الثاني بعد الوالدين لضمان وتحصيل نفقة الطفل.[3]

لذلك سنتطرق أولا إلى التزام الوالدين بنفقة الطفل، ثم التزام الدولة بضمان نفقة الطفل.

أولا: التزام الوالدين بنفقة الطفل

طبقا لنص الفقرة الثانية من نص المادة 27 من الاتفاقية، نجد أنها تفرض على الوالدين أو احدهما المسؤولية المشتركة لضمان حق الطفل في مستوى معيشي مناسب، كما انه طبقا لنظام الأحوال المعروف في الشريعة الإسلامية، فان التشريع الجزائري يقضي بإلزام الأب بالإنفاق في حالة الطلاق إذا كان الطفل فقيرا ثم أوجب النفقة على الأم الموسرة في حالة عجز الأب.[4]

وتعدّ التدابير التي اعتمدها سواء المشرع الجزائري أو أحكام الاتفاقية تتفق من حيث أنها جاءت لأجل تامين حماية مصالح الطفل الفضلى من خلال إلزام الوالدين بنفقة الطفل، ولأجل

---

[1] زهية رابطي، مرجع سابق، ص ص 39-40.

[2] المرجع نفسه، ص 36.

[3] زهية رابطي، مرجع سابق ، ص 73. وانظر أيضا الفرع الثاني من المبحث الأول الخاص بترتيب من تجب عليهم النفقة .

[4] المرجع نفسه، ص 74.

ذلك لم يترك التشريع الجزائري أمر نفقة الطفل اختياريا، إذ انه بالإضافة إلى تأكيد إلزام الوالدين بذلك، فقد ألزم بمعاقبة الأب في حالة عدم دفع نفقة الطفل عند قدرته على ذلك.[1]

حيث تدخّل المشرع الجنائي الجزائري وحدّد أربعة أشكال من جرائم إهمال الأسرة، تتمثل في ما يلي:

1- جريمة الإهمال النقدي أو الامتناع عن دفع النفقة الغذائية المحكوم بها قضاء، أي في وقتها المحدد، وهي المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري.[2]

حيث تنص هذه المادة على أنه "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى (03) سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (02) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أنّ عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال".

2- جريمة ترك مقر الأسرة أو العائلة، وقد يطلق عليها الإهمال المادي، التي تتمثل في ترك إقامة الأسرة، إضافة إلى التخلي عن الالتزامات المادية والمعنوية التي فرضها القانون على الأب والأم اتجاه أولادهما القاصرين وفقا لنص المادة 331/1 من قانون العقوبات الجزائري.

حيث نصت هذه المادة على انه :"يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنة (01) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج، احد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (02) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين (02) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية" .

3- جريمة ترك أو إهمال الزوجة الحامل التي تتجلى في عدم احترام واجب المساكنة والإنفاق، الذي يفرضه القانون على الزوج، وذلك حسب نص المادة 330/2 من قانون العقوبات الجزائري.

---

(1) زهية رابطي، مرجع سابق، ص 80.

(2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، عدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.

التي تنص على انه:"يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنة (01) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج":

الزوج الذي يتخلى عمدا أو لمدة تتجاوز شهرين (02) عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي"

4- جريمة الإهمال المعنوي للأولاد أو إهمال السلطة الأبوية، التي نصت عليها المادة 330/3 من قانون العقوبات الجزائري.[1]

حيث جاء في هذه المادة:"يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنة (01) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج:

أحد الوالدين الذي يعرّض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسئ معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها".

وما تجدر الإشارة إليه أنّ كل هذه المواد جاءت بعد تعديل قانون العقوبات (آخر تعديل كان بموجب القانون رقم 01-14 المؤرخ في 04 فيفري 2014 جريدة رسمية رقم 07) وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري على إسقاط بنود اتفاقية حقوق الطفل على تشريعاته الداخلية. ويظهر ذلك من خلال تشديد العقوبات أو تغيير محتواها بما يناسب مصالح الطفل.[2]

ثانيا: التزام الدولة بضمان نفقة الطفل

يعد الأطفال الضحايا المباشرين للطلاق على اعتبار أنهم لم يكونوا طرفا في فك الرباط الزوجي، فالطلاق يولد اختلالا في العناية بهم وإمكانية انحرافهم، وقد راعى المشرع هذا البعد فجاء صندوق النفقة ليضفي الحماية على حقوق الأطفال تماشيا مع المواثيق الدولية ولا سيما اتفاقية حقوق الطفل، حيث نصت المادة 18 في فقرتها الثانية على ما يلي: "في سبيل ضمان وتعزيز الحقوق المبينة في هذه الاتفاقية، على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية أن تقدم المساعدة الملائمة للوالدين وللأوصياء القانونيين في الاضطلاع بمسؤوليات تربية الطفل وعليها

---

(1) منصوري مبروك، **الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)**، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابر بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، (2013-2014)، ص 174.

(2) Laalia Nawel, « **l'enfant algérien et l'amendement du code pénal 2014** » مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، العدد الرابع، 2015، ص60.

أن تكفل تطوير مؤسسات ومرافق وخدمات رعاية الأطفال"، وهو ما ترجمه كذلك المشرع الجزائري من خلال سنّه لقانون حماية الطفل[1]، حيث تمت الإشارة إلى ضرورة ضمان الدولة للمساعدة المادية لرعاية الطفل وذلك من خلال المادة 5 في فقرتها الثالثة بنصها على: "تقدم الدولة المساعدة المادية اللازمة لضمان حق الطفل في الحماية والرعاية".

وقد أشار المشرع إلى ضرورة تكفل هذا الصندوق بنفقة الأولاد من خلال نص المادة الثانية من القانون (15-01)[2] بنصها على :"النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة"[3]

من خلال هذه الفقرة يتضح لنا أن هناك ثلاث أنواع من النفقة يتكفل الصندوق بدفعها وهي كما يلي :

1- النفقة التي يحكم بها للطفل أو الأطفال المحضونين في حالة طلاق الوالدين.

2- النفقة التي يحكم بها للطفل أو للأطفال أثناء رفع الدعوى الطلاق[4] بمعنى تلك المبالغ التي يلزم الأب بها قبل صدور حكم الطلاق الذي يتضمن النفقة السالفة الذكر، ويمكن أن نسميها أيضا نفقة الإهمال[5]، ولقد عبّر عنها المشرع في هذا القانون بالنفقة الوقتية، حيث يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، وخاصة ما تعلق منها بالنفقة[6]، وهذا وفقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة.[7]

---

(1) قانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2015 المتضمن حماية الطفل الصادر بتاريخ 15 يوليو 2015 الجريدة الرسمية، عدد 39 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2015.

(2) قانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير سنة 2015 **المتضمن إنشاء صندوق النفقة** الصادر بتاريخ 4 يناير سنة 2015 الجريدة الرسمية، عدد 01 الصادرة بتاريخ 7 يناير 2015.

(3) عيساوي عادل، "**صندوق النفقة بين النص والتطبيق**"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد الثالث، 2017، ص 358.

(4) يقصد بالطلاق المعنى الموسع له طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة فيشمل بذلك الطلاق والتطليق والخلع، ويشترط صدور حكم نهائي يقضي بالطلاق والحضانة؛ بن عومر محمد الصالح، "**صندوق النفقة كآلية قانونية لضمان تسديد النفقة**" مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، العدد الثاني، 2016، ص111.

(5) مباركة عمامرة، مرجع سابق، ص 200.

(6) بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص111.

(7) نصت المادة 57 مكرر قانون أسرة على أنه: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"

3- كما يتكفل الصندوق بدفع تلك المبالغ المحكوم بها كنفقة للمرأة المطلقة.

ويكون التزام الصندوق بدفع مبالغ النفقة المذكورة آنفا بالقدر المحدد في تلك الأحكام التي أقرت النفقة للأشخاص الدائنين بها، وذلك ما تم النص عليه في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.[1]

ويحل الصندوق محل الملزم بدفع النفقة في حالة توقفه عن دفعها شرط اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.[2]

ثم يعود عليه بالمطالبة بدينه، وبهذا تحافظ الدولة على تماسك الأسرة من هفوات قد تكون عابرة فقط.[3]

وخلاصة القول أن غاية المشرع الجزائري من إنشاء هذا الصندوق هو حماية الطفل المحضون عند عدم دفع النفقة المقررة له.

المبحث الثاني

حــق الطفـل في الحضانة

يحظى الأطفال بالرعاية والحماية والحنان من الوالدين، ويعمل الحب الناجم عن هذه العوامل دورا مهما في تأسيس البناء المتوازن لشخصية الطفل، ووجود الوالدين المتحابين المتفاهمين أمر ضروري لتحقيق هذا الهدف، لكن لا يكاد يخلو بيت من مشكلات تعكر صفو الوالدين، وقد تكون هذه المشكلات من الخطورة بحيث تزعزع كيان الطفل النفسي.

ويعتبر الطلاق من المشكلات الاجتماعية النفسية التي تترتب عليها آثار سلبية عديدة قد تؤدي إلى تدمير شخصية الطفل أو تعقيدها، وهو يعدّ من أبرز الأخطار التي تهدد هذه النفس الغضّة، التي لا تقوى على الحياة الآمنة المستقرة دون الخدمات التي تتلقاها من أمها وأبيها.[4] وأبيها.[4]

---

[1] مباركة عمامرة، مرجع سابق، ص 200.

[2] نسيمة امال حيفري، مرجع سابق، ص9.

[3] بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص110.

[4] يوسف قطامي، **نمو شخصية الطفل**، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2014، ص 348.

وتعدّ الحضانة من أهم الآثار القانونية لانحلال رابطة الزواج، وهي ضرب من ضروب الرعاية بالطفولة بحيث تكفل للطفل التربية الصحيحة والتوجيه السليم.[1]

ولقد اهتمّ قانون الأسرة الجزائري بمسألة حضانة الطفل اهتماما بالغا وأفرد لها مجموعة من النصوص القانونية متماشيا فيها مع المستجدات الطارئة على المجتمع مستحكما بمعيار المصالح الفضلى للطفل وحياته ونمائه.

كما أقرّت اتفاقية حقوق الطفل أحكاما خاصة بحضانة الطفل ورعايته حال انفصال أبويه.

وعليه سنتناول في هذا المبحث حق الطفل في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، من خلال مطلبين يتناول المطلب الأول حق الطفل في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، أما المطلب الثاني فيتناول حق الطفل في الحضانة في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل ومقارنة أحكامها مع ما تناوله المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

المطلب الأول: حق الطفل في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، فالأصل في الحضانة مصلحة الصغير التي تعدّ العمود الفقري لها.[2]

ولقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم مسألة الحضانة وخصّها بعشر مواد من قانون الأسرة الجزائري ابتداء بالمادة 62 إلى المدة 72 منه كما أجرى بعض التعديلات التي تتوافق مع مصلحة المحضون.

ولدراسة هذه المسألة سنتطرق إلى تعريف الحضانة لغة واصطلاحا وقانونا (الفرع الأول) ثم تمييز الحضانة عمّا يشابهها من مصطلحات(الفرع الثاني)، فشروط الحضانة ومراتب الحاضنين(الفرع الثالث)، معيار مصالح الطفل الفضلى (الفرع الرابع)، مدة الحضانة (الفرع الخامس)، وحق زيارة المحضون (الفرع السادس).

---

[1] ربيحة إلغات، " **الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا**" مجلة حوليات جامعة الجزائر1، الجزائر، ،العدد 27، 2015 ، ص 35.

[2] فاطمة حداد، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية، مصر، 2017، ص87.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

لبيان فهوم الحضانة لا بدّ أولا من تعريفها من الجانب اللغوي ثم الاصطلاحي.

أولا: التعريف اللغوي للحضانة

مصدر الفعل (حَضَنَ)، واسم الفاعل منه (حاضن) للرجل، و(حاضنة) للمرأة، وكلمة الحاضنة مأخوذة من (الحضن) –بكسر الحاء– وهو ما دون الإبط إلى الكشح[1]

جاء في القاموس المحيط: الحِضْنُ: مادون الإبط إلى الكَشح[2]، أو الصدر والعَضُدان، وما بينهما، والجمع أحضان.

وحَضَنَ الصبي حَضْنًا وحضَانَه بالكسر : جعله في حِضنِه، أو ربّاه. [3]

وجاء في مختار الصحاح: الحِضْنُ ما دون الإبط إلى الكَشْح.

وحَضَنَ الطائر بيضه من باب نَصَر ودَخَل إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحه.

وحَضَنت المرأة ولدها (حَضَانة).

وحَاضنَةُ الصبي: التي تقوم عليه في تربيته.

واحتضَنَ الشيء: جعله في حضْنه. [4]

وجاء في القاموس الفقهي لغة واصطلاحا:

حَضَنَ الرجل الصبي: رعاه وربّاه، فهو حاضن، جمعه: حَضَنَة والمرأة حاضنة، جمعها: حَواضن.

الحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه. [5]

نستنتج من هذا أنّ الذي يتحصل من المعنى اللّغوي للحضانة: أنها الرعاية والتربية والحفظ والصيانة وهي تشمل المرأة والرجل كذلك.[6]

وهذا المعنى اللّغوي للحضانة هو ما يتفق مع المعنى الاصطلاحي لها.

---

(1) محمود حامد عثمان،"**تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها**"، مداخلة ألقيت ضمن فعاليات ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1436 هـ، ص7.

(2) الكَشْحُ: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف؛ القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 238.

(3) الفيروزآباي، مرجع سابق، ص 1190 .

(4) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص60.

(5) سعدي أبو حبيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1988، ص93.

(6) محمود حامد عثمان، مرجع سابق، ص8.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للحضانة

عرّف الفقهاء القدامى والمحدثون الحضانة بتعريفات تكاد تكون واحدة تدور حول معنى واحد[1]، فهي وان تباينت لفظا إلاّ أنها اتحدت في المعنى[2].

فعرّف فقهاء المذاهب الأربعة الحضانة كما يلي:

عرّفها المالكية بأنها: حفظ الولد أي في مبيته وذهابه ومجيئه وقوله والقيام بمصالحه أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[3]

وهذا التعريف وان أفصح عن المقصود الأعظم من الحضانة، وهو حفظ الولد ورعايته وتحقيق مصالحة، إلاّ أنّه أشار ضمنا إلى الحاضن، والأولى أن يصرّح به، لأنّه يمكن لأي شخص أن يقدم هذه الخدمات للمحضون، أمّا الحاضن فيجب أن تتوفر فيه شروط وقيود معينة كي يستحق الحضانة.[4]

عرّف الحنفية الحضانة بأنها: تربية الولد لمن له حق الحضانة.

كما عرّفوها بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.[5]

وهو تعريف عام وشامل يتفق مع المعنى اللغوي، حيث ذكر طرفي الحضانة، وهما الحاضن والمحضون، ولفظ (التربية) في التعريف يشمل التربية بجميع أنواعها الجسمية والعقلية والاجتماعية والأخلاقية.[6]

وعرّف الشافعية الحضانة بأنها: حفظ من لا يستقلّ بأمور نفسه عمّا يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون، وتربية أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهد طعامه وشرابه ونحو ذلك.[7]

---

[1] عايدة سليمان أبو سالم، **(الحضانة في الفقه الإسلامي)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون مقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2003، ص10.

[2] محمود حامد عثمان، مرجع سابق، ص8.

[3] شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د س ن ص 526.

[4] محمد حامد عثمان، مرجع سابق، ص 9.

[5] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار (شرح تنوير الأبصار)**، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية 2003، ص 225.

[6] محمود حامد عثمان، مرجع سابق، ص.8.

[7] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (على متن منهاج الطالبين)** الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص 592.

وهذا التعريف قد نصّ على بعض خصائص المحضون، بأنه لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه ويفهم من هذا أن الحضانة تشمل كذلك المجنون والمعتوه ونحوهما لعدم استقلالهم بأمور أنفسهم.

ولهذا عرّف الشافعية الحضانة بأنها: القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقلّ بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عمّا يهلكه، وتسمى الحضانة الكبرى.[1]

أمّا الحنابلة فعرّفوها بأنها: حفظه عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه، وثيابه ودهنه وتكحيله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك.

وقيل أيضا: هي حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه.[2]

وهذا التعريف يشبه تعريف الشافعية وفيه بيان بداية الحضانة ونهايتها.

أما الفقهاء المحدثون فقد عرّفوا الحضانة: فعرفها الإمام أبو زهرة بأنها: "تربية الولد في المدة التي لا يُستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا". [3]

وعرّفها وهبة الزحيلي بأنها: "نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليَق بها، لأنهنّ أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشدّ ملازمة للأطفال، فإذا بلغ الطفل سنا معينة، كان الحق في تربيته للرجال، لأنّه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء"[4].

هذه جملة من تعريفات القدامى والمحدثين للحضانة، وقد اتفقت جميعها على المقصود الأعظم من تشريع الحضانة، وهو حفظ المحضون وصيانته عمّا يؤذيه، وتربيته لينمو، وذلك بعمل ما يُصلحه، وتعهده بطعامه وشرابه وغسله وغسل ثيابه ودهنه، وتعهد نومه ويقظته ونحو ذلك.[5]

ثالثا: تعريف المشرع الجزائري للحضانة

لم يخرج المشرع الجزائري إجمالا عن التعريف الفقهي للحضانة،حيث عرّف الحضانة بأنّها ضمّ الصغير للحاضن أو الحاضنة و القيام بحفظه و خدمته و تربيته، فيكون المشرع الجزائري

---

[1] محمد حامد عثمان، مرجع سابق، ص 9.

[2] ابن قدامة **(المُقْنِع)** وابن احمد المرداوي **(الإنصاف)**، الجزء الرابع والعشرون، الطبعة الأولى، دار هجر، مصر، 1996 ص 455.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 406.

[4] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 718.

[5] محمد حامد عثمان، مرجع سابق، ص 9.

قد ركّز في تعريفه على الأسباب و الأهداف التي جاءت بها الشريعة الاسلامية حفاظا على مصلحة الطفل دينيا و دنيويا.[1]

و قد جاء تعريف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر من أحسن التعاريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أفكار لم تشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنّه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.[2]

الفرع الثاني: تمييز الحضانة عمّا يشابهها من مصطلحات

قد يختلط مصطلح الحضانة مع غيره من المصطلحات المشابهة له كالولاية على النفس والكفالة.

ولتوضيح تلك الفروق، كان لزاما التطرق إلى أوجه الاختلاف والشبه بينهما.[3]

أولا: الفرق بين الحضانة والولاية على النفس

للوقوف على الفرق بين الحضانة والولاية على النفس[4] لا بد من التطرق إلى أوجه التشابه بينهما ثم أوجه الاختلاف.

1-أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس

تشترك الحضانة والولاية على النفس في هدف واحد وهو الذي أسست كل منهما لأجله، ألا وهو مصلحة الطفل، لانّ حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه هما سببا وجود الحضانة والولاية على النفس.[5]

---

[1] زهية رابطي، مرجع سابق ،ص56.

[2] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة ، الجزائر، 1996، ص293.

[3] حميدو زكية، **(مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة)**،أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، (2004-2005)، ص92.

[4] تجب الإشارة إلى أنّ هناك اتجاهات فقهية مختلفة حول ما إذا كانت الحضانة جزءا من الولاية على النفس أم أنها مؤسسة مستقلة بذاتها، فيرى البعض أنّ الحضانة نوع من الولاية على النفس أو جزء منها، وذهب آخرون إلى أنّ الحضانة منفصلة عن الولاية ومستقلة عنها، انظر حميدو زكية، مرجع سابق، ص. ص 89 – 90.

[5] المرجع نفسه.

2-أوجه الاختلاف بين الحضانة والولاية على النفس

هناك تباين بين الحضانة والولاية على النفس، وذلك من حيث موضوعها، الأشخاص المخوّل لهم هاتين المهمتين ومن سن الطفل ومن حيث شروطها وأخيرا من وقت انتهاء كل منهما.[1]

من حيث موضوعها: الحضانة كما عرّفناها -سابقا- هي حفظ المحضون وصيانته عما يؤذيه وتربيته لينمو، وذلك بعمل ما يُصلحه، وتعهده بطعامه وشرابه، وغسله، وغسل ثيابه، ودهنه وتعهد نومه ويقظته ونحو ذلك.[2]

مما أدى بالبعض إلى تكييفها على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية.[3]

بينما الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع، حيث لا تمتد مشمولات الحضانة إليها وهي تقتصر على تنشئته وحراسته فحسب وبمعنى أدق هي الأعمال المتعلقة بصفة قطعية وخطرة بمستقبل الطفل والتي تنادي "بحكمة" الولي صاحب سلطة التقدير والتوجيه لاتخاذ القرارات وحسم الاختيارات الهامة، وهذه من صلاحيات الولي عن النفس.[4]

من حيث أصحابها: اتفقت كلمة الفقهاء على أنّ الولاية على النفس تكون للرجال مع اختلاف ترتيبهم على حسب كل مذهب.[5]

بينما الحضانة فالأصل أنّها للنساء، وهي لا تكون للرجال إلّا إذا عُدم النساء.[6]

أمّا المشرع الجزائري فقد حاد عن الفقه الإسلامي بعد التعديل الأخير الذي مسّ قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 حيث أبقى القانون الجزائري بموجب المادة 64 قانون

---

(1) حميدو زكية ،مرجع سابق، ص90.

(2) محمد حامد عثمان، مرجع سابق، ص9.

(3) حميدو زكية، مرجع سابق، ص. ص 91- 92.

(4) المرجع نفسه، ص 92.

(5) الولي على النفس في مذهب الحنفية على القاصر تكون للعصابات الذكور بحسب ترتيب الإرث: البنوة فالأبوة فالأخوة فالعمومة، ويقدم الشقيق على من كان لأب فقط، فان لم يوجد أحد من العصبات انتقلت ولاية النفس إلى الأم ثم باقي ذوي الأرحام.

وأمّا في مذهب المالكية فتثبت هذه الولاية على الترتيب التالي: البنوة ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة ثم القاضي في عصرنا. ويجبر الولي على أخذ القاصر بعد انتهاء الحضانة لأنّ الولاية على النفس حق من حقوق المولى عليه؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص747.

(6) احمد نصر الجندي، **النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي** ، مرجع سابق، ص95.

الأسرة[1] أولوية الحضانة للأم، ولكنه قدّم الأب على جهتها، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون وفي كل ذلك على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون.[2]

أمّا الولاية على النفس وخلافا للفقه الإسلامي، لم يجعلها من احتكار الرجال، بحيث جاء التنصيص عليها في المادة 87 من قانون الأسرة على أنّه:"يكون الأب وليا على أولاده القصّر وبعد وفاته تحلّ الأم محله قانونا"، بل أكثر من ذلك، تنص الفقرة الثانية من ذات المادة المعدلة بأنّ الأم تحل محل الأب في حالة غيابه أو حصول مانع له، والفقرة الثالثة جاءت بقاعدة جديدة نصها أنّه في:" حالة الطلاق، يمنح الولاية لمن أسندت إليه الحضانة"، أما كانت أو أبا أو غيرها.[3]

لقد اعترف المشرع الجزائري في هذه المادة صراحة للأم بالولاية[4]، وهذا ما أكدته المادة 92 92 من ذات القانون بقولها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية".

وبهذه يكون المشرع، خلافا للشريعة الإسلامية، قد منح للأم المسيحية وغيرها من الحواضن من دينها كأم الأم والخالة الولاية على النفس على الطفل المسلم، في حين يقول سبحانه وتعالى: " وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً " سورة النساء الآية 141 [5]

فالأم في القانون الجزائري ولية تحل محل الأب عند وفاته، أمّا إذا كان الأب حيا، فلا يجوز للأم أن تحل محله، إلاّ في حالة ما إذا ألمّ به ما يمنع ولايته، وفي الأمور المستعجلة، كأن يكون غير موجود لغيابه أو فقدانه، ففي هذه الحالة لا تكسب حق الولاية الكاملة على أبنائها القصر، وإنما تكون ولاية مؤقتة أو محددة، لأنّ المشرع لاحظ أن الأب إذا كان غائبا مؤقتا أو وجد له مانع، فانّ ذلك قد يعرقل الأمور المستعجلة للقاصر، لهذا يحق للأم أن تشرف على تسيير تلك الأمور مؤقتا.

---

[1] تنص المادة 64 قانون اسرة جزائري على أنّ:"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجد لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

[2] حميدو زكية، مرجع سابق، ص93.

[3] المرجع نفسه ، ص 93.

[4] غربي صورية، مرجع سابق، ص 136.

[5] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 93.

والمشرع الجزائري لم يحدد تلك الأمور المستعجلة، لكن يمكن القول بأنها تلك الأحوال التي تقتضي الإسراع بانجازها، والقيام بها خشية ضياع مصلحة الأولاد القصّر، لو طال انتظار عودة الأب من غيبته، أو شفائه من مرضه أو من العارض أو العجز الذي أصابه، أو بإرجاع السلطة الأبوية له بعد انتهاء مدة الحبس أو العقوبة، والحالات التي تستدعي الاستعجال فنجدها خاصة في الأمور المدرسية، كحضور مجالس الأولياء، و توقيع الوثائق التي ترسلها المدرسة كذلك توقيع أو استخراج الوثائق الإدارية كجواز السفر مثلا، فكل ذلك يتطلب تصريحا شرفيا من الأب، وعليه فانّ هذه الأمور تجعل من حلول الأم محله أمرا ضروريا.[1]

أمّا في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد طبقا للمادة 87 فقرة 3 قانون أسرة جزائري التي جاء فيها:(و في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد)، فيكون الولي هو الأب أو الأم أو غيرهما من الأشخاص الواردين في المادة 64 قانون الأسرة، وهذا يعني أن الأم ستكون ولية على مال ابنها القاصر رغم وجود الأب حيا وبدون مانع، وهذا مخالف لما جاء به الفقه الإسلامي لكونه لم يعترف للأم بالولاية ولا حتى الوصاية إذا كان الأب موجودا أو غير عاجز، خاصة وأنّ النفقة في هذه الحالة ستبقى على الأب.

فبالنسبة لجمهور الفقهاء لم يعترفوا للأم بالولاية وإنما اعترفوا لها بالوصاية وبعد وفاة الأب لأنّ الولاية على المال لا تبنى على الشفقة وحدها وإنّما تبنى على كمال النظرة والقوة والخبرة في شؤون المال، والأم ليست كذلك.[2]

مع الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يترك للأم ولاية مال القاصر بصورة مطلقة، وإنما أخضعها لرقابة القاضي وهو الظاهر في نص المادة 88 قانون أسرة جزائري.[3]

---

[1] غربي صورية، مرجع سابق، ص 138.

[2] المرجع نفسه.

[3] تنص المادة 88 قانون الاسرة الجزائري: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالي:"

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سد الرشد"

ويمكن إرجاع ما ذهب إليه المشرع الجزائري أنّه أراد أن يوفّق بين المادة 87 قانون الأسرة والمادة 76 منه[1]، فما دام أنّ الأم في المادة 76 من قانون الأسرة تحل في المرتبة الثانية بعد الأب في النفقة على القاصر، فمن باب أولى أن تكون في المرتبة الثانية في الولاية على ماله.

ومن جهة أخرى حتى تكون أحكام المادة 87 من قانون الأسرة ملائمة لأحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[2]، والتي تقضي بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال.[3]

وحتى القضاء هو الآخر أكد في العديد من قراراته على أحقية الأم بالولاية بعد الأب وأثناء حياته في حالة الطلاق كقراره الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997[4] والذي جاء فيه:

"**من المقرر قانونا أنّه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون.**

ولمّا كان ثابتا –في قضية الحال– أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"

وكذلك قراراها الصادر بتاريخ 14 جانفي 2009[5] والذي جاء فيه:

"**أنّ قضاة الاستئناف عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل (ع) لأمه الطاعنة دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه**".

---

(1) تنص المادة 76 قانون اسرة جزائري على أنه:"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

(2) صدرت هذه الاتفاقية بتاريخ 18 ديسمبر 1979 وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–51 المؤرخ في رمضان 1416 هـ الموافق لـ 22 يناير 1996 **المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979**، جريدة رسمية، العدد06.

(3) غربي صورية، مرجع سابق، ص 139 وما بعدها.

(4) القرار رقم 187692 الصادر بتاريخ 1997/12/23، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 1997، ص.53.

(5) القرار رقم 476515، الصادر بتاريخ 2009/01/14، غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا،قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 2009، ص.267.

ومن خلال هذه القرارات يتضح أن الترتيب المنصوص عليه في المادة 87 قانون أسرة إجباري فلا يمكن للقاضي أن يقصي الأم من ولاية ابنها القاصر ما لم يثبت أنّ ولاية الأم فيها ضرر لمصالح القاصر.[1]

غير أنّ هذه الولاية تنتهي بانتهاء مدة الحضانة.[2]

أمّا فيما يتعلق بولاية النكاح التي تعتبر ولاية على النفس، فقد نص المشرع الجزائري على حكم خاص بها، حيث أشارت المادة 11 الفقرة 2 معدلة من قانون الأسرة الجزائري إلى أنّه "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

لقد جعل المشرع الجزائري الولاية بالنسبة للقاصر للأب ثم أحد الأقارب الأولين ثم للقاضي لمن لا ولي له، ولم يفرق في هذا بين الذكر والأنثى، لأنّ كلمة القصر تشملهم.

كما أنّ المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة في فقرتها الثانية تنص على انه:"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، وحالة وجوب الولي لا تكون إلاّ بالصغر أو الجنون أو بالعته أو السفه، لأنّ البالغ الراشد العاقل لا يحتاج إلى الولاية باستقراء المادتين9 و11 من قانون الأسرة المعدل.

فالمادة 9 تنص على انه:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية، أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية". والمادة 11 تنص على انه:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

وبالتالي فإنّ الولاية الواجبة على القاصر تكون لصغر أو لجنون أو لعتة أو لسفه، ولا بدّ من ترخيص من طرف القاضي لتسجيل عقد زواج القاصر، ولا بدّ أيضا من مراعاة مراتب الولاية في هذا التزويج وفقا لما نصت عليه المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الأسرة، الأب أولا وفي حالة عدمه تنتقل الولاية إلى الأقارب الأولين وفي حالة عدمهم فالى القاضي،

والأقارب الأولون هم الأقارب من جهة العصبة أي الدرجة الرابعة بعد الأب أي الابن فالجد فالأخ الشقيق أو لأب.[3]

---

[1] غربي صورية، مرجع سابق، ص143.

[2] زهية رابطي ، مرجع سابق، ص 63.

[3] سعاد زغيشي، "**الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق**"، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، الجزائر العدد العاشر، 2006، ص.ص 314 – 215.

وعليه وأمام غموض المادة 87 قانون الأسرة وعموميتها، فكان من المستحسن لو أنّ المشرع الجزائري عدّل هذه المادة وحدّد ما إذا كانت تشمل فقط الولاية على المال أم تدخل ضمنها الولاية على النفس.[1]

من حيث سن الطفل: الحضانة على الصغار تبدأ من الولادة [2] وفي المرحلة الأولى من طفولته[3]، أما الولاية على النفس فتبدأ إذا انتهت حضانة النساء أو بعبارة أدق إذا بلغ الطفل سن انتهائها ضُمّ إلى الولي على النفس.[4]

ومن ثمّ فان سن المحضون أصغر من سن الطفل الممارس عليه الولاية على النفس شرعا[5].

من حيث شرط وحدة الدين: يشترط من الناحية الشرعية في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، ويقول في ذلك الإمام محمد أبو زهرة:"ويشترط في الولي العاصب الذي له حق الضمّ أن يكون بالغا عاقلا قادرا على صيانته، يتحد دينه مع دينه، فإن لم يتحد الدين لا تثبت هذه الولاية، فإذا كان الأب غير مسلم، فلا ولاية له على ولده المسلم، لأنّه لا ولاية لغير مسلم على المسلم، لأن هذه الولاية تتبع الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم"[6]

أمّا القانون الجزائري لا يطبق نفس الحكم الشرعي بحيث منح بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة في حالة الطلاق للحاضن الولاية، حتى لو كانت الأم الحاضنة على أولادها مسيحية أو يهودية.[7]

بينما الحضانة فلا يشترط إسلام الحاضنة لاستحقاق الحضانة، لأن شفقة الأم الطبيعية لا يؤثر عليها اختلاف دينها عن دين الصغير، وتكون أحق بحضانته إلاّ إذا خيف عليه أن يتأثر بعبادتها.[8]

---

(1) غربي صورية، مرجع سابق، ص143

(2) محمد حامد عثمان، مرجع سابق، ص18.

(3) حميدو زكية، مرجع سابق، ص94.

(4) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص459.

(5) حميدو زكية، مرجع سابق، ص94.

(6) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 460 – 461.

(7) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 94.

(8) محمد حامد عثمان، مرجع سابق، 17.

من حيث مدة انتهائها: تنتهي الولاية على النفس في القوانين المغاربية ببلوغ سن الرشد[1] وفي القانون الجزائري ما نصت عليه المادة 40 القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" .

وفي الشريعة الإسلامية تنتهي الولاية على النفس، ببلوغ الغلام عاقلا، مأمونا على نفسه.[2]

أمّا في حق الأنثى، فتنتهي هذه المرحلة بزواجها، فان تزوجت صار حق امساكها لزوجها، وان لم تتزوج بقيت في ولاية غيرها إلى أن تصير مسنة مأمونة على نفسها.[3] بينما الحضانة تنتهي تنتهي في قانون الأسرة الجزائري ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى 19 سنة وفق ما نصت عليه المادة 65 قانون أسرة جزائري.[4]

هذا بالنسبة للفرق بين الحضانة والولاية على النفس، كذلك تختلف الحضانة مع الكفالة.

ثانيا: الفرق بين الحضانة والكفالة

هناك تداخل بين مصطلحي الحضانة والكفالة وهذا التداخل راجع لكون كل منهما يهدف إلى رعاية الطفل وتربيته، غير أنّ هناك فروقا بين المصطلحين وجب الوقوف عليها حتى يتم التمييز بينهما من بينها:

1- نظّم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة في تسع مواد من المادة 116 إلى المادة 125 ضمن الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية، بينما نظّم الحضانة في عشر مواد من المادة 62 إلى 73 ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول المتضمن الزواج وانحلاله.

2- الحضانة واجبة، وهي أثر من آثار الطلاق، وهي نوع ولاية مثل الكفالة، لكنّ الشريعة الإسلامية أعطت في الحضانة الأولوية للنساء لأنهنّ أشفق وأصبر على التربية، بخلاف الكفالة التي يتولاها الرجال والنساء.

---

(1) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 94.

(2) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 460.

(3) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 749.

(4) المادة 65 قانون اسرة جزائري : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج"

والمشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الولد واستوجب أن يكون بموجب حكم قضائي مع مراعاة مصلحة المحضون[1]، بينما الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة.[2]

3-الكفالة إلتزام وعلى وجه الدّقة عقد يتم بدون مقابل[3]، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة.[4]

4-الحضانة تكون الأولوية فيها لقرابة المحضون إمّا من جهة أم المحضون ثم من جهة أب المحضون، أمّا الكفالة فتمارس من قبل أشخاص ليس بالضرورة أن تكون لهم صلة قرابة مع المكفول.[5]

5-المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب (المادة 119 قانون اسرة جزائري)،أمّا المحضون يطلق على طفل معروف النسب[6] .

6-إسلام الحاضنة ليس شرطا في استحقاق الحضانة[7]، بينما إسلام الكافل هو شرط من شروط الكفالة وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 118 قانون أسرة:

(يشترط أن يكون الكافل مسلما).

7-الكفالة في القانون الجزائري تبقى مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو احدهما عودة المكفول إلى ولايتهما[8] أو التخلي عنهما[9]، وهي طريقة لإنهاء عقد الكفالة إذ لم يقيد المشرع الجزائري انتهاء الكفالة بسن معينة.

---

(1) كمال لدرع، "**الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**"، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، عدد 31، قسنطينة، الجزائر، 2013، ص 595.

(2) حميدو زكية، مرجع سابق، ص97.

وانظر المادة 117 قانون أسرة جزائري

(3) نصت المادة 116 قانون أسرة جزائري على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"

(4) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 97.

(5) كمال لدرع، مرجع سابق، ص 595.

(6) حميدو زكية، مرجع سابق، ص98.

(7) محمد حامد عثمان، مرجع سابق، ص17.

(8) المادة 124 قانون أسرة جزائري

(9) المادة 125 قانون أسرة جزائري

8-أمّا انتهاء مدّة الحضانة، فقد نصّ المشرع الجزائري أنّها تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، والأنثى ببلوغها سن الزواج [1] أي 19 سنة حسب الفقرة الأولى من المادة 07 قانون الأسرة الجزائري.[2]

الفرع الثالث: شروط الحضانة ومراتب الحاضنين

نظرا للأهمية التي تكتسيها حضانة الأطفال بعد الطلاق، وضعت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة شروطا يجب توفرها في الشخص الحاضن، كما نظّمت أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم.

أولا: شروط استحقاق الحضانة

بما أنّ تربية الطفل ورعايته تتطلب عناية خاصة، وقدرة معينة، لذا من البديهي أن يشترط في شخص الحاضن جملة من الشروط، لا بدّ من توافرها[3]، وقانون الأسرة الجزائري لم يفرد مادة معينة من مواده للنص بشكل واضح متميز عن الشروط التي يجب توفرها في الشخص الذي يمكن أن تسند إليه المحكمة حق حضانة الطفل الصغير، واكتفى بعد أن أشار في المادة 62 إلى تعريف الحضانة بأن اشترط في الفقرة الثانية أن يكون الحاضن أهلا لذلك.[4]

مما يدفعنا إلى اللجوء لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[5]

وعليه سنتناول شروط استحقاق الحضانة وفق ما جاء به الفقه الإسلامي مشيرين إلى موقف المشرع الجزائري من خلال ما جاء في قرارات المحكمة العليا لإبراز مدى تكريس القضاء لهذه الشروط.

---

[1] المادة 65 قانون أسرة جزائري

[2] حميدو زكية ، مرجع سابق، ص98.

[3] هدى عصمت محمد أمين، **الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)**، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص109.

[4] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص295.

[5] عماري سناء، **(التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري)**، رسالة ماجستير، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، (2014-2015)، ص.20.

ولقد قسّم فقهاء الشريعة الإسلامية شروط استحقاق الحاضن للحضانة إلى ثلاثة أنواع: شروط عامة في الحاضن رجلا كان أو امرأة، شروط خاصة بالمرأة الحاضنة وشروط خاصة بالرجل الحاضن.[1]

1-الشروط العامة في الحاضن:

1-1-البلـوغ والعقل

هذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء، لأنّ الصغير ولو كان مميزا لا يمكنه أن يعطي المحضون ما يحتاج إليه من العطف والحنان والرعاية المطلوبة له، من أجل ذلك اشترط الفقهاء البلوغ في الحاضن حتى يكون مدركا للدور الذي يقوم به نحو المحضون.[2] لأنّه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية وعناية.[3]

ويقصد بالبلوغ في القانون المدني بلوغ سن الرشد القانوني 19 سنة[4]، وغير أنّه يمكن للأم الذي سبق لها الزواج بناءا على إذن قضائي أن تمارس حقها في الحضانة بموجب المادة 7 من قانون الأسرة التي نصت على انه :"للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ 19 سنة لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، كما نصت في الفقرة الثانية على انه:"يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".[5] والتزامات".[5]

أمّا المجنون والمعتوه يخشى منهما على المحضون بسبب سوء تصرفاتهما، لذى كان شرط العقل ضروريا، فلا حضانة لمجنون ولا معتوه ولا حتى سفيه مبذر.[6]

أمّا الجنون اليسير المتقطع كيوم في السنة أو سنين لم يسقط حق الحضانة به.[7]

---

[1] أحمد نصر الجندي، **النفقات و الحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، مرجع سابق، ص104.

[2] المرجع نفسه، ص 104.

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 296.

[4] المادة 40 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 تنص على انه:"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة".

[5] شوقور فاضل،"**قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل**"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، العدد06، 2017، ص341.

[6] أحمد نصر الجندي، **النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي**، مرجع سابق، 105.

[7] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 31.

1-2-القدرة على الحضانة:

هذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء، والمقصود به القدرة على القيام بشؤون المحضون من حفظه، وصيانته في خلقه وفي صحته[1]، فلا حضانة لعاجز لكبر سنه أو مرضه أو إصابته بعاهة أقعدته عن مباشرة أعمال الحضانة كالعمى[2] ونحو ذلك، إلاّ إذا كان من يقوم بحضانة الصغير تحت إشراف الحاضن وبرأيه.[3]

ولقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بأن أسقطت الحضانة عن الحاضنة فاقدة البصر حيث جاء في حيثيات القرار:"**ولمّا كان من الثابت –في قضية الحال- أنّ الحاضنة فاقدة للبصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية. ومتى كان كذلك، استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه**"[4]

أمّا عمل المرأة فيرى الإمام محمد أبو زهرة أنّ قدرة المرأة العاملة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء، لأنّها مسألة تقديرية.[5] والمشرع الجزائري لم يمنع المرأة العاملة من حق الحضانة وفقا لما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/03 الذي تضمن ما يلي : "**عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية**"[6]

---

(1) أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، مرجع سابق، ص105.

(2) ذكر المالكية أنّ العمى من الأسباب المسقطة للحضانة، وخالفهم في ذلك الأحناف إذ لا يرون فيه مانعا يمنع من رعاية المحضون والإشراف على تربيته والمحافظة عليه؛ انظر: عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص41 و أنظر : أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 106.

(3) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص41

(4) القرار رقم 33921، الصادر بتاريخ 1984/07/09، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الرابع، الجزائر العاصمة، 1989، ص76؛ نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقررات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص 328.

(5) محمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص407.

(6) القرار رقم 274207 الصادر بتاريخ 2002/07/03، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 2004، ص270.

وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى تعديل المادة 67 من قانون الأسرة والتي أصبحت تنص في فقرتها الثانية على انه:"ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"[1]

وعليه فإذا كانت الحاضنة، أما أو غيرها، مع عملها المشروع تعتبر مأمونة على المحضون صائنة له من الضياع والإهمال، لأنها تخرج بعض الوقت فقط، ومدة خروجها يوجد من يصون الطفل، ويحافظ عليه لا تنزع الحضانة منها، لأنّ ذلك لا يتنافى ومصلحة المحضون.[2]

1-3-الأمانة على الأخلاق

فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام.[3]

ولا يفهم من هذا أنّ دين الحاضنة شرط استحقاق الحضانة، فإنّ غير المتدينة أهل في الجملة للحضانة، إلاّ إذا أدى فسقها إلى الإضرار بمصلحة الطفل، فيتكوّن على عادات سيئة، فإنها في هذه الحال لا تكون أهلا لا لعدم التدين، بل لعدم الأمانة، ولعدم القدرة على الحضانة، فإذا كان عدم تدينها لا يؤدي إلى الإضرار بآداب الطفل أو دينه فإنها تكون أهلا.[4]

وقد زاد المالكية بأن اشترطوا أمن المكان: فلا حضانة لمن بيته مأوى للفسّاق، أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت الفساد، أو سرقة مال المحضون أو غصبه.[5]

وموقف القضاء الجزائري فيه تشدد في اعتبار الأمانة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة ويظهر جليا في العديد من قرارات المحكمة العليا،[6]منها القرار الصادر بتاريخ 1997/09/30[7]: "**من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا**

---

(1) شوقور فاضل، مرجع سابق، ص341.

(2) حميدو زكية، مرجع سابق، 452.

(3) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص728.

(4) محمد ابو زهرة، مرجع سابق، 407

(5) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص728.

(6) عماري سناء، مرجع سابق، ص24.

(7) القرار رقم171684، الصادر بتاريخ 1997/09/30، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزائر العاصمة، ص 169؛ نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص 33.

بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم، المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة.

ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار جزئيا، فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة".

والقرار الصادر بتاريخ 1984/01/09[1]:"**متى كان من المقرر شرعا، أنّ سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنّه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا**" .

2-الشروط الخاصة بالنساء:

بالإضافة إلى الشروط السابقة هناك شروط خاصة بالنساء وهي:

2-1- **أن لا تتزوج بقريب غير محرم للمحضون:** اشترط الجمهور لاستحقاق الحضانة، إذا كان مستحقها امرأة، أن لا تكون متزوجة من أجنبي، فإذا كانت متزوجة من أجنبي، فلا حق لها في الحضانة[2]، ودليلهم في ذلك الحديث الذي أخرجه أبو دواود عن عمرو بن شعيب وفيه قول النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة بشأن حضانة ابنها:"أنت أحق به ما لم تَنكحي" .

أمّا إذا كان زوجها ذا رحم محرم منه، فإنّ ذلك لا يسقط حقها في الحضانة، كأن تكون جدّته لأمه تمسكه عند زوجها جده لأمه أو خالته يكون زوجها عمه، أو أخته لأمه يكون زوجها أخا لأبيه، ففي هذه الصورة وأشباهها لا يكون تزوجها مانعا من ثبوت حقها في حضانة الطفل لأنها تمسكه عند من يعطف عليه في غالب أحواله، وليس من شانه أن يمقته ويبغضه.[3]

ولقد اختلف الفقهاء في بيان سبب سقوط حضانة من تزوجت بأجنبي عن المحضون، فيرى المالكية في أحد قوليهم أنّ المسقط لحضانة الحاضنة التي تزوجت بأجنبي عن محضونها هو الزواج والدخول معا، لأنّه بدخول الزوج تنشغل المرأة بأمر زوجها دون محضونها، أمّا عدم الدخول الحقيقي فليس بمسقط لحق الحضانة.

ويرى الرأي الأخر للمالكية أنّ حضانة من تزوجت بأجنبي عن محضونها لا تسقط إلاّ بالحكم على الحاضنة التالية لها بأخذ المحضون لحضانته، بمعنى لو تزوجت الحاضنة بأجنبي عن

---

[1] القرار رقم 31997، الصادر بتاريخ 1984/01/09، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 1989، ص73؛ نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص332.

[2] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 43.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص408.

محضونها ودخل بها، وعلم بذلك ولي المحضون، أو من انتقل إليه حق الحضانة وسكت، ولم يطلب المحضون حتى مضت سنة تم رفع دعوى طلب فيها اخذ الولد وضمّه إليه، فلا يقضى له بطلبه، ولو كان بعد طلاق الزوج الأجنبي لها أو موته عنها.[1]

أمّا موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فتعبر عنه المادة 66 من قانون الأسرة على ان: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

ولقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 2005/05/18:"**يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم**" [2]

وما جاء أيضا في القرار الصادر بتاريخ 1986 /01/13[3] :"**حيث أنّ جدة الأولاد كبيرة في السن، وتزوجت برجل أجنبي، فطبعا إنّ حضانة الأولاد ترجع للأب، الذي يسهر ويقوم بشؤون وتربية أولاده، مثل إخوانهم من الفراش الأول حسن قيام نظرا لوضعيته الاجتماعية.**" **إذن قضاة الموضوع، طبقوا الشريعة الإسلامية تطبيقا سليما."**

2-2- **أن تكون ذات رحم محرم من الصغير** كأمه وأخته وجدته: فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي، لعدم المحرمية، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى.[4]

2-3- **أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه**، ولو كان قريبا له لأنّ سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدّة إذا سكنت مع بنتها أمّ الطفل إذا تزوجت، إلاّ إذا انفردت بالسكن عنها، وهذا شرط عند المالكية.[5]

وهذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري:" تسقط حضانة الجدة والخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم" .

---

(1) أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، مرجع سابق، ص121.

(2) القرار رقم 331058، الصادر بتاريخ 2005/05/18، غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الثاني، 2005، ص 383؛ نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق،، ص 356.

(3) القرار رقم 39559، الصادر بتاريخ 1986/01/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، غير منشور؛ نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق،ص 352.

(4) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 729.

(5) المرجع نفسه.

وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/06/20:[1] "**من المقرر شرعا انه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة وألّا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب غير مؤسس.**

ولمّا كان من الثابت –في قضية الحال– أن شروط الحضانة لا تتوفر في الجدة –أم الأم– وأنّ قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".

2-4-الإسلام

لا يعتبر اتخاذ الدين بين الحاضنة والطفل شرطا لاستحقاق الحضانة[2]، فإذا كان مسلم متزوج مسيحية وله بنت منها وافترقا، فإنّ اختلاف الدين الذي بين الحاضنة وبنتها لا يمنع حقها في الحضانة إذ تكون البنت مسلمة تبعا لأبيها، لأنّ سبب ذلك الحق هو وفور الشفقة، ولا يؤثر فيه اختلاف الدين، ويستمر حق الحضانة ثابتا لها مع اختلاف الدين إلاّ أن يَضُر ذلك بدين الطفل، ولذلك ينزع الطفل من يدها، إذا خيف على الطفل إفساد دينه، بأن كان في سن التمييز فيعقل الأديان ويفهمها ويخشى من تأثره بدينها أو إذا لم يبلغ سن التمييز لكن ثبت أنها تحاول تلقينه دينها وتنشئه عليه فانه في هاتين الحالتين ينزع من يدها إذ تصبح غير أمينة على دينه والأمانة شرط للحضانة.[3]

ولقد أشار المشرع الجزائري لهذا الشرط في معرض نص المادة62 قانون أسرة التي جاء فيها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه..."، فما دام زواج المسلمة بغير المسلم ممنوعا شرعا وقانونا، ويجوز للزوج أن يتزوج غير المسلمة، فإنه يجب على هذه الأخيرة أن تربي الأبناء في حالة وجودهم على دين أبيهم وهو الإسلام.[4]

---

[1] القرار رقم 5001، الصادر بتاريخ 1988/06/20، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر، العدد الثاني، الجزائر العاصمة، 1991، ص57.

[2] وهو قول المالكية والحنفية أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى انه "لا حضانة لكافر على مسلم لأنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته عليه وفي ذلك كله ضرر عليه"؛ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص35.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص408.

[4] شوقور فاضل، مرجع سابق، ص 342.

3-الشروط الخاصة بالرجال

- اتّحاد الدين، وذلك لأنّ حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم.[1]
- أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى سدا لذريعة الفتنة والفساد.[2]
- أن يكون عند الحاضن-أب أو غيره- من يصلح للحضانة من النساء، فإذا لم يكن عنده من النساء من يصلح لحضانة الصغير سقط حقه في الحضانة لأنّ الحاضن من الرجال لا صبر له على أحوال المحضون، وهذا مذهب المالكية.[3]

ثانيا: مراتب الحاضنين

لقد أخذ ترتيب الحاضنين اهتماما بالغا من قبل الفقه الإسلامي[4]، حيث اعتمد في تقديم الحواضن بعضهم على بعض مصلحة المحضون، فجعل الإناث أليق بالحضانة، لأنهنّ أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشدّ ملازمة للأطفال، ثم قدّموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة.[5]

وما يجب الإشارة إليه أنّ تحديد الحق في الحضانة وترتيبهم فيما عدا الأم لم يرد النص عليه لا في الكتاب ولا في السنة النبوية، وإنما هو خلاصة اجتهاد فقهي.[6]

أمّا الأم فلا خلافا بين أحد من أهل العلم أنّها الأحق بالحضانة من الأب ومن سائر الأولياء من الرجال والنساء[7]، فالأم لا يعدلها في باب الحضانة أحد، ولا يتقدم عليها فلها المقدمة، حتى أنّه إذا أطلق لفظ "الحضانة" مجردا انصرف إليها دون سواها.[8]

وأحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في أسبقيت حضانة الأم لولدها كثيرة منها حادثة المرأة التي جاءت تشتكي إلى النبي صلى الله عليه وسلم من أب ابنها الذي نازعها فيه، فقالت:

---

(1) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 409.

(2) أحمد نصر الجندي، **النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي**، مرجع سابق، ص 134.

(3) المرجع نفسه، ص.136.

(4) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 327.

(5) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 719.

(6) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 329.

(7) عايدة سليمان أبو سالم، مرجع سابق، ص 30.

(8) أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، مرجع سابق، 156.

"يا رسول الله، إنّ ابني كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء وحجري له حواء وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني"، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:"أنت أحق به ما لم تنكحي" [1] وقوله صلى الله عليه وسلم "من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[2] وعن أبي هريرة أنّ رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحبتي؟" قال الرسول:"أمّك" فقال الرجل: ثم من؟ قال الرسول:"أمّك" قال الرجل ثم من؟ قال الرسول:"أمّك" قال الرجل ثم من؟ قال الرسول:"أبوك" [3]

والمشرع الجزائري في النص الأصلي للمادة 64 قانون الأسرة كان ينص على انه:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

غير انه بعد التعديل الذي أدخله على هذه المادة مراعيا في ذلك التطور الاجتماعي الجزائري[4] الجزائري[4] وانفكاك الأسرة الكبيرة إلى أسرة نووية صغيرة الحجم تتكون في معظم الحالات من الزوج والزوجة والأطفال، والى وضع الأسرة اليوم الاجتماعي والاقتصادي والسكن الذي فرض قصر واجب الحضانة على الأبوين[5]، فأصبح ترتيب الحواضن بعد التعديل على التوالي:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجد لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

فأصبح للأب في التشريع الجزائري الأولوية في الحضانة بعد الأم، وذلك لكون الأب يحرص على مصلحة ولده أكثر من غيره، وتجمع غالبية فقهاء علم النفس على الدور الذي يلعبه الأب في حياة الطفل[6] خاصة في مرحلة ما بعد الفطام إلى حوالي بداية السابعة من العمر، حيث

---

(1) حديث حسن، رواه أبو داود، **ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 244.

(2) حديث حسن، محمد نصر الدين الألباني، **صحيح الترميذي**، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض السعودية، 2000، ص45.

(3) حديث حسن، **صحيح الترميذي**، مرجع سابق، ص 339.

(4) شوقور فاضل، مرجع سابق، ص344.

(5) حميدو زكية، مرجع سابق، ص ص 350 – 352.

(6) المرجع نفسه، ص346.

تبدأ في هذه المرحلة مظاهر نمائية للطفل، تعتبر البناء الأساسي لما سيكون عليه في مستقبل أيامه، ويكون التوجيه الأبوي في هذه المرحلة له دور البناء في حياة الطفل.[1]

وبالتالي فان المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة رتّب أصحاب الحق في الحضانة حسب الأولوية في القرابة من جهة، وحسب الأشخاص الأكثر حنانا وشفقة وأكثر صبرا وتحملا لمشاكل الأطفال من جهة أخرى، وعليه فإنّ مصلحة المحضون بحسب هذه المادة توجد مع أمه، ثم أبيه، ثم مع أم أمه، ثم مع أم أبيه، ثم مع خالته ، ثم مع عمته.[2]

غير أنّ السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل الترتيب الذي أتى به المشرع الجزائري ملزم للقاضي أم هو مجرد اقتراح؟

فإذا عقدنا مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري فان الترتيب الذي رتبه الفقهاء يعد إلزاما متى استوفى كل الأشخاص شروط الحضانة، بمعنى إذا كانت أم الأم مثلا تملأ كل شروط الحضانة، وكانت أم الأب هي الأخرى أهلا لها، فتسبق أم الأم على أم الأب.
فاختيار أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم من قبل الفقه الإسلامي انطوى على مصلحة المحضون من جهة بحسب نظرة كل فقيه إلى مصلحة المحضون لذلك اختلفت المذاهب في الترتيب[3]، وفيه تغليب لجانب النساء على جانب الرجال من جهة أخرى اعتمادا على أنّ النساء أكثر حنانا وشفقة من الرجال وأكثر صبرا وتحملا لمشاكل الأطفال، وأكثر قدرة على التأثير فيهم.[4]

وأمّا من جانب القانون الوضعي، فإنّ الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، أصله مراعاة مصلحة المحضون، فإذا كانت مصلحة المحضون متوافرة مع الشخص الأول في القائمة، اسندت إليه الحضانة، أمّا إذا لم تتوفر معه المصلحة فتمتد إلى من بعده أو من بعد بعده.

---

(1) عبد الحميد سيد احمد منصور، زكريا احمد الشربيني، يسرية صادق، **سيكولوجية الطفولة المبكرة(طفل الحضانة والروضة)**، الجزء الأول، دار قباء، القاهرة، مصر، 2003، ص 32.

(2) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 377.

(3) المرجع نفسه.

(4) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 294.

وعليه فان هذا الترتيب ما هو إلاّ اقتراح ويمكن عدم احترامه إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[1]، فلا يعد إلزاما للقاضي وليس من النظام العام، فإذا حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين وتنازعا حول حضانة الولد وحول من يكون له الحق في الحضانة فإن للقاضي أن يقوم بتحقيق جاد وحيثما يرى مصلحة الطفل يضعه، ويحكم بإسناد حق الحضانة لمن يرى أن مصلحة الطفل تتوفر لديه، حتى لو أدى ذلك إلى القفز فوق درجة أو درجتين، بحيث يمكن إذا تنازع حضانة الطفل أمه وخالته وأبوه وأم أبيه أن يحكم للأخير منهم إذا كانت الرعاية الصحية والخلقية تتوفر لدى جدته لأبيه ولا تتوفر لدى أمه أو أبيه أو خالته.[2]

وترى الدكتورة والباحثة حميدو زكية أنّ هذا الترتيب الذي نصت عليه المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حتى لو لم يكن إلزاميا، فهو مع ذلك ضروري، لأنه يصلح كموجه للقاضي في إعانته على كشف الأشخاص القادرين على الحضانة والمؤهلين لها مراعيا في ذلك تقدير مصلحة المحضون.[3]

الفرع الرابع: مدة الحضانة

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على المدة المقررة لانتهاء الحضانة: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

تضمنت المادة قاعدتين أساسيتين أولهما تتعلق بانقضاء مدة الحضانة وانتهائها بحكم القانون، وثانيها تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم من المحكمة.[4]

فالقاعدة الأولى: المتعلقة بانقضاء المدة بحكم القانون وتكون ببلوغ المحضون الذكر عشر (10) سنوات، والمحضون الأنثى ببلوغها سن الزواج، والمقررة حسب المادة 7 من قانون الأسرة بتسعة عشر (19) سنة.

---

[1] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 377.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 293.

[3] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 378.

[4] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 298.

ومعنى ذلك أنّه ببلوغهما هذه السن، لم يعد للأبوين حق التنازع على حضانة أي واحد منهما أمام القضاء.[1]

واختلاف مدة حضانة الأنثى عن مدة حضانة الذكر هو اختلاف طبيعي نظرا لتباين التكوين النفسي والعقلي والجسدي لكل واحد منهما.[2]

القاعدة الثانية: تتعلق بتمديد مدة الحضانة بناء على طلب الحاضن، ويسمح القانون بطلب التمديد للأم فقط إذا كانت حاضنة للولد، وكانت غير متزوجة ثانية، كما يخص التمديد المحضون الذكر فقط فلا يجوز للأم أو لغيرها طلب تمديد حضانة الأنثى بعد انتهائها.[3]

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما ترك أمر تمديد الحضانة للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف القضية، ومصلحة المحضون.[4]

غير أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة وحل هذه المسألة يدعونا إلى الرجوع إلى المواد المتعلقة بالولاية (المادة 87 وما يليها من قانون الأسرة) وكذلك الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية[5] حيث جاءت اجتهادات الفقهاء المسلمين مختلفة بين من يقول بعودة المحضون إلى الأب بحكم الشرع وليس للمحضون حق الخيار بين أن يرجع إلى الأب أو إلى الأم وبين من يقول بأنّ المحضون مخير وله الحق في أن يلجأ إلى أي الوالدين الذي يستأنس إليه.[6]

الفرع الخامس: حق زيارة المحضون

إنّ أول مشكلة تظهر بعد افتراق الأبوين هي محاولة استئثار من بيده الحضانة للولد وإبعاده عن الآخر قدر الإمكان، ممّا يجعل المحضون محور هذا النزاع ويعرّضه لكثير من الانعكاسات التربوية والنفسية وقد يؤول به إلى الانحراف، ولهذا تسعى كل الجهود لتعويض المحضون عمّا فقده بفراق أبويه وذلك عن طريق تنظيم حق الزيارة، بما يحفظ على الوالدين حقّهما، وعلى الصغير سلامته.[7]

---

(1) مداني هجيرة نشيدة، مرجع سابق، ص 135.

(2) حميدو زكية، مرجع سابق، ص51.

(3) مداني هجيرة نشيدة، مرجع سابق، ص 135.

(4) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 61.

(5) المرجع نفسه، ص 65.

(6) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 299.

(7) عماري سناء، مرجع سابق، ص 43.

ولقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه:"على القاضي عند الحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" .

وما يستشف من نص هذه المادة أنّها أوجبت على القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو الى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معا بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه ذلك[1]، وفي ذلك مصلحة للمحضون فحق الزيارة إلى جانب دوره في تمتين الروابط العائلية فهو أداة لرقابة تربية المحضون (على دين أبيه) وتعليمه وتفقّد صحته وخلقه وهو كذلك وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها اليومية للحضانة، وإذا كان الأب هو الحاضن فإنّ حق الزيارة المكفول للأم سيمكنها من تقديم الحنان والعطف والشفقة للمحضون.[2]

أمّا بالنسبة لمدة الزيارة ومكانها فإنّ المشرع الجزائري لم يقم بتحديدها وترك ذلك للقاضي الذي يراعي العرف والعادة،[3] كما يراعي الأصلح والأنسب للمحضون، فهو الذي يحدّد طرق الزيارة في إطار هذه السلطة سواء من حيث المدة أسبوعيا أو شهريا، الأعياد الوطنية والدينية أو من حيث مكان ممارستها.[4]

وهذا ما سارت عليه قرارات المحكمة العليا:

ومنها القرار الصادر بتاريخ 1990/04/16[5]:"**متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة، على أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا، وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.**

ومن ثم فان القرار المطعون فيه، القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر، يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 297.

[2] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 190.

[3] عماري سناء، مرجع سابق، ص44.

[4] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 194.

[5] القرار رقم 59784، الصادر بتاريخ 1990/04/16،غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا،المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الرابع، الجزائر العاصمة،1991 ، ص 126، نقلا عن بلحاج العربي ، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقررات المحكمة العليا** ، مرجع سابق، ص 339.

أمّا بالنسبة لمكان الزيارة فقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/30[1]:"**من المستقر عليه فقها وقضاء، أنّ حق الشخص لا يقيد إلاّ بما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهّل على الآخر استعماله على النحو الذي رآه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة.**

فالشرع أو القانون، لا يبني الأمور على الخوف، بل على الحق وحده ومن ثمّ، فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أنّ المجلس القضائي ، لمّا قضى بزيارة الأم لابنتها، بشرط أن لا تكون الزيارة خارج سكن الزوج، فبقضائه كما فعل، تجاوز اختصاصه وقيّد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك، استوجب تقض القرار المطعون فيه ".

المطلب الثاني:حق الطفل في الحضانة طبقا للإتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

لقد حثّت اتفاقية حقوق الطفل جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن تولي الاعتبار الأول لمصالح الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، وتعتبر حضانة الطفل من أهم الأولويات التي يجب على المجتمع مراعاتها، تحقيقا للتعهد الواقع على عاتق الدول الأطراف بإتفاقية حقوق الطفل[2] بأن تضمن الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهية الطفل مع مراعاة حقوق وواجبات الوالدين والالتزام الواجب على كل دولة بأن تتخذ جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة لذلك[3]، فلا بدّ إذن أن يحاط الأطفال بضمانات كافية لحماية حقوقهم الإنسانية التي لا غنى لهم عنها خاصّة وهم كائنات ضعيفة معتمدة على إعالة الوالدين لهم.

ومن أهمّ هذه الضمانات عدم الفصل التعسفي بين الطفل و والديه، لأجل اجتناب فقدان الطفل صلته الأبوية ولأجل تهيئة الظروف المناسبة لإحاطة الطفل بجو من الإستقرار والأمان وعلى هذا الأساس فإنّ الاتفاقية أوصت جميع الدول بإتخاذ التدابير والإجراءات الملائمة لأجل

---

[1] القرار رقم 79891،الصادر بتاريخ 1990/04/30،غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا،المجلة القضائية،قسم الوثائق،العدد الأول، الجزائر العاصمة،1992 ،ص 55.

[2] هدى عصمت محمد أمين، مرجع سابق، ص200 .

[3] المادة (3) من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل .

إحاطة الطفل بضمانات كافية لحماية حقوقه و لأجل محافظته على علاقته بوالديه كل ذلك في إطار حماية مصالحه الفضلى[1].

ولأجل ذلك سنتناول في هذا المطلب تعريف الحضانة وفقا للإتفاقية الدولية لحقوق الطفل (الفرع الأول)،ثم معيار مصالح الطفل الفضلى الذي يعدّ من المبادئ الأساسية التي احتوتها إتفاقية حقوق الطفل (الفرع الثاني) وأخيرا حق الطفل في الزيارة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:تعريف الحضانة وفقا للإتفاقية الدولية لحقوق الطفل

لقد صار حق حضانة الطفل حقا دوليا، حيث يُحظر فصل الطفل عن والديه في مستهلّ حياته إلّا في الظروف الإستثنائية،فلطفل حقوق عديدة على والديه أهمها حقّه في الحضانة فهو يولد ضعيفا عاجزا يحتاج إلى عناية والديه ورعاية أسرته.[2]

وطبقا للفقرة الثانية من المادة 3 من إتفاقية حقوق الطفل التي جاء فيها: «تتعهد الدول بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهيته، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة».

فإنّ هذه المادة جاءت بمفاهيم تنسجم مع تعريف المشرع الجزائري للحضانة حيث نصت المادة 62 قانون أسرة جزائري على أنّ الحضانة هي «رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا»، مع الإشارة إلى أنّ هذه المادة من قانون الأسرة لم تكن محل تعديل،أي أنّ المشرع وضع هذا النص قبل ظهور اتفاقية حقوق الطفل إلى النور، فرعاية الولد و السهر على حمايته حقان ينسجمان مع ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 3 من الإتفاقية السالفة الذكر.[3]

أمّا حق الطفل في التعليم الذي ورد في التعريف هو نفسه المبدأ الذي جاءت به الإتفاقية في المادة 28 التي دعت الدول الأطراف إلى الاعتراف بحق الطفل في التعليم، كما أنّ حفظ الطفل صحة وخلقا حق أقرته اتفاقية حقوق الطفل بموجب المادة 24 التي جاء في فقرتها الأولى: " تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه

---

[1] زهية رابطي، مرجع سابق، ص53 .

[2] المرجع نفسه، ص55 .

[3] شوقور فاضل ، مرجع سابق، ص333 .

وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي، وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألاّ يُحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية ".

أمّا ما جاء في تعريف المشرع الجزائري للحضانة على أنّها تربية الولد على دين أبيه فيتعارض كليا مع نص المادة 14 فقرة 1 من الاتفاقية التي فيها: «تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين ».

لأنّ ذلك لا يتناسب مع فلسفة المشرع المبنية أساسا على مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء التي تدعو إلى تربية الولد على دين أبيه، الشيء الذي أدى بالحكومة الجزائرية بتقديم تصريح شفوي بخصوص هذه المادة وفقا لنص المادة 51 من الاتفاقية الذي يتيح للدول تقديم تحفظات.[1]

- لقد تبنت اتفاقية حقوق الطفل الحضانة كوسيلة لحماية الأطفال ورعايتهم في ديباجتها التي جاء فيها:« وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الإجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم،مع الإهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي»، وفي الفقرة الثالثة من المادة 20:«يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور،الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني أو عند الضرورة،الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال»، كما ورد مصطلح الحضانة في الفقرة الرابعة من المادة 40 التي جاء فيها:« تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف، والمشورة والإختيار، والحضانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية لضمان معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاهيتهم وتتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء»[2]

غير أنّ لجنة حقوق الطفل الدولية في ملاحظاتها الختامية لسنة 2012 حول جهود الجزائر قدمت توصيات فيما يخص الجانب التشريعي خاصة، وذلك بضرورة مواءمة قانون الأسرة مع مبادئ وبنود الإتفاقية .

حيث أشارت اللجنة إلى فقد المرأة لحضانة أطفالها إذا تزوجت، فأوصت بـ: «عدم نزع الطفل من حضانة أمه إذا تزوجت مرة أخرى»، كما أشارت إلى منح حضانة الأطفال للأم في حالة الطلاق، والإناث إلى بلوغهم سن الزواج، ولم تقدم توصية بخصوص هذه المسألة، إلاّ

---

[1] شوقور فاضل ، مرجع سابق، ص333 .

[2] المرجع نفسه ، ص334 .

أنها تشير إلى التمييز بين الذكور والإناث في مدّة الحضانة،كما دعت إلى الاستناد في جميع القرارات المتخذة إلى مبدأ مصالح الطفل العليا[1].

وإجابة على هذه الملاحظات فإنّ ما أوصت به اللّجنة بشأن عدم نزع الطفل من حضانة أمّه إذا تزوجت مرّة أخرى والمنصوص عليه في المادة 66 قانون أسرة جزائري فهو مرتبط بحالة وحيدة فقط يسقط من خلالها حق الأم في الحضانة وذلك إذا تزوجت بغير قريب محرم وهو أمر مستمد من الشريعة الإسلامية كما أنّ فيه مصلحة للمحضون، لأنّ الحاضنة إذا تزوجت بأجنبي عن محضونها فقد تنشغل بأمر زواجها دون محضونها، كما أنّ في ذلك سد لذريعة الفتنة والفساد إذا كان المحضون أنثى[2].

والشرع والقانون لمّا أسقطا عن الأم المتزوجة من غير محارم الطفل المحضون حق الحضانة، فإنّ ذلك لا يعني عقابا للمرأة المطلقة، أو مسّا في الحقوق بين الجنسين، أو تمييزا بينها وبين الرجل، أو حرمانها من أطفالها،أو تخييرا لها بين الزواج أو الأمومة، وإنما راعيا مصلحة الطفل أولا و أخيرا[3].

لأنّ زواج الأم الحاضنة بغير محرم للمحضون قد يعرض الطفل إلى الإساءة من قبل هذا الأجنبي،مما قد يؤثر في سلوك المحضون ويساعده على الإنحراف نتيجة الظلم ويمنع أمّه من الرعاية و العناية اللّازمة للصغير[4].

ومن جهة أخرى فإنّ سقوط حق الأم الحاضنة في حضانة أطفالها عند زواجها بغير قريب محرم ليس أمرا مطلقا بل هناك حالات إستثنائية قد يُعمل فيها القاضي سلطته التقديرية التي أصبحت الفاصل في مثل هذه القضايا تطبيقا لمبدأ المصالح الفضلى للطفل المحضون التي شدد عليها قانون الأسرة الجزائري.

وذلك في الحالات التي لا يوجد فيها من يطلب الطفل المحضون أو لم يتقدم أحد لطلبه من الأشخاص الآخرين ممن لهم الحق في حضانته في الدرجات التالية سواء من النساء أو من

---

[1] بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص25 ؛ وانظر أيضا: تقرير لجنة حقوق الطفل،الدورة الستون، المتعلقة بالملاحظات الختامية لدولة الجزائر،الفقرة د (البيئة الأسرية و الرعاية البديلة)، جوان 2012، ص 14.

[2] انظر الصفحة 66 من هذا البحث.

[3] العربي بختي، مرجع سابق، 140.

[4] فاطمة حداد،«**حق الطفل في الحضانة والكفالة** »، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي الجزائر، العدد الثالث، (جوان 2016)، ص.165.

الرجال[1]،أو كان الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز،أو كان المحضون لا يقدر على الاستغناء على حاضنه بسبب سنّه، كأن يكون رضيعا،أو في حالة صحية لا تسمح بتغيير المكان أو تغيير طرق المعالجة[2].

وأمام هذه العوامل وتلك الاستثناءات،فالقاضي لا يجب أن يشغله تزوج الحاضنة بقدر انشغاله براحة المحضون المعنوية[3].

وهذا ما أكده وزير العدل حافظ الأختام السيد الطيب لوح[4] حول معايير إسناد أو إسقاط حضانة الطفل من الأم المطلقة لدى زواجها بغير قريب محرم أنّ:«المشرع حريص على حماية حقوق الطفل من خلال إدراج أحكام للحضانة تأخذ بعين الإعتبار المصلحة الفضلى للطفل المحضون»كما أضاف الوزير أنّ المشرع لم يقر إسقاط الحضانة "بصفة آلية"عند زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم، مشيرا إلى أنّ إسقاط الحضانة تقرره المحكمة كما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي مصلحة الطفل المحضون والشروط التي ينص عليها قانون الأسرة والتي تختلف من حالة إلى أخرى».

ودعا الوزير القضاة إلى ضرورة مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 64 لقانون الأسرة والتي تنص على أنّه:« في جميع الحالات يجب مراعاة مصلحة الطفل».

أمّا بالنسبة لتوحيد سن إنتهاء الحضانة بالنسبة للجنسين الذي أشارت إليه لجنة حقوق الطفل الدولية في توصيتها لسنة 2012،بحيث يكون إنهاء سن الحضانة بـ 19 سنة للذكر كما هو الأمر بالنسبة للأنثى، فهو لا يتماشى مع الطبيعة والمنطق كما أنّه لا يخدم مصلحة المحضون.

---

[1] عبد العزيز سعد،مرجع سابق ص294.

[2] إيمان معمري،**(ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة)**، رسالة ماجستير، تخصص أحوال شخصية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر،2014-2015 ص65.

[3] المرجع نفسه، ص66.

[4] وذلك خلال رده على سؤال شفوي لأحد أعضاء مجلس الأمة خلال جلسة علنية خصصت للأسئلة الشفوية المنعقدة بتاريخ 2014/12/04، نقلا عن الإذاعة الجزائرية، تاريخ المعاينة 2018/03/29، الساعة 14:00، الرابط الالكتروني: .http://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20141204/21745.html

فبقاء حضانة الذكر عند حاضنته إلى غاية سن الرشد لا يساير طبيعة الفتى ولا يتماشى ومصالحه الإجتماعية، لأنّ الفتى بحاجة إلى تعلّم آداب الرجال وهذا يكتسب قبل سن التاسعة عشر[1].

وعليه فإنّ المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري لا تحتاج التعديل لأنها تتماشى ومصالح الطفل المحضون ذكرا كان أو أنثى.

وفي الأخير نشير إلى أنّ اللجنة لم تشر في ملاحظتها إلاّ لإيجابية واحدة في قانون الأسرة المعدل في سنة 2005، على وجه الاستحسان وهو:"إدراج مبدأ مصالح الطفل العليا في قانون الأسرة كمبدأ يتعين إتباعه في جميع القرارات المتعلقة بالأسرة".

فقد اعتمد المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة الطفل في قانون الأسرة، وبنص صريح في كل المواد التي عالجت موضوع الحضانة، وجعلها القاعدة الواجبة التطبيق[2].

فماذا يقصد بمصالح الطفل الفضلى؟

الفرع الثاني: معيار مصالح الطفل الفضلى

إنّ احترام مصلحة الطفل هي جوهر حقوق الإنسان، وذلك لأنّ الأطفال هم أكثر أبناء العائلة البشرية ضعفا، كما أنّ أصواتهم أكثر الأصوات خفوتا، ومن ثم يصبحون أكثر حاجة للحماية من البالغين الكبار.

واحترام مصلحة الطفل من المبادئ الأساسية[3] التي ورد النص عليها في جميع الإتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، سواء كانت تلك الإتفاقيات ثنائية أو إقليمية أو جماعية[4].

وبالنسبة للإتفاقية الدولية لحقوق الطفل، يعتبر مبدأ رعاية المصلحة الفضلى للطفل،العمود الفقري الذي تقوم عليه نصوص الإتفاقية[5]، وهو ضرورة مراعاة الدول الأطراف لحقوق الطفل

---

(1) حميدو زكية، مرجع سابق،ص60.

(2) بلباهي سعيدة،،مرجع سابق،ص29.

(3) إضافة إلى هذا المبدأ هناك ثلاث مبادئ أساسية أخرى: مبدأ عدم التمييز، مبدأ الحق في الحياة والبقاء،مبدأ الحق في المشاركة.

(4) أشرف عبد العليم الرفاعي،**(التبني الدولي و مبدأ احترام مصلحة الطفل(دراسة مقارنة)**،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2011،ص43.

(5) زهيه رابطي، مرجع سابق، ص61.

أولا عند اتخاذ أية إجراءات إدارية أو تنفيذية أو قضائية أو غيرها تتعلق بالطفل[1] ولذلك فقد جاءت نص المادة الثالثة من الإتفاقية كالآتي:

«في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال،سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الإجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الإعتبار لمصالح الطفل الفضلى».

ورغم أنّ الإتفاقية لم توضح مضمون المصلحة الفضلى للطفل إلاّ أنها أرفقت بنشرات توضيحية لإظهار أسباب إصدارها، وشرح بعض البنود التي اعتبرت غامضة، منها عبارة«المصلحة الفضلى للطفل» التي جاء تعريفها في إحدى هذه المنشورات على النحو الآتي:«هي المبدأ الذي يجب الاستناد إليه في كل إجراء يتخذ بشأن الطفل، بهدف إيجاد أحسن الحلول وأنسبها للمشاكل التي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية[2]» ولم يكتف واضعو الاتفاقية بنص هذه المادة فقط،بل أكدت على مصلحة الطفل العديد من نصوص المواد الأخرى وهي:

المادة 9 من الإتفاقية تنص على حق الطفل في العيش مع والديه،فهذا مبدأ هام جدا سواء بالنسبة للطفل أو والديه.إلا أنّ الفقرة الأولى من هذه المادة نصت على إمكانية فصل الطفل عن والديه بقرار من طرف السلطات المختصة،بشرط أن يكون هذا الفصل في صالح الطفل أي أن يكون قرار الفصل متماشيا مع مصلحة الطفل الفضلى.

كذلك نجد الفقرة الثالثة من نفس المادة التي تنص على حق الطفل أن تكون له علاقات شخصية و مباشرة مع والديه، إلاّ إذا كان هذا منافيا ومتعارضا مع مصلحته،ففي هذه الحالة يمكن للسلطات المختصة منع الطفل من الإتصال بوالديه الإثنين أو أحدهما.

المادة 18 من الاتفاقية التي تضع على عاتق الوالدين والأوصياء القانونيين المسؤولية الأولى على تربية الطفل ونموه، وجعلت من مصالحه الفضلى موضوع اهتمامهم الأساسي.

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

---

[1] بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص66.

[2] المرجع نفسه.

المادة 20 من هذه الإتفاقية التي تنص على أنّ الطفل المحروم من بيئته، له الحق في التمتع بحماية و مساعدة الدولة، والمتمثلة خاصة في توفير رعاية بديلة له.

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

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

فمن خلال كل هذه المواد،يمكن ملاحظة أنّ الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل تبنت مبدأ«الطفل أولا» مراعية مصالح الطفل العليا أولا قبل مصلحة الدولة أو والديه أو أوصيائه،و هو نقلة جديدة على الصعيد الدولي نحو حماية حقوق الطفل[1].

أمّا بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنّه كان يعتبر مصالح الطفل الفضلى مبدأ يسترشد به حتى قبل التصديق على الإتفاقية،فهو مبدأ يشار إليه صراحة خاصة عند انحلال الرابطة الزوجية سواء بالإنفصال أو بموت أحد الوالدين[2].

ولقد استحوذ هذا المبدأ على النصيب الأكبر من المواد المتعلقة بالحضانة وبالنيابة الشرعية لإرتباطها أشد الإرتباط بالقصّر، فهم بهذه الصفة يحتاجون إلى حماية أكبر لشؤونهم عبرت عنها بالمصلحة[3].

ورغم أنّ المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعطي تعريفا للمصلحة وذلك لكون مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصة بكل طفل على إنفراد، من حيث جنسه،سنه،محيطه، درجة حساسيته، فما كان يمثل مصلحة للطفل بالأمس لم يعد كذلك اليوم.

فالمشرع عندما يضع القواعد،يضعها عامة ومجردة، والقاضي يفسرها ويفصل حسب كل حالة على حدة، فدور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الطفل ويخول له مهمة تحديد ما تشمل عليه من الناحية العملية،إذ بمقتضى هذا المبدأ يستوجب على القاضي تفسير معناه وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه[4].

---

(1) بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص67.

(2) زهية رابطي، مرجع سابق، ص61.

(3) حميدو زكيه، مرجع سابق، ص16.

(4) المرجع نفسه، ص. ص88.76.

ولقد خصص المشرع الجزائري عشر مواد من مواد قانون الأسرة كرّس بموجبها مجموعة من الحقوق للمحضون تحكمها المصلحة الفضلى للطفل وهي المسائل الخاصة بالحضانة ومن أبرز المواد التي ظهر فيها هذا المبدأ[1]:

أولا: ترتيب مستحقي الحضانة: الوارد ذكرهم في المادة(64) من قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ أنّ المشرع أضاف عبارة«مع مراعاة مصلحة المحضون» وعليه فالترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام ويمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أنّ الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها، وأنّ غيره أحق بالحضانة منه.

ثانيا: مدّة الحضانة: نصّ المشرع الجزائري في المادة 65 من قانون الأسرة «على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون».

ثالثا: تنازل الحاضنة: المنصوص عليه في المادة 66 قانون أسرة حيث أجاز المشرع الجزائري للحاضنة التنازل عن الحضانة ولكن قيّد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنّه يضر بمصلحة المحضون.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بتاريخ2010/10/14[2]بأنّه: «**تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمّه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج لإرتكابه جريمة مخلّة بشرف الأسرة**».

رابعا: سقوط الحضانة باختلال أحد الشروط: المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة أين أوجب المشرع ضرورة مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بسقوط الحضانة لاختلال أحد الشروط.

خامسا: الإقامة في بلد أجنبي: راعى المشرع مصلحة المحضون في حالة ما إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، حيث أعطى للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه وقضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/12[3]

---

(1) عماري سناء، مرجع سابق،ص181.

(2) القرار رقم 581222،الصادر بتاريخ 2010/10/14،غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الأول،الجزائر العاصمة، 2011، ص248.

(3) القرار رقم 426431،الصادر بتاريخ 2008/03/12،غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، العدد الأول،الجزائر العاصمة، 2008، ص271.

بأنه:«**يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم**».

الفرع الثالث: حق الطفل في رؤية والديه

إنّ إسناد الحضانة إلى مستحقها، والذي يكون في الغالب الأعم الأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون، مما يؤدي به حتما إلى الابتعاد عن والده، مما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى،بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون.

وبالتالي فإن الحكمة من تقرير حق الزيارة، تتجلّى من الناحية التطبيقية في هدفين يبرران وجودها: أولها خلق علاقات عاطفية وتوطيد روابط الأسرة،و الثاني في اعتبارها وسيلة لرقابة الطفل من حيث صحته وتربيته وسلوكه الأخلاقي إذ تعتبر حق الزيارة وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضنة في ممارستها للحضانة، وبالتالي فإن حق الزيارة تصبح واجبا والتزاما قانونيا لمصلحة المحضون[1].

ولقد أقرت الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل حق الطفل في رؤية والديه فأكدت في الفقرة الثالثة من المادة 9 من الإتفاقية على أنّه: ((من حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما الإحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلاّ في حالة ما إذا تعارض ذلك مع مصالحه[2]))، كما أنّ المادة 69 قانون أسرة جزائري قد ساوت بين الرجال والنساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي،لأنّ الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل خشية تأثره بدين البلد الأجنبي وعاداته وتقاليده، ولكي يبقى الطفل خاضعا للرقابة الأبوية[3].

ولقد أكدّت المحكمة العليا هذا المبدأ حيث قضت بتاريخ1993/06/23:أنه :«من **المقرر قانونا إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة. الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون كما أنّه يجب مراعاة حال الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط[4]**».

---

(1) بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص 122، 123.

(2) زهية رابطي، مرجع سابق، ص64.

(3) حميدو زكية، مرجع سابق، ص561.

(4) القرار رقم 91671،الصادر بتاريخ 1993/06/23، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية،قسم الوثائق العدد الأول،الجزائر العاصمة، 1994، ص72.

غير أنّ ممارسة حق الزيارة لا يجب أن يعرقل بأي حال من الأحوال ممارسة حق الحضانة كما أنه ليس لصاحب حق الزيارة التعسف في استعمال حقه، كأن يحتفظ بالمحضون عنده أكثر من المدة المحددة قضاء.

لذلك خصّص قانون العقوبات الجزائري تكملة لقانون الأسرة مواد عالج فيها حالة عدم تسليم الطفل، إذ جرّمت هذا الفعل وعاقبت مرتكبه[1].

ولقد فرّق قانون العقوبات الجزائري في شأن جريمة احتجاز الطفل وعدم تسليمه إلى ذويه بين ثلاث حالات[2]:

الحالة الأولى: إذا كان محتجز الطفل شخصا امتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في طلبه قانونا، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات (المادة327من قانون عقوبات جزائري).

فأي شخص يقوم برعاية الطفل، كمربيته أو معلمته أو مرضعته، لا يقوم بتسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به يعدّ مقترفا لجريمة عدم التسليم.

الحالة الثانية: أن يقع خطف الطفل من أحد الوالدين أو أي شخص آخر مباشرة أو بواسطة شخص آخر، إضرارا بصاحب الحق في حضانة الطفل بمقتضى حكم قضى له بهذا الحق يعاقب الوالد أو الوالدة أو الشخص الذي خطف القاصر بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج(المادة 328 قانون عقوبات جزائري).

والمقصود بالشخص الآخر في هذه المادة من لهم حق الحضانة، كما أنّ الملاحظ في هذه المادة أنّ رابطة الأبوة جاءت كظرف مخفف للعقاب.

الحالة الثالثة: إذا كان محتجز الطفل أي شخص امتنع عن تسليمه إلى السلطة التي يخضع لها قانونا، فإنّه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2500 دج(المادة329 قانون عقوبات جزائري).

---

[1] حميدو زكية، مرجع سابق،ص،202،205 .

[2] زهية رابطي، مرجع سابق،ص65؛ و انظر أيضا: حسينة شرون،"**جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه**"، مجلة الاجتهاد القضائي،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر،العدد السابع،2010،ص 24.

وفي حالة الزواج المختلط فقد كفلت الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل حماية حق الطفل في الزيارة وذلك انطلاقا من ضرورة إلتزام الدول الأطراف في الإتفاقية بعدم الفصل التعسفي بين الطفل ووالديه، فقد أشارت المادة11 من الإتفاقية إلى ضرورة أن تتخذ الدول الإجراءات والتدابير اللازمة لمواجهة المشاكل الناتجة عن الطلاق في الزواج المختلط، كما نصّت على ضرورة إلتزام الدول الأطراف بمنع احتجاز أو اختطاف الأطفال في الخارج من أحد الوالدين أو من طرف ثالث، والتصدي لهذه الظاهرة عن طريق إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقيات قائمة. [1]

حيث نصت المادة 11 من الاتفاقية على أنه:

(1- تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال الى الخارج و عدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

2- و تحقيقا لهذا الغرض، تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام الى اتفاقيات قائمة.)

ولقد أبرمت الجزائر وفرنسا نتيجة وجود علاقات زواج جزائريين و فرنسيين والتي أثمرت وجود أبناء، اتفاقية في 06/21/ 1988 [2] تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال، وذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك السهر على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى.

وسعيا لتطبيق هذه الإتفاقية عينت وزارة العدل لكلا البلدين سلطتين مركزيتين بالوفاء بالإلتزامات المحددة في الإتفاقية.

ومن بين الإلتزامات ما ورد في المادة 06 من الإتفاقية أين تنص في فقرتها الأولى:«يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها[3]».

---

[1] زهية رابطي، مرجع سابق،ص65.

[2] أنشأت الإتفاقية عن طريق المرسوم رقم88 .144 المؤرخ في 26 يوليو 1988، المتضمن المصادقة على الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،**المتعلقة بأطفال الأزواج المختطفين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال**،الجريدة الرسمية، العدد30، الصادرة في 27 يوليو 1988 .

[3] إيمان معمري، مرجع سابق،ص125.

ولقد أحاط المشرع الجزائري بعض الضمانات لتمكين الطفل من رؤية أحد والديه[1]، وذلك في حالة ما إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، حيث أعطى للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه[2] .

فنصت المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على:«إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون»، فصياغة هذه المادة تتماشى مع الفلسفة العامة التي انتهجها المشرع في مادة الحضانة ومع الحكمة التي من أجلها وضع مبدأ المصلحة.

فمصلحة المحضون تقضي بتعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي، فهو سيعطي ترخيصه مراعيا في ذلك مصلحة المحضون[3].

---

[1] زهية رابطي، مرجع سابق، ص 65

[2] عماري سناء، مرجع سابق،ص184.

[3] حميدو زكية،مرجع سابق،ص561.

خلاصة الفصل الأول

خلاصة ما توصلنا إليه في هذا الفصل أنّ حق الطفل في النفقة والحضانة هو واجب يقع على مسؤولية الوالدين بالدرجة الأولى وهو ما دعت إليه الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري.

ذلك لأنّ الطفل في أولى مراحل نموه يحتاج إلى التوازن والاستقرار المادي والمعنوي حتى تتحقق له الحماية والنمو.

فبالنسبة للنفقة:

فإنّ قانون الأسرة الجزائري يتفق مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على إلزام الوالدين بالإنفاق على طفلهما، وذلك بتأمين حاجياته المادية،كما أنّ النفقة لا تقتصر على الغذاء فحسب و انّما تشتمل أيضا الانفاق على الصحة واللباس والسكن، وبحكم انفصال الذمة المالية للزوجين المعروف في التشريع الجزائري فإنّ نفقة الطفل تكون ملزمة على الأب، أمّا في حالة عجزه فإنّ المادة 76 من قانون الأسرة توجب على الأم الموسرة النفقة على طفلها.

ولقد انتهج قانون الأسرة الجزائري المنهج الإسلامي للحفاظ على حق الطفل في النفقة وهو الظاهر في نصوص مواده، ممّا جعل قانون الأسرة الجزائري يتفوّق على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في كفالة نفقة الطفل و ذلك من حيث استمرارها الى ما بعد سن الرشد في حال مزاولته للدراسة وفي حال إصابته بعاهة عقلية أو غيرها، واستمرار نفقة البنت إلى حين دخولها بيت الزوجية.

ولم يكتف المشرع بهذه المواد بل عرّض الأب لعقوبات جنائية إن هو أخلّ بواجباته المادية اتجاه أولاده نصت عليها المواد 330 و331 من قانون العقوبات الجزائري.

وفي حال الفراق والفصال بين الزوج والزوجة وعجز الأبوين على الإنفاق فقد انشأ المشرع الجزائري صندوق نفقة يتولى ذلك.

كل ذلك حتى لا يبقى الطفل عرضه للحاجة خاصة في مراحل حياته الأولى.

أمّا بالنسبة للحضانة:

فإنّ كلا من اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري اهتما بمسألة الحضانة التي تتيح للأطفال فرصة الرعاية والتربية والتعليم والحماية الصحية والخلقية،حيث حرص المشرع على مبدأ مصلحة المحضون في كافة المسائل المتعلقة به والتي ترك تقديرها لقاضي شؤون الأسرة

بل يمكن القول بأنّ التشريع الجزائري قد سبق الاتفاقية في مجال النص على مصالح الطفل الفضلى، وذلك نتيجة استناد نصوصه إلى الشريعة الإسلامية التي خصّت باب الحضانة ببالغ العناية وأفردت لها أبوابا فقهية كثيرة تناولت هذا الحق بالتفصيل والعناية اللّازمة.

ومن أهم الملاحظات التي يمكن الإشارة إليها في مسألة الحضانة:

– أنّ المشرع الجزائري لم يحدد شروط الحاضن حيث نصّ في المادة 62 من قانون الأسرة: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

– أنّ المشرع الجزائري وطبقا للتعديل الأخير لقانون الاسرة قد غيّر من ترتيب مستحقي الحضانة وجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم وذلك نتيجة المتغيرات الحاصلة على الأسرة الجزائرية اذ تراجعت الأسر الكبيرة التي كانت سائدة سابقا وحلّ محلها الأسرة النووية التي تتألف من الأبوين فقط ، كما أنّ المشرع أراد أن يجعل مسؤولية الطفل على عاتق الأبوين سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها وهو ما دعت إليه اتفاقية حقوق الطفل في المادة 18 التي أشرنا اليها سابقا.

وعلى العموم فإنّ المشرع الجزائري قد وافق الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في الاعتراف بجميع حقوق الطفل المحضون.

الفصل الثاني
حقوق الطفل محل الإختلاف بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني
حقوق الطفل محل الإختلاف بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري

عبّرت لجنة حقوق الطفل في ملاحظاتها الختامية لسنة 2012 على أنّ الحماية القانونية للطفل الجزائري ما زالت دون المستوى الذي قررته الصكوك الدولية[1]، ومن أجل ذلك قدّمت اللّجنة توصيات للجزائر فيما يخص الجانب التشريعي خاصة، بضرورة مواءمة قانون الأسرة مع مبادئ وبنود الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.[2]

وتعتبر لجنة حقوق الطفل هيئة مستقلة، وردت تسميتها في اتفاقية حقوق الأطفال نفسها وتتألف هذه اللجنة التابعة للأمم المتحدة من خبراء من ذوي المكانة والكفاءة المعترف بها في الميدان الذي تغطيه الاتفاقية، وقد شُكلت بمقتضى المادة الثالثة والأربعون (43) من الاتفاقية ابتداء من سنة 1991.

أمّا عن مهام لجنة حقوق الطفل فتتمثل في تلقي تقارير تتضمن معلومات عن تنفيذ الاتفاقية من كل دولة طرف في اتفاقية حقوق الطفل، التي تلتزم بتقديم التقرير الأول بعد سنتين من تاريخ المصادقة، ثم لكل خمس سنوات بشكل دوري.

تعقد اللجنة أياما للمناقشات العامة في مقر الأمم المتحدة في جينيف، لمناقشة التقارير الصادرة عن الدول الطرف في الاتفاقية للنظر في التقدم الذي أحرزته في تنفيذها، وكذلك من خلال التقارير الصادرة عن المنظمات غير الحكومية التي تعمل داخل الدولة المعنية والمنظمات التابعة لمنظمة الأمم المتحدة كمنظمة اليونسيف.

---

[1] تحتل الجزائر المرتبة التاسعة والستين (69) عالميا، في مؤشر حقوق الأطفال سنة 2018، بعد أن كانت تحتل المرتبة (66) عالميا سنة 2016، ويعتبر مؤشر حقوق الطفل (kidsrights) هو المؤشر العالمي السنوي الذي يصنف كيفية إلزام الدول وتجهيزها لتحسين حقوق الأطفال ويشمل هذا التصنيف جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التي صادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل وهي 163 دولة حيث استندت المنظمة في التقرير إلى مؤشرات كالحق في الحياة، والحق في الصحة، والحق في التعليم، والحق في الحماية، والبيئة الملائمة لحقوق الأطفال؛ نقلا عن موقع (kidsrightsindes.org)، تاريخ المعاينة: 2018/05/26، الساعة:16:32.

[2] بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص 21.

بعد ذلك تعقد اللجنة اجتماعا خاصا لبلورة ملاحظاتها الختامية والتي تركز فيها على جانبين هما:

1-الإقرار بالخطوات الايجابية

2-تشخيص مواطن الضعف وتقديم توصيات بتعديل سياسات وقوانين أو تعديلها حماية لحقوق الطفل أو تعزيزا لها.[1]

ولقد نظرت لجنة حقوق الطفل في التقرير الأخير للجزائر في جلستين بتاريخ الثامن من شهر جوان في عام 2012، وقد اعتمدت في الخامس عشر من شهر جوان ملاحظات ختامية حول جهود الجزائر في ترقية حقوق الطفل وحمايتها ومواءمة تشريعاتها مع أحكام الاتفاقية.

فرحبت اللجنة في ملاحظاتها بالجهود التي تبذلها الجزائر في تنفيذ الإصلاحات بشأن حقوق الطفل وكذا تنفيذ الملاحظات الختامية التي أبدتها اللجنة بشأن التقارير السابقة للجزائر، إلاّ أنها لاحظت أنّ بعض التوصيات الواردة فيها لم تنفذ بالكامل.

ومن بين تلك التوصيات المتعلقة بأحكام في قانون الأسرة والتي لم يستجب لها المشرع الجزائري لحد الآن والتي تستهدف في شق منها مرجعيتها وهي أحكام الشريعة الإسلامية القطعية التي يتعين عدم المساس بها، والتي من أبرزها حق الطفل في الحرية الدينية، أحكام الميراث والمساواة بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين.

وهي الحقوق محل الإختلاف بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري.

لذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى كيفية تناول كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري لهذه الحقوق وما هي أوجه الإختلاف بينهما.

حيث سنتناول في المبحث الأول حق الطفل في الحرية الدينية ونتناول في المبحث الثاني حق الطفل في النسب والميراث.

[1] بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص 23.

المبحث الأول

حق الطفل في الحرية الدينية

الحرية الدينية أهم حقوق الإنسان بعد حق الحياة، إن لم تسبقها وتفوق عليها، لأنّ الدين أحد الضروريات الخمس، وهو أهم الضروريات ويقدم في الشرع على حق الحياة، لذلك شرّع الإسلام حماية العقيدة وحرية التدين.

والحرية الدينية مرتبطة بالعقل والفكر، وحرية الإرادة والاختيار، والقناعة الشخصية للإنسان لأنّ الدين ينبع من القلب، ولا سلطان لأحد عليه إلاّ الله تعالى.[1]

فحرية العقيدة هي ثبات حق الإنسان في أن يختار العقيدة التي يريدها وأن يلتزم بالدين الذي تَرَجَّحَ لديه صحته وأفضليته من غيره دون إكراه من الغير وأن يمارس العبادة والشعائر الخاصّة بدينه.[2]

ولمّا كان الطفل إنسانا في المقام الأول فهل تنطبق عليه حرية اختيار الدين؟ وقبل ذلك هل مفهوم الحرية الدينية في الإسلام يختلف عن المفهوم الغربي لها ؟

كل ذلك سنتناوله في مطلبين:

المطلب الأول: سنتطرق فيه إلى مفهوم الحرية الدينية في المنظورين الغربي والإسلامي، وفي المطلب الثاني: سنتناول حق الطفل في الحرية الدينية في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

المطلب الأول:مفهوم حرية الديانة في المنظور الغربي والإسلامي

إنّ الهدف من دراسة مفهوم الحرية الدينية من المنظور الغربي والإسلامي هو معرفة ما إذا كان المفهوم الإسلامي للحرية الدينية هو نفسه المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية أو أنّ هذه الأخيرة تدعو إلى مفهوم آخر.

---

[1] محمد الزحيلي، "**الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها**"، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، قسم الفقه المقارن والدراسات العليا، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص 369.

[2] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص83.

الفرع الأول: مفهوم حرية الديانة في المنظور الغربي

حتى نقف على مفهوم حرية الديانة[1] من المنظور الغربي لا بدّ من التطرق إلى الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى مفهوم حرية الديانة أو المعتقد، وأولها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948[2]، حيث نصت المادة 18 منه على أنّ :"لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره".

ويعني بذلك، بأنّ الحق في حرية التفكير والضمير والدين يشمل تغيير ديانة الشخص أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرا أم جهرا، منفردا أم مع الجماعة.[3]

ونصت المادة 18 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966 [4] على أنّه:

1-لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.

2-لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3-لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلاّ للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية.

---

[1] إنّ أوّل من روّج لفكرة (حرية الاعتقاد) أو الحرية الدينية الباحث والفيلسوف البريطاني (ستوارت ميل) في كتابه (عن الحرية) سنة 1959، ثم لاقت هذه الكلمة انتشارا واسعا.

[2] صادقت عليه الجزائر سنة 1963، جريدة رسمية عدد 64 ،صادرة بتاريخ: 1963/09/10.

[3] تشوار جيلالي، "**حرية الديانة وموقف القوانين المغاربية للأسرة منها**"، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد 17 ، 2008 ، ص.215.

[4] صادقت عليه الجزائر سنة 1989، بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 89-67 المؤرخ في 16 مايو 1989، جريدة رسمية عدد 20، لسنة 1989.

4-تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء ، أو الأوصياء عند وجودهم في تأمين أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة.)

وفي هذا الاتجاه، بادرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان سنة 1993 بتبيان ما المقصود بالدين أو المعتقد، حيث وصلت إلى القول بأنّ ذلك يتمثل في:" وجود اله، أو في عدم وجوده أو معتقدات ملحدة، بجانب الحق في عدم ممارسة أي دين أو معتقد.[1]

وبالرّجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989، نجدها هي الأخرى تقرّ في المادة 14 منها على احترام الدول الموقعة عليها لحق الطفل في حرية الدين، أي أن تكون له الحرية في اختيار دينه وفي تغييره كلما شاء.[2]

أمّا الفقه الغربي فقد حاول هو الآخر إعطاء تعريف لحرية المعتقد، وهو تعريف مخالف لما اتفق عليه الفقه الإسلامي، من حيث أنهم يقصدون به حق الإنسان في الإيمان أو عدم الإيمان أو الارتداد بعد الإيمان والدعوة لمذهبه وان خالف عقيدة سماوية.

وبهذا المعنى، يرى الأستاذ (J.Rivéro) أنّ الحرية الدينية إنّما هي: "حرية معقدة، وهي تشمل في نفس الوقت حرية الاعتقاد بمعنى الاختيار بين الإلحاد أو المعتقدات وبين الارتباط بعقيدة أو ديانة من العقائد التي تفرض على الإنسان، وحرية أداء الشعائر الدينية بمعنى الممارسة الجماعية أو الفردية لهذا الدين أو ذلك".

وذهب العميد (J.Carbonnier) إلى حدّ القول أنّ حرية العقيدة تعني: "أن يُترك الشخص وشأنه"، ويعني بهذا أن يمارس الشخص بكل حرية اختياره الدين الذي أملاه عليه ضميره، وأن يعيش واقعيا اختياره هذا بدون أي إكراه.[3]

واستخلص الدكتور تشوار جيلالي أنّ حرية العقيدة بالمفهوم الغربي تكمن في أنّ الشخص له الحق أن يؤمن بالله أو أن لا يؤمن به، وأنّ له الحق أن يعتنق المعتقدات التي يختارها وأن يمارس بكل حرية، حتى وإن لم تكن تعبير الأغلبية، ومن ثمّ تكون له إمكانية تغيير دينه بدون أي إكراه، وبدون أن يتحمل أي ضرر سواء في حالته الشخصية (زواج، حضانة، ميراث) أو في حقوقه السياسية والاجتماعية.[4]

---

[1] تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 216.

[2] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 289.

[3] المرجع نفسه، ص290.

[4] تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 222.

الفرع الثاني: مفهوم حرية الديانة في المنظور الإسلامي

أمّا من جانب الفقه الإسلامي، فقد عرّف الشيخ محمد أبو زهرة حرية المعتقد بقوله:"ولقد احترم الإسلام حرية الاعتقاد، وجعل الأساس في الاعتقاد هو أن يختار الإنسان الدين الذي يرتضيه من غير إكراه ولا حمل وأن يجعل أساس اختياره التفكير السليم، وأن يحمي دينه الذي ارتضاه، فلا يكره على خلاف ما يقتضيه".[1]

كما عرّفها البعض الآخر بأنه بمقتضى الحرية الدينية" لا يلزم شخص بقبول عقيدة لا يؤمن بها أو الخروج من عقيدة دخل فيها، كما تعني عدم جواز إلزام شخص بمجاملة إحدى الديانات تحاملا على غيرها، سواء بإنكارها وازدرائها، أو التهوين من شأنها والحطّ من قدرها، ومؤدى ذلك أنّه لا يكره أحد على الدّخول في عقيدة، لأنّ العقيدة اقتناع داخلي لا يجدي فيه إكراه".[2]

وهنا يظهر الفرق بين المفهوم الغربي للحرية الدينية والذي يهدف إلى فصل الدين عن الدولة بمعنى أن تسنّ الدولة القوانين دون أن تنشغل بالتعاليم الدينية التي يمكن أن تتعارض معها.

وبين مفهومها في الشريعة الإسلامية حيث يشكل الدين نظاما شاملا لجميع مناحي الحياة بغير حاجة لفصل الدين عن الدولة، كما أنّ الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى لا تقرّ حرية الإنسان في الإلحاد والدعوة إليه لتعارضه مع الفطرة الإنسانية.[3]

فالإسلام يفرّق بين حرية الإنسان في أن يعبر عن رأيه الذي هو مقتنع به، وبين حريته في أن يوجّه الناس ويدعوهم إلى رأيه هذا، أمّا أن يتبنى الإنسان رأيا له ويملك التعبير عنه، فهذا ما يقر الإسلام له به، ولا يحجر عليه في ذلك قط، بغض النظر عمّا قد يلحقه يوم القيامة من ثواب أو عقاب.

وأمّا أن يتبنى الإنسان عقيدة أو رأيا، ولا يقف عند حدود الحرية في التعبير عن رأيه، بل يتجاوز ذلك إلى ترويجه ودعوة النّاس إليه، فلا ريب أنّ ذلك محظور شرعا بالنسبة للآراء المتفق على مخالفتها لعقائد الإسلام أو لشيء من مبادئه وأحكامه.[4]

---

[1] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 291.

[2] المرجع نفسه.

[3] تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 226 – 227.

[4] محمد سعيد رمضان البوطي، **حرية الإنسان في ظل عبوديته لله**، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1992، ص ص 80-81.

والسؤال الذي يُطرح هل للمرتد أن يتمتع بالحرية؟ قبل الإجابة لا بدّ أولا من التفريق بين المرتد والكافر الأصلي، فالكافر الأصلي هو ذاك الذي نشأ على عقيدة غير إسلامية ورثها أو تخيّرها وتعامل معها، وهذا الإنسان لا يُجبر على خلاف ما يعتقد، وهو مكلوء، في حدود حياته الدنيا بحماية قول الله عز وجل :" لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ"[1]، أمّا المرتد، فهو ذاك الذي أعلن استنكافه عن قبول الإسلام بعد اعتناقه والإيمان به والخضوع له.[2]

ولقد شرّع الإسلام حدّ الردة [3]، بقتل المرتد عن الدين وأراد بذلك أن يصعّب على غير المسلمين الدخول في الإسلام، وأن يضيّق عليهم هذا الباب حتى لا يدخل في الإسلام إلاّ من أخلص له، واطمأن قلبه إليه، وهو يعلم تماما أنّه إن تراجع عن الإسلام بعد أن دخل فيه فجزاؤه القتل. [4]

المطلب الثاني: حق الطفل في الحرية الدينية في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

بعد أن تناولنا في المطلب الأول مفهوم الحرية الدينية في كل من المفهوم الغربي والإسلامي، ووجدنا أنّ كلا من النظامين يكرّسان الحرية الدينية للفرد ويحترمانها، غير أنّ هنالك ما يميز النظام الإسلامي حيث يفرّق بين الإنسان المسلم والغير مسلم، فالإنسان غير المسلم له كل الحرية في اعتناق ما يريد من الديانات أو البقاء على إلحاده فهو لا يجبر على اعتناق الدين الإسلامي إذ (لا إكراه في الدين)[5]، أمّا المسلم فهو جزء من النظام الإسلامي فإذا أعلن عن ردته فهو بذلك، يعلن حربا فكرية على الإسلام وعقائده، ويُصَدّر شكوكه وريبه

---

[1] سورة البقرة ، الآية 256.

[2] محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص 84.

[3] ولقد وضّح الشيخ القرضاوي في موقعه الالكتروني أن الردة من أخطر الجرائم التي تمسّ المجتمع الإسلامي فهي يمكن أن تقسّمه وتمزّقه، وتوقعه في فتنة عمياء، بل في حرب أهلية، يُقتل فيها العباد، وتدمر فيها البلاد، كما وضّح أنّ الردة التي يحاربها الإسلام هي التي يُعلن فيها المرتد عن ردته ويثير الفتنة في المجتمع؛ يوسف القرضاوي، **جريمة الردة و عقوبة المرتد في ضوء القرآن و السنة**، الرابط الالكتروني: (https://www.al-qaradawi.net/node/5105)

[4] محمد متولي الشعراوي، نقلا عن موقع ملتقى أهل التفسير، **تقرير عقوبة المرتد بكلام علماء المسلمين**، تاريخ المعاينة2018/04/03،الساعة: 23.00، الرابط الالكتروني: https://vb.tafsir.net/tafsir31909/#.WxUbA4rA-Uk

[5] سورة البقرة الآية 256.

إلى الآخرين بكل ما أوتي من وسائل[1] و يبثّ الفتنة بين أفراد المجتمع، لذلك جعل الإسلام للمجاهر بالردة عقوبة قاسية حتى يضمن استقرار المجتمع ووحدته.

وهذا ما دفع بأحد الفقهاء إلى القول أنّ :"في بلاد الإسلام، الحرية الدينية لا توجد فعليا إلاّ لغير المسلم، فالقانون يسمح له أن يحتفظ بعقيدته، و بممارستها وأن يستمر في عيش حياته الجماعية والخاصة، دون خشية إكراه معين يجبره على اعتناق الإسلام".[2]

لكن السؤال الذي يُطرح هل للطفل الحق في الحرية الدينية؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من البحث في موقف قانون الأسرة الجزائري من الحرية الدينية للطفل (الفرع الأول)، وكذا موقف الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل من هذا الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الطفل في الحرية الدينية في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 42 من دستور 2016[3] بأنّه:"لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي".

كما نصت المادة 32 من نفس الدستور:"كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر،شخصي أو طبيعي".

ونصت المادة 298 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[4]:"يعاقب على السب الموجه إلى شخص أو أكثر بسبب انتمائهم إلى مجموعة عرقية أو مذهبية أو دين معين بالحبس من خمسة (5) أيام إلى ستة (6) أشهر وبغرامة من 5000 إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

إنّ نص المشرع الجزائري على هذه المواد هو إقرار منه بالحرية الدينية التي تعتبر كحق من حقوق الإنسان.

---

(1) محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص 85.

(2) حميدو زكية، مرجع سابق، ص 294.

(3) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 **المتضمن التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

(4) الأمر رقم 66-15، المؤرخ في 08 يونيو 1966 **المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم** بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.

إلاّ أنّ الإنسان باعتباره فردا منتميا إلى دولة معينة، لا يمارس شعائره الدينية إلاّ وفقا لقوانين هذه الدولة التي تتدخل وتفرض قيودا على هذه الحرية من أجل الحفاظ على أمنها ونظامها العام والآداب العامة، وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية [1] وهو ما دلّت عليه نص المادة 42 فقرة 2 من دستور 2016 بأنّ: "حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون"، كما أصدر المشرع الجزائري قانون تنظيم ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين[2] حيث نصّت المادة 2 منه على انه:"تضمن الدولة الجزائرية التي تدين بالإسلام حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار احترام أحكام الدستور وأحكام هذا الأمر والقوانين والتنظيمات السارية المفعول واحترام النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية، كما تضمن الدولة التسامح والاحترام بين مختلف الأديان ".

إذن يفهم من اتجاه المشرع أنّه يقرّ بحرية العقيدة متى كانت في إطارها القانوني، لكن هل هذا الإقرار هو مبدأ ممنوح لكل إنسان بما فيه الطفل أم هناك استثناء على هذا المبدأ؟[3]

للإجابة على هذا السؤال لا بدّ من الرجوع أولا إلى الدراسات النفسية التي أكدّت أنّ نمو الدين لدى الطفل يتميز بثلاث خصائص:

01-الواقعية: حيث يضفي الطفل على المفاهيم الدينية واقعا محسوسا لأنّه لا يدرك المعاني المجردة،

02-الشكلية: يقلد الصغير الكبار في عباداتهم شكلا دون إدراك معناها أو الشعور بسموّها الروحي، فهيئة الطفل (الأسرة) هي العامل الأكثر تأثيرا على مواقفه الدينية وتكوين الإحساس الديني والفكري لديه.

03-المنفعية: وهي إدراك الطفل أنّ تقليده لوالديه ومعلميه في أداء بعض العبادات ومشاركتهم الدعاء هو وسيلة لتحقيق بعض منافعه أو لدفع عقوبة تلحق به.

وعليه فإنّ مكتسبات الطفل اللغوية والفكرية وتصوراته عن العقاب والثواب والموت، تتكون في نفسه نتيجة خبراته الناشئة عن المعاملة الوالدية، وكذلك بيئته الخارجية التي يتعامل معها في

---

[1] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 83.

[2] وذلك بموجب الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 28 فبراير سنة 2006، يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادرة بتاريخ 2006/03/01.

[3] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 84.

هذه الفترة من العمر.[1]

ومن ثمّ فإنّه لا يملك اختيار الدين الذي يرتضيه لأنّه لا يدركه، فهو يمارس عقيدته وفقا لما رضيه له آباؤه أو الأوصياء الشرعيون عليه[2]، وهو ما أكدته المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى أن تكون التربية الدينية للمحضون طبقا لدين أبيه، والحكمة التي ابتغاها المشرع الجزائري من وراء ذلك تبررها نواحي شتى أهمها[3] :

1-أنّ الولد لا يمكن له وهو في سن صغيرة اختيار الدين الذي يعتنقه، بل أن صغر سنه يفرض عليه طاعة والديه.

2-وكذلك بحكم القاعدة أنّ المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج بغير المسلم، فإنّ الأطفال الناتجين عن زواج مختلط هم مسلمون تلقائيا.

3-إذا كان المبدأ القانوني الذي ترتكز عليه الأسرة الجزائرية، في أن ينشأ الطفل على دين أبيه و ليس على دين والديه، فإنّ هذا الحكم يعدّ من النظام العام، أي من القواعد الآمرة كالتي تجعل من الاتفاق المخالف لها اتفاقا باطلا، بمعنى أنّ كل اتفاق بين زوجين مختلفي الدين يمس بدين أطفالهما يعدّ لاغيا وكذلك الشأن بالنسبة للاتفاق الذي يحرم الأب من ممارسة حقه في تربية طفله على دينه.

و يظهر حرص المشرع الجزائري جليا في قانون الأسرة على أن ينشأ الطفل المسلم في أحضان الإسلام الذي يمثل دين الدولة [4] وهو ما نلمسه:[5]

1-في نص المادة 62 قانون الأسرة الجزائري :"... والقيام بتربيته على دين أبيه..." حيث يشترط في الحاضن إذا كان رجلا أن يكون متحدا في الدين مع المحضون، وإلاّ لا حضانة له، ذلك لأنّ الحضانة نوع من الولاية، ولا ولاية مع اختلاف الدين، فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم، والثاني أنّ حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث مع اختلاف الدين، أمّا من حيث المعقول فالكافر لا يكون حريصا على تربية

---

[1] بوزيد وردة، "**حق الطفل في الحرية الدينية (دراسة مقارنة)**"، مجلة آفاق للعلوم، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد السادس، 2017، ص.214.

[2] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص85.

[3] حميدو زكية، مرجع سابق، ص ص 299 – 300.

[4] نصت المادة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن "الإسلام دين الدولة" .

[5] حميدو زكية، مرجع سابق، ص 295 وما يليها.

الطفل على تعاليم دينه بل انه قد يجتهد في إخراجه عن دينه بتعليمه الكفر فينشأ إمّا كافرا أو يكون في حكمهم، ويصعب بعد كبره رده إلى الدين الحق.

2-نص المادة 30 فقرة 2 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري التي لا تجيز زواج المسلمة بغير المسلم، وهي تصب في نفس الهدف الذي ترمي إليه المادة 62 قانون أسرة جزائري وهو أن ينشأ الطفل على الدين الإسلامي.

3-إنّ قانون الأسرة الجزائري اشترط في الكافل اعتناقه الديانة الإسلامية، حيث نصت المادة 118 قانون الأسرة الجزائري:"يشرط أن يكون الكافل مسلما" وزيادة على ذلك اشترطت المادة 93 منه في الوصي أن يكون كذلك مسلما.

وخلاصة القول، أنّ الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري يتفقان على مبدأ واحد وهو مبدأ عدم حرية الطفل المسلم في العقيدة، فهو ليس له الحرية في اختيار الدين، وإنما تكون عقيدته وفقا لدين أبيه أو وصيه، فالطفل المسلم يتلقى التعاليم الدينية من أبويه المسلمين ووفقا لما قررته الشريعة الإسلامية، ومنحه الحرية الدينية تبيح له حرية الارتداد عن الإسلام واعتناقه لدين آخر أو الى الكفر، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية لأنه كفر بعد إيمان، فهو يتلقى التوجيهات الدينية وفقا لدين أبيه فقط وهو الإسلام في هذه الحالة.

أمّا الطفل غير المسلم، فهو يتلقى الشعائر الدينية وفقا لوالديه غير المسلمين، وهذا إقرار آخر من المشرع؛ بأنّه لا يعترض على ديانة غير الإسلام امتثالا لقوله تعالى:"لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي"، فقد أقرّ المشرع ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين بحرية، شرط أن لا تؤدي هذه الحرية إلى الفتنة أو المساس بالنظام العام.[1]

الفرع الثاني: حق الطفل في الحرية الدينية في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

نصت المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على ما يلي:

1-تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر ووجدان والدين.

2-تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك تبعا للحالة الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تتسجم مع قدرات الطفل المتطورة.

3-لا يجوز أن يخضع الإجهار بالدين أو المعتقدات إلاّ للقيود التي ينص عليها القانون واللاّزمة لحماية السّلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين.

---

[1] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 85-89.

لقد أعطت الفقرة الأولى من هذه المادة للطفل الحق في حرية الفكر والوجدان والدين، كما جعلت الفقرة الثانية حقوق الأولياء والأوصياء القانونيين نسبية نوعا ما[1]، وذلك عكس ما ذهبت إليه بعض المواثيق الدولية الأخرى.[2]

غير أنّ المتمعن لأحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل يرى أنّها مبنية على أساس التشديد والتأكيد على أنّ الطفل يحتاج بسبب نضجه الجسمي والعقلي إلى حماية وعناية خاصة، كما أنّه يعتمد على الغير لتلبية حاجاته الأساسية وتوفير العناية اللاّزمة والرعاية الخاصّة لهذا الكائن الصغير القاصر عن القيام بهذه المهمة بنفسه على عاتق الأسرة أولا ثم على عاتق المجتمع والدول، فكيف إذا يمكن إعطاء الطفل الحق في حرية الفكر والوجدان و الدين طالما أنّ العجز عن أداء الواجبات مرتبط بالعجز عن إدراك المصلحة والمطالبة بها؟ [3]

لقد أُعتبرت المادة 14 فقرة 1 و 2 من المواد التي أثارت حساسيات الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل حيث تحفظت 16 دولة بشأنها، كما أصدرت 7 دول من بينها الجزائر[4] إعلانات تفسيرية [5] بخصوصها وأصدرت 5 دول تحفظات عامة مفادها عدم تطبيق أحكام المعاهدة المتعارضة مع الشريعة الإسلامية.

والدول التي أصدرت تحفظات أو إعلانات تفسيرية بخصوص هذه المادة هي الدول التي تجعل من الإسلام دينا رسميا لها، والتي تستمد معظم قواعد الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية.[6]

---

(1) مالطي نهار فائزة "**موقف القانون الدولي من التربية الدينية للطفل**"،مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد درارية ، أدرار الجزائر، المجلد الرابع، العدد الأول، 2016، ص57.

(2) حيث نصت المادة 18 فقرة 4 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء أو الأوصياء عند وجودهم في تامين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة "

(3) زهية رابطي، مرجع سابق، ص31.

(4) وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، **المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة**،بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية، عدد 91، الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1992.

(5) تأخذ التصريحات التفسيرية مفاهيم متعددة في إطار القانون الدولي العام، فأحيانا تأخذ مفهوم التحفظ، وأحيانا أخرى مفهوم التفسير، ولقد حاولت لجنة القانون الدولي التمييز بين هذين التصرفين فيعتبر الإعلان الانفرادي تحفظا إذا كان الهدف منه هو استبعاد الطرف لبعض أحكام المعاهدة أو تعديل أثرها القانوني، أمّا إذا كان الإعلان الانفرادي ينشد إلى تفسير المعاهدة ككل أو أحكام معينة منها فقط، فهو عبارة عن إعلان تفسيري؛ مالطي فهار فائزة، مرجع سابق، ص61.

(6) المرجع نفسه، ص58.

وبالنسبة للجزائر جاء في التصريحات التفسيرية[1] الخاصة بالمادة 14 الفقرة الأولى والثانية: " أحكام الفقرة الأولى والثانية من المادة 14 ستفسرها الحكومة الجزائرية بمراعاة الركائز الأساسية للنظام القانوني الجزائري وبالأخص:

- الدستور الذي ينص في مادته الثانية على أن الإسلام دين الدولة، وفي مادته 35 على أنّه لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن لقانون الأسرة الذي ينص على أنّ تربية الطفل تتم وفقا لدين أبيه".

ولجوء الجزائر إلى إصدار إعلان تفسيري بخصوص هذه المادة بفقرتيها الأولى والثانية، أنّ الجزائر لا ترفض الالتزام المبدئي بالاتفاقية، ولكن تلتزم الحكومة بأحكام الاتفاقية وفق التفسير الذي تراه الحكومة، حيث أنّ الجزائر هي من حيث المبدأ مع فكرة حرية المعتقد لدى الطفل في اختيار الديانة، ولكن في حالة اختياره للإسلام فإنّه لا يمكنه الرجوع عن الإسلام على اعتبار أن ذلك يعتبر ردة، وهي موضع حكم شرعي في الإسلام وهذا يعتبر من صميم الخصوصية الثقافية للجزائر، والمادة الثانية من الدستور الجزائري تنص على أنّ الإسلام دين الدولة.[2]

---

[1] كما أصدرت الجزائر تصريحات تفسيرية بخصوص المواد 13 (حرية التعبير)، المادة 16 (الحق في عدم التعرض التعسفي أو غير القانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته، ولا أي مساس غير قانوني بشرفه او سمعته) المادة 17 (الحق في الإعلام).

[2] محمدي محمد، **(التصريحات التفسيرية وأثرها على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان)**، رسالة ماجستير، تخصص قانون دولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لخضر، باتنة، الجزائر، 2010-2011 ص. ص 133-134.

المبحث الثاني

حق الطفل في النسب والميراث

من الحقوق العظيمة التي أقرّتها الشريعة الإسلامية للطفل حقه في النسب، ولقد حرص الإسلام على النسب حرصا شديدا، وجعله مقصدا من المقاصد الكلية الضرورية وذلك أنّ الحفاظ عليه يعني الحفاظ على استقرار الحياة الإنسانية وتوازنها.

والنسب يطلق على معان عديدة أهمها القرابة والانتماء، فالقرابة قد تستوعب الأبناء وغير الأبناء، لكنّ النسب في أجلّي تصوراته هو النسب الذي يحمله الولد لأنّه امتداد للأب، فالأب حينما يرى أبناءه يعتبر أنه يحيا فيهم حياة أخرى.

فهذا النسب الذي بين الأب والابن (البنوة) هو جزء من النسب العام، فالنسب في عمومه شامل ولكن البنوة جزء منه وتجلّي من تجلياته.[1]

وحق الطفل في النسب له أهمية كبيرة، فهو يعتبر حقا أساسيا لأنه يتفرع منه عديد من الحقوق الخاصة بالطفل مثل حقه في الحضانة والرعاية والتربية وحقه في النفقة والميراث.

ولقد اعتنى المشرع الجزائري بموضوع النسب إلاّ أنه اختلف في تناوله لهذا الحق مع الاتفاقية الدوليه لحقوق الطفل.

وهو الحال أيضا بالنسبة لحق الطفل في الميراث فهو أيضا من الحقوق المختلف في كيفية تناولها بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

وعليه سنتناول في هذه المطالب حق الطفل في النسب في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لنقف على كيفية تناول كل منهما لهذا الحق ونبين مكامن الاتفاق والاختلاف.

كما سنتناول بنفس الطريقة حق الطفل في الميراث في كل من قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

---

[1] مصطفى بن حمزة، (النسب والبنوة)، مداخلة ألقيت ضمن الندوة الوطنية حول **(حقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي والاتفاقيات الدولية–النسب والبنوة نموذجا)**، قاعة الندوات ابن بطوطة بالقصر البلدي، طنجة، المغرب، 20 مارس 2017،تاريخ المعاينة:2018/04/06،الساعة: 19:30 الرابط الالكتروني:
https://www.youtube.com/user/chainebenhamza/playlists

المطلب الأول: حق الطفل في النسب بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري

أولت كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري أهمية بالغة لحق الطفل في النسب، غير أنهما اختلفتا في كيفية تناوله.

وما سنعالجه في هذه الفروع هو كيف تناولت كل من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري لهذا الحق ؟

الفرع الأول: حق الطفل في النسب في قانون الأسرة الجزائري

نظّم المشرع الجزائري مسائل النسب في الفصل الخامس من الباب الأول من قانون الأسرة الجزائري من المادة 40 إلى المادة 46.

وما سنعالجه في هذا الفرع هو هل هذه المواد أعطت حق انتساب الطفل إلى والديه لكل الأطفال بدون تمييز؟ (أولا)، وإذا منحت هذا الحق للطفل فما هي الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري لاحتفاظ الطفل بنسبه (ثانيا)، وهل أقّر المشرع الجزائري للطفل حق البحث عن نسبه (ثالثا)[1]

أولا: حق الطفل في الانتساب إلى والديه

من أولى حقوق الطفل على والديه هو حقه في الانتساب إليهما، حتى لا يكون الطفل مجهول النسب لا يعرف له أصل، كما أنّ ثبوت النسب للطفل بولادته حيا تترتب عنه حقوق شرعية، كالحضانة والنفقة والميراث والوصية والوقف والهبة...الخ، وحقه في الرعاية والتربية.[2] وهو ما يجعلنا نطرح السؤال التالي: هل كفل المشرع الجزائري للطفل حقه في النسب سواء ولد من زواج أو خارجه؟

1-الطفل المولود في إطار الزواج

القاعدة العامة شرعا وقانونا أنّ النسب يثبت بالفراش، ويقصد بالفراش في اللغة ما يبسط للنوم أو الجلوس.

ويقصد به من الناحية الشرعية ومن حيث الاصطلاح القانوني أنّه اسم للمرأة، وهناك من قصد به عقد الزواج [1]

---

[1] بن عثمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص82.

[2] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 31.

وقاعدة "الولد للفراش" تجد سندها في الحديث الصحيح المذكور عند البخاري ومسلم[2]، فهو حديث صحيح متفق عليه.

فقد روي عن عائشة أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن آبي وقاص، عهد إليّ أنّه ابنه، انظر إلى شبهه وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبها بيّنا بعتبة، فقال: "هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر[3]، واحتجبي منه يا سودة بنت زعمة ، قالت: فلم ير سودة قط".

فهذا الحديث عبارة عن قضاء نبوي وقد روي عن 20 صحابيا، وهو الآن يجد مكانه في كل قوانين الدول العربية، فنجد أن النسب يثبت بالفراش.[4]

وقد اعترف المشرع الجزائري بحق المولود من زواج في الانتساب إلى أبويه بشرط أن يتوافر هذا الزواج بالإضافة إلى الفراش (عقد الزواج) إمكانية الاتصال وعدم نفي الولد بالطرق المشروعة وولادة الطفل بين اقل وأقصى مدة الحمل.

وهذا المنصوص عليه في المادة 41 قانون أسرة جزائري:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" والمادة 42 قانون أسرة جزائري: "اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".

---

(1) محمد الكشبور، "**إثبات النسب في غير الزواج الصحيح**"، مداخلة ألقيت ضمن أشغال اليوم الدراسي حول موضوع: (مدونة الأسرة عشرة سنوات من التطبيق(الحصيلة والأفاق)، المنظم من طرف المكتب الجهوي للقضاء، اكادير، المغرب، ماي 2014،تاريخ المعاينة:2018/04/09،الساعة: 23:30،الرابط:(https://www.youtube.com/watch?v=IEj60b8dfnw)

(2) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، الطبعة الأولى، دار بن كثير، بيروت، لبنان، 2002، ص495.

مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم** ، الطبعة الأولى، دار طيبة ، الرياض، السعودية، 2006، ص 666.

(3) والمقصود بالحجر في هذا الحديث أن الزاني لا حق له في الولد، وليس المقصود به رجم الزاني، قال النووي:"ومعنى له الحجر أي له الخيبة ولا حق له في الولد.... وقيل المراد بالحجر هنا انه يرجم بالحجارة، وهذا ضعيف، لأنه ليس كل زان يرجم، وإنما يرجم المحصن خاصة "؛ مركز الفتوى، إسلام ويب، **معنى حديث الولد للفراش و للعاهر الحجر**، تاريخ المعاينة:2018/04/09، الساعة: 14.30، الرابط الالكتروني:
http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=173713

(4) محمد الكشبور، مرجع سابق.

أ-وجود عقد الزواج:

عرّف المشرع الجزائري الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "الزواج هو عقد يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

غير أنّ عقد الزواج الذي يعدّ أحد وسائل إثبات النسب قد يكون صحيحا كما قد يكون غير صحيح، فهل يثبت نسب الطفل في كلا الحالتين؟[1]

- **الزواج الصحيح:**

يثبت نسب الطفل المولود من الزواج الصحيح، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 40 قانون أسرة جزائري:"يثبت النسب بالزواج الصحيح".

ويعتبر الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري، إذا توافر فيه ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 9 قانون أسرة جزائري، وكذلك الشروط المذكورة في المادة 9 مكرر والمادة 23 وما بعدها، سواء كان هذا الزواج رسميا أو عرفيا، لأنّ الرسمية ليست ركنا فيه، بل وسيلة إثبات[2]، وهذا ما استقر عليه قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/19[3]: "**متى كان الزواج العرفي، متوافرا على أركانه التامة والصحيحة، فان القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاءا موافقا للشرع والقانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن**" .

- **الزواج غير الصحيح:**

يكون الزواج غير صحيح إذا كان فاسدا أو وطئا بشبهة .

والزواج الفاسد هو ما توافرت فيه أركان الانعقاد وشروطه ولكنه تخلف فيه شرط من شروط الصحة، كالزواج بغير شهود، الزواج المؤقت، جمع الرجل خمسة في عصمته، والجمع بين

---

(1) بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص83.

(2) المرجع نفسه.

(3) القرار رقم 58224، الصادر بتاريخ 1989/12/25، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر العاصمة، 1991، ص 110، نقلا عن: بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص 174.

المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها. والزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد[1].

وبناءً على ذلك فقد اعترف المشرع الجزائري بحق الطفل المولود من هذا الزواج بالانتساب إلى كلا والديه طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري:" يثبت النسب...بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

غير أنه ما يعاب على هذا النص، أنّ المشرع حصر ثبوت النسب بالزواج الفاسد على الزيجات التي تم فسخها بعد الدخول وفقا للمواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة، علما أن الحصر في مثل هذه المسائل غير موفّق، لأنه يتعارض أتم التعارض مع مصلحة الطفل، بل مع صياغة أحد حقوقه السامية وهو نسبه لأبيه لذلك وحتى تتوافر الحكمة التي توخاها المشرع عند وضعه لهذا النص، كان عليه أن يكتفي بالتخصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد بدون الإشارة إلى المواد المتعلقة به.[2]

ومن المآخذ الموضوعية أيضا على نص المادة 40 قانون أسرة جزائري التنصيص على التساوي من حيث ثبوت النسب بين الزواج الصحيح والزواج الباطل، كالزواج بإحدى المحرمات، سواء كان المتعاقد عالما بالحرمة أو غير عالم بها، مع العلم أنّ جمهور الفقهاء اعتبرو الوطء في الزواج الباطل موجب للحدّ، ولا يثبت به النسب إلاّ إذا كان الرجل غير عالم بالتحريم أي كان حسن النية.

فالزواج الباطل يثبت به النسب لكن بشرط إذا كان الزوج حسن القصد(حسن النية) أي أنّه كان يتصل بالمرأة و لا يعرف بالبطلان، أمّا إذا كان عالما بالبطلان فهو سيء النية، لذلك فإنّ حسن النية هو الذي يؤدي إلى ثبوت النسب أمّا سوء النية فلا يرتب ذلك.

والمشرع الجزائري بعدم إشارته لهذا الشرط أراد أن يضفي حماية للطفل تطبيقا لقاعدة " إحياء الولد" فأفرغ النص المتعلق بسوء النية من محتواه.[3]

أمّا نكاح الشبهة فهو النكاح الذي يقع خطأ" بسبب غلط يقع فيه الشخص، وهو يعتبر اليوم في حكم الأحداث القليلة الوقوع، و مثاله أن يتزوج إنسان امرأة زواجا صحيحا في البداية على

---

(1) حسين مهداوي، **(دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره)**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم لسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص86.

(2) حسين مهداوي ، مرجع سابق، ص87.

(3) المرجع نفسه ، ص 88 ؛ وأنظر أيضا: محمد الكشبور، مرجع سابق.

اعتقاد أنها حل له وهو حل لها، ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع مثلا، وهو بذلك يشبه إلى حد بعيد الزواج الفاسد من حيث أحكامه وآثاره.

ونكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 في مجال إثبات النسب، فالمولود من هذا الزواج ينسب إلى كلا والديه طبقا لنص المادة 40 قانون أسرة جزائري:

" يثبت النسب...بنكاح الشبهة..."[1]

وتجدر الإشارة إلى أنّ النسب لا يثبت في حالة الشبهة أو في الزواج الفاسد إلاّ بتوافر الدخول الحقيقي، وهذا ما أكدت عليه المادة 40 قانون أسرة جزائري:" يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون" [2]

خلاصة القول فإنه:

يلحق بالفراش الصحيح – كما ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية– الفراش الفاسد، فالزواج الفاسد يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب لأنّ النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد[3].

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث اعترف للطفل المولود من الزواج بحق الانتساب إلى كلا أبويه سواء كان هذا الزواج صحيحا أو فاسدا متى تخلق من نطفهما سواء تم إنجابه بالطريق الطبيعي والذي هو التلاقي الجنسي، أو عن طريق التلقيح الاصطناعي الذي أضافه المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 واعتباره وسيلة للإنجاب ينسب بها الطفل إلى والديه[4]، مع وجوب احترام الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر قانون أسرة جزائري التي جاء فيها ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

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

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص.ص 213، 2014.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص86.

[3] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي،**(إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة (دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)** أطروحة دكتوراه، دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2000 ، ص 25.

[4] بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص87.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال (الأم البديلة) ".

ب- إمكانية التلاقي بين الزوجين(إمكانية الاتصال)

والمقصود به المخالطة الجنسية بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج الصحيح، ذلك أنّ العقد وحده لا يكفي إذ لا بدّ فيه من الدخول.[1]

ولقد اتفق جمهور العلماء على أنّ إمكان التلاقي بين الزوجين وهو أحد شروط ثبوت النسب بالفراش، إلاّ أنهم اختلفوا حول مدى هذا الإمكان إلى ثلاث أقوال:[2]

- حيث اكتفى الأحناف بصحة عقد النكاح في إثبات النسب من دون اشتراط الدخول إلاّ زفر[3] .
- وذهب القول الثاني وهو للإمامية وابن تيمية إلى أنّ ثبوت النسب لا يكفي فيه مجرد العقد ولا إمكان الدخول، بل لا بد من الدخول الحقيقي.
- أما القول الثابت فهو لجمهور العلماء فاشترطوا لثبوت النسب إمكان الوطء مع العقد، ولا يشترط الدخول، وهو الرأي الراجح.

وهذا ما اشترطه المشرع الجزائري في المادة 41 قانون الأسرة الجزائري"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ج- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

إنّ هذا الشرط موجه بالخصوص إلى الزوج الذي يدرك أن هذا الطفل من صلبه، أو قبله قبولا صريحا أو ضمنيا[4]، فلا يمكن أن ينفيه بالطرق المشروعة، وهذا ما أكدته العبارة الأخيرة من المادة 41 قانون أسرة جزائري.[5]

---

[1] بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق ، ص86.

[2] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.ص 27، 28.

[3] زفر هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العمري من تميم صاحب الإمام أبي حنيفة، قال عنه ابن معين: **(زفر صاحب الرأي ثقة مأمون)**، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي وولي قضاء البصرة ومات فيها سنة 158هـ؛ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص.27.

[4] ويقول في ذلك الأستاذ فضيل سعد: "أي سواء ظهر في شكل إخبار الناس أنّ زوجته حاملا،... ويكون ضمنيا كشرائه لوازم الحمل للطفل"؛ نقلا عن لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص36.

[5] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 36.

ويقصد المشرع الجزائري بالطرق المشروعة اللعان[1]، وذلك بالرغم من أنه لم يذكر كلمة اللعان صراحة في المادة 41 قانون أسرة جزائري وأن كان قد أشار إلى معناها في نص المادة بأنه" ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه بالطرق المشروعة" غير أنه أورد عبارة اللعان حينما نص عن موانع الميراث في المادة 138 من قانون الأسرة "يمنع من الميراث اللعان والردة" [2]

ومن آثار اللعان أن يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين فورا و يتم نفي نسب الولد إلى أبيه ويبقى فقط ثبوت إلى أمه.[3]

د-ولادة الطفل بين اقل وأقصى مدة الحمل:

لإعمال الأصل الشرعي (الولد للفراش) والذي يؤسس عليه الحكم بثبوت النسب أو نفيه وضع فقهاء الإسلام حدا أدني وحدا أقصى لمدة الحمل، أمّا بالنسبة لأقل مدة الحمل فلقد أجمع الفقهاء على أنها ستة أشهر[4]، أمّا أقصى مدة للحمل فقد اختلفت المذاهب بشأنها لأنه لم يرد عليها نص لا في القران الكريم ولا في السنة النبوية المشرفة، فعند أبي حنيفة سنتان، وعند الشافعي أربع سنين، وفي فقه مالك خمس سنين، وقيل أربع، وذهب ابن حزم إلى أنها تسعة أشهر.

ولقد اعتمد الفقهاء في تحديدهم هذه المدة على أقوال من وثقوا بهم من الناس، وبما رتبه العرف في ذلك الوقت، وقد شجع من تأثير هذا الاعتقاد حرص الفقهاء على اتخاذ موقف بالغ الاحتياط عند الحكم بنفي النسب لما له من آثار سيئة، حيث يؤدي إلى ضياع الولد وحرمانه من الحقوق الشرعية، فضلا عن تعلق الأمر بمسألة الأعراض.[5]

---

(1) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 210.

(2) حميد زقاوي،"**عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الثالث، (ديسمبر 2016)، ص 103.

(3) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 210.

(4) وسندهم في ذلك قوله تعالى: (وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا) سورة الأحقاف الآية 15، وقوله تعالى: (وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ) سورة لقمان الآية 14، ووجه الاستدلال من هاتين الآيتين أن الآية الأولى تدل على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا، والآية تدل على أنّ مدة الرضاعة حولان، وبضم الاثنين إلى بعضهما البعض وإسقاط مدة الرضاعة يكون الباقي للحمل ستة أشهر؛ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص32.

(5) المرجع نفسه، ص.ص 32 . 34.

أمّا المشرع الجزائري فقد اعتبر أنّ أقل مدة الحمل ستة أشهر مسايرا في ذلك ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، أمّا أقصى مدة الحمل فقد حسم المشرع الجزائري الخلاف السائد لدى الفقهاء حول هذه المدة بأن حدّدها بعشرة أشهر واستند في ذلك إلى رأي الأطباء المتخصصين في علم الأجنة، وهو الظاهر في نص المادة 42 من قانون أسرة جزائري:"اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"[1]

وهو ما يعتبر حماية أقرّها القانون للطفل لكي يحفظ نسبه ولا تختلط الأنساب، ولكي لا يتحمل الزوج خيانة الزوجة بان يستر عليها وينسب الطفل غير الشرعي إليه، وأيضا لكي لا ينفي الزوج نسب الطفل إليه، وبالتالي يسقط هذا الحق عن ولده الشرعي.[2]

وهو ما ذهبت إليه أيضا مختلف قرارات المحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 1985/12/30 [3] الذي جاء فيه:"**حيث أنّ الافتراض لا يقبل في القضاء وحيث أنّ الشريعة الإسلامية أفرضت بأنّ أدني الحمل ستة أشهر وانّ أقصاها عشرة شهور**

وحيث أنّ الولد المتنازع من اجله ولد في مدة ستة أشهر وخمسة عشر يوما بعد البناء بأمه، وحيث أنّ هذا الوجه مؤسس يستوجب معه نقض القرار المنتقد".

والقرار الصادر بتاريخ 1998/11/17[4] الذي جاء فيه "**من المقرر قانونا، أنّ اقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.**

ومتى تبين –في قضية الحال– أنّ مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة، لان الزواج تم في 1994/05/02، والولد قد ولد في 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية، لا يؤخذ به لان الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار.

---

(1) لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص38.

(2) المرجع نفسه، ص39.

(3) القرار رقم 39664 الصادر بتاريخ 1985/12/30، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، غير منشور، الجزائر العاصمة؛ نقلا عن: بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص185.

(4) القرار رقم 210478، الصادر بتاريخ 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، **مجلة الاجتهاد القضائي**، عدد خاص، الجزائر العاصمة، ص85؛ نقلا عن: بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص184.

وعليه فان قضاة الموضوع، كما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأنّ النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، طبقوا صحيح القانون، ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن.)

2-الطفل المولود خارج إطار الزواج (الطفل غير الشرعي):

يعد الأبناء ثمرة الرباط المقدس بين الزوجين، والولد الذي يولد على فراش الزوجية الثابتة ينسب للزوجين دون الحاجة لاستلحاقه، ولكن طبيعة الإنسان النقص والخطأ، لذا فقد ينحرف الإنسان عن منهج الله القويم، فتنشأ علاقة بين الرجل والمرأة على نحو يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية فيتورط في ارتكاب جريمة الزنا، وقد يترتب على تلك الجريمة أن تحمل المرأة حملا يفضي إلى إنجاب ولد الزنا أو الولد غير الشرعي[1]، فالطفل غير الشرعي إذن هو نتاج علاقة غير شرعية أي خارج إطار الزواج سواء كانت العلاقة عن تراض أو إكراه أو اغتصاب.[2]

فهل يعترف المشرع الجزائري للطفل الناتج هن هذه العلاقة غير الشرعية والتي هي الزنا بحق نسبه إلى والديه؟[3]

قبل أن نبين موقف المشرع الجزائري فان جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ذهبوا إلى أنّ ابن الزنا لا يلحق بالفاعل[4]، بل يثبت نسبه من أمه فحسب، ودليلهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم:"الولد للفراش وللعاهر

---

(1) ويسمى أيضا بالطفل الطبيعي وهو مصطلح أطلقه التشريع الفرنسي في نهاية القرن 19م، بلبشير يعقوب، **(حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية)**، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2012-2013، ص1

(2) على عكس اللقيط أو مجهول النسب، الأصل فيه أنه ابن شرعي ما لم يثبت انه ابن زنا، حيث يعرف مجهول النسب على أنه الطفل الذي يعثر عليه في الدولة لوالدين مجهولين، وأما اللقيط يعرف على انه اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو إقرارا من تهمة الريبة أي الزنا، المرجع نفسه، ص3.

(3) بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 88.

(4) وهناك قول ثاني ذهب إلى أن ابن الزنا يلحق بالفاعل إذا ادعاه ولا فراش يعارضه واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ) الآية 5 سورة الأحزاب، ولقد رد على ذلك الدكتور مصطفى بن حمزة بان الآية التي استدلوا بها أخذت مجتزأة لا يستبين معناها إلاّ بردها و وصلها مع ما سبق، وسياقها الذي جاء فيه هو النهي عن التبني والله تعالي يقول: (مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ) ثم يقول تعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ). وهو تصحيح لأمر كانوا عليه وهو نسبة الطفل لغير أبيه، فالآية التي استدلوا بل ليست في موضعها، كما أن الأخذ بهذا الرأي الذي ينسب الولد إلى أبيه من الزنا يلغي الفرق بين الولد الذي ولد في العقد الشرعي ومن لم يولد كذلك فإذا كان له كل حقوق البنوة الشرعية إذن لأصبحت كل الاتصالات الجنسية مباحة وهذا لم يقبل به احد من الفقهاء؛ انظر بلبشير يعقوب، "**نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الرابع، (نوفمبر 2017)، ص121، وأنظر أيضا: مصطفى بن حمزة، مرجع سابق.

الحجر". وما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم :"لاعن بين رجل وامرأة، وانتفى من ولده، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة"[1]، كما استدلوا بدليل المعقول:

1-أنّ ماء الزنا هدر، لا حرمة له، فلا يرتب أثرا.

2-أنّ النسب نعمة والزنا نقمة و جريمة يجب أن لا يكافأ بنسب أو غيره.

3-أن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال، فلو ألحقنا الولد به، لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها أو رضا أهلها أن يصيبها، ويكون الولد له فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده.[2]

والمشرع الجزائري ذهب مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية فأقرّ ثبوت نسب الطفل الناتج عن الزنا إلى أمه، فبالرغم من انه لم ينص على هذا صراحة، إلاّ انه يستنتج من باب المخالفة للمواد 40 و 41 من قانون الأسرة الجزائري التي اشترطت لثبوت نسب الطفل من أبيه وجود عقد زواج صحيح أو شبهته، وبالتالي فان الطفل ينسب إلى أمه في كل الأحوال وهو ما يتفق مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.[3]

ثانيا: حق الطفل في الاحتفاظ بنسبه

الأصل أنّ من تلده الزوجة حال قيام الزوجية ينسب لزوجها لقوله صلى الله عليه وسلم:"الولد للفراش وللعاهر الحجر"، متفق عليه، إلاّ إذا لم يكن ممكنا أن يكون هذا الولد منه كما لو ولدته بعد الزواج لمدة اقل من ستة أشهر، فيحق للزوج نفي نسب الطفل إليه. وهذا ما يهدد الطفل بفقد احد أهم عناصر هويته، وهنا يطرح السؤال التالي: ما هي الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري حتى يحتفظ الطفل بنسبه؟ [4]

1-شروط نفي الولد

منع الإسلام المساس بالنسب نهائيا، ولا يبطل نسب الطفل إلاّ بأمر استثنائي نادر وهو اللعان[5] بين الزوجين، وعدّ الإسلام مجرد التهمة بالنسب أو التشكيك فيه موجبا لحد القذف

---

(1) أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، ص. 1355.

(2) بلبشير يعقوب، "**نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية**"، مرجع سابق، ص 121.

(3) بن عصمان نسرين إيناس ، مرجع سابق، ص89.

(4) المرجع نفسه، ص91.

(5) وصور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي صورتان: أحدهما دعوى الزنا، الثاني: نفي الحمل؛ محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1415 هـ، ص215.

الثابت بالكتاب: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) سورة النور الاية4[1]، بل إن الشريعة الإسلامية تُغلّب جانب الاحتياط في باب لحوق النسب، بحيث انه لو وجد احتمال ولو ضعيف لإلحاق الولد بالزوج ألحقته به ونسبته إليه، حتى ولو أقرّت المتزوجة على نفسها بإنجاب أولاد من الزنا، فإنّ ذلك وحده لا ينفي نسبتهم من أبيهم صاحب الفراش، ما لم ينفهم هو باللعان.

والرسول صلى الله عليه وسلم أظهر الوعيد الشديد في قوله:" وَأَيُمَا رَجُلٌ جَحْدٌ وَلَدُهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ الله مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الأَوَّلِينَ وَالآخِرِينَ" رواه أبو داود، وجاء في عون المعبود عند شرح هذا الحديث:"جحد ولده أي أنكره ونفاه، وهو ينظر إليه أي الرجل ينظر إلى الولد، وهو كناية عن العلم به بأنه ولده أو الولد ينظر إلى الرجل، ففيه إشعار إلى قلة شفقته ورحمته، وفضحه أي أخزاه على رؤوس الأولين والآخرين"[2]. وفي كل ذلك حماية لنسب المولود.

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

1-أن يكون الطفل ناتج عن زواج صحيح، حيث يشترط لإجراء اللعان قيام الزوجية بين الرجل والمرأة وأن يكون الزواج صحيحا (دخل الزوج بالمرأة أم لم يدخل) ، لقول الله تعالى:(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) سورة النور الآية 6 فانه سبحانه وتعالى خصّ اللعان بالأزواج، فيدل ذلك على أنّ قيام الزواج شرط لإجراء اللعان بين الرجل والمرأة.

فمتى تم الزواج، وأمكن الاتصال بين الزوجين، ومضت المدة الكافية وهي 6 أشهر، يثبت نسب المولود من الأبوين معا ولا يجوز نفي الولد هنا إلاّ بالطرق المشروعة، وهذا ما جاءت به المادة 41 قانون أسرة جزائري التي نصت على انه"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" فيستطيع الزوج أن يعلن إنكاره لنسب حمل أو ولد زوجته عن طريق إثباته أن الطفل لم يكن منه، كأن يثبت أنه كان غائبا، أو أن يقدم شهادة طبية تثبت عقمه، أمّا إذا لم يستطع إثبات دعواه أمام القضاء يلجأ إلى اللعان، وإن كان المشرع الجزائري لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 قانون أسرة

---

[1] أوان عبد الله الفيضي،"**حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)**"، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، العراق، العدد 32، 2013، ص9.

[2] نقلا عن مركز الفتوى، إسلام ويب، **اللعان و أحكام الملاعنة**، تاريخ المعاينة 2018/04/19، الساعة: 22:18، الرابط الالكتروني:http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=59172،

جزائري، غير أنّ عبارة اللعان وردت في المادة 138 قانون أسرة جزائري:"يمنع من الإرث اللعان والردة" [1]

2-الفورية: وذلك بأن ينفي الزوج الولد عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود، وهذا عند أبي حنيفة، ولم يرو عنه في ظاهر الرواية تقدير هذه المدة بزمن معين، بل جعل تقديرها مفوضا إلى رأي القاضي لأنّ نفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه، إذ ربما ينفي نسبه وهو منه، أو يعترف به وهو ليس منه، وكلاهما لا يحل شرعا، وعلى هذا لابدّ من إعطاء الزوج مدة يفكر فيها ويتروى، وهذه المدة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فلا يمكن تحديد زمن يطبق بالنسبة لجميع الأفراد والحالات، فيجب تفويض ذلك إلى القاضي.

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسين: نفي الولد يتقدر بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما. وذهب المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة إلى أن التعجيل شرط لنفي الحمل أو الولد عن الزوج، فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه، ثم أراد أن ينفيه باللعان، فانه لا يمكّن منه ويحد حد القذف، سواء طال زمن سكوته كالشهر أو قصر كاليوم واليومين، إلاّ أن يكون سكوته لعذر.[2]

وهذا الشرط أخذت به العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا وقد جاء في إحدى هذه القرارات: القرار الصادر بتاريخ 1997/07/08 [3] "**من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المستقر عليه قضاء، أنّ مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام**".

كذلك القرار الصادر بتاريخ 1997/10/28 الذي جاء فيه:"**ومن المستقر عليه قضاءا، انه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان، في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل**"[4]

---

[1] بن عصمان نسرين إيناس ، مرجع سابق، ص92.

[2] **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الجزء الخامس والثلاثون، الطبعة الأولى، دار الصفوة،الكويت، 1995 ص 262.

[3] القرار رقم 165408، الصادر بتاريخ 1997/07/08،غرفة الأحوال الشخصية،المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي،عدد خاص، الجزائر العاصمة، ص66 ، نقلا عن بلحاج العربي ، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا** ، مرجع سابق، ص177.

[4] القرار رقم 172379، الصادر بتاريخ 1997/10/28،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي،عدد خاص،الجزائر العاصمة، ص70، نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص 177.

3-عدم الإقرار: يشترط ألاّ يكون الزوج أقرّ بالولد صراحة أو دلالة، مثال الإقرار صراحة أن يقول الرجل: هذا ولدي، أو هذا الولد مني، ومثال الإقرار دلالة أن يقبل التهنئة بالمولود أو يسكت عن التهنئة، ولا يردّ على المهنئ، لأنّ العاقل لا يسكت عادة عند التهنئة بولد ليس منه، فإذا سكت كان سكوته اعتراف بالنسب دلالة.

وعلى هذا لو أقرّ الزوج بالولد صراحة أو دلالة، أو سكت عن نفي نسب حتى مضت مدة التهنئة، أو أكثر مدة النفاس، أو حتى مضت مدة يمكنه النفي فيها ولم ينفه ثم نفى نسبه لا ينتفي نسب الولد منه، لأنّ سكوته عن النفي حتى مضت هذه المدة يعتبر إقرار منه بالولد، والإقرار بالنسب لا يصح الرجوع فيه.[1]

فإذا توافرت هذه الشروط، فيمكن للزوج أن يدعي إنكاره لنسب الطفل الذي جاءت به زوجته، ولا يتم اللعان إلاّ بموجب حكم قضائي، فإذا تم اللعان تم التفريق بين المتلاعنين وصارت الحرمة بينهما مؤبدة وهو ما اتفق عليه الفقهاء، ولم يخالف في ذلك أحد وإن اختلفوا في بعض التفاصيل.[2]

2-آثار اللعان على نسب الطفل

إذا تم اللعان بين الزوجين ترتب عليه انتفاء نسب الولد عن الزوج وألحق بأمه.[3]

وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري في العديد من القرارات القضائية منها القرار الصادر بتاريخ 1991/01/23: "**من المقرر شرعا وقانونا، انه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين**" [4]

والمشرع الجزائري وإن أضاف في التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري الطرق العلمية الحديثة في مجال إثبات النسب بموجب المادة 40 قانون أسرة جزائري، إلاّ انه بخصوص نفي النسب المنصوص عليه في المادة 41 قانون أسرة لم يشر إليها، وهذا لا يعد نقصا في التشريع ولا جمودا في الشريعة الإسلامية إذ أنّ الفقهاء، لمّا لم يجوّزوا استخدام البصمة

---

(1) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 263.

(2) سهير سلامة حافظ الأغا، **(قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر)** ، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة،فلسطين، 2010، ص31.

(3) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 261.

(4) القرار رقم 69798، الصادر بتاريخ 1991/09/23، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، الجزائر العاصمة،1994، ص66، نقلا عن بلحاج العربي، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا**، مرجع سابق، ص 182.

الوراثية في نفي النسب وتقديمها على اللعان[1]، كان عن فهم منهم وهو الفهم الذي لا يتأتى لعوام الناس:

- فاللعان يبقي الستر على الأسرة، لأنه حتما عند وقوع اللعان فأحد الزوجين كاذب ويبقى الأمر مشكوكا فيه والأبناء لا يهتزون نفسيا، أمّا البصمة الوراثية فيها تحقيق ويقين وبالتالي فالأبناء سيحملون دائما حقيقة أنّ أمهم كانت تخون أباهم، بعكس اللعان فلا أحد يتأذى لأنّ الأمر محمول على الصدق أو الكذب، فاللعان يؤدي إلى استقرار الأسر والى حفظ كرامة الأبناء فلا يجب أن يكون التفكير منحصرا في الزوج والزوجة بل لا بد أن تكون الأولوية للأبناء لذلك كان اللعان أفضل في عدم إلحاق الأذى بالأبناء وفيه ستر للزوجين.[2]
- أنّ في عدم الأخذ باللعان إضرار بالولد وحرمانا له من حقوقه المضمونة له في اللعان، والتي تتلخص في:
- بقاء فرصة استلحاقه بعد اللعان إذا ندم الزوج و أكذب نفسه فانه يُحَدّ ويلحق به الولد وهذا بخلاف الخبرة فإنها تفوت عليه هذه الفرصة إذا تبين انه ليس من الزوج فانه لا يمكنه استلحاقه مستقبلا.
- حمايته من القذف كما ورد في حديث ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم "قضى أن لا ترمى الملاعنة ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه حد"، لأنه لا يعرف من الكاذب الزوج أو الزوجة إذا التعنا.

أما إذا أجريت الخبرة وتبين انه ليس من الزوج، فلا يبقى شك في اتهام أمه بالزنا.[3]

---

[1] وهو القرار الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ 2002/01/10 والذي جاء فيه"لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"؛ نقلا عن موقع الإسلام اليوم (http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4627.htm) تاريخ المعاينة 2018/04/21، الساعة 19.18.

[2] مصطفى بن حمزة، مرجع سابق .

[3] محمد التاويل، **موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه**، مطبعة انفو–برانت، فاس، المغرب، 2007، ص43.

ثالثا: حق الطفل في البحث عن نسبه

إنّ المشرع الجزائري لم يأتي بنصوص صريحة منظمة لهذا الحق، إلاّ أنّ ثبوت نسب الطفل من أمه يثبت في كل الأحوال، وبالتالي فان المشرع الجزائري يعترف للطفل المجهول النسب بان يبحث عن نسبه من أمه حتى ولو كان ابن زنا.

إلاّ أنّ المشكل المطروح هو بالنسبة للطفل المولود تحت اسم مجهول، ففي هذه الحالة فان الأم لم تعترف بهذا الطفل، أي تنازلت عن نسبه، فنظريا يمكن لمن ولد تحت اسم مجهول البحث عن نسبه من أمه، غير انه يستحيل عليه إثباته من الناحية الواقعية لأنّ المعلومات المتعلقة بولادته تعتبر سرية ويمنع الاطلاع عليها إلاّ إذا قررت أمه الاعتراف بنسبه صراحة[1]. والمشرع الجزائري قصد من ذلك حماية الطفل وسلامته، لأنه في غالب الأحيان تقوم الأم التي لا ترغب في هذا الطفل من التخلص منه إذا لم يسمح لها بولادته سرا.[2]

أمّا بالنسبة لحق الطفل في البحث عن نسبه من أبيه، فان المشرع الجزائري وباستقراء المادة 41 قانون أسرة جزائري التي تنص على انه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

فإنه لا يقرّ ثبوت نسب الطفل من أبيه إلاّ إذا كان الزواج شرعيا، وبالتالي فانّ نسب ابن الزنا يعتبر غير مقبول.

ويكون المشرع الجزائري بذلك قد تبنى موقف جمهور الفقهاء.[3]

والفقه المالكي يقول قولا واحدا أنّ الابن غير الشرعي ليس له نفس حقوق الابن الشرعي فلو كان غير ذلك إذن ما معنى أن نفرق بين الابن الشرعي وغير الشرعي ومنه فكل أنواع الاتصالات الجنسية أصبحت مباحة.[4]

فالذين ينادون بإلحاق أبناء الزنا بآبائهم والاعتراف بنسبهم إنقاذا لهؤلاء الأطفال إذ أنهم أبرياء ولا ذنب لهم فيما وقع، وأنّ حرمانهم من النسب هو عقاب لهم بجريمة ارتكبها غيرهم وهذا الأمر يتنافى وقول الله تبارك وتعالى:"وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى" ، فهذه الشبهة زيادة على أنها مفتقرة إلى دليل شرعي من كتاب أو سنة، فإنها تتضمن نقدا مبطنا للإسلام وشرائعه، وتوجه له

---

(1) بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 94.

(2) المرجع نفسه، ص 90.

(3) بن عصمان نسرين ايناس، مرجع سابق، ص 95.

(4) مصطفى بن حمزة، مرجع سابق.

اتهاما بظلم أبناء الزنا إذ حرمهم من النسب ولم يعترف ببنوّتهم لمن ولدوا من أصلابهم، إلاّ أنّ هذه الأمور كلها لا أساس لها من الصحة لاعتبارات كثيرة منها:

- إن هذه المصلحة التي ينادون بها من إنقاذ أطفال لا ذنب لهم تعارضها مفسدة أرجح منها فالاعتراف بنسب أولاد الزنا وإثباته يؤدي إلى انتشار الزنا ويشجع عليه لأنّ الزانية لن يبقى أمامها ما تتخوف منه إن هي علمت بأنّ ولدها الذي ستلده من الزنا سيلحق أباه الزاني وينسب إليه وبالتالي سيترتب على ذلك حقوق البنوة من ارث وغيرها تماما كما هو الشأن بالنسبة للابن الشرعي مع أبيه الذي ولد على فراشه.
- إنّ العمل بهذا الاعتبار سيؤدي إلى التسوية بين النكاح والسفاح في ثبوت النسب ولحوق الولد وبالتالي لن يكون هناك فرق بين الحلال المشروع والحرام الممنوع، وبذلك لن يبقى لتحريم الزنا أية فائدة، ولا فائدة حتى من الوقوف عندها في آيات القران الكريم.
- أنّ عقوبة قطع نسب ولد الزنا وعدم إثباته يقصد بها الزاني نفسه الذي كان سببا في ولادة الولد، وهذا الأمر يدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ، فالزاني هو من يحرم ثمرة وفائدة عمله إذ الوالد هو المستفيد في الغالب من ولده دينيا وعاطفيا وماديا، ينفق عليه إذ افتقر، ويخدمه إذا عجز ويدعوا له ويترحم عليه إذا مات، فإذا ما قطع نسب ولد الزنا فان أباه الزاني يحرم من هذه المنافع ويخيب سعيه.[1]

أمّا وسائل اثبات النسب فيقول ابن قدامة في كتابه المغني:"فإنّ النسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ويَلزم من ذلك التشديد في نفيه،و أنّه لا ينتفي إلاّ بأقوى الأدلة".[2]

ونص المشرع الجزائري في المادة 40 قانون أسرة:"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/12/15 [3]: "**كما أنّ إثبات**

([1])محمد التاوبل، مرجع سابق، ص.ص. 96. 97.

([2])محمد بن قدامة، الجزء الثامن،مرجع سابق ، ص 374.

([3]) القرار رقم 202430، الصادر بتاريخ 1998/12/15، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 1999، ص 122.

النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الانكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد".

فالشرع والقانون فتحا الأبواب للإثبات وضيقا وسائل النفي، وفي إطار قانون الأسرة الجزائري هناك خمس حالات يثبت بها النسب زيادة على الزواج الصحيح هناك وطء الشبهة و الزواج الفاسد والإقرار والبينة وأخيرا الوسائل العلمية، و ذلك متى تحققت الشروط المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية .

1-ثبوت النسب بالإقرار:

الإقرار هو الاعتراف ومنه قوله تعالى :" وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ" سورة التوبة الآية 102، أي أقرّوا. [1]

وهو بذلك إخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه[2]، وهو نوعان: [3]

1-إقرار بنسب على المقر، وهو الإقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له وهي الأبوة والبنوة والأمومة.

2-إقرار بنسب على غير المقر، وهو الإقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له كما إذا أقرّ شخص لآخر أنّه أخوه أو عمه، وبعبارة أخرى إقرار فيه تحميل النسب على الغير مثل إقرار الإنسان أن فلانا أخوه، فانه يقتضي أن يكون المقر له ابنا لوالد المقر أولا إذا صح الإقرار، ثم ينتج عنه أن يكون المقر له أخا للمقر ولسائر إخوته.[4]

النوع الأول:الإقرار بالبنوة أو الأمومة أو الأخوة

فالنوع الأول من الإقرار بالنسب هو إقرار بأصل النسب أي حمل النسب على نفس المقر لأنّ القاعدة أنّ المقر يعامل بإقراره، كالإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة والزوجية، وهذا النوع يثبت

---

[1] أبي عبد الله محمد بن احمد بن أبي بكر القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، ص352.

[2] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص 47.

[3] الشحات إبراهيم محمد منصور،**حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2011، ص35.

[4] أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص35.

الزواج الصحيح والفاسد والباطل و نكاح الشبهة تم تناولها ضمن الفرع الأول المتضمن حق الطفل في الانتساب إلى والديه.

النسب به من غير حاجة إلى بيان السبب من زواج أو اتصال بشبهة، لأنّ الإنسان له ولاية على نفسه فيثبت بإقراره النسب متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته.[1]

كما أنّ الفقهاء وضعوا قاعدة شرعية تقضي بما يلي: "الشرع متشوف للحوق الأنساب" معناه أن الشرع يهمه أن يكون الولد داخل المجتمع منسوبا إلى أب معين لا أن يكون بدون أب ولهذا فتح الفقهاء الباب للإثبات وضيقوا كثيرا بالنسبة للنفي[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه القاعدة الشرعية لا تصلح إلاّ في حالة الإقرار ومع توافر الشروط، فالشريعة الإسلامية توّاقة للنسب الصحيح وليس لكل نسب وهو ما يفسر عدم اعتراف الإسلام بالتبني.[3]

فمن أقرّ بأنّ هذا الولد ابنه ثبت له نسب الولد منه وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء من ارث ونفقة وغيرها إذا توافرت الشروط الخاصة به، كما يستتبع ذلك أنّ أولاد المقر يكونون إخوة لهذا الولد، وأنّ أب المقر يكون جدا له، وأنّ أخوات المقر وأخواته عمّات وأعمام له.[4]

ولقد اشترط الفقهاء لهذا النوع من الإقرار جملة من الشروط هي: [5]

1-أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب، فان كان له أب معروف لا يصح الإقرار.

2-أن يكون المقر له مما يولد مثله لمثل من يقر بنسبه، فان لم يكونا كذلك فلا يصح الإقرار، فلو كان عمر المقر ثلاثين سنة مثلا وعمر المقر له مثل ذلك أو أكثر أو اقل بقدر يسير فانّ كذب الإقرار ظاهر فلا يثبت النسب "فالممتنع عادة كالممتنع حقيقة" .

3-أن يصادقه الولد المقر له إن كان مميزا، لأنّ إقراره يتضمن الدعوى بأنّ الولد ابنه فلا بدّ من البينة أو المصادقة، فإن كان المقر له طفلا غير مميز أو جنينا حيا ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق، لأنه ليس أهلا للتصديق من ناحية، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة فلا يتوقف على التصديق من ناحية ثانية، ثم إذا أنكر هذا النسب بعد أن ولد أو كبر لا يُسمع منه، لأنّ النسب متى ثبت لا يَقْبل الإبطال من الأب أو الابن من ناحية ثالثة .

---

[1] أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص35.

[2] محمد الكشبور، مرجع سابق.

[3] مصطفى بن حمزة، مرجع سابق.

[4] أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص.35.

[5] الشحات إبراهيم محمد منصور، مرجع سابق، ص.35، وانظر أيضا: أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص.36.

4- ألا يصرح المقر بأنّ الولد ابنه من الزنا، لأنّ الزنا لا يثبت النسب منه، فالنسب نعمة لا ينال بالمحظور.

وقانون الأسرة الجزائري لم يخالف الشريعة الإسلامية في هذا المجال فقد نصت المادة 44 قانون أسرة "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة".

فزيادة على الشروط السابقة التي تبناها المشرع الجزائري في نص المادة 44 فقد أعطى للمرأة حق الإقرار بالولد[1].

فان لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد، ثبت نسب الولد بإقرارها منها إذا لم يكن له أم معروفة، وكان ممن يولد مثله لمثلها، وصدق الولد في إقرارها إن كان مميزا، ولا يمنع من أمومتها له أن تقر بأنه ابنها من غير زواج شرعي، لأنّ ولد الزنا يثبت نسبه من أمه بطبيعة الحال، بخلاف ما لو أقرّ الرجل انه ابنه من الزنا، فانه لا يثبت نسب الولد بإقراره، لأنّ نعمة النسب لا تنال بهذا الطريق المحرم.

فان كانت المرأة المقر بالأمومة ذات زوج أو في عدة زواج، وجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على إقرارها هذا ا و أن تثبت أنّ هذا الولد قد ولد على فـراش الزوجيـة وحينئذ يثبت نسبه منها.[2]

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراها الصادر بتاريخ 1988/12/19 [3] والذي جاء فيه: "**من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض.**

---

[1] إقرار المرأة بالولد هو محل خلاف بين الفقهاء وقد انقسموا في ذلك إلى ثلاثة أقوال: القول الأول وهو قول المالكية والشافعية ويذهب إلى عدم صحة إقرار المرأة بالولد مطلقا لأنّ الأصل في نسب الولد للأب (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ) سورة الأحزاب الآية 5.

القول الثاني: وهو قول الظاهرية وبعض الشافعية وذهب إلى صحة إقرار المرأة بالولد مطلقا.

القول الثالث: وهو قول الحنفية وهو الراجح في مذهب الحنابلة ورواية عن الزيدية وهو إذا كانت المرأة فراشا لزوجها فلا يصح إقرارها إلاّ بتصديق الزوج أو إقامة البينة على الولادة، وان لم تكن فراشا صح إقرارها ويلحقها نسب الولد؛ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص 52.

[2] أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 36.

[3] القرار رقم 51414، الصادر بتاريخ 1988/12/19، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر، العدد الثالث، الجزائر العاصمة، 1991، ص53.

حيث جاء في المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار"، وتنص المادة 44 من قانون الأسرة:"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة".

لذلك فما ذهب إليه المجلس كان صحيحا موافقا لقانون الأسرة إذ أنّ المرحومة (ب ي ف) اعترفت بان السيد (ب ي أ) هو ابنها وأنّ اعترافها كان صحيحا وليس من حق أي إنسان آخر أن يتدخل في ذلك وبرجوعنا إلى القرار المطعون فيه نجد قضاة الموضوع أسسوه تأسيسا قانونيا وموافقا لقانون الأسرة لذلك تعيين رفض الوجه وبالتالي رفض الطعن".

النوع الثاني :الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة:

أمّا النوع الثاني وهو الذي يتضمن تحميل النسب على الغير، كأن يقر شخص بأخوة فلان أو عمومته أو أنه جده أو ابن ابنه، ففيه تحميل النسب على غير المقر أولا، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر، أي إذا أقر شخص أنّ فلان أخوه اقتضى ذلك الإقرار في أول أمره أن المقر له ابن لأب المقر واقتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر[1].

ويرى جمهور الفقهاء عدم صحة هذا الإقرار لأنّ فيه تحميلا للنسب على الغير، أمّا في حق المقر فانّ هذا الإقرار يعتبر صحيحا عندهم إذا تمت مصادقة المقر له على هذا لأنّ إقرارهما حجة عليهما.[2]

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الإقرار في نص المادة 45 قانون أسرة :"الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

فلصحة هذا الإقرار وجب أن يتوافر إلى جانب الشروط السالفة الذكر في النوع الأول، أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا إليها وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار.

ففي حالة الأخوة، إن قال هذا أخي نشأت بينه وبين ذلك الشخص قرابة أخوة، ولكن نسب الشخص من أبيه لا ينشأ إلاّ إذا اعترف بها الأب نفسه وقال: "صحيح قوله" أو "صدق".

فثبوت الإقرار بالأخوة معلّق على تصديق المحمول عليه (أي الأب) على هذا الإقرار، وبالتالي إن لم يصادق المحمول عليه فيبقى للمقر إن أصرّ على إقراره أن يرفع دعوى أمام القضاء

---

[1] أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 37.

[2] عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، مرجع سابق، ص 54.

يدعمها بالبينة لتثبيت النسب وباللجوء للخبرة بواسطة الطرق العلمية المستحدثة كطريقة من طرق إثبات النسب.

وفي حالة العمومة، إن قال هذا عمي فانّ العمومة تنشأ بين المقر بها وبين المقر له، ولكن لا تلزم الجد إلاّ إذا وافق على هذا الادعاء ولم يكذبه، وأن يقيم المقر البينة على إقراره، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري:"الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ".

فآثار ثبوت النسب بالإقرار بالبنوة وبالإخوة والعمومة فيها حالتان:

الحالة الأولى: عندما يقع التصديق من الأب أو الجد تنتج آثار قانونية من توارث ونفقة...الخ.

الحالة الثانية: عندما لا يقع التصديق من الأب أو الجد في إقراره، فالنسب من الأب عند الأخوة ومن الجد عند العمومة لا يلزم من أنكر منهما وكذبه، وإنما يلزم فقط من أقرّ بالإخوة والعمومة.[1]

2-ثبوت النسب بالبينة (الشهادة)

تعدّ البينة أو الشهادة الطريقة الثالثة لثبوت النسب، فإذا لم يكن للنسب فراش يثبت له أو إقرار، تعين إثباته بوسيلة أخرى هي إقامة البينة عليه.

وتعدّ البينة أقوى حجّة وسبيلا لإثبات النسب فالثابت بها من الأنساب أقوى من الثابت بالإقرار لأنّ البينة أقوى الأدلة، وعلى هذا كان الرجل الذي يدّعي نسب آخر ويقيم بينة على دعواه أحقّ من الذي يقر بنسبه، لأنّ النسب و إن ظهر بالإقرار لكنّه غير مؤكد، فاحتمل البطلان لأنها أقوى منه.[2]

وتمتاز البينة عن الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه وحده، بل قد تثبت في حقّه وحق غيره، أمّا الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره.[3]

والبينة المثبتة للنسب هي أن يشهد شهود مثلا بإثبات نسب الابن إلى الأب، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى: " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ " سورة البقرة الآية 282، فإذا ادعى شخص بنوة

---

(1) بن عصمان إيناس نسرين، مرجع سابق، ص.ص 97 ، 98.

(2) أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص42.

(3) بن عصمان إيناس نسرين، مرجع سابق، ص99.

آخر أو أبوّته أو أمومته أو ادعى أنّ فلانا أخوه أو عمّه وأنكر المدعى عليه فللمدعي أن يقيم البينة على دعواه، فان أقامها ثبتت له قرابة النسب التي ادعاها وثبتت له كل الآثار الشرعية التي تترتب عن هذه القرابة.[1]

مع ضرورة ملاحظة أنّ إثبات النسب بالبينة لا يمكن أن يتصور إلاّ في الحالة التي يكون فيها الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد، أمّا إذا كانت قد جمعت بينهما علاقات غير شرعية ونتج عن هذه العلاقات ولد ثم وقع النزاع بشان واقعة ولادته أو بشأنه هو في ذاته، فلا يمكن إثبات نسبه إلى أي شخص بأية بينة كانت.[2]

3-ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة

لقد استحدث المشرع الجزائري الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب، بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل لقانون الأسرة إذ نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 40 قانون أسرة جزائري:"ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

غير أنّ هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها، ذلك أنّ البحوث العلمية أثبتت وجود نوعين من الطرق العلمية، يتصف الأول منها بكونه قطعي الإثبات، إذ توصل العلماء إلى اعتبار كل من البصمة الوراثية ADN ونظام HLA والذي يتصل بالمناعة طرقا علمية لإثبات النسب بصفة قطعية واحتمال الخطأ فيها ضئيل جدا. أما الثاني فلا يرقى إلى ذلك على أساس انه ظني الثبوت يعطي مجرد احتمالات ومنها نظام ABO لفحص الدم.[3]

غير انه بالاطلاع على القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/03/05 [4] نجده يقرر انه "**يمكن تطبيقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)**".

ومنه نستشف أن الطرق العلمية المقصود بها هي البصمة الوراثية (ADN).

---

[1] أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 41.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص218.

[3] بن عصمان إيناس نسرين، مرجع سابق، ص 101.

[4] القرار رقم 355180 الصادر بتاريخ 2006/03/05، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 2006، ص 469.

أمّا مكانة البصمة الوراثية من بين الوسائل الشرعية الأخرى لإثبات النسب، فيرى جانب من الفقهاء المعاصرين، أنّ حجية البصمة الوراثية تكون كحجية القيافة[1]، إذ يستند إليها بعد الفراش والبينة والإقرار ولا تتقدم عليهم، لأنّ هذه الوسائل من الإثبات هي الطرق التقليدية التي أجمعت الأمة منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم إلى يومنا هذا إلى الأخذ بها، فإذا وجدت هذه الوسائل التقليدية كلها أو بعضها فإنها تتقدم على القيافة أو البصمة الوراثية، وإذا ما حدث تعارض وتنازع بين الأدلة المتساوية فمن الأجدر الاحتكام عندئذ إلى القيافة أو البصمة الوراثية، إذ أنّ جواز العمل بالبصمة الوراثية يستند إلى قياسها على القيافة، فهي إذن تأخذ حكمها وتقع في منزلتها، فيعمل بها في جميع الحالات التي يستند الفقهاء فيها على القيافة.[2]

وما تجدر الإشارة إليه أنّ القيافة مختلف في حجيتها في ثبوت النسب وليس متفقا عليها فالحنفية ينكرون العمل بها مطلقا،والمالكية يخصونها بأولاد الإماء ولا يعملون بها في أولاد الحرّة على المشهور عندهم.[3]

وأخذ بها جمهور الفقهاء فقط.[4]

ولقد قرّر المجمّع الفقهي الإسلامي في دورته 16 بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها انه[5] : " أنّ البصمة الوراثية أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأنّ الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك.

لذلك قرر المجلس أنّ استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابدّ أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لابدّ أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

- لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

---

(1) القيافة هي: التعرف على نسب المولود بالنظر إلى أعضائه وأعضاء والده؛ محمد بجاق،**" الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري"** ،مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد الخامس، (جوان 2012)، ص41.

(2) أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 49.

(3) محمد التاويل ، مرجع سابق، ص 80.

(4) أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص 47.

(5) وهو القرار الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 2002/01/10؛ نقلا عن موقع الإسلام اليوم (http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4627.htm) تاريخ المعاينة: 2018/04/14 ، الساعة : 23.00

- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأنّ في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونها لأنسابهم" .

ولقد حدّد المجمع الفقهي الإسلامي لحالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب وهي:[1]

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

يفهم من ذلك أن إعمال البصمة الوراثية هو في حالات إثبات نسب الولد الشرعي شأنه في ذلك شأن وسائل الإثبات الأخرى.

أمّا حالة الأطفال غير الشرعيين أو أبناء الزنا فانّ استخدام البصمة الوراثية لا يتعدّى أن يكون كشفا عن الأب البيولوجي دون أن يثبت له النسب لأنّ الزنا لا يثبت به النسب.

وعلى الرغم من تكريس قانون الأسرة الجزائري لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، إلاّ أنّ إعمال القضاء لتلك الطرق تواجهه العديد من العقبات تحول دون تكريسها عمليا، كما أنّ أخذ القاضي بها هو على سبيل الجواز وليس الوجوب بحسب السلطة التقديرية للقاضي.

وعلى الرغم من التأثير الكبير الذي تلعبه تقارير الخبرة على أحكام وقرارات القضاة فإنها غير ملزمة لهم، لأنّ هؤلاء ما هم إلاّ مستشارين تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب الفنية، غير انه يتعين على القاضي تسبيب قراره في حال الرفض، طبقا للمادة 144 من قانون

---

[1] القرار الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 2002/01/10؛ نقلا عن موقع الإسلام اليوم (http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4627.htm) تاريخ المعاينة: 2018/04/14 ، الساعة : 23.00

الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على انه:"يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير انه ينبغي عليه تسبيب استبعاد الخبرة.[1] "

أمّا العوائق فهي إمّا قانونية أو مادية:

العوائق القانونية[2]: فمن هذه العوائق حرمة الحياة الخاصة، واحترام السلامة الجسدية وعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

- حرمة الحياة الخاصة: تنص المادة 40 من دستور 1996 حسب آخر تعديل له[3] على أنه:" تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو مســـــاس
- بالكرامة".

فهذه المادة تستكمل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكّل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد، لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص، مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة، وتكون ذات طابع شخصي خاص.

- انتهاك السلامة الجسدية: تنص المادة 41 من دستور 1996 حسب آخر تعديل له على أنه:"يعاقب على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية" .

وقد تنطوي الطرق العلمية على مساس هذه السلامة الجسدية، ذلك أنها تعتمد على العينة المأخوذة من جسم الإنسان والذي قد يؤخذ منه بطريق الإكراه، وهو ما يعد مساسا بسلامته الجسدية.

- عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفس:

لقد كرست مختلف الأنظمة الإجرائية مبدءا عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهو ما سوف يتم انتهاكه إذا تم الأخذ بالطرق العلمية، لأنها

---

(1) حميد زقاوي، "**عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية**"، مجلة الدراسات القضائية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الثالث، (ديسمبر 2016)، ص97.

(2) بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص.ص 101 . 102.

(3) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 **المتضمن التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016 ،

تقوم على إجبار الشخص المعني على اخذ عينة من جسمه من اجل فحص الحمض النووي مثلا.

العوائق المادة: يعتبر العائق المادي أهم عائق يقف أمام الأخذ بطريقة البصمة الوراثية، ذلك أنّ عملية التحليل تتطلب إمكانيات ضخمة ومراكز حديثة، ومجهزة بأحدث التجهيزات فضلا عن ضرورة توافر عناصر الخبرة والاختصاصات والثقة في القائمين عليها.

والجزائر تتوفر على مخبر لتحليل البصمة الوراثية بالعاصمة الذي تم تدشينه بتاريخ 2004/07/22 وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006، يتفرع منه مخبران جهويان احدهما بولاية وهران، والأخر بقسنطينة، ورغم المساهمة الفعالة لهذه المخابر في فض بعض القضايا المتعلقة بالنسب، إلاّ أنها تضل غير كافية لتغطية جميع التحاليل الجينية مما قد يعطل سير الكثير من الدعاو.[1]

الفرع الثاني: حق الطفل في النسب في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

تنص المادة 7 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أنّه:"يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما".

فالاتفاقية بصياغتها لنص هذه المادة تخاطب جميع شعوب العالم، إذ تعترف بوجود أطفال لا يعرفون آباءهم وأمهاتهم.

فالذين لا يعرفون آباءهم وأمهاتهم من الأوربيين حسب الإدارة العامة للمفوضية الأوربية "EUROSTAT"، وفقا للإحصائيات الصادرة عام 2009، بلغت 37.4%، وذكرت المفوضية أنّ أوربا تشهد حاليا ولادة أعداد كبيرة من الأطفال غير الشرعيين، ويقابلها في الدول المغاربية في الجزائر حوالي 3200 طفل يولدون سنويا خارج إطار الزواج الشرعي، حسب إحصائيات وزارة التضامن الوطني، وبالمغرب يتجاوز عددهم 1400 طفل يولدون سنويا حسب دراسة أقيمت حول الأمهات العازبات بالمملكة من طرف جمعية "إنصاف"، أما عن تونس فتفيد الإحصائيات أنّ هناك نحو 1500 حالة ولادة خارج إطار الزواج الشرعي سنويا، حسب تقرير صادر عن جمعية أمل للعائلة والطفل.[2]

---

[1] حميد زقاوي، مرجع سابق، ص 96.

[2] بلبشير يعقوب، **(حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية)**، مرجع سابق، ص04.

مما دفع الاتفاقية إلى الحرص إلى إضفاء الحماية القانونية لجميع الأطفال بما فيهم الأطفال غير الشرعيين منذ الولادة إلى بلوغ سن الرشد، فأرست في المادة الثانية مبدأ المساواة بين كافة الأطفال في العالم، بمنح الحقوق للأطفال الشرعيين وغير الشرعيين.

الأمر الذي نصت عليه المادة 24 من العهد الدول للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 حيث يمنح الطفل في كل دول العالم نوعا من الحماية على أساس المساواة التامة بين كل الأطفال بلا تمييز لأي سبب كان، دون النظر لكون هذا الطفل مولود نتيجة علاقة زواج شرعي، أو نتيجة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة.[1]

وهو ما أقرته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في نص المادة الثانية حيث أوجبت على الدول إصدار تشريعات داخلية تحترم فيها المساواة بين الأطفال دون أي تفريق أو تمييز.

الشيء الذي يتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تحرّم الزنا ولا تجعله سببا لإثبات النسب، لأنّ النسب في الشريعة الإسلامية هو عمل ديني يبنى عليه الميراث وينتج عنه موانع الزواج وتترتب عليه حقوق وواجبات.

غير أنّها ولحماية الأطفال غير الشرعيين فقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام الكفالة ورغبت فيه، فمن قام بكفالة طفل وأنشأه نشأة صالحة وأنفق عليه وأوصى له بشيء من ماله إذا كان له وعلّمه حتى بلغ سن الرشد كان له أجر عظيم عند الله تعالى، و في الحديث الشريف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"و أَنَا وَكَافِلَ اليَتِيمِ فِي الجَنَةِ هَكَذَا، وَأَشَارَ بِالسَبَابَة وَالوُسْطَى وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا".[2] والحديث يفيد عموم الكفالة لكل طفل محتاج إليها.[3]

والمشرع الجزائري تبنّى نظام الكفالة متبعا في ذلك الشريعة الإسلامية سعيا منه على إيجاد أسر بديلة تتولى كفالة هؤلاء الأطفال أو أن تقوم الدولة بكفالتهم عن طريق وضعهم في مؤسسات للرعاية.

وقد نصّت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على الكفالة في نص المادة 20 التي جاء فيها:"

1-للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2-تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

---

(1) بلبشير يعقوب،مرجع سابق، ص05.

(2) صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 1352.

(3) كمال لدرع، مرجع سابق ،ص599.

3-يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال."

ولقد نص المشرع الجزائري على نظام الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة وعرّفها بأنها:"التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي".

كما نصت المادة 119 قانون أسرة على أن :"الولد المكفول إمّا أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب" .

ويكون المشرع الجزائري بذلك قد وافق الشريعة الإسلامية في إقرار نظام الكفالة وتحريم التبني منعا من اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق، فقد جاء في نص المادة 64 قانون أسرة جزائري: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

ونصت المادة 120 قانون أسرة جزائري :"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"[1]

كما تضيف المادة 121 على انه:"تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

ويجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلاّ إذا أجازه الورثة (المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري).

باعتبار أنّ المكفول لا حق له في الميراث كالمتبني تماما إلاّ أنّ الشريعة الإسلامية رغبت في أن يوصى له بالثلث.

فيكون المشرع بذلك قد أعطى للطفل المكفول حقوق الحفظ والرعاية في جميع شؤونه لا فرق بينه وبين غيره من الأطفال الذين يتربون في كنف أبويه الأصليين بل وقد أعطى للطفل الحق في إدارة أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول (المادة 122 قانون أسرة جزائري).

وأن يجتهد الكافل قدر المستطاع في عدم الإضرار بمصالح المكفول أو تضييع أمواله وتبذيرها أو أن ينفق عليه منها إنفاقا غير معتاد.[2]

---

[1] تنص المادة 64 فقرة 4 من قانون الحالة المدنية:"يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

[2] كمال لدرع ، مرجع سابق، ص599.

وفي 13 جانفي 1992، صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 والمتعلق بتغيير اللقب[1]، إذ يجيز للشخص الذي كفل في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي.

فهذا الإجراء ما هو إلا دليل على مراعاة المشرع مصلحة الطفل، إذ انه يسمح له من حمل لقب لا يُظهر ظروف ولادته ،ويسهّل اندماجه داخل الأسرة الكافلة والحياة الاجتماعية، حرصا من المشرع على رعاية مصلحته الفضلى.[2]

علما أنّ مطابقة اللقب لا تمنح الحق في النسب كما أنّها لا تسمح بتسجيل الطفل المكفول على الدفتر العائلي.[3]

وهذا ما دعى اللجنة الدولية لحقوق الطفل في ملاحظاتها الختامية لسنة 2012 حول جهود الجزائر، إلى إبداء قلقها حول الوضع القانوني للأطفال رهن الكفالة الذي يبقى هشا ومثلت على ذلك بعدم تسجيل الطفل المكفول في الدفتر العائلي، وعدم وضوح مآله في حالة الطلاق أو وفاة الكفيل، مما يعرضه لخطر إيداعه من جديد في إحدى المؤسسات، ودعت إلى: "تعديل التشريعات التي تحكم نظام الكفالة لمواءمته بشكل كامل مع الاتفاقية".[4]

فإذا كانت الملاحظة الأولى للّجنة والخاصة بتسجيل الطفل المكفول في الدفتر العائلي قد تم مناقشتها سابقا، باعتبار أنّ قانون الأسرة الجزائر يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية فانه لا يمكن تسجيل المكفول في الدفتر العائلي حرصا على عدم اختلاط الأنساب وحفظ الحقوق.

غير أنّ الملاحظة الثانية للّجنة المتعلقة بعدم مراعاة قانون الأسرة لحالة الطفل المكفول في حال طلاق الكفيلين ممّا يعرضه للرجوع ثانية لمؤسسة الرعاية، فهي ملاحظة فيها قدر كبير من الصحة، فالمادة 116 قانون الأسرة الجزائري [5] رغم أنها نصت على أنّ الأب ملزم بالنفقة على الكفيل حيث لم تفرق هذه المادة بين حالة الزواج وحالة الطلاق، إلاّ أنّ القضاء فسّر هذه

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو والمتضمن تغيير اللقب.

[2] بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص 108.

[3] خوجة حمزة،"**واقع الكفالة والرعاية النفسية والتربوية والاجتماعية للطفولة المسعفة في الجزائر**"، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد الأول، 2017، ص59.

[4] بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص.26.

[5] المادة 116 قانون أسرة جزائري:"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتم بعقد شرعي".

المادة بما لا يحقق حماية للطرف الضعيف والذي هو الطفل المكفول، وهي القرارات التي تعرضنا لها في الفصل الأول من هذا البحث في المبحث الأول المتعلق بحق الطفل في النفقة. أمّا في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك وإلاّ فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية (المادة 125 قانون أسرة جزائري).

فكان من المستحسن لو أنّ المشرع الجزائري أعاد صياغة هذه المواد بما يتلاءم ومصلحة الطفل المكفول.

المطلب الثاني: حق الطفل في الميراث بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري

بعدما تناولنا في المطلب الأول حق الطفل في النسب بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، سنتناول في هذا المطلب حق الطفل في الميراث في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الأول)، و ما هو موقف الاتفاقية الدولية منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الطفل في الميراث في قانون الأسرة الجزائري

يعدّ الميراث[1] حقا من حقوق الطفل التي شرّعها الإسلام[2]، كما يعتبر من أهم المصادر التي يكتسب من خلالها الطفل أموالا والمشرع الجزائري في قانون الأسرة مثله مثل التشريعات الإسلامية الأخرى، لم يخرج في الميراث عمّا جاءت به الشريعة الإسلامية، والتي توزع التركة للمتوفي بحسب القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.[3]

ولقد تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام المواريث في الكتاب الثالث، من المادة 126 إلى المادة 183 (أي 57 مادة).

---

(1) الإرث هو ما خلّفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي، أمّا علم الميراث فهو قواعد فقهية وحسابية يعرف بها نصيب كل وارث من التركة؛ وهبة الزحيلي الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 243.

(2) كان العرب في الجاهلية لا يورّثون البنات، ولا الزوجات ولا الأمهات ولا غيرهن من النساء، ولا الصغار، وإنما يرث الميت الأخ الأكبر، أو ابن العم، أو ابنه إذا كان بالغا، لأن سبب الإرث عندهم القدرة على حمل السلاح، وحماية العشيرة والدفاع عن القبيلة ولهذا كانوا يقصرون الميراث على الذكور الكبار، ولمّا ظهر الإسلام أبطل نظام الإرث الجاهلي وأقرّ نظاما محكما يحدد لكل وارث نصيبا معينا ويحسم النزاع والأحقاد وتقطع الأرحام؛ بلحاج العربي، **أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص.ص 14، 17.

(3) غربي صورية، مرجع سابق، ص70.

ولدراسة مدى حماية المشرع الجزائري لحق الطفل في الميراث لا بد من التمييز بين ميراث الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي وميراث الطفل المكفول.

أولا: ميراث الطفل الشرعي

فالولد الشرعي ميراثه مقدر في الشريعة الإسلامية والقانون، ولو كان جنينا في بطن أمه فلقد قررت له الشريعة الإسلامية حقوقه المالية فالحمل وإن كانت حياته مستقبلية إلاّ أنّ الشريعة الإسلامية قد حفظت حقه من الميراث إذا مات له قريب وهو لا يزال حملا، وذلك باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون.[1]

لكن هذا الجنين لابدّ أن تتوفر فيه شروطا، وهو ما نصت عليه على التوالي كل من المادة 128 والمادة 134 من قانون الأسرة الجزائري، فتنص المادة 128:" يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون:

- الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث.
- وعدم وجود مانع من الإرث."

أمّا المادة 134 فقد قررت ما يلي:"لا يرث الحمل إلاّ إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، ويقول السرخسي في هذا الصدد:"أنّ الحمل من جملة الورثة، فلا بد من رعاية حقه، وحفظ ميراثه حتى ينفصل، فإذا انفصل حيا أخذه، وإذا انفصل ميتا رُدّ إلى باقي الورثة"[2]

ولم يتوقف اهتمام الشريعة الإسلامية بميراث الطفل قبل ولادته فقط، وإنما تواصل حتى بعد ولادته. فأوجبت الشريعة الإسلامية السمحاء توريث الأطفال ذكورا وإناثا لقوله تعالى:" لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا" (سورة النساء الآية 7). وقوله تعالى:"يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ" (سورة النساء الآية 11).

والمشرع الجزائري تقيّد حرفيا بما جاء في الشريعة الإسلامية، في أنّ قرر للطفل الحق في الميراث، مدركا بذلك مدى حاجته إلى مال لينفق منه عليه، وليجد من يقوم على رعايته زادا

---

[1] غربي صورية ، مرجع سابق، 76.

[2] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 118.

ينفقون منه على إشباع متطلبات الطفل من مأكل وملبس وتعليم وعلاج، حتى ينشأ صالحا ومزودا ببعض الحقوق المالية تقيه الذل والشعور بالحرمان.

والشريعة الإسلامية وتبعها المشرع أعطا نصيب الطفل الصغير من الميراث مساويا لنصيب الكبير، فلم يفرّق بين الجنين في بطن أمه، والطفل بعد الولادة والوريث الكبير بل جعل الأنصبة واحدة حتى استحقها الوريث ومتى توافرت حالات وأسباب الإرث.

فالطفل يبقى نصيبه محفوظا من قبل وصيه أو وليه إلى أن يبلغ سن الرشد، أو ينفق عليه بالمعروف.[1]

بل أبعد من ذلك فإنّ المشرع الجزائري سنّ تشريع التنزيل، وذلك في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة.

والتنزيل هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة، ونظام التنزيل أو الوصية الواجبة استحدثت في الفقه الإسلامي الحديث [2] الحكمة منه:

أ- علاج حالة كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة جدهم أو جدتهم أو مع أي منهما، ممّا يمنعهم من الميراث فيجتمع للأحفاد مصيبتان، مصيبة وفاة الأب ومصيبة الحرمان من الميراث.

ب- إنّ عدم إعطاء هؤلاء الحفدة نصيبا من تركة الجد أو الجدة، سيؤدي بهم إلى الحاجة ومذلة السؤال، بل وقد ينحرف بعضهم عن الطريق الصحيح بسبب العوز والحاجة، وهذا قد يؤدي إلى التباغض وأحقاد داخل الأسرة الواحدة.

لذلك جاء المشرع بالتنزيل رحمة بأولاد هذا المتوفي، كما أنّه يشكل حماية للطفل، ودليل ذلك قصره على الأحفاد دون باقي الأقارب. رغم أنّه لم يفرق بين القاصر والراشد إلاّ أنّ التنزيل يبقى في مصلحة القاصر بالدرجة الأولى لكونه لا يستطيع الكسب.

---

[1] لعرابي خيرة، مرجع سابق، ص 119 وما يليها

[2] إنّ أحكام التنزيل التي أوردها القانون الجزائري في المواد من 169 إلى 172 قانون أسرة جزائري لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة أو غير المعروفة، ولكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب متفرقة قام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها، إذ هي اجتهاد من واضعي القانون يستند إلى قاعدة شرعية هي أنّ لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر بذلك وجبت طاعته، ولذلك كله لتحقيق مصلحة القصر ورفع الظلم عنهم؛ بلحاج العربي، **أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 219.

والتنزيل في قانون الأسرة الجزائري إذا توافرت شروطه، ينزل الحفيد فيه منزلة أبيه، كأنه وارث دون حاجة إلى ترك وصية، لأنّ تنزيل الأحفاد مكان الأب أو الأم المتوفاة لا يعتبر وصية وإنما يعتبر ميراث في القانون الجزائري[1]، على أن لا يتجاوز نصيبهم ثلث التركة.[2]

ثانيا: ميراث الطفل غير الشرعي

أمّا بالنسبة للولد غير الشرعي سواء من زنا أو لعان فله حكم مغاير للولد الشرعي من حيث الميراث.

فولد الزنا يرث من أمه فقط، لأنّ نسبه من أمه ثابت لكن نسبه من أبيه منفي، ولا ميراث له من أبيه لانعدام سبب الميراث والذي هو النسب[3]، أمّا صلته بأمه فثابتة محققة، فيرثها وترثه ولها عليه حق الأمومة من البر والنفقة والتحريم وسائر أحكام الأمهات.[4]

أمّا بالنسبة لولد اللعان فهو من جاءت به أمّه على فراش زوجية صحيح، ونفاه الزوج وتمت الملاعنة أمام القاضي، حكم بنفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه [5].

واللعان بين الزوجين مانع من موانع الميراث لانتفاء الزوجية، وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري في المادة 138 قانون أسرة التي جاء فيها:"يمنع من الإرث اللعان والردة"، وذلك لأنّ فرقة اللعان هي فرقة مؤبدة ونهائية عند جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم:"المتلاعنان لا يجتمعان أبدا"[6].

ثالثا: ميراث الطفل المكفول

ليس للمكفول الحق في الميراث، لأنّ من أسباب الإرث الزوجية والقرابة حسب نص المادة 126 قانون أسرة جزائري[7]، لذلك أجاز المشرع الجزائري للكافل الايصاء والهبة للولد المكفول

---

[1] غربي صورية، مرجع سابق، ص82 وما يليها.

[2] تنص المادة 170 قانون الأسرة جزائري:"أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

[3] غربي صورية، مرجع سابق، ص 79.

[4] بلحاج العربي، **أحكام المواريث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 64.

[5] غربي صورية، مرجع سابق، ص 74.

[6] بلحاج العربي، **أحكام المواريث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 64.

[7] المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري:"أسباب الإرث: القرابة والزوجية".

بموجب نص المادة 123 قانون أسرة جزائري[1]، وذلك حماية له من الفقر والحاجة بعد وفاة كافله، واشترط المشرع أن لا تتجاوز قيمة الوصية الثلث، فإذا ما زادت عن ذلك فإنها تتوقف على إجازة الورثة.

من خلال ما سبق يتبين لنا مدى حرص المشرع الجزائري على حماية مصلحة الطفل سواء كان شرعيا أو غير شرعي أو طفلا مكفولا.

الفرع الثاني: حق الطفل في الميراث في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل

أشارت اللجنة الدولية لحقوق الطفل على المشرع الجزائري ضمن توصياتها للجزائر لسنة 2012 أن :"تلغي فورا من قانون الأسرة جميع الأحكام القانونية التي تنص على التمييز ضد الفتيات والنساء ولا سيما الأحكام التي تتعلق بالميراث".

كما أشارت إلى:"تمكين النساء والفتيات من الحصول على الإرث على قدم المساواة مع الرجال"[2]

فقد أشارت اللجنة على المشرع الجزائري بإلغاء أحكام سندها الشريعة الإسلامية بدعوى أنها مناقضة لمبادئ اتفاقية حقوق الطفل، ومن بين تلك الأحكام حق الطفل في الميراث، فما مدى اعتبار حق الطفل في الميراث مناقضا لمبادئ اتفاقية حقوق الطفل؟

يستقي قانون الأسرة الجزائري أحكامه من الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة تتضمن أحكاما قطعية ثابتة وأحكاما ظنية.[3]

وتعرّف الأحكام الثابتة القطعية بأنها ما دلت على معنى متعين فهمه من النص القرآني أو السنة النبوية لا يحتمل تأويلا ولا مجالا لفم معنى غيره منه، وذلك مثل النصوص التي وردت فيها أعداد معينة أو أنصبة محددة في المواريث والحدود ، كقوله تعالى :"وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ" (النساء الآية 12).

---

[1] المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلاّ إذا أجازه الورثة "

[2] **تقرير لجنة حقوق الطفل**، الدورة الستون، الملاحظات الختامية الخاصة بالجزائر، 2012، فقرة 30 والفقرة د، ص8، 15.

[3] أما النص الظني الدلالة فهو ما يدل على عدة معان، أو هو ما يدل على معنى، ولكنه يحتمل معان أخرى، فتكون أحكامه قابلة للاجتهاد والنظر بشروطه؛ عبد الوهاب خلاّف، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2003، ص38؛ محمد مصطفى الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الخبرة، دمشق، سوريا، 2006، ص 170.

وهذا نص دل على فرض في الإرث مقدر لا يحتمل تأويلا ولا تغييرا، لأنّ العدد قطعي الدلالة، لا اجتهاد فيه[1]، لذا لا يمكن بحال من الأحوال التغيير في أنصبة الميراث بدعوى تحقيق المساواة بين الذكر والأنثى من الأولاد في الميراث، لثبوتها بأدلة قطعية صريحة من القرآن والسنة، مع ملاحظة أن تعبير اللجنة:"تمكين النساء والفتيات من الحصول على الإرث على قدم المساواة مع الرجال" فيه مغالطة، توحي بأنّ تمايز الإرث بسبب الجنس وليس الأمر كذلك.

وهذا ما يطرح السؤال أن كانت الجزائر قد تحفظت على مثل تلك الأحكام المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية؟ [2]

والجواب أنّ الجزائر قامت بتحفظ على بعض المواد الواردة في الاتفاقية، حيث صادقت على الاتفاقية مع تصريحات تفسيرية بخصوص بعض المواد هي على الخصوص المواد: 13 و14 و 16 و17 منها، وتتعلق المادة 14 بفقرتيها بحق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين "لمخالفتها الشريعة الإسلامية"، وأمّا المواد 13 و16 و17 فتتعلق على التوالي بحرية التعبير وحق حماية حياة الطفل الخاصة، وحقه في الإعلام لمخالفتها بعض النصوص القانونية في التشريع الجزائري.[3]

وعدم تحفظ الجزائر وكذلك معظم الدول العربية والمغاربية على المادة الثانية من الاتفاقية[4] التي تحظر جميع أشكال التمييز بين الأطفال لجنسهم، يرجع لعدم وضوح مخالفة هذه المادة

---

[1] عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، دار الحديث، القاهرة، مصر 2003، ص38؛ وأنظر أيضا: محمد مصطفى الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الخيرة، دمشق، سوريا، 2006، ص170.

[2] بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص27.

[3] المرجع نفسه.

[4] تنص المادة 2 من الاتفاقية :"تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو نسبهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غي السياسي أو أصلهم القومي أو الأثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم أو عجزهم أو مولدهم، أو أي وضع آخر، تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم"

لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي تكون الجزائر ملزمة باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير التشريعية لمنع التمييز بمقتضى المادة 4 من الاتفاقية.[1]

فالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وكذا العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ذكرت مصطلح التمييز لكن دون أن تعرف المقصود منه، مما دعا اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية إلى تفسير تعبير التمييز المحظور الوارد في الاتفاقيات بقولها:"يتضمن أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس أي سبب كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك مما يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف لجميع الأشخاص، على قدم المساواة، بجميع الحقوق والحريات أو التمتع بها أو ممارستها"[2]، إلاّ أنها رأت أنه ليس"كل تفريق في المعاملة يشكل تمييزا إذا كانت معايير التفريق معقولة وموضوعية وإذا كان الهدف هو تحقيق عرض مشروع بموجب العهد"[3]

وهذا ما يعيدنا إلى طرح السؤال ثانية: هل الأنصبة المحددة في الميراث تعد مناقضة لمبدأ المساواة المنصوص عليه في اتفاقية حقوق الطفل؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال تناوله الدكتور محمد عمارة في مقال له نشر في كتاب حقائق الإسلام في مواجهة شبهات المشككين[4] تحت عنوان: ميراث الأنثى نصف ميراث الذكر. حيث يقول:"صحيح وحق أنّ آيات الميراث في القرآن الكريم قد جاء فيها قول الله سبحانه وتعالى:"للذكر مثل حظ الأنثيين"، لكن كثيرين من الذين يثيرون الشبهات حول أهلية المرأة في الإسلام، متخذين من التمايز في الميراث سبيلا إلى ذلك لا يفقهون أنّ توريث المرأة على

---

(1) تنص المادة 4 من الاتفاقية حقوق الطفل:"تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية. وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، وحيثما يلزم في إطار التعاون الدولي. "

(2) بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص28.

(3) على سبيل المثال، تحظر الفقرة 5 من المادة 6 من العهد فرض حكم الإعدام على أشخاص تقل أعمارهم عن 18 عاما وتحظر الفقرة ذاتها تنفيذ هذا الحكم على الحوامل، وبالمثل فان الفقرة 3 من المادة 10 تقضي بفصل المجرمين من الأحداث عن البالغين؛ بلباهي سعيدة، المرجع نفسه.

(4) محمود حمدي زقزوق، **حقائق الإسلام في مواجهة شبهات المشككين**، وزارة الأوقاف، القاهرة،مصر،2002،ص. ص 556، 557.

النصف من الرجل ليس موقفا عاما ولا قاعدة مطردة في توريث الإسلام لكل الذكور وكل الإناث، فالقرآن لم يقل: يوصيكم الله في المواريث والوارثين للذكر مثل حظ الأنثيين، إنما قال:"يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"، أي أنّ هذا التمييز ليس قاعدة مطردة في كل حالات الميراث، وإنما هي حالات خاصة، بل محدودة من بين حالات الميراث"

بل إنّ الفقه الحقيقي لفلسفة الإسلام في الميراث تكشف على أنّ التمايز في أنصبة الوارثين والوارثات لا يرجع إلى معيار الذكورة والأنوثة... وإنما التفاوت بين أنصبة الوارثين والوارثات في فلسفة الميراث الإسلامي– إنما تحكمه ثلاثة معايير:

أولها: درجة القرابة بين الوارث ذكرا كان أو أنثى وبين المورث المتوفي فكلما اقتربت الصلة زاد النصيب في الميراث وكلما ابتعدت الصلة قل النصيب في الميراث دونما اعتبار لجنس الوارثين.

وثانيها: موقع الجيل الوارث من التتابع الزمني للأجيال، فالأجيال التي تستقبل الحياة، وتستعد لتحمل أعبائها، عادة يكون نصيبها في الميراث أكبر من نصيب الأجيال التي تستدبر الحياة، وذلك بصرف النظر عن الذكورة والأنوثة للوارثين والوارثات، فبنت المتوفي ترث أكثر من أمها وكلتاهما أنثى وترث البنت أكثر من الأب حتى لو كانت رضيعة والتي تنفرد بنصفها.

وثالثها: العبء المالي الذي يوجب الشرع الإسلامي على الوارث تحمله والقيام به حيال الآخرين، فإذا اتفقت وتساوت درجة القرابة وموقع الوارث مثل مركز أولاد المورث، يكون تفاوت العبء المالي هو سبب التفاوت في أنصبة الميراث، لقوله تعالى:"يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" .

لأنّ الذكر هنا مكلف بإعالة زوجه وعياله، بينما الأنثى الوارثة أخت الذكر إعالتها مع أولادها فريضة على الذكر المقترن بها، فهي بذلك أكثر حظا وامتيازا من أخيها الذي ورث ضعف ميراثها، فميراثها –مع إعفائها من الإنفاق الواجب– هو ذمة مالية خالصة ومدخرة، لتأمين حياتها ضد المخاطر والتقلبات، تلك حكمة إلهية قد تخفي على الكثيرين".

فهو إذن تقييم ليس فيه أي شبهة لظلم الأنثى، بل هو تمييز وامتياز لها، فهي تأخذ ولا تعطي وتغنم ولا تغرم، إذ ترث مع إعفائها من واجب الإنفاق.[1]

[1] محمد علي الصابوني، **المواريث في الشريعة في ضوء الكتاب والسنة**، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د س ن)، ص19.

وأضاف الدكتور محمد عمارة:" أنّ استقراء حالات ومسائل الميراث كما جاءت في علم الفرائض (المواريث) يكشف عن حقيقة الأفكار المسبقة والمغلوطة التي يدعيها القادحون في أحكام الشريعة الإسلامية خاصة بهذا الموضوع، فباستقراء حالات ومسائل الميراث نجد:

1-أنّ هناك أربع حالات فقط ترث فيها المرأة نصف الرجل.

2-وهناك حالات أضعاف هذه الحالات الأربع ترث فيها المرأة مثل الرجل تماما.

3-وهناك حالات عشر أو تزيد ترث فيها المرأة أكثر من الرجل.

4-وهناك حالات ترث فيها المرأة ولا يرث نظيرها من الرجال أي أنّ هناك أكثر من ثلاثين حالة تأخذ فيها المرأة مثل الرجل، أو أكثر منه، أو ترث هي ولا يرث نظيرها من الرجال، في مقابلة أربع حالات محددة ترث فيها المرأة نصف الرجل."[1]

وهذه الحالات الاستثنائية لا بدّ أن ينظر إليها من خلال المنظومة التشريعية الإسلامية، وليس من زاوية النظم القانونية الغربية، فالرجل في الإسلام (وكما أوضحنا سابقا) مطالب بالنفقة على زوجته وفروعه، ولو كانت الزوجة عاملة أو غنية، وهذا معناه أن تبعات النفقة إنما تكون عليه وليس على المرأة، بخلاف ما هو موجود في بعض النظم القانونية المعاصرة.

وهذا ما أدى بالبعض إلى القول بأنّ الإجابة على تساؤل: لماذا كان حظ الرجل كحظ امرأتين؟ هو سؤال آخر: هل هناك تساو بينهما في الواجبات والتبعات حتى يتساويان في الحقوق؟ [2]

ومنه يتبين لنا أنّ تقسيم الميراث في التشريع الإسلامي يكون وفق معايير لا علاقة لها بالجنس- ذكرا أو أنثى- والتفاوت بين الذكر والأنثى ليس في عموم الوارثين، حيث تبين لنا أن المرأة قد ترث مثل الرجل وقد ترث نصف ما يرث الرجل، وفي حالات ترث أكثر من الرجل، وفي حالات أخرى ترث ولا يرث الرجل، وهذا ما ينفي بصورة مطلقة شبهة التمييز بسبب الجنس، وهو ما يتفق مع روح اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز ضد النساء، وعلى ذلك فإنّ وصف التمييز في المادة الثانية من الاتفاقية لا ينطبق على أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية.[3] ومن ثم على أحكام قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] محمود حمدي زقزوق، مرجع سابق، ص558.

[2] ولد خسال سليمان، "**حق المساواة في الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي، تامنغست، الجزائر، العدد الرابع، (جوان 2013)، ص23."

[3] بلباهي سعيدة، مرجع سابق، ص 29.

خلاصة الفصل الثاني

وفي الأخير توصلنا في الفصل الثاني أنّ حق الطفل في حرية المعتقد والنسب والميراث هي من الحقوق الأصلية واللصيقة بالطفل.

فبالنسبة لحق الطفل في الحرية الدينية:

خلصنا إلى أنّ المشرع الجزائري حرص على حماية حرية المعتقد وهو ما وضحته المادة 42 من دستور 2016 بنصها أنّ:"حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل احترام القانون"، كما أصدر المشرع الجزائري قانون تنظيم ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين وهو إقرار منه لحرية العقيدة.

إلاّ أنّه بالنسبة للطفل ونظرا لصغر سنه وعدم اكتمال نموه الفكري لاستعاب الأديان فهو بذلك لا يستطيع أن يختار الدين الذي يرتضيه، لذلك لابدّ أن يمارس الدين الذي يرتضيه له آباؤه أو الأوصياء الشرعيون عليه.

أمّا بالنسبة للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فقد أعطت للطفل الحق في حرية الفكر والوجدان والدين وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 14 من الاتفاقية.

مما جعلها تقع في تناقض كبير، فهي من جهة تؤكد على أنّ الطفل يحتاج بسبب عدم نضجه الجسمي والعقلي إلى حماية وعناية خاصة، تجعله معتمدا على الغير لتلبية احتياجاته، ومن جهة أخرى تعطي له الحق في حرية الفكر والوجدان والدين فكيف لمن عجز عن تلبية احتياجاته أن يدرك المصلحة وأن يطالب بها؟

ولقد أصدرت الجزائر إعلانا تفسيريا بشأن المادة لأنها تمس بروح الدين الإسلامي الذي يمثل دين الدولة، كما أنها تتعارض مع نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن تربية الطفل تتم وفقا لدين أبيه.

بالنسبة لحق الدين في النسب

لاحظنا مدى اهتمام المشرع الجزائري في الحفاظ على نسب الطفل، باعتباره ثمرة ميثاق غليظ وهو الزواج، وخلصنا إلى أنّ المشرع الجزائري كما هو الحال في الشريعة الإسلامية ضيق من طرق نفي النسب وحصرها في اللعان فقط وبشروط محددة، وفي المقابل فتح الباب واسعا أمام طرق إثبات النسب فنص في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على خمس طرق

لإثبات النسب وهي زيادة على الزواج الصحيح، الإقرار والبينة ونكاح الشبه والزواج الفاسد والطرق العلمية متى أجاز القاضي ذلك.

أمّا بالنسبة للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فقد شددت على ضرورة تسجيل الأطفال بعد ولادتهم وأن يكون لهم الحق في معرفة والديهم ما أمكن ذلك.

فالاتفاقية بذلك تعترف بوجود أطفال غير شرعيين وتحرص على تسويتهم بالأطفال الشرعيين من خلال الاعتراف لهم بالنسب وتسجيلهم فور ولادتهم، استنادا إلى مبدأ عدم التمييز بين الأطفال والذي يعد أحد أهم مبادئ الاتفاقية.

وهو ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري الذي حدد طرق إثبات النسب، وأنشأ لرعاية الأطفال مجهولي النسب نظام الكفالة حتى يتعين الطفل في جو من الحماية والرعاية، وهو نظام أقرته الاتفاقية بموجب نص المادة 20.

حق الطفل في الميراث

يعتبر الميراث أهم المصادر التي يكتسب من خلالها الطفل أموالا، والمشرع الجزائري أرسى النظام الإسلامي في قسمة المواريث، وهو الواضح في نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري.

حيث حفظ للطفل نصيبه من الميراث منذ تعلقه في بطن أمه، ولم يفرّق في الأنصبة بين الكبير والصغير، كما أنّه شرّع نظام التنزيل والذي يعد حماية أخرى للطفل الذي يتوفى أبوه في حياة جده أو جدته مما يمنعه من الميراث، فجاء نظام التنزيل ليحفظ لهؤلاء الأطفال حقوقهم ويجعل لهم نصيبا في الميراث يقيهم العوز والحاجة.

كما سمح للكافل أن يوصي للطفل المكفول ببعض أمواله لا تتجاوز قيمتها الثلث، حماية له من الفقر والحاجة بعد وفاة كافله.

أمّا الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وبناءا على مبدأ عدم التمييز بين الأطفال بسبب الجنس (ذكورا وإناثا) فقد حثّت الدول الآخذة بالتشريع الإسلامي أن تجعل أنصبة الذكور في الميراث مساوية لأنصبة الإناث، وذلك من خلال عدد التوصيات التي جاءت بها اللجنة الدولية لحقوق الطفل والتي تحمل انتقادات شديدة بهذا الشأن.

وهذا ينم عن جهل هذه الجهة بحقيقة نظام المواريث في الإسلام، فهو لا يقوم على أساس الذكورة والأنوثة بل على أسس أخرى تم شرحها في البحث. وقول الله تعالى في سورة النساء: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" ليس قاعدة مطردة ولا موقفا عاما في قسمة

المواريث، وإنما هي حالة خاصة من بين حالات الميراث التي تتضمن حالات أخرى يفوق فيها نصيب الأنثى نصيب الذكر وحالات تتساوى فيها الأنصبة بين الذكور والإناث وحالات ترث الأنثى ولا يرث الذكر، وعليه فان وصف التمييز المذكور في المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لا ينطبق على أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ومن ثم على أحكام قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة

لقد أولت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و كذا قانون الأسرة الجزائري اهتماما بالغا بحقوق الطفل، إذ دعتا إلى حماية الطفل ورعايته وحضانته والإنفاق عليه، كما اهتمتا بإعداده روحيا وأخلاقيا.

وجعلت مسؤولية ذلك جماعية تقع على عاتق المجتمع و الوالدين و الأوصياء و المربين و مؤسسات الرعاية.

والبحث في مدى انسجام أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بحقوق الطفل مع بنود الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل دفعنا إلى استخلاص جملة من النتائج من بينها:

1- أنّ قانون الأسرة الجزائري كان سبّاقا في حمايته لحقوق الطفل حتى قبل مصادقته على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، خاصة فيما يتعلق بحق الطفل في النفقة وحق الطفل في الحضانة واعتماده على مبدأ المصلحة الفضلى للطفل في كافة المواد الخاصة بالحضانة.

2- أنّ قانون الأسرة الجزائري تفوّق على الاتفاقية في كفالة نفقة الطفل وذلك من حيث استمرارها الى ما بعد سن الرشد حال مزاولته الدراسة وفي حال اصابته بعاهة عقلية أو غيرها واستمرار نفقة البنت الى حين دخولها بيت الزوجية.

ولم يكتف المشرع بهذه المواد بل عرّض الأب لعقوبات جنائية إن هو أخلّ بواجباته المادية اتجاه أولاده، نصّت عليها المواد 330 و331 من قانون العقوبات الجزائري.

3- أنّ قانون الأسرة الجزائري وافق الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في الإجمال، فخالفها في حرية المعتقد والميراث والنسب ووافقها في النفقة والحضانة.

4- ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف على احترام حقوق ومسؤوليات الوالدين والأوصياء الشرعيين اتجاه أولادهم وأن يوفروا النصح والإرشاد لهم عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف له بها في هذه الاتفاقية، وهو أمر ايجابي يحسب للاتفاقية حيث أعطت للأولياء والأوصياء حق النصح والإرشاد.

5- أنّ المشرع الجزائري وحرصا منه على انسجام مواده مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أجرى بعض التعديلات على مواد قانون الاسرة وهو ما ظهر في التعديل الأخير بموجب الامر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ومن جملة هذه التعديلات :

أ- أنّ المشرع الجزائري و تأكيدا منه على حماية الطفل في حال طلاق والديه، ألزم الأب على توفير مسكن لائق للحضانة أو أجرته (المادة 72 من قانون أسرة جزائري) و أضاف فوق ذلك فقرة ثانية نصّ فيها على أنّ للحاضنة أن تبقى في بيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن، وهو ما يوافق المادة 27 من الاتفاقية التي حمّلت كلا الأبوين أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولية عن الطفل في حدود امكاناتهم المالية بتأمين ظروف المعيشة الملائمة لنمو الطفل.

ب- تعديل مراتب الحاضنين فأصبح الأب يلي الأم مباشرة في حق حضانة الطفل مع مراعاة مصلحة المحضون(المادة 64 قانون أسرة جزائري) والتي يقابلها المادة 18 فقرة 1 من الاتفاقية التي تحّمل كلا الوالدين المسؤوليات المشتركة من تربية الطفل ونموه ...وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي.

ج- انشاء صندوق للنفقة لكفالة نفقة الطفل المحضون حال عسر والديه ،ويقابله نص المادة 27 فقرة 4 من الاتفاقية والتي ألزمت الدول الأطراف باتخاذ كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن الطفل سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج.

6- رغم حرص المشرع الجزائري على صيانة حقوق الطفل إلاّ أنّ ذلك لم يخلو من بعض الثغرات و التي من بينها:

أ- أنّ الطفل المكفول في حال انفصال الكافلين أو وفاتهما يكون عرضة لعدم الإنفاق، لأنّ الكفالة هي إلتزام على وجه التبرع، بل ويجوز للكافل أن يتنازل عن الكفالة وبالتالي يتحلل من إلتزاماته العائلية اتجاه الطفل المكفول والمتمثلة خاصة في النفقة مما يضر بمصلحة الطفل ويجعله في وضع غير مستقر .

ب- أنّ إهتمام المشرع الجزائري بالطفل في قانون الاسرة لم يظهر بصورة واضحة مقارنة باهتمامه بالزواج و الطلاق،بالرغم من أنّ الطفل هو ثمرة هذا الميثاق الغليظ.

7- أنّ الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل حاولت أن تستوعب الخصوصيات الثقافية والدينية لكافة دول العالم على اختلافها، إلاّ أنّ ذلك لم يخفي النزعة الفردية التي تميز الفلسفة الغربية على بعض مواد الاتفاقية مما جعلها تخالف الشريعة الاسلامية ،ويظهر ذلك في الحق في حرية

المعتقد والنسب والميراث، وهو ما جعل الجزائر وبعض الدول الاسلامية تضع تحفظات وتصريحات تفسيرية بهذا الشأن.

أ–فبالنسبة لحرية الطفل في المعتقد المنصوص عليها في المادة 14 من الاتفاقية فانّ الجزائر من حيث المبدأ مع فكرة حرية المعتقد لدى الطفل في اختيار الديانة، و لكن في حالة ما اذا كان الطفل مسلما فانّه لا يمكنه الرجوع عن الاسلام على اعتبار أنّ ذلك يعتبر ردّة، وهو موضع حكم شرعي في الاسلام وهو من صميم الخصوصية الثقافية للجزائر،و المادة الثانية من الدستور الجزائري تنص على أنّ الاسلام دين الدولة ،كما تنص المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري على أنّ تربية الطفل تتم وفقا لدين أبيه .

وحكمة الشريعة الاسلامية من فرض حدّ الردّة هو الحفاظ على تماسك المجتمع وعدم تعرضه للفوضى و الفتن .

ب– أمّا بالنسبة للنسب فإنّ الاتفاقية تدعو الى عدم التمييز بين الطفل الشرعي و غير الشرعي وهو الواضح في نص المادة الثانية من الاتفاقية التي تمنع جميع أشكال التمييز بين الأطفال.

وهو يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تجعل الطفل الشرعي في نفس مرتبة الطفل غير الشرعي ، وهي وإن ضحّت بهذا الأخير فذلك من أجل مصلحة المجتمع وحمايته من الفساد والرذيلة و اختلاط الأنساب و ضياع الحقوق.

غير أنّ الشريعة الاسلامية لم تهدر حق الأطفال غير الشرعيين بل شرّعت لهم نظام الكفالة ورغّبت فيه حتى لا يعيش الطفل محروما ماديا و معنويا.

وقد نص قانون الاسرة الجزائري على الكفالة في نص المادة 116، كما كانت محل اعتراف من الاتفاقية في نص المادة 20 فقرة 3.

ج– وبالنسبة للميراث وتحت مبدأ المساواة بين الإناث والذكور، وجّهت اللجنة الدولية لحقوق الطفل انتقادات شديدة اللّهجة للجزائر بخصوص عدم المساواة بين الإناث والذكور في الميراث وهي مغالطة في حق الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، حيث بيّنا أنّ قول الله تعالى في سورة النساء (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظّ الأنثيين) ليست قاعدة عامة انما هي حالة خاصة من بين حالات الميراث وهو ما شرحناه بالتفصيل في البحث، فالمرأة في الإسلام قد ترث نصف الرجل و في حالات كثيرة ترث مثل الرجل وحالات أخرى ترث فيها المرأة أكثر من الرجل بل و حالات ترث المرأة ولا يرث نظيرها من الرجال.

اضافة الى أنّ المشرع الجزائري نصّ على التنزيل حرصا منه على حماية الاطفال من العوز والحاجة.

وعلى العموم فإنّ اتفاقية حقوق الطفل في مجملها منسجمة مع قانون الأسرة الجزائري، وكذا مع قيم وتقاليد الدول الإسلامية، طالما أنها تكفل حق التحفظ على بعض بنودها وهذا ما أدى بالبعض بوصفها بأنها كونية تتجه إلى مختلف الثقافات ولا تخاطب ثقافة بعينها .

غير أنّ ذلك لا يمنع من اقتراح بعض التوصيات المتمثلة في :

1- وضع فصل خاص في قانون الاسرة الجزائري توضح فيه الحقوق التي يتمتع بها الطفل والحماية المقررة له.

2- أنّ الطفل المكفول لا يحظى في قانون الأسرة الجزائري بالحماية اللاّزمة خاصة في حال إنفصال الكافلين أو وفاتهما، لذلك حبذا لو أنّ المشرع أضاف تعديلات تولي حماية أكبر لهذه الفئة من الأطفال.

3- إعطاء حقوق الطفل المزيد من العناية والاهتمام من طرف ذوي الاختصاص.

4- عدم مصادقة الدول الاسلامية على ما كان مخالفا لأحكام الفقه الاسلامي وتمسكها بذلك،طالما أنّ الاتفاقية تضمن للدول الاطراف حق التحفظ.

5- على الاتفاقية أن تتفهم الخصوصيات الثقافية وأن تستوعب جميع الدول على اختلافها.

6- أن تعترف الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بالحقوق المالية للطفل المقررة في الشريعة الإسلامية كالميراث والوصية، ولا يكون ذلك إلاّ بنشر الاحكام الصحيحة للميراث والتصدي لما يذاع و ينشر من مغالطات في هذا الشأن.

7- أنّ ما نشهده اليوم من تفكك الأسر الكبيرة الى أسر نووية مع جهل الآباء والأمهات بأساليب التربية الصحيحة التي هي حق من حقوق الطفل، مما يستلزم معه تكثيف الدورات التدريبية وكذا الندوات والمحاضرات وتمكين الآباء من أساليب التربية الصحيحة حتى ينشأ الابناء في بيئة صحية تأهلهم لحياة أفضل لهم ولمجتمعاتهم.

قائمة المصادر والمراجع

أولا :المـصـــــادر

1/ القرآن الكريم:

القرآن الكريم ، برواية ورش عن الإمام نافع.

2/ كتب الحديث:

- أبو داود، **سنن أبي داود (مع أحكام الألباني)**، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، 1988.
- أبي عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي، **السنن الكبرى**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001.
- أبي عبد الرحمن شرف الحق العظيم أبادي، **عون المعبود على شرح سنن أبي داوود**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 2005 .
- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، الطبعة الأولى، دار بن كثير، بيروت، لبنان، 2002.
- محمد نصر الدين الألباني، **صحيح الترميذي**، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 2000
- محمد ناصر الدين الألباني، **ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.
- مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006.

3/ كتب التفسير :

- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، **تفسير ابن كثير**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الجزائر، 1990.
- محمد متولي الشعراوي، **تفسير الشعراوي**، المجلد الأول، دار أخبار اليوم، مصر، 1991.

4/ المعـاجـــم :

- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، الجزء العاشر، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن .
- أبي القاسم سليمان بن احمد الطبراني، **المعجم الكبير**، الجزء التاسع عشر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، د س ن.
- سعدي أبو حبيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1988.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة ، لبنان، 1998.
- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.

5/ الاتفـــاقيـــات و التقارير الـــــدولية :

- اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة بموجب قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ في 2 سبتمبر 1990.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
- تقرير لجنة حقوق الطفل،الدورة الستون، جوان 2012، المتعلقة بالملاحظات الختامية لدولة الجزائر.

6/ النصوص القانونية :

أ/ القوانـــيـــــن:

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن **التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية الصادرة، العدد 14، بتاريخ 07 مارس 2016 .

- القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2015 المتضمن **حماية الطفل** الصادر بتاريخ 15 يوليو 2015 الجريدة الرسمية،العدد39، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2015.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن **قانون الأسرة الجزائري**، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
- القانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير سنة 2015 المتضمن **إنشاء صندوق النفقة** الصادر بتاريخ 4 يناير سنة 2015، الجريدة الرسمية، العدد 01 الصادرة بتاريخ 7 يناير 2015.

ب/ الأوامـــــر:

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن **قانون العقوبات** المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية،العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.
- الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق **بالحالة المدنية** المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت سنة 2014، الجريدة الرسمية عدد 49،الصادرة في 2014/08/20.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية ، عدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.
- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 28 فبراير سنة 2006، يحدد **شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين**،الجريدة الرسمية،عدد 12 الصادرة بتاريخ 2006/03/01.

ج/ المراسـيـــــــم:

- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، **المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل** التي وافقت عليها

الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية عدد91 ،الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1992.

- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 **المتضمن المصادقة مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل** ،الجريدة الرسمية،عدد91، الصادرة بتاريخ 23ديسمبر 1992.
- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996 **المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ الى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979**، الجريدة الرسمية،عدد6 الصادرة بتاريخ 24 يناير 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو **والمتضمن تغيير اللقب.**
- المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية **المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال** الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يوليو 1988، الجريدة الرسمية،عدد30، الصادرة بتاريخ 27 يوليو 1988.

ثانيـــا: قائمة المراجع

1/الكتــب المتخــصصة:

- أحمد نصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي،** دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر، 2009 .
- أسامة السيد عبد السميع، **الاسم كحق من حقوق الطفل ومدى التعويض عنه في الاعتداء عليه**، دار الكتب القانونية، مصر 2010.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، **التبني الدولي ومبدأ احترام مصلحة الطفل**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 .
- بلحاج العربي، **أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996 .
- جمال رجيمي، **قانون حماية الطفل في الجزائر تحليل وتأصيل**، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2016.
- الشحات إبراهيم محمد منصور، **حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- شهيرة بولحية،**حقوق الطفل بين المواثيقي الدولية وقانون العقوبات الجزائري**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة ، الجزائر، 1996
- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، **الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2013.
- العربي بختي، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- فاطمة حداد، **حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
- هدى عصمت محمد أمين، **الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)**، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- وائل أنور بندق، **المرأة والطفل وحقوق الإنسان**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

2/الكتــب العــامة :

- ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار (شرح تنوير الأبصار)**، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
- ابن قدامة **(المُقْنِع)** وابن احمد المرداوي **(الإنصاف)**، الجزء الرابع والعشرون، الطبعة الأولى، دار هجر، مصر، 1996، ص 455.
- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه (شرح مختصر المزني)**، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994 .
- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (على متن منهاج الطالبين)**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د س ن.
- عبد الحميد سيد احمد منصور، زكريا احمد الشربيني، يسرية صادق، **سيكولوجية الطفولة المبكرة(طفل الحضانة والروضة)**، الجزء الأول، دار قباء، القاهرة، مصر، 2003.
- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2003.
- محمد مصطفى الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الخيرة، دمشق، سوريا، 2006.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ، **شرح فتح القدير**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316 هـ

- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي،القاهرة، مصر،1957.
- محمد التاويل، **موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه**، مطبعة انفو–برانت، فاس، المغرب، 2007.
- محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر،1415هـ
- محمد سعيد رمضان البوطي، **حرية الإنسان في ظل عبوديته لله**، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1992.
- محمد علي الصابوني، **المواريث في الشريعة في ضوء الكتاب والسنة**، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د س ن).
- محمود حمدي زقزوق، **حقائق الإسلام في مواجهة شبهات المشككين**، وزارة الأوقاف، القاهرة، مصر،2002.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشّاف القناع عن متن الإقناع**، الجزء الخامس، عالم الكتب، بيروت، 1983.
- محمد هادي اليوسفي الغروي ، **موسوعة التاريخ الإسلامي**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مجمع الفكر الإسلامي، 1417هـ .
- **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الجزء الخامس والثلاثون، الطبعة الأولى، دار الصفوة، الكويت، 1995.
- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985.
- يوسف قطامي، **نمو شخصية الطفل** ، الطبعة الأولى، دار المسيرة، الأردن، 2014.

3/ الأطروحات و الرسائل الجامعية:

أ-أطروحات دكتوراه:

- عبد اللطيف والي، **الحماية القانونية لحقوق الطفل**، دراسة مقارنة (الجزائر، تونس، المغرب)، أطروحة دكتوراه،(غير منشورة)،كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الجزائر1، 2014-2015.
- منصوري مبروك، **الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)**، أطروحة دكتوراه،(غير منشورة)، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013-2014.
- حميدو زكية، **(مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة)**،أطروحة دكتوراه، (غير منشورة)،تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2004-2005.
- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، **(اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة (دراسة فقهية وتشريعية مقارنة)**، أطروحة دكتوراه،(غير منشورة)، دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2000.
- لعرابي خيرة، **(حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري)**،أطروحة دكتوراه،(غير منشورة)،تخصص قانون أسرة والقانون المدني،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة وهران، الجزائر، 2012-2013.

ب- رسائل ماجستير:

- إيمان معمري،**(ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)،تخصص أحوال شخصية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمّه لخضر،الوادي،الجزائر، 2014-2015.
- بلبشير يعقوب، **(حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر،2012-2013 .

- بوكايس سمية، **(المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)**، رسالة ماجستير ،(غير منشورة)، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2013-1014.
- حسين مهداوي، **(دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم لسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010 .
- رابطي زهية، **(الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، كلية الحقوق، قسم القانون الدبلوماسي، جامعة الجزائر، 2007-2008.
- سهير سلامة حافظ الأغا، **(قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر)** ، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2010 .
- عماري سناء، **(التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، (2014-2015).
- كهينة العسكري، (حقوق **الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2015-2016.
- محمدي محمد، **(التصريحات التفسيرية وأثرها على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان)**، رسالة ماجستير،(غير منشورة)، تخصص قانون دولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لخضر، باتنة، الجزائر، 2010-2011.
- عايدة سليمان أبو سالم، **(الحضانة في الفقه الإسلامي)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون مقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2003.

- غربي صورية ،(**حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري)**، مذكرة ماجستير،(غير منشورة)، تخصص قانون خاص معمق،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2014-2015.
- مداني هجيرة نشيدة، **(حقوق الطفل بين الشريعة والقانون)**، مذكرة ماجستير، (غير منشورة)،فرع قانون خاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2011-2012 .

4/ المجـلات العلمية :

- أوان عبد الله الفيضي،"**حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)**"، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، العراق، العدد 32، 2013.
- بلباهي سعيدة،"**قراءة في توصيات لجنة حقوق الطفل الدولية بخصوص أحكام قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الرابع،2017.
- بوزيد وردة، "**حق الطفل في الحرية الدينية (دراسة مقارنة)**"، مجلة آفاق للعلوم، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة زيان عاشور ، الجلفة، الجزائر، العدد السادس، 2017 .
- تشوار جيلالي، "**حرية الديانة وموقف القوانين المغاربية للأسرة منها**"، مجلة المعيار،كلية أصول الدين،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة ، الجزائر ، العدد 17 ، 2008.
- حسينة شرون،"**جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه**"، **مجلة الاجتهاد القضائي**،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر،العدد السابع،2010.

- حميد زقاوي، "**عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية**"، مجلة الدراسات القضائية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الثالث، (ديسمبر 2016) .
- خواثرة سامية، "**حقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد الأول، 2017.
- خوجة حمزة،"**واقع الكفالة والرعاية النفسية والتربوية والاجتماعية للطفولة المسعفة في الجزائر**"، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد الأول، 2017.
- ربيحة إلغات، " **الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا**"، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، الجزائر، ،العدد 27، 2015.
- رتيبة عياش،"**ضوابط العجز عن الكسب الموجب لحق الفرع في النفقة فقها وقانونا وقضاءا**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، العدد الثاني،2017.
- رحموني محمد، "**حقوق الطفل في القانون لدولي وآليات ضمان حمايتها**"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الخامس، 2017.
- سعاد زغيشي، "**الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق**"، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، الجزائر، العدد العاشر، 2006 .
- سعاد زغيشي،"**كفالة اليتيم في التشريع الجزائري**"، مجلة البحوث والدراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 24، (صيف 2017) .
- شوقور فاضل،"**قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل**"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، العدد06، 2017.

- عبد الله بن عبد المحسن بن منصور الطريقي،"**النفقة الواجبة على المرأة لحق الغير**"، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، السعودية، العدد22، 1407هـ
- العربي بختي، "**حقوق الطفل في الفقه والقانون**"، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد14، 2007.
- فاطمة حداد،«**حق الطفل في الحضانة والكفالة** »، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية،جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر، العدد الثالث، (جوان 2016)
- فهد بن عبد الكريم السنيدي، "**نفقة علاج الزوجة –دراسة فقهية**"،
- مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد السادس عشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (رمضان 2013).
- كمال لدرع، "**الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد ،2013 .
- مالطي نهار فائزة "**موقف القانون الدولي من التربية الدينية للطفل**" ، مجلة القانون والمجتمع، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الأول، 2016.
- مباركة عمامرة، "**الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري**" مجلة البحوث والدراسات، جامعة البليدة، الجزائر، العدد الرابع و العشرون،2017 .
- مبروك بن زيوش،"**نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها**"، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، دار، الجزائر، العدد الخامس، مارس 2015.
- محمد الزحيلي، "**الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها**"، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، قسم الفقه المقارن والدراسات العليا، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المجلد 27، العدد الأول، 2011 .
- محمد بجاق،" **الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري**" ،مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد الخامس، (جوان 2012).

- مساعدية عبد الوهاب،"**حماية الطفولة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري والمواثيق الدولية**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، العدد الأول، 2016.
- نسيمة آمال حيفري،"**نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري**"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور،الجلفة، الجزائر، العدد 27، 2017.
- ولد خسال سليمان، "**حق المساواة في الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي، تامنغست، الجزائر، العدد الرابع، (جوان 2013).
- بولحية شهيرة،"**حقوق الطفل في المواثيق الدولية العامة**"، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، الجزائر، العدد الأول، 2009.
- بن عومر محمد الصالح، "**صندوق النفقة كآلية قانونية لضمان تسديد النفقة**"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، العدد الثاني، 2016.
- بلبشير يعقوب، "**نسب الطفل غير الشرعي بالبصمة الوراثية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، العدد الرابع، (نوفمبر 2017).
- عيساوي عادل، "**صندوق النفقة بين النص والتطبيق**"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد الثالث، 2017.
- والي عبد اللطيف، "**حقوق الطفل في الاتفاقية الدولية لسنة 1989 وآلية الرقابة على تطبيقها**"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، العدد الثاني، 2017.

- Laalia Nawel, « **l'enfant algérien et l'amendement du code pénal 2014** » مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، العدد الرابع، 2015.

5/ الـــــمداخـلات :

- مصطفى بن حمزة، **(النسب والبنوة)**، مداخلة ألقيت ضمن الندوة الوطنية حول (حقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي والاتفاقيات الدولية–النسب والبنوة نموذجا)، 20 مارس 2017، قاعة الندوات ابن بطوطة بالقصر البلدي، طنجة، المغرب، تاريخ المعاينة:2018/05/01، الساعة: 19:30 الرابط الالكتروني: https://www.youtube.com/user/chainebenhamza/playlists
- محمد الكشبور، **إثبات النسب في غير الزواج الصحيح**، مداخلة ألقيت ضمن أشغال اليوم الدراسي حول موضوع: (مدونة الأسرة عشرة سنوات من التطبيق(الحصيلة والأفاق)، المنظم من طرف المكتب الجهوي للقضاء، اكادير، المغرب، ماي 2014، الرابط الالكتروني: https://www.youtube.com/watch?v=IEj60b8dfnw
- عادل موسى عوض، "**حق المحضون على الحاضن وحق النفقة (دراسة فقهية)**" مداخلة ألقيت في ندوة حول (اثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة)، المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، 1436 هـ
- محمود حامد عثمان،"**تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها**"، مداخلة ألقيت ضمن فعاليات ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1436 هـ

6- قرارات المحكمة العليا:

- القرار رقم 187692 الصادر بتاريخ 1997/12/23، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 1997 .
- القرار رقم 254080 ، الصادر بتاريخ 2001/02/21، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق ، العدد الثاني، الجزائر العاصمة، 2002.

- القرار رقم 259422، الصادر بتاريخ 2001/02/21 ،غرفة الاحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2004.
- القرار رقم 274207 الصادر بتاريخ 2002/07/03، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 2004.
- القرار رقم 318418، الصادر بتاريخ 02/23/ 2005، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول ،الجزائر العاصمة، 2005.
- القرار رقم 369032، الصادر بتاريخ 2006/12/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، الجزائر العاصمة، 2007.
- القرار رقم 377292 ، الصادر بتاريخ 2006/11/15 ، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الأول، الجزائر العاصمة،2007.
- القرار رقم 384529 ، الصادر بتاريخ 2007/04/11، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2008 .
- القرار رقم 390381، الصادر بتاريخ 2007/05/9،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2008.
- القرار رقم 426431،الصادر بتاريخ 2008/03/12، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، العدد الأول،الجزائر العاصمة، 2008 .
- القرار رقم 478795، الصادر بتاريخ 2009/02/11، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الأول،الجزائر العاصمة، 2009.

- القرار رقم 5001، الصادر بتاريخ 1988/06/20، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر، العدد الثاني، الجزائر العاصمة، 1991.
- القرار رقم 57227، الصادر بتاريخ 1989/12/25،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، قسم الوثائق، العدد الرابع،الجزائر العاصمة،1991
- القرار رقم 581222،الصادر بتاريخ 2010/10/14،غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد الأول،الجزائر العاصمة، 2011 .
- القرار رقم 594435، الصادر بتاريخ 2011/01/13 ، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق، العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2011.
- القرار رقم 51414، الصادر بتاريخ 1988/12/19، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر، العدد الثالث، الجزائر العاصمة، 1991.
- القرار رقم 69798، الصادر بتاريخ 1991/09/23، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية،قسم المستندات،العدد الأول، الجزائر العاصمة،1994.
- القرار رقم 355180 الصادر بتاريخ 2006/03/05، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الجزائر العاصمة، 2006.
- القرار رقم 79891،الصادر بتاريخ 1990/04/30، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا،المجلة القضائية،قسم الوثائق،العدد الأول، الجزائر العاصمة،1992.
- القرار رقم 91671،الصادر بتاريخ 1993/06/23، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية،قسم الوثائق، العدد الأول،الجزائر العاصمة، 1994 .
- قرار رقم51715، الصادر بتاريخ 1989/01/16، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، قسم الوثائق، العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 1992.

- القرار رقم 369032،الصادر بتاريخ2006/12/13، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة قضائية، قسم الوثائق، العدد الثاني،الجزائر العاصمة، 2007

ثـــالثـــا: المواقـــــــع الالكترونية:

- مركز الفتوى،اسلام ويب،**أحكام تتعلق في نفي نسب الولد**، تاريخ المعاينة: الرابط الالكتروني:
http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=59172
- اسلام اليوم: قرار مجلس المجمع الفقهي: **البصمة الوراثية و مجال الاستفادة منها**، الرابط الالكتروني: http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4627.htm
- .مركز الفتوى، إسلام ويب، **معنى حديث الولد للفراش و للعاهر الحجر**،تاريخ المعاينة: الرابط الالكتروني:
http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=173713
- مركز الفتوى، اسلام ويب، **اللعان و أحكام الملاعنة**، الرابط الالكتروني:
http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=59172
- يوسف القرضاوي، **جريمة الردة وعقوبة المرتد في ضوء القرآن والسنة**، الرابط الالكتروني:
https://www.al-qaradawi.net/node/5105
- ملتقى أهل التفسير، **تقرير عقوبة المرتد بكلام علماء المسلمين**، الرابط الالكتروني:
https://vb.tafsir.net/tafsir31909/#.WxUbA4rA-Uk
- الموسوعة الالكترونية موضوع، **ما هي أهم حقوق الطفل**،الرابط الالكتروني:
http://mawdoo3.com
- بهجت الحلو،**الحق في السكن و التزامات الدولة بضمانات الحماية**، الرابط الالكتروني: http://samanews.ps/ar/post/286368
- منظمة الصحة العالمية، **تغذية الرضع و صغار الأطفال**، الرابط الالكتروني:
http://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/infant-and-young-child-feeding
- موقع يونيسيف، **اتفاقية حقوق الطفل**، الرابط الالكتروني:
https://www.unicef.org/arabic/crc/34726_34854.html
- موقع **مؤشر حقوق الطفل**، الرابط الالكتروني:
kidsrightsindes.org
- **الجلسة العلنية المخصصة للأسئلة الشفوية الموجهة لوزير العدل و حافظ الاختام الطيب لوح**، المنعقدة بتاريخ 2014/12/04، نقلا عن الإذاعة الجزائرية، الرابط الالكتروني: http://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20141204/21745.htm

الفهـــرس

الفهرس	العنـــــوان	الصفحة
مقدمة		**أ-هـ**
الفصل الأول	**تكريس حقوق الطفل في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل**	**07-89**
المبحث الأول	**حــق الطفـل في النفقـة**	**09**
المطلب الأول	حق الطفل في النفقة في قانون الأسرة الجزائري	**09**
الفرع الأول	تعريف النفقة	**10**
الفرع الثاني	شروط و عناصر النفقة	**12**
الفرع الثالث	ترتيب من تجب عليهم النفقة	**28**
المطلب الثاني	حق الطفل في النفقة طبقا للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**35**
الفرع الأول	مضمون حق الطفل في النفقة طبقا للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**36**
الفرع الثاني	آليات تحصيل النفقة كأثر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على قانون الأسرة الجزائري.	**44**
المبحث الثاني	**حــق الطفـل في الحضانة**	**48**
المطلب الأول	حق الطفل في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	**49**
الفرع الأول	تعريف الحضانة	**50**
الفرع الثاني	تمييز الحضانة عمّا يشابهها من مصطلحات	**53**
الفرع الثالث	شروط الحضانة ومراتب الحاضنين	**62**
الفرع الرابع	مدة الحضانة	**72**
الفرع الخامس	حق زيارة المحضون	**73**
المطلب الثاني	حق الطفل في الحضانة طبقا للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.	**75**
الفرع الأول	تعريف الحضانة وفقا للإتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**76**
الفرع الثاني	معيار مصالح الطفل الفضلى	**80**
الفرع الثالث	حق الطفل في رؤية والديه	**84**

الفصل الثاني	**حقوق الطفل محل الإخلاف بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري**	**145-91**
المبحث الأول	**حق الطفل في الحرية الدينية**	**93**
المطلب الأول	مفهوم حرية الديانة في المنظور الغربي والإسلامي	**93**
الفرع الأول	مفهوم حرية الديانة في المنظور الغربي	**94**
الفرع الثاني	مفهوم حرية الديانة في المنظور الإسلامي	**96**
المطلب الثاني	حق الطفل في الحرية الدينية في قانون الأسرة الجزائري والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**97**
الفرع الأول	حق الطفل في الحرية الدينية في قانون الأسرة الجزائري	**98**
الفرع الثاني	حق الطفل في الحرية الدينية في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**101**
المبحث الثاني	**حق الطفل في النسب والميراث**	**104**
المطلب الأول	حق الطفل في النسب بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري	**105**
الفرع الأول	حق الطفل في النسب في قانون الأسرة الجزائري	**105**
الفرع الثاني	حق الطفل في النسب في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**130**
المطلب الثاني	حق الطفل في الميراث بين الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري	**134**
الفرع الأول	حق الطفل في الميراث في قانون الأسرة الجزائري	**134**
الفرع الثاني	حق الطفل في الميراث في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل	**138**
الخاتمة		**146**
قائمة المصادر والمراجع		**150**

الملخص

يتناول هذا البحث بالدراسة والتحليل والمقارنة حقوق الطفل في القانون الجزائري وتحديدا في قانون الأسرة مقارنة مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1992.

ولقد توصلنا إلى أنّ كلا منهما أولى اهتماما بالغا لتكريس أهم الحقوق التي يجب أن توفر للطفل وهي حقه في النفقة والحضانة وجعلا مسؤولية ذلك جماعية تقع على عاتق المجتمع والوالدين والأوصياء والمربين ومؤسسات الرعاية .

وتميز المشرع الجزائري في هذا الشأن بأن جعل مبدأ المصلحة الفضلى للطفل مرجعا أساسيا في كل المواد المتعلقة بالنفقة والحضانة وهو ما عبرت عنه مواد قانون الأسرة المعدلة بموجب القانون رقم: 02/05 .

كما توصلنا إلى أن المشرع الجزائري كان سباقا في نصه على بعض الأحكام المتعلقة بالحماية القانونية للطفل حتى قبل التوقيع على الاتفاقية مثل استمرار كفالة نفقة الطفل إلى ما بعد سن الرشد في حال مزاولته للدراسة وفي حال إصابته بعاهة عقلية أو غيرها واستمرار نفقة البنت إلى حين دخولها بيت الزوجية .

ورغم أنّ الاتفاقية الدولية حاولت أن تستوعب الخصوصيات الثقافية والدينية لكافة دول العالم على اختلافها إلاّ أنّ المشرع الجزائري قد خالف الاتفاقية عند تنظيمه لحق الطفل في الحرية الدينية وحقه في النسب والميراث نتيجة كون أحكام قانون الأسرة الجزائري تستند معظمها الى أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء ، وهو ما جعل الجزائر وبعض الدول الإسلامية تضع تحفظات وتصريحات تفسيرية بهذا الشأن.