

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



مسؤولية متولي الرقابة

دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الأسرة

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. بن عمار محمد

إعداد الطالبة:

بن داود جناح

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. كحلولة محمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بن عمار محمد
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	د. هديلي أحمد
مناقشا	المركز الجامعي - مغنية	أستاذ محاضر "أ"	د. جازول صالح

السنة الجامعية: 2020-2019

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ب. د. ن: بدون دار نشر.

ب. س. ن: بدون سنة نشر.

ب. ط: بدون طبعة.

ج: جزء.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ. م: غرفة مدنية.

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ثانياً: باللغة الفرنسية

ED : Edition.

I. G. D. J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

N : Numéro.

P : Page.

R. I. D. C : Revue internationale de droit comparé.

T : Tome.

مقدمة

إن الناس يتفاوتون فيما منحهم الله من عقل و قدرة على تدبير أمورهم، فمنهم من كمل عقله فإستطاع أن يدبر أمور نفسه بنفسه على وجه تحفظ به المصالح و تدرأ به المفاسد و هؤلاء هم العقلاء الراشدون الذين لهم أهلية الأداء¹ و سلطة التصرف في شؤونهم و أموالهم و يمكن أن يوكل إليهم التصرف في شؤون غيرهم.

لقد أولى المشرع الجزائري لطبقة الصغار و من في حكمهم من فاقد أهلية الأداء و ناقصيها عناية فائقة فأوكل النظر في أمورهم و تدبيرها إلى من يهتم بها و يحفظها و يتصرف فيها بما ينفعهم و ينميها لهم.

حيث يتولى القانون تنظيم الأفراد في المجتمع و علاقتهم فيه عن طريق تقرير ما لهم من حقوق، و ما عليهم من إلتزامات ترتب مسؤولية مرتكبيها².

لا يختلف إثنان أن المسؤولية التقصيرية تعد محورا مهما من محاور إهتمام المشرعين و الفقهاء في كل زمان و مكان و السبب في ذلك أن القانون يهتم بتنظيم المصالح المتعارضة للأفراد و هي مصالح تتعارض غالبا في حال حدوث الفعل الضار.

لمعرفة أحكام هذه المسؤولية لابد من معرفة التطور التاريخي لها و هو تطور مستخلص من تطور المسؤولية المدنية بصورة عامة. فإذا كانت المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي تنشأ تعارضا في المصالح بين طرفين فإن المسؤولية عن فعل الغير قد تكون مصدرا لتراع ثلاثي الأطراف بين محدث الفعل الضار و المسؤول و المضرور.

إن التطور التاريخي لأي قاعدة أو مبدأ ينبعنا عن تفسير كثير من مضامين تلك القاعدة أو المبادئ التي قد لا نعرف لها تفسيرا أو تحليلا إذا نظرنا إليها نظرة تجزيئية.

¹ - أهلية الأداء: هي قدرة الشخص على مباشرة الأفعال القانونية لحساب نفسه على وجه يعتد به قانونا. و أهلية الأداء هذه يفترض لقيامها بالضرورة توافر أهلية الوجوب (أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات). و بالعكس فقد تتوافر في الشخص أهلية وجوب كاملة و في نفس الوقت يكون عدم الأهلية أو ناقصها، كما في حالة القاصر و من يصيبه جنون، أو عته، أو غفلة، أو سفه. مقتبس عن، أنظر، محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الإلتزام، ب. ط، د. ن، الإسكندرية، 1999، ص. 163.

² - أنظر، نبيل محمدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، كلية القانون، جامعة الكوفة، ب. س، ص. 2.

بحيث لا يخفى على أية باحث أننا حين نبحت عن التطور التاريخي لأي قاعدة قانونية فإننا نبدأ من القانون الروماني الذي يعد الأصل التاريخي للقانون المدني الفرنسي و هو بدوره يعد الأصل التاريخي للعديد من القوانين العربية.

قبل الدخول في صلب البحث و بيان التطور التاريخي للمسؤولية عن فعل الغير في القانون الروماني رأينا أنه من المناسب أن نسوق عددا من الحقائق التاريخية التي ألفت بظلالها على القواعد القانونية التي تعالج المسؤولية عن فعل الغير.

تتلخص الحقيقة الأولى في أن الرومان مثل كثير من الشعوب كانوا يعرفون نظام الرق الذي يجعل من بعض الأفراد غير متمتعين بالشخصية القانونية، مما يعني عدم وجود ذمة مالية لهم و عدم إمكانية مقاضاتهم.

أما الحقيقة الثانية فهي أن تطور الملكية في القانون الروماني يدلنا على أن هذا القانون، في بداية مراحلها، لم يعترف لجميع الرومان الأحرار بحقوقهم في التملك حيث بدأت الملكية جماعية ثم تطورت إلى ملكية الأسرة التي لم يكن يسمح في ظلها بالتملك لغير رب الأسرة¹.

أما الحقيقة الثالثة فهي أن القانون الروماني لم يكن يفرق بين الجريمة و الفعل الضار في إشتراط التمييز. فالخطأ حسب ما هو معروف ركن في المسؤولية المدنية.

إن هذه الحقائق الثلاث ألفت بظلالها على قواعد المسؤولية التقصيرية حيث أن الفعل الضار قد يصدر من فرد لا يملك شخصية قانونية أو من فرد ليست له ملكية لعدم إعتراف القانون له بحق التملك أو من فرد لا يملك التمييز. و في هذه الحالات الثلاث تقف أحكام القانون الروماني عاجزة عن تعويض الخسارة التي لحقت بالمضروب نتيجة الفعل الضار الصادر ممن ليس لديه شخصية أو ليس لديه ملكية أو ليس لديه تمييز.

¹ - نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص. 4.

لقد كان من الممكن للسيد أو لرب العائلة في حال صدور فعل ضار من العبد أو من فرد من العائلة أو طفل عديم التمييز أن يتخلص من المسؤولية من خلال تخليه عن العبد أو الطفل و قيامه بالتبرؤ منه وجعله تحت تصرف المضرور.

لكن هذه العادة لم تستمر طويلا حيث أصبح من الممكن للمضرور الرجوع على محدث الفعل الضار و على رب العائلة بنسبة معينة، و ذلك تحقيقا لمصلحة المضرور الذي يمكن أن يبقى دون جهة يمكن الرجوع عليها بالتعويض.

غير أنه لوحظ أن رجوع المضرور على العبد أو على عديم التمييز سيكون مجحفا بحق المضرور الذي سيكون خالي الوفاض للأسباب التي سبق بيانها.

لغرض حل هذه المشكلة التي تحول بين المضرور و بين حصوله على التعويض أتيح للمضرور الرجوع على رب العائلة أو السيد للحصول على التعويض¹.

كما أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بالفئات الضعيفة و العاجزة و خاصة فئة القصر فوفرت لهم الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم، و هذه الحماية تبدأ قبل الولادة بإنساب الولد لأبيه لحفظ ما يؤول إلى ذمته من أموال، و أهميتها تزداد إلى أن يبلغ القاصر سن الرشد و يجوز القدرة العقلية و الجسدية لتدبير شؤونه بنفسه.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فإنه رأى النور بتاريخ 1975/5/29، ولا شك أن صدوره كان في مراحل هامة من تاريخ الجزائر التشريعي، و كان يدخل في إطار جزأرة القوانين الفرنسية التي ظلت تحكم في علاقات الأفراد حتى بعد الإستقلال. و لا شك أنه و ككل محاولة تصدر في ظل نقص الخبرة، فقد يشوب المحاولة الكثير من التزيد و نقص في الصياغة التشريعية و تناقضا في الأحكام ناهيك عن الأخطاء الشكلية و الموضوعية الكثيرة، ناهيك عن التناقض بين النصين العربي و الفرنسي في كثير من الأحكام، و إضافة إلى العاملين المذكورين هناك عامل ساهم في هذا الإضطراب التشريعي. ألا و هو النقل العشوائي عن القانونين المدني الفرنسي و المصري رغم أن

¹ - نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص. 6.

هذا الأخير له خصوصيته نظرا لتمييزه عن باقي القوانين المدنية العربية في حسن الصياغة و طول التجربة و كفاءة اللجان المكلفة بذلك.

إذا كانت المسؤولية المدنية قد خصها المشرع بأحكام خاصة أسمها العمل المستحق للتعويض فإنه و للأسباب المذكورة فقد عابه كثير من النقاد و الشراح على ما وقع فيه من ثغرات و أحكام متناقضة من شأنها أن تخلق إضطرابا في فهم النصوص المذكورة.

لهذا جاءت دراستنا لتنصب على قواعد مسؤولية متولي الرقابة بين كل من القانون المدني¹ وقانون الأسرة الجزائري²، حيث أدرج المشرع الجزائري موضوعا خاصا في قانون الأسرة تحت عنوان النيابة الشرعية في الكتاب الثاني. فلما تناول أحكام الأهلية فرق بين القاصر عديم الأهلية و القاصر المميز و بعد ذلك قام بتبيان العلاقة بين القاصر و وليه الشرعي الذي يتولى رعايته على نفسه و ماله. إما بمقتضى الولاية الأصلية أو بالولاية النيابية: الوصي و المقدم.

كما منح المشرع لعديمي الأهلية و ناقصيها فرصة لحماية أموالهم و ذلك من خلال الحجر عليه.

تناولت الشريعة الإسلامية مفهوم القاصر ضمن مفهوم اليتيم، ففي القرآن الكريم جاء قوله تعالى في الآية الكريمة: "وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنْزٌ لَهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَنْ يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنْزَهُمَا رَحْمَةً مِنْ رَبِّكَ وَ مَا فَعَلْتُهُ عَنْ أَمْرِي ذَلِكَ تَأْوِيلُ مَا لَمْ تَسْطِعْ عَلَيْهِ صَبْرًا"³.

اليتيم في المعنى الشرعي من مات أبوه و هو صغير و لم يبلغ الحلم، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيما، و لو مات الأب و قد بلغ الصبي لم يكن يتيما، و اليتيم عادة ملازمة للضعف، فالصغير ضعيف لا يملك شيئا و لا يحسن التصرف و ليس له تجربة و معرفة بالحياة، و من بلغ سن الرشد و هو حسن التصرف فقد زال عنه اليتيم شرعا⁴.

¹- أنظر، أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

²- أنظر، قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل و مقيم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³- الآية 82 من سورة الكهف.

⁴- غربي صورية، حياة الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص. 13.

هذا القاصر يمر بمراحل أثناء حياته فأول مرحلة هي مرحلة الطفولة¹ و هي أول خطوة يخطوها الإنسان في حياته إذ يحتاج لرعاية تامة و سليمة و تربيته تربية سليمة، فبصلاحه يصلح المجتمع وبفساده يفسد المجتمع. ثم تبدأ المرحلة الثانية و هي من سن 13 إلى دون سن 19 سنة، أما المرحلة الثالثة و هي ببلوغه سن الرشد أي سن 19 سنة كاملة و أن يتمتع بكامل قواه العقلية و لم يحجر عليه حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

نجد إلى جانب المادة السالفة الذكر إستعمل المشرع مصطلح القاصر إلى جانب مصطلح المحجور عليهم في المادة 79 من القانون المدني الجزائري بقولها: "تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

هذا يعتبر دليل أن المشرع قد قصد منه الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد بعد. حيث يقصد بالمحجور عليهم بحسب نص المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري² كل من بلغ سن الرشد و به عارض من عوارض الأهلية، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده.

من هنا تكمن أهمية الموضوع، حول مسؤولية متولي الرقابة على النفس و المال، ذلك أنه لقيام المسؤولية التقصيرية و يجب توفر ثلاثة أركان: الخطأ، الضرر و العلاقة السببية.

الخطأ هو الإخلال بالإلتزام أو إنتهاك لحرمة حق مكرس قانوناً و شرعاً، أما الركن الثاني يتمثل في الضرر، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا مسؤولية مهما كان الخطأ مؤكداً، فالضرر هو الركن الذي تقوم من أجله المسؤولية من أجل تعويض المضرور.

¹ - الطفل هو المولود حتى البلوغ و الجمع أطفال، و الطفولة هي المرحلة من الميلاد إلى البلوغ، مقتبس عن، أنظر، المعجم الكافي، المستقبل الرسمي، ط. 4، 2012، ص. 213.
² - نصت المادة 101 من ق. أ. ج على أنه: "من بلغ سن الرشد و هو مجنون، أو معتوه، أو سفیه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

بالإضافة إلى ركن الخطأ و الضرر هناك ركن آخر و هو ركن العلاقة السببية، فلا يكفي لقيامها حصول ضرر لشخص ووقوع خطأ من شخص آخر، بل لا بد أن يكون الخطأ السبب المباشر في حدوث الضرر و إلا إنعدمت المسؤولية.

كما أحاط المشرع الجزائري أموال القاصر بنوع من الحماية لأنها تعتبر من القضايا المهمة في حياة الإنسان، و لما لها من أهمية تناولتها القوانين بشكل دقيق و شفاف و عاجلت أحكامه بالتفصيل.

المال ضرورة يحتاجها الإنسان في كافة شؤون حياته، لذا يسعى لحمايته و الدفاع عنه من كل نهب و إستغلال. فالناس يتفاوتون فيما منحهم الله من عقل و قدرة و حسن التصرف و إدارة الأموال و حمايتها، فمنهم من كمل عقله و إستطاع ان يدبر أموره المالية بنفسه على وجه يحفظ به مصالحه، و منهم من إنعدم عقله و تمييزه أو نقص، إما لصغر سنه، و إما لإصابته رغم بلوغه سن الرشد بإحدى عوارض الأهلية فيعجز عن التصرف و تسوء إدارته لأمواله.

لذا يحتاج القاصر خلال هذه الفترة من ينوب عنه في رعاية مصالحه و إدارة أمواله، أين قيد المشرع الولي الشرعي في التصرف في مال القاصر كنوع من الحماية له. فوضع مجموعة من الإجراءات نظمها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إن أهمية هذه الدراسة تكمن في كونها تسلط الضوء على قواعد القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري الذي يستمد أحكامه من التشريع الإسلامي.

فقد فرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بين الحماية الخاصة بالقاصر في نفسه و ماله، و بين إجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية، و ذلك عندما بين في الباب الأول من الكتاب الثاني الإجراءات الخاصة بالحكمة، فجاء في القسم الرابع من الفصل الأول المخصص بقسم شؤون الأسرة، مفرقا بين إجراءات الولاية على نفس القاصر و من بعدها على ماله من

المادة 453 حتى المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و بين الإجراءات الخاصة بالبالغين ناقصي الأهلية من المادة 481 حتى المادة 489 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹.

من الأسباب التي دفعتني إلى إختيار هذا الموضوع هي الرغبة في معرفة النظام القانوني الذي نظمته المشرع كنوع من النيابة القانونية و الوقوف عند الأحكام و النصوص التي تسري على مسؤولية متولي الرقابة، و لعل من أهم الأسباب هو أن القاصر أو ناقص الأهلية أو عديمها بحاجة إلى الرقابة على النفس و المال.

لكن بالرغم من محاولتنا من جمع مسائل هذا الموضوع في بحث واحد و بيان أحكام هذه المسائل في التشريع الجزائري باعتبار القاصر من ضمن الفئات الضعيفة و العاجزة عن تسيير و تدبير شؤونها الشخصية و المالية. فقد واجهتنا الصعوبات الآتية و المتمثلة في الإشكاليات المطروحة أمامنا:

هل يعتبر الخطأ العنصر الأساسي في قيام المسؤولية التقصيرية؟

وهل تقوم مسؤولية متولي الرقابة على الخطأ الواجب الإثبات أم الخطأ المفترض؟ ما مدى نجاعة الطرق التي كرسها المشرع لحماية الذمة المالية للخاضع للرقابة؟

للإجابة على هذه الإشكاليات المطروحة إتبعنا في دراستنا المنهج التحليلي و المقارن، لمعرفة ثانيا الهيكل القانوني الذي وضعه المشرع في سبيل حماية القاصر و أمواله و الفساد، و تحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني، و المتعلقة بالنيابة الشرعية الواردة في قانون الأسرة.

يمتاز موضوع دراستنا بالسعة المفرطة و التشعبات الكثيرة و محاولة من الإحاطة بكل جوانبه، قمنا بتقسيم هذا البحث إلى بايين و كل باب إلى فصلين.

¹ - أنظر، المواد من 453 - 480 و المواد من 481 - 489 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

حيث نتناول في الباب الأول: مسؤولية متولي الرقابة على النفس و الذي قسمناه إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول: أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس و الفصل الثاني تناولنا: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس.

أما الباب الثاني تناولنا فيه مسؤولية متولي الرقابة على المال و الذي قسمناه هو بدوره إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول إدارة متولي الرقابة على أموال الخاضع لها و في الفصل الثاني تناولنا الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي.

الباب الأول:

مسؤولية متولي الرقابة على النفس

الفصل الأول: أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس

متولي الرقابة هو من يتولى رعاية و تدبير شؤون القاصر غير المميز أو من يساويه عقلا كالجنون أو رقابة المعاق جسدياً¹. فالقاعدة الأصلية أن المرء لا يتحمل إلا نتائج ما فعلت يده و لا يكون مسؤولاً إلا عن تصرفاته. و لكن المشرع خرج عن هذه القاعدة و رتب المسؤولية على المرء عن أعمال يأتيها بعض الأشخاص الذين هم تحت عهده و إشرافه و هذه المسؤولية واردة إستثناء لإعتبارات جوهرية تفرضها العدالة²، و سنقوم بدراسة هذا الموضوع من جانبين جانب القانون المدني و قانون الأسرة.

لذلك إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول أحكام مسؤولية متولي الرقابة عن النفس في القانون المدني أما المبحث الثاني نتناول فيه أحكام مسؤولية متولي الرقابة عن النفس في قانون الأسرة.

المبحث الأول: أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في القانون المدني

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري عندما عدل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 مس بذلك نص المادة 134³ إذ نقل الفقرة 2 من المادة 135 القديمة، و ضمها للمادة 134 لتصبح بفقرتين. و تنص الفقرة 2 على وسائل دفع أو نفي مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الغير، كما قام بإلغاء المادة 135 منه، نتيجة للإنتقادات التي وجهت لها.

تدرج المادة 134 المذكورة تحت القسم الثاني المتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير و المدرج تحت الفصل الثالث العمل المستحق للتعويض. بالإضافة إلى هذا فإن المشرع الجزائري نص على القاعدة العامة أو المبدأ العام ضمن نص المادة 134 من القانون المدني. إذ تعتبر نصاً عاماً للمسؤولية عن أفعال القاصر لأنها تشمل كل متولي رقابة سواء أكان ذلك إتفاقاً أو قانوناً.

1- أظفر، عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص. 487.

2- أظفر، سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2003، ص. 163.

3- نص المادة 134 من ق.م.ج على أن: "كل من يجب عليه قانوناً أو إتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعاله الضار.

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

لذلك فالرقابة هي إلتزام قانوني يقع على متولي الرقابة و لا تتحقق مسؤوليته التقصيرية بدون توفرها و لذلك يستلزم منا أن نولي هذا الشرط كل العناية اللازمة بدراسته و تحليله من تحديد مفهوم تولي الرقابة و هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول أما المطلب الثاني نتطرق فيه إلى الحالات والصور التي تقوم فيها هذه الرقابة.

المطلب الأول: مفهوم تولي الرقابة

لقد تناول الكثير من الفقهاء مسألة تحديد مضمون واجب الرقابة، و ذلك من خلال طرق نفي مسؤولية متولي الرقابة، إعتقاداً منهم أن مدلول هذا الواجب واضح لا يتطلب شرحاً و لا تأويلاً.

لكن بمجرد القراءة الأولى لنص المادة 134 من القانون المدني، نجد أن المشرع إعتبره شرط من الشروط الرئيسية لهذه المسؤولية. للتفصيل أكثر في هذا الشرط يتعين علينا أولاً تعريف تولي الرقابة وتمييزها عن الحراسة و هذا ما سندرسه في الفرع الأول ثم نتطرق إلى أطراف تولي الرقابة و هذا ما سنبينه في الفرع الثاني، و أخيراً نتطرق إلى مصدر هذه الرقابة في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف تولي الرقابة و تمييزها عن الحراسة

الرقابة في المسؤولية التقصيرية مفهومان يختلفان بإختلاف صورة المسؤولية، فالرقابة في مسؤولية متولي الرقابة تختلف عن الرقابة المفروضة عن الأشياء. و على هذا الأساس نتطرق إلى تعريف تولي الرقابة و كذا تمييزها عن الحراسة.

أولاً: تعريف تولي الرقابة

عرف بعض الفقهاء تولي الرقابة على أنها: "الإشراف على شخص و توجيهه و حسن تربيته، وإتخاذ الإحتياطات اللازمة في ذلك"¹. في حين يعرفها الآخرون على أنها: "سلطة الإشراف والتوجيه، و إتخاذ الإحتياطات المعقولة لمنع من هو تحت رقابته من الإضرار بالغير"².

1- أنظر، فيلالي علي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، موف للنشر، الجزائر، 2002، ص. 94.
2- أنظر، اللصاحبة عبد العزيز، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني الأردني و المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها و شروطها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002، ص. 222.

ثانيا: تمييز تولى الرقابة عن الحراسة

الرقابة في مسؤولية متولي الرقابة هي غير الرقابة التي تتضمنها الحراسة في المسؤولية عن الحيوان أو المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية¹.

لذلك ماهو مدلول كل من الحراسة في المسؤولية الناشئة عن الأشياء، و الرقابة في مسؤولية المكلف بالرقابة؟

أ- مدلول الحراسة

إن الحراسة في معناها العادي المتداول في عرف الناس لا تصلح للتعبير عن حقيقة الحراسة كما هي معنية في نطاق المسؤولية عن فعل الشيء و لغايتها، فالحراسة بمدلولها العادي تتجلى بالمحافظة أو المناظرة، و مع هذا يكفي أن يثبت الحارس أنه أحسن المحافظة ليوفر لنفسه سبب إعفائه من المسؤولية، و هذا ما لا يستقيم مع المسؤولية عن فعل الشيء².

الحراسة هي السلطة الفعلية التي تثبت لصاحبها السيطرة على الشيء، من ناحية أخرى فإن السلطات المقررة للحارس تقتضي منه رقابة الشيء محل الحراسة لتجنب الضرر الناتج عنه، بحيث يمكن القول أنه يقع على عاتق الحارس واجب الرقابة.

من هنا فإنه لا تترتب مسؤولية الحارس عند فقدانه السلطة الفعلية على الشيء فيما يتعلق بالإستعمال و التوجيه و الرقابة و يرجع ذلك إلى إنقضاء واجب الرقابة المستمدة من السلطات المقررة للحارس على الشيء³.

1- أنظر، محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتبره مصدر الإلتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي، ب. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص. 162.

2- أنظر، عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص. 17.

3- أنظر، شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المسؤولية عن فعل الغير و المسؤولية الشبئية في الفقه و القضاء المصري، مطبعة عباد الرحمن المنصورة، مصر، 2008، ص. 276.

ب- مدلول الرقابة

الرقابة في مدلولها العام تعبر عن الإلتزام الذي يتحمله المكلف بالرقابة إتجاه شخص يحتاج إلى هذه الرقابة، فهو إلتزام من شخص على شخص بهدف التوجيه و الإشراف عليه. و إتخاذ الإحتياطات المعقولة لمنع من هو تحت رقابته من الإضرار بالغير¹.

إذا من خلال هذين التعريفين نجد أن الفرق بين الرقابة و الحراسة يكمن في أن مصطلح الرقابة يكون على الأشخاص و ذلك في رعايتهم و تربيتهم و توجيههم، أما الحراسة تكون على الأشياء سواء الحية أو الغير حية و ذلك بالسيطرة الفعلية على الشيء محل الحراسة.

الفرع الثاني: أطراف تولى الرقابة

من الطبيعي بالنسبة للمسؤولية الإستثنائية أن يهتم المشرع بوضع شروط محددة لتطبيقها. فالعودة إلى نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري نجد أن الرقابة هي أن يتولى شخص إسمه متولي الرقابة الرقابة على شخص إسمه الخاضع للرقابة.

أولاً: متولي الرقابة

متولي الرقابة هو الشخص الذي يتولى رعاية و تدبير شؤون القاصر غير المميز أو مميز أو من يساويه عقلاً كالمجنون أو من يتولى رقابة المعاق جسدياً².

غير أن المشرع لم يحدد الأشخاص المتزمين بالرقابة في نص المادة 134، و لهذا فإن تحديد من هو المتترم بالرقابة في القانون المدني الجزائري مسألة صعبة على خلاف المشرع الفرنسي الذي حددها، لهذا حتى يتسنى لنا تبيان الأشخاص الملزمون بالرقابة قانوناً فإنه يجب علينا الرجوع إلى نص المادتين 135 الملغاة و المادة 87 من قانون الأسرة اللتان حددتا هؤلاء الأشخاص حيث نصت المادة 135 من القانون المدني الجزائري على أنه: "و يكون الأب و من بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي

1- عبد العزيز اللصاحبة، المرجع السابق، ص. 222.

2- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص. 497.

يسببه أولادهما القاصرين الساكنون معهما كما أن المعلمين و المؤديين و أرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلاميذهم المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل المعلمون و المربين".

أما نص المادة 1/87 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

بإستقراء نص المادتين المادة 135 الملغاة من القانون المدني الجزائري و نص المادة 1/87 من قانون الأسرة، يمكن أن نقسم الأشخاص الممارسون للرقابة إلى متولي الرقابة الدائم و هو الأب أو الأم فإنهما يكونان مسؤولان بصفة أصلية عن أفعال الشخص الخاضع لرقابتهما، عدا في الوقت الذي يكون فيه تحت رقابة شخص آخر يتولى الرقابة عليه بصفة مؤقتة، و هم إما المعلمين و المؤديين و أرباب الحرف فمسؤولية هؤلاء تنحصر في وقت محدد فقط و يرجع ذلك إلى سلطة الرقابة المستمرة لمتولي الرقابة الدائم.

غير أنه نرى أن نص المادة 134 جاء عاما، فكل من يتولى الرقابة يكون مسؤولا.

ثانيا: الخاضع للرقابة

لقد نصت المادة 1/134 من ق. م. ج على أنه: "كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار".

بإستقراء نص المادة نجد أن المشرع إكتفى بالنص على أن الرقابة منوطة إما بالقصر أو بالحالة العقلية أو الجسمية للشخص على سبيل الحصر¹.

1- أنظر، محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994، ص. 131.

و على ذلك فإنه لا يكون هناك حاجة إلى الرقابة إذا لم يتم سبب من هذه الأسباب و بالتالي لا تقوم المسؤولية إذا قامت الرقابة لسبب آخر¹. فالمسجون ليس في حاجة إلى رقابة السجنان و بالتالي ليس على السجنان إلتزام الرقابة.

الفرع الثالث: مصادر تولى الرقابة

يتضح من نص المادة 134 أن للرقابة مصدرين، إما أن يكون مصدرها القانون و إما أن يكون مصدرها الإتفاق.

أولاً: تولى الرقابة بموجب القانون

قد يكون مصدر الإلتزام هو القانون كرقابة الأب على ولده القاصر². و الرقابة بموجب القانون هي الرقابة الفعلية بسبب حالة القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية.

كما أخذ المشرع مسلكاً آخر في فرض الرقابة القانونية و ذلك في نص المادة 1/87 على أنه: " يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً".

يتضح من خلال هذه المواد أن الرقابة القانونية حولها القانون للأب أولاً ثم تنتقل الرقابة القانونية إلى الأم بعد وفاة الأب.

ثانياً: تولى الرقابة بموجب الإتفاق

أحسن مثال على ذلك الروضة أو المعلم أو المستشفى أو مستشفى مختص في الأمراض العقلية، فهنا يقوم إلتزام بين الأطراف أو بين الولي و المكلفين بمثل هذا الواجب الإتفاقي، على القيام بواجب الرقابة و يتحمل المسؤولية تبعاً لإلتزامه بهذا الإتفاق، و في هذا الصدد يقول الأستاذ علي فيلالى أنه: (يكون واجب الرقابة إتفاقاً كلما كان إتفاق الأطراف هو المنشئ لهذا الواجب، كأن تلتزم مؤسسة مختصة برعاية مريض أو تلتزم سيدة أو دار للحضانة أو روضة برعاية الأطفال الصغار).

1- أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني و التشريعات العربية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1995، ص. 378.
2- أنظر، محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1991، ص. 242.

كما تجدر الإشارة أن هذه الرقابة هي رقابة إتفاقية محددة المدة، فقد يكون الخاضع للرقابة قاصرا كما قد يكون أيضا به عاهة عقلية كالمجنون الذي يوضع في مستشفى الأمراض العقلية، فرقابة هذا الشخص تقع على عاتق مدير المستشفى بمقتضى الإتفاق أو العقد¹ الذي تم مع ولي أمره، كما هو الحال كذلك بالنسبة للشخص الذي فيه عاهة الشلل أو ذلك الشخص الذي فقد بصره فيكون تحت رعاية شخص آخر و هو المشرف أو الممرض.

ما تجدر أيضا الإشارة إليه أنه تنتقل الرقابة من متولي تربية القاصر إلى المدرسة أو إلى معلم الحرفة خلال الفترة التي يتواجد فيها القاصر في المدرسة أو عند معلم الحرفة بعدها تعود الرقابة إلى متولي التربية. و تنتقل رقابة الزوجة القاصر إلى زوجها إذا كان راشدا أما إذا كان خاضعا للرقابة فتكون رقابة الزوجة لمتولي رقابة الزوج².

المطلب الثاني: حالات و صور تولى الرقابة

يحتاج الخاضع للرقابة إلى رقابة و ذلك عندما يتوفر سبب من أسباب قيام هذه الأخيرة و التي حصرها القانون في ثلاث حالات و هي: حالة القصر، الحالة العقلية أو الحالة الجسمية.

الفرع الأول: حالات تولى الرقابة

إن الرقابة إما يكون مصدرها القانون أو الإتفاق و ذلك في حالة ما إذا كان الشخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو حالته الجسمية.

أولا: تولى الرقابة بسبب القصر

أولا يجب التعرف على المقصود بمصطلح القاصر فالقاصر في اللغة له عدة معان منها: الكف والعجز و الحبس.

1- العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه على أن العقد (مرادف الإتفاق) يعتبر تصرف إرادي يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين. مقتبس عن، أنظر، جابر فهدى عمران، المسؤولية القانونية للمعلم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014-2015، ص. 105.

2- محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص. 243.

يقال أقصر عن الأمر: كف عنه و هو يقدر عليه. و قصر عنه قصورا: عجز عنه و لم يقدر عليه. و القاصر من الورثة: من لم يبلغ سن الرشد و فتاة قاصرة لم تبلغ سن الرشد.

أما مراد مفهوم القاصر عند الفقهاء أن الإنسان ينشأ في الوجود ضعيفا، لا تتوافر له ملكة الإدراك، و ذلك لقصور عقله عن معرفة حقائق الأشياء، و إختيار النافع منها لنفسه، و البعد عن كل ما من شأنه الإضرار. و مرد ذلك كله إلى عدم إكتمال نموه، و ضعف قدرته الذهنية و البدنية، بسبب وجوده في سن مبكرة، ليس في إستطاعته بعد وزن الأشياء بميزانها الصحيح و تقديرها حق التقدير.

يظل الإنسان قاصرا من وقت ميلاده إلى حين إنتهاء الولاية عليه، أي إلى الوقت الذي يصير فيه بالغا رشيدا، و ذلك بإكتمال عقله و قدرته على الحكم على الأشياء و معرفة النافع منها و الضار. و هو من يوم مولده إلى وقت بلوغه رشيدا يمر بمراحل سنية مختلفة و ذلك لمعرفة حد القاصر أي الوقت الذي يعتبر فيه الإنسان قاصرا، و من ثم يخضع للرقابة على تصرفاته¹.

لكي تقوم مسؤولية متولي الرقابة، لابد أن يكون الشخص الخاضع للرقابة قاصرا. و القاصر في نظر القانون المدني الجزائري هو ذلك الشخص الذي لم يبلغ سن 19 سنة من عمره و هو إستنادا إلى نص المادة 40 منه و التي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر سنة".

إذا لم يبلغ الشخص سن الرشد يبقى تحت رقابة القائم بها، و الرقابة في الأصل تقوم على القاصر فإذا لم يبلغ سن الرشد إنحلت عليه، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه و هو بالغ، و في هذا المقام يجب التمييز بين مرحلتين في فترة القصر هما القاصر غير المميز و القاصر المميز.

1- أنظر، جال محدي محمود الأكنشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 110-111.

أ- القاصر غير المميز

يكون القاصر غير مميز في المرحلة الأولى من حياته و الخطوات الأولى التي يكتشف فيها الحياة، و هي الحالة التي يكون فيها سن الطفل أقل من ثلاث عشر سنة إستنادا إلى نص المادة 2/42 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "...يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

يتضح من خلال هذه المادة أن الشخص الذي لم يبلغ سن ثلاث عشر سنة من عمره لا يصلح لمباشرة أي تصرف قانوني و لو كان من قبل التصرفات النافعة له محضا كقبول الهبة مثلا، و الشخص المسؤول عنه هو الذي يتحمل تبعية الأضرار التي يحدثها و ذلك إما بحكم القانون كأولياء أو بحكم الإتفاق كالمعلمين.

ب- القاصر المميز

تبدأ هذه المرحلة من سن ثلاث عشرة سنة (13) سنة إلى ما قبل بلوغ سن الرشد و هي تسعة عشر سنة (19) كاملة هذا ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري و التي جاء محتواها كالآتي: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

إن القاصر في هذه المرحلة يكون واعيا لتصرفاته و سلوكه و يتحمل المسؤولية، لكن هذه المسؤولية ليست تامة و كاملة، لهذا أسماها المشرع بالأهلية الناقصة، فتكون تصرفاته في هذه الفترة صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً كقبوله التبرع و تكون باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، و إذا كانت واقعة بين النفع و الضرر تتوقف على إجازة الولي، تكون قابلة لمصلحة القاصر فإذا أجازها هذا الأخير فتصرفاته صحيحة و إذا خالفها فهي باطلة¹.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أسند الرقابة على القاصر للأب طالما هو على قيد الحياة ثم تنتقل هذه الرقابة إلى الأم بعد وفاته، و هذا ما أكدته المادة 1/87 من قانون الأسرة الجزائري. فمسؤولية الآباء على أولادهم القصر تكون واجبة بقوة القانون ولا بد من أن يكون القاصر مقيماً مع والده.

1- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص. 165.

ثانيا: تولى الرقابة بسبب الحالة العقلية و الجسمية

إذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة حتى و لو كان لا يزال في دور التعليم، حتى و لو بقي يعيش في كنف ذويه. لكن قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد رجلا كان أم امرأة. فإذا كانت حالة الشخص العقلية أو الجسمية تجعله في حاجة إلى رعاية تحول دون صدور خطأ منه يضر بالغير قامت الرقابة عليه¹.

لقد أضافت المادة 134 هاتين الحالتين بنصها على مايلي: "... أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية..." و هما حالتين تعتريان الشخص الراشد فتجعله خاضعا لهذه الرقابة و بحاجة إلى إستمرارها عليه حتى و إن بلغ سن الرشد ، فما معنى كل حالة؟

أ- تولى الرقابة بسبب الحالة العقلية

قد تدعو الحاجة إلى وضع الشخص تحت الرقابة بسبب حالته العقلية²، كما إذا أصيب بجنون³ أو عته أو غفلة⁴.

ذلك أن مناط الرقابة في القانون المدني الجزائري هي حاجة الشخص الخاضع للرقابة للرعاية والإشراف⁵.

1- أنظر، رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 408.

2- أنظر، فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، ط. 3، ب. دن، الإسكندرية، 2001-2000، ص. 525.

3- يعرف الجنون لغة أنه: إستتر، و جن جنا أما إصطلاحا: فيعرف أنه إختلال العقل. مقتبس عن، أنظر، أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج. 3 و 4، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 188. و الجنون مرض يصيب العقل فيفقد، و يؤدي إلى إعدام التمييز، و لكن فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين نوعين من الجنون: الجنون المطبق، من ناحية، وهو ما يستوعب كل الأوقات، دون إفاقة، و جنون منقطع، من ناحية أخرى، و هو ما تتخلله فترات إفاقة يكون الشخص فيها مدركا لأفعاله، و حكمه عندهم حكم المعتوه. مقتبس عن، أنظر، أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عدم التمييز التصيرية في القانون المقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1984، ص. 20.

4- يعرف العته في اللغة: عته عنها من باب تعب: نقص عقله. أما إصطلاحا: فالعته هو آفة ناشئة عن الذات توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، و بعضه كلام المجانين. و عرف المعتوه في مجلة الأحكام البولية أنه هو الذي إختل شعوره، بحيث يكون فهمه قليلا، و كلامه مختلطا، و تديره فاسدا. أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد فرقوا بين نوعين من العته. فهناك معتوه يكون إدراكه كإدراك الصبي المميز، فيكون له حكمه، و معتوه يكون إدراكه دون إدراك الصبي المميز، فيكون حكمه حكم الصبي غير المميز، و المجنون. مقتبس عن، أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص. 194. أما الغفلة في اللغة هو غيبة الشيء عن بال الإنسان و عدم تذكره له أما في الإصطلاح فإن الغفلة هي: عدم الإهتمام إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة و سلامة القلب، أو هي حالة من السذاجة تجعل الشخص ينخدع بأيسر الوسائل و يغيب بالتالي في معاملاته مع الغير غيبا فاحشا أو تتعرض أمواله للضياع. مقتبس عن، أنظر، محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، ط. 1، دار هومه، الجزائر، 2011، ص. 566.

5- أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 300.

هذه الحالات المرضية تصيب عقل المريض و بالتالي تؤثر على قواه العقلية و تصيبه بعارض من عوارض الأهلية و يصبح هذا الشخص بحاجة ماسة إلى الرعاية و العناية اللازمتين لتدبير أموره و تفقدتها من طرف متولي الرقابة و منعه من إحداث أضرار بالغير .

إذن هي حالات تعتري عقل الشخص الراشد فتتال من سلامة عقله لدرجة تفقده إدراكه و توازنه و تضعه في موقف أو في حالة لا تسمح له بالترقية بين النافع والضار، و لا بين مايقوم به من تصرف ضار إتجاه الغير، و هنا يكون خطرا على نفسه و على غيره، و يظهر حاجته الماسة إلى رقابة غيره.

إذ نجد أن المادة 1 /42 تنص على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عتسه أو جنون".

كذا نصت المادة 43 على أنه: " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

إذا إرتكب الشخص المعاب بمثل هذه العاهة العقلية عملا غير مشروع و أضر بالغير كان المكلف برقابته سواء بحكم القانون أبا كان أو أما، أو بحكم الإتفاق كمدبر مستشفى الأمراض العقلية مسؤولا¹. فهؤلاء الأشخاص المصابين بمثل هذه العاهات يجب أن يعين لهم وصي مثلما تنص عليه المادة 292² من قانون الأسرة أو مقدم مثلما تنص عليه المادة 99³ من قانون الأسرة في حالة عدم وجود ولي أو وصي.

1- أنظر، أمير فرج يوسف، المسؤولية المدنية و التعويض عنها: المسؤولية عن الأفعال الشخصية و على عمل الغير و عمل الأشياء، الإجراء بلا سبب، دفع غير مستحق، الفضالة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006، ص. 476.

2- تنص المادة 92 من ق. أ. ج على أنه: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فالقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

3- تنص المادة 99 من ق. أ. ج على أن: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو بمن له مصلحة أو من النيابة العامة".

إلى جانب صغر السن و المرض العقلي، توجد حالات عارضة، تؤدي إلى أن الشخص متى وقع تحت تأثيرها فقد إدراكه، و من ثم كان عديم التمييز شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز، و المريض بإختلال عقلي الذي فقد تمييزه. و أهم هذه الحالات حالة الغيبوبة الناشئة عن تناول عقاقير مخدرة، كالمواد الكحولية، أو تلك الناشئة عن أزمة قلبية تنتاب المريض بالقلب.

كذلك حالة الشخص الواقع تحت تأثير تنويم مغناطيسي، إذ يكون خلال فترة تنويمه مسلوب الإرادة، عديم التمييز¹.

ب- تولى الرقابة بسبب الحالة الجسمية

كذلك قد يصاب الشخص البالغ سن الرشد بمرض كالشلل أو الصرع أو فقد البصر، فيجعله في حاجة إلى الرقابة². و يتولى الرقابة الشخص الذي يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية و تكون هذه الرقابة بالإتفاق و يكون متولي الرقابة مسؤولاً عن العمل الغير مشروع الذي صدر من ذلك الشخص³.

إن مصدر الإلتزام بالرقابة بسبب الحالة الجسمية هو إتفاق بين الأطراف كون القانون لم يتناول هذه الوضعية، فصاحب العاهة الجسمية بحاجة إلى رقابة عندما تشكل حالته خطراً على نفسه وعلى الغير. فمثلاً الشخص الأعمى قد يصطدم بحائط أو بشجرة فيسبب أضراراً لنفسه و قد يرتطم بالغير فيلحق أضراراً به و حتى يتجنب مثل هذه الأضرار قد يلجأ صاحب العاهة الجسمية بموجب إتفاق إلى الإستعانة بشخص يتولى رقبته و عند الحاجة يتحمل هذا الأخير المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي يسببها الخاضع للرقابة للغير⁴.

تجدر الإشارة إلى أنه من يقود أعمى في عبور الطريق أو يساعده في عمل الإستحسان لا يدخل في مفهوم الرقابة المنصوص عليها في المادة 134 من القانون المدني الجزائري التي ترتب المسؤولية على أساس الخطأ المفترض.

1- أبو زيد، عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص. 23.

2- نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق، ص. 410.

3- أنظر، السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 2، نظرية الإلتزام بوجه عام، ط. 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 1126.

4- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص. 1127.

يضيف علي فيلالي في هذا الصدد أنه لو قام الأعمى أو الأعرج بشتم الغير فلا يسأل عنه المكلف بالرقابة، وإنما يسأل عنها الفاعل نفسه بإعتباره ليس بحاجة إلى رقابة بالنسبة لهذا الفعل¹.
يجب أن تكون الحالة الصحية بالنسبة للشخص ذاته تستدعي الرقابة عليه و ليس الحالة الصحية بالنسبة للشخص العادي.

يلزم لقيام المسؤولية أن يثبت وجود الإتفاق بغض النظر عن شكله حيث إنه قد يكون شفاهة أو كتابة، صريحا أو ضمنيا، أما إذا لم يوجد الإتفاق على الرقابة بسبب الحالة الجسمية، فإن المسؤولية تقع على الشخص الذي يحتاج إلى الرعاية و الرقابة بسبب حالته الجسمية، أي أنه يكون مسؤولا عن فعله الذي أضر بالغير وفقا للقواعد العامة².

الفرع الثاني: صور تولى الرقابة

لقد حدد المشرع بعض الأشخاص الذين يقع عليهم واجب الرقابة، و جعلهم مسؤولين عن فعل عمن هم تحت رقابتهم، لأنهم مكلفين بأداء حساب عن أفعال غيرهم لوجودهم تحت رقابتهم ورعايتهم و إشرافهم، أي أن مناط هذه المسؤولية توافر الرعاية و كأصل هذه الرقابة تكون للأولياء غير أنه قد تنتقل إلى الغير كإستثناء.

أولا: رقابة الأولياء على أولادهم القصر

يعتبر تولى الوالدين الرقابة على الإبن القاصر أحد أهم الشروط القانونية لتطبيق هذه الصورة من المسؤولية، حماية للغير من أضرار أبنائهم القصر. و قد كلف المشرع الوالدين بمجموعة من الواجبات الشرعية من تربية الأبناء و حفظهم و رقابتهم.

يتوجب لقيام مسؤولية الأب أو الأم المدنية أن يكون الولد قاصرا أو مجنونا أو معتوها أو مصابا بعرج و شلل تحت سلطة الأب أو الأم بإعتبار الرقابة و الرعاية تقتضيان وجود القاصر تحت سلطة أحد الآباء حتى تقوم مسؤوليتهم عندما يصدر فعل ضار منه سبب ضررا للغير.

1 - أنظر، فيلالي علي، المرجع السابق، 101-102.

2- جال محدي محمود الأكنة، المرجع السابق، ص. 334.

غير أنه يمكن للولد القاصر أن يكون خارجا عن سلطة الأب أو الأم بسبب الإهمال الواقع منهم، فهل يعفى الأب أو الأم من المسؤولية المدنية حالة صدور فعل ضار من الإبن القاصر أو الجنون بسبب الآباء أو لا؟

يبدو من خلال النصوص القانونية أن الآباء عليهم واجب توفير الجو الملائم لبقاء الولد تحت سلطتهم و سيطرتهم حتى يستطيعوا منع وقوع الأضرار التي قد تصيب الغير عن طريقه، بل أن مسؤوليتهم الأخلاقية و القانونية تلزمهم بهذا الواجب، و هو القيام بمصالحهم و تهذيبهم و الرفع من منظومتهم الأخلاقية و الخلقية حتى يكونوا صالحين فاعلين في المجتمع غير ضارين¹.

في الوقت الذي يكون الولد القاصر مشردا يعني ذلك أن هناك تقصيرا و إهمالا في جانب الأب أو الأم، و هذا هو مبرر الحاجة إلى الرقابة و الرعاية و عدم القيام بها يؤدي حتى إلى قيام المسؤولية المدنية في جانب الأب أو الأم طبقا للمادة 134 من القانون المدني الجزائري التي تجعل مبدأ الحاجة إلى الرقابة هو أساس قيام مسؤولية متولي الرقابة و هو الأب أو الأم.

لذلك يلزم الأب أو الأم بتوفير الجو الملائم للولد القاصر حتى يكون السلوك الذي يصدر منه تحت السيطرة بالنسبة للأب أو الأم، و كل إخلال أو إهمال أو تقصير يعتبر إخلالا بذلك الإلتزام القانوني. لأن الضرر يحصل بالضرر و إثباته و كون الولد يقع تحت رقابة الأب أو الأم يحق له التعويض مباشرة و لو كان الأب هو السبب في التشرد لأن القانون يفترض الخطأ في واجب الرقابة و التربية معا، و هذا مظهر من مظاهر الإهمال و التقصير في واجب الرقابة و هو العلة في المسؤولية المدنية للأب أو الأم ما لم يثبت عكس ذلك حسب المادة 134 من القانون المدني الجزائري².

تكمن علة فرض هذه الرقابة على الأولياء هي صغر السن و التي حددها المشرع بسن أقل من 19 سنة هذا ما قضت به المادة 40 من القانون المدني الجزائري، فالمسؤول عن الفعل الضار للقاصر بحسب المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري هو الأب على أن تحمل الأم محله في الحالة التي يكون

1 - أنظر، الشيخ ولد محمد، مسؤولية الآباء عن أبنائهم القصر في القانون الجزائري و الموريتاني، دراسة مقارنة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص. 15.

2- الشيخ ولد محمد، المرجع السابق، ص. 16.

الأب غائبا أو متوفيا¹. مثلا في حالة انفصال الزوجين بالطلاق و أسندت حضانة الإبن القاصر لأمه، فالأب هو المسؤول عن الضرر الذي يصيب الغير بسبب الخطأ الصادر عن إبنه القاصر، و من ثم الحضانة لا تؤثر في ولاية الأب على إبنه².

الرابعة القانونية التي تربط بين الأولياء و الأبناء القصر هو العنصر الأساسي الذي يفوض عليهم الرقابة الفعلية التي يمنحها القانون، و هذه الرابطة قد تكون بسبب النسب أو الكفالة أو الإقامة المشتركة.

أ- الرقابة بسبب النسب

النسب حق مقرر في القرآن الكريم للطفل بأن ينتسب لأبيه، إلى جانب هذا المشرع لم يتغاضى عنه فنص عليه في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

كما نص عليه في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق الشرعية".

لذلك فإنه في حالة إنتساب الولد لأبيه يتعين على هذا الأخير رعايته و رقابته و تولى شؤونه.

ب- الرقابة بسبب الكفالة

الكفالة كما عرفها القانون في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي".

يجعل القانون الكافل في مرتبة الولي قانونا، و الكافل مادام في مرتبة الولي قانونا فإن عليه أن يحافظ على مصالح المكفول المختلفة.

1- أنظر، دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2004، ص. 91.
2- أنظر، جال محدي محمود الأكنة، مسؤولية الآباء المدنية على الأبناء القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، رسالة لبل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، مصر، 2002، ص. 154-155.

ج- الرقابة بسبب الإقامة المشتركة

إن المشرع قد أسقط شرط المساكنة بالنسبة للأبوين، و هو الشرط الذي نصت عليه المادة 135 من القانون المدني الجزائري لما كانت تقضي: "يكون الأب و من بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما". غير أن المادة 134 جاءت خالية من هذا الشرط بالرغم من أن شرط المساكنة ضروري حتى ينسب الخطأ للشخص المسؤول عن القاصر بإرتكابه الخطأ في الرقابة و التوجيه. و المساكنة هو ذلك التواجد المستقر في سكن واحد. و إشرط المشرع المساكنة لتمكين الوالد من إجراء المراقبة على تصرفات الحدث و توجيهه الوجهة الصحيحة من خلال حسن التربية، فالتواجد في سكن واحد يبقى الولد القاصر تحت السلطة الأبوية¹.

لهذا فإن فرض المسؤولية الإستثنائية على الأولياء تنتج عن السلطة التي يمارسها الأولياء على الأولاد القصر و على الواجبات المفروضة عليهم من تربية و مراقبة سلوك القاصرين، و هذا لا يتحقق إلا إذا كانوا في سقف واحد.

غير أن المساكنة لا تعني البقاء المستمر في المنزل، فالولد القاصر يخرج من المنزل و يذهب إلى المدرسة أو ربما لتعلم الحرفة أو الخروج من المنزل لقضاء حاجات معينة، أو أن يلعب مع أقاربه في أماكن مختلفة أو أن يحل ضيفا على أقاربه أو أصدقاء والديه، فإنه يبقى خاضعا لسلطة والديه و رقابتهما، و لا يعتبر أنه انفصل عنهما و إن كان في الواقع بعيد عن مراقبتها أثناء تنقله. فالمسؤولية تلازم الوالدين طالما أن شرطي السكن و الرقابة متوفران و بقيا قائمين².

كل غياب عن منزل الوالدين يجب أن يكون له سبب مشروع. لكن إذا ترك الولد منزل والده ليتابع الدراسة أو لتلقي أعمال مهنية، فإن مسؤولية المراقبة تنتقل إلى القائمين على تعليمه³. فعندئذ يزاح الإلتزام بالرقابة على عاتق الوالدين فلا يسألان عن أعماله الضارة.

1- أنظر، مصطفى العوجي، القانون المدني، ج. 2، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 400.

2- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 400.

3- أنظر، مورييس نغلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج. 2، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 152.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي إعتبر شرط المساكنة شرط لازم لقيام مسؤولية الأب و الأم، بمعنى يمتنع إعمال هذه المسؤولية في حالة عدم سكن الأبناء في منزل الأبوين لأنه فيه تتحقق التبعية بصورة مطلقة و مباشرة. أما في حالة إقامتهم خارج هذا السكن تتلاشى الفعالية الكافية لمباشرة الأبوين سلطتهما في الرقابة.

ثانيا: إنتقال الرقابة من الأولياء كإستثناء

يمكن للشخص المزم بالرقابة الإتفاق على نقل هذا الواجب إلى الطرف الآخر، و يكون هذا الأخير مسؤولا خلال المدة المحددة في الإتفاق. و لهذا نجد أن القانون قد حدد حالات إنتقال الرقابة إلى المعلم و المؤدب في المدرسة، أو مشرف الحرفة كما أن هناك حالة أخرى لإنتقال الرقابة و هي رقابة الزوجة القاصر إلى زوجها و هي التي أغفل المشرع على ذكرها. و كل هذه الحالات سندرسها فيمايلي:

أ- إنتقال الرقابة على القاصر إلى المدرسة

إن مسؤولية الرقابة على القاصر تنتقل من الأب أو من يقوم مقامه إلى المعلم في المدرسة مادام القاصر تحت إشراف المعلم، و عليه يجب أن تتضمن هذه الدراسة تحديد المقصود بالمعلم و من ثم المقصود بالتلميذ الخاضع لرقابته¹.

1- تعريف المعلم

المعلم هو من يزاوول مهنة التعليم²، المكلف بنقل المعرفة الأساسية في العلوم التي تؤهل التلميذ لمواجهة متطلبات الحياة و ولوج باب المعرفة المتخصصة في الجامعات و المعاهد العليا. فالمعلم يقوم بتدريس تلاميذه العلوم الأساسية للمعرفة و ذلك منذ الصفوف الدنيا و لغاية تجاوز الطالب عتبة

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 423.

² - أنظر، أحمد محمد عطية، المسؤولية المدنية للمعلم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ب. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص. 17-18.

المدرسة الثانوية نحو الحياة العملية أو الجامعية. فيجب عليه قانونا أو إتفاقا إعطاء التعليم للأطفال عديمي التمييز أو القصر و رقابتهم¹.

لكن مهمة المعلم لا تقف عند تلقين هذه العلوم الأساسية إنما تجاوزها إلى تنشئة الأجيال الصاعدة و تعليمها على الحياة الإجتماعية من خلال الإنتظام ضمن مجتمع المدرسة المصغر².

المشروع لم يعرف المعلم و المؤدب، غير أن مدلول المعلم و المؤدب ينصرف إلى كل شخص يتولى مهمة التربية و التعليم سواء كان التعليم تقنيا أو بدنيا أو ثقافيا، و سواء كان ذلك في القطاع الخاص أو العام³. و سواء كان ذلك في المدارس أو المعاهد المختلفة أيا كان نوع التعليم الذي تقوم به، مجانا كان أو بمصروفات. و يشمل أيضا ما لو عهد بالصغير إلى ملجأ أو أية دار خيرية، سواء كان ذلك من باب العون و المساعدة، أم بمقتضى إتفاق ذويه أو بموجب حكم قضائي⁴.

كما ينصرف مدلول المؤدب إلى المشرفين على المخيمات الصيفية من مدراء و مؤدبين ومراقبين⁵.

ما تجدر الإشارة إليه أنه يدخل في مفهوم المعلم أيضا، معلموا المدارس الفنية التجارية، الصناعية و الزراعية، المدنية و العسكرية، و يعتبر معلما الشخص الذي يستقبل طفل أجنبي من أجل تعليمه اللغة الوطنية، و مدير مؤسسة أطفال متخلفين عقليا، و المعلم في مدرسة تعليم قيادة السيارات.

المعلم كشخص يتولى تعليم تلاميذ، و هم غالبا من الأطفال، فيكونون دائما في حاجة إلى الملاحظة و الإشراف و التوجيه، و لهذا فمن الطبيعي أن يلتزم المعلم برقابتهم، خلال فترة أدائه

1- أنظر، أسامة أحمد بدر، المسؤولية المدنية للمعلم، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص. 162.

2- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 423.

3- أنظر، دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ب. ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص. 93.

4- جيا محدي محمود الأوكشه، المرجع السابق، ص. 336.

5- Jourdain Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 7^{eme} édition, Dalloz, paris, 2007, p. 112.

لمهمته التعليمية، و إذا ما أحدث هؤلاء التلاميذ أو حدث لهم ضرر منهم أو من الغير أو من المعلم نفسه، فتثور حينئذ مسؤولية المعلم بإعتباره متوليا للرقابة عليهم¹.

لا تقتصر مسؤولية المعلم على تلاميذه في الفترة التي يكونون فيها داخل الفصل، بل إن هذه المسؤولية قد تمتد خارج المدرسة كما لو كان مشرفا عليهم في رحلة أو نزهة نظمتها المدرسة و يسأل مدير المدرسة عما يقع من التلاميذ أثناء تواجدهم بالمدرسة.

ما تنبغي الإشارة إليه أن إلتزام المدرسة أو المعلم برقابة التلاميذ هو إلتزام مؤقت، حيث إنه قاصر فقط على الفترة التي يوجد فيها التلميذ في المدرسة أو تحت إشراف المعلم، فإذا إنتهى اليوم الدراسي و عاد التلميذ إلى منزله فإن الإلتزام بالرقابة يعود إلى الأب أو من يقوم مقامه بوصفه الولي على النفس².

ترتبا على ذلك، فإنه من اللازم لثبوت صفة المعلم أن يتوافر عنصرين جوهريين و متكاملين: عنصر معنوي، و هو التعليم أو التربية، و عنصر موضوعي و هو الرقابة. مع مراعاة أن عنصر الرقابة وحده منفصلا عن عنصر التعليم أو التربية.

العنصر المعنوي: التعليم

يجب لكي تثبت للشخص، الذي يعهد إليه بتلاميذ أطفال أو صبيان صفة المعلم، و يخضع بالتالي للأحكام الخاصة بمسؤولية المعلم، أن يكون ملتزما بتعليم هؤلاء التلاميذ، بصرف النظر عن مصدر هذا الإلتزام القانون أو الإتفاق.

العنصر الموضوعي: الرقابة

لا يكفي عنصر التعليم، بل يجب أن يقع أيضا إلتزام برقابة هؤلاء الذي عهد بهم إليه، و هم في أغلب الأحوال من الأطفال و الصبيان الذين لم يصلوا إلى سن الرشد، و مثل هؤلاء التلاميذ يكونون عادة خاضعين لرقابة الوالدين أو من يتولى الولاية عليهم بسبب قصرهم³. فإذا كانوا في

¹ - أنظر، جابر فهدى عمران، المسؤولية القانونية للمعلم، دراسة مقارنة، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014-2015، ص. 96.

² - جمال مهدي محمود الأكنش، المرجع السابق، ص. 338.

³ - جابر فهدى عمران، المرجع السابق، ص. 102.

المدرسة لتلقي العلم، إنتقل هذا الإلتزام إلى المعلم في الصف، خلال فترة التعليم¹، و إلى مدير المدرسة بعد خروج التلاميذ من الصف.

الرقابة التي يلتزم بها المعلم نحو التلاميذ هي الرقابة القانونية، و التي يقصد بها مركز قانوني يعطي للمعلم حق و واجب الرقابة على التلميذ، و يخضع هذا الأخير لرقابة الأول، فالأمر لا يتعلق برقابة فعلية بل برقابة قانونية، أي أن متولي الرقابة ملزم قانونا بمباشرتها، و الرقابة تجد مصدرها في نصوص القانون. مصدر الرقابة قد يكون قانوني كمعلم حكومي بإعتباره موظفا عاما، و قد يكون إتفاقي كمعلم في مدرسة خاصة.

الإلتزام بالرقابة هو إلتزام ببذل عناية، أي بذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق الغرض أم لم يتحقق، فالمهم هو بذل المعلم لتنفيذ الإلتزام بالرقابة مقدارا معيناً من الجهد و العناية، و هذه العناية تقاس بعناية المعلم العادي و هذا المقياس قد يزيد أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو يقضي به الإتفاق².

إن مسؤولية المعلم في الجزائر، وفقا لما ذهب إليه المحكمة العليا، تقوم على أساس الخطأ أي على إهماله للرقابة بشكل من الأشكال، كترك التلاميذ في الصف دون رقابة أو عدم منعهم من التراسق بخشبة أدت إلى إيذاء أحدهم و على المعلم هدم هذه القرينة بإثباته حسن الرقابة و إستحالة منع وقوع الفعل الضار في الظرف الذي وقع فيه³.

يضاف إلى ذلك إن سماح المعلم للتلامذة بتعاطي ألعابا خطيرة ترافقها مخاطر إحداث الضرر للاعبين يشكل خطأ بذاته يلزم المعلم بنتائجه الضارة.

إلا أنه يستبعد فئتين من المعلمين من مجال مسؤولية المعلم هما: معلموا التعليم العالي، و معلموا الدروس الخصوصية بالمنازل.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 405.

2- جابر فهدى عمران، المرجع السابق، ص. 107.

3- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 424.

أولاً: معلموا التعليم العالي

أساتذة التعليم العالي، بالجامعات و المعاهد العليا لا يقع عليهم إلتزام برقابة الطلاب و بالتالي تنتفي المسؤولية القانونية لهم¹، فالطلاب في الجامعات و المعاهد العليا يتمتعون بقدر كبير من الحرية، و لا سيطرة للأساتذة عليهم، هم طلاب متميزون عن تلاميذ المدرسة، فغالبا ما يكون الطالب قد تجاوز المحتاج إلى الرقابة.

ثانياً: معلموا الدروس الخصوصية بالمنازل

هم المعلمون الخصوصيون الذين يذهبون إلى المنازل بمقتضى إتفاق مع القائمين على تربية التلاميذ، هم يقدمون دروسا خصوصية بمقابل أو أحيانا بدون مقابل و قد إنتشرت هذه الظاهرة بشكل ملحوظ، أي بمعنى أن الطلب عليها أصبح ملحا و هاما.

نرى أن المعلم الذي يذهب إلى منزل التلميذ، فإنه لا يلتزم إلا بتعليمه، دون أن يقع عليه عبء رقابته، خلال فترة الدرس، حيث يكون التلميذ، في هذه الحالة، خاضعا لرقابة القائم على تربيته²، كل هذا ما لم ينقل هذا الأخير عبء رقابة ولده إلى المعلم الخصوصي أثناء مدة الدرس، كأن يعهد الوالدين بولدهم إلى المعلم، و يخرجوا لقضاء بعض شؤونهما، إلى حين إنقضاء الدرس، إذ لا يكون على الولد رقيب في هذه الفترة سوى المدرس، إذ يصبح المعلم في هذه الحالة مسؤولا عما يقع من هذا التلميذ من أضرار بإعتباره قائما بالرقابة عليه.

في الآونة الأخيرة نجد أن التلميذ يذهب إلى منزل المعلم، الذي يقوم بتشكيل مجموعات في منزله، في هذه الحالة يكون إلتزام عقدي بالرقابة فضلا عن إلتزامه بالتعليم³.

1- في هذا الأساس نشير إلى قضية " دافيد" الشهيرة في القضاء الفرنسي و الحكم الصادر فيها من محكمة أنجيه في الثالث من مارس سنة 1936 و تتلخص في أن أستاذا يدعى " دافيد" بمدرسة الطب العليا بمدينة أنجيه، كان يشرف على بعض التمارين العملية، التي كان يجريها عدد من الطلاب و الطالبات الذين إضرم إليهم أحد طلاب كلية الصيدلة، و أثناء ذلك، أخذ هؤلاء الطلاب يمزجون بالأدوات و المواد الكيماوية التي يستخدمونها في التجارب، و على سبيل اللغو قيام طالب كلية الصيدلة، برش زميلته في مدرسة الطب، و تسمى BETINAS بمادة كيماوية أصابت إحدى عينها بأضرار بالغة. رفعت هذه الطالبة دعوى تعويض على الطالب، و على مدينة أنجيه، بإعتبار أن الأستاذ دافيد تابع لها، على أساس أن البوالة تحمل محل المعلم المسؤول، غير أن المحكمة قررت فقط إنقضاء مسؤولية الطالب مرتكب الفعل الضار، و رفضت إنقضاء مسؤولية الأستاذ دافيد، و بالتالي لا تسأل البوالة، ولا مدينة أنجيه. مقتبس عن، جابر فهدى عمران، المرجع السابق، ص. 112.

2- أحمد محمد عطية، المرجع السابق، ص. 38-40.

3- جابر فهدى عمران، المرجع السابق، ص. 113.

2- تعريف التلميذ

المقصود بالتلامذة هم دون سن الرشد بإعتبار أن التعليم في المدارس يمتد عادة لغاية هذا السن. و طالما أن الرقابة التي يمارسها المعلم أثناء تواجد التلميذ في المدرسة، فإنه من الواضح أن التلميذ يبقى في المدرسة متدرجا من صف إلى آخر لغاية بلوغه السنة النهائية. لكن هذا لا يمنع من إستمرار المراقبة إذا تجاوز التلميذ هذا السن و كان متأخرا في دراسته.

لكن يختلف نوع الرقابة إذ يضمحل بقدر ما يتقدم التلميذ في السن بالنظر لنضوجه العقلي التدريجي و لأن الأولاد الذين يقتربون من سن الرشد لا يحتاجون إلى نفس الإلتباه و التوجيه الذي يحتاج إليه الصغار منهم.

كلمة التلامذة، فهي تشمل الأولاد الذين يتابعون تعليمهم في المدارس مهما كان نوعها، أكانت مدارس تعليم نظري أم مهني أم فني أم رسمي أو خاص، مجاني أو لقاء بدل، المهم أن يكون متابعا للتعليم في مدرسة معدة لتوفيره، و طبعا لا يشمل ذلك المدارس التي توفر التعليم للراشدين أو الأميين منهم، و لا تلك التي تعتبر كمعاهد متخصصة في علوم أو فنون معينة تستقبل أصحاب المهن من الراشدين أو الراشدين الراغبين في التخصص.

نضيف إلى أنه لا يعتبر تلميذا من يتلقى الدروس من معلم خاص في منزله، فيبقى التلميذ تحت رقابة وليه أو وصيه¹.

ب- إنتقال الرقابة إلى أصحاب الحرف

تكون رقابة أصحاب الحرف على القاصر إذا إنتقل لمكان العمل الذي يمارس فيه الحرفة، إذ تعود رقابة الأبناء إلى الأولياء متى إنصرفوا إلى مساكنهم، و عليه سنتناول في هذا الصدد المقصود برب الحرفة و الشخص الذي إكتسب صفة المتمرن.

1- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 429.

1- تعريف رب الحرفة

يقصد برب الحرفة ذلك الشخص الذي يزاول حرفة أو مهنة معينة و يستخدم لمساعدته فيها صبيانا يلقنهم و يعلمهم أصول الحرفة أو المهنة، كالنجار و الحداد. فهو عبارة عن المشرف في الحرفة أو معلم الحرفة، حيث يخضع لرقابته المتدرجون الصناعيون ماداموا تحت إشرافه. وفي هذه الأثناء تكون الرقابة قد إنتقلت من الأصل الوصي إلى معلم الحرفة. فإذا إنتهى يوم العمل عادت الرقابة إلى الأصل أو الوصي.

هؤلاء الطوائف الأربعة هم الأشخاص الذين لهم فقط أن يتولوا الرقابة. و يكون هؤلاء الأشخاص هم المسئولين على أساس الخطأ المفترض في جانبهم عن العمل غير المشروع الذي يصدر من القاصر الخاضع لرقابتهم. و على ذلك لا يعتبر متولي الرقابة مدير مستشفى الأمراض العقلية مثلا، بل يكون مسؤوليتهم عن الغير على أساس الخطأ الثابت في جانبهم وفقا للقواعد العامة¹.

ليس ضروريا أن يكون صاحب الحرفة أخصائيا في حرفة أو حائز على شهادة في مهنته بل يكفي أن يكون ممارسا لحرفة و قادرا على نقل المعرفة إلى المتدرب عنده. و الحرفي يسأل عن الأفعال الضارة التي تصدر من الصبي إتجاه الغير غير أن مسؤولية الحرفي تختلف عن مسؤولية رب العمل. و يكون هذا الأخير مسؤولا عن فعل الغير مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه².

2- صفة المتمرن

يعرف علي فيلاي المتمرن أو الممتهن: "هو ذلك الشخص الذي يتلقى تكويننا مهنيا من رب الحرفة: حيث يرتبط المتمرن برب الحرفة، أو بالتكوين المهني بعقد له شروط و مقتضيات نظمها القانون".

المتدرب يخضع لتوجيهات و رقابة صاحب الحرفة، فإذا إرتكب المتدرب خطأ أثناء تواجده تحت إدارة و رقابة صاحب الحرفة، فإنه تقوم قرينة الخطأ على صاحب الحرفة، فالمتدرب هو متعلم

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 382.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 297.

و ليس بعامل و صاحب الحرفة هو المسؤول عن الأضرار التي يحدثها المتدرب للغير أثناء تواجده معه في أداء التدرّب المعطى له و تحت رقابته¹.

على أنه تجب ملاحظة أن مسؤولية المربي تتحملها عنه الدولة، مع حقها في الرجوع عليه إن إقتضى الأمر ذلك. و هذا عكس مسؤولية الحرفي التي يتحملها مباشرة.

على أن مسؤولية هذه الفئات كلها مبنية على الخطأ المفترض و هو التقصير في المراقبة و إن أمكن نفيه أو إثبات السبب الأجنبي².

ما تجدر الإشارة إليه أنه يمكن أن نميز بين المعلم وصاحب الحرفة من عدة وجوه:

1- إن طريقة التعليم بالنسبة للمعلم، هي في الغالب طريقة نظرية و جماعية، أما بالنسبة لصاحب الحرفة، فهي طريقة عملية و فردية. هنا يكون التمييز في تقدير الخطأ في الرقابة، فعدد تلاميذ المدرسة، والقواعد الجماعية التي تخضع لها المدرسة، تجعل الرقابة أكثر صعوبة، مما يسمح بالتسامح مع المعلم أكثر من الحرفي الذي يوجه و يراقب باستمرار المتدرب الذي يتصل به معيشيا أكثر من إتصال التلميذ بالمعلم.

2- المتدرب المتعلم للحرفة لدى صاحب هذه الحرفة يتلقى الخبرة بصفة عرضية، و بالمحاكاة مع صاحب الحرفة، على عكس المعلم الذي يتخذ التعليم مهنة أصلية. و على هذا يكون العقد الذي يربط المتدرب بصاحب الحرفة، يكون عقد من نوع خاص، فممكّن أن يكون العقد غير محدد المدة يبيح للحرفي أن ينهيه في أي وقت يراه، و المتدرب هنا يؤدي عملا لمصلحة صاحب الحرفة، على عكس التلميذ الذي لا يؤدي عملا لمصلحة المعلم، بل إن كل ما يقوم به التلميذ، يعود عليه هو بالمنفعة الشخصية الخالصة. و أيضا المعلم يكرس كل وقته لتعليم تلاميذه عكس صاحب الحرفة، الذي يمارس حرفته بصفة أصلية، و يأتي إكتساب المتدرب للخبرة من خلال ممارسته لهذه الحرفة. بمعنى أن تعليم الصغير بالمدرسة يكون من خلال ما يتلقاه الصغير من دروس و تمرينات مدرسية بغير إنتاج ما، أما تعليم الحرفة فإنه يكون بقيام الصغير بأعمال يومية تحت رقابة و

1- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 431.

2- دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 94.

توجيهات المشرف على الحرفة. و على ذلك إذا إلتحق الولد بصاحب الصنعة أو الحرفة ليتعلم على يديه عمليا أصول الصنعة أو الحرفة، فإنه يكون في مركز المتدرب الذي لجأ إلى إكتساب الخبرة بتلك الأصول. أما إذا كان الغالب في عمل الشخص، و هو على وجه التخصيص تعليم الولد مهنيا، بالمفهوم المعروف للتعليم المهني و الفني، الذي يمارس في المدارس و المعاهد المتخصصة فإن من يتعلم على هذا الوضع يكون تلميذا¹.

ج- إنتقال الرقابة على الزوجة القاصر إلى الزوج

إذا تزوجت البنت قبل بلوغها سن الرشد فإن الرقابة عليها تنتقل إلى زوجها، و هو الذي يكون مسؤولا عن أعمالها غير المشروعة، أما إذا كان الزوج تقوم عليه الرقابة لقصر، أو أي سبب آخر، فإن المكلف بالرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضا على الزوجة و يكون مسؤولا عنهما، إلى أن يبلغ الزوج سن الرشد فتكون زوجته تحت رقابته، أو يبلغ كلاهما سن الرشد فيتحرر كلاهما من كل رقابة، و لا يكون أحد مسؤول عن أفعالها².

أما إذا كانت الزوجة القاصرة تلميذة أو تتعلم الحرفة، فإن الإلتزام بالرقابة عليها ينتقل من الزوج إلى من يتولى الرقابة عليها كالمعلم في المدرسة أو مشرف الحرفة.

المبحث الثاني: أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في قانون الأسرة

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول أحكام مسؤولية الحاضن بإعتباره مكلفا بالرقابة أما المطلب الثاني سنتعرض إلى أحكام مسؤولية الكافل بإعتباره هو الآخر مكلف بالرقابة.

المطلب الأول: أحكام مسؤولية الحاضن بإعتباره مكلفا بالرقابة

يعدّ المحضون أي الطّفّل برعم الحياة، و غدا حقه في هذه الحياة حقّا أساسيا يتفرّع منه العديد من الحقوق تحميه و تحيطه بالأمان لغاية تأهيله جسديا، عقليا، نفسيا و إجتماعيا لتولي زمام أموره

1- جابر فهدى عمران، المرجع السابق، ص. 143.
2- فتحي عبد الرحم عبد الله، المرجع السابق، ص. 524.

والتعرف على واجباته نحو مجتمعه و نحو الآخرين. و بالرغم من الأهمية المتميزة التي يحضى بها الطفل في عالمنا اليوم و ما يستقطبه من إهتمام عالمي واسع بسبب ما يلاقه أطفال العالم من إنتهاكات خطيرة¹ لحقوقهم ينبغي التعرف في هذه الدراسة إلى الإطار المفاهيمي للحضانة و شروط صحة الحضانة مع تحديد الأشخاص المخولين قانونا لتوليها و هذا ما سنتعرض له في الفرع الأول أما الفرع الثاني سنتعرض فيه إلى مدة الحضانة مع مراعاة قاعدة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة والآثار المترتبة عنها أما في الفرع الثالث سنتناول أسباب سقوط الحضانة و عودتها بعد سقوطها.

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة و شروط صحتها مع تحديد الأشخاص المخولين قانونا لتوليها

تعتبر الآثار التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهم من أهم المسائل التي يجب أن ينظر فيها القاضي خلال النظر في الدعوى، و تتمثل هذه الأخيرة في الحضانة.

أولاً: الإطار المفاهيمي للحضانة

سنتناول في هذا الإطار كل من مفهوم الحضانة، و مفهوم الطفل المحضون.

أ- مفهوم الحضانة

لفهم معنى الحضانة يجب التطرق أولاً إلى مفهومها اللغوي ثم التعرّض إلى مفهومها الإصطلاحي و في الأخير نتعرّض إلى مفهومها القانوني.

1- أنظر، ركية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، ط. 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008، ص. 46.

1- مفهوم الحضانة لغة

الحضانة لغة هي ضمّ الشيء إلى الحضن، و الحضن بالكسر مادون الإبط إلى الصدر، والعضدان و ما بينهما و جانب الشيء و ناحيته، و على هذا فالحضانة ضمّ الطّفل إلى الصدر أو الجنب¹. والحضانة مصدر الحاضن و هي التّربية².

2- مفهوم الحضانة إصطلاحا

هي تربية الولد لمن له حقّ الحضانة، أو هي تربية و حفظ من لا يستقلّ بأمر نفسه عمّا يؤذيه لعدم تمييزه كطفل و كبير و مجنون، وذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و نومه، و تنظيفه و غسل ثيابه في سنّ معيّنة و نحوها³، و الحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكنّ الإناث أليقّ بها لأنّها أشفق و أهدى إلى التّربية، و أصبر على القيام بها، و أشدّ ملازمة للأطفال، ففي المرحلة الأولى تثبت للأمّ أو من يحل محلها من النساء و تسمى ولاية الحضانة أو ولاية التربية الأولى، أما في المرحلة الثانية فتثبت للأب و يطلق عليها ولاية الحفظ و الرعاية⁴.

كما عرّفها الفقهاء على النحو الآتي:

عرّفها الحنفية بأنّها تربية الأمّ أو غيرها للصّغير أو الصّغيرة. كما عرّفها المالكية بأنّها حفظ الولد في مبيته و مؤونة طعامه و لباسه و مضجعه.

أمّا الشافعية فقد عرّفوا الحضانة على أنّها القيام بحفظ من لا يستقلّ بأمره و تربيته بما يصلحه و وقايته عمّا يؤذيه⁵. كما عرّفها الحنابلة بأنّها حفظ الصّغير و نحوه ممّا يضرّه و تربيته بعمل مصالحه⁶.

1- أنظر، أحمد نجيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 - 2009، ص. 453.

2- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون، ط. 1، الإسكندرية، 2011، ص. 15.

3- أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 356.

4 - Cite par, Roula el – Hussein Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L. G. D. J. Paris, 2002, p. 61.

5- أنظر، أحمد نصر الجنبدي، الطلاق و التظليق و آثارها، ب. ط. دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص. 586.

6- أنظر، حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص. 289.

بالنظر إلى تعريفات الفقهاء نجد أنها تتفق على أنّ الحضانة هي التربية و الحفظ و العناية بالصّغير و القيام بجميع شؤونه من تدبير طعامه و ملبسه و نومه و الإهتمام بنظافته في سنّ معيّنة، ممّن له حقّ تربيته شرعا¹.

لقد اختلف آراء الفقهاء في تكييف الحضانة، هل هي حقّ خالص لله تعالى، أم هي حقّ للحاضنة أم حقّ للصّغير.

ذهب الشافعي و أحمد و في رواية مالك إلى أنّ الحضانة حقّ للحاضنة، و لها أن تتنازل عنها في أيّ وقت، و ذهب بعض الفقهاء إلى أنّها حقّ للمحضون، تجبر الأمّ عليه إن إمتنعت و به قال بعض الحنفية، و رواية لدى الحنابلة.

كما ذهب الجمهور من الحنفية على الصّحيح عندهم من أنّها حقّ للحاضنة و المحضون معا²، وقد روي أنّ عمر رضي الله عنه طلق امرأة من الأنصار، و له ولد منها فأخذه فخاصمته جدّته إلى أبي بكر، ففضى به لها³.

روي كذلك من السنة أنّ امرأة قالت: "يا رسول الله إنّ إبني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثدي له سقاء و إنّ أباه طلقني و أراد أن يترعه منّي فقال رسول الله صلّى الله عليه و سلّم أنت أحقّ به ما لم تنكحي". كما أجمع كذلك جميع الصحابة و من بعدهم الفقهاء على أنّ الأمّ أحقّ بولدها ما لم تتزوّج.

الصّحيح الذي عليه العلماء أنّ الحضانة تشمل الأمور الثلاثة معا، فهي حقّ لله تعالى⁴ بإعتباره ضرورة حفظ النّفس، و صيانتها تحقيقا للمصلحة الإجتماعية و هي حقّ للحاضنة لأنّ الأمّ أحق

1- أنظر، أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية تشريعا و فقها و قضاء، ط. 2، لبنان، 2013، ص. 126.

2- أنظر، المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، ب. ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 506.

3- حامد أحمد محمد حسن، المرجع السابق، ص. 293.

4- الحقّ لغة: من أساء الله تعالى و من صفاته في القرآن، و ضدّ الباطل و الأمر المضى و العدل، و الإسلام، و المال، و الملك و الموجود الثابت، و الصدق و الموت. أمّا اصطلاحا: فالحقّ غالبا ما يختص به صاحبه، و هناك حقوق لا يختص بها أصحابها كحقّ الحياة و حقّ الحرية. مقتبس عن. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة و القانون، ط. 1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص. 34.

و عزم الحقّ أنّه ما يثبت للإنسان إستفادته بمقتضى الشرع من أجل صالحه و بمفهومه العام أنّه يطلق على عنوان كلّ ما جعله الشارع مقدّس و بمفهومه الخاص، هو علاقة إختصاصية يثبت بها الشرع سلطة عمل شيء في حدود معيّنة.

و في ضوء ما سبق يمكن القول أنّ:

الحقّ الخاص يصحّ التنازل عنه و هبته و المصلحة عليه و لا يصحّ بيعه لأنّه ليس له ثمن.

- ما فيه حقّ لله و العبد، فلو غلب حقّ الله فلا يسقط إلا بالأداء.

بإرضاع ولدها وأكثر شفقة وحنانا عليه، وهي حقّ للمحضون لأنّه يهلك بتركها و يضيع¹، ولكن حقّ الولد أقوى من حقّ الحاضنة لذلك تتمّ بإشراف القاضي². ذلك لأن من حقّ الولد أن يهتمّ به والداه منذ ولادته، وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته لأنّ الحضانة تعتبر مظهرًا من مظاهر رعاية الطفل³.

قال ابن نجيم: "و حقّ الحضانة جعل إلى النساء، لأنهن أبصر و أقوم على حفظ الصبيان من الرجال، لزيادة شفقتهن و ملازمتهن للبيوت"⁴.

بالنسبة للأمّ الحضانة واجب⁵ و حقّ لها كونها أولى الناس بحضن صغيرها، وليس للأب و لا غيره نزع الحضانة إلاّ لأسباب مبرّرة شرعا.

3- مفهوم الحضانة قانونا

جاء تحديد معنى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المادّة 62 على أنّ: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السّهر على حمايته و حفظه صحّة و خلقا. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

فالحضانة تثبت للحاضن، صيانة للصّغير و تربيته و رعايته و القيام بأمره في المرحلة الأولى من عمره، و قد جعل المشرّع الجزائري حضانة الصّغير في مرحلة الطّفولة من شؤون النّساء (المادّة 64 من قانون الأسرة الجزائري)⁶، لأنّ أرفق به و أهدى إلى تربيته و حسن رعايته. فقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداد للمحضون بالحب و العطف و الطمأنينة، و هي قواعد أساسية

أما الواجب هو الفعل اللازم، فيكون معنى الواجب على أساسه. و أنّه الفعل الّذي فرضه الله على العباد، و لم يرخّص لهم في تركه. مقتبس عن محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص. 35.

1- أنظر، رمضان علي السيد الشرنجاوي، جابر علي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و فرقة الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، ب. ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 179.

2- أنظر، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط. 1، دار الثقافة، عمّان، ص. 265.

3-H/Bencheickh Dennouni – La garde : Un attribut de la maternité en droit Algerien- R.I.D.C-1986-p. 902.

4- أنظر، شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 20013 – 2014، ص. 414.

5- أنظر، أحمد إبراهيم عطية، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط. 1، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2008، ص. 124.

6- تنص المادّة 64 من ق. أ. ج على أنّ: "الأمّ أولى بحضنة ولدها، ثمّ الأب، ثمّ الجدّة لأم، ثمّ الجدّة لأب، ثمّ الحالة، ثمّ العمّة، ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزيارة".

لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره¹ حتى إذا بلغ سنًا يستغني فيه عن الاستعانة بهنّ جعل حقّ الإشراف عليه للرجال، لأنهم بعد اجتيازه لتلك المرحلة أقدر على حمايته و صيانة مصالحه من النساء.

بذلك فإنّ أساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الإهتمام به و العناية بشؤونه في كلّ فترة من حياته². ولما كان الطفل عاجزاً عن النظر في هذه المصالح جعل الله تعالى ذلك إلى من يتولّى أمره³.

إنّ المشرّع الجزائري لم يخرج إجمالاً عن التعريف الفقهي الشرعي للحضانة سوى أنّه إستعمل لفظ الولد بدلاً عن الصّغير، و يبدو أنّ إختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصّغير و الصّغيرة الذان لم يبلغا بعد.

إنّ القانون يعرف الحضانة بأنّها رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته و حفظه صحّة و خلقاً، و إنطلاقاً من كون تعريف المشرّع الجزائري للحضانة يتّضح جلياً أنّ الحضانة تتمثّل أساساً في:

أ-تعليم الولد:

يقصد به التّمدرس الرّسمي الذي يعدّ حقاً لكلّ طفل و يضمّنه له القانون مجّاناً و إجبارياً إلى غاية إستنفاد طاقته و إستطاعته في تحديد مستواه بناء على ملكاته و كفاءته. و لقد وردت كلمة تعليم الصّغار في قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب: علموا أولادكم الرمي و السّباحة و ركوب الخيل⁴.

ب- تربيته على دين أبيه: أي أنّ الحضانة الأمّ قد تكون كافرة و لذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ و قيم الدّين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

1- أنظر، خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري و في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون خاص، جامعة وهران، 2002، ص. 202.
2- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 380.
3- أنظر، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص. 11.
4- أنظر، خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، حقوق المحضون، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص. 206.

ج- السّهر على حمايته:

تتضمّن حماية الطّفل المحضون كلّ الجوانب المعنوية و المادّية، فلا يكون عرضة لأيّ عنف جسدي كالضّرب و التعذيب و الإستغلال، و لا لأيّ عنف لفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشّكل الذي قد ينجم عنه إضطرابه نفسيّاً أو عقليّاً.

كما أنّ حمايته تتطلّب أيضاً تأديبه و تنشئته النّشأة السوية و عليه أن يؤدّب في حدود ما يسمح به الشّرع و يميزه تأنيباً له عن أيّ خطأ أو سوء معاملة يبيدها إتجاه الغير.

د- حمايته خلقياً و صحياً:

الأخلاق: جمع خلق و هو العادة أو الصورة التي إعتاد الإنسان فعلها في سلوكه أو صورة الإنسان من داخل نفسه، و هي تعني أيضاً السّجية و الطبع و المروعة و الدين، فلا يتخلق بغير خلقه.

أما الأخلاق في الشريعة الإسلامية ترتبط بالدين إرتباطاً وثيقاً فقد خاطب الله تعالى رسوله بأن غاية رسالته هي مكارم الأخلاق¹.

الحماية الخلقية ذات إرتباط وثيق بمدى تعليمه و حسن تأديبه و إعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فرداً صالحاً و سويّاً، و حمايته من مخاطر الشّارع و رفقاء السّوء.

أمّا التكفّل الصّحي بالطّفل المحضون فهو من أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق الحاضن، وذلك أنّ عافية البدن هي الضّامن الأساسي لتنشئة الطّفل النّشأة السوية خلقياً و الإعتناء به، ويبقى على الحاضن واجب الرّعاية منذ الأشهر الأولى للطّفل، كتلقي التّعليمات الدّورية في وقتها و عرضه على الطّبيب كلّما استدعت الحاجة إلى ذلك.

لذلك إنّ الحضّانة هي القيام بحفظ الصّغير، بمعنى أن تكون رعايته صحياً و دينياً و خلقياً، وأنّه يجب أن يرّبي على دين أبيه، و هو الإسلام، الذي لم تذكره المادّة 62 من قانون الأسرة الجزائري،

1- خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، المرجع السابق، ص. 207.

وأيضاً قد تكون الأم من غير دين الأب، ففي هذه الحالة يجب عليها أن تربيته على دين أبيه، فالشّرع والقانون يجيزان الزواج من غير المسلمة.

4- خصائص الحضانة

شرّعت الحضانة لتولّي شؤون الطّفل العاجز عن القيام بحاجاته الوحيدة، من بداية ولادته إلى غاية قدرته على القيام بذلك بمفرده، و دون الحاجة إلى غيره في فعل ذلك. فالطّفل منذ ولادته تثبت له ولاية التّربية. لذلك تقتضي مصلحة المحضون حفظ و تربية الولد في ذاته و طعامه و شرابه و كسائه و سكنه و دفع ما يضرّه.

الهدف من الحضانة هو النّفع العام لذا كانت واجبة فهي من النّظام العام، كما أنّه بالنظر إلى الحق في الحضانة فنجدها حقا مشتركا، و بما أنّها حق مشترك فهل يعني أنّ الحاضن يحق له أن يمارسها بمقابل مالي؟

أوّلا- الحضانة من النّظام العام

إنّ ترك الحضانة تضييع للطّفل و هلاك له، لذلك هي من الأمور التي تدعو إليها الغريزة الإنسانية و الفطرة. فالحضانة واجبة لأنّ الحضانة يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه. و إعتبرت الحضانة لازمة كون أن الصّغير يولد عاجزا عن تولي شؤون نفسه لذلك كان من الضّروري أن يجد من يقوم بذلك فالحاضن عندما يقوم بالتّربية و الرّعاية فإنّه يغرس في المحضون السّلك الضّروري للحياة الذي يؤهله لأن يكون مقبولا إجتماعيا في بيئته التي نشأ فيها، و طريقة الحياة هذه يعبر عنها في علم الإجتماع أو الأنثروبولوجيا الإجتماعية بالثقافة¹.

إذ تعتبر الحضانة من النّظام العام و ليس للأبوين تغيير أو تحريف قواعدها، فإذا إتفقت الأم مع والد الطّفل على التخلي عن الحضانة لأي سبب، فإنّ الحضانة لا تسقط عنها ما دامت قد إستوفت كلّ الشّروط و كانت أهلا لممارستها².

1- أنظر، سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 2010، عدد 1، ص. 141.

2- أنظر، عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2001، ص. 44.

الحكمة من ذلك هي حماية الطفل و حتى لا ينشأ في المجتمع شخصية مهزوزة تعود بالضرر على المجتمع كله، و كذلك حتى لا يختلّ التوازن في الجانب القيمي و الإجتماعي للطفل¹ و ذلك في غياب من يرعاه و يوجهه و يربيه في أهمّ مرحلة من حياته. فالحضانة شرّعت لحفظ النفوس إذ لا تسقط إلاّ بعذر شرعي، لأنّها ولاية شرعية يحكم بها القاضي على وجه الإلزام، و لا يجوز التحلّل منها إلاّ بإذن قضائي².

ثانياً- الحضانة حقّ مشترك

تعتبر الحضانة عملاً مادياً يتّصف بصفيتين متقابلتين و متكاملتين، هما كون الحضانة حقّاً و كونها في نفس الوقت واجبا، فهي من جهة حقّ للمحضون و حقّ للحاضن، و من جهة أخرى هي إلتزام على الحاضن، و لهذا فإذا وقع الطلاق بين الزوجين، فينتج مباشرة حقّ الأم في طلب الحكم لها بحضانة أبنائها الصغار³. و من جهة أخرى هي حقّ للصغير و ذلك لإحتياجه إلى من يرعاه و يقوم بشؤونه في هذه المرحلة من حياته.

فإذا لم يحدّد القاضي الأم الحاضنة أو إمتنعت عن إمساكه فإنّ حقّها يسقط بتنازلهما عنه ولكنّ حقّ الصغير منها لا يسقط، فإذا لم يوجد غيرها فإنّها تجر على الحضانة لكي لا يضيع حقّه في التربية و الرّعاية، لإعتبار أنّ أقوى الحقيين حقّ الصغير، و إذا أسقطت الرّوجة حقّها فلا تقدر على إسقاط حقّه أبداً⁴. و منه فإنّها تجر على حضانتها إن كانت أصلح للطفل و لم يكن هناك من يحضن الطفل غيرها.

على إعتبار أنّ الحضانة حقّ للحاضن من وجه و المحضون من وجه آخر فإنّ الحاضن يستطيع أن يتنازل عنها بشرط أن لا يضرّ بمصلحة المحضون⁵ طبقاً للمادّة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنّه: "يسقط حقّ الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

1- سامية بن قوبة، المرجع السابق، ص. 141.

2- أنظر، عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهد القضائي، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص. 42.

3- أنظر، نبيلة تركاني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية و الإجتماعية، مذكرة من أجل نيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص. 93.

4- أنظر، حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2001، ص. 153.

5- أنظر، بلقاسم أعراب، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، و الفقه الإسلامي المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 1994، عدد 1، ص.

تأسيساً على ذلك تترتب الأمور التالية:

- إنَّ الحضانة حقّ للصَّغير، و على هذا فلا يجوز إسقاطه، لأنَّه حقّ للغير و ليس للحاضن التصرّف في هذا الحق .
- إنَّ الحضانة حقّ للأُمّ و الصَّغير معاً، فلو وجد من يقوم بها غير الأم فلها إسقاطها و التنازل عنها، و الإمتناع عن القيام بها، فإذا لم يوجد من يقوم بها فليس لها حقّ تركها و إسقاطها لأنَّ حق الصَّغير أقوى من حقّها¹.
- لا يجوز لأُمّه الّتي تستحقّ حضانتها أن تصالح أباه على إسقاط حقّها في حضانتها له في مقابل بدل تأخذه منه لأنّها بفعل ذلك تفوّت حقّ الصَّغير، و هي لا تملك إسقاط حقّه.
- إذا إمتنعت الحاضنة عن حضانة الصَّغير و لم تستكمل شروط الحضانة في غيرها فإنَّه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانتها، و إن إمتنعت أجبرت على ذلك.
- إذا خالعت الأمّ زوجها على أن تترك ولدها المحتاج إلى الحضانة عند الأب كان الخلع صحيحاً، و لا يسقط حقّ الأمّ في الحضانة إذا كان في سقوطها ضرر يلحق بالمحزون².
- لا يجوز للأب أن ينتزع المحزون من صاحبة الحق في الحضانة و يعطيه لحاضنة أخرى تتأخّر عنها في مراتب إستحقاق الحضانة إلّا لمبرّر شرعي³.
- لو كان للصَّغير مرضعة غير الّتي تحضنه، فإنَّه يجب على المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة حتّى لا يفوت عليها حقّها في حضانتها.
- لا يجوز للأب أن ينقله من البلد الّذي تقيم فيه حاضنته، لأنَّه إن فعل ذلك يكون قد ضيّع عليها حقّها في الحضانة.

ثالثاً- الحضانة بمقابل مالي: بما أنّ الحضانة حقّ، فيحوّل لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرّعا.

1- محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص. 50.

2- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 151.

3- أنظر، زكريّا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون، ب. ط، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1972، ص. 928.

ب- مفهوم الطّفل المحضون

كلّ ما يمكن أن نقوله أنّه ذلك المخلوق الذي يعبر عنه بالطّفل، هذا الأخير إستحوذ على مكانة بالغة من الإهتمام، و شغل فكر الكثير من المفكرين و الفقهاء في شتى الدّراسات، فكان محلّ عدّة مؤلّفات، منها ما وصفته، و منها من قسّمته و منها ما حدّدت سنّه، و لهذا فقد عرف الطّفل عدّة مفاهيم.

1- مفهوم الطّفل لغة

معنى كلمة طفل لغويا و من حيث الإشتقاق أو المصدر، كلمة (طفل) مشتقة من الكلمة اللاتينية infans و التي تعني (الذي لا يتكلم)¹.

الطّفل بكسر الطّاء مع تشديدها يعني الصّغير من كلّ شيء، فالصّغير من النّاس أو الدّواب طفل، و الصّغير من السّحاب طفل، و اللّيل في أوّله طفل، و أصل لفظه طفل من التّعومة. والطّفل إنسان في سنّ الطّفولة² و هو المولود مادام ناعما.

الطّفل و الطّفلة الصّغيران و الجمع أطفال، قال ابن الهيثم: "الصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمّه إلى أن يحتلم"³.

لا تطلق كلمة طفولة إلّا على الكائنات الحيّة، فلا يمكن أن نقول طفل سيّارة أو طفولة شارع، أو طفل منضدة لكن يمكننا أن نقول طفل بشري، فالكائنات الحيّة طفولة تبدأ مع مولدها وظهورها، أمّا الجماد فلا طفولة له⁴.

¹ - Françoise Dekeuwer-Défossez, les droits de l'enfant, Paris : que sais-je.1993, p. 93.

² - أنظر، بن عصان نسرين إيناس، مصلحة الطّفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون أسرة مقارن، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص. 14.
³ - أنظر، ابن المنظور، لسان العرب، ج. 8، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د. س. ن، ص. 198 - 199، أنظر، ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص. 10.

⁴ - أنظر، حسين عبد الحميد أحمد رشوان، الطّفل دراسة في علم الإجتماع، ب. ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص. 1.

من جماع ما تقدم يتضح لنا أن كلمة طفل في اللغة العربية تعني الصغير من كل شيء سواء كان إنسان أو حيوان أو نبات أو حدث، أما مرحلة الطفولة فهي الفترة الزمنية منذ لحظة الميلاد حتى مرحلة البلوغ¹.

2- مفهوم الطّفل في الشريعة الإسلامية

تولّي الشريعة الإسلامية إهتماماً بالغاً للطّفل يبدأ قبل خروجه من بطن أمّه في مرحلة تكوين الجنين و تنتهي بالبلوغ². و البلوغ في الفقه الإسلامي يقصد به البلوغ الطّبيعي ببلوغ النّكاح بأن تظهر في الغلام مظاهر الرّجولة و القدرة على النّكاح، و في الأنثى الحيض و الحمل، فإذا لم يظهر شيء من هذه العلامات الطّبيعية كان البلوغ بالسّن³.

لكن قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في سنّ الطفل إذا لم تظهر العلامات الطّبيعية فيرى الشافعية أنّ البلوغ يكون بسن 15 سنة، أمّا الحنفية و المالكية فترى أنّ البلوغ يكون بسن 18 سنة.

إلاّ أنّه يمكن القول أنّ الشريعة الإسلامية أوّل من ميّز بين الصّغار و الكبار من البشر في السّن تمييزاً واضحاً، إذ قرّرت أحكاماً اختلفت باختلاف السن منذ ولادة الإنسان إلى حين بلوغه سنّ الرشد و هي على 3 مراحل:

1- مرحلة الصّغير غير المميّز: تبدأ بولادة الصّغير حتّى بلوغه سن 7 من عمره.

2- مرحلة الإدراك الضّعيف: تبدأ من سن 7 من العمر و تنتهي بالبلوغ.

3- مرحلة الإدراك التّام: و تسمّى مرحلة البلوغ و تبدأ من سن 15 سنة أو 18 سنة على اختلاف العلماء، أو بإحدى الظواهر الطّبيعية التي تظهر لدى الصّبي مثل الإحتلام أو إنبات الشّعر لدى الذّكر أو الحيض لدى الأنثى.

1- أنظر، منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الإسلام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 16.

2- أنظر، خالد مصطفى فهمي، حقوق الطّفل و معاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 9.

3- أنظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطّفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 18.

لقد جعل الإحتلام حدًا فاصلا بين مرحلة الطفولة و مرحلة البلوغ و التكليف، لكون الإحتلام دليلا على كمال العقل و هو مناط التكليف، فهو قوّة تطرأ على الشّخص و تنقله من حالة الطفولة إلى حالة الرّجولة¹.

إذا لم تظهر علامات البلوغ عند الطّفل فقد أجمع الفقهاء على تحديد سنّ معيّنة كنهاية لمرحلة الطفولة للصّغير و الصّغيرة على حدّ سواء، و إستندوا في ذلك لحديث عمر رضي الله عنه أنّه قال: "عرضت على النبي صلّى الله عليه و سلّم يوم أحد و أنا ابن أربعة عشر فلم يجزني، و عرضت عليه يوم الخندق و أنا ابن خمسة عشرة فأجازني". من ثمّ فإنّ سن البلوغ الذي إعتمده رسول الأمّة هو سن 15 سنة و به تنتهي مرحلة الطفولة.

كخلاصة لما تقدّم يمكن تعريف الطّفل في الفقه الإسلامي كما يلي: "الإنسان منذ لحظة صيرورته جنينا في رحم أمّه حتّى البلوغ، فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ مثل الإحتلام و القذف بالنّسبة للذكور، أو الحيض و الحمل بالنّسبة للأثني يظلّ الإنسان طفلا حتّى بلوغه سن 15 عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين².

3- مفهوم الطّفل قانونا

إنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد بنصّ صريح معنى الطّفل، إلّا أنّ مفهومه ينبثق من عدّة نصوص قانونية فحدّد سن الرشد ب 19 سنة كاملة³ و مادون ذلك فهو:

- إما عديم الأهلية، فاقد التّمييز لصغر السن حسب المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري⁴ و المادة 42 من القانون المدني الجزائري⁵.

- أو ناقص الأهلية بحسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري⁶. بالتالي فإن الحد الأقصى لمرحلة الطفولة حسب التشريع الجزائري هو ما قبل إتمام 19 سنة كاملة، لكن المنطق يقضي عدم التسليم

1- أنظر، نبيل صقر و صابر جميلة، الأحداث في التشريع الجزائري، ب. ط، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص. 9.

2- بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص. 17.

3- تنص المادة 40 من ق.م.ج على أنّ: "كلّ شخص بلغ سن الرشد ممتعا بقواه العقلية و لم يجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

4- تنص المادة 82 من ق.أ.ج على أنّه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنّه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

5- تنص المادة 42 من ق.م.ج على أنّه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

6- تنص المادة 43 من ق.م.ج على أنّه: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيا أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

بهذا الحدّ، حيث لا يمكن لمن كان يبلغ 18 سنة و 363 يوما و هو عندئذ طفل أن يصبح راشدا بين عشية و ضحاها عندما يكمل 19 سنة¹.

4- مفهوم الطّفل في علم النّفس و الإّجتماع

إنّ الطّفل خلال مراحلّه الأولى يحتاج فيها إلى رعاية خاصّة و إهتمام كبير لكي ينمو في إطار ظروف إجتماعية و نفسية ملائمة حتّى يصبح في النّهاية شاب أو رجل متّزن و سوي يساهم بشكل فعّال و مؤثّر في جوانب الحياة السّياسية و الإّجتماعية و الثّقافية و الإّقتصادية للبلاد.

الطفل من حيث كينونته يعتبر إنسان كامل الخلق و التكوين يولد مزودا بكل الملكات والقدرات و الحواس و الصفات البشرية و الإنسانية، فهو قادر على التفكير و له ملكة فكرية تقوم بوظيفتها تلقائيا و غريزيا إذا ما صادفت موضوعا لعملها و نشاطها، و لكنه لا يستطيع أن يتحكم فيها و ينظمها، قبل أن يتعلم أو يتدرب على تنظيمها، كما أنه لا يستطيع أن يدير هذه الآلة قبل أن يتقدم إلى دائرة الضوء من أحداث الحياة².

عرّف علماء النّفس، أنّ الإنسان طفل ليس من وقت ولادته و إنّما من وقت تكوينه في بطن أمّه، و هو جنين. و تنتهي الطّفولة عندهم ببداية مرحلة جديدة أخرى و هي مرحلة البلوغ الجنسيّ التي تبدأ عند الذكور بحدوث أوّل قذف مع ظهور الخصائص الجنسية الثّانوية، و عند الإيّنات بحدوث أوّل حيض و ظهور الخصائص الجنسية الثّانوية³.

أمّا عند علماء الإّجتماع فمفهوم الطّفل لديهم محلّ خلاف بينهم، حيث يرى البعض أنّ مرحلة الطّفولة تبدأ من لحظة الميلاد حتّى سن الرّشد و قد تنتهي بالبلوغ أو الزّواج. أمّا البعض الآخر فيرى أنّ مرحلة الطّفولة تبدأ بالميلاد حتّى بلوغ الطّفل سن 12 عاما.

فيما سبق ذكره، فإنّ علماء الإّجتماع قد إنّفقوا على بداية مرحلة الطّفولة و هي لحظة الميلاد، و اختلفوا في تحديد نهاية هذه المرحلة.

1- أنظر، أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية، مذكرة لئيل شهادة ماجستير قانون خاص، جامعة تلمسان، 2002-2003، ص. 12.

2- أنظر، بولحية شهيرة، حقوق الطفل بين المواثيق الدولية و قانون العقوبات الجزائري، دراسة مقارنة، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 12.

3- بن عصان نسرين، المرجع السابق، ص. 17.

فالأطفال حقيقة هم تلك القيمة الإجتماعية الأولى التي يجب على المجتمع و العلم أن يجد السبيل الحقيقي و العلمي لدراستهم دراسة علمية حقيقية، تهدف إلى الوصول بالأطفال إلى المرحلة التي يمكن إستقلالهم من خلالها بصفتهم حركة تمضي إلى الأمام دائما¹.

ثانيا: شروط صحّة الحضانة مع تحديد الأشخاص المخولين قانونا لتوليها

أ- شروط صحة الحضانة

نظرا لأهمية دور الحاضن في حياة الصّغير، فالحاضن هو القدوة الحسنة للمحضون لأن الصّغير لبنة طرية، يستطيع من يشرف عليها تكييفها و قبولها حسبما يريد، و لذا يكون في شخصيته تأثير في المحضون. و لما كان الإسلام حريصا جدّا على نشأة الجيل نشأة صالحة تنتهج النهج السليم، لذا فقد إحتاط في أمور الحضانة، بإشراطه شروطا كثيرة في الحاضن، ليضمن مصلحة من يحتاج إلى حضانة²، فالحضانة لا تثبت إلاّ على طفل أو مجنون أو معتوه، أمّا البالغ الرّشيد فلا حضانة عليه، وهو الذي يختار الإقامة عند من يشاء من أبويه فإن كان الشخص رجلا فله الإنفراد بنفسه لإستغنائه عن أبويه، و إن كانت أنثى لم يكن لها الإنفراد، و لأبيها منعها منه³ بذلك لا تثبت الحضانة إلاّ لمن كان أهلا بتوافر شروطها رجلا كان أو امرأة و إن تقدّمت حضانة التّساء على حضانة الرّجال، لأنّ المرأة بحكم الفطرة و التّكوين هي الأقدر على رعاية الصّغير، و الأكثر صبورا على إحتياجاته المتنوّعة.

1- مفهوم الشّروط

هو ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته. أو هو ما يتوقّف عليه وجود الشّيء، و ليس مؤثرا فيه و لا موصلا إليه⁴.

1- بولحية شهيرة، المرجع السابق، ص. 13.

2- أظنر، محمد سارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008، ص. 389.

3- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 358.

4- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 30.

2- الشروط العامة في الرجال و النساء

ذكر قانون الأسرة الجزائري شرط واحد للحضانة و ذلك في الفقرة الثانية من المادة 62 منه التي تنص على أنه: "...و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". إلا أن إستعمال المشرع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة تشملها هذه الكلمة¹ يمكن إجمالها فيمايلي:

أ- الأهلية

يجب أن نقول أن تربية الطفل تتطلب عناية خاصة و مقدرة معينة و دفع كل ما يلحق به من ضرر، و في كل ذلك يشترط في إستحقاقها أن يكون الحاضن أهلا لذلك. إذن، ما المقصود بالأهلية؟

الأهلية لغة هي الصلاحية للأمر أو صلاحية الشخص لصدور الأمر عنه و طلبه منه. أما إصطلاحا فيقصد بها الصلاحية التي يتمتع بها الشخص لأجل إكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، و القيام بالأعمال القانونية التي من شأنها أن تكسب القائم بالتصرف حقا أو تحمله إلتزاما². فالأهلية بهذا المفهوم هي المحرك الأساسي للنشاط القانوني للشخصية³.

كما عرفها الأستاذ جون كربونيني بأنها: "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه"⁴. بينما عرفها الأستاذ هنري كابنتو (Henri Capitant) بأنها: "القدرة على أن يصبح موضوعا للحقوق ومن ثم ممارستها"⁵.

1- أنظر، سمرين شريقي، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص. 104.

2- أنظر، محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المنشورات البولية، الجزائر، 2000، ص. 75-76.

3- أنظر، عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، ج. 2، ط. 3، دار الكتب الوطنية، مصر، 1995، ص. 189.

4-Selon cet auteur, "la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits". Cf. J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, édit. Thémis, Paris, 1979, p. 99.

5-Pour cet auteur, " La capacité juridique est l' aptitude à devenir le sujet de droits et à faire valoir. Cette notion de capacité ainci définie renferme deux éléments distincts et, pour ainci dire, successifs. Devenir le sujet de droits, c' est acquérir des droits en être titulaire, en avoir la jouissance ; faire valoir les droits, c' est les mettre en mouvement, pour retirer les avantages qu'il sont susceptibles de procurer, ou pour les démembrer, les céder, les transmettre à des tiers, en un mot, les exercer". Cf. H. Capitant, Introduction à l' étude du droit civil, 4^{ème} éd. paris, 1898, p. 178-179.

من خلال المفهوم العام للأهلية يتبين أنها تنقسم إلى نوعين، أهلية وجوب و أهلية أداء. يقصد بأهلية الوجوب، صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات، و هذه تثبت للشخص بمجرد تمام ولادته حيا¹. أو هي صلاحية الشخص لأن يكون طرفا في الحق سواء كان طرفا إيجابيا أو طرفا سلبيا²، أو هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه.

الواقع أن أهلية الوجوب تختلط بالشخصية، بل هي الشخص منظورا إليه من الناحية القانونية. وكل شخص له أهلية وجوب نظرا لأن كل القوانين تعترف للأشخاص جميعا بالشخصية القانونية. وتدور هذه الأهلية مع الشخصية وجودا و عدما، فتوجد أهلية الوجوب مع بداية الحياة و ثبوت الشخصية و تزول بإنهاء الحياة و الشخصية³. أما أهلية الأداء فهي الصلاحية للقيام بالأعمال القانونية، و بمعنى آخر هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته بشكل يمكنه من مباشرة أو إجراء التصرفات القانونية بنفسه و لحسابه⁴. بذلك ماهي الأهلية المشترطة في الحاضر؟

برجعنا إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه يرتب الأهلية في عدة مواد، غير أن أساسها المادة 40 التي حددت أهلية الأداء المدنية الكاملة ببلوغ الشخص سن التاسعة عشر عاما بشرطين: تمتعه بقواه العقلية و غير محجور عليه، و هذا ما أكدته المادة 86 من قانون الأسرة بقولها: "من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

ب- البلوغ

الحضانة لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار، و غايتها لا تتحقق بغير ذلك، و لا خلاف في الفقه على إشتراط البلوغ حتى تتوافر أهلية الحضانة⁵. بذلك فإن الحاضر يشترط فيه أن يكون بالغاً، لأن الحضانة ولاية، و هذا شرط محل إتفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية⁶، كما لا يختلف القانون في تطلب هذا الشرط لأنه من شروط الأهلية⁷. لكن تعود جانب من الفقه على استعمال ألفاظ

1- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص. 163.

2-Saffai Hossein : La protection des incapables, étude comparative en droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques, Paris, 1966, p. 25.

3- أنظر، محمد حسين منصور، نظرية الحق، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص. 363.

4- أنظر، محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، ج. 2، ط. 1، دار هوم، الجزائر، 2011، ص. 508.

5- أنظر، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 149.

6- أنظر، أبو الفرج عبد الرحمن ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933، ص. 178.

7- أنظر، خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص. 171.

غير الأهلية للدلالة على معناها، و من هذه الألفاظ نجد خاصّة لفظ البلوغ أو الرشد. و الحقّ أنّ هذه الملاحظة لا تنهض سببا لإدراج خاصية البلوغ لوحدها أو خاصية الرشد لوحدها ضمن شرط الأهلية، لأنّ العبرة ليست بالأمارات الطبيعية المحددة للبلوغ، بل العبرة بقدرة الشخص على ممارسة الحضانة لأنّ هذه الأخيرة أساسها حماية مصلحة المحضون. فالبلوغ لغة هو الإدراك، و هو الطّور الذي يفترض في الطّفل أنّه إستكمل عقله و من هنا، ففي الشّرائع القديمة¹، كان البلوغ الشّرعي يتم بالبلوغ الطّبيعي، و لكن اليوم يتم في سنّ متأخرة، كما أنّ الفقه الإسلامي يعتبر البلوغ الطّبيعي حدّا للبلوغ الشّرعي، و يعرف عنده بظهور أمارات طبيعية تختلف من فتى إلى فتاة. فهي عند الفتى:

الإنزال، و الإحتلام، و عند الفتاة: الحيض، و الحمل. هذه العلامات متى ظهرت في الشخص عدّ بالغاً، أمّا إذا تأخرت يجوز إثبات البلوغ بالسن، حيث حدّده أصحاب الإمام مالك في المشهور عنهم بثمانية عشرة سنة. و بهذا قال أبو حنيفة للفتى دون الفتاة التي حدّد سن بلوغها بسبع عشرة سنة، بينما باقي الأئمة، فقالوا أنّ سن البلوغ هو خمس عشرة سنة كاملة للجنسين معا.

أمّا الرشد فهو في اللغة الصّلاح و الهدى إلى الصّواب في الأعمال، و الإستقامة عن طريق الحق. غير أنّه في الفقه، فكان في معناه خلاف، حيث عرفه البعض على أنّه النّضوج العقلي، و هو حسن التصرف في المال سواء في أمور الشرّ أو في أمور الخير. و عرفه الشافعي و ابن عبّاس و ابن المنذر بأنّه الصّلاح في الدّين و المال، لأنّ الفاسق غير رشيد و لأنّ إفساده لدينه يمنع الثّقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله، بينما يرى باقي الأئمة بأنّه الصّلاح في المال فقط².

أمّا اليوم، فقد أصبحت الحياة الإجتماعية معقّدة أكثر ممّا كانت عليه في القديم، و صار لا بدّ فيها من خبرة و تجارب تكون غالبا غير متوافرة لدى الشخص بمجرد وصوله إلى البلوغ الطّبيعي بل أنّ الفترة المحدّدة التي تكون فيها للشخص القدرة على إدارة شؤونه تختلف في الواقع بحسب كلّ شخص. و في هذا يرى الأستاذ ثروت أنيس الأسيوطي أنّ الحل الأكثر حماية للمرء هو الأخذ

1- فعند الرومان، كان البلوغ الطّبيعي مرادفا للبلوغ القانوني، غير أنّ إثبات ذلك تولّد عنه بعض المشقّة و الحرج، مما دفعهم بعد ذلك إلى تحديد البلوغ بسنّ معينة هي 12 سنة كاملة للفتاة و 14 سنة كاملة للفتى. مقتبس عن، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 250.
2- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 252.

بالتضوج العقلي و إعتباره متماشيا مع البلوغ الطبيعي، لأن الأصل في الإنسان البالغ أنه يعقل إلى أن يقوم الدليل على العكس. لكنّه يضيف قائلا، بأنّ البلوغ و التعقل يختلفان من شخص لآخر و أنّ إثباتهما ليس دائما أمرا هينا من الناحية العملية¹. لكن البلوغ في القانون الجزائري لا يقصد به البلوغ الطبيعي المعروف بالحيض عند المرأة و الإمناء عند الرجل²، إنّما المقصود به هو سنّ الرشد و هو بتمام التاسع عشر سنة حسب نصّ المادة 40 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنّ: "... سنّ الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

من هنا، فإنّ القضايا القانونية لا يمكنها أن تركز على ذلك التّحديد الذاتي المحض، فحماية العلاقات تتطلّب من القانون أن يضع قاعدة موحدة و أن يحدّد السنّ الذي تنتهي بمقتضاه الصببية.

لعلّ أبرز ما يمكن إستخلاصه من هذا التّحديد القانوني هو أنّ البلوغ شرط مبدئي للرشد، فلا رشد قبل البلوغ، و لكن يمكن أن يبلغ الشخص و يرشد في الوقت ذاته. هذه الحالات، إذن تكون حسب التّكوين الطبيعي للشخص و حسب خبرته في شؤون المال و المحيط الذي يعيش فيه. و عليه فإنّ مناط كمال الأهلية هو أصلا الرشد لا البلوغ.

بذلك قال الأستاذ فضيل سعد، بأنّ البلوغ المشترط في الحاضن يعني به أهلية الأداء، و هي 19 سنة، لأن الشخص فيها يكون قادرا على شؤون نفسه³. كما أيده في ذلك الأستاذ عبد العزيز سعد، حيث يرى من جانبه أنه يشترط في الشخص الذي تستند إليه الحضانة ذكرا كان أم أنثى أنّ: "يكون عاقلا لأنه لا يمكن شرعا و لا قانونا إسنادها إلى مجنون أو معتوه... و راشدا لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية و عناية"⁴.

لكن هناك إشكال يثور في هذا الصّدّد حول موقف الصّغيرة التي تزوجت قبل بلوغ السن القانونية. بموجب ترخيص من رئيس المحكمة، فهل تستحق الحضانة أم لا؟

1- أنظر، ثروت أنيس الأسويطي، محاضرات في المنهج القانوني، محاضرات ألفت على طلبة السنة الأولى ليسانس، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1978، ص. 236.

2- أنظر، عيسى حدّاد، الحضانة بين القانون و الإجتهد القضائي، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية، الجزائر، 2005، عدد 2، ص. 185.

3- أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص. 371.

4- أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص. 296.

إنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه النقطة صراحة، و لكن يمكن القول أنّه ما دامت الفتاة مؤهلة للزّواج فإنّها بذلك تصبح أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزّواج و تتحمّل بالتالي نتائج فشل هذا الزّواج، فإذا كانت تقدر على تربية الطّفل و هي متزوجة رغم صغر سنّها فإنّها كذلك تقدر على إحتضانه و هي مطلّقة، إلّا إذا ثبت عدم قدرتها على ذلك¹. و هذا ما يستشف من الفقرة الأخيرة من المادّة 7 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزّواج من حقوق و إلتزامات".

ت- العقل

يشترط في الحاضنة أن تكون عاقلة، و ذلك رعاية لمصلحة المحضون² لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شؤون الصغار لعدم معرفتها ما ينفعها، بل يخشى الضرر منها فلا تكون أهلا للحضانة³. و هذا الشرط يتماشى والمنطق، فالعقل هو الإدراك، و به يعرف الشخص ما يقدم عليه، لذا قد يبلغ الشخص السن القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري، لكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية لعارض من عوارض الأهلية.

لا حضانة لمجنون ومعتوه لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما فضلا عن رعاية شؤون غيرهما، وإشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه⁴ مبذر لئلا يتلف مال المحضون⁵.

المجنون يفتقد إلى الإدراك و التّمييز، و يشكل خطرا على المحضون بدلا من أن يكون حاميا له، فهو مصاب بإختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة و الأمور القبيحة و المدركة للعواقب، بحيث يقضي هذا الإختلال إلى منع جريان الأفعال و الأقوال على منهج العقل. فهو يأتّر على أهلية الأداء لأن مناطها العقل و التمييز، لذلك كان حكمه حكم الصغير الغير مميز، لكن لا تأثير له على أهلية الوجوب لأن مناطها الصفة الإنسانية و الحياة دون العقل.

1- أنظر، صالح بوغرة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص. 68.
2- أنظر، وهبة الزحيلي، محمود تقين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص. 726.
3- أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط. 4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1983، ص. 763.
4- يعرف السفه لغة بأنه الجهل في أمور النفقات، و اصطلاحا هو حالة الشخص الذي يتصرف في ماله خلافا ما يقتضيه الشرع و العقل، و هو الذي يبدّر في ماله تبذيرا لا يقع من العقلاء الراشدين. مقتبس عن، مصطفى السباعي، و عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، ط. 5، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، 1977، ص. 27.
5- أنظر، التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج. 4، ط. 2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص. 879.

يستوي في الجنون أن يكون أصليا، أي أنه بلغ و هو مجنون أو كان طارئا أي أنه أصابه الجنون بعد أن بلغ وهو عاقل، أو كان جنونه مطبقا أي على سبيل الإستمرار و الدوام أو غير مطبق أي يعتريه تارة ثم يزول تارة أخرى¹. فلا فرق بن جنون متقطع قليل أو كثير، و لو كان من القلة بحيث يأتي إلا ليوم واحد في السنة، ذلك أن ترك المحضون لدى هذه الحاضنة فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونها في أي وقت و إن كان نادرا أو قصيرا². لأن الهدف من الحضانة كفالة مصلحة المحضون، و توفير الحماية له، و عليه ينبغي الإحتياط من أدنى ضرر قد يصيبه³.

إن المعتوه يأخذ حكم المجنون والصغير لأنه يحتاج لرعاية الغير بالتالي فلا يرعى شؤون غيره⁴، من ثم فلا حضانة لهم لأن الحضانة ولاية عن النفس. فغير العاقل لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا تثبت له ولاية على غيره.

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، فإنه يرى أن الحضانة ولاية على النفس فلا تكون لغير العاقل و هو ما ورد في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري⁵. لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لشرط العقل، كما أنه لم يقدم له أية معايير وصفية الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى الفقه الإسلامي من هذا الشرط.

وقع إتفاق الفقه الإسلامي على إشتراط العقل في الحاضن، إلا أنه لم يقع بشأن تأثير درجة المرض العقلي على إسناد الحضانة. فقد إكتفى الحنفية بإشتراط العقل دون تفصيل⁶، و تفادوا عندئذ كل نقاش حول هذه المسألة. أما الحنابلة و الشافعية، فقد إستثنيا من المرض العقلي العته، فساوى المذهب الأول بين الجنون المطبق و المتقطع و جعل كلاهما مانعا لممارسة الحضانة. و على النقيض من ذلك أعطى الإتجاه الثاني إمكانية إسناد الحضانة إلى المجنون جنونا نادرا.

1- أنظر، سمير محمد محمود عمقي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط. 1، دار المنار، مصر، 1986، ص. 64.

2- أنظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، ب. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص. 235.

3- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج. 1، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 380.

4-Cf. P. A. Ibrahim, De la responsabilité pénal en droit musulman d'après la doctrine hanafite, Paris, 1944, p. 121.

5- نص المادة 85 من ق. أ. ج. على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون، و المعتوه، و التنفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

6- أنظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، سيدي بلعباس، 1999، ص. 92.

بينما إنتزع المالكية الحضانة من الشخص المصاب بخفة عقلية و طيشه و جعلوا الجنون المطبق والمتقطع في نفس المرتبة.

إن المفاضلة بين هذه المذاهب الأربعة إنما تتوقف على مدى نظرتهم لرعاية مصلحة المحضون وعلى الحماية التي سطرها كل واحد منهم لتحقيق تلك المصلحة، إذ أن العلاقة بين الحاضن والمحضون لا تكون سوية إلا إذا بنيت على قواعد مستقيمة و خالية من الثغرات.

بذلك فالسلامة العقلية هي إحدى الأسس التي تركز عليها مصلحة المحضون. و من ثم، فالمرشح للحضانة، سواء أكان الأم أو الأب، و سواء أكان أحد الأقارب أم الغير، يكون مستحقا لها إلا إذا كان سليما عقليا. و لا يهم مطلقا أن يثبت أنه كان مريضا في السابق. فالسلامة العقلية مفروضة هنا فرضا وقت إستحقاق الحضانة و لا قبلها و إلا نكون إئتمرنا بأمر يتنافى و مصلحة المحضون ويتجافى مع المنطق و العبرة أن يكون المرشح لها سليما منذ الميلاد و لا عبرة لشفائه بعد ذلك¹.

ث- خلو المرشح للحضانة من الأمراض النفسية

يشترط لإستحقاق الحضانة و رعاية لمصلحة المحضون أن يكون الحاضن خاليا من كل مرض نفسي. فإن كان المرشح تكتنفه إضطرابات نفسية تسلبه إدراكه العقلي كان غير أهل للحضانة، و من ثم يكون خاضعا لمبدأ رعاية مصلحة المحضون. فليس ثمة مانعا لإستحقاق الحضانة إذا كان المرشح لها جانبا لنوبات المرض النفسي التي لا تذهب التمييز².

لكن هناك مشكلة مسألة الإثبات مما يزيد الأمر تعقيدا لا سيما في الحالات العابرة التي يسترجع فيها المرشح للحضانة رشده و تمييزه بعد فوات الإضطرابات النفسية، كما في حالة الإنفعال الشديد الناتج عن صدمة قوية تارة لأتفه الأمور المتعلقة بالحياة اليومية. لذلك تبقى وسائل

1- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 283.

2- أنظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص. 282.

الإثبات التي يلجأ إليها المتقاضى الآخر غالباً هي شهادة الشهود، و أحياناً مع وصفات الأدوية أو نوع العلاج الذي كان يتلقاه المرشح و لا زال يتلقاه أثناء طرح مسألة الحضانة على القضاء¹.

ج- **القدرة و الكفاءة:** يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه و صحته، فرعاية الطفل و الإعتناء بشؤونه، و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية تحتاج إلى أن يكون الحاضن قادراً على ذلك، فالقدرة يجب أن تكون جسدية و مادية².

لا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون³، فلا تثبت الحضانة للعاجزة عن ذلك لكبر سن أو مرض أو شغل، و على هذا لو كانت المرأة كبيرة في السن بحيث لا تستطيع القيام بشؤون الطفل لا يكون لها الحق في الحضانة، و كذلك لو كانت مريضة مرضاً يعجزها عن القيام بمصالح المحضون، أو كانت عمياء أو صماء.

المالكية و الشافعية و الحنابلة يجعلون العمى مانعاً، كالعجز، و ينيطون حضانة العمياء و غيرها من العاجزات بقدرتها على القيام بشؤون المحضون، و لو كان ذلك بمساعدة غيرها. و قد يؤثر المرض على ما يلزم توفره من القدرة في الحاضن، مما يؤدي إلى عجز الحاضن عن القيام بواجبه.

يجب التفرقة بين المرض الذي لا يخشى منه خطر أو يتوقع من إصابته ضرر، كالصداع اليسير و الحمى الطارئة أو الضرس، و هذا النوع من المرض لا يؤثر على حق الحضانة. أما المرض الذي يطول و يمتد فهو ذلك الذي يخشى منه على المصاب به بل و على غيره كالجذام، فهو يكون مانعاً و مؤثراً على حق الحضانة. لذلك إشتراط بعض الفقهاء أن يكون المرض فاحشاً و ليس خفيفاً حتى لا تحرم الحضانة أو الحاضن من حق الحضانة⁴.

أما عن موقف القضاء الجزائري في إعتبار القدرة شرطاً أساسياً في ممارسة الحضانة فيظهر جلياً في العديد من قرارات المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في 1984/7/9: "من المقرر في الفقه الإسلامي و جوب توفر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء

1- أنظر، حميدو زكية، مصلحة... المرجع السابق، ص. 283.

2- عيسى حداد، المرجع السابق، ص. 186.

3- محمد سارة، المرجع السابق، ص. 390.

4- سمير محمد محمود عقي، المرجع السابق، ص. 80-83.

بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي، و لما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤونها. و من ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادها حضانة الأولاد و هي على هذه الحال حادو عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية، و متى كان ذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ¹.

هكذا يشترط في الحاضن أن يكون خالياً من كل مرض جسدي يحول دون العناية بالطفل، أو يهمل تربيته. و قد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك ضمناً في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر بقوله: "... و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

أما في حالة إسناد الحضانة للذكر أبا كان أو غيره، فإنه يشترط أن يكون عنده في البيت من يقوم به من النساء سواء أكانت زوجة أو مستأجرة للخدمة أو متطوعة لأن الذكر لا صبر له على أحوال الأطفال، فإن لم يوجد، فلا حق له في الحضانة². و لو كانت المرأة محترفة، فإن كان عملها يمنعها من تربية الصغير و العناية بأمره لا تكون أهلاً للحضانة، فالمناطق في إستحقاق المرأة المحترفة للحضانة و عدم إستحقاقها هو القدرة على تربية الصغير و رعايته و عدم القدرة على ذلك.

بناءً على ذلك فإن الطيبية و المعلمة و الممرضة و غيرها من الموظفات ينبغي أن يبقى لهن حق الحضانة إذا كان خروجهن من البيت لا يترتب عليه ضياع الولد، لأنها قبل أن تخرج إلى عملها تعهد بطفلها إلى من ينوب عنها في رعايته تحت إشرافها و مراقبتها³.

ح- الأمانة في الخلق

نستشف شرط الأمانة في الخلق من تنسيق الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة حينما عرفت الأولى الحضانة على أنها السهر على حماية الولد و حفظه خلقاً، و إشتربت الثانية في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك.

1- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.، قرار بتاريخ 1984/7/9، ملف رقم 33921، مجلة قضائية، 1989، عدد 4، ص. 76.
2- أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ب. ط، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص. 206.
3- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص. 270.

التربية الصحيحة التي يتلقاها الطفل لا تأتي حسب مفهومها الفعلي إلا إذا كان المرشح للحضانة متصفا بصفة الأمانة والإستقامة¹. ويراد بالأمانة الصلاح و عدم الإشتهاار بالفسق و الوفاء بجانب الحفظ فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه كالفاسق رجلا كان أو امرأة. وتعني عند الحنابلة إستواء أحوال الشخص في دينه و إعتدال أقواله و أفعاله²، و قد ضرب الفقهاء أمثلة للفسق في الذي يجعل الحاضن غير أمين و مما قالوه أن يكون مشتهرا بالزنا أو هو أو يكون سارقا.

كما إشتراط القانون حفظ المحضون صحة و خلقا و هذا شرط يتعين مراعاته لأن القانون إعتبره و نص عليه³. و تقدير الفسق الذي يضيع به الولد أو لا يضيع به متروك أمره للقاضي، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/9/30: "من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للمحكوم عليها بجريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة المادة 62 من قانون الأسرة"⁴.

خ- إتحاد الدين

لا خلاف بين الفقهاء أن المرتد لا حضانة له سواء أكان رجلا أو امرأة، لأن الردّة تبيح دم المرتد، و هو محكوم عليه بالموت إن أصرّ على الردة بعد الإستتابة فلا ولاية له على غيره⁵. أما إذا كانت المرأة كتابية ففي حقها في الحضانة آراء:

المذهب الأول: الحنفية و الظاهرية

ذهبوا إلى التّفريق بين حضانة النساء و حضانة الرجال ففي حضانة النساء لا يشترط إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون، أي أن الإسلام في حضانة النساء ليس بشرط.

1- تشوار حميدو زكية، مصلحة... المرجع السابق، ص. 296.

2- أنظر، خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، عمل المرأة بين الحجج التأديبية و الدعاوى الإنكارية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص. 159.

3- أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص. 152.

4- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1997/9/30، ملف رقم 171684، م. ق، 2001، عدد خاص، ص. 169.

5- محمد سارة، المرجع السابق، ص. 390.

و وجه ذلك: أن الشفقة على المحضون المطلوبة لا تختلف في الحضنة باختلاف الدين، فلو كانت الحضنة كتابية و الولد المحضون مسلما فهي كالمسلمة في إستحقاق الحضنة¹.

لكن تمنع الأم الحضنة من تغذية الصغير بالمحرمات كالخمر و لحم الخنزير، و تبقى هذه الحضنة إلى أن يبدأ الطفل يعقل و يفهم معنى الدين، فعند ذلك تسحب الحضنة كي لا تلقن الصغير دينها، و كذلك تسحب الحضنة منها إذا كانت تحاول أن تلقنه دينه، ولو قبل أن يعقل الأديان².

أما في حضنة الرجال: يشترط إتحاد الدين، فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه، فأختلاف الدين يمنع إستحقاق الحضنة، لأن إختلاف الدين يمنع من التعصب.

المذهب الثاني: المالكية

ذهبوا إلى عدم إعتبار هذا الشرط، و أنه لا أثر له لإختلاف الدين في الحضنة، فتجوز الحضنة من الكتابية و غير الكتابية، حتى و لو كان الحاضن كافرا، أو مجوسيا أو غيره و كان المحضون مسلما، و سواء أكان الحاضن ذكرا أو أنثى، إلا إذا خيف على المحضون من فساد الحاضن، ففي هذه الحالة يضم إلى الجيران لمراقبته، و لا يترع منها³. كما إشتروا المالكية لكي تحضن المسيحية ابن المسلم، أن يكون المحضون في سن عدم التمييز أي من أصل 6 سنوات، و أن لا تربيته على دينها⁴.

المذهب الثالث: الشافعية و الحنابلة

هذا الشرط يجعلنا نقول أن الأحناف يشترطون إسلام الحاضن لإستحقاقه الحضنة، كما إشرطه أيضا الشافعية. بذلك فالحضنة لا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح و المال لأنه يخشى على دين المحضون من الحضنة لحرصها على تنشئته على دينها. ثم إن الحضنة منفية عن

1- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 33.

2- محمد سبارة، المرجع السابق، ص. 391.

3- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 7، ط. 1، دار الفكر، الجزائر، 1986، ص. 690.

4- نسرين شريقي، كمال بوفوروة، المرجع السابق، ص. 108.

الفاسق، فالكافر من باب أولى، لأن ضرره أكبر و أكثر فقد يعلم الحاضن المحضون الكفر، و الحضانة إنما تثبت لحماية الولد، فلا تكون على شكل قد يكون فيها هلاكه و هلاك دينه¹.

إذا كان فقهاء الأحناف قد إتفقوا على أن الفسق مانع من الحضانة إلا أنهم قد إختلفوا فيه فقيل أنه مطلق الفسق، فالفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها. و قيل المراد بالفسق هو الفسق الذي يضيع به الولد عندها. و قد قضي بأن المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة إذا كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها، و إلا فهي أحق به إلى أن يعقل فيترع منها كالكتابية. و عليه فإن إختلاف الدين يؤثر في إسقاط الحضانة، فلا تثبت الحضانة للحاضنة و لو كانت أما، بينما تثبت الحضانة للمسلم على الكافر.

إن القول بإشتراط الإسلام في حضانة الصبي المسلم فيه من الحرص على الصبي ما لا يخفى، لأن الحاضن يكون حريصا على تربية المحضون على دينه، فلا يؤمن عليه أن يفتنه، كما أن الله سبحانه و تعالى قطع الولاية بين المسلمين و الكافرين.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربي الطفل على دين أبيه، و لا فرق بين المسلمة و غير المسلمة في مسألة الحضانة.

الواضح من خلال تفحص أحكام و قرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بموقف الإمام مالك رضي الله عنه حيث ساوى بين الأم المسلمة و الغير مسلمة في إستحقاق الحضانة. كما أنه أسقطت الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينها².

د- أن لا يكون الحاضن مهملًا

لا حضانة لمن يهمل الطفل كمن ينشغل عنه بالخروج في كل وقت و يتركه ضائعا لأنه يكون غير أمين عليه . و الطفل في يده في حكم الأمانة و مضيع الأمانة لا يستأمن، فضلا على أن

1- أحمد نصر الجندي، الطلاق... المرجع السابق، ص. 600.

2- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1979/4/16، ملف رقم 19287، نشرة القضاء، 1981، رقم 2، ص. 108.

كثرة الخروج تفوت المقصود من الحضانة أو تجعل المحضون عرضة للضياع و الهلاك¹. و سواء كانت كثرة الخروج لمعصية أو طلبا لكسب و تحصيلاً للقوت مادام يترتب عليها ضياع المحضون و مقتضى التعليل بضياع المحضون أن الحضانة إذا كانت تخرج من المنزل لأداء عمل مشروع تحصيلاً للكسب لا تسلب منها الحضانة و ذلك كأن تتركه في مكان أمين و تقيم عليه من يؤتمن عليه حتى تعود.

3- الشروط الخاصة بالنساء

تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية، تستجيب مع واقع الحياة، و توافق تكوين المرأة و الحاجات الطبيعية للصغار. فالأصل أن تكون الحضانة للنساء لأنهن الأحنى قلباً، والأكثر شفقة و الأكثر صبراً على إحتمال الصغير و مطالبه و أم الصغير تقدم عن غيرها² عند توافر الشروط. و في ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة". فإذا لم توجد الأم أو وجدت و لم تكن أهلاً للحضانة إنتقلت إلى من يليها النساء في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

يشترط في المرأة الحضانة بالإضافة إلى الشروط العامة مايلي:

أ- شرط عدم التزوج بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم

و هو مذهب الأئمة الأربعة مع إختلاف في التفاصيل³.

إختلف الفقهاء في حكم تزوج الحضانة بأجنبي عن المحضون على آراء منها:

إتفق الأئمة الأربعة المالكية، الشافعية، الحنابلة و الحنفية على أن الحضانة تسقط بالتزوّج مطلقاً سواء أكان المحضون ذكراً أم أنثى⁴، و حجتهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: "يارسول الله إن إبنى هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثدي له سقاء و زعم أبوه أن

1- رمضان علي السيد الشرنجاوي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 591.

2- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال...، المرجع السابق، ص. 221.

3- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 10، دار الفكر، دمشق، 1989، ص. 7307.

4- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 602.

ينترعه مني". فقال صلى الله عليه و سلم : "أنت أحق به ما لم تنكحي"¹. فهذا الحديث جعل حق الحضانة للأم حتى تتزوج فيسقط عنها، هذا إن تزوجت بأجنبي عن الصغير.

أمّا إذا تزوجت الحضانة بذي رحم محرم من الصغير فلا تسقط حضانتها عند جمهور الفقهاء، لأن من تزوجته له الحق في الحضانة و شفقتة له تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالتة. و المحرمة المقصودة هي المحرمة من جهة الرحم. كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي و الأم إذا تزوجت بعم الصبي، لأنه لا يلحقه ضرر الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك و هو القرابة الباعثة على الشفقة².

لأن الزوج الأجنبي في الأعم الأغلب لا يعطف على الصغير، و يقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة، و هذا واقع معاش و إن وجدت حالات نادرة تخالفه، و التشريع يقوم على المعتاد لا على النادر³.

الهدف من شرط ألا تكون الزوجة متزوجة بغير ذي رحم محرم منه أن زوج الأم قد يكره صغير زوجته من غيره بمجرد الزواج و حتى و لو لم يدخل بها لأن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم جاء مطلقاً و لم يقيد بالدخول، و هذا وحده كاف لعدم إستحقاقها للحضانة، و إذا طلقت الحضانة فلا تعود إليها الحضانة إلا في الطلاق البائن دون الطلاق الرجعي⁴ لأن الزوجة تبقى قائمة في الطلاق الرجعي.

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أنه لا يشترط الدخول بالأجنبي، فسقوط حضانة المتزوجة بأجنبي عن الصغير يكون من حيث العقد، لأن التزوج إسم للعقد، فلا يتوقف السقوط عن الدخول.

1- أنظر، حسن بن عودة الحواشي، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب و السنة، ج. 5، بن حزم، بيروت، 2004، ص. 414.

2- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 40.

3- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال...، المرجع السابق، ص. 222.

4- ينقسم الطلاق بإعتبار إمكان المراجعة و عدم إمكانها إلى طلاق بائن و طلاق رجعي، فالطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه المطلق مراجعة مطلته و إعادتها إلى الزوجية ما دامت في العدة سواء رضيت أم كرهت، و أما الطلاق البائن فهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلته في العدة و هو نوعان: طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى.

الطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعدد و صداق جديدين، أما البائن بينونة كبرى فهو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الحياة الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج صحيحا، و يدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، و تنقضي عدتها منه. و ذلك بعد الطلاق الثلاث، حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزواج آخر. مقتبس عن، بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 315.

أما الملكية فقد إشتروا الدخول لسقوط الحضانة عن المتزوجة بأجنبي عن الصغير، لأن الدخول يشغلها بأمر زوجها¹، و يرون أن الحضانة تعود للحاضنة سواء أكان الطلاق رجعياً أو بائناً.

هذا و قد إستثنى الملكية عدم السقوط بالتزوج من أجنبي في حالات منها:

1- أن يعلم من له حق الحضانة بزواجها و دخولها و يسكت بلا عذر.

2- عدم قبول المحضون غير الحاضنة، أما أو غيرها، فلا تسقط بدون دخول الزوجة للضرورة².

أما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة أنه نص في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل، ما لم يضر مصلحة المحضون".

يفهم من هذه المادة أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بالأجنبي و بقريب غير محرم و قد كرس المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث جاء في القرار المؤرخ في 1986/5/05³ يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون، و لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف هذا المبدأ و إسناد حضانة البنت لجدتها لا لأمها المتزوجة بأجنبي عن المحضون.

جاء في قرار آخر مؤرخ في 1999/4/20 أن تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائياً من إعادة إسنادها لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك⁴.

جاء أيضاً في القرار المؤرخ في 2005/5/18 أنه: "يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم"⁵.

1- أنظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص. 161.

2- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 39.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/5/5، ملف رقم 40438، المجلة القضائية، 1986، عدد 2، ص. 75.

4- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/4/20، ملف رقم 220407، مجلة الإجتهد القضائي، بدون سنة نشر، عدد 01، ص. 181.

5- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/5/18، ملف رقم 331058، المجلة القضائية، 2005، عدد 02، ص. 383.

الملاحظ أن موقف المشرع الجزائري أخذ بموقف الجمهور حيث أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير ذي رحم للمحضون، و للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مراعاة مصلحة المحضون.

لذلك و خدمة لمصلحة المحضون دائما فإن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه عدة إستثناءات منها:

1- عدم وجود من يحضن الطفل غير الأم

فبدل من وضع المحضون في دار من ديار الحضانة فإن حاضنته تكون أولى به رغم زواجها، وكذلك الأمر إذا كان من يليها في الحضانة غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضنته

2- ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد من لهم الحق في الحضانة

يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى إنقضاء السنة كاملة و ذلك وفقا للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

3- أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون لأمه عن تراض

ب- الإستقامة في السلوك

يشترط في الأم الحاضنة أن تكون مستقيمة في سلوكها، فإذا كانت مستهترّة سقطت حضانتها، و في غير الأم يشترط العدالة، فإن كانت سيئة السلوك، بحيث يخشى على الولد منها، فلا حضانة لها لأن في صحبتها ضياع الولد¹.

1- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 40.

ت- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للطفل

يقصد بذلك أن تكون الحاضنة رحماً محرماً على المحضون كأمه، أخته و جدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، و لا بنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية¹. و لهن الحق في حضانة الإيثار و لا حق لبني الخال و العم و العمة في حضانة الإيثار و لكن لهم الحق في حضانة الذكور².

ث- ألا تقيم في بيت من يبغضه و لو كان قريباً له

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير يعرضه للأذى و الضياع³، فإذا تزوجت أم الصغير بأجنبي و سقط حقها في حضانتها، و حضنته جدته (أم أمه) فهذه الأخيرة لا حضانة لها إذا سكنت مع إبتها المتزوجة إلا إذا انفردت بسكن آخر، و هذا ما نصت عليه المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

هذه المادة جاءت تكريساً لمصلحة المحضون ليتربى تربية سوية بعيداً عن كل المشاكل التي تحيط بالطفل و تؤثر عليه سلباً في المستقبل.

ج- ألا تكون إمتنت عن حضانتها و الأب معسر

يسقط حق الأم في حضانة الصغير إذا أبت أن تحضنه مجاناً عند إعسار الأب، و وجود متبرعة بالحضانة و طلب الأب من الأم أن تحضن الصغير مجاناً، و لا يعول على طلب المتبرعة بجواز أن يرضى الأب ببقاء الصغير عند أمه و هو معسر⁴. فإذا كان الأب معسراً لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربيته مجاناً سقط حق الأولى في الحضانة.

1- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 360.

2- أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص. 408.

3- أحمد نجيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص. 459.

4- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 222.

ح- عدم الإستيطان بالمحزون في بلد أجنبي

المكان لا يقصد به المسكن فحسب بل يتسع ليشمل البلدة التي تسكنها الحاضنة، لأنها مقيدة الحركة فليس لها أن تنتقل بالمحزون من بلد إلى آخر حسب مشيئتها¹. فمسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا كون أن الحضانة يقابلها حق آخر وهو حق الزيارة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة².

مكان الحضانة هو مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة و كذا إذا كانت الأم مطلقة رجعيًا، أو بائنا و لا تزال في العدة³. لأن المعتدة مطالبة شرعا أن تقضي عدتها في المكان الذي طلقت فيه و لا يجوز أن تخرج أو تخرج منه.

إذا كانت الحاضنة أمًا لها أن تخرج إلى بلدها الذي يكون فيه أهلها، و قد عقد زواجها من أب الطفل، لأن رضاه بالعقد فيه دليل على أن يرضى لنفسه و لولده الإقامة فيه، لكن يشترط حسب الفقه المالكي أن تقل المسافة عن 6 برد⁴. لأنه بزواجه منها في بلدها يكون قد رضي ضمينا أن يكون بلدها محلاً لسكنائه، و تكون المرأة قد خرجت من بلدها لأجل النكاح، فلما إنتهى النكاح فلها أن تعود إلى بلدها و لها أن تأخذ ولدها معها، لأنه لما جرى النكاح في ذلك المكان، فقد إستحقت المقام بولدها فيه، و هي بذلك تستوفي لما تستحق⁵.

فإن لم يكن عقد النكاح في بلدها، و إنما كان في مكان آخر، فليس لها الخروج بالمحزون إلى بلدها. لأنه لم يكن به أصل النكاح، فلا يكون لها الرجوع بولدها إلى بلدها. و كذلك لا يجوز لها الرجوع بالمحزون إلى البلد الذي جرى بع عقد النكاح، لأنها في تلك البلدة غريبة أيضا. فذهابها إليها مع أنه ليس بلدها لا يقصد به دفع وحشية الغربة، و إنما يقصد به الإضرار بالزوج و قطع الولد عن أبيه.

1- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 226.

2- أنظر، نعيمة تبودوش، الطلاق و نواع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000، ص. 295.

3- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 66.

4- إن مسافة 6 برد التي حددها الفقه المالكي و التي قدرها البعض ب 133 كلم و البعض الآخر ب 120 كلم و آخرون ب 126 كلم تعد مسافة طويلة بالمقارنة مع وسائل النقل التي كانت مستعملة آنذاك. و لذلك، فقاعدة 6 برد إن صح تطبيقها في ذلك الزمان بسبب المشقة التي كان يعاني منها الأب أو الولي في سبيل زيارة المحزون، لم تعد صالحة في زماننا هذا و خاصة أن الانتقال من مدينة إلى أخرى داخل القطر أصبح سهلا. مقتبس عن، تشوار حميدو زكية، مصلحة...، المرجع السابق، ص. 610.

5- محمد سبارة، المرجع السابق، ص. 401.

كذلك ليس للمرأة الخروج بالمحزون من المدينة أو البلدة الكبيرة إلى القرية و لو كانت قريبة إلا إذا كان عقد الزواج قد جرى بها، و حجتهم في ذلك أن في أخلاق أهل القرى جفاء، ففي خروجها من المدينة أو البلدة الكبيرة إلى القرية فيه إضرار بالولد، لأنه يتخلق بأخلاق أهل القرى، و الحاضنة ممنوعة من الإضرار بالولد¹. أما إذا أرادت الانتقال بالمحزون إلى المدينة حيث العمران و فيها ما يفيد المحزون عند تنشئته من نمو في فكره، فلها ذلك لكن يشترط أن يكون قريبا من مكان إستقرار أبيه، و لا يصعب عليه التنقل لرؤيته، و يعود إلى بلده ليبيت فيه، لأنه ليس في هذا ضرر أو مشقة على الأب.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فليس لها الانتقال بالمحزون مطلقا، إلا بإذن من الأب². فممنوع التنقل في كل الأحوال حق للأب و الولي العاصب فإن أذن بذلك فلها أن تنتقل به، و ليس للأب أن يترع الولد و يسافر به من محل إقامة الحاضنة إذا كان هو المحل المعتبر. و لكن إذا سقط حق الأم في الحضانة و إنتقل إلى من يليها و هي في بلد آخر، فله أن يسافر به إلى بلده. و لكن يجب أن تتوافر في السفر راحة الصغير و مصلحته و صحته.

قال جمهور الشافعية و الحنبلية و المالكية، إذا كان سفر أحد الأبوين لحاجة ثم يعود، فالمقيم أولى بحضانة الصغير من المسافر، فإذا كان في السفر مخاطر على المحزون فلا يجوز لأي من الأبوين أو غيرهما السفر به³.

إذا كان السفر من أجل الانتقال و الإرتحال ففي حضانة الصغير وجهان:

الوجه الأول: أن يكون البلد الذي ينتقل إليه الحاضن فيه خطر على المحزون، فالمقيم في هذه الحالة أولى بالمحزون، و لا يسمح للحاضن بالسفر به.

الوجه الثاني: أن يكون البلد الذي ينتقل إليه الحاضن آمنا، أو تكون المسافة بين البلدين قريبة، بحيث يراه أبوه كل يوم و يرى هو أباه لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب أولاده.

1- محمد سارة، المرجع السابق، ص. 402.

2- المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 516.

3- محمد سارة، المرجع السابق، ص. 516.

و إذا إنتقل الأب و الأم إلى بلد واحد فإن الحضانة تبقى على حالها، و غير الأم من النساء تقوم مقامها، و غير الأب من العصابات يقوم مقامه.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد عالج مسألة إنتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

بذلك فإن ورود النص الجزائري بهذه الصياغة يتماشى مع الفلسفة العامة التي إنتهجها المشرع في مادة الحضانة، ومع الحكمة التي من أجلها وضع مبدأ المصلحة. فمصلحة المحضون تقضي بتعليق إنتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن من القاضي، و من ثم بعدم تخويل الأب أو الولي حق التمتع بممنح هذه الرخصة.

بذلك من اللازم أن يمنح القاضي هذه السلطة لصيانة حقوق الطفل و المحافظة على مصلحته فنبوت الحق في الحضانة متروك أمر تقديره للقاضي. و قد جاء في قرار للمحكمة العليا أن: "المبدأ: تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر. لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الإستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية و نصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة حتى و لو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار فإن معناها يستنتج من الأسباب وذلك كون رعاية الأبناء و تربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب و الحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة و أن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي مما يفقد حق الأب في الزيارة و المراقبة و هذا يؤدي إلى حرمانه من العطف و الحنان على الأبناء المحضون هذه أسس سليمة و أسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه و الأوجه غير مؤسسة الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"¹.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري وضع على قدم المساواة في الحكم جميع الحاضنين على إختلاف مراتبهم من المحضون حسب ما إتضح من دلالة النص، و بهذا فإن السفر بالمحضون

1- انظر، المحكمة العليا، ج.أ.ش.، 2001/12/26، ملف رقم 273526، المجلة القضائية، عدد 1، 2004، ص. 264.

سواء صدر من الأم الحاضنة أو من الأب الحاضن فهما معا يخضعان لنفس الحكم الوارد في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري¹.

4- الشروط الخاصة بالرجال

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

1 - أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كان أنثى، و لقد حدّد الحنابلة و الحنفية سنّها بسبع سنين تفادياً أو حذراً من الخلوة بها لإنتهاء المحرمية، و إن لم تبلغ الطفلة حدّ الفتنة أو الشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة من الشهوة فلا يكون لإبن العم حضانة إبنة عمه المشتهاة، و أجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير إبن العم، و إبقائها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأموناً عليها و لا يخشى عليه الفتنة منها².

2- أن يكون عند الحاضن من أب و غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة، إذ لا قدرة و لا صبر للرجال على أحوال الأطفال كالنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن الصغير من النساء فلا حق له في الحضانة، و هذا شرط عند المالكية³.

3- إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون، لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث و لا توارث بين المسلم و غير المسلم، فليس له حق الحضانة بل حضانتها إلى ذوي رحمه المحارم من أهل دينه، وإذا كان الولد مسلماً و ذو رحمه غير مسلم، فلا تكون حضانتها إليه لأنه لا توارث بينهما، إذ قد بني حق الحضانة في الرجال على الميراث.

إذا ما توافرت كل هذه الشروط في مستحق الحضانة فإن الحضانة تسند إليه و لكن مع مراعاة مصلحة المحضون دائماً، و كذا مع مراعاة الترتيب القانوني لمستحقيها.

ب- تحديد الأشخاص المخولين لتولي الحضانة

1- أنظر، الفخوري إدريس، السفر بالمحضون أية حاية؟ دراسة في ظل قوانين الأسرة...، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، 2011، عدد 12، ص. 199.

2- بن عصمان نسرین إيناس، المرجع السابق، ص. 52.

3- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 360.

سنتناول في هذا الصدد الأشخاص الذين حولهم كل من الإسلام و القانون حق تولى الحضانة.

1- ترتيب الحاضنين في الفقه الإسلامي

كما سبق ذكره، فإن حق الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الإسلام للطفل، و هي كما عرفها جمهور الفقهاء: "القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، و تعهده بما يصلح له ووقايته مما يؤديه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا لكي يقوى على النهوض بتبعات الحياة".

الأصل أن كل طفل ينعم بحضانة والديه و في ظل الجوا الأسري و الدفء العائلي الذي يغمره من أبيه و أمه على حد سواء، و تلك هي الحضانة الحقيقية السوية و التامة.

إذا تعرضت الحياة الزوجية للإهتزاز و وقع الطلاق، فإن حق الطفل في الحضانة و الرعاية يستمر، و لايسقط لشدة حاجته إلى الخدمة و الرعاية، فيتولى أمره من هو أولى بها و الأجدر و الأقدر على رعاية الطفل و القيام بشؤونه و مصالحه¹. لأنه يكون عاجزا في حياته الأولى عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره و ينفعه.

إذا كان الشارع الحكيم قد فوض و قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير لأتقرب الناس إليه فإنه وزّع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له. ففوض الولاية على المال و العقود إلى الرجال، و فوض التربية إلى النساء. و في هذا يقول ابن القيم في زاد المعاد أن الولاية على الطفل نوعان:

نوع يقدم فيه الأب عن الأم من جهتها و هي الولاية على المال و النكاح، و نوع تقدم فيه الأم على الأب و هي ولاية الحضانة و الرضاع.

إن تقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة الإسلامية و مرحلة الحضانة هذه قد حافظ فيها الإسلام على مصلحة الولد، فلذلك وجبت حفاظا له من الهلاك².

1- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 204.

2- أنظر، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، ب. ط، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005، ص. 140.

عهدت الشريعة الإسلامية بمسؤولية الحضانة إلى الوالدين أولاً إلا أنه قد يقع و يختصم الزوجان في الولد بعد الفرقة، فإن إفتراقاً فتكون الحضانة للأم بالإتفاق¹. و إتباعاً لذلك رتبوا الحضانات من النساء، و جعلوا بعضهن مقدم على بعض حسب القرابة، و من ثم الرجال حسب ترتيبهم في الإرث². فإن لم يوجد حاضن آخر للطفل تم إجبار الأم على الحضانة رعاية لمصلحة المحضون أو إجبار من يليها درجة³.

المرتبة الأولى: مرتبة النساء المحارم

تشمل هذه المرتبة كل من الأم، و أم الأم و إن علت، و أم الأب و إن علت، و الأخت الشقيقة، و الأخت لأم، و الأخت لأب، و بنت الأخت الشقيقة، و بنت الأخت لأم، و الخالة الشقيقة، و الخالة لأب، و بنت الأخت لأب، و بنت الأخ الشقيق، و بنت الأخ لأم، و بنت الأخ لأب، و العمة الشقيقة، و العمة لأب، و خالة الأب الشقيقة، و خالة الأب لأم، و خالة الأب لأب، و عمة الأم الشقيقة، فلأم، فلأب، و عمة الأب الشقيقة، فلأم فلأب⁴. وإذا إجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة و بعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت⁵.

المرتبة الثانية: مرتبة العصابة من الرجال

لقد حددت المادة 150 من قانون الأسرة الجزائري مفهوم العاصب بالقول بأن: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، و إن إستغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

هم على ترتيب الميراث: الأب، ثم أب الأب و إن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب.

1- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 13.

2- أنظر، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، ط. 4، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1997، ص. 225.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 230.

4- أنظر، محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. 3، ب. د. ن، مصر، 1966، ص. 406.

5- أنظر، محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة و النشر، لبنان، د. س. ن، ص. 406.

المرتبة الثالثة: مرتبة الرجال المحارم غير العصبية

إذا لم يوجد نساء محارم و لا عصابات من الرجال، فتكون الحضانة لذوي الأرحام الذكور المحارم، فتكون الأحقية: للجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب ثم الخال لأم. و في ذلك نجد أقوال الفقهاء في أحقية الحضانة.

أ- الأحق بالحضانة عند الحنفية

تكون الحضانة للأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم بنات الأخوات الشقيقات ثم لأم، ثم الخالات، ثم بنات الأخ لأب، بنات الإخوة، العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمه الأم، عمه الأب، و عندما يجتمع صف من درجة واحدة كالأخوات مثلاً، تقدم من كانت شقيقة، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب¹ و هكذا بالنسبة للأصناف الأخرى².

ب- الأحق بالحضانة عند المالكية

يرى المالكية أن الأحق بالحضانة هم: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب و إن علت، ثم الأخت، ثم العمه، ثم ابنة الأخ، ثم الموصي، ثم الأفضل من العصبية.

ت- الأحق بالحضانة عند الشافعية

يرى الشافعية أن الأحق بالحضانة هم: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ، ثم بنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصابات على ترتيب الإرث.

1- أظفر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج. 2، المطبعة الجديدة، دمشق، ب. س. ن. ص. 218.
2- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص. 267.

ث- الأحق بالحضانة عند الحنابلة

يرى الحنابلة أن الأحق بالحضانة هم: الأم ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمّة، ثم بنت الأخ، ثم بنت عم الأب، ثم باقي العصابة الأقربون فالأقرب.

من هنا من الملاحظ إتفاق الحنفية و الشافعية في الترتيب بينما نلاحظ تقديم الخالة عند المالكية و تأخيرها عند الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة عن الأخوات، لأنهن أقرب و أنهن أولاد الأبوين، لذا قدمت في الميراث، و قدم المالكية خالة الأم على خالة الأب، لأن الشأن أن من كان جهة الأم كان أشفق.

هذا و إن كانت المحضونة أنثى، فيعتبر أن تكون العصابة من محارمها و لو برضاع أو مصاهرة. فإن لم يوجد أحد مما تقدم من مستحقي الحضانة، فإن الحضانة تنتقل إلى الحاكم لعموم ولايته، لأن له الولاية على من لا أب له و لا وصي، فيسلمه الحاكم إلى من يحضنه من المسلمين ممن فيه أهلية وشفقة¹.

2- مستحقي الحضانة في القانون الجزائري

لقد سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة، كما جاء في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري لكن ترتيب الحاضنين إختلف ما قبل تعديل فبراير 2005 و بعد التعديل.

1 - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 21.

أ - ترتيب الحاضنين قبل تعديل قانون الأسرة (فبراير 2005)

1- الأم و من يليها من قريباتها

أ- الأم

نص المشرع الجزائري في المادة 64 قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل¹ على أن الأم أولى بحضانة ولدها، و يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للأم لكونها أقدر و أصبر على الأب على تربية الطفل و العناية به².

جاء في قرارات للمحكمة العليا بأنه من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، و لو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى الزواج³.

الأم الكافرة أحق بالصغيرين بين مدة الرضاع، فإن بلغا من السن و الإستغناء و مبلغ الفهم فلا حضانة لكافرة و فاسقة⁴.

نستنتج أن الأم مقدمة على غيرها في حضانة الصغير، لأنها أكثر شفقة و حنانا من غيرها و خاصة في المرحلة الأولى من حياته فهو بحاجة إلى من يعتني به و يراعه لكون عاجزا عن ذلك⁵.

ب- أم الأم (الجددة لأم)

نصت المادة 64 قانون أسرة قبل التعديل على أن الجددة في المرتبة الثانية في حال إسقاط الحضانة على أم المحضون لأي سبب كان سواء تعلق بالوفاة أو الزواج أو لأي سبب آخر، فالقاضي يحكم بإسناد الحضانة لأم الأم إذا طلبتها و تنازلت عنها الأم أو سقط حقها في ذلك لمبرر شرعي.

1- نصت المادة 64 من ق. أ. ج قبل التعديل على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الحالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

2- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الخطبة، الزواج، الميراث و الوصية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 380.

3- أنظر، المحكمة العليا، ع. أ. ش، قرار بتاريخ 13/3/1989، ملف رقم 5221، المجلة القضائية، 1989، عدد 1، ص. 48.

4- أنظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج. 10، ب. ط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص. 28.

5- أنظر، عبد السلام البوي، حقوق الطفل و رعايته، ط. 1، البار الجماهيرية، ليبيا، 1992، ص. 61.

إن حضانة الأم لمحتونها تنقيد بشروط، فنفس الشروط لابد أن تتوفر في أم الأم، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، و كذا إنتقال حضانة الولد لأم الأم مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية.

ت- الخالة

إن شفقة الخالة على المحضون من شفقة أمه، و هذا ما إتفق عليه في الأثر حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في ابنة حمزة لخالتها، و قال: " الخالة أم". و قد كان ذلك عندما إختصم علي و جعفر و زيد ابن حارثة رضي الله عنهم في أيهم يحضن ابنة حمزة رضي الله عنه، فسلمها رسول الله لخالتها و هي زوجة جعفر.

خالة المحضون بعموم اللفظ سواء أكانت شقيقة لأم أو أختا من الأب أو أختا من الأم، و جاء ترتيب الخالة عموما في المرتبة الثالثة بعد الأم و أم الأم، و هذا ما إتفق عليه الفقهاء أيضا و كرسه إجتهد المحكمة العليا في العديد من قراراته¹.

حيث جاء في قرار صادر بتاريخ 1998/3/17: "لقد خالف قضاة الموضوع القانون عندما أسندوا الحضانة للأخت لأب رغم وجود الخالة المطالبة بها لا سيما أنهم لم يستعينوا بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد و رعايتهم"².

لهذا فإنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 بالنسبة للحاضنين إلا إذا ثبت بالدليل من هم أجدر بالقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون، فالخالة تأتي في مرتبة أسبق من الأب و أن مركز الأب لا يجعله أقدر على الرعاية و الإنفاق من الخالة، مع العلم أن الإنفاق على الأب.

1- أنظر، عبد الفتاح تقي، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، ب. ط، دار ثالة، الجزائر، 1999، ص. 268.
2- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1998/3/17، ملف رقم 179471، الإجتهد القضائي، 1998، عدد خاص، ص. 172.

2- الأب و من يليه من قريباته

إذا لم يكن للمحضون أحد من جهة الأم، لإنتفاء الشروط فيهم أو وفاقم إنتقلت الحضانة إلى جهة الأب، و قد حددت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري هؤلاء الأشخاص حصريا.

أ- الأب

العبرة في الحضانة أن جانب الأنثى أغلب على جانب الذكور، ذلك أن الأنثى تمتاز برعاية الصغير و حمايته، فالمشرع الجزائري غلب جانب الأنثى من الأم الحاضنة، حيث تؤول الحضانة إلى الأم و بعدها لأم الأم، ثم الخالة، فإذا إنعدمت شروط الحضانة فيهن إنتقلت إلى الأب.

ب- أم الأب

إذا لم توجد الأم أو الخالة أو وجد السبب المسقط لحق الحضانة إنتقلت الحضانة إلى الأب و من بعده إلى أمه.

3 - الأقربون درجة: نلاحظ أن المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة و ذلك بقولها: "... ثم الأقربون درجة..." دون ذكرهم أو تحديدهم، و في مثل هذه الحالة يتعين اللجوء إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة غموض أو غياب نص ما في أمر محدد. و هذا الأمر موكل إلى القاضي، و هو موضوع واسع الإجتهد، حتى أنه يمكن القول أن القاضي هو الذي يخول له مهمة وضع المحضون عند من يثق به سواء أكان رجلا أو امرأة¹.

ب- ترتيب الحاضنين بعد تعديل قانون الأسرة (فبراير 2005)

أحدث المشرع الجزائري تغيير في المادة 64. بمناسبة التعديل الوارد بموجب الأمر رقم 05-02 إذ نصت على مايلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم

1- عثمان التكروري، شرح... المرجع السابق، ص. 268.

العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

الجديد الذي حملته هذا التعديل بإيجاز هو أنه جعل الأب مباشرة بعد الأم، ثم درجة الجدة لأب قبل الخالة، مع إستحداث حضانة العمة. لكنه جاء مخالفا لما أدلى به فقهاء الشريعة الإسلامية، لأنه حاول أن يساوي بين جهة الأم و الأب و إن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب لأن الأم أجدر لتحمل هذه المهمة.

لكن ما نلاحظه هو أن المشرع أضاف في المادة المذكورة أعلاه عبارة: "... مع مراعاة مصلحة المحضون..." فهذا دليل على أن الترتيب الوارد حصرا في المادة 64 ليس من النظام العام، و يمكن مخالفته إذا ثبت بالدليل أن الأسبق في ممارسة الحضانة ليس أهلا للقيام بها.

على هذا الأساس جعل المشرع ترتيب مستحقي الحضانة موجهها للقاضي فمتى رأى مصلحة المحضون قضى بذلك إستجابة لنص المادة 64 من قانون الأسرة و له الخروج على هذا الترتيب. حيث جاء في إجتهد المحكمة العليا بهذا الخصوص أن: "مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس المادة 64 قانون أسرة"¹.

الفرع الثاني: مدة الحضانة مع مراعاة قاعدة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة و الآثار

المرتبة عنها

أولا: مدة الحضانة مع مراعاة قاعدة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

أ- مدة الحضانة

إن الحضانة واجبة لكل من الصغير و الصغيرة للقيام بحاجيات نفسه من أكل و لباس و غيرها مما يحتاج إليه الصغير، فما موقف القانون من مدة الحضانة؟

1- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار بتاريخ 2009/5/13، ملف رقم 497457، المجلة القضائية، 2009، عدد 1، ص. 297.

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أنه من البديهي أن تكون للحضانة مدة معينة، كذلك من الطبيعي أن تختلف مدة حضانة الأنتى عن مدة حضانة الذكر لتباين التكوين النفسي و الجسدي لكل واحد منهما¹.

المقصود بمدة الحضانة الزمنية ما بين بدايتها و نهايتها، و هي تبدأ منذ ولادة الطفل حياً²، و لاخلاف أن المحضون ذكر أو أنثى يبقى في يد حاضنه إلى سن التمييز، و هي السن التي يستطيع فيها أن يأكل و يشرب و يقضي حاجته بنفسه مستغنيا عن الحضانة. و الإستغناء بهذه الصورة يكون ما بين سن السابعة و سن التاسعة، و لكن قد يتأخر أو يتقدم، فالحكم مداره على التمييز و الإستغناء عن الحاضنة لا عن السن³.

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، و الأنتى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعي في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون".

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة فتنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنتى سن الزواج أي بتمام سن 19 سنة وفقاً للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري⁴ و بالنسبة للذكر فإن الأم وحدها لها الحق في تمديد الحضانة، و لكن بعد سن 10 سنوات هل تبقى الأم حاضنة أم تصبح والية؟

بالرجوع لنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري⁵ نجد أنها تنص على الولاية في حالة الغياب والوفاة، و في حالة الطلاق تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة، و عليه فإن أسند القاضي

1- أظن، فضل سعد الله، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996، ص. 377، رمضان علي السيد الشرنجاوي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و فرقة الأولاد في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 600.

2- المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 512.

3- محمد سبارة، المرجع السابق، ص. 395.

4- نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكفل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بنام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات".

5- نص المادة 87 من قانون الأسرة على أنه: " يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحمل الأم محله قانوناً. و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحمل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

الحضانة للأم فإنه تصبح ودية و حاضنة في نفس الوقت فتجتمع الصفتان سواء قبل سن 10 سنوات أو بعده¹. ذلك أنه من المقرر قانوناً أنه لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي.

ب- مراعاة قاعدة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

تسعى كل التشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطفل و التكفل به، لأجل ذلك قامت بوضع بعض المنافذ التي من خلالها يستطيع القاضي حماية الطفل و رعاية مصالحه، و أهم منفذ وضعته التشريعات هي قاعدة مصلحة المحضون، و قد لقيت هذه القاعدة إهتمام كبير من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوءها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية.

لذلك علينا أن نحاول تحديد معنى هذه القاعدة و ما إعتمده المشرع الجزائري في هذه القاعدة وإلى أي حد يقوم القاضي بتقدير هذه المصلحة.

1- تعريف مصلحة المحضون

إذا كانت قاعدة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة في القوانين العربية الحديثة فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قاعدة قديمة، و كان ساري بها العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم.

المشرع الجزائري يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون دون أن يضع لها تعريف عام، و يمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة.

إن المصلحة يكون مفهومها بحسب الظروف الإجتماعية و الثقافية التي تؤثر في تحديدها، و لا يمكن حصرها في تعريف دقيق و موحد لذلك يستوجب الأمر تعريفها لغة، إصطلاحاً، و قانوناً.

1- نسرين شريقي، كمال بوفوروة، المرجع السابق، ص. 108.

أ- تعريف المصلحة لغة

يراد منها الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، وهذا الإطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب، كما تطلق على الأعمال التي لها مصالح و الباعثة على النفع. مثل طلب العلم و الجد فيه فإنه مصلحة في كونه سبب للمنفعة المعنوية التي تحصل للمتعلم. و المصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، إذ المصلحة ضد الفساد و المصلحة واحدة، و إستصلح نقيض إستفسد¹.

ب- تعريف المصلحة اصطلاحاً

يتفق الفقهاء على أن مصلحة الإنسان هي محور أحكام الشريعة الإسلامية و أساسها، و من بين تعاريف المصلحة، عرفها الغزالي بأنها: "عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة و لسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة و دفع المضرة مقاصد الخلق، و صلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم. لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، و مقصود الشرع من الخلق خمسة: و هو أن يحفظ عليهم دينهم، و نفسهم، و عقولهم، و نسلهم، و مالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، و كل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، و دفعه مصلحة"².

عرفها الخوارزمي بأنها: "المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفساد عن الخلق"³.

كما حللها الأستاذ مجيد حميد العنبيكي إلى ثلاث عناصر و هي المنفعة و الهدف و حالة الموافقة بينهما، فالمصلحة عنده تتوافد عند موافقة المنفعة للهدف⁴.

ج- تعريف المصلحة قانوناً

لم يعط تشريع الأسرة تعريفاً للمصلحة، و إنما وظف تارة لفظ المصلحة و تارة أخرى شمل فكرتها دون ذكر المصطلح.

1- تشوارزكية حميدو، المرجع السابق، ص. 67.

2- أنظر، أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج. 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324هـ، ص. 286-297.

3- تشوارزكية حميدو، المرجع السابق، ص. 82، محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة و النشر، سوريا، 1987، ص. 27.

4- أنظر، مجيد حميد العنبيكي، أثر المصلحة في تشريع الأحكام بين النظامين الإسلامي و الإنجليزي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1971، ص. 20.

نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على مصطلح المصلحة في كثير من مواد قانون الأسرة أغلبها ما تعلق بالحضانة أو النيابة الشرعية لإرتباطهما بالقصر، مثال ذلك المواد: 7، 64، 65، 66، 67، 69، 84، 89، 90، 96 من قانون الأسرة الجزائري.

حسب نص المادة 64 فإن المشرع رتب مستحقي الحضانة و جعل الأم هي الأولى بالحضانة، لكن في الأخير ربط الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون¹.

2- مميزات قاعدة مصلحة المحضون

إن قاعدة مصلحة المحضون قاعدة ذاتية فهي تتعلق بكل طفل على حدى، فالقاضي ينظر إلى الظروف الخاصة بكل طفل من حيث السن و الحاجيات و المحيط الذي يترعرع فيه. فمصلحة أطفال البدو تختلف عن مصلحة أطفال المناطق الشمالية.

كما يجب أن ننظر إلى هذه القاعدة من حيث الزمان، فتطور الحياة أدى إلى تطور متطلباتها وإلى تعقيدها أيضا، فإذا كان القرن الماضي لا يعرف اللقاحات فإن هذا القرن إستوجب أنواعا متعددة و متتالية من اللقاحات و التقصير فيها يعرض الطفل للخطر مما يعد أكبر مساس لمصلحته.

كذلك تختلف مصلحة الطفل الحديث الولادة عن مصلحة الطفل الذي يبلغ الخامسة أو السادسة من عمره.

3- عناصر قاعدة مصلحة المحضون

إن هذه القاعدة تقوم على عنصرين أساسيين حتى تتحقق مصلحة المحضون، فعلى من أسندت إليه الحضانة أن يقوم بتوفير العناية و الرعاية اللازمة لحفظ الصغير المحضون سواء معنويا أو ماديا.

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط. 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 133.

أ- الرعاية المعنوية للمحضون

نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

أول معيار يلجأ إليه القاضي هو العنصر الجوهري الذي يشكل معيارا جوهريا للمصلحة ولا شك أن الفقه برمته لا يعارض هذا المعيار.

نظرا لأهمية العنصر المعنوي في حياة المحضون خاصة بعد الآثار السلبية المترتبة عن إنحلال الرابطة الزوجية، فإن القاضي يسعى إلى توفير كل الإمكانيات للمحضون حتى يتمكن من النمو الطبيعي على المستوى الجسدي، الذهني، العاطفي، الروحي و الاجتماعي¹.

لذلك لا بد أن يكون الحاضن هو نفسه مستقرا و قادرا على رعاية المحضون و أهلا للحفاظ عليه. فقد أثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمدادا للمحضون بالحب و العطف و هي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة، فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته طيلة سنوات عمره².

هذا ما جسّد في القرارات القضائية بإعتبار العنصر المعنوي كمعيار توجيهي لتحقيق مصلحة المحضون سواء لإسناد الحضانة أو إسقاطها مراعيًا في ذلك حاجيات الطفل العاطفية، لكي ينشأ شخصية متكاملة برعاية حاضنه. حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/6/4 "أنه من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع بها مانع كما لها من الصبر و الوقت والحنان و العطف و الراحة مالا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل و أن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد الحضانة لأمه العناصر المشار إليها يكونوا بذلك أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"³.

¹ - Diane Drory, L'enfant et la séparation parentale, Y apaka, Bruxelles, 2002, P. 12.

² - أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 303.

³ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار بتاريخ 2006/6/4، ملف رقم 368395، قلا عن طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص. 582.

مصلحة المحضون تقتضي العمل على إستقراره و توفير الأمن له و رعايته، مما يؤدي إلى التكامل النفسي و الإجتماعي في حياته، فهي أساس لمراحل حياته القادمة¹.

ب- الرعاية المادية للمحضون

إذا كان الفقهاء يغلبون المصلحة المعنوية على المادية، فإن ذلك لا يعني أنهم ينكرون أهمية الجانب المادي لأن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح، و لأن العناية بكل طفل تتطلب حتما تغطية حاجات ضرورية و هي تكاليف لا بد منها. فالأب مكلف بتأمين نفقة الطفل من مأكّل، ملابس، مصاريف علاج و مصاريف دراسة².

نظرا لدور النفقة في ضمان راحة المحضون فقد ألزم المشرع الأب بالإفناق أثناء قيام الرابطة الزوجية و يستمر إلى ما بعد الطلاق، فلا بد أن يكون الأب قادرا على الإفناق من ماله. كما يجب أن يكون الإبن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب. فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بذلك واجبة على الزوج.

على القاضي أن يحكم بالنفقة للمحضون إذا لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب. كذلك يعتبر السكن أهم عنصر من عناصر النفقة نظرا لإرتباط بقية العناصر به وجودا و عدما، فالإفناق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للإطعام فقط، بل إن إسكان الطفل يبعده من التشرّد و الضياع.

4- سلطة القاضي في تقرير مصلحة المحضون

جعل المشرع مسؤولية مراعاة مصلحة المحضون من خلال إسناد الحضانة أو إسقاطها عند إنحلال الرابطة الزوجية على عاتق قاضي شؤون الأسرة نظرا لأهميتها، حيث أعطى للقاضي سلطة تقدير هذه المصلحة.

1- أنظر، عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عان، 2009، ص. 58.

2- عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص. 79.

لا يجب أن يكون تقدير هذه المصلحة إستنادا إلى آراءه الخاصة و إنما إلى عناصر موضوعية ومادية ملموسة لها علاقة بحياة الطفل، و لهذا على القاضي التعاطي الموضوعي مع مسألة الحضانة باعتبار أن أهمية آثارها يكمن في تحديد مستقبل الطفل و ظروف نشأته¹.

نكون أمام سلطة تقديرية إذا ترك القانون الذي يمنح السلطة التقديرية الحرية للقاضي في أن يتدخل أو أن يمتنع، و يترك له الحرية كذلك بالنسبة لكيفية و فحوى القرار المتخذ، و الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للقاضي هي فكرة مصلحة المحضون و عناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع وقت التدخل و كيفية مواجهة كل حالة على حدى من قبل القاضي.

إن المشرع لا يستطيع أن يتنبأ عن إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع و أحداث مستقبلا، و لا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثار عند تطبيق القانون، و لذلك كان لا بد من إعطاء القاضي سلطة تقديرية، يستطيع من خلالها أن يواجه الحالات التي تنشأ و التي لا يكون المشرع قد تنبأ بها و أن يضع الحلول المناسبة لها.

أ- حرية تصرف القاضي عند ممارسة السلطة

لقد جعل المشرع قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى و فوق كل الإعتبار، و مهما كانت العواقب، و أعطى مراعاة هذه المصلحة للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح و أنفع للمحضون.

ب- دور و مهام القاضي في دعوى الحضانة

لقد سائر المشرع الجزائري أغلب التشريعات الحديثة في توسيع سلطة و دور القاضي خاصة في مسائل الحضانة، فالمشرع جاء في المادة 62 و ما بعدها بنصوص عامة و مجردة، إلا أن مكوناتها من تعليم الطفل و تربيته إلى غير ذلك من عناصر كلها نسبية لا تختلف باختلاف المجتمعات فحسب بل تختلف حتى داخل المجتمع الواحد.

1- عماري سناء، المرجع السابق، ص. 197.

كل هذا يتطلب من القاضي مواجهة كل قضية على حدى و تفسير تلك النصوص بتغليب مصلحة المحضون، خاصة و أن أهم ما يميز التفسير القضائي هو طابعه التطبيقي لأنه يتأثر بما يعرض على القاضي من وقائع في الدعوى، فيعمل القاضي كل جهده بأن تتلائم أحكامه مع الظروف الواقعية المطروحة أمامه فيتقدم بإجتهاد قريب للحقيقة و الواقع¹.

لقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال الحضانة مكتفيا فقط بإحالتة إلى الرجوع إلى مصلحة المحضون، سواء عند إسناد الحضانة أو عند القضاء بتمديدتها، أو في حالة إسقاطها.

لكن هل يمكن أن تصبح سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون سببا لتعسفه مما يؤدي إلى وجود تعارض و تناقض بين الأحكام و القرارات القضائية؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تتجلى في كون هناك معطيات موضوعية على القاضي الأخذ بها، فلا يكفي أن تملي مصلحة المحضون بأن تسند الحضانة لشخص معين، و إنما يجب أن تتوافر في هذا الشخص جملة من الشروط القانونية إذا ما إنعدمت أسقطت الحضانة عنه. إضافة إلى أن المشرع إستثنى الأحكام القضائية المتعلقة بالحضانة بأن جعلها قابلة للإستئناف، إذ نص في المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف".

ثانيا: الآثار المترتبة عن الحضانة

تترتب عن الحضانة عدة آثار:

1- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص. 72.

أ- حق المحضون في النفقة

1- مفهوم النفقة

النفقة مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك، يقال: نفقت الدابة تنفق نفوقاً أي ماتت و نفقة الدراهم أي نفذت و نفقة السلعة أي راحت¹.

النفقة من الإنفاق و هو الإخراج و لا يستعمل إلا في الخير، و جمعها نفقات، و هي ما ينفقه الإنسان على عياله، و هي في الأصل تكون من الأموال².

كما أن النفقة ما يبذله الإنسان من دراهم فيما يحتاجه هو أو غيره³. و تعرف النفقة على أنها تشمل كل من الطعام و السترة و الغطاء⁴.

إن القانون لما عرف النفقة لم يحدد طبيعتها و إنما جاء ببعض مشتملاتها و ألحق بها ما يعتبر من الضروريات حسب العرف و العادة الجارية بين الناس⁵، حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

إن المشرع لما أضاف عبارة "... و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة" فعل الصواب لكي لا يحصر النفقة فيما سبق بل ترك إمكانية أن تشمل النفقة كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.

إذا كانت النفقة تشمل كل من الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن و الأجرة و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة، فإنه يتبين لنا أنه يجب على القاضي الذي سيحكم بهذه النفقة للولد أن يضع أمام عينيه كل هذه العناصر مجتمعة و لا ينسى أن يدخلها كلها في إعتباره عندما

1- أنظر، محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج و الطلاق، ب. ط، دار الفكر، الأردن، 2008، ص. 108.

2- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 7، ط. 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص. 65.

3- أنظر، بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة الشباب الجامعية للطباعة و النشر، مصر، 1987، ص. 93.

4- رمضان علي السيد الشرنجاوي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص. 613.

5- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 162-163.

يقدر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة¹. و هذه النفقة إستمد المشرع الجزائري وجوبها من مال أبيه إذا لم يكن له مال، ذلك أن الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب.

2- شروط وجوب النفقة

يشترط لوجوب النفقة ما يلي:

أ- أن يكون الإبن فقيرا لا مال له²، و يترتب على ذلك بأنه إذا كان الإبن موسرا لا تجب له النفقة لعدم حاجته إليها سواء كان الإبن صغيرا أو كبيرا قادرا أو عاجزا عن الكسب.

ب- أن يكون الإبن عاجزا عن الكسب، أي أنه لا يمكنه إكتساب معيشته، و العاجز عن الكسب قد يكون صغيرا، لم يبلغ بعد الكسب و قد يكون كبيرا يحول بينه و بين العمل، و قد يكون طالب علم³، و قد تكون أنثى لأن مجرد الأنوثة يعتبر سببا من أسباب العجز عن الكسب⁴ موجب للنفقة على الأب إلا إذا كان لها زوج.

ج- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق، فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب⁵. و هذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول. و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و يسقط بالإستغناء عنها بالكسب".

أكدت المحكمة العليا على وجوب إنفاق الأب على إبنه المحضون، شرط أن يكون من علاقة شرعية، و هذا ما جاء في قرارها الصادر في 1987/2/7 بأنه: "من المقرر قانونا و شرعا أن نفقة

1- عماري سناء، المرجع السابق، ص. 34.

2- أظفر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 320، محمد إبراهيم محمد صباح، الإمتناع الإرادي عن الواجبات المالية وأثره في الفقه الإسلامي، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص. 446.

3- إذا كان الوالد مشغولا بالتعليم، و كان طلب العلم يشغله عن الكسب وجبت نفقته على أبيه و لو كان قادرا على الكسب و العمل، فلو ألزم طلبة العلم بالكسب لتعطل سير نهضة الأمة و فوات عليها كثيرا من المصالح، مقتبس عن عثمان التكروري، المرجع السابق، ص. 289.

4- زكريا البري، المرجع السابق، ص. 319.

5- أظفر، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء، ب. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص. 53، إيمان معمر، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضنة، مذكرة ليل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015، ص. 77.

الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

ذلك أن الولد ينسب إلى أبيه، و لا يشارك الأب أحد في نسب ولده إليه، و النسب كما يقال غنم و من له غنم، عليه الغرم، أي عليه توابع الإنفاق على الإبن إحياء للنسب².

كما قضت المحكمة في إحدى قراراتها أنه: "من المقرر قانونا أن يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب. و متى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق و يتقاضى منحة شهرية، فإن القضاة بقضائهم بحقه بالنفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون"³.

قد تكون نفقة الحضانة من الغذاء و اللباس و العلاج و مصاريف الدراسة، فهي تجب من مال المحضون إن كان صاحب مال بحيث يكون هذا المال كافيا مؤديا لضروريات الحضانة. أما إذا كان له مال أو كان له و لكن غير كافي تنتقل النفقة إلى الأب.

بما أن غذاء الولد هو من باب النفقة فإن النفقة على المرضعة هي كذلك من باب الإنفاق على المحضون، و هذا لإعتبارها مصدر غذاء له فهو يحتاج إلى الحليب لأنه أفضل غذاء له و لا يعوضه عنه غذاء آخر.

فتوفير الغذاء للمحضون ضروري ليس فقط في فترة الرضاعة بل يمتد إلى غاية سقوط الحضانة حسب ما هو مبين في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري. فإن إمتنعت الأم عن الإرضاع أو لم تستطع ذلك فإن الأب يلزم بإستأجار امرأة أخرى ترضع ولده حرصا على مصلحته، و أجرها يكون على الأب⁴.

ت- نفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن الكسب أو عدم وجوده بحيث يرى بعض الفقهاء القانونيين أن إعسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز"، و المقصود بها عدم القدرة التامة على

1- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1987/2/7، ملف رقم 47915، مجلة قضائية، 1990، عدد 3، ص. 136.

2- أنظر، أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص. 190.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/2/17، ملف رقم 179126، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص. 198.

4- أنظر، كمال لدرع، الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2001، عدد 1، ص. 52.

الإسترزاق، لا لكونه فقيرا أو معسرا. و هو بهذه الحالة يعفى من الإنفاق على أولاده، فتنتقل النفقة بقوة القانون إلى الأم و هذا بتحقق شروط معينة، كما أنه في حالة عجز الأب و عدم قدرة الأم على النفقة مع عجزه أو مع وجوده فهنا تنتقل إلى الأصول حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث".

أولاً: وجوب النفقة على الأم

طبقا لنص المادة 76 التي نصت على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك". فإذا عجز الأب عن النفقة و لم يكن للمحضون مال خاص، فإن مسؤولية نفقة الأولاد تنتقل إلى الأم إذا كان باستطاعتها ذلك.

بذلك ينتقل واجب النفقة من الأب إلى الأم بتوافر شرطين:

1- إذا كان الأب عاجزا فعلا عن الكسب و الأم قادرة على النفقة، أي وجود مال لديها يمكنها من النفقة على أولادها سواء بالعمل أو بغيره، فإذا كانت الأم موسرة و الأب قادر على الكسب فإن يسرها لا يمكن أن يكون حجة له لإسقاط النفقة عنه أو للتذرع بحجة عدم العمل أو الإعسار، ما دام قادرا على العمل.

2- أن يقوم بالدليل عجز الأب و قدرة الأم على الإنفاق كأن يحضر شهادة طبية تثبت أنه غير قادر على العمل بسبب عاهة و أن يثبت أن الأم عاملة مثلا.

ثانياً: وجوب نفقة الأصول على الفروع

حسب نص المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر فالمرجع نص على نفقة الأصل و نفقة الفرع لكن لم يحدد الأصل و لا الفرع، و الأصل هو الأب و أب الأب و إن علا، و الفرع هو الإبن و إبن الإبن و إن نزل و الأصول عند الإمام مالك هم الآباء و الأمهات المباشرين و ليس الأجداد و لا الجدات مطلقا، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم، أما

الأحناف و الشافعية و الحنابلة فالأصول عندهم الأب و الجد و إن علا، و الأم و أم الأم و أبو الأم و أم الأب و إن علوا¹.

ماهو متفق عليه يشترط للإنفاق على القريب مايلي:

- أن يكون القريب فقيرا لا مال له و لا قدرة له على الكسب لعدم البلوغ، الكبر، الجنون أو المرض. - أن يكون الملمزم بالنفقة موسرا، فيلزم القادر على التكسب على الإنفاق على قريبه الفقير.

- الحاجة إلى النفقة.

- أن يكون المنفق قريبا للمنفق عليه، ذا رحم محرم منه و مستحقا للإرث منه.

أما المختلف فيه فهو شرط إتحاد الدين، فقال الحنفية أنه لا يشترط إتحاد الدين في نفقة الأصول و لا نفقة الفروع و نفقة الزوجة. لكنهم إشترطوا إتحاد الدين في غير هذه الفئات الثلاث لعدم أهلية الإرث بين المسلم و غير المسلم.

أما المالكية و الشافعية فلم يشترطوا إتحاد الدين في وجوب النفقة، بل ينفق المسلم على الكافر والكافر على المسلم لعموم الأدلة الموجبة للنفقة، و الحنابلة لهم روايتان في هذا:

الأولى: تجب النفقة مع إختلاف الدين.

الثانية: لا تجب النفقة مع إختلاف الدين، لأنها مواساة على البر و الصلة و لعدم الإرث².

تسقط نفقة الأولاد بموت من وجبت عليه، و لكنها تصير دينا بمجرد ثبوتها رضاء أو قضاء، فلو مات من وجبت عليه قبل أن يقضيها إلى من وجبت له صارت دينا وجبت عليه تؤخذ من تركته.

1- أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص. 165.
2- رمضان علي السيد الشرنجاوي، جابر علي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 195.

كما تسقط بموت من وجبت له، إلا أنها تصير ديناً بمجرد القضاء بها فلو مات الصغير رجعت أمه بنفقته قبل موته على من فرضت عليه هذه النفقة¹.

3- تقدير النفقة و تاريخ إستحقاقها

من أهم المسائل التي تطرح في موضوع النفقة هو كيفية تقديرها، وكيفية إلزام المدين بتسديدها.

أولاً: تقدير النفقة

الأصل أن ينفق الأب على ابنه المحضون دون حاجة إلى حكم قضائي، لكن عند إمتناع الأب عن الإنفاق يقوم لمن كانت له حضانة الولد حق المطالبة بنفقة المحضون، فلا يمكن للحاضنة أن تمارس حضانتها إلا بتحقيق الإنفاق عليه. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

معنى هذا الكلام هو أن القانون منح القاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب كضمن أجر للنفقة، و لم يقيدته أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حال كل واحد من الطرفين و عليه أن يراعي ظروف المعاش.

القاضي وحده الذي له صلاحية تقدير النفقة المستحقة للأطفال، فليس للحاضنة أن تفرض على الأب مبلغاً معيناً كما أنه ليس للأب أن يدفع المبلغ الذي يحدده هو بنفسه، و مع ذلك بإمكان الأب إذا كان مقتدرًا أن يمنح لأبنائه أكثر من المبلغ المحدد قضاء و لكن ليس له أن يمنحه أقل من ذلك.

من مبادئ المحكمة العليا أن تقرير النفقة المستحقة للمحضون يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، و القضاء بما يخالف هذا يعد مخالفا للقواعد الشرعية².

1- أنظر، عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001، ص. 143.
2- أنظر، نعيمة تبودوش، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2000، ص. 318.

ثانيا: تاريخ إستحقاق النفقة

نصت المادة 80 من قانون الأسرة على أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".
إن إستحقاق النفقة يكون إما بالإتفاق بين الطرفين أو بمقتضى حكم قضائي.

1- إستحقاق النفقة بموجب الإتفاق

هذا المعمول به عادة بحيث أن المدين بالنفقة و مستحقها يتفقان على كيفية أداء النفقة، مقدارها، و مدتها، و يجوز أن يحل الغير محل المدين بها، و حكم الإتفاقات التي تتعلق بالنفقة هو حكم الإلتزامات المدنية.

2- إستحقاق النفقة عن طريق القضاء

إذا إمتنع من تجب عليه النفقة يتعين اللجوء إلى القضاء، فالنفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى. فالأصل أن النفقة أمر ضروري مستعجل و لا يسكت عليه لمدة طويلة. فإذا لم تستعمل الحاضنة حقها في طلب نفقة الأبناء و مضى على ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم فيها إلا في حدود سنة.
إذا قدر القاضي النفقة و قضى بها لا يكون له أن يعيد تقديرها زيادة أو نقصانا إلا بمرور سنة من تاريخ الحكم السابق¹. و هذا ما جاءت به المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري و مقتضى إعادة النظر في النفقة أن الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند تقريرها غير ثابتة بل تتغير و تتطور، و لا تكون مراجعة النفقة تلقائيا بل بناء على طلب قضائي².

على القاضي أن يعتمد على نفس الأسس التي إعتد عليها في تقديره للنفقة لأول مرة و على المستفيد من حكم النفقة أن يقدم نسخة من الحكم إلى الملزم بها من أجل الحصول عليها.

1- أحمد نصر الجندي، شرح... المرجع السابق، ص. 163.

2- نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص. 323.

إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب إمتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه، فيمكن للحاضنة أن تلجأ اليوم إلى ما يعرف بصندوق النفقة الذي نص عليه المشرع في القانون 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق ل 4 يناير سنة 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة. و ذلك بعد أن كان مزعماً أن يكون في إطار تعديل قانون الأسرة، وقد جاء القانون مكوناً من أربع فصول: أحكام عامة، إجراءات الإستفادة من المستحقات المالية، أحكام عامة، و أحكام نهائية.

حيث جاء في المادة 10 من هذا القانون: "يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 142-302 و عنوانه "صندوق النفقة".

و يقيد في هذا الحساب:

في باب الإيرادات:

مخصصات ميزانية الدولة.

- مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها.

- رسوم جبائية أو شبه جبائية و فقا للتشريع المعمول به لفائدة صندوق النفقة.

- الهبات و الوصايا.

- كل الموارد الأخرى.

في باب النفقات:

- مبالغ النفقة المدفوعة للمستفيد.

يكون الوزير المكلف بالتضامن الوطني الأمر الرئيسي بصرف هذا الحساب الذي يسير في كتابات أمين الخزينة الرئيسي و أمناء خزائن الولايات.

تحدد كفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

إن هذا الصندوق يتكفل بدفع مبالغ النفقة المحكوم بها بدلا من المدين بها على أن يتم الرجوع عليه بعد ذلك من طرف الصندوق، و هذا ما جاء في المادة 9 من القانون كآآتي: "يتولى أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة و وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

فهذا الصندوق جاء خصيصا لحل مشاكل الأطفال المحضون الممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة.

تم الإستفادة من صندوق النفقة بإتباع الإجراءات الآتية:

- تقديم طلب الإستفادة من قبل الحاضنة أو المطلقة.
- تقديم الطلب إلى قاضي شؤون الأسرة.
- أن يكون الطلب مرفقا بالوثائق القانونية المحددة قانونا بما فيها المحضر المحرر من قبل المحضر القضائي.

ما يميز عملية الإستفادة من هذا الصندوق هو سرعة دفع النفقة، بحيث لا تضطر الحاضنة إلى الإنتظار طويلا للحصول عليها، حيث حدد القانون المذكور أعلاه مدة 5 أيام يتعين فيها على القاضي أن ييث فيه في طلب النفقة بناء على أمر ولائي غير قابل للإستئناف، و يبلغ هذا الأمر إلى المدين بالنفقة في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره.

كما تتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما من تاريخ تبليغ هذا الأمر، و تطبق هذه الإجراءات سواء إمتنع المدين بالنفقة عن سداده إبتداء، أو إنقطع عن تسديدها بعد صدور حكم من القضاء يلزمه بها.

ما يميز هذا القانون أن المشرع منح للحاضنة الحق في مراجعة مبلغ النفقة بتقديم طلب إلى القاضي لتعديلها إذا طرأ أي تغيير على الحالة القانونية و الإجتماعية للمحضون، و يتم تبليغ قرار المراجعة إلى المصالح المعنية بموجب أمر من القاضي في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره.

ب- أجرة الحضانة و التبرع بها و عدم تجزئتها

1- أجرة الحضانة

إن الحضانة هي خدمة الطفل فهو عمل مشروع يمكن تقييمه بالمال، فيحول لصاحبه ممارسته سواء بأجر أو تبرعا. و أجر الحضانة له شبه بالنفقة و شبه بالأجرة، فله شبه بالنفقة لأنه من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، و له شبه بالأجرة لأنه يعطي للحاضنة نظير عمل تقوم به فهي تقوم بحفظه و تربيته¹.

لقد اختلف الفقهاء حول أجر الحضانة بين مؤيد و بين معارض، فالمالكية يرون أنه ليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، و بغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون مال أنفق عليها منه، لكونها فقيرة و ليس لكونها تمارس حضانتها، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة و الكسوة و الغطاء و الفراش و يقدر القاضي حسب ما يراه مناسبا لحالة الصغير.

إلا أنه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أن الحاضنة تستحق أجرة على حضانتها للصغير².

لكن بعد إستقراءنا للنصوص التشريعية في قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يتطرق لأجرة الحضانة و لم يعرفها، و بالمقابل نجد المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني حيث نصت على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

لذلك لا بد من الرجوع إلى رأي الفقه المالكي لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.

1 - أنظر، عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج. 2، ط. 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص. 194.
2- أنظر، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط. 2، دار الفكر، الأردن، 2007، ص. 379.

2- التبرع بالحضانة

إذا أبت أم الولد أن لا تحضنه إلا بأجر، و وجدت من محارمه من هي أهل لحضنته كجدته أو خالته أو عمته تتبرع بالحضانة، فإن كان الأجر مستحقا على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه فإنه يسلم للمتبرعة لأن في هذا صيانة لماله من غير إضرار به، فالمتبرعة بحضنته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه. فإن لم يكن للصغير مال و كان أجر حضنته مستحقا على الأب، فإن كان الأب موسرا لا يعطى للمتبرعة بل يبقى عند أمه و يجبر الأب على دفع أجرهما¹، لأن حضانة الولد أصلح للولد من حضانة غيرها و لا ضرر على الأب لأنه موسر، و إن كان معسرا يعطى للمتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضرار به.

3- تجزئة الحضانة

يقصد بتجزئة الحضانة أن يقتصر طلب الأم في الحضانة على الإناث دون الذكور، أو العكس، أو تختار الأصغر سنا، فيما تتمتع عن حضانة الآخرين رغم أن ذلك من حقها و عند عدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسألة، و من أجل المحافظة على الأبناء و دون التفرقة بينهم و المحافظة على ترابطهم عاجلت المحكمة العليا هذه المسألة و أصدرت فيها قرارا بعدم تجزئة الحضانة إن كان لها الحق فيها، و هو عدم السماح لها بإختيار من تحضن من الأبناء.

لا مجال لتجزئة الحضانة و تفرقة الأولاد عن بعضهم البعض بعد أن فرقوا عن أحد أبويهم فالأصلح لهم البقاء و العيش معا سواء كانت الحاضنة أمهم أو غيرها إلى أن يبلغوا السن المحدد لإنتهاء الحضانة.

ج- حق المحضون في السكن و الزيارة

سنقوم بدراسة كل من حق المحضون في السكن و الزيارة.

1- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 61.

1- حق المحضون في السكن

من خلال ما جاء في التعديل الوارد على قانون الأسرة، إضافة إلى ما إستقر العمل به قضائياً من خلال إجتهاادات المحكمة العليا تتضح جلياً نية المشرع في أن مسكن الحضانة هو حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى. فلولا وجوده في ظل العلاقة الزوجية المنفكة لما إستحقت الحضانة تقريرها الحق فيه.

إنطلاقاً من ذلك سيقع التطرق إلى مفهوم سكن الحضانة و مواصفاته و إلى موقف القانون الجزائري من سكن المحضون.

أ- مفهوم سكن المحضون و مواصفاته

أولاً: مفهوم سكن المحضون

السكن هو ضرورة أساسية من ضرورات المعيشة الصحية السوية، يلي مجموعة من الحاجات النفسية، المادية و الإجتماعية، و هو سكينه الأسرة و إستقرارها و مكان راحة أفرادها و الملجأ من تعب الحياة و كدها، و الطفل يتلقى ما يلزمه من إحتياجات مادية و معنوية داخله، فيجد فيه الدفء و الحنان و الألفة.

1- التعريف اللغوي للسكن

السكن في اللغة من سكن، و هو من السكون ضد الحركة، و سكن الشيء يسكن سكوناً إذا ذهب حركته. و السكن هو كل ما سكنت إليه و إطمأنيت به من أهل و غيره و السكن أيضاً سكن الرجل في الدار¹.

1- أنظر، ابن منظور، لسان العرب، ج. 3، ط. 1، دار صادر، بيروت، 1997، ص. 311.

2- التعريف الإصطلاحي للسكن

عرف الفقهاء السكن بأنه المسكن و هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان، و المكان الذي يعده لسكنه حتى و لو لم يكن فيه، و هو مستودع أسراره و مكان راحته، كما عرف على أنه: "كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه التوقيف أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذن منه".

بذلك فالسكن يعطي معنيين مختلفين أحدهما مجرد و هو ربط الشخص قانونا بمكان معين بحيث يصير هذا المسكن المركز القانوني الذي تجتمع فيه مصالحه، و الآخر ملموس، و يقصد به مكان السكن الحقيقي للشخص، أي الموضع الذي يقيم فيه، و هو بالأحرى المكان أو الموضع الذي يتحقق فيه السكن¹.

يعتبر مفهوم السكن مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان و المكان بمعنى أن ما يعد عند أهل البادية و الصحراء سكن لا يكون عند غيره من أهل المدن، فبيت الشعر بالنسبة للبدوي هو مسكنه الذي يعيش فيه، و هو المكان الخاص الذي يأويه، إذ لا أهمية لتهيئة السكن و للمادة التي صنع منها².

3- التعريف القانوني للسكن

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا لسكن الحضانة بل إكتفى بالإشارة إليه في المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، و إن تعذر ذلك عليه فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

1- أنظر، بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص. 2.

2- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص. 46.

نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم الأب بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة إلا أنه قد أخطأ عندما نص على بقاء الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن¹.

بصفة عامة فإن المسكن هو مكان مستور يستخدم بصفة دائمة أو مؤقتة و سواء كان ملكا لسكانه أو مستأجرا أو يقيم فيه مجانا، على أنه يجب أن تتوفر فيه جميع المرافق، فلا يعتبر مسكنا شاحنة كبيرة يستعملها سائقها للنوم لأنها تفتقر إلى مرافق أخرى، كالمطبخ، و دورة المياه، بينما تعتبر كذلك العربات المتحركة التي تتضمن كل المرافق الضرورية².

ثانيا: مواصفات سكن المحضون

لقد إشتراط الفقه الإسلامي في المسكن مواصفات واضحة المعالم عند فقهاء الشريعة الإسلامية والتي أطلقوا عليها المواصفات التي تقضي المسكن الشرعي و التي لا بد من توافرها فيه حتى يكون صالحا للعيش فيه، و يمكن حصر هذه الشروط فيما يلي:

1- أن يكون المسكن يحتوي على باب به غلق، و أن يكون محتويا على المنافع الضرورية كالمطبخ والحمام و الغرف.

2- أن يحتوي المسكن على مستلزمات العيش الضرورية من طعام و كسوة.

3- يشترط في المسكن أن يكون له جيران و البيت الذي ليس له جيران يعتبره الفقهاء غير شرعي³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فأوجب عند توفير السكن أن يكون ملائما لما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري. و لمعرفة مفهوم السكن الذي يوفره الأب يجب التمييز بين مسكن الزوجية و مسكن الحضانة.

1- بن عصان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص. 121.

2- أنظر، عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، نوميديا للطباعة و النشر و التوزيع، قسنطينة، 2013، ص. 277-278.

3- أنظر، عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع و القضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011، ص. 132.

1- المقصود بمسكن الزوجية

هو المكان الذي تجتمع فيه الزوجة و الزوج و أولادهما أثناء قيام الزوجية بدون تحديد مواصفات المسكن سواء منزل أو شقة صغيرة و غير ذلك.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم مسكن الزوجية مراعاة لحال الزوج و يسره و لتحديد مواصفات المسكن الزوجي لا بد من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

بما أن السكن حق ثابت لا يمكن التنازل عنه، و أقرته الشريعة الإسلامية، و تضمنه القانون كان على المشرع أن يشير إليه بنص لتوضيح المعنى و أكثر.

2- المقصود بمسكن الحضانة

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم مسكن الحضانة، و يرجع الأمر إلى تقدير قاضي الموضوع للمواصفات التي يضمنها السكن، و لا يكون السكن ملائما إلا إذا توافرت فيه الشروط الشرعية. وقد قصد المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة كلمة ملائمة عدم الإضرار بالحضانة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية. فقد إشتراط المشرع أن يكون السكن ملائما للحضانة، و أعطى الحق للحاضنة في مطالبة الأب بسكن الحضانة بصفتها راعي الولد و حاميه، كما لها صفة في التقاضي لطلب تهيئة مسكن و ذلك بإعتباره جزء من النفقة على الصغير. فإن لم يكن للمحزون مال أمر القاضي والده بالنفقة عليه بأن يصرفها إلى الحاضنة في شكل مبالغ مالية يقدمها إليها. فإن لم يستطع فإنه يتحمل دفع أجرة السكن من المبلغ المقرر للنفقة.

من خلال المادتين 72 و 78 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع تطرق لمسألة السكن وإعتبره من ضمن مشتملات النفقة بصفة عامة، و من بينها نفقة الأب على أبناءه المحزونين، لكنه لم يتطرق إلى مواصفات محددة يجب توافرها في هذا المسكن، و قد إكتفى في المادة 72 بالقول: "... سكذا ملائما للحضانة...".

بالإضافة إلى ما تجدر الإشارة إليه فإن المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري قد أشارت إلى السكن في المرتبة الرابعة بعد الغذاء و الكسوة و العلاج، و يصلح ذلك للطفل المحضون. و حتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها على أكمل وجه يجب أن تتوفر في مسكن الحضانة شروط و هي كالآتي:

أولاً: أن يكون مسكن الحضانة مناسباً

يشترط أن يكون المسكن الذي يوفره الزوج بغرض الحضانة أن يكون مناسباً للمحضون و الحاضنة على حد سواء، فإن كان مناسباً للمحضون تمكنت الحاضنة فيه من أدائها لواجباتها نحو محضونها على أكمل وجه¹. و يكون مسكناً ملائماً إذا زود بالمنقولات اللازمة للمعيشة، و لا يتصور إلزام الحاضنة و لو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة و إلا كانت الحضانة عبئاً كبيراً.

للحاضنة إذا رفض الأب القيام بهذا الإلتزام أن تقوم بتزويد المسكن بالمنقولات اللازمة للمعيشة و إستفاء الثمن من الأب أو إقامة دعوى ضده لطلب إلزامه بتنفيذ إلتزامه عينياً².

ثانياً: أن يكون مسكن الحضانة مستقلاً

المقصود بالمسكن المستقل هو المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين و الحاضنة، وبالتالي فيجب أن يكون المسكن مستقلاً بمرافقه، و على ذلك فإن المطلق عليه أن يختار بين أن يترك مسكنه و بين أن يهيب مسكناً آخر مستقلاً و مناسباً، و يترك لقاضي الموضوع تقدير مدى إستقلال مسكن الحضانة و مناسبته للمحضون و الحاضنة³.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ذكروا مواصفات خاصة لما يعتبر مسكناً شرعياً، بل لم يذكر أي مواصفات معينة ما عدا أن يكون ملائماً لممارسة الحضانة حسب ما جاء في المادة 72 من قانون الأسرة.

1- أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص. 215.

2- أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص. 215.

3- أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص. 215.

الجدير بالملاحظة أن تقدير ملائمة السكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع، و في حالة رفض الحاضنة المسكن المهياً لها لا بد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، و عليه فإذا قام الأب بتوفير بدل الإيجار فهل يجب عليه أن يتقيد بشروط السكن؟ ليس في نص المادة 72 إجابة على هذا التساؤل، أي أنه لم يحدد شروطا للسكن المؤجر، و عليه فالمشرع مطالب بإستدراك النقص في هذا النص.

ب- موقف القانون الجزائري من سكن المحضون

إن الانفصال بين الزوجين لن يكون تاما في حالة ما إذا كان هناك أولاد، فتبقى العلاقة قائمة بين الزوجين و لو ضئيلة، و هذا من أجل التعاون على رعاية هؤلاء و المحافظة عليهم و تربيتهم تربية سليمة. و الأب هو المسؤول عن توفير السكن لأولاده فما موقف القانون الجزائري من سكن المحضون؟

إن مسألة وجوب توفير السكن في القانون مرت بمرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري

نتيجة لإرتفاع نسبة الطلاق بدأ إهتمام المشرع بمسألة سكن الحضانة حيث أقر لها نصا خاصا منظما لمسأة إسناد المسكن الزوجي للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد، و ذلك من خلال المادة 52 فقرة 2، و التي تنص على مايلي: " و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها و يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج. يستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت إنحرافها"¹.

من خلال هذا النص يتضح أنه يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط لكي يحكم للحاضنة بالسكن و هي:

1- أنظر، المادة 52 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الذي وحد الأحكام المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية.

1- أن يحكم للمطلقة بالحضانة

معنى هذا أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها و يتضمن إسناد حق الحضانة إليها¹، و من خلال الفقرة 2 من المادة 52 يتضح أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم بحق البقاء في السكن الزوجي هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة.

إستقر القضاء على أن طلب الحاضنة للمسكن يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة. و الأصل أن الحضانة تسند للأم بإعتبارها أولى برعاية ولدها. و لكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو عدم إسناد الحضانة إلى الأم بل تسند إلى شخص آخر كالحالة أو أم الأب أو أم الأم، و السؤال المطروح هو: هل يكون لهؤلاء الحاضنات الحق في السكن؟

إن نص المادة 52 واضح، و هو يتحدث عن المرأة المطلقة ثم ينتقل ليقرر: و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها، و ليس هناك ما يسمح بتمديد المادة لتشمل غير الأم المطلقة الحاضنة.

2- أن لا يكون للحاضنة ولي يقبل إيوائها:

معنى ذلك أن تفقد وليها و ليس لها غيره، فإن وجد و كان رافضا لعودتها أجبرته المحكمة على ذلك بناء على المادة 77 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث"، و إذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونيتها من أقربائها مثلا فإنها لا تعود بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن².

إن المشرع الجزائري من خلال عبارة "إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها أو أنها تفقد لولي تلجأ إليه" الواردة في المادة 52 يتضارب مع الواقع من جهة و مع مصلحة المحضون من جهة ثانية، إذ أنه من غير المعقول أن تستطيع الحاضنة الأم بأن تثبت بأن و ليها يرفض إستقبالها.

1- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 145.

2- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 387.

كما أن المشرع لم يراع مصلحة المحضون بتاتا، و ذلك بإعتبار أنه إفترض إستقبال الحاضنة مع محضونيتها من طرف وليها قبل أن يلزم الأب بذلك¹.

3- مراعاة قدرة الزوج على ضمان السكن

يجب على الزوج السابق لكي يضمن السكن لمطلقته مع محضونيتها يجب إضافة إلى عدم وجود من يقبل إيواءها لديه أن يكون في إستطاعة الزوج ماديا أن يضمن لها السكن².

لقد أوجب المشرع الجزائري مراعاة حال المطلق المادية، إلا أنه يعاب عليه أنه إستعمل مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزوج" و هما عبارتان لا تتطابقان لأن إستعمال كلمة يضمن معناه أن الشيء موجود و متوفر بغض النظر عن حال الزوج و إمكانياته المادية، ذلك ما لا يستقيم مع إشتراط وسع الزوج في آن واحد³.

4- أن يكون للزوج أكثر من مسكن

معنى ذلك أن يكون المسكن المطلوب تأمينه أو ضمانه للمطلقة ليس هو مسكن الزوجية ذاته، لأن مسكن الزوجية لا يمكن إعطاؤه للمطلقة بحكم نص المادة 52 من قانون الأسرة إلا إذا كان للزوج أكثر من مسكن واحد، حيث يجوز للمحكمة في هذه الحال أن تمنحها هي و محضونيتها، وتترك المسكن الآخر للزوج⁴.

5- تعدد المحضونين

لضمان إسكان المطلقة الحاضنة ذكر القانون تعدد المحضونين حيث يستعمل صيغة الجمع، والسؤال المطروح هل الحاضنة لطفل واحد يحق لها الإستفادة من السكن، أو يشترط أن يكون هناك تعدد للمحضونين؟

1- حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 130.

2- أظفر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هوم، الجزائر، 1996، ص. 307.

3- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص. 21.

4- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 307.

بالرجوع إلى الفقه فهو يرى أن تكون المطلقة الحاضنة حاضنة لثلاثة أولاد فما فوق لأنه إذا لم يكن محكوما لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد فلا يجوز للمحكمة أن تحكم لها بضممان المسكن مع محضونها¹.

غير أن هناك من يرى بأن تعدد المحضونين لا يعتبر شرطا لثبوت حق المطلقة الحاضنة، و أنه يحق للأم الحاضنة في السكن سواء قل العدد أم كثر، و من جهة أخرى أن كلمة محضونها الواردة في المادة 52 قد تقرأ بصيغة الجمع أو بصيغة المثنى.

المرحلة الثانية: بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري

بعد دخول القانون رقم 11/84 حيز التطبيق ظهرت فيه عدة نقائص، خاصة منها المتعلق بالجانب الموضوعي للحضانة، نظرا لإرتباطه بحياة الطفل في الأسرة. فكان من الصعب تطبيق المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري لصعوبة تحقق الشروط الواردة فيها.

هذا ما دفع المشرع إلى تعديله بمقتضى الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث نص في المادة 72 على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

لإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب لتقييم فيه هي و محضونها يجب توافر الشروط الآتية:

1 - أن تكون الحاضنة هي المطلقة و هي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة و لا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة².

1- بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص. 85.

2- أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 329.

2- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

3- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، و قد أيد هذا إجتهااد المحكمة العليا بقولها: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار بإعتبارهما من مشتملات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"¹.

إذا كان نص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري يحمل تحت طياته الرغبة في حماية المحضون إلا أنه وجه إليه بعض الإنتقادات منها:

- لقد أغفل المشرع الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن، و هنا هل يتوجب على أب المحضون توفير مسكن لها لممارسة الحضانة²، و قد سبق الذكر أن المحكمة العليا سدت هذا الخلل بقرارها الصريح.

- كذلك الفقرة الثانية من المادة 72 المعدلة و التي نصت على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث أنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة و زوجها يصل إلى حد الطلاق و أن الزوجة ما زالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق أو الحكم المتعلق بمسكن الحضانة، و هذا يكاد يكون في حكم المستحيل، و ذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، و ذلك لأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع، هذا من جهة و من جهة ثانية يمكن القول أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من القانون رقم 84-11 تنص على أنه تفقد المطلقة حقها في السكن متى ثبت زواجها بزواج آخر و ثبت إنحرافها. فإن المادة 72 المعدلة أغفلت أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار³.

1- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص. 140.

2- عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص. 140.

3- أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 330.

إن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها بالحق في السكن هي أم المحضون دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة، وفقا للترتيب الشرعي أو القانوني الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، و بالتالي و بناء على ما سبق فإنه يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة أسندت لها الحضانة، و لا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم قضائي¹.

بعبارة أخرى أنه يجب أن تكون الحاضنة هي أم المحضون، ذلك أنه لو كانت من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو العممة و الخالة مثلا كان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو العممة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة، و لا يحتاج الأمر إلى توفير السكن للحاضنة².

2- حق المحضون في الزيارة

لما كانت الحضانة مستحقة شرعا للإنسان بقصد الحفاظ على الولد و حسن رعايته تأتي الرؤية بعد ذلك لتكون حقا لمن تسند إليه مسؤولية الحضانة.

أ- تعريف حق المحضون في الزيارة

أولاً: لغة

تأتي بمعنى مجيء شخص آخر لرؤية الطفل و البقاء معه مدة معينة، أو إستقبال الزائر.

ثانياً: إصطلاحاً

قد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية³.

ب- ممارسة حق رؤية المحضون في القانون الجزائري

لما كانت الحضانة معنوية، فالأم ملزمة بها، فلا شك أن الرعاية و الإشراف و المشاهدة من أهم المسائل المعنوية التي يتوجب على الأم عدم حرمان الولد منها، و عليه ليس لها منع الأب من

1- بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص. 84.

2- أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومه، الجزائر، 2007، ص. 144.

3- حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 196.

أداء هذه الواجبات المعنوية، لأن الأم لا تقدر على إتمامها و القيام بها دون معونة الأب سواء إذا كانت الزوجية قائمة أو مع الفرقة فتكون أكثر أهمية للطفل.

عند إنفصال الزوجين و إنضمام الطفل إلى حاضنته يحق لأبيه رؤية طفله و ذلك من خلال مواعيد دورية محددة. فمشاهدة الصغير إذا كان حقا مكفولا لكلا الوالدين فهو واجب قانوني وأخلاقي و تربوي يقع على كل منهما لما في ذلك من مصلحة الصغير¹.

لا يجوز لأي من الوالدين أن يمنع الطرف الآخر من رؤية المحضون بسبب الخصومات التي تنشأ بينهما. و إذا كانت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قد رتبت أصحاب الحضانة فهي نصت على أنه على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها أن يحكم تلقائيا للأب بحق الزيارة لمرة معينة و في أوقات محددة. و إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة².

أما ما يمكن أن نلاحظه على القانون في هذه المسألة هو أنه أوجب على القاضي عندما يقضي بالطلاق و إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو غيرها أن يقضي بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه حتى و لو لم يطلب منه أحد ذلك. و القانون بموقفه هذا يكون قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم. أضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري حينما ألزم القاضي بحق الزيارة من تلقاء نفسه و بدون أي طلب من أي أحد يكون قد منح حق الزيارة دون طلب .

لهذا كان على قانون الأسرة عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة و أن يحدد الحالات التي يمكن للقاضي أن يقضي فيها بسقوط حق الزيارة بناء على طلب الحاضن. لأن المقصود بالزيارة في إعتقادنا، هو رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و التعليمية و الصحية و الأخلاقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

1- أنظر، زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص. 64.

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 296.

لكن كان على المشرع عندما ألزم القاضي بأن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة، و أن يحدد مكان الحضانة ووقت الزيارة.

1- مكان الحضانة

المكان لا يقصد به المسكن فحسب بل يتسع ليشمل البلدة التي يسكنها الحاضن رجلا كان أو امرأة، لأنه مقيد الحركة فليس له أن ينتقل بالمحضون من بلد لآخر حسب هواه و مشيئته¹.

إن مسألة مكان ممارسة الحضانة مهمة جدا كون أن الحضانة يقابلها حق آخر و هو حق الزيارة بالنسبة لأحد الوالدين الذي لم يستفد من حق الحضانة². فمكان الحضانة هو مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة و كذا إذا كانت الأم مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا و لا تزال في العدة. لأن المعتدة مطالبة شرعا أن تقضي عدتها في المكان الذي طلقت فيه و لا يجوز أن تخرج منه.

لكن نجد أن المشرع الجزائري قد عاج مسألة إنتقال الحاضن بالمحضون خارج التراب الوطني في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". و هكذا فمن اللازم أن يمنح القاضي هذه السلطة لصيانة حقوق الطفل والمحافظة على مصلحته. فثبوت الحق في الحضانة متروك أمر تقديره للقاضي، لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها أنه من المقرر شرعا و قانونا أن تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد في الجزائر³.

يلاحظ من هذه المادة أنها قد ساوت بين الرجال و النساء من أصحاب الحضانة، فكلاهما يخضع لرقابة القاضي، لأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية خشية تأثره بدين البلد الأجنبي و عاداته⁴.

1- محمد كذا الدين إمام، المرجع السابق، ص. 226.

2- نعيمة تبودوش، المرجع السابق، ص. 295.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، قرار بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم 273526، مجلة قضائية، 2004، عدد 1، ص. 264.

4- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 618.

مما لا ريب فيه أن السفر هنا، يتعلق بالانتقال من أجل الإستطاعة أي الإقامة الدائمة و المستمرة بنية الإستقرار. وعليه و ترتباً لهذا الشرط، فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل قضاء عطلة أو للعلاج لا يخضع لحكم المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري.

إختلف الفقهاء في تحديد مسافة السفر بالنسبة للحاضن أو الولي على النحو التالي:

ذهب المالكية إلى تحديد مسافة السفر ب 6 برد فأكثر¹.

ذهب الشافعية إلى أنه لا فرق بين السفر الطويل و السفر القصير.

ذهب الحنابلة إلى التحديد بمسافة القصر و المنصوص عند الإمام أحمد: أنه إذا كان بين البلدين مسافة قصيرة، بحيث يراهم الأب كل يوم و يرونه، فتكون الأم على حضانتها².

2- مدة الزيارة

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية و قد يتفق الأطراف على تحديدها زماناً و مكاناً.

الفرع الثالث: أسباب سقوط الحضانة و عودتها بعد سقوطها

ستتطرق أولاً في هذا الفرع إلى الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة ثم نتطرق بعد ذلك إلى عودتها بعد سقوطها.

أولاً: أسباب سقوط الحضانة

لقد أخذ كل من الفقه و القانون بضرورة مراعاة مصلحة المحضون و لهذا عددوا شروط معينة يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يكون أهلاً لهذه المهمة، و كذا لتحقيق أهداف الحضانة من حماية و رعاية صحية و خلقية و حفظ. لكن إذا حدث و إن إختلت هذه الشروط فإن مصلحة المحضون

1- إن مسافة ستة برد التي حددها الفقه المالكي و التي قدرها البعض ب 133 كلم و البعض الآخر ب 120 كلم تعد مسافة طويلة بالمقارنة مع وسائل النقل التي كانت مستعملة و متوفرة آنذاك ولذلك فتاعدة 6 برد إن صح تطبيقها في ذلك الزمان بسبب المشقة التي كان يعاني منها الأب أو الولي في سبيل زيارة المحضون لم تعد صالحة في زماننا هنا و خاصة أن الإنتقال من مدينة إلى أخرى داخل القطر أصبح سهلاً. مقتبس عن تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 160.

2- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص. 71.

تكون خطر مما يقتضي إسقاطها عن الحاضن و تسليم المحضون إلى من يليه في المرتبة إذا إستوفى كل الشروط.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه، و هذا ما سيتم بيانه فيمايلي:

أ- أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 62 و 68 من قانون الأسرة الجزائري

تسقط الحضانة عن الحاضن إذا فقد أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 كالقدرة على الرعاية و الحفظ، كما تسقط إذا لم يطالب من له حق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر حسب نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.

1- إختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري في شطرها الأول على أنه: "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

إذا ما عجز الحاضن عن توفير الرعاية و تربية المحضون على دين أبيه، و حفظ صحته سقط حقه في الحضانة، مع أخذ رأي المحكمة في هذه الحالة.

ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه متى كان من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة و مضرّة بمصلحة المحضون و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله. كما أكدت أن تخلف شرط القدرة يؤدي إلى إسقاط هذا الحق حيث أن الحضانة فاقدة البصر. فقد أشارت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة هذا الحق دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، و هي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، و من ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذه الحال حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية¹.

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بقولها: "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد إنعداما في الأساس القانوني و مخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون إحالة"².

كما تعتبر جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/9/30 بأنه: "من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"³.

لكن إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم إسقاطها فإن المحضون يبقى عند أمه، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/7/15 الذي جاء فيه: "إن قضاة المجلس بقضائهم بإسناد البنت إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من إرتكابها لجريمة الزنا، فإن الحضانة و إذا كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، و أن مصلحة البنت المحضونة تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء و من ثم فإن قضاة

1- أظن، المحكمة العليا، غ.أ. ش. 1984/7/9، ملف رقم 33921، مجلة قضائية، 1989، عدد 4، ص. 76.

2- أظن، المحكمة العليا، غ.أ. ش. 2002/2/13، ملف رقم 265727، مجلة قضائية، 2002، عدد 22، ص. 271.

3- أظن، المحكمة العليا، غ.أ. ش. 1997/9/30، ملف رقم 171684، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص. 169.

المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً¹.

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج عمل المرأة من مسقطات الحضانة، فالمرأة العاملة لها الحق في ممارسة الحضانة إذا ما أسندت إليها، و لكن إحتياطياً ربط هذا الشرط بمصلحة المحضون، و هذا يعني أنه حتى و لو كان عمل المرأة لا يشكل سبباً من أسباب السقوط كمبدأ عام، فإنه كإستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن الحاضنة العاملة إذا كان عملها يجرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.

لأن حقيقة الحضانة إنما هي القيام بشؤون المحضون المتصف بالعجز، فإذا كانت الحاضنة بعيدة عنه مدة طويلة أو مستمرة ساعات من النهار أو من الليل، فكيف يتأتى لها تحقيق مصلحة المحضون. ومعلوم أن حق المحضون مقدم على حق غيره، فحين يتعارض حق الحاضن مهما كان مع حق الطفل، يقدم حق الطفل لأنه المقصود، لذلك وجب على القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة و النظر فيه.

2- عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة طبقاً للمادة 68 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 68 من قانون الأسرة على أنه: "إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

أثارت هذه المادة تساؤلين، أحدهما يتعلق بالوقت الذي تحسب منه مدة السنة، هل من وقت الحضانة الفعلية أو من وقت صدور الحكم المسند للحضانة لغير من له أولوية الحضانة؟ و السؤال المطروح أيضاً هل إسقاط الحضانة بعد مضي سنة بدون المطالبة بها يكون بموجب القانون أم لا بد من إستصدار حكم بذلك؟

1- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/7/15، ملف رقم 564787، مجلة قضائية، 2010، عدد 2، ص. 266.

أولاً: الوقت الذي تبدأ منه السنة المسقطه للحضانة

لم تبين المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري الوقت الذي تحسب فيه السنة الموجبة لسقوط الحضانة¹، إلا أنه و بالرجوع إلى القرار القضائي المؤرخ في 19 جويلية 1984 نجده يقضي بأنه: "من المقرر شرعا و على ما إستقر عليه الإجتهااد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

و لما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب الذي صدر في 1975/5/20، و أن الجدة لأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980، حيث طالبت بممارسة الحضانة، فإن قضاة الإستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب، و بإسنادها للجدة لأم، أخطئوا في قرارهم هذا و خالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي².

مما يؤكد من أن السنة تحسب من إستصدار الحكم مما جاء في القرار المؤرخ في 25 جوان 1984 بقضائهم أنه: "إذا كان الثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها"³.

ثانياً: إختلاف الفقهاء في مسألة إسقاط الحضانة بعد مضي سنة

قال الأستاذ عبد العزيز سعد أنه: "...إذا كان مستحق الحضانة بالأسببية تخلى عنها ضمناً و لم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضي على ذلك مدة من الزمن تفوق سنة كاملة فإن حقه فيها يسقط بقوة القانون...".

في حين يرى جانب من الفقه أنه لا بد في هذه الحالة من إستصدار حكم قضائي بإسقاط الحضانة إذا لم يطالب بها صاحب الأولوية في مدة سنة.

1- أنظر، عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنبائه، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص. 166.

2- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/7/19، ملف رقم 32829، مجلة قضائية، 1990، عدد 1، ص. 60.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/6/25، ملف رقم 33636، مجلة قضائية، 1989، عدد 3، ص. 45.

الرأي الأخير هو المعتمد قضاء، و هذا الرأي هو الأكثر حماية للمحضون ذلك أن مصلحته لا تراعى إلا أمام القضاء¹.

ب- أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

حسب هذه المادة تسقط الحضانة بالتزوج بأجنبي أي بغير قريب محرم و بالتنازل عنها².

1- زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون

هذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر فقد إعتبر المشرع الجزائري زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة . و ليس هذا حكما خاصا بالحاضنة بل قد يعم كل حاضن، فقد يكون الأب الذي أسندت له الحضانة قد تزوج بأجنبية عن المحضون الذي يعد سببا في إسقاط الحضانة إذا كان ذلك مضرا بمصلحة المحضون³.

جاء في القرار القضائي المؤرخ في 19 أفريل 1994 أن: "الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة".

إلا أن زواج الحاضن بأجنبي عن المحضون لا يؤدي حتما إلى سقوط الحضانة، إذ قد تبقى مسندة إليه إذا إقتضت مصلحة المحضون ذلك⁴.

ما يلاحظ من موقف المشرع الجزائري أنه من خلال المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري أنه أسقط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم للمحضون، و للقاضي مطلق السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، و عليه دائما أخذها بعين الإعتبار.

1- عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص. 168.

2- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 388.

3- عيدوني عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 165.

4- عيدوني عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 166.

- لكن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم تقع عليه بعض الإستثناءات أهمها:
- عدم وجود من يلي الأم في الحضانة أو يكون غير مأمون على الطفل أو عاجزا على حضنته.
 - ألا ينازع الأم في المحضون بعد زواجها أحد ممن لهم الحق في الحضانة، و يبدأ حساب المدة من يوم الزواج إلى إنقضاء سنة كاملة.
 - أن يترك الأب أو من يقوم مقامه المحضون عن تراض¹.

لكن إذا إختارت المرأة الزواج بأجنبي غير محرم عن المحضون، فهل يعد هذا تنازلا إختياريا أم غير إختياري عن الحضانة؟ و هل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري.

2- التنازل عن الحضانة

أجاز المشرع الجزائري للحاضنة التنازل عن الحضانة و لكن قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فإذا تنازلت الأم عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها لأنه يضر بمصلحة المحضون².

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بأنه: "تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضنته لأمه بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التطلاق بسبب الحكم على الزوج لإرتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"³.

كل تنازل من شأنه أن يضر بمصلحة المحضون أو يهددها لا يعتد به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: "من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، و من ثم

1- أنظر، محمد لبن لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2004، ص. 113.

2- عاري سناء، المرجع السابق، ص. 182.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/10/14، ملف رقم 581222، مجلة قضائية، 2011، عدد 1، ص. 248.

فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمههما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون¹.

إذا كان التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم، فإن هذا لا يعني أن التنازل عن الحضانة يفقد حقه في إسناد الحضانة إليه، بل يمكن التراجع عنها لأنها مسألة تخص حالة الأشخاص و مصلتهم، فإذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك رجع للمتنازل حقه في الحضانة.

بهذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد في حكمه على تنازل الأم فقط دون النظر إلى مصلحة المحضون، بل يمكن أن يجبرها على الحضانة في حالة عدم وجود من يحضن الطفل أو يوجد لكن لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

لكن كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة هي ذاتها لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزع أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط مثل تلك التي لا تؤثر على مصلحة المحضون².

منه نستنتج أن ما ذهب إليه المحكمة العليا يكرس مبدأ حماية مصلحة المحضون بغض النظر عن مبدأ المساس بحكم حاز حجية الأمر المقضي به، ذلك أن الأحكام الصادرة في مادة الحضانة مناطها دوما المصلحة العليا و الفضلى للمحضون. و أنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة، بالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما إستجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانتها أمه.

نستنتج أنه يشترط في التنازل عن الحضانة الشروط الآتية:

1- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1998/4/21، ملف رقم 189234، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص. 175.
2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 295.

- 1- إستصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة، بإستثناء البنت إذا بلغت سن الزواج فإن حضانتها تنتهي بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها.
- 2- أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها و هذا شرط بديهي فلا يملك إستعمال الحق إلا مستحقه، و لما كانت الحضانة غير قابلة للتجزئة إلا بموجب مبرر شرعي كان التزول عنها غير قابل للتجزئة¹.
- 3- أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضرا بمصلحة المحضون.
- 4- لا يمكن التنازل عن الحضانة إلا إذا وجد حاضن آخر.

ج- أسباب سقوط الحضانة الواردة في المادتين 69 و 70 من قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له، أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

كما أن من مسقطات الحضانة أيضا المساكنة و يقصد بها مساكنة الحاضنة للمحضون مع التي سقطت عنها الحضانة، و هي الحالة التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 70 من قانون الأسرة حيث نصت على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

1- سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي

الظاهر من المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري أن الحاضن الراغب في الإستيطان في بلد أجنبي أن يتوجه إلى القضاء ليسمح له بإستصحاب المحضون معه بعد إثبات الحضانة له، و أن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

1- عبد الحميد عيوني، المرجع السابق، ص. 164.

إلا أنه و بالرجوع إلى الإجتهد القضائي نجده يميل إلى إسقاط حضانة الحاضن الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي¹. بسبب إستحالة ممارسة الأب أو الولي حقه في الرقابة، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 1993/2/23 بأنه: "من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون، كما أنه يجب مراعاة حال الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع الشرط"².

أما إذا إنتقل الحاضن بالمحضون من بلد إلى آخر داخل الوطن من شماله إلى جنوبه أو العكس فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة³.

منه نستنتج أن حق الحضانة لا يثبت للحاضنة بصفة مؤبدة و إنما هو أداء أوجب القانون، فإن قام به الحاضن كما أورده القانون لا يلغي حقه إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني لنهاية الحضانة، وإن أخل بما أقره القانون أو فقد شرطا و جب إسقاطها و منحها لمن يليه بالرتبة مع تحليه بالشروط الواجبة لممارسة الحضانة.

2- سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

تنص المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

يؤخذ المشرع هنا أنه قيد حكم إسقاط الحضانة في مساكنة المحضون مع من سقطت حضانته بحالة مساكنة الجدة أم الأم و خالة الحاضنين مع الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون. و يظهر من إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم أمر منطقي،

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 389.

2- نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 138.

3- أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هوم، الجزائر، 2007، ص. 142.

لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها و بصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة.

ثانيا: عودة الحضانة لمستحقها بعد سقوطها

إذا أسقط المستحق للحضانة حقه فيها، ثم أراد العودة إليها أو أسقطت نتيجة طروء مانع يمنع منها، ثم زال هذا الطارئ فهل من حق الحاضن العودة إلى الحضانة أم لا؟

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري".

بمعنى أن يكون مجبرا على ذلك و ليس بملا إرادته كأن يكون هناك سبب يمنعه من ممارسة هذا الحق، كعدم القدرة على حسن التربية على دين أبيه، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه و الذي سلب حق الحضانة من أجله.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف الحاضن بناء على إرادته و إختياره فإن حق الحضانة وفقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه¹.

لذلك يجب أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: تتمثل في سقوطها غير الإختياري و هذه الحالة تمكن الحاضن من إسترجاع حقه في الحضانة.

الحالة الثانية: هي سقوط الحق في الحضانة بسبب مستحق الحضانة و هو سبب إختياري.

1- سقوط الحضانة غير الإختياري

المقصود في هذه الحالة توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66 و مايليها في قانون الأسرة الجزائري.

1- عاري سناء، المرجع السابق، ص. 75.

المشرع الجزائري تكلم عن حالتين يمكن فيهما أن يعود حق الحضانة إلى الحاضن:

الحالة الأولى: ذكر أنه إذا كان حق الأم في حضانة ولدها يسقط عنها بسبب زواجها بشخص أجنبي عن المحضون، فإن هذا الحق سيعود إليها إذا هي طلقت أو توفي زوجها و لم تتزوج من شخص غريب عن المحضون¹.

الحالة الثانية: هي ما إذا كانت الحضانة موكلة للحالة أو الجدة لأم وسكنت مع المحضون في السكن الذي تقطن به أم المحضون، و كانت هذه الأخيرة متزوجة مع أجنبي عنه، فإنها تكون بذلك قد خالفت القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 70 و لن تعود إليها الحضانة إلا إذا إنتقلت مع المحضون إلى سكن مستقل عن أم المحضون و بعيدا عنها.

2- سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة

في هذه الحالة سبب سقوط الحضانة هو تصرف مستحق الحضانة و ذلك بإرادته المنفردة، و في هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد و الأساس و هو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، و تكون هذه الحاضنة غير متهية للحضانة مما يتوجب رفض الطلب².

و لا يسري على الأم وحدها و إنما المستحقين للحضانة من الحالة أو الأب و غيرهم الذين لا يستفيدون من أحكام المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري، أي عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط، و هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/2/27 أنه: "من المقرر فقها و قانونا أن المتنازلة عن الحضانة بإختيارها لا تعود إليها و لا يقبل منها إسترجاع الأولاد"³.

1- نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 141.

2- أشار المالكية إلى أنه إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة بإرادتها دون عذر، ثم زال ذلك، و أرادت أن يعود إليها حقها في الحضانة فالمشهور عندهم: أنها لا تعود إليها، بناء على أن الحضانة حق للحاضن، فلا تعود بزوال المانع. و قيل: تعود بناء على الحضانة حق للمحضون.

متى يصح بقاء الطفل مع الحاضنة رغم زواجها بأجنبي؟

1- أن تكون وصية على خلاف في هذا الوجه.

2- أن يكون الطفل رضيعا لا يقبل غيرها، و يقبل غيرها، لكن لم ترض بإرضاعه إلا في بيتها، فلا ينزع الطفل عن أمه.

3- إذا كان زوجها أرفق به من الأجنبية يسلم إليها.

4- إذا كان من تؤول إليه الحضانة بعد الأم غير مأمون أو عاجزا عن القيام بالحضانة.

5- إذا لم يكن للولد قرابة لا من الرجال و لا من النساء.

6- إذا كان الأب عبدا و الأم حرة تسلم إليها.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش. 1989/2/27، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا، 1990، عدد 3، ص. 85.

إلا أن هناك إستثناء يمكن عودة الحضانة للحاضن بعد سقوطها، و هو وجود مبرر شرعي، وبالتالي فإنه لا يجوز لأي أحد بأي حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا كان قد قرر التراجع عن التنازل أو قرر أن يطلبها بعد منحها لغيره.

تجدر الإشارة أنه مهما يكن من أمر فإن عودة حق الحضانة إلى من كان أهلا لها لا تكون إلا بموجب حكم من المحكمة.

المطلب الثاني: أحكام مسؤولية الكافل بإعتباره مكلفا بالرقابة

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني بعدما كان معمولا به في الجاهلية قبل الإسلام، أين كان النبي محمد صلى الله عليه وسلم قبل النبوة متبنيا زيد بن الحارثة و الذي كان يدعى في ذلك الوقت زيد بن محمد، مثل باقي العرب في تلك الحقبة من الزمن.

إلا أن هذا التحريم كان له بديل و ذلك لحماية شريحة من المجتمع التي كانت ضحية تصرفات سلبية التي نجم عنها الأطفال مجهولي النسب¹.

هذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية، منها الجزائر التي إستبعدت نظام التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة و أعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد 116 و 125² من قانون الأسرة الجزائري و هو بذلك يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها مصدرا أساسيا لقانون الأسرة. و نحاول في هذا المطلب الوقوف على الطبيعة القانونية للكفالة في الفرع الأول ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى شروطها أما الفرع الثالث نتطرق إلى آثارها و إنقضائها.

1- أنظر، علال أمال، التبني و الكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص. 29.

2- نصت المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، و أن يكون بعلم النيابة العامة و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة

إن البحث في الطبيعة القانونية للكفالة يقتضي الوقوف بداهة عند مفهومها، ثم نتعرض إلى التمييز بينها وبين الحضانة.

أولاً: مفهوم الكفالة

إن الخوض في مفهوم الكفالة يستلزم تحديد تعريفها وخصائصها.

أ- تعريف الكفالة

يمكن تعريفها بحسب المعنى اللغوي والإصطلاحي.

1- التعريف اللغوي للكفالة

مصدر: كفل يكفل بفتح الفاء و كسرهما كفالة، و الكفيل: المثل و جمعها: كفلاء، و يقال للأنتى: كفيل، و قد يقال للجمع كفيل.
و الكفالة: الضم، يقال كفل فلان فلانا بمعنى ضمه إليه¹.

و قوله صلى الله عليه وسلم أنا و كافل اليتيم كهاتين في الجنة و أشار بالسبابة والوسطى و فرج بينهما، أي ضم اليتيم إلى نفسه. فهي من، كفل يكفل كفالة، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له².

2- التعريف القانوني للكفالة

الكفالة في القانون لها معنيين: معنى حسب القانون المدني و معنى حسب قانون الأسرة. فالقانون المدني: عرفها في المادة 644 بأنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الإلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

1- أنظر، أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، 2009، ص. 10.

2- أنظر، علي محمد عبد الحافظ السيد، عقد الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 4.

أما قانون الأسرة عرفها في المادة 116 على أنها: "الكفالة هي عبارة عن إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي".

كما نعي بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه¹.

لقد إعتبر الفقه الإسلامي الكفالة إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو امرأة. و عليه تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب و يترتب على ذلك:

الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الإبن الشرعي بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع إبنه، و الذي يترتب عليه حقوق و إلتزامات متبادلة مع مراعاة حدود الشريعة الإسلامية و عليه:

- الكفالة تحمي الحقوق الميراثية و تمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث.

- الكفالة تحافظ و تحمي الأنساب، إذ يبقى المكفول أجنبيا عن الأسرة المكفولة.

ب- خصائص الكفالة

إنطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للكفالة في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري يمكن إجمال خصائصها في النقاط الآتية:

1- الكفالة إلتزام للقيام بولد قاصر على وجه التبرع

نفصل في ذلك كمايلي:

أ- الكفالة إلتزام للقيام بولد قاصر

تنص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي".

1- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 31.

إن هذا العمل الإنساني إلتزام قانوني إتجاه طفل قاصر مجهول أو معلوم النسب و عليه لابد من تحديد معنى الطفل القاصر معلوم و مجهول النسب.

أولاً: مدلول الولد القاصر

نتناول فيمايلي مدلوله لغة و شرعا و قانونا.

1- المدلول اللغوي للقاصر

القاصر لغة بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عجزاً، أو عجز عنه و لم يستطعه، و هو العاجز عن التصرف السليم¹.

2- المدلول الشرعي للقاصر

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه. حيث جعلت الشريعة الإسلامية من بلوغ الحلم آية لنهاية مرحلة الطفولة، و علامات البلوغ عند الذكور هي الإحتلام، أما علامات البلوغ عند الإناث فهي الحيض و الإحتلام.

3- المدلول القانوني للقاصر

جاء في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري تحديد معنى القاصر على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

إن مفهوم القاصر في القانون المدني أشمل مما قصده المشرع في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري حيث ركز المشرع في قانون الأسرة على الطفل القاصر مستبعداً المحجور عليهم لعتة أو جنون أو سفه. و من ثم فالمدلول القانوني للطفل القاصر في الكفالة على ضوء قانون الأسرة: هو كل ذكر أو أنثى لم يبلغ سن الرشد القانوني و هو سن 19 سنة.

1- أنظر، باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، 2010، ص. 19.

ثانيا: مدلول الطفل المجهول النسب أو معلوم النسب

إن الإلتزام بالقيام بولد قاصر يقوم عى تعهد الكافل برعاية ولد قاصر حيث يسعى من خلال هذا العمل الإنساني إلى ضمان حياة إجتماعية مستقرة و تربية سليمة للطفل المكفول، و قد وضعه المشرع لغاية إجتماعية لرعاية مجهولي النسب، و كذا تولى أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته لظروف معيشية صعبة، أو عدم القدرة المادية، أو في حالات الأطفال غير الشرعيين كالطفل معلوم الأم، أو الأطفال الموجودين في مراكز الطفولة المسعفة. و إنطلاقا من نص المادة 119¹ من قانون الأسرة الجزائري فالكفالة تنصب على الطفل القاصر سواء كان معلوم أو مجهول النسب، و نورد فيمايلي المقصود بالمدلولين:

1- مدلول الطفل مجهول النسب

لم يعرف المشرع في قانون الأسرة المقصود بالطفل مجهول النسب، كما نلاحظ تعدد المصطلحات التي يمكن أن تتداخل مع وضعية الطفل مجهول النسب كاللقيط و أيتام الدولة، و سنوضح ذلك فيمايلي:

أ- تعريف اللقيط

إتفق الفقهاء على أن اللقيط من كان صغيرا لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه ذكرا كان أو أنثى، و لكنهم اختلفوا في المراد بالصغر، فيرى الحنفية أن المقصود باللقيط من كان حديث الولادة و قريب العهد بها، و قد طرحه أهله خوفا أو فرار من تهمة الزنا، أما بعض المالكية فيرون أن اللقيط يطلق عليه منذ ولادته حتى يصل سنه دون التمييز، و قد أشار إلى هذا القول بعض الشافعية. و في رواية ثانية للشافعي و الحنابلة أن اللقيط هو من وصل إلى سن التمييز².

1- نصت المادة 119 من ق. أ. ج على أن: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

2- أنظر، محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإقتصادية و القانونية، جامعة دمشق، 2009، عدد 1، ص. 794-800.

ب- أيتام الدولة

يصطلح عليها كذلك بالطفولة المسعفة: و هي تلك الفئة من الأطفال المحرومين من الأسرة، أي الوسط الذي يشمل الوالدين و الإخوة و تودع في مراكز خاصة بالتكفل من جميع النواحي النفسية و الإجتماعية و التربوية غير أنها تبقى تعاني دوما من الحرمان الذي يولد لها اضطرابات أخرى، وتشمل فئة أيتام الدولة:

- الولد المولود من أب و أم مجهولين و وجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة وهو لقيط.
- المولود من أب و أم معلومين و متروك منهما و لا يمكن الرجوع إليهما أو أصولهما.
- الذي لا أب و لا أم و لا أصل يمكن الرجوع إليه و ليس لديه أية وسيلة لكسب العيش فهو يتيم فقير.
- الذي سقطت عنه سلطة الأبوين بموجب تدبير قضائي¹.

يمكن تعريف الطفل القاصر مجهول النسب على أنه هو ذلك الطفل المنقطع عن كل أحد، أو هو ذلك الطفل غير معلوم الأبوين كاللقيط، الذي طرحه أهله بعد ولادته أو كان معلوم الأم مجهول الأب.

الطفل مجهول النسب ولد وجد في ظروف غامضة و غير معروفة تعذر معها معرفة إلى من ينتسب، فقد حرم من حنان و عطف الأبوين و العيش في أسرة طبيعية، و لهذا يعد يتيما من ناحية حرمانه من الرعاية الأسرية.

1- أنظر، دحينات خديجة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص. 39.

2- مدلول الطفل معلوم النسب

لا تقتصر الكفالة على الطفل مجهول النسب بل تشمل حتى الطفل معلوم النسب¹ إن كان يتيما أو أبواه متوفيان أو فاقد الأهلية أو غير قادرين على رعايته فيعتدان به إلى شخص آخر ليتكفل به².

ب- الكفالة إلتزام على وجه التبرع

تنص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الكفالة إلتزام على وجه التبرع..."
وعليه:

- لا يحصل الكافل على الأجرة مقابل الكفالة.
- لا يعتبر ما أنفقه الكافل على المكفول دينا في ذمة هذا الأخير.
- يشترط في الكافل طبقا للقواعد العامة في القانون المدني أن تتوافر فيه أهلية التبرع التي لا تكون إلا ببلوغه سن الرشد القانوني غير محجور عليه مع مراعاة خصوصية و طبيعة هذا الإلتزام و متطلباته.
- الكفالة إلتزام شخصي³ يكون فيه الشخص الكافل محل إعتبار فلا ينتقل الإلتزام إلى الورثة فلا بد أن تتوافر في الشخص الكافل شروط يحددها القانون.

2- الكفالة بين العقد و النظام

من خلال الرجوع إلى نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها نصت على أن الكفالة تتم بعقد شرعي.

1- الطفل معلوم النسب هو الطفل معلوم الأبوين و يكون له لقباً عادياً، أما الطفل مجهول الأبوين فقد يكون طفل غير شرعي و قد يكون طفل شرعي و لكن تم ريمه في الشارع لفقير الآباء أو لأسباب أخرى، و يكون لها لقباً وهمياً.

2- محمد ربيع صباهي، المرجع السابق، ص. 830.

3- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 62.

يقصد المشرع الجزائري بذلك محررا متوافقا مع مقتضيات و أحكام القانون، حيث إشرط المشرع بالنسبة للكفالة في قانون الأسرة الجزائري إفراغ هذا التصرف في شكل قانوني معين، عندما أعطى صلاحية إسناد الكفالة إلى جهة رسمية. و هي الموثق أو المحكمة طبقا لنص المادة 117¹ من قانون الأسرة الجزائري. وعليه ورود كلمة عقد في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري بمناسبة تعريف المشرع الجزائري للكفالة و إن إنصرف إلى المفهوم الفني للعقد طبقا لنص المادة 59 من قانون المدني الجزائري². إلا أنه لا ينصرف بالضرورة إلى المفهوم الفلسفي للعقد في القانون المدني و الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة و على الحرية التعاقدية، و هذا بالنظر إلى مضمون الكفالة و الهدف المتوخى منها و هو رعاية الأطفال القصر، هاته الفئة من المجتمع التي تحضى بحماية خاصة من المشرع، و من ثم يترك فيها مجالا ضيقا لإرادة أطرافها من مرحلة الإنشاء إلى الإنقضاء، على إعتبار المشرع الجزائري حاول أن يراعي في مختلف نظم رعاية الطفل مصلحة الطفل حتى في مواجهة أبويه الشرعيين فمن باب أولى مراعاتها في الكفالة³.

مما لا شك فيه أن المشرع عندما إعتبر الكفالة عقدا شكليا يفترض تسميته بمحرر رسمي أو وثيقة رسمية أراد من خلال ذلك إحاطته بجملة من الأحكام القانونية التي تستمد روحها من أحكام الشريعة الإسلامية على إعتبارها مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري.

نوجز خصائص الكفالة فيمايلي:

- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية إجتماعية و ذلك لرعاية الأولاد للقطاء و كذا مجهولي النسب و تولى أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته و رعايته لظروف مادية.

- الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاثة أطراف هم: الكفيل و المكفول و الشخص أو الهيئة التي ترم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة.

1- تنص المادة 117 من ق. أ. ج على أنه: "جب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق و أن تم برضا الأبوين".

2- تنص المادة 59 من ق. م. ج على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

3- تنص المادة 124 من ق. أ. ج على أنه: "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتها يجيز الولد في الإلتحاق بها إذا بلغ سن التمييز و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

- الكفالة إلتزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل. كما أنها تضع الطفل المكفول في مرتبة الإبن الشرعي و الذي يترتب عليه حقوق و إلتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بإبنه.

- الكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة.

- الكفالة ليست أبدية بل تسقط و تنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.

- الكفالة تحافظ و تحمي الأنساب، إذ أن المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.

- الكفالة تحمي الحقوق الميراثية و تمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط¹.

ثانيا: تمييز الكفالة عن الحضانة

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة و الحضانة لأن كل مهما تهدفان إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا و كذا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية، لكن أصلا هناك إختلاف فيما بينها، و عليه يمكننا التطرق إلى التمييز بين كل من الكفالة و الحضانة.

لابد من معرفة الفرق بين الكفالة و الحضانة، و ذلك لأن من الفقه من جعلهما مترادفين².

يقال كفل فلان فلانا، بمعنى عاله و أنفق عليه و قام بأمره، و حضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه إلى صدره. من خلال هذين التعريفين نستقطب الفرقين الآتيين:

- إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين أن الحضانة غرضها مد الحنان والرعاية و تقديم الخدمات المادية.

1- تنص المادة 123 من ق.أ.ج على أنه: "يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".
2- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.3، دار الفكر، دمشق، 1992، ص.717.

- إن الكفالة إلتزام، و على وجه الدقة عقد، يتم بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض و لا يقدمه، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجره.
- إن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.
- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما، بينما الكفالة تطلق في الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين.
- المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب، أما المحضون يطلق على الطفل معروف النسب.
- إن الكفالة تبقى مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما، أو التخلي عنهما. أما إنهاء مدة الحضانة فتكون بالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات مع إمكانية تمديدتها لسن 16 سنة، و الأنثى ببلوغها سن الزواج¹.

الفرع الثاني: شروط الكفالة

إن عقد الكفالة كباقي العقود الأخرى التي يجب عند إنعقادها توفر شروط و هذه فيها ما تتعلق بالكافل و منها ما يتعلق بالمكفول و منها ما يتعلق بعقد الكفالة.

أولاً: الشروط المتعلقة بالكافل

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118² نجدهما قد حددا شروطا عامة التي يجب أن تتوفر في الكافل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فالهيئة المكلفة بأن تعقد عقد الكفالة أن تتأكد من توافر هذه الشروط في الكافل و هي: الإسلام، العقل، القدرة، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير تلك الواردة في المادتين السالفتين الذكر.

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 36.

2- تنص المادة 118 من قا. أ. ج على أنه: " يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته".

أ- الشروط التي تعرض لها المشرع الجزائري

1- شرط الإسلام

بالرجوع إلى نص المادة 118 نجد أن المشرع قد إشتراط أن يكون الكافل مسلما أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم لأن هذا الأخير قد يجره إلى تغيير دينه و بالتالي تكون الكفالة نقمة عليه بدل أن تكون نعمة و قد حذر الله عز وجل من موالة الكافرين.

مادامت الكفالة تركز أساسا على رعاية المكفول فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد و في تكوين أخلاقه، و الأخلاق الإسلامية تتضمن الصدق و الأمانة و روح المسؤولية، و هذه الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر نظرا لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل¹.

بذلك إعتبر شرط الإسلام شرطا ضروريا و بالتالي الغير مسلم سواء كان مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب بكفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه، و هذا ما يجري عمليا في المحاكم. و يستتج أن القانون الجزائري لا يهتم بجنسية الكافل كإهتمامه بدينه. و عليه من المفترض أن لا يكون الكافل أجنبيا إذا كان غير مسلم، حتى و لو كان مقيما في الجزائر، فإنه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يميز ذلك. لكن كيف يمكن لمانح الكفالة أن يتحقق من دين الكافل؟

لو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم و قدم شهودا أمام القاضي و طلب القاضي شهود للتحقق من ذلك. هل القاضي بناء على شهادة الشهود و بدون أي وثيقة تثبت عدم الإسلام يرفض الطلب؟

هنا يمكن القول أن السلطة التقديرية تعود لمانح الكفالة و ذلك بعد التحقق بإستخدام جميع الوسائل سواء بسماع الشهود أو القرائن أو غيرها من الوسائل التي يمكن الإستعانة بها في هذه النقطة. لأنه لو رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد و يربيه على دين

1- علال أمال، المرجع السابق، ص. 72.

أبيه، و تسقط إذا إختلت إحدى شروط الحضانة و من بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام، ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذ حتى و لو كان الكافل جزائري الجنسية و ثبتت رده أو إعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب و كذا الأمر بالنسبة للموثق¹.

قد يثور التساؤل فيما إذا كان طالب الكفالة جزائري الجنسية و لكن مقيم بالخارج، بحيث لم يشترط القانون شرط الإقامة و عليه في هذه الحالة يفهم ضمنا أنه يمكن ذلك و لكن مع مراعاة شروط المادة 118 من قانون الأسرة السالفة الذكر.

2- شرط العقل

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على هذا الشرط بعبارة عاقل و يقصد به أن يكون الكافل عاقلا، متمتعا بالأهلية القانونية الكاملة أي يجب أن يكون بالغ لسن الرشد و غير محجور عليه بسبب جنون أو عته و هذا الشرط من السهل التحقق منه.

يرجع تقدير مسألة العقل لسلمة القاضي حسب ظروف كل حالة و ما يتطلبه القاصر من رعاية و عناية و تربية، فالطفل في سن 15 سنة يختلف عن القاصر حديث الولادة الذي يختلف بدوره عن طفل ذو السن 4 سنوات أو 5 سنوات و حاجته إلى الكافل في مرحلة من المراحل².

3- شرط القدرة

هذه القدرة قد تكون جسدية و قد تكون مادية.

أولا: القدرة الجسدية

أي لا يكون الكافل مصابا بعجز يمكن أن يقف حاجزا كمن له عاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين، خصوصا الأعمى، و مما يمكن إستنتاجه ضمنا من خلال

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 73.

2- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 75.

شرط القدرة الذي وضعه المشرع أن يكون طالب الكفالة غير مصاب بمرض معد أو مرض مزمن وخطير أو مرض نفسي يمنعه من مباشرة مسؤولياته إتجاه الطفل المكفول.

ثانيا: القدرة المادية

يقصد المشرع بالقدرة هنا الحالة المادية و الإقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا و ليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة، و إلا رفض الطلب مراعاة لمصلحة الطفل¹.

الشيء الملاحظ أنه من المفروض أن مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن يتم تنظيمها بمقتضى التشريع و يبين كيفية إثبات هذه الوضعية.

هل يتم إثباتها بشهادة العمل أم كشف الرواتب، أم السجل التجاري، هذا من جهة و من جهة أخرى فهناك عدة إشكالات عملية مطروحة في غياب النص التشريعي مثلا:

- هل يشترط في الكافل أن يكون ذكرا فقط أم يجوز للمرأة كفالة الغير؟
- هل يمكن للهيئات و الأشخاص غير الطبيعيين أن يطلبوا الكفالة؟
- هل يشترط الفارق في السن بين الكافل و المكفول، و كم هذا السن؟
- هل يشترط في الكافل أن يكون متزوج؟ و هل يشترط موافقة الزوج و الزوجة إذا كانا على قيد الحياة؟

هناك من يقول أنه: "إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الآخر"².

إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن و القاضي يوميا، إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض و لا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري و كي توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

1- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 75.

2- أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط. 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 169.

كما يشترط في الكافل أن يكن آمينا على مصالح المكفول المادية و المعنوية في الرعاية الحسنة والمعاملة الطيبة.

كما أنه من الناحية العملية، يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب و أم حتى يشعر بدفء العائلة التي حرم منها، و حتى ينشأ كطفل عادي في ظروف عادية¹.

ب- الشروط التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري

هناك شروط أخرى ضرورية لكن غير واردة في المادتين السالفتين الذكر و نقصد بها تلك الشروط التي لم يتعرض لها المشرع في تقنين الأسرة الجزائري، حيث ترك العديد من المسائل الغامضة رغم أنها في غاية الأهمية، إذ تبقى فيها للقاضي السلطة التقديرية و تراعي فيها المصلحة الفضلى للطفل المطلوب كفالاته عند إعمالها² نورد أهمها فيمايلي:

1- الشرط المتعلق بالزواج

بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد نص قانوني ينظم شرط الزواج لكن عمليا على مستوى مديرية النشاط الإجتماعي طالب الكفالة يتم إرفاق الملف بشهادة عقد زواج، و هذا الذي يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرفها لكون الغاية من الكفالة تنشئة الطفل في كنف الأسرة و العائلة التي كان يفترق إليها سابقا³.

2- الشرط المتعلق بجنس الكافل

إن المشرع الجزائري ترك عدة غموضات و بذلك هناك إشكاليات تطرح و لا نجد لها أجوبة، رغم أنها مهمة جدا ففي نص المادة 118 قانون الأسرة نص على أنه: "يشترط أن يكون الكافل مسلما..." هنا المصطلح يؤكد على "الكافل" هل يعني به الرجل أم المرأة لأنها تعتبر "كافلة". لأنه من المفروض أن ينص بشكل صريح على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة خصوصا في المراحل

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 76.

2- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 169.

3- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 78.

الأولى للحضانة لأنها أولى من الرجل في رعاية الطفل و تنشئته و تربيته و إعطائه الحنان، بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة و ليس بين أحضان الرجل، بحكم طبيعة كل منهما.

3- الفارق في السن بين الكافل و المكفول

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة لا نجد نص قانوني ينظم هذه الوضعية مع العلم أنه لو فرضنا أن طالب الكفالة يوم تقديم الطلب بلغ سن 19 سنة، و المكفول كان سنه آنذاك 17 سنة، و عليه فالمنطق لا يقبل هذه المعادلة، و في غياب نص صريح في قانون الأسرة ينظم شرط الفارق في السن بين الكافل و المكفول كحد أدنى¹. فإنه على مستوى مديرية المساعدة الإجتماعية هناك شروط أخرى زيادة على الشروط التي نص عليها المشرع و من بينها:

الحد الأعلى هو 60 سنة بالنسبة للرجل و 55 سنة بالنسبة للمرأة و هنا المكلفة بدراسة ملفات طلبات الكفالة بالنسبة للطفل مجهول النسب.

4- الشروط المتعلقة بالكافل بالشخص المعنوي

لا يوجد نص قانوني في تقنين الأسرة الجزائري يشير إلى حق الأشخاص المعنوية في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، و الهيئات و المنظمات و الجمعيات ذات الطابع الإجتماعي. مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الإعتبارية عادة لها مركز مالي و تسيير بشري لائق يمكنها من التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، و حتى الأطفال معلومي النسب، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة و إعطائها الحق في الكفالة، أحسن من أن تقوم عائلات بيع أبنائهم لعدم توفر الوسائل المالية المعيشية أو قتلهم².

5- شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معا على قيد الحياة

إن مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة، رغم أنها ضرورية في تنشئة القاصر المكفول و تحقق الغرض المطلوب من الكفالة، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط هذا

1- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 77-78.

2- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 77.

لا يعني دائما موافقة الزوجة. و لهذا من أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة و بحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق و يتم سماعها على محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية، و عليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذه الشرط و التنصيص عليه في قانون الأسرة، لأنه وجدنا عمليا أن أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط و حضور الأطراف.

إن كل هذه الشروط سكت عليها المشرع و لم ينص عليها في قانون الأسرة و ترك غموض كبير في مجال الكفالة خاصة في الشروط الواجبة في الكافل فالمشرع نص في المادة 118 على 3 شروط: شرط الإسلام، شرط العقل، و شرط القدرة، كما أنه لم يتعمق فيها. لكن على مستوى مديرية المساعدة الإجتماعية هناك شروط أخرى زيادة على الشروط التي نص عليها المشرع و هي:

- مسلما، عاقلا، قادرا على القيام بشؤون المكفول و رعايته.
- دخل طالبي الكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.
- يجب توفر سكن لائق و صحي لطالبي الكفالة.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمكفول

إن القانون الجزائري لم ينص على شروط خاصة متعلقة بالمكفول و منه يمكن لأي طفل سواء معلوم أو مجهول النسب أن يكون مكفولا، لكن الشرط الوحيد الذي يمكن أن يستشف من المادتين 116 و 119 من قانون الأسرة أن يكون غير بالغ سن الرشد و الذي هو محدد في القانون المدني ب 19 سنة¹.

يلاحظ أن المشرع لم ينص على السن التي تشترط في المكفول صراحة في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الأسرة لكن أحالنا إلى القانون المدني باعتباره يحتوي على المبادئ العامة للقانون.

1- نص المادة 40 من القانون المدني: ".... سن الرشد 19 سنة كاملة".

إن القاضي حتى يبرم عقد الكفالة عليه أن يجري تحقيقا في الملف و من بين الأمور التي يجب التأكد منها هو شرط السن فقانون الأسرة إشتراط أن يكون ولدا قاصرا فقط. و الحكمة من ذلك أن يكون المكفول صغير السن حتى يمكن السيطرة عليه و تربيته و نشأته و إدماجه داخل الأسرة الكافلة، و إلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سن الرشد¹.

هذا و لا فرق أن يكون الولد المكفول ذكر أو أنثى. إلا أنه من حيث الإنقضاء و الآثار هناك فرق بين المركزين القانونيين لإعتبارات ترجع إلى التكوين النفسي و الطبيعي لكلا منهما.

حسب نص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري: "الولد المكفول قد يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

قد يكون للولد القاصر الذي يرغب التكفل به أصل و نسب معلوم، كأن يكون أبواه على قيد الحياة لم يستطيعا القيام به لظروف ما، فيضعانه في كفالة شخص آخر و يتنازلا عليه للكافل، أو في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقد الأهلية لأي سبب من الأسباب فإن الرضا يكون للمجلس العائلي بعد موافقة من كان في حضنه الولد، و إن كان للولد أم معلومة و أب مجهول فلها حق الموافقة على الكفالة بتصريح كتابي منها².

لا يثور الإشكال إذا كان الطفل القاصر مجهول النسب و موجود على إقليم التراب الوطني فإنه يعتبر جزائري الجنسية إنطلاقا من المادة 7 من قانون الجنسية، أما بالنسبة لمعلوم النسب فيفهم ضمنا إمكان أن يكون أجنبيا، إلا أن الإشكال يثور بالنسبة للطفل الأجنبي هل يمكن للطفل القاصر و جنسيته أجنبية، أن يكفله جزائري الجنسية³؟

لم ينص المشرع في قانون الأسرة و لم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو بالرفض، فيما يخص إمكانية كفالة قاصر أجنبي مقيم في الجزائر من طرف شخص جزائري الجنسية. فمبدئيا في حالة وجود نص صريح يحكم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب.

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 80.

2- الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص. 170.

3- الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص. 170.

نفس الشيء في الحالة الثانية، القاصر ذو جنسية جزائرية و طالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر، فإنه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك¹.

ثالثا: الشروط المتعلقة بعقد الكفالة

إن عقد الكفالة ينشأ صحيحا عند تبادل أطرافه "الكافل و الأبوان معا أو الأم أو المؤسسة المكلفة بالتكفل بالأطفال". إضافة إلى خلو الإرادة من أي عيب من العيوب التي قد تصيبها التي تؤدي إلى جعلها باطلة سواء كان البطلان نسبي أو مطلق، فنجد أن المشرع الجزائري أفرغ إرادة الأطراف في عقد رسمي و يكون ذلك أمام المحكمة أو أمام الموثق.

لكن ما يمكن ملاحظته أنه يوجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة، داخليا نجد حسب المادة 117 من قانون الأسرة القاضي و الموثق و في الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة².

- الشرط الأول: الكفالة أمام القاضي

إن المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية، فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص. و هذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين و بعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف.

هذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوقه، و النيابة العامة تمثل المجتمع و تعمل على حماية الحقوق و الحريات فيه.

من جهة ثانية، فإن أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد و هو الكافل بتسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية سواء للكافل أو المكفول.

1- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 81.

2- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 171.

دور القاضي هام، ذلك أنه المراقب على التعاقد بين الكافل و الوالي و الذي محله القاصر، فهذا الأخير جدير بحماية القاضي و بمراقبة مدى إمكانية تحسين معيشتة بتغيير وليه سواء كانا أبواه معلومين أو موضوع بمؤسسة حماية الطفولة¹.

- الشرط الثاني: الكفالة أمام الموثق

إن المشرع وجد أن إبرام العقد أمام المحكمة يسبب حرجا للكافل أو والي المكفول أو حتى تأثير على نفسية المكفول، فقد أوجد طريق آخر لإفراغ العقد في شكل معين ليوجد في حياة القانون وذلك أمام ضابط عمومي و هو الموثق و هذا ما تؤكد المادة 117 من قانون الأسرة و تركزت للأطراف الخيار بين اللجوء للمحكمة أو أمام الموثق.

يعد عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية، ذلك أنه يضع المكفول القاصر في مركز قانوني جديد بعد أن كان ابن شرعي فيغير مركزه و حالته إلى مكفول تحت ولاية الكافل.

حاليا بالنسبة للأطفال الموجودين في مديرية النشاط الإجتماعي لا تجري الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط².

- الشرط الثالث: البعثات الدبلوماسية

فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى مصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة و المذكورة عند طالبي الكفالة القاطنين بالتراب الوطني، و يتضمن الملف مايلي:

- تحقيق نفسي إجتماعي مملوء و موقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة و المعنية.

- نسخة طبق الأصل من بطاقات و وثائق التعريف.

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 83.

2- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 85.

- في حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

الفرع الثالث: آثار الكفالة و إنقضاءها

إن عقد الكفالة لا ينعقد إلا بتوفر الشروط التي حددها القانون و بموجبها تقوم الكفالة فهو لا ينعقد إلا بتوفر الشروط التي حددها القانون و بموجبها تقوم الكفالة صحيحة و تكون صالحة لأن تنتج آثارها القانونية ككل العقود التي تجوز رسميتها، و تتميز هذه الأخيرة بالديمومة و الإستمرارية إلى أن يطرأ عليها أي ظرف يؤدي إلى زوال آثارها في واقع القانون أو إنقضاءها و هذا ما سنتطرق إليه.

أولاً: آثار الكفالة

سنتطرق إلى آثار الكفالة بالنسبة للكافل و المكفول.

أ- آثار الكفالة بالنسبة للكافل

إن الكفالة حسب نص المادة 116 من قانون الأسرة أنها إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه، فالكافل يعتبر من ناحية الرعاية و النفقة بمثابة الأب الشرعي للمكفول، و يعامله على أساس أنه إبنه الشرعي، غير أن الإختلاف بين ولاية الكافل و ولاية الأب و الأم معلومي النسب، و ولاية المكفول مجهول النسب الذي يكون وليه هو مدير مؤسسة حماية الطفولة كون هاتين الأخيرتين مستمدة من القانون. أما الولاية بموجب الكفالة تستمد من القاضي الذي يقرها، و هذه الولاية الغير أصلية تنصب على القيام بشؤون المكفول و تكون بتوفير الرعاية و العناية الصحية، و التعليم و التربية و النفقة¹. و قد تكون هذه الولاية أصلية إذا كانت بسبب القرابة بحكم القانون (الحضانة). من خلال نص المادة 121² من قانون الأسرة عندما خول الولاية القانونية للكافل و هنا تنتقل بموجب الأمر الولائي لقاضي الأحوال الشخصية و عليه فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول.

1- أظنر، محمد محدة، سلسلة فقه الأسر، ط. 2، أطلس للنشر، الجزائر، 1993، ص. 123.

2- تنص المادة 121 من ق.أ. ج على أنه: "تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

1- الولاية على نفس المكفول

تعرف الولاية إصطلاحاً بأنها: سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بالشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج.

شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول و صيانتته، إذ أن هذه الولاية إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها كذلك تثبت على المجنون و المعتوه. و هذه الولاية الغير أصلية التي نحن بصددتها تنصب على القيام بشؤون المكفول و تكون بتوفير الرعاية و العناية الصحية، و التعليم و التربية و النفقة.

2- إلتزام الكافل بالنفقة و التربية و رعاية الطفل المكفول و قبض المنح العائلية

أولاً- إلتزام الكافل بالنفقة

هي أول ما سوف يقوم به الكافل و ذلك قبل إعطاء القاصر للمكفول فإن المحكمة أو الموثق يتأكد كل منهما من أن ذمة الكافل مليئة و ذلك بتقديم ما يثبت ذلك من كشف للراتب أو ما يثبت ثراه. و بذلك فإن أول ما يلتزم به الكافل من جراء عقد الكفالة هو النفقة على المكفول وهذا ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري. و تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته، و ما يعتبر من ضروريات العرف و العادة. و تكون النفقة إلى غاية بلوغ سن الرشد بالنسبة للمكفول الذكر أما بالنسبة للمكفول الأنثى فإن النفقة تمتد إلى الدخول قياساً على نص المادة 75¹ من قانون الأسرة ، و نظام الكفالة أساسه إلتزام الكافل بالنفقة على المكفول لوجود نية التبرع².

ثانياً: إلتزام الكافل بالتربية و رعاية الطفل المكفول

يشترط في الكافل الشخص الطبيعي شرط الإسلام و عليه فإن الإلتزام بالتربية يكون وفقاً لتعاليم الشريعة الإسلامية، التي تتضمن أحكاماً للتنشئة السليمة للطفل و إلا ما الفائدة من إشتراط

1- تنص المادة 75 من ق. أ. ج على أنه: "تجب نفقة الوالد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول".

2- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 105.

الإسلام في الكافل. و التربية تكون بتلقين المكفول قواعد الأخلاق و منعه من القيام بالأعمال الغير لائقة، و توجيه المكفول في كل مراحل حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه. و العناية هي التكفل بالجوانب الحياتية للمكفول و ذلك بتتبع الحالة الصحية و سلامة جسده و عقله و نفسيته.

يدخل ضمن التربية و العناية التعليم و هو واجب يقع على عاتق الكافل سواء حسب الشريعة الإسلامية أو القانون، حتى يتمكن المكفول من التعرف على المعارف المختلفة و أن يصل إلى مستوى معين في العلم ليتكفل بنفسه مستقبلا ماديا و يعيش حياة سعيدة¹.

الكافل عليه حماية المكفول من كل إعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الإعتداء عليه، و هو الذي يرفع الشكاوى بإسمه و يطالب بالتعويض لفائدته بإعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذه من جهة، و من جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات و الأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير².

فرضا أن المكفول تسبب بفعله الضرر في تحطيم سيارة الغير، هنا الكافل هو الذي يمتثل أمام القضاء و يلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمل التعويض نتيجة خطئه بشرط أن يكون مميزا لأن الخطأ يتطلب التمييز الذي حدده المشرع ب 13 سنة و أن تكون له ذمة مالية، و في حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن المكفول هو الذي يتحمل التعويض.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو أن المشرع لم يحدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة 134 من القانون المدني بإعتباره صاحب الرقابة بموجب الإتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول. إذ كان من الأفضل توضيح النصوص و لتحديد مركزه مثل الأب و الأم و ذلك بالإشارة إلى مسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير لأن فكرة الرقابة القانونية أو الإتفاقية لها مفهوم واسع، و نحن في عصر يتطلب الدقة و الوضوح.

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 106.

2- أنظر، عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج. 2، دار الشباب، الجزائر، 1987، ص. 789.

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة هي جميع المنح العائلية و الدراسية و عليه فإنه يفترض في الكافل العامل أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول. ونص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية و الدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته و مسؤوليته و يقوم برعايته¹.

ب- آثار الكفالة بالنسبة للمكفول

بالرجوع لنص المادة 120 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحماية المدنية". و بناء على ذلك سنتطرق لمسألة اللقب مركزين على وضعية الطفل المكفول معلوم النسب من جهة و مجهول النسب من جهة ثانية.

1- إحتفاظ الطفل المكفول معلوم النسب بنسبه

قد يكون الولد المكفول معلوم النسب من أبويه، و هنا يحتفظ بنسبه منهما و بلقبه حيث يعتبر اللقب مجرد بيان من بيانات وثيقة الميلاد فقط بل تعتبره أيضا حق من الحقوق التي يرثها الإبن عن إبنه، و الحقيقة أن الإبن الشرعي هو وحده الذي يحق له حمل لقب العائلة تبعا للقب أبيه، أما الولد مجهول الوالدين، فليس من الممكن أن يحمل لقب عائلة معينة، و لكن يحق له أن يتسمى بمجموعة أسماء يتخذ آخرها لقبها له، و اللقب العائلي من خصائصه الدوام². كما أن اللقب محمي بحكم القانون من كل تعد عليه، و لا يجوز إستعماله من قبل شخص أجنبي عن العائلة التي تستعمله، و أن كل من ينتحل إسما عائليا أو لقب عائلة غير عائلته و يستعمله دون حق جنحة إنتحال لقب³.

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 108.

2- أنظر، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية للجزائر، وثائق الحالة المدنية و الحالات التي تطرأ عليها، ج. 2، ط. 3، دار هوم للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص. 23.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 24.

2- إمكانية تغيير لقب المكفول مجهول النسب و منحه لقب الكافل

قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي ليعدل ويخفف من حزم و شدة عدم إمكانية الطفل القاصر المكفول حمل لقب الكافل و الذي نظمه بالمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب إلا أن هذا المرسوم أصبح ملغى. و عليه جاء المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 و أدخل تعديلات على المرسوم المذكور أعلاه و تمثلت في تمكين المكفول من إنتسابه إلى كافله و يكون ذلك بموجب عقد رسمي و حدد إجراءات يمنح بها هذا اللقب يكون بناء على طلب و كيل الجمهورية بعد أن يخطر وزير العدل.

قد صدر المرسوم رقم 92-24 على أساس أنه لا يلغي الإسم الذي إكتسبه قانونا و هذا ما جاءت به المادة 64 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحماية المدنية فهو حق إستعمال. كما أن المكفول لا ينتقل لقبه إلى أولاده إذا أرادوا حمل لقب الكافل لوالدهم فعليهم المطالبة بتغيير لقبهم مع إعتراض حامللي اللقب.

نظرا لكون غاية المشرع من تقرير هذا الحق هي حماية المكفول في مرحلة معينة فإن الأستاذة زواوي فريدة ترى بأنه حق إستعمال فقط فهو لا يلغي الإسم الذي إكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية و يبقى هذا الإسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية ولا يستطيع نقل إسم الكفيل إلى أولاده لأنه إسم تقرر لإستعماله الشخص فقط لأن المكفول ينقل إلى أولاده إسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية كما أن هذا الإجراء لا يرتب أية آثار كالنسب أو الإرث¹.

لقد حدد المرسوم التنفيذي السالف الذكر شروطا قانونية من أجل طلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل، إذ أنه في حالة تخلف أحدها لا يمكن الإستجابة للطلب و بالتالي يرفض من قبل وزارة العدل، و هذه الشروط هي:

1- أنظر، زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مجلة قضائية، 2000، عدد 2، ص. 71.

أ- ضرورة وجود عقد الكفالة

إذ حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول و منحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا له قانونا، و لا يمكن أن تثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو كفالة صادرة من الجهات القضائية، و المشرع لم يتطلب مدة معينة في الإسناد الواقعي للمكفول حتى يتسنى للكافل أن يميضها ثم يقدم الطلب.

ب- ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من الأب

إذ أن المشرع أجاز تغيير لقب المكفول سواء بنتا أو ابنا قاصرا لكن ليس كل مكفول، بل مجهول النسب من الأب فقط لأن معلوم النسب من الأب لا يميز القانون للكافل منحه لقبه.

ت- أن تكون المبادرة و الرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل

إذ أنه لا يمكن أن يتصور أن يقدم الطلب من طرف المكفول لإنعدام أهلية التقاضي، و لكونه هو محتاج إلى رعاية و أن ولايته على نفسه هي مقررة للكافل، و هذا يدل على عنصر هام جدا وهو الإرادة الحرة الغير معيبة إذ يعبر في طلبه عن رضاه الصريح دون أي إكراه.

ث- شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة و على قيد الحياة

إذ أن الأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجل الحالة المدنية و المدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه لكونه مجهول الأب، و بالتالي إشتراط المشرع الموافقة الصريحة أي أن يكون التعبير صريحا عن الإرادة بأن توافق على أن يحمل المكفول لقب الكفيل، و إشتراط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب أما إذا كانت متوفاة أو غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط¹.

لقد حدد المشرع الجزائري الوثائق اللازمة لطالب تغيير اللقب و هي:

- طلب خطي موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام موقع من طرف الوكيل.

1- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 116.

- عقد كفالة محرر طبقاً لأحكام المادتين 116-117 من قانون الأسرة لدى الموثق أو المحكمة أو نسخة مصادق عليها.
- نسخة من شهادة ميلاد الكافل (أصلية، تاريخها أقل من سنة).
- نسخة من شهادة ميلاد المكفول (أصلية، تاريخها أقل من سنة).
- نسخة من سجلات عقد زواج الكافل.
- الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة و على قيد الحياة.
- بالنسبة للأطفال الموجودين في إطار المساعدة الإجتماعية زيادة على هذه الوثائق لا بد من توفير شهادة وضع في إطار الكفالة مسلمة من طرف مدير النشاط الإجتماعي (أو نسخة مصادق عليها)¹.

ثانياً: إنقضاء الكفالة

إن الكفالة هي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة، و عليه إرادة المشرع من خلال النص القانوني هي التي تحدد شروط و آثار الكفالة و الأمر كذلك بالنسبة لأسباب إنقضائها. حيث تنتهي الكفالة لأسباب محددة في قانون الأسرة الجزائري ذكرها المشرع في المادتين 124 و 125 اللتان إتسمتا بالعمومية مقارنة بأهمية هاته المسألة و أثرها النفسي على المكفول.

أ-أسباب إنقضاء الكفالة بسبب الكافل

نتعرض لها من خلال مايلي:

1-إنقضاء الكفالة لإختلال الشروط العامة الإلزامية التي يتطلبها القانون في الكافل

بما أن عقد الكفالة ينصب على القيام بقاصر و شؤونه، فلا بد من القائم به أو من سوف يقوم به أن تتوفر فيه الشروط الآتية: الأهلية، الإسلام، و القدرة على القيام بالمكفول حسب نص المادة

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 117.

118 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر. و ما دامت هذه الشروط قائمة فإن عقد الكفالة يبقى قائما و منتجا لآثاره. إلا إذا ما تدخل أي تغير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفاء للقيام بالقاصر و ذلك لعدم تمكنه من ذلك.

أ- الأهلية

نص المشرع في المادة 118 من قانون الأسرة أن يكون الكافل كامل الأهلية و في حالة ما أصيب بعيب من عيوب الأهلية فلا كفالة لهم كالجنون و العته و السفه و ذو الغفلة.

ب- تخلف شرط الإسلام

إشترط المشرع الجزائري أن يكون الكافل مسلما و هذا راجع لخطورة الكفالة إذ أن للكافل دورا كبيرا في تشكيل الشخصية الروحية و البدنية للطفل المكفول لأنه من خلال تربية الكافل للمكفول يأخذ من عاداته و تقاليد¹. لهذا إشرط المشرع أن يكون الكافل مسلما و نص الدستور الجزائري أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام فإذا كان طالب الكفالة يدين بغير الإسلام فإن الكفالة لا تسند إليه و إن طلبه في الكفالة باطل أما إذا كان مسلما أثناء إبرامه عقد الكفالة و التكفل بشؤون القاصر المكفول ثم قام بتغيير دينه لأي سبب من الأسباب تسقط الكفالة عنه.

ج- تخلف شرط القدرة

لقد حمل المشرع الكافل للطفل مسؤولية التربية و العناية به و النفقة عليه بإعتباره وليا فإذا حدث سبب يؤثر على القدرة و القيام بالمكفول من كل الجوانب المادية و المعنوية أو تعرض الكافل نفسه لمانع صحي مثل الإصابة بعاهة مستديمة كالعمى أو إعاقة جسدية فهو بهذه الحالة بحاجة إلى من يرعاه مما يؤدي ذلك إلى إنقضاء الكفالة.

1- أنظر، عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، ط. 1، الجزائر، 1998، ص. 53-54.

2- وفاة الكافل

حسب ما ورد في نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري: "...و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية". لكن السؤال المطروح هل الورثة ملزمون بالتكفل بهذا الولد القاصر أم لا؟

ب وفاة الكافل ينهار عقد الكفالة و ينقض إلتزامه و يستحيل بذلك تنفيذه، و يصبح الولد القاصر مرة ثانية يتيما و تصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر، لكن عقد الكفالة ما دام ينص على القيام بشؤون القاصر و تربيته و العناية به فلم يترك المشرع فراغا في هذا بل تصد لهذه الحالة بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة و ذلك حسب الحالات:

الحالة الأولى: أن تنتقل الكفالة من المورث إلى الورثة

ذلك إذا ما صرح ورثته بإلتزامه بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالقاصر و بموجب ذلك تنتقل الإلتزامات المترتبة في عقد الكفالة إلى الورثة و يصبح أحد الورثة هو الكفيل الجديد. لكن المشرع نص على إنتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية على المكفول بعد وفاة الكافل لك هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس، و التي تنص على أن يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل محله الأم¹.

و عليه فإنه إذا إلتزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة، لكن هل توجد إجراءات قانونية لإنتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي أو الذهاب إلى الموثق و تحرير عقد كفالة من جديد؟

إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم يشر إلى هذه النقطة، إذ سكت و قال فقط تنتقل إلى الورثة إذا إلتزموا بها، لكن عمليا نجدهم يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددوا فيه الكافل الجديد.

1- تنص المادة 87 من ق.أ.ج على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

الحالة الثانية: عدم التزام الورثة بكفالة القاصر الذي كان كافله مورثهم

يتعين على القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة برعاية القصر سواء معنوية كالمؤسسات المختصة بهذا أو شخصا طبيعيا يتبرع بالالتزام بكفالة القاصر إن لم يكن له أبوان أو بطلب أحدهما أو كلاهما عودة إبنهم إلى ولايتهم¹.

3- إنقضاء الكفالة بسبب تخلي الكافل

يمكن أن تنقضي الكفالة بإرادة الكافل و ذلك في حالة ما إذا تخلى عن كفالة القاصر إذ يجب أن يتم التخلي عنها أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة. فحسب نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري يتم التخلي عن الكفالة أمام الجهة القضائية التي أقرتها بعد إبلاغ النيابة العامة.

للكافل الحق في أن يطلب التخلي على الكفالة إذا طرأ طارئ يجعله غير قادر على التكفل بالطفل ماديا و معنويا و يقدم الطلب أمام الجهة القضائية المختصة التي منحت له الكفالة و هذا بعد تقديم النيابة العامة لملاحظاتهما و إتماساتهما، و يصدر القاضي حكما بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة أو بإثائها بطلب من الكافل و يقوم بإسناد كفالة الطفل إلى أي شخص يختاره يعينه مقدما له، أو بإرجاع الطفل إلى أبيه أو أمه في حالة وجودهم و عند الإقتضاء المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال.

4- إنقضاء الكفالة لفسق أو سوء سيرة الكافل

تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل و لا تكون إلا بموجب حكم قضائي إذا كان مثالا:

- تنتهي الكفالة لإرتكاب الكافل لجرائم مخلة بالآداب ضد القاصر كما هو الشأن في الفواحش بين المحارم ، قياسا على إسقاط الولاية عن الولي الأب و الأم.

- إرتكاب الكافل أفعال إجرامية، و الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مما يؤدي إلى سقوط الكفالة.

1- غلال أمال، المرجع السابق، ص. 127.

- إتصاف الكافل بسوء أخلاقه، وهذا ما قد يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على المخدرات.

- الردة: إن خروج الكافل عن الدين الإسلامي يسقط عنه كفالة الطفل لأنه لا كفالة لكافر مسلم.

- تبذير أموال المكفول من طرف الكافل بدلا من تصرفه تصرف الرجل الحريص و الأمين على أموال المكفول¹.

ب- إنقضاء الكفالة لأسباب ترجع للمكفول

نتطرق فيها إلى مايلي:

1- إنقضاء الكفالة في حالة بلوغ الطفل القاصر سن الرشد

إنطلاقا من نص المادة 116 يفهم ضمنا أن الكفالة تعني الطفل القاصر و معنى ذلك أنه إذا بلغ الطفل القاصر سن الرشد تنتهي الكفالة لإنهاء شرط من شروط الكفالة المتعلقة بالمكفول و يبقى له الخيار في البقاء مع الشخص الذي كفله. و يترتب على ذلك أن يصبح إلتزام الكافل إلتزاما أخلاقيا أدبيا من باب الألفة التي جمعت بينهما و ليس إلتزاما قانونيا، غير أنه لا يمكن التعامل مع هاته الإنسانية خصوصا بالنسبة لجهولي النسب بجمود النص القانوني. و عليه في نظرنا يبقى إلتزام الكافل قائما من الناحية القانونية، فالكافل يعامل المكفول معاملة إبنه الشرعي و روح النص تقتضي أن لا تنتهي هاته العلاقة ببلوغ سن الرشد قياسا على الإبن الشرعي.

2- إنقضاء الكفالة بطلب من أبوي المكفول في حالة الطفل معلوم النسب

جاء قانون الأسرة صريح في مسألة إنقضاء عقد الكفالة بالنسبة لمعلومي النسب، و ذلك إذا ما عبر والديه عن نيتهم في إسترجاع ولداهم المكفول و ذلك في نص المادة 124 من قانون الأسرة

1- علال أمال، المرجع السابق، ص. 127.

بقولها: "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

يستخلص من هذا أن المشرع قد ميز بين حالتين: و هما حالة المكفول الذي يكون غير مميز والمكفول الذي بلغ سن التمييز.

أولاً: إذا كان الطفل غير مميز

هو الطفل الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر سنة¹ من عمره و يطلب أبويه أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايته. فإن قرار العودة من صلاحيات القاضي، و الذي يراعي ذلك مصلحة الطفل عند الحكم بذلك. فلو رأى بأن مصلحة الطفل تقتضي بقاءه مع كافله قضى برفض ذلك، و عليه إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما تتم عودة الولد المكفول غير المميز بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول². و معنى ذلك على القاضي القيام بدراسة كاملة و شاملة وإستخلاص مصلحة المكفول أينما تكون و هذا المعيار هو الذي يركز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه.

في كلتا الحالتين فإن عودة المكفول القاصر لوالديه تتم أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة وهو ما يطلق عليه بالتخلي عن الكفالة، و يجب أن يكون بعلم النيابة العامة و ذلك حتى تتمكن بإعتبارها ممثلة المجتمع في كل المجالات من المراقبة، كما تتابع مستجدات عقد الكفالة و الأسباب التي أدت بالوالدين إلى المطالبة من جديد بإرجاع المكفول لولايتهما، و تبدي إلتماساتها. و على القاضي أن يقوم بتقدير الوقائع و المعطيات بأن يقرر، بالإعتماد على معيار الحفاظ على مصلحة المكفول.

إذا قام عقد الكفالة أمام القاضي أو الموثق فإنه ينقضي بالتخلي أمام نفس الجهة، لأن العقد قد قرر إلتزامات على عاتق الكافل و إلتزامات على عاتق أبو المكفول بأن يتكفل لهم بإبنهم و هم يسلمونه له و هو عقد أبدي حتى بلوغ المكفول سن الرشد و ليس عقد محدد المدة، و على الجهة

1- تنص المادة 42 من ق. م. ج على أنه: "... يعتبر غير مميز ما لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

2- أنظر، المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2006/12/13، ملف رقم 9032، مجلة قضائية، 2007، عدد 2، ص. 443.

المتخلى أمامها من فحص الوقائع و الظروف و البحث عن الأسباب و جديتها و مصلحة المكفول لتقرير بعدها التحلي من عدمه و يكون التحلي بموجب الإجراءات و الشكليات المحددة في القانون و تحت أحكام المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية¹.

ثانيا: إذا كان الطفل بلغ سن التمييز

يختلف سن التمييز من بلد لآخر، غير أن المشرع الجزائري قد حدد سن التمييز ببلوغ الولد ثلاث عشر سنة كاملة و ذلك وفقا لنص المادة 42 فقرة 2 السالفة الذكر. هذا ما يفهم منه بأنه من بلغ ثلاث عشر سنة يكون مميزا، ففي هذه الحالة إذا طلب أبواه أو أحدهما من الكافل رده لهما ليعود إلى ولايتهما لم يترك لهما المشرع الحرية المطلقة في ذلك، و إنما ترك الأمر للمكفول لأنه في ذلك السن يمكنه إبرام عقود. أي أنه أصبح يميز بين ما يفيد و ما لا يفيد، و له سلطة الاختيار في الإلتحاق بأبويه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل.

في قرار مشهور حكمت به المحكمة العليا، بأن قضاة الموضوع بإعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت دون سماع رأيها و تخييرها بين البقاء عند مربيتها، أو العودة لوالدها، رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا أحكام القانون و إستحق قرارهم النقض² و من ثم لا يجوز الصلح في إسناد الكفالة دون سماع رأي الولد المكفول، تخييره بين البقاء عند مربية أولاد أو الذهاب لوالديه.

1- غلال آمال، المرجع السابق، ص. 125.

2- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/5/21، ملف رقم 71801، مجلة قضائية، 1996، العدد 1، ص. 105.

الفصل الثاني: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس

بعد أن تعرضنا في الفصل الأول إلى أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس و بينا أن هذه الرقابة لا تقوم إلا بوجود طرفين هما المكلف بالرقابة و الخاضع لها. و قد إشتراط المشرع الجزائري على المكلف بالرقابة إلتزام يقع على عاتقه و هو إلتزام برقابة شخص خاضع لرقابته و يكون مسؤولا عن الأخطاء الصادرة منه. فإن المادة 134 من القانون المدني الجزائري لم تحدد من هؤلاء الأطراف بل وردت بصفة عامة. في المقابل لقد حددت حالات خاصة أين يكون الخاضع للرقابة بحاجة ماسة إلى الرقابة، إما بسبب قصر، أو بسبب حالته العقلية، أو حالته الجسمية.

الرقابة التي يمارسها الأولياء على أولادهم القصر هي كأصل يكون مصدرها القانون و في بعض الأحيان تنتقل هذه الرقابة من الأولياء إلى أشخاص آخرين كإستثناء و مصدرها الإلتفاق. كإنتقال الرقابة إلى المدرسة و في هذه الحالة يكون المعلم هو المكلف برقابة تلاميذه و يكون مسؤولا عن الأخطاء الصادرة منهم.

ستعرض في هذا الفصل إلى قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس. ذلك أن الأصل أن الشخص لا يسأل عن فعل يصدر عن غيره فهذا الأمر ترفضه العدالة و المنطق، و لكن يسأل إستثناء عن الفعل الضار الذي يصدر عن شخص خاضع لرقابته إذ يلتزم بمنعه من إتيان هذا الفعل الضار، و إلا يتحمل التعويض عن الضرر الذي يسببه للغير. و لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

سنحاول بالدراسة في هذا الفصل بالتعرض إلى قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في القانون المدني و هذا ما سنتناوله في المبحث الأول أما في المبحث الثاني سنتناول قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في قانون الأسرة.

المبحث الأول: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في القانون المدني

لدراسة هذا المبحث سنقوم بتقسيمه إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم مسؤولية متولي الرقابة أما في المطلب الثاني سنتناول الآثار المترتبة على ثبوت مسؤولية متولي الرقابة.

المطلب الأول: مفهوم مسؤولية متولي الرقابة

تفترض مسؤولية متولي الرقابة إلتزام شخص بمقتضى القانون أو الإتفاق رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية. و حتى تتحقق هذه المسؤولية لابد من توفر شروط لتطبيقها و هذا ما سنتناوله في الفرع الأول أما في الفرع الثاني سنتناول أساس هذه المسؤولية أما بالنسبة في الفرع الثالث سنتعرض إلى طبيعة و نفي مسؤولية متولي الرقابة.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة

لتتحقق مسؤولية متولي الرقابة عن الضرر الذي يوقعه ممن هو تحت رقابته لابد من توفر شرطان هما وجود إلتزام بالرقابة، و صدور فعل غير مشروع.

أولاً: الإلتزام بواجب الرقابة

لا يكفي لتحقق المسؤولية في القانون الجزائري أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر، بل يجب أن يكون هناك إلتزام بالرقابة، و قيامه بهذه الرقابة واجب قانوني يقع عليه¹.

هذا الإلتزام مصدره إما القانون كما هو الشأن بالنسبة للأب فهو ملزم قانوناً بالرقابة على ابنه، و إما الإتفاق كما هو الشأن بالنسبة لمدير مستشفى الأمراض العقلية فهو يتولى الرقابة على مرضاه، أما مجرد الرقابة الفعلية فلا تكفي لقيام هذه المسؤولية².

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 290.

2- أنظر، أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005، ص. 362. أنظر، أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون المدني الأردني و المصري و الفرنسي و مجلة الأحكام العدلية و الفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمة النقذ و التمييز، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2007، ص. 309.

علة هذا الإلتزام هو حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة، إما بسبب قصره، وإما بسبب حالته العقلية و إما بسبب حالته الجسمية و الرقابة في الأصل تقوم على القاصر، فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه و هو بالغ¹.

ثانيا: صدور فعل غير مشروع

لكي يسأل متولي الرقابة، يجب أن يصدر ممن هو تحت رقابته عمل غير مشروع. و هذا يعني أنه ينبغي أن تتحقق مسؤولية من هو تحت الرقابة بإثبات الخطأ في جانبه أو بإفترض هذا الخطأ. فإذا قامت مسؤولية من هو تحت الرقابة، قامت مسؤولية متولي الرقابة². فلا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا، فمسؤولية متولي الرقابة تنعقد سواء كان الخاضع لرقابته مميزا أو غير مميز³.

إذا قام الإلتزام بواجب الرقابة فإنه يجب لتحقق مسؤولية الشخص متولي الرقابة ثبوت الخاضع للرقابة قد صدر منه عمل غير مشروع ألحق ضررا بالغير سواء كان مباشرة أو تسبب في ذلك الضرر⁴.

العبرة هنا بالتعدي الذي ألحق ضرر بالغير بغض النظر عما إذا كان السلوك الذي سلكه الخاضع للرقابة سلوكا عاديا أو غير عادي، فمثلا إذا قذف الطفل الصغير بحجر فكسر به زجاجة سيارة تقف أمام منزل والده، كان الوالد مسؤولا عن تعويض الغير⁵. لأن هذه الرقابة تركز على واجب الرقابة المبني على فكرة منع القاصر من ارتكاب أعمال تسبب ضررا للغير⁶.

1- أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 1126.
2- أنظر، توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ب. ط. دار الجامعية، بيروت، ب. س. ن، ص. 407.
3- أنظر، عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية، (دعوى التعويض)، ب. ط. دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص. 84. أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 131.
4- أنظر، الفار عبد القادر، مصادر الإلتزام، ب. ط. دار الثقافة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2006، ص. 2010.
5- أنظر، محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، مدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 283.
6- سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2003، ص. 166.

بعد أن تعرضنا في الفرع الأول إلى الشروط الواجب توفرها لقيام مسؤولية متولي الرقابة سنين في الفرع الثاني أساس هذه المسؤولية.

الفرع الثاني: أساس مسؤولية متولي الرقابة

مسؤولية متولي الرقابة عن أعمال الخاضع للرقابة تقوم على أساس الخطأ المفترض و إفتراض العلاقة السببية.

أولاً: الخطأ المفترض

للخطأ إهتمام كبير في الفقه الإسلامي و القانون المدني على حد سواء، بإعتباره ركنا في الضمان أو المسؤولية و هذا ما سنتعرض له فيمايلي:

1- تعريف الخطأ في الفقه الإسلامي

أ- تعريف الخطأ في اللغة

الخطأ ضد الصواب، و هو إسم ممن أخطأ فهو مخطئ و أخطأ إذا أراد الصواب فصار إلى غيره، فيقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب أخطأ، و أخطأه الحق إذا بعد عنه، و أخطأه السهم تجاوزه و لم يصبه، و يقال أيضاً أخطأ الطريق إذا عدل عنه.
كما يراد بالخطأ أيضاً ما لم يتعمد فهو ضد العمد، فيقال أخطأ إذا لم يتعمد.

ب- تعريف الخطأ في الإصطلاح

عرف الحنفية الخطأ بأنه: ما أصبت مما كنت غيره و ذلك كأن يرمي سهماً إلى صيد فيصيب آدمياً.

عرفه المالكية بأنه: مالا قصد فيه للفعل كما لو سقط على غيره.

عرفه الشافعية بأنه: يرمي صيدا فيصيب رجلاً، أو يقصد رجلاً فيصيب غيره.

عرفه الحنابلة بأنه: يفعل فعلا لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه و يقتله¹.

2- تعريف الخطأ في القانون المدني

الخطأ هو إخلال بالالتزام عام أو فعل مخالف للنظام، أو إخلال بواجب مقترن بالإدراك و قيل هو إخلال بالثقة المشروعة و قيل هو العمل الضار المخالف للقانون و أغلب الشراح عرفوه بأنه إخلال بالالتزام قانوني و هذا الإلتزام يتحدد بإحترام حقوق الغير و عدم الإضرار بها. تحديد هذا الإختلال بأنه التعدي على حق الغير، و بصفة عامة الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، إنحراف من شأنه أن يلحق الضرر بالغير².

ب- أركان الخطأ

يتكون الخطأ التقصيري من عنصرين أو ركنين:

الركن الأول هو الركن المادي، و المقصود به التعدي الذي يتمثل في السلوك المنحرف للمخطئ، و الركن الثاني هو الركن المعنوي و الذي يتمثل في الإدراك أو التمييز الذي يجب يكون المخطئ متمتعا به.

1- الركن المادي للخطأ (السلوك المنحرف)

كما قلنا سابقا أن الخطأ عبارة عن إنحراف الشخص العادي و هذا الإنحراف يعتبر تعديا على الغير المضرور، و هو المظهر المادي للخطأ. من هذا يتضح أن الخطأ ينقسم إلى خطأ عمدي و آخر غير عمدي³.

1- أنظر، علي عبده محمد علي، الأخطاء المشتركة و آثارها على المسؤولية، ب. ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص. 1-2.
2- أنظر، رضا متولي ودهان، الوجيز في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2011، ص. 34.
3- أنظر، عبد الحكم فوده، الخطأ في المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه و قضاء النقد)، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص. 12-13.

أ- الخطأ العمدي

العمد مصدر من الفعل عمد، و يقال فعله عمداً و عن عمد، أي قصداً و ليس خطأً أو صدفة¹، و قد يقصد الفاعل فعله و الآثار المترتبة على فعله أي تعمد الفعل و النتيجة معاً. الخطأ العمدي هو إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير، و هو ما يسمى بالجريمة المدنية².

لا يقصر العمد على الأخطاء الإيجابية بل يشمل الأخطاء السلبية أيضاً متى كان القصد منهما الإضرار بالغير، و لا يمكن أن ينسب الخطأ العمد إلى عديم التمييز كالصبي و المجنون.

ب- الخطأ الغير عمدي

هو الذي يرتكبه الشخص دون الإضرار بالغير، و يصدر بسبب إهمال فاعله و عدم تبصره³. ويسهل تحديد هذا الإنحراف في مسلك هذا المسؤول، فمخالفة ما أمر به القانون هو إنحراف في المسلك، و كذلك إخلال بالتزام معين⁴.

يقاس الإهمال و التبصر بما يجب أن لا يصدر عن الرجل عادي الذكاء و اليقظة و يجري هذا بالموازنة بين سلوك من أحدث الضرر و بين ذلك السلوك.

يتم تقسيم الخطأ غير العمدي إلى خطأ جسيم و هو الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية، و الخطأ اليسير و هو الذي لا يرتكبه الشخص متوسط العناية و التبصر، و الخطأ التافه و هو الذي لا يرتكبه الشخص الحريص.

يذهب البعض إلى تسمية ما سبق بأوصاف الخطأ و يقسمونه إلى خطأ عمدي و خطأ غير عمدي، و الأخير يقسمونه إلى يسير و تافه و جسيم⁵.

1- أنظر، ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج. 1 و 2، دار لسان العرب، لبنان، ب. س. ن، ص. 854.

2- أنظر، شريف طباطبا، التعويض عن المسؤولية التصيرية و العقدية في ظل القضاء و الفقه، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. 15.

3- شريف طباطبا، المرجع السابق، ص. 15.

4- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 14-15.

5- رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص. 36.

2- الركن المعنوي للخطأ (الإدراك و التمييز)

التمييز مناط الإدراك و الإدراك مناط الركن المعنوي للخطأ التقصيري، و حتى تتحقق مسؤولية الشخص يجب أن يكون مميزا قادرا على التمييز بين العمل النافع و العمل الضار. و بمفهوم المخالفة لا يسأل عديم التمييز عن أفعاله الغير المشروعة، و تترك مسألة قيام التمييز من عدمه لسلطة قاضي الموضوع. و إنعدام التمييز أيضا ينطبق في حالة الجنون، فليس من مسؤولية على الجنون إذ لا يقوم خطأ تقصيري.

إذا كان عديم التمييز عديم الإدراك، فإنه لا يمكن القول بقيام الركن المعنوي في حقه و بالتالي تنتفي مسؤوليته قانونا. إذا كان عديم التمييز صغيرا فإن للمضرور أن يرجع على الولي الطبيعي أو الولي الشرعي أو الوصي.

إذا كان عديم التمييز مجنونا أو معتوها عاد المضرور على متولي الرقابة إستفاء للتعويض منه¹.

أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض في جانبه، إذ يفترض القانون أن متولي الرقابة قد أهمل في رقابة الشخص الذي تجب عليه رقابته، و هو إفتراض يقبل إثبات العكس. فإذا ارتكب القاصر عملا غير مشروع يفترض القانون أن الأب قد أهمل في رقابته و أن هذا الإهمال قد أدى إلى وقوع ذلك العمل الغير المشروع أي أن القانون قد إفتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة².

إن إفتراض الخطأ قرينة قانونية، و القرائن القانونية تبني في غالب الأحوال على الإخلال بالالتزام، بمعنى إذا ارتكاب الخاضع للرقابة خطأ أصاب من خلاله الغير بضرر قامت قرينة قانونية بسيطة مفادها أن المكلف برقابته قد أحل بالتزامه و يمكن إثبات عكسها³.

هذا الخطأ المفترض لا يقوم إلا في العلاقة بين متولي الرقابة و المضرور، فهو إفتراض قرره القانون لصالح المضرور في مواجهة متولي الرقابة. و على ذلك لا يجوز للمضرور و لا لمتولي

1- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 60-62.

2- أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة، مصادر الإلتزام، ج. 1، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص. 411.

3- أنظر، بوكري مصطفى، أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص. 99، أنظر،

محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 640.

الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ في جانبه¹.

لقد إستقر الفقه و القضاء، بأن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على خطأ مزدوج، خطأ في الرقابة و خطأ في التربية على إفتراض أنه أساء في تربية الخاضع للرقابة و قصر في رقابته².

لهذا يرى جانب من الفقه بأن مسؤولية المكلف بالرقابة تقوم على أساس خطأ في التربية. بمعنى إذا إرتكب الخاضع للرقابة خطأ و أضر بالغير قامت مسؤولية المكلف بالرقابة على أساس سوء التربية، إلا أن هذا الموقف لم يلق رواجاً واسعاً في الفقه لعدم شموليته بالنسبة لكل أنواع المسؤولية من جهة و مسؤولية المكلف بالرقابة من جهة أخرى³. إذ أن فكرة التربية هي فكرة مرنة، ليس لها نفس المعنى لمختلف الشرائح الإجتماعية، ثم إن هذا التأسيس لا يستقيم إلا مع فرض أن الرقيب يكون أباً أو أما لأتھما المكلفان بتربية أبنائھما. في حين أن الرقابة قد تكون لغير الأبوين لإنتقالها إلى معلم الحرفة أو المعلم في المدرسة فكيف ينسب إليهم الخطأ في التربية؟

من أجل ذلك عدل الفقه بهذا التأسيس بأساس آخر و هو الخطأ في الرقابة، و قال بأن مسؤولية المكلف بالرقابة تقوم على أساس خطأ في المراقبة بحيث كلما إرتكب الخاضع للرقابة فعلاً ضاراً و أصاب من خلاله الغير بضرر سواء كانت الرقابة قانونية أو إتفاقية فلا يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا بدحض القرينة التي تقوم عليها⁴.

يضيف الأستاذ السنهوري في هذا المقام أن الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة هو ذلك الإخلال بواجب الرقابة، و المفترض هو عدم قيام متولي الرقابة بواجبه بما ينبغي من العناية والحرص⁵.

الجدير بالذكر أن واجب الرقابة هو إلتزام ببدل عناية و ليس تحقيق نتيجة، و هذا المفهوم يتفق مع المعيار العام للخطأ الشخصي و هو الإنحراف عن مسلك الرجل المعتاد، إذا وجد في نفس

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 409.

2- بلعاج العربي، المرجع السابق، ص. 304.

3- بوكير مصطفى، المرجع السابق، ص. 99.

4- بوكير مصطفى، المرجع السابق، ص. 99.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1136.

الظروف التي يوجد فيها الشخص المسؤول. و قرينة الخطأ هنا لا يحتج بها المضرور في علاقته بمتولي الرقابة، فلا يجوز التمسك بها في مواجهة المشمول بالرقابة، بل يتعين إثبات الخطأ في جانبه¹.

ما تجدر الإشارة إليه أن مسؤولية المكلف بالرقابة ليست مسؤولية تبعية، وإنما هي مسؤولية أصلية، أي أنه يسأل عن خطئه هو و ليس عن خطأ الغير. و ذلك بالرغم من أن القانون المدني الجزائري قد عالج مسؤولية متولي الرقابة تحت عنوان المسؤولية عن فعل الغير².

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أن المشرع يعتبر أن أساس مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس الخطأ في الرقابة هذا ما نصت عليه المادة 134 بقولها: "... و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة...".

ثانيا: إفتراض العلاقة السببية

أ- تعريف علاقة السببية

هي العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي إرتكبه الشخص و الضرر الذي أصاب المضرور. فلا يكفي في وجود المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطأ و ضرر، بل لابد من وجود علاقة بينهما تثبت أن الخطأ هو الذي سبب الضرر و أوقعه، و أن الضرر ما نشأ إلا عن هذا الخطأ. و معرفة السببية بين الخطأ و الضرر من حيث وجودها أو عدم وجودها مسألة دقيقة للغاية.

لا يوجد ما يسمى بعلاقة السببية في الشريعة و الذي يوجد هو ما يسمى بالسبب أو العلة و هو الفعل الخاطيء المتعدي الذي ينشأ عنه الضرر و يسمى بالمسبب، و هناك صلة بين السبب و المسبب لأن السبب جاء نتيجة المسبب، و السببية تستلزم تقدم السبب في المسؤولية أو الضمان، و هذه الرابطة تسمى بالإفضاء بمعنى أن السبب هو الذي أفضى إلى المسبب³.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 304.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 304.

3- رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص. 47.

تقوم هذه العلاقة بين الخطأ المفترض من جانب متولي الرقابة و العمل غير المشروع الصادر من الخاضع للرقابة و الذي سبب ضررا للغير¹، و أساس هذا الافتراض (الخطأ) أمر مسلم به، فلا مناص إذن من إعتبار العلاقة السببية أيضا مفترضة، لكن ليس المعنى ذلك توافرها غير ضروري لقيام المسؤولية، بل معناه أن عبء الإثبات المتعلق بها إنتقل من المضرور إلى المسؤول مدنيا عن فعل غيره. يفترض القانون أيضا أن هذا الإهمال في الرقابة هو الذي أدى إلى وقوع الفعل الضار، أي أن القانون يفترض الخطأ و علاقة السببية بينه و بين الضرر، و إفتراض السببية نتيجة منطقية لإفتراض الخطأ، لأن عدم إفتراض السببية يستوجب إثباتها من المضرور الذي سيجد نفسه في هذه الحالة مضطرا لإثبات الخطأ توصلا لإثبات أنه السبب في وقوع الضرر.

لذلك فإن المنطق يقتضي إفتراض الخطأ و السببية معا، و إلا فقدت قرينة الخطأ كل الفائدة منهما². بذلك نستنتج أن علاقة السببية إذن مفترضة، لا يكلف المضرور بإثباتها³، و هذا ما نصت عليه المادة 2/134 من القانون المدني الجزائري.

ب- مشكلات السببية

إن مناط ثبوت علاقة السببية هو قيام علاقة مباشرة بين الخطأ و الضرر، و لكن ماهو معيار السببية المباشرة عند تعدد الأسباب؟

نجيب عن ذلك في السطور الآتية:

إذا تعددت الأسباب التي أدت إلى الضرر، فالعبرة بالسبب الذي إستغرق غيره من الأسباب. لكن الأمور ليست بهذه السهولة فقد تعدد الأسباب و لم يستغرق أحدهما الآخر ففي هذا المجال ظهرت نظريتان: الأولى: تعادل الأسباب، و الثانية السبب المنتج أو الفعال، فبأيهما نأخذ لتحديد علاقة السببية.

1- علي فيلال، المرجع السابق، ص. 121.

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 121.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1139.

1- نظرية تعادل الأسباب أو تكافؤها

مضمونها أن جميع الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر تكون متعادلة، فجميع الأحداث متكافئة في وقوع الضرر طالما لم يستغرق أحدهما الآخر، و بالتالي يسأل كل من كان خطأه سببا في الضرر. و يتحمل تعويض جزئي بحيث يغطي المخطئون جميعهم تعويض كل الضرر و بالتالي فإن فاعل أي سبب من هذه الأسباب يمكن إلزامه بالتعويض عن كامل الضرر.

2- نظرية السبب المنتج أو الفعال

هو السبب المؤلف عرفا الذي أحدث الضرر عادة بخلاف السبب العارض فهو سبب غير مؤلف لا يترتب عليه الضرر عادة و لكن أحدثه عرضا، و لا أهمية لكون السبب العارض قد ساهم في وقوع الضرر و لولاه ما وقع، إلا أنه سبب غير مباشر لا يحدث منه الضرر بحسب المؤلف¹.

النظرية الثانية هي الأرجح لأنها تقوم على العرف في السبب المنتج الذي يؤدي إلى الضرر حسب المجرى العادي للأمر. لكن الأمور في الواقع لا تكون بمثل هذه البساطة لأنه قد يقوم إلى جانب خطأ الشخص أو تعديه سبب أجنبي، و هذا السبب يتمثل في قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ من قبل الغير².

بعد أن بينا في الفرعين السابقين شروط مسؤولية متولي الرقابة و أساس هذه المسؤولية سنيين في هذا الفرع طبيعة هذه المسؤولية و كيف يتمكن المكلف بالرقابة من التخلص منها.

الفرع الثالث: طبيعة و نفي مسؤولية متولي الرقابة

قبل الخوض في وسائل نفي مسؤولية متولي الرقابة، يجب معرفة طبيعة هذه المسؤولية.

1- رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص. 48-49.

2- رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص. 50.

أولاً: طبيعة مسؤولية متولي الرقابة

إذا توافرت الشروط السابقة الذكر تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة و يسأل عن الأضرار التي ألحقت بالغير من جراء الفعل الضار الصادر من الخاضع للرقابة غير أن هذه المسؤولية ترتبط بحالة الخاضع للرقابة، فإما أن تكون أصلية أو تبعية.

أ- مسؤولية متولي الرقابة الأصلية

تكون المسؤولية أصلية عندما يكون المتسبب في الضرر قاصر غير مميز، أي أنها مسؤولية شخصية و تقوم على أساس خطأ شخصي في الرقابة بمعنى أن أساس المسؤولية هو الخطأ المفترض من جانب الملتزم بالرقابة، أي أنه يسأل عن خطئه هو و ليس عن خطأ الغير و ذلك بالرغم من أن القانون المدني الجزائري قد عالج مسؤولية متولي الرقابة تحت عنوان المسؤولية عن فعل الغير و ليس فقط أن يكون القاصر عديم التمييز حتى تكون مسؤوليته أصلية بل كذلك كأن يكون الخاضع للرقابة مجنوناً أو معتوها¹.

و ليس فقط القاصر صغير السن بل كذلك عديم التمييز كأن يكون مجنوناً أو معتوها و طبعاً فهنا أيضاً تكون مسؤوليته أصلية لا يمكن الرجوع عليه².

هو كذلك ما ذهب إليه الأستاذ علي علي سليمان بإرتباط مسؤولية متولي الرقابة الأصلية بغير المميز بقوله: "و أما عندنا فقد نصت المادة 134 من القانون المدني الجزائري على مسؤولية الرقيب عن الأضرار التي يسببها الموضوع تحت الرقابة و لو كان غير مميز. و على ذلك إذا كان الموضوع تحت الرقابة قد أحدث الضرر و هو مميز، و أثبت المضور خطأه، فإن الرقيب يكون مسؤولاً عنه مسؤولية تبعية و أما إذا أحدث الضرر و هو غير مميز فإن مسؤولية الرقيب تكون أصلية"³.

1- أنظر، محدي حميدة، مسؤولية متولي الرقابة، دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري و على ضوء المادة 87 من قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006-2003، ص. 38.

2- محدي حميدة، المرجع السابق، ص. 37.

3- أنظر، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 20.

إذا كان الموضوع تحت الرقابة مميزا فإن للمضرور أن يرجع عليه و متى أثبت خطأه، و قد يكون الموضوع تحت الرقابة قد إرتكب الفعل الضار بواسطة شيء في حراسته فتكون مسؤوليته في هذه الحالة مفترضة إفتراضا لا يقبل العكس، بينما تكون مسؤولية الرقيب عنه قابلة لإثبات العكس. و هنا يلاحظ أن بعض الفقهاء العرب يشترطون في الحارس أن يكون مميزا بينما يرى أغلبية الفقهاء العرب أن التمييز غير مشرط في الحراسة¹.

ب- مسؤولية متولي الرقابة التبعية

تعتبر مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية تبعية إلا إذا كان الخاضع للرقابة شخصا مميزا، فإذا أوقع هذا الأخير ضررا بالغير، فلا تتحقق مسؤولية متولي الرقابة إلا إذا أثبت الخطأ من جانب الخاضع للرقابة، و إعتبر هذا الأخير أنه مسؤول أصليا، و يسأل متولي الرقابة بإعتباره مسؤولا تبعا و أضاف بأنه يمكن للمضرور أن يرفع دعواه في مواجهة أي منهما². و إن كان يغلب أن يرجع على المكلف بالرقابة لأنه إقتدارا و يسارا، و متى إستوفى حقه فلا رجوع له على الآخر حتى لا يستولي على تعويضين على ضرر واحد، كما لا يستطيع أن يرجع عليهما معا لأنه أمام مسؤولين بالتضامن عن فعل ضار واحد، ذلك أنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر.

إذا رجع المضرور على من إرتكب الخطأ أي الخاضع للرقابة و حصل منه على تعويض، فليس للأخير أن يرجع على متولي الرقابة بشيء، لأن الخطأ الذي أوجب المساءلة هو خطأ الخاضع للرقابة، أما إذا رجع المضرور على متولي الرقابة، جاز للأخير أن يرجع على الخاضع للرقابة بكل ما دفعه إذا كان مميزا، و لا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ خطأ من هو تحت الرقابة.

1- علي علي سلجان، المرجع السابق، ص. 21.

2- مهدي حميدة، المرجع السابق، ص. 37.

أما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز، فلا رجوع لمتولي الرقابة على عديم التمييز بشيء، وعلى ذلك لا يرجع على غير المميز و له أن يرجع على المميز إذ أن عديم التمييز غير مسؤول عن الخطأ¹.

ثانيا: نفي مسؤولية متولي الرقابة

بإستقراء نص المادة 2/134 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "... و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي العناية".

نجد أن المشرع قد منح المكلف بالرقابة وسائل و طرق لدحض المسؤولية عنه و المتمثلة في:

أ- نفي الخطأ المفترض

من هنا يتضح أن للشخص متولي الرقابة أن ينفي المسؤولية بنفي الخطأ الصادر منه بأن يثبت عدم وجود خطأ منه من خلال إثبات حسن التربية و الرعاية و التوجيه لأولاده، فإن إستطاع ذلك إنتفت المسؤولية².

الخطأ المفترض هنا قابل لإثبات العكس، فيستطيع إثبات أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية لأنه إتخذ جميع الإحتياطات المعقولة ليمنع من أنيطت رقابته من الإضرار بالغير³.

تجدر الإشارة إلى أنه هناك اختلاف بين مسؤولية الأولياء إتجاه إبنهما و بين مسؤولية المعلم، أو رب الحرفة أو غيره و ذلك في طريقة نفي المسؤولية (المعلم-رب الحرفة) فيكون بمجرد إثبات أنه قام بواجب الرقابة و ذلك وفقا للقواعد العامة التي تتطلب فقط بذل عناية الرجل العادي في الرقابة⁴، أما بالنسبة لطريقة نفي الأولياء لمسؤوليتهم، فلا تقف عند حد آدائهم و واجب الرقابة فعليهم أن يثبتوا أيضا أنهم قد قاموا بواجب التربية الحسنة لأبنائهم و لكن هذا لا يمنع الأولياء من

1- فتحي عبد الله، المرجع السابق، ص. 529.

2- أنظر، منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزامات و أحكامها، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص. 344.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1138.

4- بلطاج العربي، المرجع السابق، ص. 305.

أن يحتجوا بعدم قدرتهم بالقيام بواجب الرقابة لوجود ظروف معينة، كوجود إبنهم القاصر مع صديقه أو عدم وجوده في مكان وقوع الضرر لمنعه من ارتكاب الخطأ. و تبقى السلطة التقديرية لقاضي الحكم، فله أن يقبل بهذه الحجج و لا يحكم بالتعويض للمضروور، كما له أن لا يقبل بهذه الحجج و يحكم بالتعويض¹.

ب- نفي العلاقة السببية المفترضة

ليس الخطأ المفترض من جانب متولي الرقابة هو وحده المفترض، بل يفترض معه وجود علاقة سببية بين هذا الخطأ و العمل الضار الصادر ممن هم تحت الرقابة².

يجوز للمكلف بالرقابة، إن تعذر عليه نفي الخطأ، أن يقوم بنفي علاقة السببية المفترضة و ذلك بإثبات أن الخطأ المفترض في جانبه لم يكن هو السبب في حدوث الضرر، و أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي عنه. و أن الضرر كان لا بد أن يقع و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

العلاقة المفترضة لا يكلف المضروور بإثباتها، و إنما متولي الرقابة هو الذي يكلف بنفيها طبقاً لنص المادة 134 من القانون المدني الجزائري.

السببية بين الخطأ المفترض و الضرر الذي أصاب الضحية تنتفي إذا أثبت المكلف بالرقابة أن الفعل الضار الذي وقع لا علاقة له بخطأ من جانبه و إنما كان بسبب أجنبي من شأنه أن يؤدي إلى وقوع هذا الفعل رغم إتخاذ كل الإجراءات المعقولة. غير أن ما تنتفي به السببية هو السبب الأجنبي بالنسبة إلى المكلف بالرقابة لا بالنسبة إلى الخاضع لها. إذ لو كان العمل الذي صدر من هذا الأخير يرجع إلى سبب أجنبي بالنسبة إليه فإن مسؤوليته لا تتحقق و بالتالي لا تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة³.

قبل أن نتعرض إلى صور السبب الأجنبي التي بفضلها تنتفي مسؤولية المكلف بالرقابة لا بد أن نوضح المفهوم من السبب الأجنبي و شروطه ثم صورته.

1- فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 123.

2- أنظر، حسن علي النون، المسووط في المسوولية المدنية، المسوولية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص. 189.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 307.

1- مفهوم السبب الأجنبي

عرفه سليمان مرقس بأنه: "كل فعل أو الحادث معيب لا ينسب إلى المدعي عليه ويكون قد جعل منع وقوع الفعل الضار مستحيلاً"¹.

كما عرف بعض الفقه السبب الأجنبي بأنه: "أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن". أو أنه: "كل حادث ليس من فعل المسؤول المطالب بالتعويض يكون سبب إحداث الضرر".

الملاحظ أن هذه التعاريف جاءت متقاربة و إن اختلفت فيما بينها من حيث الألفاظ إلا أنها تدور في دائرة واحدة، و ذلك أن سبب الضرر يرجع إلى ظرف ما.

السبب الأجنبي هو إذن كل حادث كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل كفعل المضرور يتمسك به الشخص الذي تحققت مسؤوليته قانوناً ليبين أن من نسب إليه من فعل ليس هو السبب أو على الأقل ليس بالسبب الرئيسي في إحداث الضرر².

مادام أن هذا الفعل أو الحادث لا يمكن توقعه و لا دفعه من قبل المسؤول، و هو في نفس الوقت خارجاً عنه، فلا يمكن أن ينسب إليه، مما يؤدي إلى إنعدام علاقة السببية، و من ثم إعفاؤه من المسؤولية³.

2- شروط السبب الأجنبي

لابد أن نتعرض إلى ما يتضمنه السبب الأجنبي من شروط لكي يكون معنياً من المسؤولية، وهذه الشروط يمكن أن ننظر إليها من خلال ركنين:

1- أنظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد 2 في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط 5، دار الكتب القانونية، لبنان، 1988، ص. 477.

2- علي فيلال، المرجع السابق، ص، 231.

3- أنظر، ساعد فيشوش، السبب الأجنبي المعني من المسؤولية التصيرية عن فعل الأشياء في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009 ص. 6.

أ- الركن الأول: أن يكون الفعل قد أدى إلى وقوع الضرر حتما

يقصد من هذا الركن أن متولي الرقابة يكون أمام حادث لم يتمكن من مقاومته، بمعنى أنه قد إستحال عليه أن يتصرف بخلاف ما فعل بسبب الحادث الذي يتمسك به بإعتبار سببا أجنبيا.

ب- الركن الثاني: أن يكون ذلك الفعل أجنبيا عن المدعى عليه و لا دخل له فيه

لا يكفي أن يكون الحادث الذي يتمسك به المدعى عليه بإعتباره سببا أجنبيا قد جعل إلتزامه الواجب عليه مستحيلا، بل لابد عليه أيضا أن يكون خارجيا عن إرادته و لا يمكن إسناده إليه بأية حال.

بناء عليه يشترط لتوفر ركن إنتفاء الإستناد توفر ثلاثة شروط:

1-عدم إمكانية التوقع

2-عدم إمكانية الدفع

3-شرط الخارجية

يشترط أن يكون الحادث الذي نتج عنه ضرر غير متوقع، فإذا كان من الممكن توقعه لا يعتبر سببا أجنبيا، و معيار عدم التوقع يقاس بمعيار الرجل المعتاد أو رب الأسرة، كما يشترط أيضا في السبب الأجنبي أن يكون مستحيل الدفع، فإستحالة الدفع شرط لا يمكن الإستغناء عنه، و معيار عدم إمكانية الدفع هو معيار موضوعي كما في حالة عدم إمكانية التوقع أخذا بمعيار الرجل المعتاد¹.

بذلك يتضح أن شرط عدم إمكانية الدفع يتحقق في كل واقعه يعجز الشخص عن دفعها بحيث لا يستطيع أن يفعل أمامها شيئا. أما شرط الخارجية فيقصد به هو عدم إسناد الواقعة التي أحدثت الضرر إلى المدعى عليه، و يمكن إستخلاص صفة الخارجية من النصوص القانونية التي تذكر أن الإعفاء من المسؤولية يكون بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يستند إلى المدعى عليه.

1- أنظر، فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ب. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص. 160.

3- صور السبب الأجنبي

يمكن أن نجمع صور السبب الأجنبي في زمرتين ينسب إليهما من زاوية المصدر المكون للواقعة وهي على التوالي:

هناك ما ينسب إلى الطبيعة كالحالة الطارئة و القوة القاهرة و هناك ما ينسب إلى فعل الإنسان كفعل المضرور و فعل الغير.

أ- الحادث المفاجئ و القوة القاهرة

لقد اختلفت الآراء و تباينت الإتجاهات في تحديد المدلول بعبارة القوة القاهرة و الحادث الفجائي أو الحالة الطارئة، فمن الفقهاء من ذهب إلى أن القوة القاهرة و الحادث الفجائي ماهما إلا صورة واحدة من صور السبب الأجنبي غير أن جانبا من الفقه إعتبرهما منفصلان و لكل واحد منهما معنا خاص به.

أما لدى الرأي الراجح من الفقه فإن الإجماع يكاد ينعقد على أن لفظ القوة القاهرة و الحالة الطارئة إسمان لمسمى واحد. فقد ذهب الأستاذ صابر محمد محمد سيد إلى أن الحادث الفجائي و القوة القاهرة تعبيران مختلفان لفظا يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله، و غير ممكن تلاقيه أو استحيل دفعه يجبر الشخص على الإخلال بالتزام¹.

إذا كان هذا هو الإتجاه الغالب لدى رجال الفقه إلا أن هناك طائفة أخرى تصر على إبقاء التمييز بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي، و هذه الآراء و إن إتفقت على إبقاء التمييز إلا أنها إختلفت في التعليل على النحو الآتي:

الرأي الأول: يقيم هذا الرأي التمييز بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي، على أن القوة القاهرة حادث يستحيل دفعه، و هو ما يأتي من الخارج لا ينسب حدوثه إلى الإنسان كالعاصفة.

1- أنظر، صابر محمد محمد سيد، المباشرة و التسبب في الفعل الضار، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي و القانون المدني، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 165.

في حين الحادث الفجائي هو ما لا يمكن توقعه منسوب إلى فعل الشخص كفعل الأمير (السلطة) بصدور القانون، و عدم صحة هذا الرأي من أن توفر صفة واحدة في سبب الحادث لا تنفي المسؤولية كما لو كان سبب الحادث غير متوقع لكن يمكن دفعه¹.

الرأي الثاني: يجعل من معيار الإستحالة معيار للفرقة بينهما، ففي القوة القاهرة تكون الإستحالة مطلقة أما في الحادث المفاجئ تكون نسبية، غير أن هذه الفرقة لا يوجد لها مبرر، لا في القضاء و لا في الفقه القانوني.

الرأي الثالث: ينظر أصحاب هذا الرأي إلى فكرة الفصل بينهما من زاوية داخلية الحادث أو خارجيته، ففي القوة القاهرة يكون مصدر الحادث خارجيا، كالزلازل أو العاصفة، بينما الحادث الفجائي يكون مصدر الحادث داخليا و يكون متصل بالنشاط كإنفجار آلة، و القوة القاهرة عند هؤلاء هي التي تعفي من المسؤولية، أما الحادث الفجائي فلا يعفي من تحقيقها.

إن الراجح أن المشرع الجزائري عندما تعرض إلى السبب الأجنبي كوسيلة من وسائل الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، لم يكن يستهدف من وراء اللفظين المختلفين لغة إلا نتيجة واحدة. و هي أن كل منهما يعتبر سببا معفيا متى توفرت فيه الشروط اللازمة.

قد يثور التساؤل عما إذا كانت تترتب عن هذين اللفظين المختلفين لغة آثار قانونية؟ كأن يصلح كل منهما لأن يكون صورة متميزة من صور السبب الأجنبي أو أنهما مسميان يعبران عن معنى واحد، و نكون بالتالي أمام مجرد صورة واحدة من صور السبب الأجنبي.

لا يمكن أن ننكر أن اللفظين مختلفان لغة، فالمقصود بالقوة القاهرة لغة: قوة و شدة الحادث الذي تسبب في الضرر، في حين أن الحادث الفجائي أو الحالة الطارئة لا يقصد بها سوى الفجائية التي تؤدي بالشيء إلى إحداث الضرر.

أما من حيث الآثار القانونية فهي واحدة، بل و أكثر من ذلك فإن جميع الآراء التي قيلت في شأن الفرقة بينهما تقتصر فقط على المعنى و اللفظ دون الأثر و النتيجة.

1- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 168.

لقوة القاهرة و الحادث الفجائي شروط و عناصر مشتركة تدل دلالة قاطعة على أنها وحدة متكاملة من حيث أن كلاهما يشترط فيه إلزامية توافر عنصر عدم إمكانية التوقع، عدم إمكانية الدفع و عنصر الخارجية¹.

ب- خطأ المضرور

لقد أوردت التشريعات القانونية فعل المضرور كواحد من صور السبب الأجنبي، إذ يعتبر فعل المضرور أكثر إستبعاد المسؤولية شيوعاً، لأن وقوع الضرر له علاقة في أغلب الأحيان مع فعل معين من أفعال المضرور، و هو أسهل صور السبب الأجنبي و التي يستطيع المدعى عليه التمسك بها في أي حال من الأحوال للتخفيف من مسؤوليته أو الإعفاء منها.

ففعل المضرور الخاطئ أو بالأحرى خطأ المضرور الذي أدى إلى وقوع الضرر له أهمية كبيرة في التأثير على المسؤولية، إذ أن فكرته ظهرت منذ القانون الروماني حتى وصل إلى تبنيه من طرف القانون الفرنسي القديم و دافع عنه فقهاء ذلك العصر أمثال الفقيه Domat الذي فصل في القرن السابع عشر بين المسؤولية الجنائية و المسؤولية المدنية، و أعتبر الخطأ أساساً للمسؤولية.

يقصد بخطأ المضرور أو فعل المصاب أن يصدر منه إنحراف يؤدي إلى حدوث ضرر يصيبه، وهنا يجب على المدعى عليه في دعوى المسؤولية أن يثبت أن المصاب قد تسبب في حدوث الضرر الذي أصابه، و يشترط في خطأ المضرور ما يشترط في السبب الأجنبي، أي أن يكون غير متوقع و غير ممكن الدفع².

المضرور يعتبر مخطئاً إذا كان قد قصر فيما يجب عليه من الحيطة و التبصر، إذا لم يبذل كل ما في وسعه لتلاقي حصول الضرر بعد أن شعر بقرب وقوعه، أو قصد أن يصيبه ضرر من فعل غيره، أو عرض نفسه للخطر، فيكون هو المسؤول عما لحقه من ضرر لأنه ارتكب خطأً بإنحرافه عن السلوك المعتاد، و لهذا يجب على الشخص المحافظة على سلامته و تجنب كل ما يعرضه للخطر.

1- رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص. 51.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 74.

ج- خطأ الغير

فعل الغير هو الفعل الذي يصدر من شخص في حادث شكا منه المتضرر في وجه المدعي عليه الذي إختصمه في الدعوى طالبا التعويض عن ضرره. لذلك فالمقصود بالغير هو الشخص الثالث الغريب عن المتضرر و عن المدعى عليه فإن ساهم في إحداث الضرر، فإن مسؤوليته قد تجعل متولي الرقابة غير مسؤول عما يحدث عن ذلك من ضرر.

يستبعد من طائفة الغير كل من يكون في مركز المكلف بالرقابة، كالأشخاص الذين يكونون بحاجة إلى رقابة لقصرهم أو بسبب حالتهم العقلية أو الجسمية و أولئك الذين يكون المعلم أو صاحب الحرفة مكلفان برقابتهم.

كما يستبعد أيضا التابع فهو لا يعتبر من الغير، لأن المتبوع مسؤول قانونا عن أفعاله فإذا إرتكب التابع فعلا ضارا أثناء تأدية وظيفته، فإن المتبوع يعتبر مسؤولا مسؤولية تقصيرية.

ما تجدر الإشارة إليه أنه ليس من الضروري أن يكون الغير مجددا بهويته، أي معروفا أو أدخل في الدعوى التي جمعت بين المتضرر و المدعى عليه. لكن من الضروري أن يكون فعل الغير تابع عن عمله الشخصي.

يشترط في فعل الغير ما يشترط في القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع و الدفع. و بذلك فإذا وقع ضرر بفعل الغير بغض النظر عن مباشرته أو تسببه، فالشخص المسؤول يستطيع أن يدفع هذه المسؤولية بإثبات أن هذا الفعل لم يصدر منه و إنما صدر من شخص آخر¹ بشرط أن تتوفر فيه شروط القوة القاهرة .

ما تجدر الإشارة إليه أنه إذا إشتراك خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه و إستغرق أحد الخطأين للآخر، فنكون بصدد السبب الأجنبي و هو خطأ الغير و عليه تنعدم مسؤولية المدعى عليه لانعدام العلاقة السببية².

1 - انظر، عاد أحمد أبوصد ، مسؤولية المباشر و المتسبب، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية و القانون المدني، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2011، ص. 190.
2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1016-1017.

بعد أن تعرضنا في المطلب الأول إلى أهمية مسؤولية متولي الرقابة، سنتعرض في المطلب الموالي إلى الآثار المترتبة على ثبوت مسؤولية متولي الرقابة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على ثبوت مسؤولية متولي الرقابة

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتناول في الفرع الأول عبء إثبات مسؤولية متولي الرقابة و في الفرع الثاني التعويض كجزاء لقيام مسؤوليته أما الفرع الثالث نتناول فيه مدى رجوع المكلف بالرقابة على الخاضع لها.

الفرع الأول: عبء إثبات مسؤولية متولي الرقابة

إن القاعدة العامة تقتضي أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة هي: الخطأ، الضرر والعلاقة السببية، وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري و على هذا الأساس نجد أن مسؤولية متولي الرقابة يقع عبء الإثبات على جميع أركانها الخطأ، الضرر و العلاقة السببية.

1- عبء إثبات الخطأ

لقد ألقى عبء إثبات الخطأ على عاتق المضرور¹ و الخطأ هو إنحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادي و هذا الإنحراف واقعة مادية. ينتقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب، فالمدعي يبدأ بإثبات واقعة تقوم على قرينة قضائية على وقوع الخطأ فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه، فيثبت هذا واقعة أخرى تقوم هي أيضا على قرينة قضائية على إنتفاء الخطأ من جانبه فيعود عبء الإثبات إلى المدعى، و هكذا إلى أن يعجز أحد الطرفين على إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه، فإن كان المدعي هو الذي عجز فقد أعتبر غير قادر على إثبات دعواه و خسرها و إذا كان الذي عجز هو المدعي عليه فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ².

1 - فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص. 52.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1066.

غير أن القانون في حالات معينة يفترض الخطأ في جانب المسؤول إفتراض يقبل إثبات العكس. ومثال القرائن القانونية على الخطأ التي أجاز القانون إثبات عكسها هذا ما قرره المشرع في مسؤولية المكلف بالرقابة، كمسؤولية الأب و الأم عن أعمال أولادهما و المدرس عن أعمال تلاميذه، وصاحب الحرفة عن أعمال صبيانه¹.

مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس الخطأ المفترض، فعندما يرتكب الشخص الخاضع للرقابة فعلا ضارا يفترض بأنه لم تمارس عليه الرقابة أو مورست بشكل سيء الأمر الذي سمح بحدوث الضرر². بحيث أنه كلما ارتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا أصاب من خلاله الغير بضرر قامت قرينة قانونية بسيطة مفادها أن المكلف بالرقابة قد ارتكب خطأ في رقابته³. و يتعين على المضروب إثبات أن الخاضع للرقابة هو تحت رقابة شخص و يثبت أن هذا الأخير قد أهمل رقابته.

المكلف بالرقابة لا يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا بدحض القرينة التي تقوم عليها وذلك أن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة⁴ بالعناية اللازمة و أنه إتخذ الإحتياطات الكافية لمنع الشخص الخاضع لرقابته من ارتكاب خطأ ضد الغير، فإذا إستطاع إنتفت مسؤولية بانه بارتكاب الخطأ الذي إفترضه القانون و لا يلزم المضروب أن يثبت أن الأب أساء رقابة ابنه إنما الأب هو المكلف بإثبات أنه لم يسئ رقابته، و هذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "... و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة".

1- أظفر، محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديثة، الجزائر، 2003، ص. 150.
2- أظفر، أحمد ابراهيم الحباري، المسؤولية التقصيرية على فعل الغير، دراسة تحليلية إنتقالية تاريخية موازية للقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي، دار وائل للنشر، الأردن، 2003، ص. 206.

3- بوكير مصطفى، المرجع السابق، ص. 99.

4- بوكير مصطفى، المرجع السابق، ص. 99.

2- عبء إثبات الضرر و العلاقة السببية

أ- عبء إثبات الضرر

1- مفهوم الضرر

الضرر هو الركن الذي لا خلاف عليه من أركان المسؤولية المدنية، فهو الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه سواء كانت المساءلة وفق لقواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي، فعل الغير، أو فعل الحيوان أو فعل الأشياء.

الضرر هو الأذى الذي يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للإنسان سواء إتصلت بجسمه أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو إعتباره¹.

كما عرفه الفقه بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له². و عرفه الفقه أيضا بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء أكان ذلك الحق أم تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بجرته أو بشرفه أو بإعتباره أو غير ذلك. و هو شرط أولى لقيام المسؤولية المدنية و إمكان المطالبة بالتعويض، لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب الذي يطالب به³.

يعد الضرر لا غنى عنه لقيام المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية، و واضح من تعريف الضرر أنه لا يقتصر على الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، بل يشمل ما يلحقه في مصلحة مشروعة و لو لم ترق هذه المصلحة إلى مستوى الحق، و يشترط أن تكون المصلحة مشروعة لكي يكون المساس بها ضررا يستحق التعويض، فلا تعويض عن مصلحة غير مشروعة.

1- أنظر، صلال حسين علي الجبوري، تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص. 30.

2- أنظر، بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ج. 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 68.

3- حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص. 30.

المضروور هو المكلف بإثبات الضرر، و له إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة و القرائن لأن الضرر واقعة مادية¹ وفقا للقاعدة العامة: "البيئة على من إدعى"².

في الغالب يثبت الضرر بالمعاينة المادية، أو بشهادة طبية أو بتقرير الخبراء. و في الحقيقة أن الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية التقصيرية بل هو مقياس مقدار التعويض الذي يستحقه الضحية³.

2- أنواع الضرر

ينقسم الضرر إلى ضرر مادي و ضرر معنوي.

أولاً: الضرر المادي

هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، و بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في ماله أو في نفسه أو في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له. و يشترط في الضرر المادي أن يكون تحقق وقوعه لكي تقوم المسؤولية المدنية، و المقصود بتحقيق الضرر أن لا يكون إحتمالياً أو إفتراضياً، بل يجب أن يكون قد وقع فعلاً، و هذا الوصف يشمل الضرر الحال الذي أصاب المضروور في جسمه أو ماله وقت المطالبة بالتعويض.

يشترط في الضرر المادي أيضاً أن يكون شخصياً لمن يطالب بتعويضه و أن يكون مباشراً، و أن يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة للمضروور و ألا يكون قد سبق تعويضه⁴.

أما الضرر المحتمل الوقوع و هو الذي لم يقع و لا يعرف ما إذا كان قد سيقع في المستقبل أولاً فلا تعويض عنه⁵.

1- أنظر، أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2007، ص. 328.

2- أنظر، سمير دنون، الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي في القانون المدني و الإداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص. 113.

3- علي فيلال، المرجع السابق، ص. 243.

4- صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص. 33.

5- أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 229.

ثانياً: الضرر الأدبي (المعنوي)

هو الألم الذي يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو كرامته أو شعوره أو سمعته، و الضرر من هذا القبيل كثير الحدوث في المسؤولية التقصيرية و قليل الحدوث في المسؤولية العقدية التي تثور عادة بسبب خلافات مادية و ليست أدبية. و مع ذلك فإن الإخلال بالعقد يسبب ضرراً أدبياً في بعض الحالات للدائن، مثال ذلك: الطبيب الذي يشيع أسرار عن المريض الذي يعالجه مما يؤدي إلى أضرار أدبية في شعوره، و كذلك الوكيل الذي يذيع أسرار موكله، و الناشر الذي يحرف في الكتاب الذي ينشره، كل هذا يؤدي إلى أضرار أدبية مثلة في الشعور بالألم و الحزن.

عرف الفقه الضرر الأدبي بأنه: الضرر الذي يصيب الشخص في ناحية غير مالية، فهو قد يصيب الشخص من جراء جرح يسبب الألم له، و يشوه الجسم كله أو بعضه، أو يصيب الشرف و الإعتبار كما في حالة هتك العرض أو القذف أو السب أو إيذاء السمعة أو قد يصيب الشعور و العاطفة كما في حالة خطف الإبن أو الإعتداء على الأب أو الأم أو الزوج أو الزوجة، بل إنه قد يترتب على مجرد الإعتداء على حق ثابت للشخص كما لو إقتحم شخص ملك غيره غصباً¹.

ب- عبء إثبات العلاقة السببية

إن وجود علاقة السببية بين الخطأ بالرقابة و الفعل الضار للشخص الخاضع للرقابة شرط ضروري لإقامة مسؤولية متولي الرقابة.

إن إفتراض علاقة السببية نتيجة منطقية لإفتراض الخطأ و الضرر، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس²، فكل من المضرور و المكلف بالرقابة إثبات أو نفي هذه العلاقة.

المكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة السببية، متى أثبت المضرور وقوع الخطأ و حدوث الضرر إذ يستوجب منه إثبات أن الفعل الضار الصادر من الخاضع للرقابة قد نشأ بسبب خطأ متولي الرقابة و متى أثبت ذلك فإن علاقة السببية تثبت ضمناً³. هذا إستناداً إلى نص المادة 124 من القانون المدني

1- صلال حسين علي الجبوري، المرجع السابق، ص. 33.

2- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 370.

3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 112.

الجزائري التي تنص على أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". و عليه فإن هذه المادة قد أقامت قرينة على توافر علاقة السببية بين الخطأ و الضرر إذا قام المضرور بإثباتها.

لكن بالرجوع إلى المادة 127 من القانون المدني الجزائري، فقد أجازت هدم هذه القرينة بإثبات العكس بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ بسبب لايد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك". و كذلك المادة 134 من القانون المدني الجزائري و التي أشرنا إليها سابقا.

نستنتج مما سبق أنه يستطيع متولي الرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه لا يوجد علاقة سببية بين الخطأ في الرقابة و الفعل الضار للشخص الخاضع للرقابة و أن الحادث سيقع و لو بدل العناية اللازمة¹. فإذا أثبت ذلك ترتب عليه إنقطاع الصلة بين التقصير المفترض في جانبه (جانب متولي الرقابة) و بين الضرر الذي أصاب المضرور. فمن شروط قيام المسؤولية أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر، و لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر، بل يجب أن يكون هو السبب المباشر و كذلك السبب المنتج².

بعد أن تعرضنا في الفرع الأول إلى عبء إثبات مسؤولية متولي الرقابة سنتعرض في الفرع الثاني إلى التعويض كجزاء لقيام مسؤوليته.

الفرع الثاني: التعويض كجزاء لقيام مسؤولية متولي الرقابة

إذا توافرت أركان المسؤولية عن الفعل الضار و أثبتت مسؤولية المدعى عليه عما لحق المدعي من ضرر، فإنه يلزم المسؤول بتعويض المضرور، و هذا ما ذهبت إليه المادة 134 من القانون المدني الجزائري.

1- أحمد إبراهيم الحيازي، المرجع السابق، ص. 206.

2- أنظر، سمير عبد السميع تناغو، مصادر الإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإنراء بلا سبب، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص. 250.

أولاً: تعريف التعويض

إن مصطلح التعويض له إستعمالات و مرادفات لغوية و إصطلاحات متعددة، و هذا ما يقتضي إستقصاء تلك المعاني من أجل الخروج بالتعريف الملائم و ذلك من الجانب اللغوي والإصطلاحي على حد سواء.

التعويض لغة هو من عوّض و العوض هو البديل، و الجمع أعواض، تقول عضت فلانا وأعضته و عوّضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه. فالعوض في اللغة يستعمل بمعنى البديل و الخلف¹.

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون مصطلح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون مصطلح الضمان، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من إصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني²، حيث أوجبت الشريعة الإسلامية على المعتدي ضمان فعله بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور، أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته و ذلك رعاية للحقوق و حماية للأموال من الإعتداء، و دلت مصادر التشريع على مشروعية حق الضمان أو المطالبة بالتعويض عن الضرر أو التضمنين، جبرا للضرر و قمعا للعدوان و زجرا للمعتدين³.

أما بخصوص التعريف القانوني للتعويض فلم يهتم فقهاء القانون كثيرا بوضع تعريف دقيق للتعويض، و هذا نتيجة لوضوح فكرته و عناصره في التشريعات الوضعية و المدنية، كما يظهر من القانون المدني الجزائري في المادة 132 منه التي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض...".

كما رتبت المادة 124 من نفس القانون أن الإلتزام بالتعويض يكون في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله غير المشروعة. و إنطلاقا من هذه المواد تم إستخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه: "الإلتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية"⁴.

1- أنظر، عبد الهادي بن زينة، تعويض الضرر المعنوي لقانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخابونية، الجزائر، 2007، ص. 32.

2- أنظر، باسل محمد يوسف قبا، التعويض عن الضرر الأذي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص. 19.

3- أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، الواقعة القانونية، ط. 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 254.

4- عبد الهادي بن زينة، المرجع السابق، ص. 34-35.

أما التعريف الفقهي له فقد تعمق الفقهاء في إيراد تعاريف متعددة للتعويض و التي تقوم على أساس النظر إليه من زاوية معينة، فهناك من عرفه بأنه: "مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين إلتزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية و الثقة المتبادلة بين الناس"¹. و هناك من عرفه بأنه: "جبر للضرر الذي لحق المصاب".

وهناك من عرفه بأنه: "وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا والغالب أن يكون مبلغ من المال يحكم به للمضروور على من أحدث الضرر"².

أما التعويض بالمفهوم التقليدي فهو جزاء الإنحراف الملموم في السلوك الذي سبب ضررا للغير، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته كل نتائج هذا الإنحراف أي بتعويض كل الأضرار التي لحقت بالمضروور عن طريق التعويض العادل³.

ثانيا: تمييز التعويض عن الأنظمة المشابهة له

أ- التمييز بين التعويض و العقوبة

العقوبة هي جزاء يفوض ضد كل من إرتكب و ثبتت في حقه دون الحاجة لوقوع الضرر، بينما التعويض لا يقضي به إلا إذا وقع ضرر، كما أن لبعض الإعتبارات أهمية في تقديرها مثل مكان و زمان إرتكاب الجريمة، بينما لا يكون لها أثر في تقدير التعويض⁴.

ب- التمييز بين التعويض و الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي: "مبلغ من المال يحكم القاضي بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم و أية وحدة زمنية أخرى، يتمتع فيها المدين عن تنفيذ إلتزامه عينا بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ".

1- أنظر، حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999، ص. 38-39.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 262-263.

3- أنظر، عز الدين الناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط. 5، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص. 973.

4- حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص. 42-44.

كما هو واضح ليس الغرض من الغرامة التهديدية تعويض الدائن عن التأخر في الوفاء، بل المقصود بها تهديد المدين وإرهابه للتغلب على ممانعته، و بالتالي حمله على التنفيذ العيني¹.

الغرامة التهديدية تختلف عن التعويض حيث أنهما لا ترتبط بوجود أو عدم وجود ضرر فإن الحكم فيها لا يجد فيها التسبب بخلاف الحكم بالتعويض أنه حكم واجب التسبب أي يلزم القاضي فيه أن يبين الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم و إلا كان حكمه عرضة للطعن.

ج- التمييز بين التعويض و الغرامة المدنية

قد تكون الغرامة المدنية مفروضة على الأفراد نتيجة لمخالفتهم لما يترتب في ذمتهم من إلتزامات مالية إتجاه الدولة أو أحد أجهزتها، كالإلتزام بدفع الرسوم و الضرائب، و يكون الغرض من فرضها ضمان حسن سير المرافق العامة، و لا يشترط لفرضها إثبات ضرر من قبل الجهة التي تتولى فرضها على الأفراد لعدم تنفيذهم تلك الإلتزامات المالية، و يتم إستحصلها دون حاجة لإصدار حكم، فهي لا تعد تعويضا عن ضرر، و يتبين لنا مما تقدم أن الغرامة المدنية إذا كانت لا تعد تعويضا عن ضرر، فإنها كذلك تؤدي للخرينة العامة بينما التعويض يكون للمتضرر و ليس للخرينة العامة².

ثالثا: شروط إستحقاق التعويض

كما تناولنا سابقا شروط إستحقاق التعويض و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية، بمعنى يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر.

رابعا: طرفا التعويض

يقصد بطرفي التعويض الدائن و هو المضرور و المدين و هو مرتكب الخطأ.

1- أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج. 2، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص. 36.
2- حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص. 42- 44.

أ- الدائن بالتعويض

المضروور هو صاحب الحق في طلب التعويض مادام يستطيع المطالبة به، أما إذا لم يكن أهلا لذلك ناب عنه نائبه القانوني من ولي أو وصي أو قيم، و للمضروور أن يوكل وكيلا إتفاقيا يطالب بالحق في التعويض نيابة عنه¹.

إذا مات المضروور على إثر الحادث الذي أصابه، فهل ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من خلفه؟ هنا يجب أن نميز بين أنواع الخلف و بين أنواع الضرر الذي ينتقل من المضروور إلى خلفه، و بين الأضرار الشخصية التي تصيب الخلف شخصيا أو ما يسمى بالضرر المرتد².

إذا توفي المضروور فإن لورثته المطالبة بالتعويض، ذلك أنه حق تقرر له و دخل في الجانب الإيجابي لذمته و أعتبر جزء من التركة إلا إذا كان قد سقط بالتقادم، أما إذا تقرر الحق في التعويض فإن للدائن به حق تحويله إلى الغير، لأنه حق مقوم من الناحية المالية، و إذا إنتقل إلى الورثة فإنه ينتقل إليهم حسب الفريضة الشرعية، و إذا أقام المورث حال حياته دعوى التعويض ثم توفي فحل محل الورثة فإن حقوق مورثهم في هذا التعويض لا تقبل التجزئة. فإما أن تثبت لمورثهم الأحقية في التعويض أو لا تثبت، أما حقوق كل منهم في هذا الدين فإنها تقبل التجزئة فلاي منهم أن يتزل عن نصيبه في هذا الحق و ذلك بعد أن يتقرر قيامه³.

كل هذا إذا كان الضرر الذي أصاب المورث ماديا أو جسميا، أما إذا كان ضررا معنويا، فقد إختلفت بصدده و جهات النظر⁴.

بالنسبة للقانون المدني المصري، فقد نصت المادة 222 منه على أنه: "لا يجوز أن ينتقل إلى الغير الحق في التعويض عن الضرر المعنوي إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء".

1- أنظر، زغاش عصام، التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007، ص. 41.
2- أنظر، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب. س. ن، ص. 246.
3- أنظر، عبد الحكم فودة، موسوعة التعويضات المدنية، ج. 1، نظرية التعويض المدني، المكتب الدولي للموسوعات القانونية، مصر، 2005، ص. 161.
4- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 248.

أما التشريع الجزائري فلم يرد أي قيد على إنتقاله يميز بين التعويض عن الضرر المادي و الضرر الأدبي و بالتالي ينتقل التعويض إلى الورثة دون حصر¹.

إذا كان ينتقل التعويض عن الضرر المادي إلى كل خلف، فكذلك في التعويض عن الضرر المعنوي، و لا داعي في التشريع الجزائري حصر لمن لهم حق في المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ألم من جراء موت المصاب، بل يجب أن يحكم بالتعويض عن هذا الألم لكل من أصيب في مشاعره بسبب فقد شخص عزيز عليه².

إلى جانب الحق الذي ينتقل من المورث إلى الورثة، يكون للخلف الحق في مطالبة المسؤول بتعويض عما أصابهم شخصيا من ضرر بسبب الحادث الذي أصاب السلف، و هذا ما يسمى بالضرر المرتد، من الأمثلة عن الضرر المرتد الضرر الذي يلحق أفراد الأسرة نتيجة موت عائلهم في حادث، و لا يقتصر الضرر المرتد على الأقارب، بل يشمل كل من لحقه ضرر من جراء الواقعة الضارة مباشرة³.

ب- المدین بالتعويض

هو المسؤول سواء كان هو مرتكب الخطأ أو عن طريق مسؤوليته، فيقوم هذا الإلتزام في الشق السلبي للذمة المالية.

إذا مات المسؤول عن التعويض، إنتقل دين التعويض إلى تركته، و لا تؤول التركة إلى الورثة إلا بعد سداد دين التعويض⁴. أما فيما يخص الخلف الخاص، فالأصل أنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض، بسبب خطأ السلف إلا إذا تجمعت في جانبه من جديد أركان المسؤولية بسبب المال الذي تلقاه من السلف.

1- علي علي سلجان، المرجع السابق، ص. 248.

2- زغاش عصام، المرجع السابق، ص. 42.

3- بلحاج العربي، النظرية... المرجع السابق، ص. 254.

4- علي علي سلجان، المرجع السابق، ص. 254.

خامساً: طرق التعويض

يترتب عن العمل غير المشروع نشوء الحق في التعويض للمضرور و على القاضي أن يعين طريقة التعويض و مقداره، و يراعي في تقديره ما هناك من ضرر وقت صدور الحكم، كما أنه لا يجوز للمضرور أن يجمع بين تعويضين.

ينقسم التعويض إلى تعويض عيني و تعويض بمقابل:

أ- التعويض العيني

يعرف التعويض العيني¹ بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، و هو بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي².

المقصود بالتعويض العيني هو الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود³.

ب- التعويض بمقابل

في الكثير من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية، فلا يبقى أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض بمقابل⁴، و التعويض بمقابل إما أن يكون نقدياً أو تعويض غير نقدي، و هو ما سنتطرق إليه.

1- التعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية، و لا يكون له نطاق في المسؤولية التقصيرية إلا إستثناء، فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، فالجدير بالذكر أن بعض الشراح يخلطون في سبب البحث في طرق التعويض بين التنفيذ العيني و التعويض العيني، فالتنفيذ العيني نادر الوقوع في المسؤولية التقصيرية و مجال المسؤولية العقدية.

إن السبب في الخلط بين التنفيذ العيني و التعويض العيني يرجع إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها المضرور في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه، أو عند إستحالة التنفيذ العيني باعتباره الأصل. أما التعويض العيني فيحكم به عند الإخلال بواجب عدم الإضرار بالغير، و متى ثبت ذلك تحققت المسؤولية التقصيرية، ووجب التعويض العيني. و الحكم في هذه الحالة لا يقصد به إعدار المسؤول و حته على تنفيذ التزامه و إنما إلزام المسؤول بالتعويض عن خطئه التقصيري الذي ارتكبه إتجاه المضرور دون حق. مقتبس عن، أنظر، السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص. 178-180.

2- أنظر، محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص. 13.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 168.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 166.

1- التعويض النقدي

هو الغالب في أحكام القضاء بالنسبة لدعاوي المسؤولية، حيث يمكن تقويم كل ضرر يعطي بالنقود، حتى الضرر الأدبي، و الأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا من المال يعطى دفعة واحدة للمدعي. لكن لا يوجد ما يمنع من الحكم بتعويض مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة، ما دامت تلك هي الطريقة المناسبة للتعويض. فمثلا قد يحكم القاضي بتعويض مقسط إذا كان المضرور قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن، فيحكم له بهذا التعويض المقسط حتى يتم شفائه من إصابته.

إذا كانت الإصابة عن العمل تعجزه كليا أو جزئيا بصفة دائمة جاز الحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة. و يجوز في حالي التعويض المقسط و الإيراد المرتب إلزام المدين بتقديم تأمين، و يجوز في هذه الحالة أن يحكم القاضي على المسؤول بدفع مبلغ إلى شخص ثالث أو إلى شركة التأمين مثلا لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضرور، و يكون ذلك بمثابة التأمين¹. هذا ما أقرته المادة 132 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأميناً".

2- التعويض الغير نقدي

قد يتعذر على القاضي في بعض الحالات أن يحكم بالتعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية، ولا يبقى أمامه إلا أن يحكم بالتعويض بمقابل الغير نقدي².

تجدر الإشارة إلى أنه بمجرد الحكم بالتعويض غير النقدي قد لا يكون كافيا لجبر الضرر الحاصل، و لمواجهة أي تغيير فيه مستقبلا فلا يوجد مانع قانوني من إجتماعه مع طرق التعويض الأخرى سواء كان التعويض نقدي أو تعويض عيني.

1- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 295.

2- عبد العزيز اللصاحبة، المرجع السابق، ص. 191.

يجوز للقاضي أن يحكم في أحوال إستثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض، فيأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق الإلصاق على نفقة المحكوم عليه، أو يكتفي بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر إفتراء أو سبباً لتعويض المقذوف عن الضرر المعنوي الذي أصابه¹.

يقول الشراح بهذا الصدد أن مثل هذا التعويض لا هو بالعييني ولا هو بالمالي، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور، وقد تلجأ المحاكم إلى أبعد من ذلك إذن بإمكانها الحكم بتوزيع نسخ عن الحكم الصادر أو بواسطة مذياع، كتعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بالمضروب.

هذا ما قصده المشرع بقوله في المادة 132 من القانون المدني الجزائري: "...و أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

سادساً: تقدير التعويض

يقاس التعويض دائماً بالضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ. ويشمل هذا الضرر المباشر، الخسارة التي لحقت بالمضروب، والكسب الذي فاته و هذان هما عنصرا التعويض و الذي يمكن تقويمهما بالمال. هذا مع ملاحظة أنه لا يدخل في تقدير التعويض كون الضرر متوقعا أو غير متوقع، ففي المسؤولية التقصيرية كما رأينا يشمل كل الأضرار المباشرة متوقعة أو غير متوقعة².

بالعودة إلى نص المادة 131 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

من خلال نص هذه المادة يتضح أن القاضي يملك سلطة إختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها لجبر الضرر، و يسترشد في ذلك بطلبات المضروب الظروف الملابسة و يراعيها القاضي في تقدير التعويض و التي سنتطرق إليها فيمايلي:

1- السعيد مقدم، المرجع السابق، ص. 186.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 397.

1- الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض

المقصود بالظروف الملازمة المشار إليها في المادة 131 الظروف الشخصية التي تحيط بالمضروب لا بالمسؤول، فيجب على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض الظروف الشخصية للمضروب، كالحالة الجسمية و الصحية و كذا حالته العائلية. و يدخل أيضا في الإعتبار حالة المضروب المالية، و ليس ذلك أن المضروب إذا كان غنيا كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد أصاب غنيا أو فقيرا و إنما الذي يدخل في الإعتبار، هو إختلاف في الكسب الذي يفوت المضروب من جراء الإصابة التي لحقت، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد، فتقدير التعويض يكون على أساس ذاتي و ليس على أساس موضوعي¹.

مهما كان الخطأ يسيرا فإن التعويض يجب أن يكون عن كل ضرر مباشر، و مهما كان الخطأ جسيما فإن التعويض يجب أن لا يزيد عن هذا الضرر المباشر، فنحن لسنا بصدد عقوبة جنائية².
تقدير قيمة التعويض تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع دون معقب عليهم من المحكمة العليا.

2- الضرر المتغير

الضرر قد يتغير منذ وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، مثاله كسر ذراع شخص صدمته سيارة و عند مطالبته بالتعويض تطور إلى عاهة مستديمة، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم، كذلك الأمر في حالة صيرورة الضرر إذا خف من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم و أصبح الكسر أقل خطورة مما كان عليه، فالعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم إشتد أو خف³. كما أن العبرة بالسعر من يوم صدور الحكم سواء إرتفع السعر منذ وقوع الضرر أو إنخفض على أنه إذا كان المضروب قد أصلح الضرر بماله فإنه يرجع بما دفعه فعلا مهما تغير السعر يوم صدور الحكم⁴.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 169.

2- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 397.

3- محمد صبري السعد، المرجع السابق، ص. 171.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1103.

3- النفقة المؤقتة

إذا رفعت الدعوى إلى المحكمة و تبين لها أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة، فإنه يجوز لها أن تقضي بإلزام المسؤول بأن يؤديها له على أن تخصم من التعويض الذي سيقضي به بعد ذلك، غير أنه يشترط القضاء فيه أربعة شروط¹:

- أن يكون مبدأ المسؤول قد تقرر و لم يبق إلا تقدير التعويض.
- أن تكون عناصر التعويض لا تزال عند إعدادها في حاجة إلى مدة طويلة.
- أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة.
- أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضي للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذي ينتظر أن يقدر به الضرر².

بعد أن تعرضنا في الفرعين السابقين إلى عبء مسؤولية متولي الرقابة و التعويض كجزاء لقيام مسؤوليته سنتعرض في هذا الفرع إلى مدى رجوع المكلف بالرقابة على الخاضع لها.

الفرع الثالث: مدى رجوع المكلف بالرقابة على الخاضع لها

أشير من قبل إلى أنه حيث يكون الخاضع للرقابة غير مميز فإن مسؤولية متولي الرقابة تقوم بصفة أصلية أو بصفة إنفرادية، و من ثم فلا يتصور رجوع المضرور على غير المميز و لا يتصور أن يرجع متولي الرقابة على غير المميز أيضا بما دفع.

و لا يكون الأمر كذلك حيث يكون الخاضع للرقابة مميزا، فإن مسؤوليته تقوم، و تقوم بجانبها مسؤولية متولي الرقابة، و يكون للمضرور أن يرجع على أي منهما منفردا أو يرجع عليهما معا و يكونان متضامين في أداء كامل التعويض الذي يقضي عليه. فإذا أدى الخاضع للرقابة التعويض كاملا إنتهى الأمر إلى هذا الحد، أما إذا أداه متولي الرقابة كاملا أو جزئيا فإنه يجوز له أن

1- شريف طباح، المرجع السابق، ص. 335.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1104.

يرجع على الخاضع للرقابة بما أداه كاملاً أو جزئياً. و لا يحق للخاضع للرقابة أن يمتنع عن ذلك لسببين:

الأول أنه مميز و من ثم ينسب إليه الخطأ و يتحمل مغبة عمله و الثاني أن مسؤولية متولي الرقابة قد تقرر لمصلحة الغير و ليس لمصلحة الخاضع للرقابة حتى يتمسك بوجوب إلزام متولي الرقابة بتعويض الضرر¹.

فإذا إستوفى المضرور التعويض من أحدهما لم يكن له أن يرجع على الآخر².

بعد أن تعرضنا في المبحث الأول إلى قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في القانون المدني، سنقوم في المبحث الثاني بدراسة قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في قانون الأسرة.

المبحث الثاني: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في قانون الأسرة

تعد قضية مقاصد الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية لإقامة مجتمع تصان فيه الحقوق و تؤمن فيه النفوس، و في سبيل تحقيق هذا المقصد جاءت الأحكام منظمة لكل المعاملات بين الأفراد بعضهم مع بعض، فأصبحت هذه الأحكام من التكاليف الشرعية التي يجب على المكلف الإلتزام بها.

إقتضت حكمة التشريع إستثناء القاصر من التكاليف لنقص أهليته و طالما أنه ناقص الأهلية، فهو في هذه المرحلة لا يستطيع تمييز ما فيه مصلحته لعدم إكتمال عقله و حضور رشده، فيكون عرضة لخسارة أمواله، و عدم صيانة نفسه و هدفا لضعاف النفوس من أفراد المجتمع، فكان من ضوابط تصرفاته فرض الولاية عليه حتى يقوم الوالي بحفظ نفسه و صيانة حقوقه و حمايته.

لدراسة هذا المبحث لابد من تقسيمه إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية وأنواعها و ثبوتها أما في المطلب الثاني نتناول حلول الأم محل الأب في حالة غيابه أو حصول مانع في الأمور الإستعجالية و إنتقال الولاية لمن تولى الحضانة في حالة الطلاق.

1- عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص. 88.

2- أنظر، بن الشويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للإلتزام، ب. ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص. 164.

المطلب الأول: مفهوم الولاية، أنواعها و ثبوتها

إهتمت الشريعة الإسلامية بكل جوانب الحياة، و رسمت لها المنهج السوي المستقيم و كان الطفل القاصر الحظ الوافر لذلك، حيث لم تكتفي بالرعاية الغريزية الأولية فحسب، بل أحاطته في كل مراحل نموه بقواعد و أحكام تشريعية تكفل حفظه و تضمن حقوقه بإعتباره أضعف شرائح المجتمع.

الولاية هي مؤسسة أقيمت من أجل حماية القاصر و هي تتصل بنفس القاصر، كما تمارس تحت رقابة القاصر سواء كان لهذا الأخير أسرة، أو لم تكن له صلة بأسرة ما¹.

إن الأشخاص المعترف لهم بممارسة الولاية على القاصر، يتم تعيينه ما بين أفراد الأسرة، و لا تتدخل الدولة إلا في ظروف إستثنائية.

للتعرف على هذه المسؤولية لابد من تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول إلى مفهوم الولاية، أما في الفرع الثاني أنواع الولاية، أما في الفرع الثالث نتناول ترتيب الأولياء وأسباب نهاية الولاية.

الفرع الأول: مفهوم الولاية

قد يختلف تعريف الولاية بحسب إختلاف المنظور الذي عرفت منه، فيختلف التعريف اللغوي عن التعريف الفقهي، اللغوي و القانوني.

أ- تعريف الولاية لغة

الولاية بالفتح و الكسر: النصر و الولي كل من ولّ أمرا أو قام به² فيقال وليّ الرجل إذا أعانه ونصره و قام بأمره وهي من وليّ الشيء وولي عليه. و الولي إسم من أسماء الله الحسنى و هو الناصر المتولي بأمور الخلائق كلها و مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها³.

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط. 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 202.

2- أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص. 296.

3- أنظر، باسم حمدي حرارة، سلطة على أموال القاصرين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص. 03.

ب- تعريف الولاية فقها

ذكر بعض العلماء أن معنى الولاية في إصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة و إنشاء العقود و التصرفات و نفاذها، سواء في حق نفسه أو في حق غيره¹. و هي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي².

الولاية عن النفس هي نفاذ الأقوال و التصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس الشخص، أو بنفس المولى عليه، فإن كانت على نفس الصغير و من في حكمه فإنما يملكها الولي فيقوم بصيانة المولى عليه و حفظه و تأديبه و علاجه و تثقيفه و توجيهه إلى الدراسة العلمية النافعة أو إحتراف الصنعة التي تعينه مستقبلا على العيش الكريم. كما يملك ولي النفس تزويج الصغير أو الصغيرة³.

ج- تعريف الولاية قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية، بل إكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة الجزائري في المواد 81 إلى غاية 91 منه، حيث نصت المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

يتبين من خلال هذه المادة أن الولاية سلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية. و تبين المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري كيفية إنتقال ولاية الأولاد القصر من الأب إلى الأم بعد وفاته و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تقتصر ولاية الأم على الأمور المستعجلة وذلك بقولها: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا. و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 64.

2- أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص. 296.

3- أنظر، أحمد نجيت الغزالي، عبد الحليم منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008-2009، ص. 468-469.

الولاية على القاصر ثابتة للأب في المرتبة الأولى، و في حالة وفاته تزول هذه الولاية بقوة القانون و تزول للأم بإعتبارها أحرص على مصالح أولادها من غيرها.

يعتبر الولي في هذه الحالة (الأب أو الأم) نائبا قانونيا على القاصر لا ينبغي أن يتجاوز سلطته، لهذا رسم له المشرع حدودا لا ينبغي له تعديها. كل هذا لتثبيت مظاهر الحماية على القاصر، بل أكثر من ذلك حين نص في المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

و عليه يجوز منع الولاية لشخص آخر مع وجود الأم إذا ثبت وجود تعارض بين مصلحة القاصر ومصلحة الأم.

الفرع الثاني: أنواع الولاية

يمكن تقسيم الولاية بشكل عام إلى نوعين:

الأولى: الولاية على النفس و الثانية: الولاية على المال.

الولاية على النفس هي: "سلطة على الشخص القاصر لتنشئته، و تطبيبه، و تعليمه و سائر التصرفات المتعلقة بشخصه".

أما الولاية على المال فهي: "سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه و إدارته و استثماره".

قسمها الدكتور عبد الكريم زيدان إلى:

أولا: الولاية القاصرة و الولاية المتعدية.

الولاية القاصرة: هي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه. أما الولاية المتعدية فهي قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ لغيره.

و الولاية المتعدية و هي قسمان:

الولاية على المال و الولاية على النفس فالأولى تتعلق بالمال و الثانية تتعلق بالنفس¹.

الفرع الثالث: ثبوت الولاية

لقيام نظام الولاية يجب توفر مجموعة من الشروط من كل من المولى عليه و الولي، لذلك سنين أولا شروط الولاية ثم نبين ترتيب الأولياء و حدود تصرفاتهم و أسباب نهاية الولاية.

أولا: شروط الولاية

لقيام نظام الولاية يجب توفر مجموعة من الشروط في كل من المولى عليه و الولي.

أ- الشروط الخاصة بالمولى عليه

إذا كان نظام الولاية يفرض على الولي شمل الأولاد القصر بالرعاية و الحماية و توفير كل ما يستطيع من أجل تنشئتهم على أحسن الطرق و السلوكيات، فإن شرط قيام هذه الواجبات و أساس هذه الولاية هو قصر الأولاد، إذ تنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر...".

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجد أنه ربط مفهوم القاصر مع الأهلية و ذلك من خلال المادتين 40 و 42 من القانون المدني، فنص في المادة 40 على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد 19 سنة كاملة". و نص في المادة 42 من نفس القانون على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. و يعتبر غير مميز من لم يبلغ سن الثالثة عشر سنة".

1 - أنظر، نضال محمد أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011، ص. 39.

يمكن تعريف القاصر وفق التشريع الجزائري بأنه حالة الشخص الذي لم يبلغ بعد 19 سنة كاملة، و عليه فهذه الحالة تنتهي عند بلوغ هذه السن بإعتبارها سن الرشد الذي من خلاله يصبح الشخص كامل الأهلية للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه.

ب- الشروط الخاصة بالولي

يقصد بالولي الصديق و الحليف و كل من ولى أمر أحد فهو وليه، أما في الإصطلاح فالولي في الزواج هو الذي توقف عليه صحة العقد. و لا بد من توفر مجموعة من الشروط في الولي ليكون أهلا للقيام بما تتطلبه أعمال الولاية.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه أغفل النص على هذه الشروط، في حين أنه نص على الشروط الواجب توافرها في الوصي، و ذلك في المادة 93 منه بقولها: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

هذا ما يفرض علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

لما كانت الولاية على النفس تدور حول الحفاظ على مصالح الولد، فإنه يشترط في الولي شروط مهمة حتى يتمكن من القيام بواجبه. و تتمثل هذه الشروط في الآتي ذكره:

1- أن يكون عاقلا بالغاً

إذ أن شرط العقل¹ لا خلاف فيه بين الفقهاء، إذ أن العقل كما هو معروف مناط التكليف، فاقد العقل لا ولاية له على نفسه، فألا يكون له ولاية على غيره أولى.

1- أنظر، محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 49.

جاء في المغني: "فأما العقل فلا خلاف في إعتبراره لأن الولاية تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، و من لا عقل له لا يمكنه النظر و لا يلي نفسه، فغيره أولى".

و سواء في هذا من لا عقل له، لصغره كطفل، و من ذهب عقله بجنون أو كبير كالشيخ إذا أفند.

و دليل إعتبر العقل شرطا في الولي قوله صلى الله عليه و سلم: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل"¹.

أما بالنسبة لشرط البلوغ فهذا الشرط أيضا لم يختلف عليه الفقهاء، لأن غير البالغ لا ولاية له على نفسه بل هو محتاج لمن يلي عليه².

2- القدرة على حفظ الولد

من كان مريضا أو شيخا عاجزا، فهو لا يقدر على المحافظة على من أوكل إليه تدبير شؤونه³.

3- أن يكون أمينا على المولى عليه في نفسه و دينه

لو لم يكن أمينا بأن كان فاسقا مستهترا لا يبالي بما فعل لا يكون أهلا للولاية، لأنها شرعت لمصلحة الصغير و ليس من مصلحته أن يوضع عند هذا الفاسق لأنه يخشى عليه أن يتخلق بأخلاقه، و كذلك لو كان مهملا كأن يترك الصغير مريضا بلا علاج أو يجرمه من التعليم و عنده استعداد له، فإذا كان كذلك إنتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء محافظة على مصلحة الصغير⁴.

4- أن يكون متحد الدين مع المولى عليه

لأن الولاية تتبع الميراث، و لا توارث بين المسلم و غير المسلم⁵. لأن إختلاف الدين يؤثر في رابطة القرابة الموجودة بينهما فيتأثر الصغير لخطر التأثير بدين وليه، فلو كانت الولاية للإخوة و

1- نزال أبو سنيبة، المرجع السابق، ص. 306.

2- أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ط. 4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1983، ص. 792.

3- أنظر، العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة، ط. 1، مؤسسة كوز للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص. 291.

4- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 792.

5- محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 49.

كان للصغير أخوات أحدهما موافقا له في الدين و الآخر يخالفه فيه كانت الولاية لمن يوافق في الدين. وهذا الشرط في غير القاضي لأنه نائب عن الحاكم صاحب الولاية على جميع الرعايا¹.

5- أن لا يكون محجورا عليه

لأن الهدف من هذه الولاية هو التربية و الحفظ و الصيانة و المساعدة في إختيار الزوج المناسب للأنتى. بسبب هذا تقرر أنها لا تثبت إلا لمن كان رشيدا يحسن التصرف في نفسه و يجيد الإختيار لغيره².

6- الذكورة

يعود ذلك إلى أن الرجل أميل في حكمه إلى العقل و الحكمة و أمكن في رعاية القاصر و حمايته و أقدر على الوفاء بواجبه.

الجدير بالذكر أن الفقهاء لم يشترطوا الذكورة في الولاية عن النفس فقد تتولاها الوالدة لكن إشرطوا سلامة الدين و القدرة على القيام بمهام هذه الولاية، و عدم تضرر المولى عليه بها³.

7- العدالة

يمكن تعريف العدالة بأنها فعل المأمورات و ترك المنهيات المحضورة⁴.

تثبت الولاية على النفس على ناقص الأهلية مطلقا، فتثبت عن الصغير مميزا كان أو غير مميز، كما تثبت على المجنون و المعتوه.

يثبت للولي على النفس رعاية نفس المولى عليه من كل جوانبها، فيثبت له تأديبه و توجيهه و تطيبه و إرشاده إلى ما ينفعه و كل ما يحتاجه نفسه من الرعاية النفسية و الروحية و الجسدية⁵. وتستمر الولاية عن النفس حتى بلوغ الغلام عاقلا. و بهذا البلوغ تنتهي الولاية عن النفس. أما إذا

1 - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 792.

2- العربي بختي، المرجع السابق، ص. 291.

3- العربي بختي، المرجع السابق، ص. 292.

4- محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص. 314.

5- العربي بختي، المرجع السابق، ص. 293.

بلغ الطفل غير عاقل أو كان مجنوناً أو معتوها فتستمر ولاية الوالي، فإذا بلغ الطفل عاقلاً ثم جنّ أو أصيب بعته فإن الولاية على النفس تعود إلى الوالي على النفس¹.

ثانياً: ترتيب الأولياء وأسباب نهاية الولاية

أ- ترتيب الأولياء

كما اختلف الفقهاء في شرط الولاية، اختلفوا في ترتيبهم للأولياء، و قدم كل منهم الوالي الذي رآه أحرص على القاصر، و إتفقوا جميعاً أن من تثبت له الولاية على النفس هو الأب، ثم اختلفوا فيمن يليه، فقدم كل مذهب الوالي الذي إرتأه.

باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستلهم من أحكام الشريعة الإسلامية فهل أخذ المشرع بما أخذت به الشريعة الإسلامية.

1- ترتيب الأولياء شرعاً

تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه بين العصبات الذكور، و هم أصوله من الأب والجد أب الأب و إن علا، و فروعهم من الأبناء و أبناء الأبناء، و فروع الأبوين من الإخوة الأشقاء و الإخوة لأب و أبنائهم، و فروع الأجداد و هم الأعمام و أبنائهم. غير أن الولاية على الأنتى لا تكون إلا للعاصب المحرم فلا تثبت لإبن العم، فإن لم يوجد من العصبات غيره أبقاها القاضي عند حاضنتها أو إختار لها شخصاً أميناً وضعها عنده.

تثبت الولاية لهؤلاء على حسب ترتيبهم في الميراث، فالفروع ثم الأصول ثم الإخوة و أبنائهم ثم الأعمام و أبنائهم بالنسبة لغير الصغار، أما الصغار فتثبت الولاية عليهم أولاً للأصول لعدم وجود أبناء يصلحون للولاية. فإن لم يوجد إلا واحد كانت الولاية له، و إن تعددوا قدم الأقرب، و إن تساوا في الدرجة قدم الأقوى قرابة كالأخ الشقيق على الأخ لأب، و العم الشقيق على

1- محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 48.

العم لأب، فإن تساوا في الدرجة و قوة الرقابة تثبت لهم جميعا، و يختار القاضي أصلحهم للولاية¹.

2- ترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحلّ الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه حضانة الأولاد".

حسب هذه المادة تثبت الولاية على النفس للأب في المقام الأول، ثم تحل محله الأم قانونا بعد وفاته، فلا حاجة إلى قرار من المحكمة لتعيين الأب أو الأم وليا. ذلك أن ولايتهما طبيعية تقوم على صلة الدم. كما يمكن أن تتولى الأم ولاية الأولاد رغم عدم وفاة الأب و ذلك في حالة غياب الأب أو حصول مانع له. فتتولى هنا القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، كتمثيل القاصر أمام القضاء.

يستثنى من هذا الترتيب (الأب و الأم) حالتين يكون فيها الحكم بشأن الولاية على النفس للقاضي، الأولى في حالة الطلاق إذ يمنح فيها القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة حسب الفقرة 3 من المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري. و الثانية هي حالة تزويج القاصرة التي يكون فيها وليها هو أبوها فأحد الأقارب الأولين. و القاضي ولي من لا ولي له حسب نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقرباها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

1- محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 790.

ب- أسباب نهاية الولاية

إذا كان المشرع الجزائري وضع شروطا لقيام نظام الولاية و إن لم ينص عليها صراحة فإنه قد وضع أسبابا لإنقضاءها، نص عليها في المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، 4- بإسقاط الولاية عليه".

نستنتج أن أسباب نهاية الولاية نوعان: أسباب متعلقة بالولي، و أسباب متعلقة بالقصر.

1- نهاية الولاية بأسباب متعلقة بالولي

بالرجوع إلى نص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن أسباب نهاية الولاية المتعلقة بالولي أربعة هي: العجز، الموت، الحجر، إسقاط الولاية عنه.

أولا: نهاية الولاية لعجز الولي

لم يحدد المشرع الجزائري ما يقصد بالعجز هل هو العجز المادي أي الجسماني، الذي يمنع الولي من إدارة شؤون القاصر الذي تحت ولاية، أم هو العجز المعنوي كتنقص القدرات الفكرية، فتجعله يسيء إدارة مصالح الخاضع لولايته و مع غموض النص فإن المشرع يكون قد قصد أنواع العجز المادي و المعنوي. فلو صارت الحالة الصحية و البدنية للولي لا تسمح له بممارسة مهامه التي أقيم من أجلها (حفظ شخص و مال القاصر) فرغم أن الولاية إلزامية إلا أن القانون أجاز له طرق إعفائه منها، و يكون للمحكمة سلطة قبول أو رفض طرف التنحي بعد التحقق من أسبابه و دوافعه، كما يمكن لكل من له مصلحة طلب تنحية الولي لعجزه، و في حالة قبول المحكمة لهذا الطلب تتول الولاية للولي الذي يلي الولي العاجز في المرتبة، فإن لم يوجد عينت المحكمة وصيا للقاصر.

ثانيا: نهاية الولاية لموت الولي

إذا كان الموت طبيعي يؤدي حتما إلى نهاية الولاية، فإن المشرع الجزائري لم يحدد إذا كان الموت المنصوص عليه في المادة 91 من قانون الأسرة يتضمن الموت الحكمي.

الموت الحكمي يقع على المفقود في الحروب و الحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري و تخضع المدة لتقدير القاضي بعد مضي أربع سنوات في الحالات التي تغلب فيها السلامة طبقا للمادة 113 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أنه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

يستفاد من عبارة "... أو حصول مانع له..." الواردة في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري تفيد حلول الأم محل الأب في الأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد، أي وقف ولاية الأب على أولاده القصر إلى غاية زوال الوقف، هذا إذا لم يصدر الحكم بموته، فإذا صدر الحكم بموته فتطبق المادة 91 من القانون الجزائري.

ثالثا: نهاية الولاية للحجر على الولي

إذا إعترض أهلية الولي عارض من عوارض الأهلية، كالجنون و العته، و السفه فيصبح غير قادر على إدارة أمواله و جميع شؤونه الخاصة فأولى أن لا يستطيع القيام بأموال و شؤون القاصر الموضوع تحت ولايته. فعوارض الأهلية التي تصيب أهلية الولي تؤدي إلى الحجر عليه بما يعرف بالحجر القضائي المنصوص عليه في المواد 101 إلى 108، و بالتالي تحقق نص الفقرة الثالثة من المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري.

لكن ما نلاحظه من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع أغفل النص على نوع آخر من الحجر، ألا و هو الحجر القانوني و الذي يقع على الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية، و الذي يمنع طبقا للمادة التاسعة من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي".

سواء تعلق الأمر بالحجر القضائي أو بالحجر القانوني فإن الولاية تنتقل إلى الأم في الأمور المستعجلة الخاصة للأولاد طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري.

رابعاً: نهاية الولاية بإسقاطها عن الولي

إن المشرع لم يوضح المقصود بالإسقاط، فهل هو ذلك الذي يتم بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، عند ثبوت سوء تصرف الولي أو تقصيره في إدارة أموال القاصر إلى حد يعرض مصالح هذا الأخير للخطر.

ما يمكن قوله إن الإسقاط المنصوص عليه في المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري يتم إما بحكم جزائي كتدابير الأمن الشخصية و إما بحكم مدني يصدر عن القاضي بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، أو طلب النيابة العامة. و ما يلاحظ أن المشرع أغفل أيضا النص على تخلف شرط من شروط إسقاط الولاية عليه¹.

2- نهاية الولاية لأسباب متعلقة بالقاصر

أولاً: نهاية الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد

إذا إكتملت أهلية المولى عليه، لم يعد هناك ما يوجب قيام نظام الولاية على القاصر إذ لا ولاية على راشد.

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري من خلال المادة 40 التي تنص على أنه: "كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

في حين أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا السبب في المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري التي تبين أسباب نهاية وظيفة الولي و إنما تطرق إليه في المادة 96 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري الخاصة بنهاية مهمة الوصي.

1- أنظر، موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية، الجزائر، 2006، ص. 85.

نستنتج من ذلك أن الولاية تنقضي بدهاءة بلوغ المشمول بها سن الرشد و هي 19 سنة، ما لم تقض المحكمة، قبل بلوغه هذه السن بإستمرار الولاية عليه¹.

ثانيا: نهاية الولاية بترشيد القاصر

إذا كان القاصر ذكرا أو أنثى ممنوعا من التصرف في نفسه كتزويج نفسه أو في ماله كبيع عقاراته، إلى غاية بلوغه سن الرشد المقدرة ب 19 سنة كاملة، دون الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية، إلا أنه يمكن أن يرشد قبل ذلك ليمارس البعض أو كل التصرفات الممنوعة عليه قبل ذلك.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري بخصوص موضوع الترشيد، فنجد أنه نص في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص للزوج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين عن الزواج".

بإستقراء النصوص القانونية السالفة الذكر، نستنتج أن المشرع الجزائري، إعترف بنظام الترشيد وعمل به، و إعتبره كسبب لإنقضاء الولاية بإعتبار القاصر يكتسب الأهلية الكاملة فيما رشد إليه، كترشيد القاصر للزوج فإنه يكتسب أهلية التقاضي في كل المسائل المتعلقة بهذا الزواج حسب ما نصت عليه المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات".

ثالثا: نهاية الولاية بموت القاصر

إذا مات القاصر، زال سبب وجود الولاية بإعتبار أن محل الولاية هو القاصر نفسه². نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 96 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري الخاصة بنهاية مهمة الوصي، لكن هذه الفقرة يمكن تطبيقها على الولاية، لكون الولاية و الوصاية تقعان على القاصر.

1- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 607.

2- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 78.

المطلب الثاني: حلول الأم محل الأب في حالة غيابه أو حصول مانع في الأمور المستعجلة وإنتقال الولاية لمن تولى الحضانة في حالة الطلاق

لدراسة هذا المطلب لا بد من تقسيمه إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول حلول الأم محل الأب في حالة غيابه أما في الفرع الثاني نتناول حصول مانع في الأمور الإستعجالية و في الفرع الثالث نتناول إنتقال الولاية لمن تولى الحضانة في حالة الطلاق.

الفرع الأول: حلول الأم محل الأب في حالة غيابه

لقد نصت المادة 87 في فقرتها الثانية على أنه: "... و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد". هذه الحالة تعتبر إستثناء للقاعدة العامة التي تنص على حلول الأم محل الأب فقط بعد وفاته، أي ضرورة توفر شرط الوفاة لإنتقال الولاية إلى الأم.

إلا أنه في حالات كثيرة تطرأ على الأب رغم حياته تمنعه من ممارسة سلطته لأبوية، أو ولايته على أولاده القصر كما تقتضي الظروف العادية كالغياب أو حصول مانع له، فتحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة دائما بالأولاد، وهو ما يفرض علينا التعرض لمفهوم حالة غياب، ومفهوم حصول مانع، و كذا تحديد مفهوم الأمور المستعجلة. فما معنى حالة الغياب؟ و ما هذا المانع الذي قصده المشرع؟ وماهي الأمور المستعجلة؟

أ- حلول الأم محل الأب في حالة غيابه

نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

كما نصت المادة 110 من قانون الأسرة على أنه: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

فمن هو الغائب أو المفقود و كيف تحل الأم؟

1- مفهوم الغائب

من الصعب تحديد مفهوم الغائب ولا سيما و أن المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري ربطت الغائب بالمفقود فليس بالضرورة أن يكون هذا الغائب مفقودا، فقد يكون غيابه بسبب عمل، و قد يكون غيابه لعلاج.

لقد ربطه أغلب الفقهاء بالمفقود فعرفوا المفقود بالغائب، و المفقود في اللغة هو إسم مفعول، يقال فقد الشيء يفقده فقد أي غاب عنه و عدمه. و المفقود في إصطلاح الفقهاء هو الغائب الذي لا يدري مكانه و لا تعلم حياته من موته.

يقول الإمام أبو زهرة أن المفقود يفترض فيه أن يكون حيا حتى يصدر الحكم بموته، و ذلك لأنه غاب و هو حي، فيستمر حكم الحياة حتى يقوم دليل على خلافها¹.
مؤكد أن الغياب الذي تقصده المادة 87 في فقرتها الثانية هو الغياب الذي يغلب فيه العلم بتواجد مكان هذا الأب.

2- حالة غياب الأب

قد يكون الغياب لسفر أو عمل أو لهجر أو لطارئ ما كالحرب... في كلّ هذه الحالات يعلم فيها مكانه على الأرجح.

الغائب الذي يعرف مكانه أطلق الفقهاء على غيبته مصطلح "الغيبه غير المقطعة" وهو الشخص الذي غادر موطنه أو مقر إقامته المعتاد و هنا تكون حياته معلومة و محققه و يعلم فيها مكان تواجده و إقامته.

لكن لصعوبة و إستحالة مباشرة أعماله و إدارة مصالحه و كذا ممارسة أعماله أو ولايته و سلطته الأبوية منح القانون الأم الإذن بالحلول محله في كثير من الأمور التي تكتسي طابعا إستعجاليا يتعلق بمصير الأولاد و يتعذر معه إنتظار عودته حتى يباشرها و يقوم بها، كأن تقوم بتمثيل الولد القاصر أمام القضاء و التحقيق معه في قضايا الأحداث .

1- محدي هجيدة، المرجع السابق، ص. 98.

إضافة إلى القيام بمتابعة دراسته و حضورها في الأمور الدراسية عندما يتعلق الأمر بانعقاد مجلس أولياء التلاميذ، أو إستدعاء من معلمي القاصر أو وجود أمر يستدعي متابعة وليه الشرعي فتحل محله لتعذر حضوره¹.

الفرع الثاني: حصول مانع في الأمور الإستعجالية

أ- حصول مانع للأب

لم تحدد المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري ما معنى الغياب، و لا معنى حصول مانع، لكن من خلال هذا النص نستنتج بأن المانع الذي قصده المادة يغلب عليه طابع التوقيت في أغلب الأحيان.

كما أن المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري أشارت إلى حالات إنتهاء وظيفة الولي التي حددتها: أولاً: بعجزه، ثانياً: بموته، ثالثاً: بالحجر عليه، رابعاً: بإسقاط الولاية عنه. ففي أغلب هذه الحالات يكون مانعاً لهذا الأب من رعاية و القيام بأمور الأولاد القصر على أكمل وجه بإستثناء حالة الموت التي تنتقل الولاية فيه للأم بموجب القانون.

1- المانع الطبيعي

يندرج ضمن هذا المفهوم الحجر كعاهة جسدية كأن يكون مقعداً، و قد يكون عجزاً عقلياً، أو إعاقة عقلية كالجنون المتقطع و العته و السفه. و قد سبق و أن تكلمنا عن مثل هذه الحالات التي تعتري عقل الإنسان مثلما تعتري عقل الولد ينطبق كذلك على الوالد. الفرق الوحيد أن الأم تحل محل الأب للقيام بشؤون الأولاد ذات (الطابع الاستعجالي).

2- المانع القانوني

كالحجر عليه أو إسقاط السلطة الأبوية عنه. الحجر في اللغة: للمنع، حجر عليه حجراً: منعه من التصرف، فهو محجور عليه.

1- محدي هجيدة، المرجع السابق، ص. 98.

الفقهاء يحدفون الصلة تخفيفاً: لكثرة الاستعمال، و يقولون: محجور عليه وهو سائغ. و من معاني الحجر بالكسر: العقل.

الحجر في الاصطلاح: هو منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يتصور الحجر عنه. أو هو: منع عن التصرف قولاً لا فعلاً¹.

أما إسقاط السلطة الأبوية و هي عبارة عن سلب السلطة و الولاية عن الأب كونه لم يعد يصلح لأن يمارسها. وهي تسلب و تسقط عنه بموجب القانون و بحكم قضائي، و تبعاً لذلك فإنه يستحيل معه أن يمارس سلطته الأبوية و يسهر على رعاية أولاده أو تربيتهم أو القيام بالأمور الإستعجالية الضرورية التي تمس مصلحتهم بالدرجة الأولى².

ب- الأمور الاستعجالية

لم يبين المشرع الجزائري المعنى بالأمور المستعجلة، كل ما نص عليه هو حلول الأم محل الأب في الأمور المستعجلة إذا ما حصل له مانع أو كان غائبا.

أول شيء يتبادر إلى الذهن أن هذه الأمور المستعجلة تكون في الأحوال التي تقتضي الإسراع بإنجازها و القيام بها خشية ضياع مصلحة الأولاد القصر، و لو طال إنتظار 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.

1- الحالات التي تستدعي الاستعجال

تجدها في الأمور المدرسية و حضور مجالس الأولياء و مراعاة مصلحة القاصر في شؤون دراسته و متابعتها، و توقيع الوثائق التي ترسلها المدرسة كتوقيع أو إستخراج الوثائق الإدارية مثل بطاقة التعريف أو رخصة السياقة فكلها تقتضي تصريحاً شرفياً من الأب و حصول هذه العقوبات السالفة الذكر فيجعل من حلول الأم محله أمراً ضرورياً.

كما تعتبر من هذا القبل الترخيصات أو الأذون المختلفة من المحكمة كالإذن بالخروج من التراب الوطني سواء للسفر أو العلاج كأن يكون القاصر مريضاً تستدعي حالته العلاج خارج

1- محدي حميدة، المرجع السابق، ص. 100.

2- أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص. 254.

الوطن وبالتالي لا يمكن للقاصر الخروج عن التراب الوطني إلا بإذن من رئيس المحكمة المختص و تقديم طلب من وليه التي تكون الأم في هذه الحالة.

2- دور القاضي في تقديم الأذن و الترخيصات باعتبارها حالات أو أمور إستعجالية تخص الأولاد القصر

هناك حالات تستوجب تدخل القضاء قصد البث في أمور هامة لأن هناك حالات تستدعي الإستعجال في إنجازها، و تدخل فيها حالات تستدعي تدخل رئيس المحكمة باعتبارها من الأمور الولاية التي تستدعي حصول إذن منه، و الهدف من وراء ذلك هو مراقبة التصرف الذي يقدم عليه الولي إن كان فعلا لمصلحة الولد القاصر أم دون ذلك.

أولا : دور القاضي في الإذن بممارسة التجارة

تنص المادة 05 من القانون التجاري على أنه: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكر أو أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن إعتبره راشدا للتعهدات التي يبرمها عن الأعمال التجارية: - إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية، أو إستحال عليه مباشرتها أو في حالة إنعدام الأب و الأم.

- و يجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

تقوم الأم باعتبارها ولية على إبنها القاصر بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة المختص محليا في مكان و جود المحل التجاري المرغوب فيه أين يريد القاصر ممارسة التجارة، بالإضافة إلى وصل دفع الرسوم القضائية المقررة قانونا، و بعد دراسة الملف من طرف رئيس المحكمة يقوم بإصدار إذن بالترشيد لممارسة التجارة.

ثانيا: دور القاضي في الإذن ببيع أموال القاصر

تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

- 1- بيع العقار و قسمته و رهنه و إجراء المصالحة.
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقراض أو المساهمة في شركة.
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

كما أضافت المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري كذلك على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن : حالة الضرورة و المصلحة، و أن يتم بيع العقار في المزاد العلني".

ثالثا: دور قاضي/ رئيس المحكمة في إصدار عقد الكفالة

تنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق و أن تتم برضا الأبوين".

رابعا: دور القاضي في منح الإذن بالزواج

أو ما يعرف كذلك بترشيد القاصر للزواج. لقد إعتبر المشرع الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة و هي 19 سنة كاملة للذكر و الأنثى كقاعدة عامة، حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، و بالتالي لا يجوز لأي منهما أن يعقد قرانه دون بلوغ هذه السن حتى و لو كان بالغاً بلوغاً جنسياً¹.

إن المشرع لم يأخذ الناس جميعاً مأخذاً واحداً، إنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج لمن كانت ظروفه و أحواله تستدعي ذلك و لو قبل إكتمال السن القانونية². كل هذه لمصلحة الشباب و المجتمع ككل³، حسب ما نصت عليه المادة 2/07 من قانون الأسرة الجزائري: "و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

كخلاصة لقولنا، فإن مظاهر الولاية على النفس في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02 تتجلى في تزويج القاصر، من خلال منح الإذن أو اللجوء إلى القضاء

1- أظنر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 1999، عدد. 04، ص. 75.

2- أظنر، محمد محدة، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ط. 2، دار الشهاب، الجزائر، 2000، ص. 136.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 62.

لطلب رخصة الزواج، بالإضافة إلى إبرام عقد زواج القاصر، وفي هذا الصدد نجد المادتين 2/11 و 13 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصان على:

تنص المادة 2/11 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

تنص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يجوز للولي أيا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

لقد جرى العمل القضائي في كل المحاكم لمنح الرخصة المسبقة التي يقتضيها القانون لأجل تسجيل زواج القاصر عدة إجراءات هي:

- تقديم طلب كتابي من ولي يتضمن عرض أسباب الترشيح و الضرورة التي إقتضته.
- تقديم شهادة طبية من طبيب محلف لإثبات السلامة العقلية و القدرة الصحية و البدنية على متاعب البيت، مؤكدة بصورة شمسية للقاصر.
- حضور القاصر شخصيا بالإضافة إلى وليه أمام رئيس المحكمة بغرض التحقق من القاصر بذاته ومدى موافقته على الزواج.

بهذا يثور التساؤل هل الأم في المرحلة التي يكون فيها الأب مريضا أو عاجز أو غائبا و تحل محله في الأمور الإستعجالية فهل تسأل عن تصرفات أولادها القصر إذا ما أضروا بالغير؟ و أبعد من هذا الفعل فهل تسأل في حالة ما إذا طال هذا الغياب عن تصرفاتهم و أفعالهم الضارة بالغير في غير الأمور المستعجلة؟

إستنادا إلى نص المادة 2/87 تصير الأم و ليا في الحالات السالفة الذكر كالغياب و حصول مانع و اقتصار ولايتها على الأمور المستعجلة فقط، و لا تعتبر و لية بالمعنى المعروف للولاية بل تحل محل الأب و فقط.

إذا سلمنا بأن المانع الذي قد يصيب الأب قد يكون عارضا من عوارض الأهلية مفاجئ وبالتالي يصبح غير مميز فإنه لا يسأل إستنادا إلى نص المادة 125 المعدلة و التي تنص على أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو إمتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

فهو قد لا يسأل على فرض أنه أهمل من تربية و رقابة ابنه القاصر و أستدعي أمام قاضي الأحداث فإن ممثله سوف تكون أمه بإعتبارها المسؤولة الشرعية و المدنية عنه، لكن تسأل الأم طبقا لنص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري و تعتبر مسؤولة عن أولادها القصر لإنتقال الرقابة إليها، و بالتالي تتحمل تبعة و مسؤولية الإضرار بالغير الناجم عن أفعال أولادها القصر¹.

الفرع الثالث: إنتقال الولاية لمن تولى الحضانة في حالة الطلاق

يعتبر إنتقال الولاية لمن تولى الحضانة بعد الطلاق، إستنادا على القاعدة العامة التي تقول بأنه مادام الأب على قيد الحياة، فالولاية تثبت له على أولاده القصر و لا تنتقل إلا بعد وفاته.

في حالة الطلاق تسند الحضانة لأحد الوالدين إذا ما توفرت فيها الشروط الضرورية التي تكرس مصلحة المحضون دون الإخلال بالترتيب المنصوص عليه قانونا.

لكي تنتقل هذه الولاية لا بد من توفر شروط أولها: وجود طلاق، ثانيا: وجود حكم قضائي وأن هذا الحكم عندما يسند الحضانة لطرف ما يحكم له بإنتقال الولاية.

بالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري فإن الطلاق لا يكون إلا بحكم، و هذا الحكم يجب أن يتضمن لإنشاء الحضانة لأحد الطرفين إذا ما توفرت فيه الشروط الضرورية لممارسة الحضانة و مراعاة لمصلحة المحضون و بالمقابل فإن القاضي يحكم للطرف الآخر بحق الزيارة. و هنا تنتقل الولاية إلى الشخص الذي أسندت له حضانة الأولاد و التي تكون بحكم قضائي سواء أكان كطلب أصلي أو طلب فرعي مع دعوى الطلاق².

دعوى الحضانة إما أن تكون تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق بطريقة شفوية أو كتابية أثناء إجراءات المرافعات و يكون الفعل فيها بموجب حكم واحد مع دعوى الطلاق كما أنها قد تكون أصلية و ذلك بأن يرفعها الزوج أو الزوجة لوحدها أمام الجهة القضائية المختصة.

و هي تكون أصلية عندما يصدر حكم يقضي بإسناد هذه الحضانة إلى أحد الأشخاص المخولين قانونا أو الوالدين فتسقط عنه هذه الحضانة لأحد الأسباب المذكورة قانونا أو لوفاته أي الحاضن الأول. فعلى طالب الحضانة أن يقدم عريضة محتوية على كل الأسباب و تبريراته التي دفعته لطلب الحضانة و درجة قرابته بالمحضون.

1- محدي حميدة، المرجع السابق، ص. 103.

2- محدي حميدة، المرجع السابق، ص. 106.

القاضي يحكم بانتقال الولاية سواء من الأب إلى الأم أو إلى أحد ممن تولى الحضانة. و من إنتقلت إليه الولاية بموجب حكم الحضانة فإنه يسأل مسؤولية مدنية، و ذلك بتعويض كل ضرر سببه الولد المحضون لغيره و ذلك طيلة فترة وجوده لديه و قبل سقوط الحضانة لأي سبب. كما أنه ما تجدر الإشارة إليه إلى أن الأمر هو نفسه بالنسبة للشخص المحكوم له بحق الزيارة وأخذ المحضون معه مثلاً: أماكن غير أماكن مقر ممارسة الحضانة، و إرتكب هذا الأخير أو أحدث ضرراً بالغير فإن المسؤولية تقع عليه و ذلك نتيجة لإستعماله حقه في الزيارة و ليس بالضرورة الشخص الذي تولى الحضانة بموجب الحكم القضائي.

هذه النقطة التي كانت قد حلت المشكل الذي كان عالقا لكون الأب يبقى دائماً مسؤولاً عن أفعال أولاده القصر رغم طلاقه من والدتهم و عدم سكنه معهم. و مع إنتقال الولاية ينتقل واجب الرقابة، و تبعاً لذلك تنتقل المسؤولية بقيامها كلما أضر الوالد القاصر بالغير¹.

1- مهدي حميدة، المرجع السابق، ص. 112.

الباب الثاني

مسؤولية متولي الرقابة على المال

بعد أن بينا في الباب الأول أحكام و قيام مسؤولية متولى الرقابة عن النفس سنيين في هذا الباب و سنتعرض إلى مسؤولية متولي الرقابة على المال، فكل طفل موضوع تحت نظام السلطة الأبوية أو تحت نظام الولاية يجب أن يكون محميا نتيجة عدم نضجه، فأهليته المنعدمة تجعل إلتزاماته التي يقوم بها باطلة كما أنه لا يستطيع التصرف في ذمته المالية لأن وليه هو الذي له إدارة أمواله.

الباب الثاني: مسؤولية متولي الرقابة على المال

بسبب إنعدام أو نقص الأهلية عند الخاضع للرقابة فإنه يكون عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بنفسه ففي هذه المرحلة لا يستطيع الخاضع للرقابة تمييز ما فيه من مصلحة، نظرا لعدم إكتمال عقله ورشده، و ليس من العدل تركه يتصرف في أمواله بما يجعله عرضة لخسارتها و هدفا لضعاف النفوس من أفراد المجتمع، و من هنا كان لابد من وضع ضوابط تحدّ من تصرفاته المالية و من هذه الضوابط فرض النيابة الشرعية عليه، حتى يقوم النائب بحفظ أمواله و إدارتها و صيانة حقوقه و حمايتها.

الفصل الأول: إدارة متولي الرقابة لأموال الخاضع لها

لدراسة هذا الفصل لا بد من تقسيمه إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مسؤولية متولي الرقابة على أموال الخاضع للرقابة بإعتباره وليا، أما في المبحث الثاني نتعرض إلى إدارة أموال الخاضع للرقابة عن طريق الآليات الأخرى للنيابة الشرعية.

المبحث الأول: مسؤولية متولي الرقابة على أموال الخاضع للرقابة بإعتباره وليا

نصت المادة 44 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون".

المقصود بالقانون هنا هو تقنين الأسرة الجزائري الذي يختص بتنظيم النيابة الشرعية في صورها المذكورة في نص المادة.

بالعودة إلى نصوص هذا التقنين، فإن ممارسة النيابة الشرعية قد تكون عن طريق كل الصور المذكورة أعلاه، لكن وفق شروط معينة، و حسب حالات خاصة، وضحتها هذه النصوص تضاف إليها الكفالة التي منح القانون فيها للكافل ولاية كاملة على الخاضع للرقابة في نفسه وماله. لمعرفة كيفية ممارسة النيابة الشرعية على أموال القاصر سوف نتطرق لكل طريقة من هذه الطرق على حدة. و ذلك بتعويض كل ضرر سببه الولد المحضون طيلة فترة وجوده لديه و قبل سقوط الحضانة لأي سبب.

المطلب الأول: الولاية على أموال الخاضع للرقابة

لدراسة هذا المطلب سنقوم بتقسيمه إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول مفهوم المال والتصرف فيه، أما في الفرع الثاني نتعرض إلى تعريف الولاية على المال و أنواعها، و في الفرع الثالث سنتعرض إلى الحكمة من الولاية على المال و خصائصها.

الفرع الأول: مفهوم المال و التصرف فيه

أولاً: مفهوم المال

أ - تعريف المال في الفقه الإسلامي

لغة: يدل على كل ما ملكه الإنسان من كل شيء.

إصطلاحاً: للفقهاء في تعريف المال إتجاهات تبعا لإختلافهم في أحكامه أحدهما للأحناف و الثاني لجمهور الفقهاء.

1- تعريف المال عند الأحناف

إنه ما يميل إليه الطبع و يمكن إذخاره لوقت الحاجة، إسم لغير الآدمي خلق لصالحه و أمكن إحرازه و التصرف فيه على وجه الإختيار.

نوقش هذا التعريف: بأنه غير جامع لكل أفراد المال، فمنه مالا يمكن إيدخاره مع بقاء منفعته كما هو الحال في أصناف البقول والخضر و كذلك من الأموال مالا يميل إليه الطبع كما في بعض الأدوية فإنها أموال و التعريف لا يشملها إلا إذا كان المراد بميل الطبع إلى الشيء الميل إلى إيدخاره. نوقش أيضا: بأن طباع الناس تختلف في ميلها و تتناقض، فلا تصلح أن تكون معيارا لتمييز المال عن غيره، و أن المباحات الطبيعية قبل إيدخارها كالسمك في الماء و الطير في الهواء تعتبر أموالا في ذاتها، و عدم ملكيتها لا ينافي ماليتها، و منها مالا يمكن إيدخاره لوقت الحاجة لعدم القدرة عليه قبل إيدخاره كالصيد و لا يجرى فيه البذل و المنع¹.

يفهم من تعريف الأحناف أنه لكي يعتبر الشيء مالا يجب أن يتوفر فيه أمران: الأمر الأول: أن يمكنه حيازته (إيدخاره أو ادخاره) بمعنى أن يكون له وجود مادي كالذهب والفضة، أما مالا يمكن حيازته كضوء الشمس فلا يعد مالا.

الأمر الثاني: التمول و يقصد به التنافس و بذل العوض، بأن تجري عادة الناس كلاً أو بعضا على التنافس على العين و حيازتها فإذا كان الأمر على غير ذلك لا يكون الشيء مالا مثل حبة القمح أو تذكرة الطائرة.

و على ذلك فإذا توفر هذان الأمران في الشيء عدّ مالا، و لا يهم بعد ذلك أن يكون مباحا شرعا أم لا.

إلا أنه لا يفهم من كون المنفعة ليست أموالا أنها لا تجري عليها التصرفات المالية بل تصحّ ذلك لأنها تملك².

2- تعريف المال عند جمهور الفقهاء

منهم المالكية و الشافعية و الحنابلة، يؤخذ من تعريفاتهم للمال: أنه يطلق على كل ماله قيمة مادية بين الناس.

يفهم من هذا التعريف أنه يلزم توافر عنصرين لكي يعد الشيء مالا:

¹ - أنظر، سيف رجب قزامل، النياية عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 36.

² - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 37.

العنصر الأول: أن يكون للشيء قيمة بين الناس يستوي في ذلك أن يكون عينا أو منفعة.

- 1- إذ أن المنفعة يميل الطبع فيها كما في الأعيان و يسعى الإنسان للحصول عليها.
- 2- أن المصلحة لا تقوم إلا بها فالذوات بذاتها لا تصير أموالا إلا بمنافعها، و كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا.

3- بالإضافة أن الشارع قد اعتبرها مالا، لأنه أجاز أن يكون مهرا في الزواج.

العنصر الثاني: أن يكون الشيء قد أباح الإسلام الإنتفاع به في حالة السعة و الإختيار إذ أن الشريعة لا تعتبر كل شيء صالحا للإنتفاع به مباحا للمسلم، بل من الأموال ما يحرم على المسلم الإنتفاع بها أو إستعمالها بل يعدّ غير متقومّ كالخمر و الخنزير.

يبدو من عرض أدلة الفريقين أن المنفعة ليست أموالا عند الأحناف إلا أنّها عند الجمهور مالا، وأن المعيار هو كل ما يحقق قيمة يعد مالا، سواء أكان عينا أم منفعة، و هذا المعيار يتسع لما أتى به العنصر من تقدم علمي ما يسمى بالحقوق، كحقوق الإبتكار، فإنّ تلك الحقوق لها قيمة مالية تخلقها و بالتالي فتعريف الجمهور يشملها¹.

ينقسم المال إلى عدة أقسام وفقا للمعيار الذي يقوم عليه، فباعتبار ماله من حرمة و حماية، ينقسم إلى: متقوم و غير متقوم، و بالنظر إلى تماثل أحاده و عدم تماثلها، ينقسم إلى: مثلي و قيمي، و بالنظر إلى إستقراره في محله أو لا ينقسم إلى: منقول و عقار و بالنظر إلى إستهلاك عينه بالانتفاع و عدم إستهلاكها ينقسم إلى: إستعمالي و إستهلاكي، و بالنظر إلى كونه مملوكا لأحد أو غير مملوك ينقسم إلى: عام و خاص².

ب- تعريف المال في القانون

عرف المال بتعريفات متقاربة، فقد عرفه البعض: أنه الحق ذي القيمة المالية أيا كان نوعه و أيا كان محله شيئا أو عملا.

وعرفه آخر بأنه: الحق المالي الذي يرد على الشيء.

وعرفه البعض أيضا بأنه: كلّ حق ذي قيمة إقتصادية سواء كان هذا الحق عينيا أو معنويا أم شخصا.

¹ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 40-41.

² - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 43.

كما عرفه البعض بأنه كل شيء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به دون غيره و بعبارة أخرى يملكه.

مما سبق يتضح من تعريف الفقهاء للمال أنه يتفق مع تعريف جمهور الفقه الإسلامي من إعتبارهم المنفعة مالا، و أن المال ما يجري به البذل و المنع.... إلخ. إن دائرة الأموال عندهم تتسع لكل ما أتى به العصر من تقدم طالما يخلف الحق قيمة مالية، ويتفق الفقهاء أيضا حيث يعتبر الشيء مالا أن يكون متقوما أي له قيمة يعتد به الشارع، لكن مع الفرق بين مفهوم التقويم في كليهما إذ أن في الشريعة عدم التقويم يعني عدم إباحة الشارع الإنتفاع به، أما في القانون: عدم جواز التعامل به.

المخدرات تعتبر مالا في القانون و لكن حرم تداولها أو التعامل فيها إلا في أحوال خاصة، معنى ذلك أنه أهدر قيمتها في تلك الأحوال فقط مع إعتبارها أموالا عكس الحال في الشريعة الإسلامية¹.

ثانيا: مفهوم التصرف في المال

أ- التصرف في اللغة:

رد الشيء على وجهه، و على ذلك يمكن القول بأن التصرفات المالية يراد بها تقليب المال في وجوه التعامل المتعددة كالبيع و الشراء و الإيجار و الإنفاق، إلى غير ذلك إذ يعد كل ذلك ردا للمال من وجه إلى وجه آخر.

ب- التصرف في الشرع:

عرفه البعض بأنه: كل ما يصدر عن الشخص من أقوال و أفعال و يرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج.

عرفه آخر بأنه: كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، من قول و فعل و يرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج، سواء كانت من صالح ذلك الشخص أو لا.

ج- التصرف في القانون:

¹ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 43.

يفرق القانون بين ما يصدر من الشخص من أعمال مادية و أعمال إرادية، و الأول يطلق عليه الواقعة القانونية، و يرتب عليه القانون أثره، سواء كان قصد صاحبه إحداث أثر قانوني كإصلاح جدار آيل للسقوط في ملك الجار أم كان لا يقصد إحداث أثر قانوني فيرتب القانون الأثر رغما عنه كالإعتداء على الغير، حيث يلزم القانون المعتدي بتعويض الضرر الذي ينجم عن الإعتداء. و الوقائع القانونية تقابل في الشريعة التصرفات الفعلية.

أما ما يصدر عن الإنسان من أعمال إرادية فيطلق عليها "الأعمال القانونية" أو "التصرفات القانونية" تميزا لها عن الأولى، و تعرف بأنها: "إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد إتجاه الإرادة إلى إحداثه و يستوي أن يتم التصرف القانوني من جانبين كالبيع، أو من جانب واحد كالوقف، كما يستوي أن يكون الأثر قانوني إنشاء حق أو نقله أو تغييره¹.

الفرع الثاني: تعريف الولاية على المال و أنواعها

أولا: تعريف الولاية على المال

المقصود بالولاية بصفة عامة، هي سلطة القيام بأعمال قانونية نيابة عن الغير، فهي صفة يضيفها القانون على شخص معين يكون له بمقتضاها سلطة على غيره في ماله. و يطلق عليها أحيانا النيابة القانونية لأنها تثبت بحكم القانون، و تتمثل في صلاحية الشخص بالقيام بالأعمال القانونية بإسم شخص آخر، و تثبت هذه السلطة بمقتضى القانون و تنحصر في التصرفات المالية حيث يتولّى الولي مباشرة تلك التصرفات بإسم و لحساب الخاضع للولاية².

كل طفل موضوع تحت نظام السلطة الأبوية أو تحت نظام الولاية يجب أن يكون محميا نتيجة عدم نضجه، فأهليته المنعدمة تجعل إلتزاماته التي يقوم بها باطلة، كما أنه لا يستطيع التصرف في ذمته المالية لأن وليه هو الذي له إدارة أمواله و هو الممثل الشرعي له³.

¹- سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 24.

²- أنظر، محمد حسين منصور، نظرية الحق، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص. 404.

³- أنظر، رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص. 177.

قد تختلف عبارات فقهاء الشريعة الإسلامية في التعبير عن الولاية على المال، إلا أنها تتفق في المعنى حول أن الولاية على المال نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ و تنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها تحقيقا لمصلحة المولى عليه أو لمصلحة الأغيار الذين لهم حقوق على أمواله.

بمعنى أن الولاية على المال سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر تجعل تصرفاته نافذة في حقه دون رضاه، و نفاذ التصرفات يعني ترتيب الأحكام بحكم الشرع سواء في مواجهة الولي أو المولى عليه أو الكافة، كما لو قام بها المولى عليه عند كمال أهليته و ولايته على نفسه¹. هذه الولاية أثبتها الشرع لمن بلغ النكاح و أنس منه الرشد، و من كان على خلاف ذلك فلا تثبت له هذه الولاية، فإن كان له مال و جب أن يتولى عنه من هو أهل لذلك لتدبير شؤونه المالية. إذن فموضوعها تدبير الشؤون المالية للصغير و من في حكمه².

يلاحظ أن الولي عن النفس قد يكون وليا على المال أيضا كالأب، و قد يكون ولي المال غير ولي النفس كالوصي، لأن الولاية على النفس تكون بالقرابة و أساسها الشفقة و العطف على الصغير، بينما الولاية على المال أساسها إختيار الولي العارف بالمعاملات و التصرفات المالية و القادر عليها تحقيقا لمصلحة الصغير³.

ثانيا: أنواع الولاية على المال

تنقسم الولاية على المال إلى عامة و خاصة، و ذاتية و مكتسبة بمعنى أصلية و نيابية.

أ- الولاية على المال من حيث العموم و الخصوص

الولاية العامة على المال هي سلطة خولها الشارع الحكيم للسلطان أو ما ينوب عنه ما لم يكن وليا خاصا كالأب أو وصيّه، فهذه الولاية تثبت أصالة للخليفة في الحكم الإسلامي و لرئيس الدولة في المفهوم الحديث⁴.

أما الولاية الخاصة على المال فهي ولاية شخصية تنسم بصفة القرابة من جهة الأب إمّا مباشرة أو عن طريق الإيضاء.

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 22.

² - أنظر، أحمد نجيت الغزالي، عبد الحميد محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دارالفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008-2009، ص. 470.

³ - أنظر، مداني هجرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص. 56-57.

⁴ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 15.

ب- الولاية مال من حيث الذاتية و الإكتساب

الأصل في الولاية على المال أنها ذاتية (أصلية) تستمد قوتها و مشروعيتها و وجودها من الشرع مباشرة دون واسطة، و سببها القرابة التي أمر الشرع بممارستها و إما بالولاية العامة، فولاية الأب هي ولاية أصلية منحها له الشرع.

أمّا الولاية المكتسبة على المال (النيابية) فلا يمكن أن تكون إلاّ إذا لم توجد الولاية الأصلية للقيام بالشؤون المالية للقاصر، لذلك إذا لم تتوفر الولاية الأصلية لزم تنصيب ولاية نيابية لتحل محلها في إدارة المصالح المالية للقاصر، و هذه الولاية تستمد قوتها من الولاية الأصلية¹.
تجدر الإشارة إلى أن الولاية المكتسبة قد تكون ولاية عامة كولاية القاضي التي يستمدّها من رئيس الدولة، و قد تكون ولاية خاصة كولاية الوصي التي يستمدّها ممن وصّاه.

الفرع الثالث: الحكمة من الولاية على المال و خصائصها

أولاً: الحكمة من الولاية على المال

يعجز الخاضع للرقابة من تمييز النفع من الضرر لإنعدام أو نقص أهليتهم، فإذا تصرفوا أضروا بأنفسهم و مصالحهم و أضروا بمصالح غيرهم، فكان لازماً أن يعين لهم من يرعى مصالحهم و يصون حقوقهم.

فالولاية تنهض لتحل محل أهلية التعاقد، بقصد ترشيد من إنعدمت أو قصرت أهليته نيابة عنه نيابة شرعية، فلا يتضرر بذلك المال و لا صاحب المال².

أ- الحكمة من الولاية بالنسبة للمال

المال مال الله و الإنسان مستخلف فيه، و ذلك لقوله تعالى: "وَ أَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ"³، فوجب ترشيد إنفاقه بوضعه في أيدي من يتصرفون بالأمانة و حسن التصرف من المستخلفين، فقد اعتبر الإسلام المال عنصراً لازماً في الحياة و عده من الضرورات الست⁴، التي لا

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 16.

² - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 18.

³ - سورة الحديد، الآية 07.

⁴ - الضرورات الست هي: الدين، النفس، المال، النسل، العرض و العقل.

بد من الحفاظ عليها و لذلك جعلت الأموال وسائل لتحقيق المصالح الدنيوية و الأخروية و حذر من تركها في أيدي السفهاء الذين لا يخافون عليها إذ قال عز و جل: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا"¹.

ب- الحكمة من الولاية على المال بالنسبة لصاحبه

الغرض من تنصيب الولي هو النظر في مصالح الخاضع للرقابة الذي يتعذر عليه ذلك إذ لولاه لضاعت أمواله، فالهدف من الولاية هو ترشيد التصرفات لتكون في مصلحة المولى عليه، إذ أن ضياع أموال الخاضع للرقابة تتمخض عليه المفاسد التالية:

- إن فئة القصر هي التي تفيد الأمة في حفظ كيانها، لهذا ذكر الله الأولياء بسوء أحوال الأبناء ليتقوا الله في أبناء غيرهم، فقال عز و جل: "وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَةً ضِعَافًا يَخَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَ لْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا"².

- الولاية شرعت لحفظ أموال المولى عليه، إنها تهدف أيضا إلى صون حقوق الغير المالية، فعدم الحفاظ على أموال القاصر يؤدي إلى فوات حقوق الغير عليه مثل الدائنين و الورثة.

كما تقع على عاتق الولي مسؤولية إتجاه أموال الخاضع للرقابة أثناء ممارسته للولاية أو بعد إنتهائها، إذ يتوجب على الولي القيام برعاية أموال الخاضع للرقابة، و هذا هو حكم القاعدة العامة إذ تتمثل وظيفة الولي في رعاية أموال الخاضع للرقابة و المحافظة عليها و إستثمارها فيما يعود عليه بالفائدة.

أما في حالة إنتهائها أو سقوطها عنه فيتوجب عليه أن يقوم بمجموعة من الإجراءات التي إستخلصناها من المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بآثار إنتهاء الوصاية التي تعتبر بمثابة إحتياطات وضعها المشرع، لضمان سرعة تصفية العلاقات بين القاصر و الوصي، حيث تنص هذه المادة على أنه: "على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده و يقدم عنها حساب بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته.

¹ - سورة النساء، الآية 05.

² - سورة النساء، الآية 09.

- و أن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.
- و في حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر".
- باستقراء نفس المادة المذكورة أعلاه ، فعلى الولي المنتهي ولايته أن يقوم بالإجراءات التالية:
- تسليم حساب عن أموال القاصر إلى الجهة المعنية و في حالة وفاته يقع ذلك على ورثته.
 - تقديم كافة المستندات و الوثائق المتعلقة بأموال القاصر إلى القاضي أو الولي الجديد أو القاصر نفسه إذا بلغ سن الرشد، و ذلك في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ إنتهاء مهمته.
 - تقديم صورة بالحسابات المذكورة في المقام الأول خلال شهرين من نهاية مهمته¹.

ثانيا: خصائص الولاية على المال

المشرع الجزائري منح للولاية خصائص و قد أدرجناها في ثلاث ولايات:

أ: الولاية نيابة شرعية قانونية

لأن الشرع و القانون توليا بيان أحكام و حدود الولاية و مستحقاتها، و ما على الولي سوى التقيد بحدودها و إلاّ كان تصرفه في حق موليه معرضا للرد و ولايته معرضة للإسقاط و السلب.

ب: الولاية ذاتية و الأصلية

فلا تحتاج إلى حكم لتثبيتها ما عدا الحضانة، حالة الفرقة الزوجية كمباشرة تربية الولد، علاجه، تعليمه، إدارة أمواله و رعاية سائر حاجياته.

ج: الولاية نيابة إلزامية

فالشرع و القانون حولا للأبوين نيابة إلزامية على نفس و مال أولادهم فهي حق و واجب في آن واحد، فليس لهما حق مطلق في الإختيار في قبولها أو رفضها².

كما أن ما جاء في الفقرة الثالثة بعد التعديل بالأمر 05-02 يتنافى و أحكام الفقه الإسلامي، ذلك أن المشرع لم يحدد الحاضن بدقة في هذه الفقرة، هل هي الأم أم غيرها من الحاضنين ؟ حيث لم تراعي المصلحة المحضون، و لم يتطرق إلى ديانة الحاضنة أو الحاضن، إذا كانت الأم أو غيرها تختلف عن المحضون في الدين كأن تكون الأم مسيحية أو يهودية.

¹ - أنظر، بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2011، ص. 305-306.

² - أنظر، زبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة، الأهل للنشر و الطباعة و التوزيع، بجاية، 2014، ص. 51.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة أولادها، و لو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه... و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية و القانونية..."¹.

في قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله و في حالة تعارض مصالح الوالي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.

و لما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر و مصالح الوالي فإنهم قد خالفوا القانون"².

و لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، أنه لا ولاية لكافر على مسلم، مهما كانت درجة قرابته منه.

ما تجدر الإشارة إليه أنه لم يرد ذكر شروط الوالي صراحة في قانون الأسرة الجزائري و لكن يمكن إستنتاجها من خلال المادة 90 و التي تناولها شرط عدم تعارض مصلحة الوالي مع مصلحة القاصر و المادة 93 التي تناولت الشروط الواجب توفرها في الوصي.

الفرع الرابع: تمييز الولاية على المال عن الولاية عن النفس و عن أهلية الأداء

أولا: إختلاف الولاية عن الولاية عن النفس

تتميز الولاية على المال عن الولاية عن النفس في أن الأولى تتعلق بمال المولى عليه، من حيث إدارته و بذل الجهد في تنميته و صيانته بما يحقق المصلحة في ذلك، إلى أن يبلغ الصغير سن الرشد. أما الثانية فتتصب على الأمور المتعلقة بشخص المسمول بالولاية، كالقيام بما يلزمه من حيث تربيته و تعليمه و تنشأته نشأة صالحة.

¹ - أنظر، سايس جال، الإجهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، ج. 1، ط. 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص. 644.

² - سايس جال، المرجع السابق، ص. 874.

ثانيا: إختلاف الولاية على المال عن أهلية الأداء

تختلف الولاية على المال عن أهلية الأداء من ناحيتين:

الناحية الأولى: إن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لأن يقوم بالتصرفات القانونية بنفسه ولصالحه، في حين أن الولاية على المال سلطة يمنحها القانون لشخص معين، تخوله حق إجراء التصرفات القانونية لحساب شخص آخر و نيابة عنه.

الناحية الثانية: مناط أهلية الأداء هو التمييز و الإدراك، أما الولاية على المال فتفترض أن المشمول بالولاية غير قادر على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، نظرا إما لإنعدام أهلية الأداء لديه أو نقصها، مما يجب معه أن ينصب للمولى عليه شخص آخر يتولى عنه مباشرة التصرفات القانونية، أو يساعده في التصرفات التي يعجز عن إجرائها منفردا، و التي يكون من شأن عدم إجرائها الإضرار به¹.

المطلب الثاني: سلطات الولي على أموال الخاضعة للرقابة.

لدراسة هذا المطلب لابد من تقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم الولي على المال وشروطه، أما في الفرع الثاني سنتناول إنفاق الولي من المال الخاضع للرقابة و التصرف في العبادات المالية له.

الفرع الأول: ثبوت سلطات الولي على أموال الخاضع للرقابة

أولا: مفهوم الولي على المال و شروطه

هو من له حق الإشراف على شؤون القاصر المالية و التصرف فيها، لكن قد يتبادر إلى الذهن من هو الولي على المال؟ و ماهي شروطه؟ للإجابة على هذا السؤالين لابد أن نبين مفهوم الولي ثم شروطه.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 599-600.

من مقاصد الولاية على مال القاصر حفظ حقوقه المالية و مساعدته لإجتياز هذه المرحلة من عمره، لهذا أقام الإسلام و مختلف النظم القانونية الولي على المال.

الولي على المال كما بيناه في السابق حسب النص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا". و قد خالف المشرع بذلك أحكام الفقه الإسلامي، بإعطاء الأم ولاية أصلية على مال القاصر، بينما جمهور الفقهاء: المالكية، الحنفية و الحنابلة لا يعطونها هذا الحق إلا عن طريق الوصاية¹. ثم إن الولاية تمنح لمن أسندت له الحضانة، حسب ماجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة. رغم وجود الأب على قيد الحياة، وهذا يناقض ماجاء في الفقرة الأولى من ذات المادة، إذ تقرر حق إنتقال الولاية على مال القصر للأم بعد وفاة الأب².

جاء في المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة". كما جاء في المادة 93 من نفس القانون على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

إن المشرع الجزائري نص في المادتين على الشروط الواجب توافرها في الأوصياء على المال و هي:

1- أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ و العقل و الحرية، و أن لا يكون سفيها يخشى على مال القاصر من تصرفاته. سواء أكان قد حجر عليه أم ليس بعد، فمن البديهي أن لا يتصور الولاية على مال ناقص الأهلية أو عديمها إلا من كان هو نفسه كامل الأهلية في شأن ما يباشره نيابة عن القاصر من تصرفات لأن الممنوع من التصرف في ماله يمنع من التصرف في مال غيره من باب الأولى³. ذلك لأن القاعدة أنه لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له

¹ - شلوان بلقاسم، المرجع السابق، ص. 223.

² - أنظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص. 437.

³ - أنظر، عمر و عيسى الفقي، الولاية على المال، القاصر، نظم الولاية على المال، حدود الولاية على المال، الإجراءات الخاصة بالولاية على المال، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، 1998، ص. 06.

الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو، فإذا كان الولي لا يصلح للتصرف في ماله فإنه لا يصلح للتصرف في مال الغير، لأن فاقد الشيء لا يعطيه¹.

إن هذا الحكم يتفق مع المنطق من جهة، إذ لا يسوغ أن يتصرف شخص في أموال شخص آخر وهو لا يصلح للتصرف في أمواله هو شخصياً، ومن جهة أخرى، فيه رعاية لأموال القاصر و المحافظة عليها، إذ أن عكس ذلك يؤدي إلى تبديدها وإخراجها من يده².

2- وجوب إتحاد الدين بين الولي و المولى عليه: فلا تثبت ولاية لغير مسلم على مسلم.

يستثنى من هذا الحكم القاضي، حيث أنه لا يشترط فيه إتحاد الدين بينه و بين القاصر، لأن ولاية القاضي ولاية عامة بإعتباره ولياً لمن لا ولي له، و الفائدة من هذا الشرط تكمن في عدم السماح للولي بأن يستعمل سلطته للضغط على القاصر لدفعه لتغيير دينه، لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه³، و إتحاد الدين باعث على الشفقة و رعاية مصالح القاصر، فإن كان الولي غير مسلم وأولاده مسلمون، كأن تكون أمهم أسلمت و هم صغار فتبعوها في دينها فإن الولاية لا تثبت له عليهم.

3- القرابة: هي الرابطة الدموية و الصلة الرحمية التي تربط بين الأفراد، إذ لا يمكن منح الولاية على المال أو نفس القاصر لشخص غريب عنه لا يعلم بحالته و لا تربطه به أية صلة، لذا فأقرب الناس إليه هم الأولى برعاية شؤونه و حفظ أمواله لأنهم أدري بحال القاصر و هم أكثر حرصاً على سلامته⁴.

4- الأمانة و العدل: الأمانة هو عدم خروج الولي عن حدود السلطة الممنوحة له، فأداء مهامه و واجباته تكون على الوجه المطلوب لحسن سير أمور القاصر، و يستوجب التزاهة و العدل في العمل.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 605.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 605.

³ - أنظر، محمد بن عبد العزيز النعي، الولاية على المال، ط. 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012، ص. 53.

⁴ - زبيدة اقروفة، المرجع السابق، ص. 33.

5- حسن التصرف: على الولي أن يتصرف في أموال القاصر بالمعروف، فلا تثبت الولاية لشخص مشكوك فيه بطمعه في مال القاصر، فيجب أن تكون له نية حسنة إتجاه القاصر و أمواله.

6- عدم تعارض مصالح القاصر و مصالح الولي: فإذا وجد تعارض بين مصالح الولي و مصالح القاصر، يعرض أموال القاصر للخطر فلا تمنح له الولاية.

أما في الشريعة الإسلامية فقد اشترط الفقهاء في الولي على المال مايلي:

1- التكليف: و يتحقق بالبلوغ، العقل، الحرية و الرشد.

2- إتجاه الدين: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم.

3- العدالة: و هي الإلتزام بأحكام الشرع فلما يرتكب كبير و لا يصر على صغيرة لأن الفاسق غير مؤتمر و أن تكون أفعاله و أقواله على الإستقامة ملازما للتقوى متبعا لأوامر الله و مجتمعا لما نهى الله عنه¹.

4- أن لا يكون سفيها: و ليس المقصود به السفه المحجور عليه، لأنه لا ولاية له على غيره و لكن المبذر الذي يخشى منه على مال القاصر، أو هو العامل بخلاف مقتضى العقل و الشرع.

5- القدرة على القيام بمهام الولاية.

6- عدم تعارض مصالح الولي و مصالح القاصر.

7- عدم وجود عداوة بينهما : فإذا ثبت وجود عداوة، فلا ولاية له على القاصر حفاظا على أمواله.

مما تقدم نستخلص أن تصرف الولي في مال القاصر مقيد بمصلحة المولى عليه لقوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"². فيجب أن تتوفر في الولي الشروط المذكورة.

¹ - قزامل سيف رجب، المرجع السابق، ص. 111.

² - أنظر، سورة الأنعام، آية. 152.

ثانيا: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي و القانون

تعتبر الشريعة الإسلامية المرجع أو المصدر الأول للقانون و التي يعود إليها في حالة عدم وجود نص في القانون، فقبل أن نتطرق إلى ماجاء في القانون حول مسألة ترتيب الأولياء سنرى ترتيب الأولياء حسب ماجاء في الشريعة الإسلامية نظرا لإختلاف المذاهب في ترتيبهم للأولياء المال.

إذا كان للقاصر مال، كان للأب الولاية على ماله حفظا و إستثمارا بإتفاق الأئمة الأربعة لكن لو مات الأب لمن تكون الولاية المالية ؟

أ- ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

1- قال الحنفية: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه ثم الجد (أب الأب) ثم لوصيه ثم للقاضي فوصيه¹.

2- قال المالكية و الحنابلة: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه ثم للقاضي أو قيمه ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاض.

3- قال الشافعية: تثبت هذه الولاية للأب ثم للجد ثم لوصي الباقي منهما ثم للقاضي أو من يقيمه. وبهذا يكون الشافعية قد خالفوا المذاهب الأخرى في تقديم الجد على وصي الأب، لأن الجد كأب عند عدمه لوفور شفقتة مثل الأب لهذا تثبت له ولاية التزويج.

لا تثبت هذه الولاية حتي يبلغ القاصر سن الرشد. فإذا بلغ راشدا ثم طرأ عليه الجنون أو العته مثلا فهل تعود الولاية له.

قال المالكية و الحنابلة: لا تعود الولاية لمن كانت له و إنما تكون للقاضي، لأن الولاية سقطت بالبلوغ عاقلا و الساقط لا يعود.

¹ - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 50.

قال الحنفية و الشافعية في الأرجح عندهم: تعود الولاية لمن كانت له قبل البلوغ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا و عدما، فإذا وجدت علة الولاية وجدت الولاية¹. فإذا كان الطارئ هو السفه لمن تكون الولاية في هذه الحالة؟

قال الجمهور من الفقهاء تكون للقاضي أو من يعينه. لأن المقصود هو المحافظة على ماله والنظر في مصالح الناس من صلاحيات القاضي.

من خلال ما تقدم إلى ما ذهبت إليه المذاهب الأربعة حول ترتيب الأولياء، يلاحظ أنهم متفقون على ولاية الأب لأولاده القصر، لأنه أشد حرصا و أنه يعتبر الأصل، و لكنهم اختلفوا في مراتب الأولياء الآخرين و من هو أقرب درجة من الأب لتوليهِ أوال القاصر. أما بخصوص الأم فقد اختلفوا على عدم إخضاع الولاية للأم.

ب- ترتيب الأولياء في القانون

لقد إنجحه قانون الأسرة الجزائري في هذا الأمر إلى ما ذهب إليه الفقهاء تقريبا، و نصت المادة 87 من قانون الأسرة على تعيين الوالد و ليا على أولاده القصر في حياته، أما بعد موته أو غيابه غيبية منقطعة لا يعلم مكانه و لا حياته و لا موته فإن والدتهم هي التي تحل محله بقولها: "يكون الأب و ليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، و في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

الملاحظ هنا أن القانون قدم الأم على غيرها في الولاية على الأولاد في القيام بالمسائل المستعجلة، بخلاف الشريعة الإسلامية التي قدمت الجد، إلا أنها لم تذكر الشروط التي ينبغي أن تستوفيها بهذه المسؤولية².

فهو بذلك إتخذ مسلكا مخالفا للفقهاء الإسلامي و أغلبية القوانين لما أسند الولاية للأم بعد الأب، و أن المشرع الجزائري لم يدخل الجد في الولاية طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري. أما بالرجوع إلى نص المادة 92 من نفس القانون و التي نظمت أحكام الوصاية فقد قام

¹ - أنظر، رمضان على السيد الشرنطاوي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص. 214.

² - أنظر، العربي بنحيتي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص. 190.

المشروع من خلالها بإدخال الجد في الولاية بقوها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطريق القانونية...".

بالتالي فقد أعطى المشروع الجزائري المرتبة الثالثة للجد بعد الأم، وهو ما يستشف من خلال نص المادتين 87 و 92 من قانون الأسرة، فنلاحظ أن المشروع قد تناسى أو أهمل إدخال الجد في الولاية¹. ثم تداخل ذلك و قام بإدخاله في الولاية بعد الأم في نص المادة 92 من قانون الأسرة.

إذا يمكننا ترتيب الأشخاص الذين لهم الحق في الولاية على أموال القاصر حسب ماجاء به المشروع الجزائري كمايلي:

1- الأب: يعتبر الأب أول شخص له الحق في الولاية طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، لكن يشترط فيه أن يكون حيا حاضرا، و لم يحصل له مانع يحول بينه و بين مقتضيات الولاية.

كما تتصف ولاية الأب بأنها ولاية إلزامية، فهي حق و واجب في نفس الوقت فلا يجوز له التخلي أو التنازل عنها أو إسنادها لغيره إلا بإذن المحكمة كما أنها لا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته².

الآباء ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أب غير أمين مبذر لماله، يستحق أن يحجر عليه، في شؤون ماله أو يحجر عليه فعلا، وهنا تسلم ولايته على ابنه، و يعين القاضي وصيا يتولى الولاية عليه فعلا، لأنه في هذه الحالة يكون غير أمين على مال ولده. أو يده ليست يدا حافظة تصونه، فتسلب ولايته و يتولاها و صي يحافظ عليه، و لذا جاء في ابن عابد بن مانصه في عامة الكتب: "إذا كان الأب مبذرا متلفا مال ابنه الصغير فالقاضي ينصب وصيا، و يترع المال من يده".

القسم الثاني: أب أمين غير مبذر و لا متلف، و هو حسن الرأي و التدبير أو يكون من حيث الرأي و التدبير مستور الحال، و هذا تطلق يده في مال ولده فتجوز منه كل التصرفات السابقة شرعا. فكل تصرف يملكه في ماله الخاص يجوز له أن يتصرف في مال ولده. إلا ما يكون تبرعا

¹ - بلقاسم شلوان، المرجع السابق، ص. 261.

² - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 25.

بعين المال فإن ذلك يعد ضررا محضا. وهذه الولاية للمصلحة، و لا يجدها إلا ما يثبت أنه ضرر محض و على ذلك يكون له البيع و الشراء في العروض و سائر المنقولات و العقارات ما دام من غير غبن فاحش، و لا فرق في ذلك بين مال و مال. و له الإيجارة و الإستئجار بالمثل و الغبن اليسير، و له إيداع مال الصغير بالأجر و بغير أجر، و له إعارة مال الصغير، إلا إذا كان في الإعارة تعطيلًا للإيجارة لأنه إذا كانت الإعارة تعطيلًا للإيجارة فإن ذلك يكون تصرفا ضارا محضا، فيثبت أنه لا مصلحة فيه فيبطل، وإذا لم يكن في الإعارة تعطيلًا للإيجارة كحيوان غير معد للإستئجار أو أداة من أدوات الزراعة لم تعد للإستئجار¹ فإنه تجوز الإعارة.

القسم الثالث: من الآباء و هو الأمين سيء التدبير، و هذا تبث له الولاية على مال ولده القاصر، و لكن لنقص تدبيره و فساد رأيه قيدت تصرفاته بالمصلحة الظاهرة، فإن كانت المصلحة ظاهرة واضحة في التصرف نفذ، و إلا لم ينفذ، و إذا باع شيئا من أموال القاصر كانت المصلحة الظاهرة في أن يبيعه بضعف القيمة².

لعل الحكمة التي جعلت المشرع الجزائري، بأن يقدم الأب عن غيره في الولاية هو شفقة الأب وأصالة رأيه، و لكون محافظة الأب على مال ولده هي محافظته على نفسه.

كما قلنا سابقا في النفقة ما دام الأب هو أولى بالنفقة على القاصر فهو بذلك أولى بالولاية عليه. و هذا ماجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 17 ماي 1998 بقولها: "و من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

و لما كان في قضية الحال أن القضاة لما قبلوا إستئناف أم المطعون ضدهما و هي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لازال قاصرا و أن أباه هو ولي عنه حسب القانون و لم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، و من ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات و القانون مما يستوجب نقض القرار"³.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 462.

² - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 486.

³ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1998/5/17، ملف رقم 167835، مجلة قضائية، عدد 2، ص. 77.

من خلال هذا القرار يتضح أن الولاية تكون أولا للأب ما دام أنه حي و قادر على توليها، ولا يمكن بوجود الأب الانتقال إلى غيره من الأشخاص حتى و لو كان هذا الشخص الأم.

لكن في هذه الحالة ما إذا توفي الأب أو حصل مانع أو انفصل عن الأم بالطلاق، من الشخص الذي رآه المشرع أحق بالولاية بعد الأم؟

1- الأم

لقد إعترف المشرع الجزائري من خلال المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري صراحة للأم بالولاية، فإذا لم يكن الأب موجود أو إذا كان حيا و لا يستطيع أن يتولى على أولاده القصر بسبب عارض في أهليته مثلا فإن الأم في القانون الجزائري ولية تحل محل الأب عند وفاته، أما إذا كان حيا، فلا يجوز للأم أن تحل محله. إلا في حالة إذا ألم به ما يمنع ولايته و في الأمور الإستعجالية. كأن يكون غير موجود لغيابه أو فقدانه¹. فإن الأم عند حلولها محل الأب في الأمور المستعجلة لا تكتسب بذلك حق الولاية الكاملة على أبنائها القصر، لأن الأب في هذه الحالة لا يفقد حقه في الولاية على أولاده، و إنما يبقى محتفظا بهذا الحق.

إن الحق الذي منحه المشرع الجزائري للأم فلا يعتبر سوى ولاية مؤقتة أو محددة لأن المشرع لاحظ أن الأب إذا كان غائبا غيابا مؤقتا أو وجد له مانع²، فإن ذلك قد يعرقل الأمور المستعجلة للقاصر، لهذا يحق للأم أن تشرف على تسيير الأمور مؤقتا.

غير أن المشرع لم يحدد لنا هذه الأمور المستعجلة، لكن يمكن القول بأنها تلك الأحوال التي تقتضي الإسراع بإنجازها، و القيام بها خشية ضياع مصلحة الأولاد القصر. و لو طال إنتظار عودة الأب من غيبته، أو شفائه من مرضه أو من العارض أو العجز الذي أصابه، أو بإرجاع السلطة الأبوية له بعد إنتهاء مدة الحبس و العقوبة.

¹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 34.

² - الملاحظ من خلال المادة 87 أن المشرع فرق بين الغياب و المانع، ذلك أن الغياب قد يشكل مانعا يحول دون ممارسة الولي لولايته و قد لا يكون كذلك، بينما المانع الذي يقصد به كل ما يحول دون ممارسة الشخص لحقه في التصرفات القانونية بنفسه.

الحالات التي تستدعي الإستعجال نجدتها خاصة في الأمور المدرسية، كحضور مجالس الأولياء، ومراعاة مصلحة القاصر في شؤون دراسته و متابعتها، و توقيع الوثائق التي ترسلها المدرسة، كذلك توقيع أو إستخراج الوثائق الإدارية كبطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة.

كل ذلك يتطلب تصريحا شرفيا من الأب و عليه فإن هذه الأمور تجعل من حلول الأم محل الأب أمرا ضروريا. كما يدخل ضمن الأمور الإستعمالية الترخيصات أو الأذون المختلفة من المحكمة، كالإذن بالخروج من التراب الوطني سواء للسفر أو العلاج، كأن يكون القاصر مريضا و تستدعي حالته العلاج خارج التراب الوطني¹.

أما في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر، و الذي قد يكون الأب أو الأم أو غيرهما من الأشخاص الواردين في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري. و هذا يعني أن الأم ستكون وليه مال إنها القاصر رغم وجود الأب حيا و بدون مانع، و هذا مخالف لما جاء به الفقه الإسلامي لكونه لم يعترف للأم بالولاية و لا حتى الوصاية إذا كان الأب موجودا و غير عاجز، خاصة و أن النفقة في هذه الحالة ستبقى على الأب.

أما بالنسبة لجمهور الفقهاء و هم كل من المالكية و الحنفية و الحنابلة و الشافعية لم يعترفوا للأم بالولاية و إنما إعترفوا لها بالوصاية².

فلا ولاية للأم عند جمهور الفقهاء لأن الولاية على المال لا تبني على الشفقة وحدها و إنما تبني على كمال النظرة و القوة و الخبرة في شؤون المال، و الأم ليست كذلك لأنها امرأة و المرأة ناقصة عقل و دين و ضعيفة النظر و ليست لديها الخبرة ما يؤهلها لولاية المال³.

كما أنه لا يجوز للأم تولي مال صغيرها قياسا على عدم صحة ولايتها في عقد النكاح، و لكون المال معرض للخيانة و ما عدا الأب و الجد و الوصي و الحاكم ليس مأمونا على القاصر.

¹ - محمدي حميدة، المرجع السابق، ص. 99.

² - أنظر، فراس وائل طلب أبو شرح، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007-2008، ص. 96.

³ - محمد بن عبد العزيز النبي، المرجع السابق، ص. 67.

لكن حسب إعتقادنا نرى بأن منح الولاية للأم في أموال القاصر من شأنه أن يحقق حماية لأموال القاصر لعدة أسباب و هي:

- 1- أن الأم أشفق من غيرها على أولادها و أكثر شخص يصون أموال أولاده.
 - 2- أنه ما دام الفقه الإسلامي، أجاز للأم أن تكون وصية مختارة من الأب أو القاضي على أولادها فليس هناك ما يمنع أن تكون ولية قانونية عليهم¹.
 - 3- ثبوت الحضانة للأم و هذه الأخيرة كما نعلم مقدمة على المال، فكيف تؤمن الأم على الأهم وهو النفس، و لا تؤمن على المهم و هو المال.
 - 4- تغير فكر المرأة، فأغلب النساء اليوم مثقفات، و يتقلدن مناصب هامة في المجتمع و عالمات بأحوال الدنيا، مما يثبت قدرتهن على إدارة أموال أولادهن، فلا يتصور أن تكون المرأة قاضية تعين الوصي على أموال القاصر و لا تستطيع أن تكون ولية على أمواله.
- كما أن الأم حتى و لو كانت غير قادرة على إدارة أموال القاصر، فإن الولاية لن تكون مطلقة وإنما تخضع لرقابة القاضي، و يشترط ذلك في إشتراط القانون إذن المحكمة في بعض التصرفات الهامة.

حتى القضاء هو الآخر أكد في العديد من قراراته، على أحقية الأم بالولاية بعد الأب و أثناء حياته في حالة الطلاق كقرارها الذي جاء بتاريخ 23 ديسمبر 1997 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله و في حالة تعارض مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر و مصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"².

¹ - جملة موسوس، المرجع السابق، ص. 35.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1997/12/23، ملف رقم 187692، مجلة قضائية، 1997، عدد 1، ص. 53.

كذلك قرارها بتاريخ 14 جانفي 2009 و الذي جاء فيه: "إن قضاة الإستئناف عندما قضاوا بإسناد حضانة الطفل لأمه الطاعنة دون منحها الولاية عليه يكونوا قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

من خلال هذه القرارات يتضح أن الترتيب المنصوص عليه في المادة 87 من قانون الأسرة إجباري، فلا يمكن للقاضي أن يقصي الأم من ولاية إبنها ما لم يثبت أن ولاية الأم فيها ضرر لمصالح القاصر.

لكن رغم منح الولاية للأم، إلا أن القانون لم يمنح لها حق إختيار وصي لولدها في المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري، و هذا في الحقيقة غير منطقي و غير مفهوم لأن المشرع في ترتيب الولاية الأصلية في المادة 87 من قانون الأسرة قد إترف للأم بالولاية، و لا يتصور أن تسيّر الأموال و تدبير أموال إبنها القاصر، و لا تستطيع إختيار وصي يحل محلها بعد وفاتها، و يكون أمينا على مال ولدها.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع حصر في المادة 87 من قانون الأسرة حلول الأم محل الأب في الولاية فقط في حالة الوفاة. و نحن نعلم أن الوفاة ليست الحالة الوحيدة التي تنهي وظيفة الولي و إنما هناك حالات أخرى قد نصت عليها المادة 91 من قانون الأسرة. لذلك نقترح أن تكون المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري كالتالي: "يكون الأب وليا على أموال أولاده القصر، و في حالة وفاة الأب أو فقدان أهليته أو غير ذلك من الأسباب التي تنهي ولايته تحل الأم محله قانونا.

و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

يعدل المشرع كذلك المادة 92 من قانون الأسرة بحيث يدخل أم القاصر ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في تعيين وصي.

¹- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 2009/1/14، ملف رقم 476515، مجلة قضائية، 2009، عدد 1، ص. 267.

ما يمكن ملاحظته من قراءة المادتين السابقتين أن المشرع الجزائري قد وقع في خلط بين الأحكام، يجعله الولاية للأب بعد الأب في المادة 87 من قانون الأسرة، ثم يقدم الجد على الأب في المادة 92 من نفس القانون، مما يطرح التساؤل حول سبب عدم وضوح و دقة المشرع الجزائري في تحديد الترتيب القانوني لأولياء القاصر¹.

في الحقيقة لا يوجد تفسير يمكن به فهم هذا الخلط، و لعل التفسير الوحيد في رأي الشراح، هو أن عمل المشرع في تنظيم أحكام الولاية كان عشوائيا، أكثر منه ترتيبا محكما، بحيث أخذ بعض الأحكام من الفقه الإسلامي، و البعض الآخر من القانون الفرنسي دون أن يتحكم في التناقض الموجود بينهما².

هذا جل ما يمكن قوله بالنسبة للولاية على المال التي يمكن أن تنتقل إلى الأب بعد الأب، لكن من هو الشخص الذي يأتي بعد الأب في الولاية الأصلية على المال و هل تكلم المشرع عنه؟

3- الجدد

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول من تكون له الولاية بعد وفاة الأب، هل تكون للجد أو للوصي؟

الحنفية و الشافعية على غرار المذاهب الأخرى، قد إعترفوا للجد بالولاية الأصلية بحكم أن الجدد يخلف الأب في الكثير من الأحكام، كالإرث و الحضانة و الولاية على النفس³.

غير أنهم اختلفوا في مرتبة الجدد، فالحنفية يقدمون وصي الأب على الجدد، ثم وصي وصيه، ثم القاضي فوصيه بإعتبار الأب أكثر الناس شفقة على ولده، و بالتالي سيختار لإبنه شخص يشفق عليه و يكون ثقة ليكون وصي على إبنه.

¹ - بلقاسم شلوان، المرجع السابق، ص. 261.

² - أنظر، عبد العزيز مقبولي، الرشداء عدي الأهلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2003، ص. 72.

³ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 29.

أما في حالة عدم قيام الأب بإختيار الجد فهو دليل إما على عدم ثقته به، أو لأنه يرى بأن الوصي أقدر على صيانة أموال القاصر من الجد¹. لكن الشافعية يقدمون الجد على وصي الأب وعلى القاضي و وصيه، على أساس أن الأب كالجد.

أما الحنابلة و المالكية فلم يعترفوا أصلا بالولاية الأصلية للجد، فهم يعترفون فقط بولاية الأب ثم وصيه ثم القاضي فوصيه، و إذا عين الجد على ابن ابنه يكون بإعتباره وصيا من قبل القاضي ويستمد منه سلطته، و يعللون ذلك بأن الجد يستوي مع الأخ في درجة القرابة و ما دام لا ولاية للأخ فلا ولاية للجد، كما أن الجد لا يدلى للقاصر بنفسه و إنما يدلى بالأب².

تجدر الإشارة أنه ليس هناك نص صريح في القانون الجزائري يعترف فيه المشرع بالولاية الأصلية للجد، لأن المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري تكلمت فقط عن الأب و الأم، لكن مع ذلك قد حاول المشرع إستدراك هذا الفراغ في المادة 92 منه و التي تنص على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...".

المقصود بالجد هو الجد الصحيح فتثبت الولاية له إذا توفي كلا من الوالدين أو كانا بهما عارض من عوارض الأهلية، ما لم يختار الأب وصيا لولده. كما أنه يحق للقاضي أن يكون وليا على القاصر فإذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم.

هذا ما جاء في إجتهد المحكمة العليا بتاريخ 2006/5/17 بقولها: "يصبح الجد بحكم المادة 92 من قانون الأسرة، وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين.

و لما كان في قضية الحال أن النزاع المعروض يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة على إعتبار أن الولد القاصر ليست له أم و لا أب و بحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة"³.

¹ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 123.

² - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 123.

³ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 2006/5/17، ملف رقم 363794، مجلة قضائية، 2006، عدد 2، ص. 461.

ثالثاً: مراتب الولاية على المجنون، المعتوه، السفية و من به غفلة

1- مراتب الولاية على المجنون و المعتوه

ينظر هل المجنون و العته إتصل بالصغير أم لا؟

أ- إذا كان متصلاً بالصغير فإن الولاية تكون عليه لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي ولا إختلاف في ذلك بين الفقهاء.

ب- أما إذا كان غير متصل بالصغير بأن بلغ رشيداً و إنقطعت عنه ولاية من كان ولياً عنه، ثم أصيب بالمجنون أو العته ففي ذلك رأيان:

الرأي الأول: لفريق من الفقهاء منهم محمد من الحنفية و الأصح عند الشافعية و الحنابلة: أنها تعود لأن ولاية الولي على الصغير و من في حكمه لم تكن لعجزه عن تدبير شؤونه، فإذا بلغ رشيداً ثم أصيب بالمجنون أو العته يكون عجزه قد تحقق فتعود الولاية لمن كانت له و هو ما يتفق مع قول الفقهاء أن الحكم يدور مع علته وجوداً و عدماً.

الرأي الثاني: لبعض الفقهاء منهم أبو يوسف من الحنفية و المالكية أنها لا تعود، بل تكون للقاضي ابتداءً، لأن الولاية قد سقطت و الساقط لا يعود.

الذي نرجحه هو الرأي الأول، لأن ثبوت الولاية للقاضي مع وجود الأب أو الجد أمر غير متصور إذ لا يلي القاضي إلا في حال عدمهما، و في الغالب إذا حدث ذلك كان أمراً شكلياً إذ ستعود إليهما الولاية مرة أخرى بإختيار القاضي، إذ كيف يولى غيرهما و لا يوجد مانع من توليها¹.

2- مراتب الولاية على السفية و من به غفلة

لمعرفة الولي على السفية أو من به غفلة ينظر إلى أنه هل كان السفية مصاحباً للبلوغ أم طراً بعد البلوغ رشيداً و نفس الكلام على الغفلة.

¹ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 130.

أ- فإذا كان السفه صاحبه للبلوغ فالفقهاء رأيان:

الرأي الأول: لبعض الفقهاء منهم أبو يوسف من الأحناف: الولاية للقاضي ابتداء أو من يقيمه القاضي فيما عليهما نظرا لتوقف الحجر على حكم الحاكم.

الرأي الثاني: لجمهور الفقهاء من الأحناف، المالكية، الشافعية و الحنابلة بقولهم أن الولاية تعود لمن كانت له، لأن الحكم يدور مع علته وجوبا و عندما فإذا إنعدم الرشد عادت الولاية.

ب - أما إن لم يتصل السفه أو لم تتصل الغفلة بالصغير فتعددت آراء الفقهاء أيضا:

1- عند أبو يوسف من الأحناف، و المالكية و الأصح للشافعية و جمهور الحنابلة، الولاية للقاضي ابتداء، لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم فكذا النظر في مالهما، و لأن الولاية قد ارتفعت بالرشد فلا تعود إلا بدليل و هو منتف و الحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل قد يثبت الولاية له.

2- عند محمد من الأحناف و مقابل الأصح عند الشافعية، أن الولاية تعود لمن كانت له.

3- عند الشافعية في حالة عدم وجوب الأب و الجد تكون الولاية للعصبات لشفتهم.

4- بعض الحنابلة يرون أن الولاية للعصبات مع إتفاقهم على أن الحاكم هو الذي يصدر الحكم بالحجر على من يقع رشيدا ثم عاوده السفه.

الترجيح:

من العرض السابق يمكن القول بأن:

السفيه و من به غفلة إذا بلغ هكذا، يرجح أن الولاية تكون للقاضي، إذ أن السفه محل للنظر والإجتهد، و هو مما يبيث فيه القاضي، فإذا ما تحقق من وجود السفه أو الغفلة يستحسن أن يولي القاضي عليه لمن كانت له الولاية سابقا لأنه أدري بمصلحته. و نفس الكلام ينطبق في حالة ما إذا كان السفه أو الغفلة طارئاً¹.

¹ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 131-132.

رابعاً : نطاق الولاية على مال القاصر

السلطة الممنوحة للأب و لكل ولي غير مطلقة، فهي مقيدة بمصلحة القاصر، و يختلف نطاق ومدى ولاية الوصي عن الأب فيضيق على الوصي في التصرف بأموال القاصر، و يوسع على الأب فيها لدرجة الرقابة و وفرة الشفقة.

الأصل في الولاية شمولها لمال القاصر كله، إلا أن المشرع أخرج من نطاقها ما قد يؤول إلى القاصر من مال بطريقة التبرع كالهبة و الوصية، إذا إشتراط المتبرع ذلك، و في هذه الحالة تقييم المحكمة وصيا خاصا لإدارة هذا المال¹.

لما كان الولي يعتبر نائبا قانونيا عن القاصر، فهو يقوم برعاية أموال القاصر، و له إدارتها و ولاية التصرف فيها، ذلك لأن المشرع الجزائري وضع في قانون الأسرة قاعدة عامة لتصرف الولي في أموال القاصر، إذ ألزم الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، فإذا ثبت عكس ذلك كان مسؤولا وفقا لمقتضيات القانون العام، لأن المسائل المتعلقة بالأشخاص و أهليتهم من النظام العام².

و إذا كان للولي سلطة إدارة و ولاية التصرف في المال، عليه مراعاة ما يأتي:

1- إن للولي سلطة القيام بالتصرفات النافعة للقاصر نفعا محضا

كأن يقبل عنه الهبة و الوصية غير المقرونة بشرط أو إلتزام دون الحاجة إلى إذن المحكمة فإن كانت هذه الهبة أو الوصية مقترنة بإلتزامات أو شروط معينة، ما جاز للولي قبولها إلا بإذن المحكمة التي تتحقق من مدى الفائدة التي يجنيها القاصر من هذه التصرفات.

2- ليس للولي أن يباشر عنه التصرفات الضارة ضررا محضا

الأصل أن هذه التصرفات ممنوعة على الولي، فلا يستطيع أن يتبرع بمال القاصر. ويستثنى من ذلك التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي بعد الحصول على إذن المحكمة.

¹ - عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 153، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 605.

² - رمضان علي السيد الشرباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 224.

3- أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر

سواء منها أعمال الإدارة كإجارة أموال القاصر أو أعمال التصرف بعوض كالبيع و الرهن، فالأصل أنها من سلطة الولي. و ذلك مع مراعاة أنه يجب على الولي قبل مباشرتها الحصول على إذن مسبق من القاضي¹، عملاً بمقتضى نص الفقرة الثانية للمادة 88 من تقنين الأسرة التي تنص على ما يأتي: "... و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، و قسمته و رهنه، و إجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.

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

طبقاً للمادة 89 من التقنين ذاته على أنه يجب: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة و المصلحة، و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر و جب على القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة، إن يعين متصرفاً خاصاً.

الفرع الثاني: إنفاق الولي من مال القاصر و التصرف في العبادات المالية له

على الولي أن يتصرف في أموال القاصر، تصرف الرجل الحريص، سواء كان أباً أو أما أو جداً، أو وصياً، من غير إسراف أو تقتير.

يمكن أن ينفق على القاصر من أمواله، سواء في طعامه أو ملبسه أو علاجه أو تربيته و تعليمه وكذلك النفقة على من تحب عليه نفقتهم كالأب و الأم و الجد و الجدة و غيرهم.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 606.

و يمكن له مراعاة العبادات المالية للقاصر، بإخراج زكاة ماله و دفع زكاة الفطر و غيرها من الإلتزامات المالية الواجبة على القاصر، و مراعاة الأحكام الشرعية الواردة عليها.

أولاً: الإنفاق على القاصر

سنبين حدود سلطة الوالي في الإنفاق على القاصر من ماله، في طعامه و شرابه و كسوته و تعليمه و علاجه و زواجه و طلاقه و أجره الوالي من مال القاصر.

أ- الإنفاق من مال القاصر

الأصل أن نفقة الإنسان من ماله و نفقة القاصر الذي له مال لا تجب على أحد، و لو كان أباه، بل تكون نفقته من ماله، و إلا نفقته على من تجب عليه من أوليائه.

1- نفقة طعام القاصر و كسوته و شرابه

نصت المادة 75 من قانون الأسرة على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب، ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور سن الرشد و الإناث إلى الدخول..."، و معنى هذا أنه لو كان له مال، فنفقته من ماله، و إلا فنفقته على من تجب عليه، سواء كان أباً أو جداً أو غيره، حسب درجة القرابة في الإرث، كما جاءت المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث".

مادام يجد القاصر النفقة ضرورية، فإنه لا تجب نفقته على غيره، لأن النفقة تجب للحاجة و الضرورة و دفع الهلاك، فلا تجب إذا كان الولد يجد ما يسد حاجته¹. و جاء في قرار للمحكمة العليا في نفقة البنت العاملة، من المقرر قانوناً أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال... و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 415.

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع، لما قضوا بالإنفاق على من لا يستحق النفقة كالبنت العاملة التي لها كسب فإنهم بقضائهم، كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض¹. وفي الشريعة الإسلامية الأصل أن نفقة الإنسان في ماله، فإن كان الولد الصغير ومن في حكمه كالمجنون و المعتوه غنيا فنفته في ماله، سواء كان ذكرا أو أنثى، لأن نفقته تجب على أبيه إذا كان بحاجة إليها، و بغناه تنتهي حاجته، فلا تجب نفقته على غيره²، لقوله تعالى: "وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ"³.

تدل الآية على أن نفقة الصغير و المجنون و السفية في ما لهم، و للولي الإنفاق منه عليهم بحسب الحاجة، و كثرة المال أو قلته، فلا يضيق على ذي المال الكثير أقل من نفقة مثله، و لا يوسع على صاحب المال القليل بأكثر من نفقة مثله، و على هذا فإن كان للولد الصغير مال فلا تجب نفقته على أحد، و لو كان أباه، بل تكون من ماله الخاص⁴. فللولي أن ينفق عليهم من ما لهم بالمعروف، من غير إسراف أو تقتير، فتكون نفقة الطعام و الشراب بالمعروف و بقدر الحاجة، مع مراعاة حال القاصر من الغنى و الفقر، و قلة المال و كثرته، فينفق عليه بقدر ما يليق به. فإذا رأى الولي أن ما يصرف في نفقته لا يكفي، فله أن يزيد على قدر الكفاية، دون إفراط أو تفريط.

فإن لم تكن للقاصر أموال فنفته على أبيه، فمن شروط وجوب النفقة على الأولاد أن يكون الولد فقيرا معسرا، لا مال له و لا قدرة له على الكسب، و أن يكون الأصل قادرا على الإنفاق غنيا أو قادرا على الإكتساب.

2- نفقة تعليم القاصر و علاجه

نص قانون الأسرة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1997/07/09، ملف رقم 138958، مقتبس عن، نبيل صقر و قراوي عزالدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، ب. ط، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 163.

² أنظر، وسام أحمد السمروط، الأحكام الاستثنائية الصادرة عن المحكمة العليا، ج. 1، ط. 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص. 104.

³ سورة النساء الآية 5.

⁴ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 415. أنظر، عمير الربيعي، أحكام مال اليتيم في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2009-2010، ص. 337.

يدخل فيما يعتبر من الضروريات نفقة تعليم القاصر أمور دينه و دنياه، أو تعلم حرفة أو صنعة أو غيرها، و تشمل أيضا نفقة علاج القاصر و أجره الطبيب و ثمن الدواء و العمليات الجراحية.

على الولي كذلك تعليم الصغير من أمور الدنيا ما يحتاج إليه في مستقبلا في حياته مما ينفعه كتعليم السياقة و الصنعة و التجارة و غيرها.

هذا كله يحتاج إلى أجره التعليم من مال القاصر إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعلى من تجب عليه نفقته، فالإنفاق على الصغير لتعليمه الفرائض واجب الإنفاق بين أهل العلم¹.

للولي على النفس علاج القاصر و تطيبه و ختانه، لتعلق هذه الأمور بصفته و حياته، و ذلك بالإذن للطبيب بإجراء العمليات الجراحية، فللولي على المال القيام بذلك، لأنه من الواجب على كل مسلم إنقاذ حياة إنسان، فنفقة الطبيب و ثمن الدواء واجبة على الولي، و إذا لم يكن للصغير مال فالأصل أن نفقته من ماله الخاص².

و عليه فكل هذه النفقات الأصل فيها أنها من مال القاصر، إذا كان موسرا أي له مال ينفق عليه منه، و إلا فهي على من تجب عليه نفقته من الأولياء، على قدر حال المنفق.

3- نفقة تزويج القاصر و طلاقه

لم ينظم قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة، و لكن هنالك إشارة إلى ذلك في المادة 7 بفقرتها من قانون الأسرة الجزائري، و التي تتعلق بإكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج و آثاره، ففي منحه الترخيص من طرف القاضي دليل على إلتماس القدرة لديه و الكفاءة في تحمل أعباء و تبعات الزواج، و التكاليف و غيرها .

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7414.

²- أبوزهرة محمد، مرجع السابق، ص. 415.

أما بالنسبة لطلاق القاصر، فإن المشرع الجزائري لم يتناول نفقة خلع القاصر و طلاقه، و لم يشترط القانون سنا معين للمطلق، كما فعل في أهلية الزواج بتمام 19 سنة، فلا يقع طلاقه لكونه تصرفا ضارا.

ب- أجرة الولي من مال القاصر

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، و لا القانون المدني، ربما بإعتبار أن الأصل فيها أنها مجانية، بهدف الحصول على الثواب و الأجر.

يمكن للأب في حالة الإعسار الأكل من مال القاصر بالمعروف، بإعتبار أن نفقته واجبة عليه، كما جاء في المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري: "يجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة في الإرث".

أما في الشريعة الإسلامية فالأصل أن الولاية و الوصاية تبرع، و تكون بغير أجر طلبا للثواب، وقد إتفق الفقهاء على أن الولي الموسر لا يحل له شيء من مال القاصر.

ثانيا: تصرف الولي في العبادات المالية للقاصر

يقوم الأولياء بإدارة أموال أولادهم القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد، و القيام عليها بالحفظ والصيانة. يقومون بذلك الواجب الشرعي و كمال الشفقة على أولادهم و مراعاة لمصالحهم و فق أحكام الشرع و القانون¹. و من هذه التصرفات التي يراعيها الأولياء حق الله في أموال أولادهم القصر العبادات المالية سواء الواجبة كالزكاة و صدقة الفطر و نفقة الحج أو غير الواجبة كالأضحية، التي تجري فيها النيابة بخلاف العبادات البدنية، فإنها شخصية لا تجوز فيها الإنابة بل يقوم بها الإنسان بنفسه.

¹ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 26.

أ- العبادات المالية الواجبة

يمكن للولي التصرف في العبادات المالية الواجبة على القاصر كإخراج زكاة ماله و صدقة الفطر، و لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري و لا غيره من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية التي إطلعت عليه، إلى أحكام العبادات المالية الواجبة .

بينما أحال قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه و هو ما ورد في المادة 222 من قانون الأسرة.

1- إخراج الولي الزكاة من مال القاصر

لقد إتفق الفقهاء على أن الزكاة تجب في مال البالغ العاقل المسلم، إذا كان بالغاً للنصاب وزائداً عن حاجته الأصلية، و إختلفوا في مناط التكليف هل هو مجرد ملك المال أو أهلية المالك للتكليف الشرعي، و من هنا إختلف في وجوبها في مال الصبي و المجنون و ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: وجوب الزكاة في مال الصبي و المجنون إذا توفرت فيه شروط وجوبها، و هو مذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة.

المذهب الثاني: عدم وجوب الزكاة في مال الصبي و المجنون، و هو مذهب الحنفية إلا أنهم قالوا أنه يجب العشر في زروعهما و ثمارهما و زكاة الفطر، و لم يوجبوا في غيرها من الأموال كأن يملك الصبي ذهباً أو فضة أو عروض تجارة و غير ذلك.

سبب اختلاف:

1- الإختلاف في مفهوم الزكاة هل هي عبادة محضة كالصلاة و الصوم، أم أنها عبادة مالية فيها حق الفقراء و المساكين، فمن أخذ بالمعنى الأول لم يوجب الزكاة في مال الصغير و المجنون لأنهما ليسا من أهل العبادة كالصلاة، فإذا كانت لا تجب على المجنون و الصغير فالزكاة من باب أولى، و من أخذ بالمعنى الثاني أنها عبادة مالية أوجب الزكاة في مالهما، و قال لا يشترط البلوغ و العقل

لأن هذا حكم رتب على وجوب شرط، و هو بلوغ النصاب فإذا وجبت الزكاة و لا يشترط في ذلك التكليف، فتجب الزكاة في مال الصبي و المجنون¹.

2- إختلافهم في حجية الإستدلال بالأحاديث الواردة في هذا الموضوع، فمن قال بصحتها أوجب الزكاة في مالهما، و من لم يصححها و يأخذ بها لم يوجب الزكاة في مال الصغير و المجنون.

الأدلة:

المذهب الأول: و قد استدل القائلون بوجوب الزكاة في مال الصبي و المجنون بالكتاب و السنة.

أولاً: من الكتاب قوله تعالى: "خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تَزَكِّيهِمْ بِهَا"².

وجه الأدلة: دلت الآية بمنطوقها أنها عامة تتناول جميع الأموال، بدون تخصيص لكبير أو صغير عاقل أو مجنون، كما تناولت جميع الأموال بدون تخصيص بين الزروع و الثمار و غيرها من الأموال.

ثانياً: من السنة قوله صلى الله عليه و سلم لمعاذ ابن جبل رضي الله عنه حين أرسله إلى اليمن: "إدعهم إلى شهادة لا إله إلا الله و إني محمد رسول الله، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم و ليلة، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله إفترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم و ترد على فقرائهم".

وجه الدلالة: فيدل الحديث على العموم، فيشمل جميع أصحاب الأموال، و الصبيان و المجانين ترد فيهم الزكاة إذا كانوا فقراء، فتؤخذ منهم إذا كانوا أغنياء، و جعل الحديث محل الزكاة و هو المال³.

أدلة المذهب الثاني: و هم القائلون بعدم وجوب الزكاة من مال الصبي و المجنون، و قد إستدلوا من الكتاب و السنة.

¹ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 26-27.

² - سورة التوبة، الآية 103.

³ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 27.

أولاً: من كتاب قوله تعالى: "خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا".

وجه الدلالة: يتبين من الآية أن المراد من الزكاة هو التطهير من الذنوب، و الصبي لا ذنوب له لعدم التكليف فهو ليس بحاجة إلى تطهير، فلا تجب عليه الزكاة لإنتفاء علتها و هي التطهير، إذ أن التطهير إنما يكون من أرحاس الذنوب، و لا ذنب على الصبي و المجنون حتى يحتاجا إلى تطهير فهما إذا خارجان عن تؤخذ منهم الزكاة.

ثانياً: من السنة قوله صلى الله عليه و سلم: "إن القلم رفع عن ثلاث عن المجنون حتى يفيق و عن الصبي حتى يدرك و عن النائم حتى يستيقظ".

وجه الدلالة: إستدلوا بهذا الحديث على أنه لا سبيل لوجوب الزكاة على الصبي لأن القلم مرفوع عنه، و لأنه تكليف العاجز ما ليس في الوسع، و الولي ممنوع من التصرف في مال اليتيم أو قربانه إلا بالتي هي أحسن، كما جاء في القرآن الكريم، وأداء الزكاة من ماله، قربان لماله على وجه ليس حسن¹.

الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول و هم الجمهور من أن الزكاة تجب في مال الصبي و المجنون، لأن القول بعدم وجوبها، فيه ضياع لحقوق الفقراء و المساكين التي فرضها الله سبحانه و تعالى، في مال الأغنياء، ولكثرة الأدلة المتواترة عن الصحابة و أقوالهم بوجوب الزكاة في مال الصبي و هذه المسألة كثرت وقوعها في زمانهم.

لذلك و بعد استعراض آراء الفقهاء في حكم الزكاة في مال الصبيان، يرجح قول الجمهور و هم المالكية و الشافعية و الحنابلة بأن على الولي أو الوصي إخراجها، فإن لم يفعل كان أثمين، و ذلك لعدة أسباب منها:

أ- سد حاجة الفقراء و كفهم عن السؤال و مواساتهم، و لا فرق في ذلك بين صغير و كبير أو عاقل و مجنون.

ب- أنه لا فرق بين وجوبها في زكاة الزروع و الثمار، و وجوبها في المال و الذهب و الفضة.

¹ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 31.

ج- أنه لا معنى و لائحة في إنتظار إخراجها بعد البلوغ.

د- أن الزكاة تطهير للمال و تزكية للنفس¹.

2- إخراج زكاة الفطر من مال القاصر

لم ينظم قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة و هي إخراج زكاة الفطر على المولى عليهم، و فسح المجال لإجتهد القاضي طبقا لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد عليه نص.

لم تتطرق قوانين الدول العربية لمسألة صدقة الفطر، بل تركت ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وما تعارف عليه المسلمون منذ زمن بعيد، و آراء الفقهاء و المذاهب المعتمدة في كل دولة باعتبار أن أحكام الأحوال الشخصية في هذه الدول مستمدة من الشريعة الإسلامية، و كذلك هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

زكاة الفطر هي زكاة الأبدان، فتجب بإتفاق الفقهاء على المرء في نفسه و أولاده الصغار، إذا لم يكن لهم مال، و على كل من تلزمه نفقته، كالوالدين الفقيرين و الزوجة و الخادمة و خادم من تجب عليه مؤونته².

لكنهم إختلفوا في وجوب إخراج الولي زكاة الفطر عن الصبي و المجنون من مالهما، و سبب إختلافهم هو وجوبها عليهما من عدمه، و ذلك على رأيين:

الرأي الأول: أن صدقة الفطر تجب في مال الصبي و المجنون و اليتيم، يخرجها عنهم الولي أو الوصي وهو مذهب الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة³. و أدلتهم من السنة ما رواه ابن عمر رضي الله عنه قال: "فرض رسول الله صلى الله عليه و سلم زكاة الفطر صاعا من تمر، أو صاعا من شعير على العبد الحر و الذكر و الأنثى، و الصغير و الكبير من المسلمين"⁴.

¹- أظفر، رابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط. 1، دار الفانس للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص. 185.

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 267.

³- أظفر، علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي المعوض و الشيخ عادل عبد الموجود، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ- 1997، ص. 71.

⁴- أظفر، البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، دار الأفكار الدولية، الرياض، 1998، ص. 132.

وجه الدلالة أن الحديث بين أقسام من تجب عليهم صدقة الفطر فذكر منهم الصغير، فدل ذلك على وجوبها في ماله، فإذا لم تكن واجبة فما موجب ذكره ابتداء.

و ماروى عن ابن عمر رضي الله عنه قال: "أمرنا رسول الله صلى الله عليه و سلم بصدقة الفطر عن الكبير و الصغير و الحر و العبد"¹.

فيه دلالة واضحة على وجوب زكاة الفطر على الصغير.

الرأي الثاني: قالوا أن الولي لا يؤدي زكاة الفطر عن الصبي و المجنون إلا من مال نفسه و أنها لا تجب في مالهما، و هو مذهب الحنفية². و أدلتهم أن العبادات لا تجب على الصبيان أو المجانين كالصلاة و الصوم فكذلك زكاة الفطر و المال، فلا تجب على الصغير لأنها عبادة محضة، و هو ليس من أهلها، فهو غير مكلف.

و قالوا: أن نفقة الأولاد الصغار واجبة على الأب فكذلك تجب عليه زكاة الفطر فولايته عليهم تامة.

سبب الاختلاف: هو إختلافهم في مفهوم الزكاة، فمنهم من جعلها من العبادات المحضة فقال إن الصبي و المجنون ليسا من أهل العبادات كالصلاة، و منهم من جعل الزكاة من المال أي أنها واجبة في المال لأهل الزكاة، فقال لا يشترط البلوغ و العقل فتجب في مال الصبي و المجنون.

الرأي الراجح: بعد عرض أدلة أصحاب الأقوال يتبين أن الرأي الراجح، هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من أن زكاة الفطر تجب من مال الصبي و المجنون، و الولي مطالب بإخراجها لأن زكاة الفطر من النفقة، و الأصل أن نفقة الإنسان تكون في ماله لا في مال غيره.

3- نفقة حج الصبي و عمرته من مال القاصر

من خلال تتبع مواد قانون الأسرة، يتضح أنه لا علاقة لها بتصرفات الولي في العبادات المالية للقاصر، سواء العبادات المالية الواجبة، أو الغير واجبة، فتخرج هذه التصرفات عما تناولته مواد

¹ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 35.

² - علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص. 69-70.

قوانين الأحوال الشخصية، إلا فيما يتعلق بالإشارة إلى التبرع من أموال القاصر، في بعض القوانين العربية.

المشروع الجزائري فسح المجال واسعا لإعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة، و ذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في نفقة حج القاصر من ماله.

قبل التطرق إلى حج الصبي و عمرته، و مدى وجوبها عليه من ماله، يتوجب أولاً توضيح حكم الحج و العمرة، و هل يجب على القاصر القيام بهما؟

أولاً: حكم الحج و العمرة: الحج فرض عين مرة في العمر، و لا خلاف في وجوبه بين العلماء لقوله تعالى: "وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا"¹. و قد شرعت العمرة معه لقوله تعالى: "وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ"². و هي فرض مثل الحج عند الشافعية و الحنابلة و السنة عند الحنفية و المالكية

ثانياً: حكم حج الصبي: إختلف العلماء في حكم حج الصبي إلى رأيين:

الرأي الأول: و هو مذهب أبي حنيفة إذ يرى أنه لا يصح حجه و لا ينعقد، لعدم التكليف بالبلوغ والعقل فلا يلزمه³.

الرأي الثاني: و هو مذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة قالوا: بصحة حج الصبي و إنعقاده فيثاب عليه و يقع منه تطوعاً، و لا يجزئه عن حجه.

الراجح رأي القائلين بصحة حج الصبي و إنعقاده، فإذا بلغ بعد ذلك و استطاع فعليه حجة الإسلام، لأن من شروط الحج التكليف بالبلوغ و العقل⁴.

¹ - سورة آل عمران، الآية 97.

² - سورة البقرة، الآية 196.

³ - الكسائي علاء الدين، المرجع السابق، ص. 160.

⁴ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 40.

ثالثاً: نفقة حج الصبي من ماله

إن نفقة الصبي في سفره يحسب منها قدر إنفاقه، و ذلك بإتفاق جمهور الفقهاء، و هم المالكية والشافعية و الحنابلة. أما عند الحنفية فقلنا إنهم يمنعون أن يعقد الولي الحج للصبي إجماعاً و لا يلزمه شيء من محضورات الإجماع، و لا يتعلق به وجوب الكفارات، و إنما يقع ذلك تمريناً له ليعتاد التعليم، و لا يترتب على حجه شيء و إذا أراد الولي أن ينفق من ماله على الصبي في الحج، فلا بأس في ذلك¹.

الراجح أن نفقة حج الصبي تكون من مال الولي و هو قول الحنفية، لأن الحج لا يجب إلا مرة في العمر، فلا حاجة للتمرين عليه، كما أنه فرض على المستطيع، و قد لا يجب عليه مستقبلاً لعدم الإستطاعة، فلا يجوز تكليفه ببذل ماله في غير حاجة، و للولي أجر حج الصبي مقابل ما بدل من مال.

و عليه فإن مصلحة القاصر في حفظ ماله، و لا يمكن القول أن للولي أن يتصرف فيه إلا بالمنفعة، فهو ممنوع من التصرفات الضارة في مال القاصر، و عليه فلا يمكن أن يحج للقاصر من ماله.

ب- العبادات المالية غير الواجبة

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري مسألة العبادات المالية للقاصر، و من بينها الأضحية و العقيقة و صدقة التطوع من مال القاصر، و ترك الأمر للإجتهد القضائي في حالة النزاع، حيث يمكن للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، مع مراعاة مصلحة القاصر.

1- الأضحية من مال القاصر

الأضحية سنة مؤكدة غير واجبة على رأي أكثر أهل العلم، و قد اختلف العلماء و تشبعت الآراء في قيام الولي بالأضحية نيابة عن الصغير من ماله، و سبب إختلافهم هو حكم الأضحية هل

¹- باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 40.

هي على سبيل الوجوب أم الندب؟ و إختلافهم أيضا في مفهوم الأحاديث الواردة فيها، و هل يشترط التكليف بالبلوغ و العقل كباقي العبادات؟ و يمكن إجمالهما في رأيين:

الرأي الأول: و هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف و المالكية، إذ يرون أنه على الولي أن يضحى عن الصغير من ماله، إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال ضحى عنه الولي. و أدلتهم من القياس والمعقول:

أ- من القياس: أن الأضحية في معنى المئونة، و قالوا: لا يتصدق الولي باللحم، و لكن يأكل منه الصغير، و يذخر له قدر حاجته، و يتناع بالباقي ما ينتفع بعينه، لأن الواجب هو إراقة الدم، و أما التصدق باللحم فهو تطوع و تبرع و هذا لا يملكه الولي.

ب- من المعقول: قالوا لا يشترط البلوغ و العقل لوجوب الأضحية، و لذلك وجبت على الصغير، يتقرب بها إلى الله عز و جل، إذا كان له مال.

الرأي الثاني: هو مذهب الشافعية و الحنابلة و الحنفية، قالوا بعدم جواز الأضحية عن المولى عليه من ماله، فإن ضحى الولي ضمن، و له أن يضحى على الصغير من مال نفسه إذا شاء، فهو مأمور بالإحتياط لمال موليه¹. و أدلتهم من المعقول قالوا: بأن الصغير و الجنون غير مكلفين، فلا تجب عليهما كالصلاة و الصوم، فالأضحية عبادة لا تجب إلا بشرط البلوغ و العقل، و ليس فيها حظ لهما و لا مصلحة، فلا تخرج من مالهما². فالولي مأمون بالإحتياط و الحرص على مال الصبي و ممنوع من التبرع، و الأضحية تبرع، فإن كان الولي أبا أو جدا فإنه يجوز له إن يضحى عنهما من ماله الخاص، فيقع له أجر التبرع.

الترجيح بعد بيان آراء الفقهاء و أدلتهم في الأضحية عن القاصر من ماله يظهر رجحان الرأي الثاني، القائل بعدم وجوب الأضحية من مال القاصر، حفاظا على ماله، و الولي مقيد بالتصرفات النافعة في مال الصغير، و الأضحية غير واجبة على الكبير العاقل، فمن باب أولى لا تجب على الصغير.

¹ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص. 42.

² - الكسائي علاء الدين، المرجع السابق، ص. 318.

2- العقيقة من مال القاصر

إختلف الفقهاء في حكمها على ثلاث آراء:

الرأي الأول: العقيقة سنة مستحبة و هو ما ذهب إليه الإمام مالك و الشافعية و المشهور في المذهب الحنفي¹.

الرأي الثاني: العقيقة واجبة شرعا و هو قول الظاهرية و رواية عن الإمام أحمد بن حنبل².

الرأي الثالث: العقيقة مكروهة و هو مذهب الحنفية³.

وقد اختلف الفقهاء في قيام الولي بالعقيقة عن المولى عليه و هذه آراءهم فيها:

المالكية قالوا: يندب للولي أن يعق من مال اليتيم بما لا يححف بماله، أي بأن لا يحتاج إلى ثمنه في ضرورياته في عامة.

الشافعية قالوا: إن العقيقة تسن في حق من تجب عليه نفقة الولد، و لا يعق من مال الولد لأنها تبرع، و هو ممنوع في مال الولد، فلو عق من ماله ضمن⁴.

الحنفية لأنهم قالوا: بكرهة العقيقة يفهم من ذلك أنه ليس للولي أن يعق من مال الصغير.

الحنابلة قالوا: بأنه يعق عن اليتيم من ماله كالأضحية، بل أولى منها، لأن الغلام مرتكن بخلاف الأضحية.

الترجيح بعد عرض أقوال الفقهاء في حكم العقيقة عن المولى عليه يترجح القول بعدم جواز العقيقة عن القاصر من ماله، فتكون العقيقة من مال وليه الذي تجب عليه نفقته على وجه الندب والاستحباب.

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 318.

²- أنظر، المرادوي علاء أبو الحسن علي بن سليمان، الإضاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج. 4، دار أحباء التراث العربي، لبنان، 1999، ص. 110.

³- الكسائي علاء الدين، المرجع السابق، ص. 127.

⁴- أنظر، النووي أبوزكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج. 3، تحقيق عادل عبد الموجود وعلى معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب سنة، ص. 230.

يتبين من خلال آراء الفقهاء و أدلتهم رجحان الرأي القائل بعدم وجوب الأضحية و عدم جواز العقيقة من مال القاصر، فيحضر على الولي القيام بها، فهو مقيد بالتصرفات النافعة في مال القاصر.

3- صدقة التطوع من مال القاصر

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى صدقة التطوع كباقي العبادات المالية، إلا ما كان من إشارة لها عند النص على عقود التبرعات، و يفهم أيضا من نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، أن التبرع من أموال القاصر لا يصح لعدم تحقق أي مصلحة فيه للقاصر.

الأصل في التبرع بمال القاصر أنه باطل، لأنه من التصرفات الضارة ضررا محضا، و هذا إستثناء من القاعدة، فإذا كان التبرع صلة لذي القربى يستحق المساعدة، أو لمن ألت بهم النكبات، كالزلال و الفيضانات و غيرها، في هذه الحالة يجوز للولي التبرع بمال القاصر، و يشترط إذن المحكمة، و عليها مراعاة حالة القاصر المالية و مدى الحاجة للمساعدة¹.

قد إتفق الفقهاء على عدم جواز تصرف الولي في مال الصغير إلا بما فيه مصلحة له لقوله تعالى: "وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"². فقد نهى سبحانه و تعالى عن التصرف بمال اليتيم إلا بما هو أحسن، مراعاة لمصلحته، و ليس مصلحته في صدقة التطوع، فالصدقة تبرع، و الصبي ليس أهلا للتبرع، لنقص أهليته أو إنعدامها فلا تصح صدقته و تبرعه كما لا تصح من وليه.

على ما تقدم، فكما لا تصح صدقة التطوع من الصبي و المجنون، لا تصح الصدقة من أموالهما من قبل أوليائهم، فيبدو جليا عدم جواز التصرف في أموال القاصر على سبيل الصدقة، لما في ذلك من أضرار و عدم تحقيق للمصلحة المرجوة.

¹ - أنظر، شلي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الاسلام، ط. 2، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1977، ص. 794.

² - سورة الأنعام، الآية 152.

نستنتج مما تقدم أن تصرفات الولي بالتبرع من أموال القصر، ممنوعة حتى وإن كانت لحاجة أكيدة أو أداء واجب إنساني، فأعمال التبرع من مال القاصر ضارة ضررا محضا به، لذا يمنع الولي من القيام بها.

الفرع الثالث: تصرف الولي في أموال القصر و إنقضاء ولايته

سنتناول أولا تصرف الولي في أموال القصر ثم نتناول إنقضاء ولايته.

أولا : تصرف الولي في أموال القصر

لقد وضع قانون الأسرة الجزائري قاعدة عامة بالنسبة لتصرف الولي في أموال القصر، وهي أن يتصرف في هذه الأموال تصرف الرجل الحريص، فإن ثبت عليه غير ذلك يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وهو ما جاء في المادة 88 التي تعرفنا إليها سابقا.

أ- الهبة، الوصية و الوقف من مال القصر

لا يمكن للولي القيام بالتصرفات التي تسبب إفتقار الذمة المالية للقاصر، كالهبة و الوصية والوقف، دون أن يقابلها أي دخل فيها.

1- الهبة من مال القاصر

عرف القانون الأسرة الجزائري الهبة في المادة 202 على أن: "الهبة تمليك بلا عوض" و لم يتعرض لموضوع تبرع الولي من مال القاصر و لكن يفهم من نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري عدم جواز تبرع الولي من ماله، حيث جاء فيها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام ...".

ذلك لعدم تحقق مصلحة للقاصر فيه، و هو أمر بديهي إذ أن قانون الأسرة يشترط إذن القاضي في بعض التصرفات الأخرى كالبيع و الإيجار و الرهن و القسمة الواردة على العقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة و غيرها، فمن باب أولى منع التصرف في أموال القصر على سبيل التبرع¹.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 176.

تعتبر الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب و القبول إلى جانب توافر ركن الحيابة¹ مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق، حيث يقوم هذا الأخير قبل تحريره عقد الهبة بالتحقق من أهلية الواهب، طبقا للمادة 203 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسعة عشرة سنة (19) و غير محجور عليه".

لأن إبرام عقد الهبة من طرف القاصر يعتبر فعل ضار بالنسبة له ضررا محضا، لذلك لا بد أن يتحقق الموثق من الشخص المقبل على الهبة بطلب من الأطراف تقديم شهادات الميلاد و بطاقات الهوية، و عليه لا تصح هبة القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز².

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف، و يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً، لكن مع ذلك يجب أن نميز بين أمرين:

الأمر الأول: و المتمثل في ما إذا كان الموهوب له غير مميز أي أقل من 13 سنة و الواهب أجنبياً. هنا في هذه الحالة يقبل عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، و يجيز الشيء الموهوب بالنيابة عنه أيضا وليه أو وصيه، و ذلك طبقا للمادة 210 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "و إذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانونا".

لكن المشرع الجزائري إستغنى عن ركن الحيابة في عقد الهبة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، مكثفيا بالتوثيق والإجراءات الإدارية.

الأمر الثاني: إذا كان الموهوب له مميزا، في هذه الحالة يجوز له قبول الهبة و حيازتها دون الحاجة إلى إذن الولي أو غيره، لأنها من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً.

أما إذا إقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، و تتوقف صحتها طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة على إجازة الولي، أو الوصي، أو إذن القاضي حيث تنص على أنه: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون

¹ - لا توجد نصوص في القانون المدني تعرف الحيابة رغم أنه تناولها في عدة مواد إلا أنه بالرجوع إلى التعريفات الفقهية نجد أنها سلطة فعلية لممارسة الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق و تقوم الحيابة على عنصرين: عنصر مادي هو وضع اليد على الشيء و ذلك بإستعماله و عنصر معنوي أي حيازة الشيء بنية التملك.
² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 121.

تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

أما بالنسبة للجنين، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين معارض منح الهبة للجنين وهو جمهور الفقهاء و بين مؤيد لها و هو المذهب المالكي.

يرى جمهور الفقهاء بأن الهبة للحمل المستكن باطلة لأن الهبة إيجاب و قبول و الجنين لا يقدر على القبول، و ليس له ولي يقبل عنه و هذا بخلاف الوصية و الوقف الذان يتمان بإرادة منفردة.

كما يرون أن الهبة هي عقد تمليك و لا تتم إلا بالقبض في الحال، و الجنين ليس أهلا للتملك ويستحيل عليه القبض لعدم وجوده حقيقة¹. أما الجانب المؤيد للهبة للجنين هو المذهب المالكي وكذا المشرع الجزائري في المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا".

من ثم نرى بأن المشرع الجزائري قد حما الحمل في الهبة عندما لم يشترط فيه إلا أن يولد حيا أخذا بالمذهب المالكي، لأنه في الحقيقة ليس هناك ما يدفع إلى حرمان الحمل أو الجنين مما قد يوهب له بدعوى توقف الهبة على القبول، لأن العلة التي إعترف بها القانون للجنين بأهلية الوجوب هي المحافظة على مصالحه. و هي حكمة تتحقق في كل ما يفيد فائدة محضة دون تفرقة بين حق يتوقف على قبوله، و حق لا يتوقف على ذلك.

يمكن القول أن صلاحية الجنين لإكتساب الحقوق المالية في القانون إنما تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول و ما لا يتطلبه، ذلك أن في الحقوق التي تتطلب القبول كالهبة فإن هذا القبول يملكه الولي أو الوصي أو المقدم نيابة عن الجنين.

قد إتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يهب من مال القاصر شيئا، بغير مقابل و قد جاءت آراء الفقهاء على النحو التالي:

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 130.

الحنفية قالوا أنه: ليس للولي أن يهب مال الصغير¹، أما المالكية: فقالوا لا يجوز للولي هبة شيء من مال الصغير ونحوه، و قال الشافعية أنه: لا تصح هبة الولي من مال محجوره، و الحنابلة قالوا أنه: إن تبرع الولي بهبة أو صدقة، ضمن لأنه مفرط.

يتضح من خلال عرض آراء الفقهاء أنهم مجتمعون على عدم جواز هبة الولي من مال القاصر من غير عوض، و دليلهم من الكتاب:

قوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"².

أي بما فيه صلاحه و تثيره، و ذلك بحفظ أصوله و تثير فروعه لحفظ مال القاصر عن أسباب التلف و الضياع.

المال الذي وهبه الولي غير مملوك له، فلا يجوز له التصرف فيه فهو ممنوع عليه و لأنه إزالة ملك الصغير من غير عوض، فكان ضررا محضا، و لا حظ فيه للصغير، فهو ينافي مقصود الولاية في حفظ المال و التصرف بما فيه نفع يعود على الصغير.

وعليه فلا يصح للولي أن يهب أو يتصدق أو يجابي في بيعه أو شرائه أحدا، لأن ذلك مناف لمقصود الآية الكريمة، والتي يأمر فيها الله سبحانه و تعالي بعدم الإقتراب من مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن³.

أما الهبة بعوض و تسمى أيضا هبة الثواب، و التي تقترب إلى حد ما من أعمال التبرع فقد اختلف فيها الفقهاء على رأيين:

الرأى الأول: و هو للجمهور و هم المالكية و الحنابلة فقالوا: يجوز الهبة بعوض إذا كان العوض مساويا أو أكثر، قياسا على البيع.

الرأى الثاني: لأبي حنيفة قالوا بعدم جواز هبة الثواب.

¹ - علاء الكسائي، المرجع السابق، ص. 153.

² - سورة الأنعام، الآية 152.

³ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 213.

دليلهم أيضا: أنها تبرع ابتداء، و أنها تصير معاوضة في الإنتهاء، و الولي لا يملك الهبة ابتداء بخلاف البيع الذي هو معاوضة ابتداء و إنتهاء، و هو يملكها، فهبة الثواب تأخذ حكم التبرعات وهي من الولي باطلة.

الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني و هو عدم جواز هبة الثواب لعدم جواز التصرف في أموال القاصر على سبيل التبرع و عدم تحقيق مصلحة معتبرة له.

2- الوصية من مال القاصر

جاء في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، و لم ينص صراحة على الوصية من مال القاصر أو الإذن بها، فالوصية من قبيل أعمال التبرع التي تسبب خروجاً من الذمة المالية للقاصر دون أن يقابلها دخول فيها، فيمكن إعتبار أن للوصية نفس حكم التبرع وهو المنع¹.

إلا إنه إشتراط في الموصي العقل و البلوغ، كما جاء في المادة 186 التي تنص على أنه: "يشتراط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغ من العمر تسع عشرة سنة على الأقل".

هذا يعني أن تصرفات الصبي المميز الضارة باطلة و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي و هو ما تضمنته المادة 83 من قانون الأسرة.

كما أن المادة 88 وضعت قاعدة عامة بالنسبة لتصرف الولي في أموال القاصر و هو أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص².

عرف الفقهاء الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت"، و قد أجمع أهل العلم على جواز الوصية لحاجة الناس إليها، و لزيادة الحسنات و تدارك ما فرط به الإنسان من أعمال

¹ - رابعة عبد الله محمد، المرجع السابق، ص. 236.

² - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 207.

الخير¹، فالوصية من أعمال التبرع و يشترط لصحتها أهلية المتبرع، بأن يكون الموصي مكلف بالبلوغ والعقل والحرية فلا تصح هبة المجنون والمعتوه والعبد والصبي غير المميز.

أما الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء في صحة وصيته على رأيين:

الرأي الأول: إتفق الحنفية والشافعية في أرجح القولين عندهم على اشتراط البلوغ، فلا تصح وصية الصبي المميز، ولو كان المميز مأذونا له في التجارة².

ودليلهم أن الوصية من التصرفات الضارة ضرا محضا إذ هي تبرع، كما أنها ليست من أعمال التجارة وهو ليس من أهلها، فلا تصح ولا تنعقد³.

الرأي الثاني: أجاز المالكية والحنابلة والشافعية في رواية لهم وصية الصبي المميز دون غير المميز إذا عقل المميز ودليلهم قالوا: لأنها تصرف لا ضرر منه على الصبي، إذ سيبقى ماله على ملكه مدة حياته وله الرجوع عن وصيته⁴.

الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من أن الولي ليس له أن يوصي من مال الصبي أو أن يجيزها منه، لأن في الوصية إزالة للملك من غير عوض مالي، فالولي لا يملك إنشاء هذه التصرفات الضارة أصلا، فلا يملك الإذن بها⁵.

وعليه فإن الوصية من أموال القاصر التي يقوم بها القاصر شخصا دون موافقة الولي أو بموافقة أو التي يقوم بها الولي والتي تؤدي إلى إفتقار الذمة المالية للقاصر، هي تصرفات ضارة ضرا محضا فتقع باطلة، ولا تصح لا من الولي ولا من القاصر.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7442.

² - الكسائي علاء الدين، المرجع السابق، ص. 334.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7459.

⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7459.

⁵ - الكسائي علاء الدين، المرجع السابق، ص. 153.

3- الوقف من مال القاصر

تنص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق".

الوقف لغة: هو الحبس و المنع، و هي مشتقة من وقف يقف وقفا و قوفا أي دام قائما و سكنا، ويقال وقف الدار أي حبسها في سبيل الله.

الوقف لا ينعقد صحيحا إلا إذا كان الواقف أهلا للتبرع، فيشترط في الواقف ما يشترط في الواهب و الموصي، كما تقدم و هو ما ورد في المادتين 186 و 203 من قانون الأسرة بأن يكون الواهب أو الموصي سليم العقل بالغا 19 سنة، و في نفس السياق نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

يشترط في الواقف أهلية التبرع كباقي التبرعات، من صدقة و هبة و وصية بأن يكون الواقف بالغا عاقلا راشدا حراً¹.

الوقف من التصرفات التي يتضرر بها القاصر و يترتب عليها إفتقار الذمة المالية للقاصر دون مقابل. فلا خلاف بين الفقهاء على أن هذه التصرفات غير صحيحة، سواء وقعت بإذن الولي أو دون إذنه أو من الولي نفسه.

لذلك إذا وقع هذا التصرف من الولي كان باطلا، لأنه ليس فيه حظ للقاصر، فهو من التصرفات الضارة و ذلك حماية لأموال القاصر.

ب- قبول التبرعات و توزيعها

1- قبول التبرعات

لم ينص قانون الأسرة على قبول التبرعات من طرف الولي أو الوصي و لكن يفهم من نصوص مواده أنه يمكن قبولها، حيث جاء في المادة 81 منه على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو

¹ -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 7624 -7625.

ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانون ولي، وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

يمكن للولي أو الوصي بصفته نائباً عن القاصر قبول التبرعات من هبات و وصايا و غيرها، إذا كانت غير محملة بأي إلتزامات فهي من قبيل التصرفات النافعة نفعاً محضاً للقاصر¹.

للولي أن يقبل التبرعات من هبة أو وصية أو وقف عن القاصر لأنها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، هذا إن كانت التبرعات غير محملة بالتزامات أما إذا كانت محملة بالتزامات فإنه يجب إستئذان القاضي، فقد يضر هذا الإلزام بمصلحة القاصر، فلم تعد من التصرفات النافعة نفعاً محضاً فيعود النظر فيها للقاضي².

2- توزيع التبرعات بين القصر

يختلف الفقهاء في كيفية توزيع الهبات و العطايا للذكور و الإناث، هل توزع طبقاً لأحكام المواريث للذكر مثل حظ الأنثيين أم يتساوى في ذلك الذكور و الإناث على رأيين:
الرأي الأول: و هو مذهب أبي حنيفة و مالك و الشافعي إذ يرون التسوية بين الذكور و الإناث مطلقاً و هو أن تعطي الأنثى مثل الذكر³.

دليلهم من السنة عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "سوّوا بين أولادكم في العطية...". ففي الحديث دلالة واضحة على التسوية من الذكور و الإناث.
الرأي الثاني: و هو مذهب الحنابلة و محمد من الحنفية قالوا: إن كانوا ذكورا كلهم أو إناث كلهم ساوي بينهم، أما إذا كانوا ذكورا و إناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين و أن العدل أن يعطي الذكر ضعف الأنثى كالميراث.

الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من التسوية بين الذكر و الأنثى في الهبات و العطايا.

¹ - أنظر، شبانة ماجدة مصطفى، النيابة القانونية، دراسة في قانون المدني و قانون الولاية على المال، ط. 1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 222.

² - أنظر، السباعي مصطفى و الصابوني عبد الرحمان، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، ط. 5، المطبعة الجديدة، سوريا، 1978، ص. 128.

³ - الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ص. 127.

ثانيا: إنقضاء الولاية على المال

المشروع الجزائري ذكر أسباب إنقضاء نظام الولاية في نص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بإنقضاء الوصاية.

أ- إنتهاء الولاية الخاصة بالولي

1- موت الولي و بلوغ أجله

تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا و هذا طبقا للمادة 91 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تنتهي وظيفة الولي بموته". سواء كان موتا طبيعيا أو حكما. فحماية للقاصر و لأمواله يوضع حدّ للولاية بموت الولي، على أساس أنها ستبقى بدون شخص يحميها، و هذا ما جعل الموت الحكمي الذي يكون بعد 4 سنوات من صدور الحكم بفقدان الولي الذي ينهي الولاية لإستحالة تحقيق الهدف منها أثناء فقدانه، و تنتهي بذلك الولاية إلى من يليه في المرتبة.

لكن المشكل يطرح في حالة ما إذا رجع المفقود بعد الحكم بوفاته و إنتقلت الولاية إلى غيره، فهل ترجع له الولاية؟ و هل من مصلحة القاصر أن ترجع له الولاية؟

في الحقيقة لم يتكلم المشروع الجزائري عن هذا الاحتمال في المادة 115¹ من قانون الأسرة الجزائري، غير أن عبد السلام الرفعي يري أن المفقود إذا عاد قبل الحكم بموته عادت له الولاية، لكن إذا عاد بعد صدور الحكم بموته فلا تعود له الولاية لأن هذا الحكم ينهيها نهاية مؤبدة.

لكن في حالة فقدان الولي لأهليته فإن هذا الأمر يجعله عاجزا عن تولى شؤونه و إدارة أمواله، فيحتاج هو بذاته إلى من يقوم برعاية مصالحه، لذلك لا يمكن أن يبقى له حق إدارة أموال القصر وشؤونهم الخاصة، و هذا ما جعل المشروع يسقط الولاية الأصلية و المكتسبة² عن الولي في كل من المادة 3/91 و التي تنص على أنه: "تنتهي وظيفة الولي : ... 3- بالحجر عليه."

بالإضافة إلى موت الولي أو فقد أهليته، هناك سبب آخر قد تنتهي به الولاية و يتمثل في عجز الولي.

¹ - تنص المادة 115 من القانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

² - الولاية الأصلية سميت كذلك لكون الشخص يحصل عليها مباشرة، ولا يحتاج للغير لكي يمنحها له، و الولاية المكتسبة مستمدة من الغير إصطلاح على تسميته بالوصي رعاية لمصالحه.

2- عجز الولي

لم يحدد المشرع المقصود بالعجز في المادة 1/91 من قانون الأسرة الجزائري، هل يقصد به العجز المادي كالعجز الجسماني، أم العجز المعنوي كعدم أو نقص القدرات الفكرية للولي؟ و لعل المشرع الجزائري من خلال عدم تحديده للمقصود به يكون قد قصد بذلك العجز بنوعيه المادي و المعنوي.

بذلك يجوز للولي الذي يجد نفسه عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسبب الكبر أو المرض أو العاهتين، أن يطلب من المحكمة إعفائه منها على أساس المادة 1/91 من قانون الأسرة، و المادة 80 من القانون المدني و التي تنص على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال، كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي، إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد، بعد تسجيل قرار المساعدة".

الولي الذي قررت مساعدته يعتبر عاجزا عن تسيير أمواله و عاجزا عن الولاية، و حماية للقاصر تنقرر نهاية الولاية، و تعطى لمن يليه في الترتيب، علما أن المشرع لم يتكلم عن عجز الوصي في حالات إنتهاء الولاية المكتسبة في المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري رغم أهميته لأنه ليس من مصلحة القاصر أن تبقي الولاية المكتسبة في يد شخص عاجز يحتاج هو لمن يساعده، لكن حسب إعتقادنا يمكن أن ندخلها ضمن الفقرة 4 من المادة 96 من قانون الأسرة الخاصة بقبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته.

هذا بالنسبة لعجز الولي كسبب لإنتهاء الولاية، إلا أنه قد يكون الولي سليما جسديا و عقليا و كامل الأهلية و مع ذلك تنتهي ولايته بسبب العزل.

3- عزل الولي

يقصد بالعزل إعفاء الولي من عمله في إدارة أموال القاصر المولى عليه لتحقق الأسباب المؤدية إلي ذلك، و يعتبر العزل إجراء يتخذه القاضي في مواجهة الولي، فيعفيه من مهامه إذا رأى مصلحة

القاصر المالية معرضة للضياع، لأن الولاية مرتبطة بالمصلحة فمتى إنتقلت المصلحة وجب أن تزول الولاية.

سقوط الولاية عن الولي أو عزله قد يكون إما لتخلف شرط من شروط الولاية الواجب توفرها في الولي الأصلي أو النيابي، و هو ما تنص عليه المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

و إما أن الولي قد عرض أموال القاصر إلى الضياع كالتبذير و الإهمال و الإخلال بالواجب، وهو ما تنص عليه صراحة المادة 5/96 من قانون الأسرة حيث جاء فيها على أنه: "تنتهي مهمة الوصي: 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

كذلك المادة 91 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "تنتهي وظيفه الولي ...4- بإسقاط الولاية عنه". و عليه، إذا رأى القاضي أن مصالح القاصر مهددة بسبب عدم عدل الولي، أو عدم كفاءته أو عدم أمانته فيحكم القاضي بعزل الولي أو سقوط الولاية عنه بحكم جزائي، نتيجة إرتكاب الولي جريمة خطيرة تهدد مصلحة القاصر النفسية و المالية¹.

القاضي المختص في هذه الأحوال هو قاضي شؤون الأسرة، و الذي يملك السلطة التقديرية في الحكم بعزل الولي بعد أن يتأكد من ضرورة حماية مصالح القاصر المالية المهددة بخطر التلف أو الهلاك، كما أنه يتخذ كافة التدابير لحماية مصالح القاصر المالية قبل فصله في الموضوع و بأمر غير قابل لأي طعن لأن مصالح القاصر أولى بالحماية.

بالإضافة إلى عزل الولي، فإن هناك أسباب أخرى لإنتهاء الولاية و تتمثل في إنتهاء مهام الولي أو إستقالته.

4- إنتهاء مهام الولي أو إستقالته

الإنتهاء بصفة عامة هو زوال السبب الذي من أجله أقيم الولي، كما لو إسترد الأب ولايته على ولده القاصر، أو حكم بترشيده القاصر، لكن ليس هو نفسه المقصود في المادة 3/96 من قانون

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 172.

الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "تنتهي مهمة الوصي... 3- بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها". وإنما المقصود به إنتهاء المهمة التي خصص من أجلها، و ذلك إما بإنتهاء المدة أو بتحقيق الهدف كما هو الحال بالنسبة للوصي الخاص.

أما بالنسبة للإسقالة، فالوصي له الحق في طلبها من قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بتعيينه، وإذا رأى القاضي ما يبررها بأن لا تضرّ بمصلحة القاصر، أجاز القاضي للوصي التخلي عن الولاية، وهو ما تنص عليه المادة 4/ 96 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تنتهي مهمة الوصي 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته".

مثالها أن يسافر الوصي لمدة طويلة فيخشي على أموال القاصر، أو أن ينشغل بتجارة أو عمل لا يترك له مجالاً للإهتمام بأموال القاصر التي تحتاج إلى متابعة و رعاية دورية مستمرة.

هذا أخذاً بالمذهب المالكي، الذي لم يجز الإستقالة إلا لعذر يمنعه من القيام بمهامه و ذلك وفق شروط و هي أن يثبت بأن العذر يمنعه كلياً من القيام بمهامه، و أن يكون هذا العذر طارئاً بعد قبول الوصاية¹.

5- الحجر عليه

تنتهي الولاية بالحجر القضائي و هو إذا اعترى الولي أحد عوارض الأهلية (الجنون، العته، السفه أو الغفلة)، أو الحجر القانوني بسبب أحد موانع الأهلية من غياب و عاهة مستديمة أو حكم بعقوبة جنائية، و في كل هذه الأحوال يصبح الولي عاجزاً عن القيام بالولاية، و لذا نرى أن حالة الحجر على الولي تدخل ضمن حالة عجزه الأولى²، و تنتقل الولاية على القصر إلى الأم في الأمور المستعجلة حسب نص المادة 87 من ق.أ.ج.

ب- إنتهاء الولاية الخاصة بالقاصر

تشمل كل من بلوغ القاصر سن الرشد، ترشيده، موته، بالإضافة إلى هلاك أمواله.

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 467.

² - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 85.

1- بلوغ القاصر سن الرشد

كما بينا سابقا تنتهي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد، و سن الرشد هو 19 سنة كاملة، فبمجرد بلوغه هذه السن ترد له أمواله للتصرف فيها، رغم أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة.

2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه

يتفق الفقه الإسلامي على أن الولاية على الصغير تنتهي تلقائيا إذا بلغ القاصر، عاقلا، راشدا دون الحجر عليه لسفه أو عته أو جنون، أما إذا سبق الحجر عليه فلا تزول عنه الولاية حتى يخرج منه أبوه أو القاضي منها.

لكن ليس البلوغ وحده سبب لإنهاء الولاية، بل حتى ترشيد القاصر في التصرف في أمواله يعد سببا لإنهاء الولاية¹.

3- ترشيد القاصر

يعتبر السماح للقاصر بالتصرف في أمواله قبل بلوغه السن القانونية المتمثلة في 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني، وسيلة تساهم في تدريبه و تعليمه من الناحية التطبيقية، فمادام أن المشرع قد سمح بترشيد القاصر في سن الرشد طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري كما أشرنا إليها سابقا، فمن باب أولى أن يكون هناك ترشيد في المال، غير أن هذا الترشيد يختلف بين قانون الأسرة والقانون التجاري.

أ- ترشيد القاصر في قانون الأسرة

تنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

من خلال هذا النص، يتضح أنه يجوز للقاضي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التمييز وهو 13 سنة أن يتصرف في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، و هو ما يسمى بالترشيد.

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 166.

طبقا لهذا النص، لا يمكن أن يستفيد القاصر من الإذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها إلا وفقا للشروط التالية:

1- يجب أن يبلغ القاصر سن التمييز و هو 13 سنة، فالشخص ببلوغه هذه السن بحسب المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري يصبح له القدرة على حسن التصرف و الإدارة، لكونه يفهم معنى التصرفات من بيع وشراء وإيجار... إلخ.

بحيث يصبح المميز متساويا مع كامل الأهلية في تصرفاته، فتصبح تصرفاته المالية صحيحة ومنتجة لآثارها، بعد أن كان المميز عديم الأهلية و كل تصرفاته باطلة بطلان مطلق، دون أن يمر بفترة زمنية بين سن التمييز و سن الرشد ليكتسب من خلالها شيئا من الخبرة¹.

من المستحسن لو يحدد المشرع الجزائري سنا معينة للترشيد تكون ما بين 16 سنة و سن الرشد 19 سنة.

حماية القاصر حسب إعتقادنا تقتضي أن تكون هناك فترة بين التمييز و الترشيده، يحاول من خلالها الولي أو الوصي أو كل من له مصلحة تدريب القاصر من الناحية النظرية على الأمور التي سيرشد فيها من جهة، و أن سن 13 و 14 سنة صغيرة جدًا لتكليف القاصر و ترشيده من جهة أخرى. لأنه لا يمكن تصور القاصر البالغ من العمر 13 سنة يرشد مباشرة، بل و أن تصبح تصرفاته التي كانت باطلة بطلانا مطلقا في الأمس، صحيحة اليوم و يستطيع أن يبرم كل التصرفات و لو كانت ضارة به ضرًا محضًا، بل و تكون هذه التصرفات صحيحة نهائيا و هو الإنتقاد الذي وجهه الأستاذ علي علي سليمان للمادة 84 من قانون الأسرة الجزائري².

2- أن يقدم الإذن للقاصر بالتصرف أمام قاضي شؤون الأسرة، من طرف كل شخص له مصلحة في تصرف القاصر بأمواله، و الذي يكون إما وليه أو وصيه بإعتبارهم أصحاب الشأن في رعاية القاصر ورعاية أمواله³.

¹ - أنظر، محمد جبار، نضرة بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون، 1982، ص. 254.

² - أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص. 267.

³ - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 200.

3- أن تظهر في القاصر علامات القدرة و حسن التصرف، و يرجع ذلك إلى تقدير القاضي بحيث يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق كامل حتى يتأكد من قدرة و إستعداد القاصر لمباشرة تلك التصرفات مراعيًا في ذلك بعض الإعتبارات، لأنه ليس كل شخص بالغ سن التمييز قادرا على تحمل ما يتحمله الشخص البالغ.

ب- ترشيد القاصر في القانون التجاري

تنص على ذلك المادة 5 من القانون التجاري والتي أشرنا إليها سابقا و عملا بهذه المادة فإن شروط إستفادة القاصر من رخصة الترشيد من أجل ممارسة بعض الأعمال التجارية تتمثل فيما يلي:

1- أن يبلغ القاصر سن 18 سنة دون أن يكون محجور عليه، فالإذن للقاصر بالتصرف في أمواله لا يسمح له بمزاولة التجارة إلا إذا بلغ سن 18 سنة.

2- الحصول على إذن مسبق من الأب أو الأم أو على قرار من مجلس العائلة إذا كان والده متوفيا أو غائبا، و يشترط في ذلك الإذن ألا يكون عامًا بل يحدد للقاصر الأعمال التي يجوز ممارستها والتصرفات التي لا يجوز لها أن يتعدها¹.

بذلك يكون القانون التجاري قد تناقض مرة أخرى مع قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الجهة التي تقوم بترشيد القاصر، ففي المادة 84 من قانون الأسرة نجد أن القاضي هو من يمنح الإذن للقاصر بالتصرف في ماله، بينما تنص المادة 05 من القانون التجاري على أن الإذن يكون من الأب أو الأم أو مجلس العائلة.

3- عرض الإذن على القاضي المختص، و هذا الأخير له السلطة التقديرية الكاملة في قبول أو رفض الطلب .

4- تقديم هذا الإذن تدعيما لطلب التسجيل الكتابي في السجل التجاري.

¹ - أنظر، علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، موف للنشر، الجزائر، 2005، ص. 148.

بعد توفر كل هذه الشروط يصادق القاضي على الطلب، و تنتهي بذلك الولاية في حدود الإذن ويستطيع القاصر المرشد مباشرة أعمال التجارة المرخص له القيام بها، و تصبح جميع التصرفات المالية التي تدخل في حدود الإذن الصحيحة و تكسبه صفة التاجر، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود الرسمية في الإذن لا يكتسب فيها القاصر صفة التاجر¹.

بل أكثر من ذلك و حماية للقاصر، لم تجز المادة 06 من القانون التجاري للقاصر التصرف في العقار إلا بعد مروره بالإجراءات المتعلقة ببيع أموال القاصر طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة، بحيث لا يستطيع القاصر في هذه الحالة التصرف في العقار إلا بإذن من القاضي الذي يراعي حالة الضرورة والمصلحة، و يبيع العقار في المزاد العلني.

في الأخير نقول أن الترشيد نافع و ضار في نفس الوقت، فهو يحقق حماية للقاصر من جهة، و يعتبر خطرا على أمواله من جهة أخرى، لذلك و لحماية القاصر منح المشرع للقاضي الحق في الرجوع عن الإذن، إذا ما اقتضت مصلحة القاصر و ضرورة حمايته ذلك.

4- موت القاصر أو هلاك أمواله

إذا توفي القاصر لم تعد للولاية أهمية، لأن هذه الأموال تصبح تركة، كما تنتهي الولاية بهلاك أموال القاصر، لأن الولاية تقوم لحفظ هذه الأموال، فإذا هلكت لم يعد للولاية أثر لإنعدام محلها.

قد بينا فيما تقدم، أنه لا يكفي لإعتبار الشخص كامل الأهلية بمجرد بلوغه سن الرشد، بل يجب فوق ذلك أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية، كما تنتهي الولاية بموت القاصر.

ثم إننا نرى أن الولاية قد تنتهي بغير الأسباب المذكورة، و هذا بسبب أحد السببين الذين لم يشر قانون الأسرة إليهما صراحة، و ذلك على عكس قانون الولاية المصري في المادتين 20 و 22:

السبب الأول: إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي، و قد أشرنا إلى أن المادة 1/88 من تقنين الأسرة تنص على أنه: "يجب على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الصريح، و يكون مسؤولا طبقا للقانون العام".

¹ أنظر، نادية فوضيل، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 128.

يتضح من نص هذه الفقرة أن المشرع يعتبر الولاية منوطة بمصلحة القاصر تدور معها وجودا وعندما فمتى إنتفت المصلحة وجب أن تزول الولاية.

السبب الثاني: إذا صدر حكم بسلب الولاية على نفس القاصر لأي سبب كان رتب هذا الحكم سلب الولاية على ماله بقوة القانون دون حاجة إلى حكم آخر، لأن من لا يؤتمن على نفس القاصر لا يؤتمن على ماله.

يمكن أن يستفاد ذلك من المعنى الذي يجمله نص المادة 62 من تقنين الأسرة الذي يقضي بالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً، و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

لذلك فإذا كانت الولاية على مال القاصر ثابتة للولي على نفسه، و سقطت الحضانة ترتب على ذلك سقوط الولاية على المال¹. و هذا ما قد يفهم من المادة 24 من تقنين العقوبات التي تقضي بما يأتي: "عندما يحكم القضاء على أحد الأصول لجناية أو جنحة أو وقعت منه على شخص أحد أولاده القصر و يقرر أن السلوك للمحكوم عليه يعرضهم لخطر مادي أو معنوي فإنه يجوز له أن يقضي بسلطته الأبوية، و يجوز أن ينصب هذا السقوط على كل حقوق السلطة الأبوية أو بعضها وأن لا يشمل إلا واحداً أو بعضاً من أولاده و يجوز أن يأمر بالتنفيذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء".

المبحث الثاني: إدارة أموال الخاضع للرقابة عن طريق الآليات الأخرى للنيابة الشرعية

إضافة إلى الولاية على مال القاصر، قد تمارس النيابة الشرعية عن طريق آليات أخرى متمثلة في الوصاية أو ما يسمى بالتقديم و الكفالة. لذلك يتطلب منا الأمر دراسة هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الوصاية كآلية من آليات إدارة أموال القاصر أما في المطلب الثاني نتناول كل من التقديم و الكفالة كآليتين لإدارة أموال القاصر.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 608-609.

المطلب الأول: الوصاية كآلية من آليات إدارة أموال القاصر

الوصاية نظام لرعاية أموال القاصر، شبيه بنظام الولاية، فكلاهما يحمي أموال القاصر، و لكن الولاية أساسها الرقابة و الشفقة فلا تكون إلا للأب و الأم و الجد الصحيح، و إذا لم يوجدوا إستحال تطبيق نظام الولاية.

إذا لم يكن للقاصر ولي شرعي يتولى شؤونه، أو كان له ولي لكنه غير أهل للولاية تولى شخص آخر رعاية مصالحه، إصطلح على تسميته بالوصي و ذلك عن طريق نظام الولاية المكتسبة، و هو ما يعرف بالولاية النيابية أو الوصاية. و الغرض من نظام الوصاية هو صيانة ثروة القاصر و إستثمارها في الأوجه التي تعود عليه بالمنفعة¹.

نظم المشرع الجزائري أحكام الوصاية التي يحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع إنصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير² وفقا للمواد 92-98 من قانون الأسرة الجزائري أي في الحدود التي رسمها القانون. لذلك يلزم صدور قرار من المحكمة بشأن تعيين الوصي أو تثبيته طالما كان الأب قد إختار وصيا لإبنه القاصر قبل وفاته.

لذلك إرتأيت تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع نتناول في الفرع الأول تعريف الوصاية و تمييزها عن الولاية، في الفرع الثاني نتناول عناصر الوصاية و مشروعيتها و الحكمة منها و في الفرع الثالث نتناول خصائص الوصاية و أنواعها أما الفرع الرابع نتناول فيه سلطات الوصي و إلتزاماته و حقوقه.

الفرع الأول: تعريف الوصاية و تمييزها عن الولاية

سننترق أولا إلى تعريف الوصاية ثم إلى التمييز بينها و بين الولاية.

أولا: تعريف الوصاية

عند تعريفنا للوصي فإننا نشمل في طياته تعريفا للوصاية فيمكن أن نعرفه كما يلي:

¹ - عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 158.

² - أنظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج. 3، ط. 7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 1518.

أ- لغة: الإيصال الوصية في اللغة بمعنى واحد. يقال أوصى فلان إلى فلان بكذا، و وصى له كذا: عهد إليه به. و الإسم الوصايا بالكسر، و الفتح لغة، و أوصيت إليه بمال جعلته له¹.

نقول أوصيت فلان أي أعطيته حق التصرف بعد موتك غالبا فيما كان لك من حق تتصرف فيه كقضاء الديون و رد الودائع و إستردادا و تفريق وصيتك و الولاية على أولادك الصغار أو المجانين أو الذين لم يؤنس منهم الرشد و النظر في أموالهم و التصرف فيها لما يحفظها لهم من الضياع والنقصان².

ب- فقها: الوصاية هي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير³. فالوصي هو كل شخص غير الأب أو الجد يعهد إليه بالمحافظة على حقوق القاصر و إدارة أمواله بالنيابة عنه⁴.

إذا أقام الشخص شخصا آخر في مقامه ليتصرف في شؤون تركته و أولاده بعد وفاته يقال وللشخص المقام موصى إليه، و إذا ملك شخصا شيئا من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موصى له و هذا في إصطلاح الفقهاء.

ج- قانونا: إذا لم يكن للقاصر ولي تثبت الولاية على أمواله للوصي⁵. وقد نصت المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للأب أو للجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

ثانيا: التمييز بين الولاية و الوصاية

مع أن نظامي الولاية و الوصاية يشتركان في الغاية المتوخاة منهما، و هي السعي إلى رعاية أموال القاصر، و ذلك عن طريق إدارتها بالشكل الذي يكفل صون هذه الأموال و يحقق حمايتها، فإنهما يفترقان في النواحي الأربع الآتية:

¹ - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 1517.

² - نبيل صقر و قراوي عز الدين، المرجع السابق، ص. 295.

³ - خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، المرجع السابق، ص. 251.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 417.

⁵ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 609.

أ- إن الولاية تثبت للأب أو الأم أو للجد الصحيح دون غيرهم، أما الوصاية فتكون لأي شخص تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي.

ب- تقوم الولاية بقوة القانون، أي دون حاجة إلى تدخل المحكمة لا بالنسبة إلى تعيين الوالي ولا بالنسبة إلى تثبيته، وذلك على خلاف الوصاية التي لا تثبت إلا بتدخل المحكمة، سواء لتثبيت الوصي المختار الذي يكون الأب أو الجد قد إختاره قبل موته أو لتعيين الوصي على القاصر.

ج- تختلف الوصاية عن الولاية في أنها ليست تكليفا أو واجبا. ولذلك كان للوصي أن يقبلها أو أن يرفضها حال حياة الموصي، فإن هو لم يتخل عنها و الموصي على قيد الحياة، لم يجز له ذلك بعد موته، إلا إذا طلب من القاضي التخلي عن الوصاية لعذر يراه القاضي مقبولا.

د- سلطات الوالي أوسع من سلطات الوصي، لأن الوالي تربطه بالقاصر رابطة قوية أقوى من رابطة الوصي بالقاصر.

القرابة بين الوالي و القاصر قرابة دم إما من الدرجة الأولى أو الثانية (الأب، الأم، الجد)، في حين أن الوصي قد يكون قريبا للقاصر من درجة متأخرة، و قد لا يكون قريبا له على الإطلاق.

ذلك ما يبرر، من جهة التوسع في سلطات الوالي الذي يتحرى صالح القاصر في كل التصرفات التي يباشرها فلا يفرط في حقوق الصغير، و هو ما يبرر من جهة ثانية التضييق في سلطات الوصي في التصرف في أموال القاصر الخاضع للوصاية¹.

الفرع الثاني: عناصر الوصاية و مشروعيتها و الحكمة منها

سنتعرض أولا إلى عناصر الوصاية ثم نتعرض إلى مشروعيتها و الحكمة منها.

أولا: عناصر الوصاية

تتكون الوصاية من العناصر الآتية:

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 169.

أ- الموصي

هو الشخص الذي يسند إليه أمر من هم تحت ولايته من القاصرين إلى من يقوم مقامه بعد موته، و يكون الموصي هو الذي يختار الوصي و له الحق في الإيصاء.

لذا يثبت الإيصاء للأب عند جميع الفقهاء لأنه له الولاية على أولاده الصغار و من في حكمهم، فيكون له الحق في إقامة وصي ينوب عليه في الولاية بعد موته¹.

القانون الجزائري أعطى حق الإيصاء للأب أو الجد في حالة غياب الأم حسب نص المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...". و إتفق الفقهاء على أن الوصاية لا تكون صحيحة إلا إذا كانت من حر مكلف مختار.

يفهم من نص المادة 92 أنه قبل أن يقوم القاضي بتثبيت إختيار الأب أو الجد للوصي هو التحقق من:

1- عدم وجود الأم

عدم وجود الأم يثبت إما بوفاتها الطبيعية أو الحكومية و إما بفقدانها.

2- عدم أهلية الأم لتولي الولاية

المشرع الجزائري في هذه الحالة، لم يبين ما المقصود بعدم الأهلية، هل هو الإنعدام القانوني للأهلية أم الإنعدام المعنوي كإختراف سلوك الأم.

إذا كان المقصود به هو الإنعدام القانوني للأهلية، فإن هذا الإنعدام يثبت إما بالجنون أو العته أو نقص الأهلية كالسفه الذي يكون قد أصاب الأم، أو بتقديم حكم الحجر عليها، أو بحكم جزائي يقضي بسقوط السلطة الأبوية.

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 292.

أما إذا كان المقصود هو عدم الأهلية المعنوية، فإن هذا الإنعدام يثبت كقاعدة عامة بكل طرق الإثبات لأن إنحراف السلوك هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، و من خلال القراءة الظاهرية للنص يفهم أن المشرع قصد الإنعدام القانوني للأهلية، و بالنظر إلى مغزى و هدف النص المتمثل في حماية القاصر، فإنه يمكن الإستنتاج بأن المشرع قد قصد الإنعدام القانوني و المعنوي للأهلية¹.

ب- الوصي

كما قلنا سابقا هو كل شخص ليس أبا أو جدا يختاره الأب أو تعيينه المحكمة لينوب عن القاصر في إدارة أمواله² و رعايتها و ذلك تحت إشراف هذه المحكمة. أي أنه مفوض له من طرف الولي الشرعي.

الأصل أن يختار الأب قبل وفاته ذلك الوصي، و يشترط أن يثبت الإختيار بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب فيها و أن تكون مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه و تقوم المحكمة بتثبيت الوصي. و إذا لم يختار الأب وصيا فإن المحكمة تقوم بتعيين الوصي³. إذ أنه لا بد أن تتوفر في الوصي شروط متعلقة به و شروط متعلقة ببدئه لوصايته.

أولاً: شروط الوصي

يشترط في الوصي الشروط الآتية:

على خلاف ما رأينا بالنسبة إلى الولي، حدد تقنين الأسرة الشروط التي يجب أن تتوفر في الوصي، فقضت المادة 93 منه بما يأتي: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

يشترط في الوصي الشروط الآتية:

¹ - غربي سورية، المرجع السابق، ص. 74.

² - أنظر، أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ب. ط، ب. دن، مصر، 1992، ص. 1670.

³ - أنظر، محمد السعيد رشدي، إدارة أموال القصر و المحجور عليهم و الأموال المتنازع عليها، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص. 312.

1- الإسلام

إذا كان القاصر المراد إخضاعه للوصاية مسلماً، فيجب طبقاً للنص السابق، أن يكون وصيه بدوره مسلماً.

الحكمة من وراء ذلك واضحة، وهي ألا يكون لإختلاف الدين بين الوصي والقاصر أي أثر من حيث الحالة الدينية للقاصر. و غني عن البيان أن هذا الشرط ينتفي حيث يكون القاصر غير مسلم، إذ يجوز حينئذ أن يكون الوصي غير مسلم¹. و يكون المشرع بذلك قد أخطأ في الصياغة، ومن المستحسن لو يشترط إتحاد الدين من الإسلام بحيث تصبح المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري كالتالي: "يشترط في الوصي أن يكون متحداً في الدين مع القاصر...".

2- وجوب أن يكون الوصي عاقلاً بالغاً

يفهم من هذا الشرط وجوب أن يكون الوصي بالغاً سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ذا أهلية كاملة و لم يحجر عليه لأحد أسباب الحجر.

فلا يصلح أن يكون وصياً كل من كان ناقص الأهلية أو عديمها لصغر في السن أو سفه أو غفلة أو جنون أو عته، ذلك أن كلا من هؤلاء يكون هو نفسه في حاجة إلى الرعاية فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره².

لكن لا يكفي ذلك فلا بد أن يكون الوصي قادراً على مهام الوصاية فمن كان عاجزاً كان جديراً هو. بمن يساعده، فكيف يساعد غيره و يراعي شؤون القاصرين.

3- وجوب أن يكون الوصي مقتدرًا

يمكن أن نستنتج من هذا الشرط وجوب كون الوصي ميسور الحال، و ذا وسيلة مشروعة للتعيش. و في هذا الصدد، لا يمكن إختيار أو تعيين الشخص وصياً إذا كان محكوماً عليه بالإفلاس إلى أن يرد إليه إعتباره.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 613.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 614.

4- وجوب أن يكون الوصي حسن التصرف

لا يمكن إختيار أو تعيين من كانت سيرته سيئة وصيا على مال القاصر، أو من كان قد سلبت ولايته بأحد أسباب سلب الولاية، أو من كان قد عزل من الوصاية على مال قاصر آخر، نظراً لسوء تصرفه أو تقصيره بشكل أدى إلى تعريض أموال القاصر للخطر.

5- العدالة

لا تصح الوصاية لفاسق بالإتفاق، و تكفي هنا العدالة الظاهرة فتصبح الوصاية لمستور الحال، فإذا طرأ الفسق على الوصي إنعزل به عند الشافعية و قال الحنفية و المالكية أنه يجب على القاضي عزله¹.

إلا أنه وجد إختلاف بين العلماء في تعريف العدالة، فقال بعضهم: "هي البعد عن المحرمات الظاهرة التي أوجب فيها الله عقوبات معينة كالزنا و السرقة و شرب الخمر و القذف".

قال آخرون: "هي البعد عن كل ذنب توعدت الشريعة على فعله بالعقاب و الإثم كالكذب والغيبة و غير ذلك".

إشترط العدالة إنما هو لإيجاد الثقة في تصرفات من تشرط فيه كالشاهد و الوصي و هي تؤدي إلى تحديد صفتين لا بد منهما: الأمانة و حسن السمعة. فمن عرف بين الناس بالخيانة لا يصح أن توكل إليه الوصاية من الأموال و اليتامى خوفاً من أكله للأموال و إضراره باليتامى.

من عرف بسوء السمعة إما بإرتكاب منكر خلقي أو بتصرف شاذ أو مخالف للمألوف أو مناف لأعراف الناس بحيث ينظر إليه نظرة إشمأزاز و إستغراب، فهذا لا يصح الإيحاء إليه لأنه إما أن يكون شاذ التفكير فلا يطمئن إلى حسن تصرفاته و إما أن يكون مستهترا بأذواق الناس و عرف المجتمع و آداب السلوك و مبادئ الأخلاق و ذلك نقص في التفكير و إنحراف في العقل.

¹ - أنظر، باسل محمود الحافي، فقه الطفولة، ط. 1، دار النوادر، دمشق، 2008، ص. 60.

تلك هي الشروط التي يجب أن تتوفر في الوصي على أموال القاصر، فإن تخلفت كان للقاضي عزله طبقاً للمادة 93 السابقة. إلى أنه ما تجدر الإشارة إليه أنه وجدت شروط كانت محل خلاف ومن ذلك:

1- شرط البصر

يرى جمهور الفقهاء صحة الوصاية للأعمى، لأن عماءه لا ينفي عنه خبرته و حسن تصرفه، كما أن الأعمى تصح شهادته و ولايته في الزواج و الولاية على أولاده الصغار فيصبح الإيضاء له كالبصير، فبما أن الأعمى من أهل الشهادة و الولاية أيضا فيصح الإيضاء له.

أما أصحاب الشافعية فيرى بعضهم أنه لا تصح إلى الأعمى، لأنه لا يصح بيعه و لا شراؤه عندهم، فكيف يوصى إليه بهم بما لا يملكه لنفسه هذا على عكس رأي الجمهور الذين ذهبوا على صحة بيع الأعمى.

في القانون لم نجد ما يدل على صحة الوصاية ، فالمادة 91 من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه: "تنتهي وظيفة الولي بعجزه... " هنا للقاضي تقدير ما إذا كان الأعمى عاجزا أم لا¹.

2- شرط الذكورة

لا يشترط في الوصي أن يكون ذكرا، إذ ليست الذكورة لزاما في الوصي بل يجوز أن تكون المرأة وصية و ليس في هذا خلاف بين علماء الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساسي للقانون، و قد عللوا ذلك بأن المرأة من أهل الشهادة فجاز الإيضاء إليها لما في كل ذلك من معنى الولاية².

الذكورة إذا ليست شرطا في الوصي، فالأنثى تصلح للقيام بأعمال الوصاية و لذلك يجوز تعيينها وصية إذا توافرت لها الشروط التي يتطلبها القانون.

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 298.

² - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 218.

كما أنه يمكن القول بأنه يصح الإيصاء للمرأة في رأي الأكثرية من العلماء لأن عمر رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين و لأنه تصح شهادتها و تصرفاتها و تصرفاتها المالية كالرجل، فإذا تجاوز وصايتها¹.

إلا أنه ما تجدر الإشارة إليه أنه لا يجوز أن يكون وصيا:

1- من حكم عليه بجريرة من الجرائم المخلة بالآداب، أو الماسة بالشرف، أو التزاهة، و مع ذلك إذا إنقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط. حتى لا يحرم القاصر من تعيين وصي عليه تربطه و إياه روابط القربى فيحرم من العطف أو من تعيين من يرعى مصالحه بعين الحب، و الرعاية².

2- من حكم عليه بجريرة كانت تقتضي سلب ولايته على نفس القاصر أو أنه كان في ولايته، و هذا حكم طبيعي. فضلا عن أن الولاية لا تسلب عن الولي إلا لإرتكابه جرائم خطيرة هي جرائم الإعتداء على النفس و هتك العرض و من كان هذا شأنه لا يؤتمن أن يكون وصيا على أموال القاصر.

3- من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش لأنه يكون قد فقد شرطا الكفاءة و العدالة.

4- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد إعتباره و ذلك لأن الحكم بالإفلاس يستتبع الحد من الأهلية فضلا عن أن تولية المفلس قد تفضي إلى تعريض مال القاصر للخطر بسبب ملاحقة الدائنين له ولكن الخطر يزول و ترد للمفلس أهليته بعد الحكم برد إعتباره فليس ما يمنع حينئذ من تعيينه وصيا.

¹ - رمضان علي الشرباصي، المرجع السابق، ص. 18.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 612.

5- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر لأن إنتفاء الصلاحية لا يتجزأ و لأن سلب الولاية و العزل من الوصاية لا بد أن يكونا قد أقيما على مبررات قوية تمس التزاهة أو الكفاءة أو الأهلية¹.

6- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك و يثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه و قد بنى هذا الحكم على أن الأب أعلم الناس بمصالح ولده وأخبرهم بالإعتبارات الخاصة التي تبرر مثل هذا الحرمان و لكن الشارع لم ير الأخذ بالحرمان كقضية مسلمة أو مشيئة نافذة، و إنما أوجب أن يبنى الحرمان على أسباب قوية تحققها المحكمة و ترى بعد التحقيق أنها تبرر الحرمان و ذلك دفعا لإساءة إستعمال الحق.

7- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه و بين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر. و يجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه و إلا فمن أهل دينه.

ثانيا: الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته

الوصي لا يجوز له بدء الوصاية إلا بعد وفاة الأب و تثبتها من طرف القاضي و هو ما تنص عليه المادة 94 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها".

1- وفاة الأب

إن إنتقال الولاية للوصي لا يمكن أن تتم إلا بعد وفاة الشخص المكلف بتعيينه و هو إما الأب أو الجد، رغم أن هذا الأخير لم ينص عليه المشرع. لكن ما دام أن كلاهما مسؤولين عن التعيين،

¹ - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 1520.

فيجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة أحدهما سواء بصفة طبيعية أو حكمية، و يتم إثبات ذلك بمستخرج من سجلات الحالة المدنية¹.

2- تثبيت الوصاية من طرف القاضي

هذا ما تنص عليه كل من المادة 94 من قانون الأسرة السابقة الذكر و المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاء فيها: "يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب".

من خلال هذه المواد يتضح أن القانون قد أوجب على أطراف الوصاية أن يعرضوا وصية الولي على القاضي بمجرد وفاة الأب، و للقاضي النظر في تلك الوصية، و هو مخير بين أمرين، إما قبول الوصية فيقوم بتثبيتها ليستطيع الوصي المختار مباشرة مهامه، و إما رفض الوصاية و تعيين مقدم على أموال القاصر، أو بإتخاذ جميع الإجراءات التحفظية الضرورية لحفظ أموال القاصر قبل تعيين المقدم. وهو الأمر الثابت بموجب المادة 2/472 من ق. إ. م. إ و التي تنص على أنه: "و في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدما طبقا للمادة 471 أعلاه أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في إنتظار تعيين المقدم". كما يحق لممثل النيابة العامة كذلك إخطار القاضي بإجراء الوصاية من أجل تثبيتها أو رفضها.

لم يشترط المشرع حكما لتثبيت الوصاية في المادة 94 من قانون الأسرة، و إنما إشتراط فقط عرضها على القاضي لتثبيتها، و يمكن أن يفهم بأنه يستوجب عرض طلب التثبيت إلى رئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل عريضة، كون أن مثل هذا الإجراء لا يتطلب أي مدعى عليه، على عكس العريضة التي تقدم أمام قاضي الأحوال الشخصية و التي يطول الفصل فيها نظرا لوجوب تبليغ العريضة للمدعى عليه، و للتأجيلات التي يتطلبها الفصل في القضية لتبليغ الحكم و لإنتظار الآجال القانونية لصيرورة ذلك الحكم نهائيا².

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 90.

² - غربي صورية، المرجع لسابق، ص. 94.

ج- الموصى عليه

هو كل إنسان لم يستكمل أهليته إما لصغر سنه فيشمل الجنين و الصغير أو لعارض من العوارض فيشمل المجنون، المعتوه، السفیه و ذي الغفلة، فالقاصر منذ ولادته و قبل بلوغ سن التمييز يسمى صغيرا غير مميز، أما بعد بلوغه سن التمييز فيسمى بالصغير المميز، و هنا أساس تحديد مفهوم القاصر هي الأهلية، و معها البلوغ و الرشد.

حددت الشريعة الإسلامية مفهوم القاصر، بتناولها للقاصر أنه ضمن مفهوم اليتيم.

اليتيم في المعنى الشرعي من مات أبوه و هو صغير و لم يبلغ الحلم، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيم، و اليتيم عادة ملازم للضعف و الفقر، فالصغير ضعيف لا يملك شيء و لا يحسن التصرف، و متى بلغ الرشد و هو حسن التصرف في المال فيجب إقامة من ينوب عنه كالوصي.

المشرع الجزائري حدد في مواده الأحكام التي تحكم القاصر، الذي يكون سبب الوصاية عليه لصغر سنه، أما في حالة الجنون و العته أو السفه فهنا و جب تعيين مقدم ينوب عليه في إدارة شؤونه.

لم يتطرق الفقهاء للشروط الواجب توافرها في الموصى عليه، إنما إقتصر كلامهم على تحديد وصف الشخص الموصى عليه، و ذلك على النحو الآتي:

إتفق المالكية، الشافعية و بعض الحنفية و الحنابلة على أن الوصاية تكون على القاصر المحجور عليه صغيرا أو كبيرا، مجنونا أو سفيا أو معتوها، لعدم قدرته على القيام بشؤونه بما يصلحها، فيحتاج إلى من يقوم بشؤونه و أموره المالية.

بينما ذهب أبو حنيفة إلى القول بأنه لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفیه و تصرفه في ماله جائز، و ذلك بعد بلوغه سن الخامسة و العشرين و حتى و إن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله لا غرض له فيه و لا مصلحة¹. و لا تكون الوصاية على البالغ الراشد إتفاقا بين الفقهاء.

¹ - عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص. 122.

د- الصيغة

1- المقصود بالصيغة

يتم الإيصاء بإيجاب من الموصي و قبول من الوصي، و هو ما يعبر عنه بالصيغة إذ هي الأداة أو الوسيلة التي يتم بها التعبير عن إرادة المتعاقدين في إبرام العقد سواء كانت لفظاً أم كتابة أم إشارة¹.

أولاً: الإيجاب

يكون الإيجاب من الموصي حال حياته من كل ما يفيد إقامة غيره مقامه بعد وفاته في شؤون أولاده أو تركته سواء باللفظ أم بالكتابة أو الإشارة المفهمة و سواء كان اللفظ صريحاً أم كتابة كأن يقول: أنت وصي في مالي أو أسلمت إليك الأولاد بعد موتي، أو تعهد أولادي بعد موتي، و يستوي في ذلك أن تكون الصيغة عامة أم خاصة².

ثانياً: القبول

يكون بما يصدر عن الموصى إليه (الوصي) من كل لفظ أو فعل يدل على قبوله الإيصاء، والقبول باللفظ أو ما يقوم مقامه كالكتابة يكون أثناء حياة الموصي و بعد وفاته، و القبول بالفعل يكون بعد وفاة الموصي إذا تصرف الوصي في أمر من الأمور التي عهد إليه بها الوصي³.

يلاحظ أنه لا يشترط في الصيغة التي تتعدد بها الوصاية ألفاظ مخصوصة، فتكون بكل لفظ دال عليها، و تصح الإشارة من العاجز عن النطق كالأخرس.

قد يكون القبول صراحة، أو دلالة أي بواسطة الفعل و الوصي يتصرف في أموال الموصى عليه، كحصر أموال التركة بعد وفاة الموصي، أو قضاء ديونه أو شراء ما يحتاجه القاصر، و لا يكون القبول دلالة إلا بعد وفاة الموصي⁴.

¹ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 143.

² - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 144.

³ - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 144.

⁴ - عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص. 119.

2- قبول و رد الوصاية

أ- قبول الوصاية

يصح القبول في حياة الموصي، عند الحنفية و المالكية و الحنابلة و وجه قولهم:

1- أن تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي، فلو وقف القبول و الرد على موته، لم يؤمن أن يموت الموصي و لم يسند وصيته على أحد فيكون ذلك إضراراً به.

2- أن الوصاية إذن في التصرف، فصح قبوله بعد العقد كالوكالة بخلاف الوصية بماله فإنها تمليك في وقت، فلم يصح القبول قبل الوقت.

ذهب الشافعية بقولهم على أن القبول لا يصح إلا بعد موت الوصي، و وجه قولهم:

إن الوصاية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فقبل الموت لم يدخل وقته، فلا يصح القبول أو الرد قبله، إلا بعد الموت.

ب- رد الوصاية

يأخذ برد الوصاية من قبل من وجه إليه الإيجاب في الوصاية و فيه صورتان:

الصورة الأولى: رد الوصاية من قبل الوصي في حال حياة الموصي و تأخذ هذه الصورة حالتين:

- أن يرد الوصي الإيصاء في حضرة الموصي، أو في غير حضرته، و لا يقبل الوصي و يعلمه بالرد، ففي هذه الحالة يبطل الإيجاب¹.

- أن يرد الوصي الإيصاء في حياة الموصي، و في غير حضرته، و لم يعلمه بالرد فهنا الإيصاء قائم، لأن الوصي قبلها.

الصورة الثانية: إذا أراد الوصي الإيصاء بعد وفاة الموصي، فليس له ذلك، لأن الموصي مات متعمداً على هذا الوصي و وضع ثقته فيه.

¹- أنظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. 2، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الكويت، 1990، ص. 222.

تعتبر هاتان الصورتان محل إتفاق الفقهاء بين الحنفية و المالكية، و أكثر الحنابلة أما الشافعية ميزوا بين الرد قبل وفاة الموصي و بعد وفاته، و قالوا:

أن الرد لا يعتبر في حياة الموصي، لأنه لم يدخل وقت التصرف كالوصية له بالمال، و المعتبر في القبول و الرد قبل الموت¹.

يظهر مما سبق على إتفاق الفقهاء على أن رد الوصي للوصاية في حياة الموصي بحضوره أو غيبته مع علمه بذلك، يجعلها غير لازمة في حقه إلا الشافعية حيث لا عبرة للقبول و الرد حال حياة الموصي.

ثانيا: مشروعية الوصاية و الحكمة منها

أ- مشروعية الوصاية

الوصاية مندوب إليها حفاظا على القاصر أي الموصى عليه و ماله الذي لا يستطيع الإستقلال بالتصرف في شؤونه، بل تصبح واجبة عند الخوف على الأولاد و أموالهم من الضياع.

المعلوم أن في النصوص التشريعية لا نجد نصا صريحا بذكر مصطلح الوصاية و لكن يمكن الإستدلال على مشروعيتها من خلال جوانب ثلاثة هي: جانب اليتيم و رعايته و جانب ماله بحفظه و تنميته، و جانب الوصية².

قد أمر الله تعالى في كتابه برعاية اليتيم و الحفاظ على ماله، ووجه الدلالة يتضح من خلال:

أولا: القرآن الكريم

قوله تعالى: "وَ إِبْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا..."³.

¹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص. 123.

² أنظر، محمود عبد الله نجيت، مفهوم الوصاية و أركانها، مجلة العلوم القانونية و السياسية، 2012، عدد 3، ص. 150.

³ سورة النساء، الآية 06.

لقد حث رسول الله صلى الله عليه و سلم على إدراك أهمية تلك الولاية و عظم مسؤوليتها في حماية مال اليتيم بحيث لا يتصدى لها إلا القوي الأمين القادر على القيام بها على وجهها¹.
كما إتفق فقهاء الشريعة على إجازة الأكل من مال الموصى عليه من طرف الوصي و ذلك على ما يستحقه من أجر بسبب ما يعمل.

ثالثا: من الإجماع

يتضح الإستدلال بالإجماع من إيحاء الناس في كل عصر، فقد كان الناس يوصي بعضهم لبعض. و حرص الإسلام على القاصر و رعايته و حفظ ماله من التلف، و ذلك من طرف الأوصياء الذين يقومون بالوصاية عليهم و رعاية شؤونهم. لأن القاصر لا بد من الوقوف عليه بسبب ضعفه في إدارة شؤونه.

لذا فإن الوصاية تقوم مقام الولاية أثناء فقدان و عجز من قبل الأوصياء للمحافظة على المال وفق ما شرّع الله².

ب- الحكمة من تشريع الوصاية

يمكن بيان أهم مقاصد الشريعة من الوصاية من خلال:

أولا: جلب المصلحة

إن أهم المقاصد هو حفظ الموصى عليه و ماله، و الإستغلال الأمثل لماله.

لقد قيدت تصرفات الوصي بتحقيق المصلحة، في حالة وجود مصلحة ضرورية على وقع التصرفات التي يقوم بها الوصي، و لا يجوز له جلب الضرر بقصد، لأن هذا التصرف لا يقبل شرعا ولا عقلا، فحفظ المال مصلحة ضرورية.

¹ - أنظر، ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص. 96.

² - عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص. 41.

ثانيا: استثمار المال

إهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ المال، و تقويته أيضا و ذلك بإستثمار المال إن أمكن و في الإسلام يقف الإستثمار على جانبين أساسيين:

أ- نماء المال.

ب- تحقيق زيادة سريعة للمال.

يجب على الوصي إتباع منهج لإستثمار مال القاصر و نمائه وفق الشريعة الإسلامية.

ثالثا: إعانة القاصر و دفع الضرر عنه

في الوصاية إعانة للفرد على تنفيذ وصيته تحقيقا لذكرى الخير في الدنيا، و نيل الثواب في الآخرة و الوصاية شرعها الله، تمكينا للعمل الصالح، و تخفيف الكرب عن الضعفاء الصغار و الأيتام والمساكين.

رابعا: حفظ حقوق الموصى عليه

أساس الوصاية حفظ الحقوق الشخصية و المالية التي بها قيامه و صلاحه في الدنيا و الآخرة. فالوصي يحافظ على القاصر و ماله، و يمنع ماله من الإستغلال و الأكل بدون وجه حق لتحقيق رعاية القاصر.

لذلك شرعت الوصاية لتكون خير بديل للولاية و هي تهدف إلى التعاون على البر و التقوى والإجتماع على الخير في الإسلام و تحقيق المودة و الرحمة.

الفرع الثالث: خصائص الوصاية و أنواعها

أولاً: خصائص الوصاية

تتميز الوصاية بثلاث خصائص أساسية فهي إما إختيارية، مجانية و شخصية.

- تعتبر إختيارية لأنها تخضع لإرادة كل من الموصي و الوصي، بإعتبارها خدمة شرعية دون مقابل وليس في الشرع أو القانون ما يؤكد على إلزاميتها.

- هي مجانية فلا يتقاضى فيها الوصي أي مقابل، غير أنه هناك إستثناء إذا كان هناك ظرف يستدعي تخصيص مكافأة أو أجر مقابل ذلك، و هذا يعود إلى السلطة التقديرية بالمحكمة في النظر وإقرار أو رفض الطلب في حدود مصلحة القاصر.

- لا تنتقل إلى ورثة الوصي بعد وفاته لأن شخص الوصي هو محل إعتبار في الوصاية. فهي تثبت لمن أوصى له الأب أو الجد بتعيينه فإن إنتهت مهمة الوصي بالفقدان أو الحجر أو الوفاة، فإن على ورثة الوصي تقديم كل أموال القاصر التي بحوزة مورثهم، إلى المحكمة التي تتولى تعيين مقدم يقوم مقام الوصي في تولى شؤون القاصر¹.

ثانياً: أنواع الوصاية

تتنوع الوصاية بحسب الزاوية التي ينظر إليها، فالوصي يستمد سلطاته إما بالتعيين و هنا ما يسمى بالوصي المختار و الوصي المعين، و قد يكون أيضاً وصياً عاماً أو خاصاً، أو وصي خصومة من حيث مدى السلطات التي تعطى له، و قد يكون مؤقتاً أو دائماً و ذلك من حيث المدى الزمني لسلطاته، و قد يكون أكثر من واحد أي تعدد الأوصياء.

¹ - زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص. 72.

أ- الوصي المختار و الوصي المعين و وجه الإختلاف بينهما

1- الوصي المختار

الوصي المختار هو وصي الأب¹ و وصي الجد، لأن الأب أو الجد يختاره خليفة له في الولاية على القصر الذين هم في ولايته بعد الوفاة². و قد نصت عليه المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها...".

و عليه، الأشخاص الذين لهم الحق في إختيار الوصي هم كل من الأب و الجد، فالأب بإتفاق الفقه و القانون يعتبر الأقدر على إختيار الوصي الأحسن و الأصحح للوصاية على ولده القاصر.

يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن. و إذا لم يقيم الأب وصيا على الجنين، و لم يكن جد أقامت المحكمة وصيا، و من هذا يفهم أن الحمل تثبت عليه الولاية و هو حمل، و يكون الوصي هو المختار من الأب أو المقام من المحكمة التي لها ولاية على الحمل و هو جنين.

قرر الفقهاء صحة إقامة وصي الحمل، و لكن الولاية عليه لا تثبت إلا بعد إنفصاله حيا، و أن أمواله تكون تحت يد أمين في مدة الحمل حتى يولد مستحقا لما حفظ له من ميراث و ما يستحقه من أوقاف، و وصايا، و على ذلك لا يصح أن يكون للوصي الذي يقيم على الحمل ولاية التصرف في مدة حملة، و يصح أن يكون هو الأمين الذي يحفظ أمواله³.

يجوز ذلك أيضا للمتبرع و ذلك في حالة ما إذا إشتراط المتبرع ألا يدخل المال المتبرع به للقاصر في نطاق الولاية. و يجب إختيار الوصي في ورقة رسمية أو عرفية يصدق فيها على توقيع الأب أو المتبرع، أو بورقة مكتوبة بخطه و موقعة منه. و يجوز للأب و المتبرع بطريق الوصية في

¹- أكرم ياغي، المرجع السابق، ص. 187.

²- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 474.

³- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع، ص. 483.

أي وقت أن يعدلا عن إختيارهما. و لا يكفي إختيار الأب أو المتبرع بل يتعين عرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها بعد التحقق من توافر الشروط التي يستلزم القانون توافرها في الأوصياء¹.

أما بالنسبة للجد، فقد إختلف الفقه الإسلامي حول إختياره للوصي، فالحنفية و الشافعية أعطوا للجد الحق في إختيار الوصي للقاصر، أما المالكية و الحنابلة فلم يمنحوا له حق إختيار الوصي لأنه لا يستطيع أن يكون وليا على مال القاصر².

و إقامة الوصي المختار يكون بين الموصي و الوصي، بإيجاب من الموصي و قبول من الوصي. لكن القبول لا يشترط أن يكون فور الإيجاب، بل يجوز أن يكون متراجيا إلى ما بعد الوفاة، لأن هذا الإيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، فامتد القبول إلى ذلك الوقت، و أيضا فإن ثمرات هذا العقد لا تظهر إلا بعد الوفاة، فكان القبول ممتدا إلى ما بعدها³.

الإيجاب في هذا العقد يكون صراحة على عكس القبول الذي يمكن أن يكون صراحة أو ضمنا. غير أن السؤال الذي يطرح هو فيما يخص وقت لزوم الوصاية لأن معرفة ذلك مهم في تحديد ما إذا كان للوصي الحق في رد الوصاية أم لا، خاصة و أن المشرع نص في المادة 94 من قانون الأسرة على وجوب أن تعرض الوصاية على القاضي لتثبيتها، لأنها لا تصبح لازمة إلا بعد تثبيتها من طرف القاضي.

لذلك، لا يمكن للوصي رد الوصية بعد التثبيت إلا إذا توافرت في الوصي أسباب إنتهاء الوصاية، أما قبل التثبيت فحسب إعتقادنا يجوز للوصي القبول و الرد، لأن القبول و الرد المعتد به هو وقت تثبيت الوصاية.

هذا على خلاف الفقه الإسلامي، الذي و إن كان إختلف في وقت لزوم الوصاية غير أنه فصل في هذا الموضوع بما يخدم مصلحة القاصر كالتالي:

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 416.

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 153.

³ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 474.

الفقه الحنفي: يرى بأنه يجوز أن يكون القبول حتى بعد وفاة الموصي، و إعتبر قبول الوصي وعلم الموصي به يلزم الوصي به و ليس له الرجوع عنها إلا إذا أعطاه الموصي هذا الحق، و إن سكت في حياة الموصي فلم يقبل الوصاية و لم يردده، فيكون له القبول أو الرد بعد وفاته لأنه ليس هناك ما يلزمه بالوصاية، فإن قبلها لا يكون له الرد¹.

أما فيما يخص رد الوصاية، فإذا كان في حياة الموصي و بعلمه بطل الإيجاب و لم ينفع القبول بعد ذلك، لكن في حالة ما إذا توفي الموصي قبل أن يعلم بالرد فالإيجاب في هذه الحالة لا يبطل وذلك حتى لا يموت الوصي مغرورا بالقبول، و للوصي أن يقبل هذا الرد.

الفقه الشافعي: هذا الجانب فرق بين القبول و رد الإيجاب في حياة الموصي و بعد وفاته إلى رأيين: الرأي الأول: يرى بأن القبول و الرد لهم تأثير أو فائدة إلا بعد وفاة الموصي، لأن الوصاية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي قياسا بالوصية على المال، و لا يعتد بها في حياة الموصي.

الرأي الثاني: يرى هذا الإتجاه بأن الوصاية تشبه الوكالة بحيث يصح قبولها و ردها في حياة الموصي وللوصي عزل نفسه متى شاء و لكن بشرطين، الأول هو أن يكون هناك عذر، و الثاني خوفا من تلف مال القاصر².

الفقه الحنبلي: أجاز القبول في حياة الموصي و حتى بعد وفاته، لكن إختلفوا في الرد بعد وفاة الموصي إلى 3 آراء:

الرأي الأول: يرى بجواز القبول و الرد بعد وفاة الموصي.

الرأي الثاني: للوصي رد الإيصاء بشرط وجود قاضي يسلم الوصاية إليه.

الرأي الثالث: ليس للوصي رد الإيصاء مطلقا قبل أو بعد وفاة الموصي لما في ذلك من تغيير بالموصي الذي وضع ثقته بالوصي، كما أن جواز الرد قد يؤدي إلى ضياع حقوق القاصر³.

¹ - غربي سورية، المرجع السابق، ص. 154.

² - غربي سورية، المرجع السابق، ص. 107.

³ - غربي سورية، المرجع السابق، ص. 155.

الفقه المالكي: يرى هذا الفقه أن القبول من طرف الوصي ينتج أثر في حياة الموصي و بعد وفاته، أما رد الوصاية فيكون على ثلاث صور:

الصورة الأولى: إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي و مع علمه لا يطرح إشكال، لكن إذا رد الوصاية بعد وفاة الموصي أو في حياته بدون علمه فلا يصح لأن الوصاية حق للمولى عليه إكتسبه بالقبول.

الصورة الثانية: أن يكون القبول بعد وفاة الموصي، فله ردها شرط أن يحلف أنه ما قبلها في حياة الموصي، و أن لا يكون أهلا لها.

الصورة الثالثة: أن ردها لعذر على أن يثبت طارئاً بعد القبول، بل أكثر من ذلك لا يعني من الوصاية إلا بأمرين، الأمر الأول أنه لم يعد قادراً على الوصاية أو أنه لم يقدر مسؤوليتها حق قدرها، أما الأمر الثاني أن الحياء قيده عن الرفض على أن يثبت قوله بالنية.

يجب الإشارة، إلى أن المشرع لم يتكلم عن كيفية إثبات هذه الوصاية حتى يمكن تثبيتها من طرف القاضي، و عليه يمكن إثباتها بأي طريقة سواء كانت بورقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود.

هذا في الحقيقة أمر خطير لأنه يعتبر ثغرة قد تسمح بالتلاعب بأموال القاصر، و من المستحسن تداركها من طرف المشرع لحماية القاصر، و ذلك بأن يكون إثبات وصاية الأب أو الجد بورقة رسمية أو عرفية. و هو ماء جاء به المشرع المصري بحيث جعل إثبات إختيار الوصي يكون إما بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب فيها، أو مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه، و يكون العدول عن الإختيار بإتباع نفس الإجراءات¹.

هذا بالنسبة للوصي المختار الذي يختاره الأب أو الجد، لكن هناك وصي آخر لا يختار بل يعين من طرف القاضي، و هذا ما سنراه في العنوان الموالي.

¹ - تنص المادة 28 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "يشترط أن يثبت الإختيار بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه. و يجوز للأب و المتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن إختيارها و تعرض الوصاية على المحكمة لتبنيها".

2- الوصي المعين (وصي القاضي)

هو وصي القاضي الذي يعينه للإشراف على التركة و الأولاد¹. فإذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار، تعين المحكمة وصيا. و يبقى وصي الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره. تتولى المحكمة تعيين الوصي إذا لم يكن هناك وصي مختار أو جد صحيح لأن الوصي المختار يتقدم على الجد في ولايته. و يتم التعيين في حالة ما إذا كان الوصي المختار غير مستوف للشروط القانونية اللازمة لتشيته². و الوصي المعين يتسلط على إدارة أموال القاصر و يمثله في العقود³.

إتفق الفقهاء على أن القاضي إذا لم يوصي الأب و الجد وصايتهما لأحد، و جب على القاضي تعيين وصي لأن القاضي ولي من لا ولي له كما جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له" و الذي يسمى في الفقه المالكي بالمقدم.

وصي القاضي كالوصي المختار في كل ما كان نافعا للقاصرين، و يقوم بالإشراف على شئوهم و يعمل على حفظ أموالهم و تنميتها.

نص المشرع الجزائري على الوصي المعين في المادة 99 من قانون الأسرة و سماه بالمقدم بقوله: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

كما تنص المادة 469 من قانون إجراءات مدنية و إدارية على أنه: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدا من بين أقارب القاصر، و في حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره. يجب في الحالتين، أن يكون المقدم أهلا للقيام بشئو القاصر و قادرا على حماية مصالحه"⁴.

¹- رمضان علي السيد الشرباصي، المرجع السابق، ص. 217.

²- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 417.

³- أنظر، سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي، المجلد الأول، دار السلام، مصر، 2001، ص. 343.

⁴- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إن إقامة القاضي لوصي يجب أن تكون منوطة بالإحتياج للمصلحة فليس له أن يقيم وصيا في كل وقت بل عند تحقق الحاجة سواء مات الأب و لم يقيم وصيا أو كان موجودا و لكنه غير صالح للولاية فله أن يقيم وصيا و ذلك في المسائل الآتية:

1- إذا كان على الميت دين و لم يوجد وارث يخاصمه الدائن في إثبات دينه و أخذه منه لأنه لو لم يقيم القاضي وصيا لتضرر الدائن.

2- إذا كان للميت دين على شخص و لم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدين و يستوفيه لأنه لم يقيم وصيا لتضرر مستحق التركة.

3- إذا أوصى الميت بشيء من أمواله إلى شخص و لم يجد الموصي له وارثا يثبت الوصية في وجهه إذ بعدم إمامة وصي يتضرر الموصى له فلو كان هناك وارث صالح للمخاصمة في جميع هذه المسائل فلا حاجة لإقامة وصي.

4- إذا كان في الورثة صغير فيقيم القاضي وصيا يقوم مقامه مع الورثة الكبار و من باب أولى ما إذا كان كل الورثة صغارا.

5- إذا كان للصغير مال ورثه عن أمه مثلا و له أب و لكنه غير أهل لولاية بأن كان مسرفا مبذرا مثلا لأن مصلحة الصغير في إقامة شخص لحفظ أمواله من الضياع.

6- إذا غاب أبو الصغير غيبة منقطعة بأن لم يعرف مكانه و لا حياته و لا وفاته و إحتاج إلى إثبات حق من الحقوق أو حفظ الأموال لأن المصلحة في إقامة الوصي.

يتضح مما سبق، أن المقدم هو شخص يعينه قاضي شؤون الأسرة للإشراف على أحوال القاصر في حالة عدم وجود وليه الأصلي أو المختار، و يكون في أغلب الحالات من أهله أو أقاربه كالإخوة و الأعمام و الأخوال و كذلك الأقارب عن طريق المصاهرة، الذين يملكون الحق في

طلب تعيين مقدم على أموال القاصر، أما إذا لم يكن هناك شخص من أقارب القاصر، يعين القاضي شخص آخر من الغير إذا رأى فيه ما يضمن حسن إدارة أموال القاصر للحفاظ عليها¹.

3- وجه الاختلاف بين الوصي المختار و الوصي المعين

- الوصي المختار له أن يقيم وصيا بعد وفاته على مال القاصر الذي له الوصاية عكس الوصي المعين إلا إذا جعل القاضي ذلك في قرار تعيينه، عكس الوصي المختار من الأب الذي يكون قد توفي².

- الوصي المختار لا يتخصص، و إن خصصه الأب ببعض الشؤون دون بعضها الآخر أما الوصي المعين من القاضي فإن خصصه القاضي بشيء دون شيء كأن يخصصه بإيجار العقارات، أو بقبض الديون أو غير ذلك من الأمور، فإنه يتخصص بما خصصه القاضي له.

- للقاضي سؤال وصيه عن مقدرا التركة و ليس الوصي المختار حق السؤال.

- لا يحق لوصي القاضي أن يشتري شيئاً لنفسه من مال القاصر، و لا أن يبيع شيئاً، أما الوصي المختار له ذلك إذا كان في تصرفه منفعة ظاهره للقاصر.

- تصرفات الوصي المختار أوسع من تصرفات وصي القاضي، و ذلك عائد إلى التكييف الفقهي للوصي، فوصي القاضي يعتبر وكيلاً عن القاضي بينما يعتبر وصي الأب و الجد عند من يجيز وصايته نائباً أو موفضاً.

ب- الوصي العام و الوصي الخاص

الوصاية إما أن تكون عامة غير مقيدة، أو خاصة أي مقيدة.

1- الوصي العام

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 157.

² - أنظر، عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص. 372.

هو الأصل، و له سلطة تمتد إلى كل أموال القاصر المشمول بوصايته¹. بحيث تكون ولايته عامة غير مقيدة بموضوع أو نوع من التصرفات، و يتولى التصرف في جميع أموال القاصر من تجارة و زراعة و شركة و بيع و إيجار...إلخ.

2- الوصي الخاص

هو الوصي الذي يتم تعيينه من المحكمة و يعين له القاضي المهام الموكلة له، حيث تنقضي وصايته بإنقضاء المهمة التي أوكل بها. و يقع الإنهاء بقوة القانون، فإذا صدر قرار المحكمة بتعيين وصي خاص و حدد قرار العمل الذي يباشره كتوقيع عقد معين أو مباشرة عمل محدد بالقرار و قام الوصي بهذا العمل إنتهت ولايته بإنهاء مهمته و لا يجوز له بعد ذلك مباشرة أي عمل آخر عن القاصر إستنادا لقرار تعيينه. و الوصي الخاص تكون مهامه مقيدة و محددة بنوع معين من التصرفات، كإيفاء الديون أو تأجير الأملاك أو مباشرة شؤون الزراعة أو التجارة. و ذلك دائما لصالح القاصر إما لكون الوصي العام غير متخصص في مجال التجارة مثلا، أو لكون الوصي العام لا يستطيع مباشرة مصالح القاصر لوحده، فيلتزم بتعيين وصي خاص يساعده².

أجمع الفقهاء على جواز تخصيص وصي القاضي، و ثار خلاف حول جواز تخصيص الوصي المختار:

ذهب جمهور الفقهاء على أن الوصي المختار يقبل التخصيص، فإذا أوصى أي شخص بأموره كالتجارة مثلا، إلتزم الوصي بذلك و إذا تعدها يكون قد خالف إرادة الموصي الذي قد يرى تعيين وصي آخر لأعمال أخرى يكون قد أفلح منه القيام بها، كما أن الوصاية تفويض بالتصرف بعد الموت.

¹ - عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 158.

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 158.

أما الحنفية فيرون أن الوصي المختار لا يقبل التخصيص، لأن الوصاية تثبت كاملة و لا تتجزأ، و سبب التفرقة بين وصي الأب و وصي القاضي أن القاضي موجود دائما يستطيع أن يختار وصيا آخر للتصرفات الباقية أما الأب فلا يمكن الرجوع إليه لأنه توفي¹.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 95 من قانون الأسرة على أنه: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88-89-90) من هذا القانون"، و التي تحيلنا بذلك إلى المادة 90 من قانون الأسرة بقولها: "إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

تعين المحكمة وصيا خاصا في الحالات الآتية:

- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته. والمقصود بالتعارض هنا هو التعارض الذي لا يبلغ حدا يخشى منه على مصالح القاصر فإذا بلغ التعارض هذا الحد كان سببا من أسباب سلب الولاية أو عزل الوصاية و مرجع الفصل في ذلك هو تقدير القاضي في كل حالة على حدى على ضوء الظروف و الملابسات التي تتعلق بشؤون القاصر، أو بين مصلحة قاصر آخر مشمول بولاية الولي على القاصرين. و قد يكون التعارض بين مصلحة القاصر و بين مصلحة زوج الموصى عليه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصي على القاصر².

- إذا أريد إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر و بين الوصي أو أحد المذكورين في الحالة السابقة.

- إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع و إشرط المتبرع ألا يدخل المال المتبرع به نطاق الولاية، أو منع المتبرع الولي في إدارة ذلك المال المتبرع به، و لم يكن المتبرع قد حدد وصيا مختارا، أو كان قد حدد وصيا مختارا لم ترتضيه المحكمة.

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 113.

² - عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 159.

- إذا إستلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال سواء كان هذا العمل مؤقتاً أو غير مؤقت كما هو الحال في تدارك الإضطراب في الشؤون المالية.

- إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.

و تتولى المحكمة تحديد مهمة الوصي الخاص، و الذي تنتهي مهمته بإنهاء العمل الذي أقيم لمباشرة¹.

يتميز الوصي الخاص عن غيره من الأوصياء ب:

- القيام على عمل معين خاص بالقاصر، إقتضت الظروف إنفراد الوصي الخاص بالتصرف في شؤونه.

- توقيت مهمة الوصي الخاص محدد في أغلب الأحيان².

في الحقيقة الوصي الخاص له أهمية كبيرة في حماية القاصر، فمن جهة يساهم في تخفيف الضغط على الوصي، و من جهة أخرى أن التخصيص يحفظ مال القاصر أكثر، و ذلك لأنه لا يمكن تصور الوصي متخصص في جميع التصرفات.

إلى جانب الوصي العام و الوصي الخاص، هناك تقسيم آخر من حيث المدة، حيث يقسم الوصي إلى وصي مؤقت و وصي دائم.

ج- الوصي الدائم و الوصي المؤقت

1- الوصي الدائم

الأصل في الوصي أن يظل متمتعاً بسلطات الوصاية حتى تنتهي وصايته على القاصر لأحد الأسباب المبينة في القانون³.

¹ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 159.

² أنظر، أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص. 113.

³ عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 159.

2- الوصي المؤقت

هذا مصطلح المشرع السوري، و يقابله في قانون الأسرة الجزائري المقدم، و حكمه حكم الوصي العام إلا أن وصايته مؤقتة و محددة بفترة زمنية.

أجاز القانون تعيين وصي مؤقت في الحالات الآتية:

- في حال وقف الولاية بسبب غيبة الولي الشرعي أو فقدانه أو يكون محجورا عليه أو معتقلا لسبب ما، أو يكون محكوما عليه و ينفذ العقوبة المحكوم بها حبسا أي مقيد الحرية، و من ثم لا يكون بوسع هذا الولي مباشرة أعمال الولاية و في هذا إضرار بالقاصر و بماله.

الوقف هنا بحكم القانون، إذا لم يشترط النص أن يصدر به قرار من القاضي، وإنما تعيين وصي مؤقت لهذا القاصر نص عليه القانون، و يعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر¹.

- حالة الحكم بوقف الوصي لثبوت إضراره لمصلحة القاصر أو ارتكاب أخطاء فتضطر المحكمة لتعيين الوصي المؤقت.

- إذا حالت ظروف طارئة مؤقتة دون أداء الوصي لواجباته، و هذه الظروف متعددة منها حالة إذا ما أصيب الوصي بمرض شديد².

ما تجدر الإشارة إليه أنه تنتهي بقوة القانون مهمة الوصي المؤقت بإنهاء الوقت المحدد بقرار تعيينه.

د- وصي الخصومة

هو الوصي الذي يمثل القاصر في الدعاوى و الإجراءات القانونية التي يباشرها، و تنتهي هذه الوصاية بالفصل النهائي في الدعوى.

إن إقامة وصي الخصومة أمر جوازي للمحكمة و يخضع لتقديرها حسب الظروف المعروضة عليها، و بذلك تحدد المحكمة للوصي العمل الذي يقوم به. أما إذا أطلق قرار المحكمة بتعيينه و لم

¹ - أنظر، أحمد نصر الجدي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص. 161.

² - عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 159.

يحدد له مرحلة معينة للقاضي كان له الحق في رفع الدعوى و الطعون في الأحكام التي تصدر لغير مصلحة القاصر الذي يقوم الوصي على مصالحه سواء كان الطعن عاديا أو غير عادي.

وصي الخصومة يكون له ما للوصي العام في رفع الدعوى عن القاصر الذي يرى أن له مصلحة في رفعها و أن يطعن في الأحكام الصادرة فيها بكافة طرق الطعن.

يشترك الوصي الخاص مع الوصي المؤقت و وصي الخصومة في:

خضوعهم جميعهم لأحكام الوصاية حسب المهمة التي أسندت للوصي، و إشتراكهم في صفة التأقيت، و تنتهي مهمة الأوصياء بإنهاء العمل الذي أقيم وصيا لمباشرته، أو المدة التي إقتضت تعيينه من المحكمة¹.

هـ- الوصي الواحد و تعدد الأوصياء

1- تعدد الأوصياء في الفقه الإسلامي

الأصل أن يكون للقاصر وصي واحد يتولى شؤونه، غير أنه يمكن للموصي أن يوصي لأكثر من وصي واحد في عقد واحد أو اثنين. فإن أوصى على المشاركة أو الإنفراد فيما بينهم في التصرف إحترمت رغبته، و لا خلاف في ذلك بين الفقهاء، و الخلاف يكمن في عدم التحديد:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من إجتماع الأوصياء في الرأي و الإشتراك في التصرفات إحتراما لرغبة الموصي، فوجب أن يكون تصرف أحدهما موقوف النفاذ على مصادقة الآخر أو بتوكيل منه، بإستثناء المسائل التي تقتضي الإشتراك مثل التصرفات التي يخشى من تأخيرها ضرر كالبيع، أما التصرفات التي لا تحتاج إلى قبول كالهبات، فهي لا تقتضي الإشتراك.

ذهب أبو يوسف إلى أن كل واحد من الأوصياء الإنفراد بالتصرف دون مراجعة الآخرين، لأن إختيار كل واحد فيهم كسب ولاية كاملة و الولاية لا تتجزأ فمن الوصاية حمل أماناتها ومباشرتها².

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 170 - 171.

² - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 118 - 119.

2- تعدد الأوصياء في القانون

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يقر بالتعدد و ذلك ما يفهم من المادة 92 منه التي تنص على: "...و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

عكس المشرع المصري الذي أخذ برأي الجمهور في مسألة التعدد، و ذلك بالسماح للمحكمة أن تعين أكثر من وصي إذا ما رأت ضرورة لذلك، و عدم جواز الإنفراد بالتصرف في حالة التعدد¹ وذلك في المادة 30 من قانون الولاية على المال بقولها: "يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد، و في هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الإنفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت ذلك لكل من الأوصياء إتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر. و عند الإختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع".

لكن مع ذلك يعتبر ما جاء به المشرع فيه جانب من الحماية، فنية المشرع من وراء رفض التعدد بإختيار أصلحهم تتمثل في وضع حد للإختلافات في الآراء أو عدم التفاهم التي قد يترتب عنها ضياع أموال القاصر.

قد يطرح سؤال حول الفرق بين تعدد الأوصياء و تخصيص الوصاية، لأن التعدد لا يقتضي التخصيص و العكس كذلك، و بالتالي قد يعين عدة أوصياء ينفرد أحدهم بالرأي و التصرف من عدمه في كل مال القاصر، بينما فيما يتعلق بتخصيص الوصاية فالوصي المختص يتقيد بما خصص له سواء كان هناك أوصياء غيره أم لا².

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 119.

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 162.

الفرع الرابع: سلطات الوصي و إلتزاماته و حقوقه

أولاً: سلطات الوصي

إن التطرق إلى سلطات الوصي من حيث التصرف في أموال القاصر هي نفسها سلطات الولي، ولقد ساوى المشرع الجزائري بين سلطات الوصي مع سلطات الولي، و جعل تصرف الوصي تصرف الرجل الحريص. و ذلك من خلال نص المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد 88، 89 و 90 من هذا القانون". و تكمن حدود سلطات الوصي حسب نوع الضرر الذي يقوم به إن كان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، أو الضارة ضرراً محضاً، و الدائرة بين النفع و الضرر. و سوف نبين أحكام كل من التصرفات كالتالي:

أ- التصرفات المطلقة

باعتبار الوصي نائب قانوني عن القاصر و تستمد ولايته من الأب، و القاعدة أن للوصي ما للأب من تصرفات لأن ولايته مستمدة منه. و التصرفات المطلقة تتمثل في التصرفات النافعة نفعاً محضاً و التي أجازها المشرع للوصي دون إذن من المحكمة، كقبول و قبض الهبة، و قبول الوصية للقاصر متى كانت غير مقترنة بشرط أو محملة بإلتزامات معينة¹.

1- قبول التبرعات

أي قبول الهبة مثلاً، أو قبض التبرع، و كذلك قبول الوصايا بشرط أن لا تكون تحمل أي إلتزام على القاصر، و في هذه الحالة يجب إستأذان المحكمة سواء للرفض أو للقبول.

يجوز للوصي هبة المال لقاصره، و قبول هذه الهبة جائزة إلا إذا كانت لا تحمل إلتزام على القاصر، و يرى الأستاذ السنهوري أن الولي أو الوصي ينوب على القاصر في قبوله الهبة و في قبضها حتى و لو كان هو الواهب².

¹ - عبد الجليل أحمد علي، المرجع السابق، ص. 161.

² - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص. 126.

2- بيع المنقولات

للوصي أن يبيع منقول الموصى عليه، و يضارب في ماله كالأب، و يقبض الديون و يؤجلها ويدخل في أموال المولى عليه ما ينميها، و يتجار فيه لمصلحة الموصى عليه.

ففي المنقولات إذن يجوز للوصي بيعها و لو بغير حالة للبيع كأداء دين أو وصية أو نفقة على الصغار أو لم تكن هناك حاجة لأن ثمن المنقولات قد يكون أنفع للورثة.

كما يجوز للوصي أيضا أن يبيع مال القاصر لقريب الوصي، أو لو ارث الميت، كما يجوز للقاصر أن يشتري منهم¹.

و عليه فإن المشرع الجزائري حدد التصرفات المقيدة من القاضي، و إستنادا للفقرة الأولى من المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام". بالإضافة إلى الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من نفس القانون، و بهذا نستطيع القول أن الوصي يتصرف كما يشاء ما دام لا يتعدى التصرفات المقيدة و لا يفرط في مصلحة القاصر في إطار معيار الرجل الحريص².

ب- التصرفات المقيدة

هي تلك التصرفات التي أوجب المشرع فيها على الوصي أن يحصل على إذن من القاضي وإتباع إجراءات خاصة، و القاضي يسهر على إحترام هذه الإجراءات و توفر الشروط القانونية لمنح الإذن.

التصرفات المقيدة تتمثل في الدائرة بين النفع و الضرر، فهي باطلة إذا كانت ضارة و جائزة إذا كانت مستوفية للشروط القانونية، و التصرفات المقيدة هي:

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 302.

² - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 207.

1- البيع و الشراء

إذا مات الوصي و خلف تركة غير مستغرقة بالدين و الوصية فهناك حالات متعددة للورثة:

أ- إذا كان الورثة كلهم كبارا

و هو إما أن يكونوا حضورا أو غائبين:

- إذا كانوا حضورا فليس للوصي بيع شيء من التركة من غير إذئهم، لأنه لا ولاية له عليهم، و إنما يملك إقتضاء ديون الميت، و قبض حقوقه و دفعها للورثة الكبار.

- إذا كانوا غائبين: فللوصي بيع الأموال المنقولة و حفظ ثمنها لهم و ليس له بيع العقار، لأنه نائب عن الأب في تصرفاته، و الأب نفسه لا يملك أن يبيع عقار ولده الكبير، و إن كان يملك بيع أمواله المنقولة لأنه يخشى عليها من الضياع و التلف بخلاف العقار¹.

ب- أن يكون الورثة صغارا

ففي المقولات: يجوز للوصي بيعها و لو بغبن يسير سواء كانت هناك حاجة للبيع كأداء دين أو وصية أو نفقة أو لم تكن هناك حاجة.

و في العقار: لا يجوز للوصي أن يبيعه إلا في أحوال ثلاثة:

الحالة الأولى: أن تتعلق بالتركة حقوق لا يمكن إستيفائها إلا ببيع العقار و ذلك:

- كأن يكون على الميت دين في التركة.

- أو تكون له وصية مطلقة أي بدراهم مرسلة.

عندئذ يجوز بيع العقار لقضاء الدين و تنفيذ الوصية أو لو كان في التركة مال يمكن أداء الدين منه أو تنفيذ الوصية، فلا يجوز للوصي بيع العقار لأنه أبقى و أضمن من المنقول.

¹ - محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 813.

الحالة الثانية: أن يكون بيع العقار خيرا للقاصر من بقائه

لا يملك الوصي المختار بيع عقار القاصر إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي كأن يكون بيع العقار خيرا للصغير، و ذلك فيما يأتي:

1- بيع العقار بضعف قيمته فأكثر فيستطيع الوصي شراء عقار أنفع مما باعه، كدار قيمتها خمسون فباعها الوصي بمائة.

2- أن تزيد ضريبة العقار و مصاريفه على غلاته.

3- أن يتعين بيع العقار لصرف ثمنه في نفقة القاصر¹.

4- أن يكون في يد متغلب ظالم لا أمل في إستخلاصه منه أو لا يتوصل إلى إستخلاصه إلا بنفقات تزيد على قيمته.

5- أن يخشى عليه من متغلب لا يمكن إسترداده إذا وضع يده عليه.

الحالة الثالثة: أن تكون حاجة القاصر ملزمة لبيع العقار

- أن يحتاج إلى نفقة كاملة من أكل و لباس و نفقة و تعليم، و ليس في التركة مال منقول.

- أن يحتاج إلى تجهيزه و تكييفه، و كذا تجهيز من تلزمه نفقته كالزوجة و ليس في التركة مال.

- يلحق بذلك دفع ضريبة يخشى من تأخيرها الحجز على عقارات القاصر².

للوصي أن يتقدم إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا الموجود في دائرة إختصاص موقع العقار، و يطلب منه الإذن لبيع العقار و عليه أن يثبت أمامه حالة الضرورة و المصلحة الموجودة من وراء البيع، كأن تكون حاجة القاصر ملزمة لبيع العقار، و أن يكون بيع العقار خيرا للقاصر من بقائه كبيعته بفائدة، أو وجود دين على القاصر يستقضي بيع العقار. و للقاضي أن يقبل أو يرفض هذا البيع.

¹ - رمضان علي السيد الشرباصي، المرجع السابق، ص. 219.

² - نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 302.

يتم بيع عقار القاصر في جلسة خاصة بذلك على مستوى المحكمة، و القاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة و هو الذي يمنح الإذن بالتصرف¹.

2- الرهن و الإرتهان

ليس للوصي خلافا للأب أن يرهن ماله عند القاصر و لا أن يرهن مال القاصر و لكن للوصي رهن مال القاصر من شخص ثالث بدين على الميت أو على القاصر أو على نفسه.

3- الإتجار

- يجوز أن يتجر الوصي بمال القاصر، و لا يجوز أن يتجر به لنفسه.
- يجوز له أيضا أن يبيع مال نفسه للقاصر و أن يشتري مال القاصر لنفسه بشرط أن يكون فيه مصلحة ظاهرة للقاصر.

4- استثمار أموال القاصر و تصفيته و المساهمة في شركة

إستثمار مال القاصر، أو تصفية أمواله المستثمرة مشروط بالحصول على إذن من المحكمة ويقصد بالإستثمار في هذا الصدد توظيف مال القاصر بقصد الحصول على ربح أيا كانت صورة هذا التوظيف، كما لو أريد شراء نوع من الأسهم أو السندات أو دفع جزء من المال إلى أحد التجار على سبيل الشركة أو لإستغلاله في عملية معينة.

هذه التصرفات هامة و دقيقة بالنسبة لمال القاصر، فقد يترتب على مباشرتها ضياع ماله أو جزء منه و لذلك نرى ضرورة الحصول على إذن المحكمة قبل مباشرة الوصي لإستثمار مال القاصر أو تصفيته، حتى تقوم ببحث الموضوع بحثا دقيقا شاملا، تنهي به الإذن للوصي بالإستثمار أو التصفية، أو رفض ذلك و للمحكمة في هذه الأحوال أن تلجأ إلى أهل الخبرة لإستطلاع رأيهم في هذه الإستثمارات، و مدى صلاحيتها بالنسبة للقاصر، و كذلك الحال عند طلب تصفية مال القاصر المستثمر و مدى تأثير ذلك عليه، و الوقت المناسب للتصفية².

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 307.

² - أحمد نصر جندي، المرجع السابق، ص. 128.

يكون الإستثمار بالقرض و هو أحد العقود الناقلة للملكية، و هو من التصرفات المفقرة للذمة المالية و يعتبر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من عقود التبرع الضارة ضررا محضا بالقاصر، و إن كان القاصر هو المقترض فهو إئقال للذمة المالية له.

كما أن الدخول في شركة لا يخلو من مخاطر عديدة، لا سيما في شركات الأشخاص التي يكتسب فيها الشريك صفة التاجر و يكون مسؤولا عن إلتزامات الشركة، مما يؤدي إلى إستنزاف أموال القاصر.

5- الإيجار

يجب أن تتوفر الأهلية وقت إنعقاد العقد فلو حتى لم تتم عملية عزل الوصي قبل أن ينتهي الإيجار الذي عقده فإنه يظل الإيجار قائما حيث إنعقد و كانت الوصاية قائمة، و بما أن الإيجار عمل من أعمال الإدارة، لذلك فإنه يلزم أن تتوافر في المؤجر أهلية الإدارة لا أهلية التصرف.

أما إذا كان الشخص عديم التمييز، أو كان معتوه أو مجنون، فإنه لا يكون أهلا لمباشرة كافة حقوقه سواء المتعلقة بالإدارة أو التصرف في الأعمال.

في حالة إذا كان الصبي مميز و لم يبلغ سن الرشد، فتكون تصرفاته صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، و تكون باطلة إذا كانت ضارة به، و قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر¹.

المشرع الجزائري أقر للوصي حق الإدارة فقط بمفهوم المادة 468 من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

و عليه فإذا قام الوصي بإيجار عقار للقاصر لمدة تفوق 3 سنوات دون إذن القاضي يتم تخفيض المدة، و ذلك لعدم إئقال ذمة القاصر في مسألة تأجير العقار.

¹ - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص. 129.

أما بالنسبة لإيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة، هنا القاصر له أهلية و أصبح صالحا لجميع التصرفات القانونية في ماله، فيجب أخذ الإذن من المحكمة لمباشرة تصرفاته إذا كانت مدة الإيجار تمتد إلى ما بعد البلوغ لأكثر من سنة¹.

ج- التصرفات الممنوعة

هي التصرفات التي تكون عكس مصلحة القاصر و تكون هذه التصرفات متعارضة مع المقصد الشرعي من الوصاية على مال القاصر، و التصرفات الممنوعة هي:

1- تبرع الوصي من أموال القاصر

هذا التصرف يعتبر باطل من الوصي، فليس له الحق في أن يهب و لا يقف و لا يوصي، أو أي تصرف يضر بمصلحة القاصر. و لا يجوز للوصي التبرع من مال القاصر، إلا في حالة وجود إذن من المحكمة.

2- إقتراض الوصي من مال القاصر أو إقتراض القاصر

لا يجوز للوصي الإقتراض من مال القاصر، و في حالة عدم وجود فائدة فهذا يعتبر تبرع و بالتالي لا يجوز له الإقتراض من ماله، و يتوقف ذلك على إجازة حكم من المحكمة، و تقديم العلة التي تجعل الوصي يلجأ للإقتراض.

و في حالة إقتراض القاصر بغير فائدة كان القرض باطلا لأنه ضار ضررا محضا أما إذا كان بفائدة فإنه قابل للإبطال لمصلحة القاصر².

¹ - أحمد نصر الجندي، التعليق...، ص. 121.

² - أنظر، محمد كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية، ب. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص. 67.

ثانيا: إلتزامات الوصي و حقوقه

تقع على عاتق الوصي عدة إلتزامات حددها الفقه و القانون، تستهدف حماية القاصر و المحافظة على ماله، فواجبات الوصي هي في توفير الحماية للقاصر و أداء عمله على الوجه المشروع، مما يترتب على هذا العمل حقوق للوصي منها حق الأجرة.

أ- إلتزامات الوصي

1- رعاية القاصر

هو الإلتزام الرئيسي للوصي حيث يبذل قصار جهده لرعاية القاصر الذي هو تحت وصايته، وذلك لما يحتاجه من الوقوف إلى جانبه في الأمور الشخصية و المالية، و يقوم بالتصرفات التي تعود بالنفع على القاصر، و تقدير هذه التصرفات راجع للمحكمة¹.

تقضي الفقرة الأولى للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

يفهم من هذا النص أنه يجب على الولي أن يبذل في رعاية أموال القاصر درجة من العناية لا تقل عن عناية الرجل العادي.

بما أن المادة 95 السابقة تحيل إلى المادة 88 المشار أعلاه، فإن الواجب الملقى على عاتق الولي يكون هو نفسه الملقى على كاهل الوصي، بحيث يسأل هذا الأخير على عدم إتخاذ سبل الحيطة والحذر و الحرص في التصرف في أموال القاصر المشمول بالوصاية، و عن تقصيره في صون هذه الأموال و رعاية مصلحة القاصر².

نرى في هذا الصدد، أن ما تنص عليه المادة 98 من تقنين الأسرة من أن: "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره". يعد من قبيل تحصيل القاصر، أو على الأقل من قبيل تأكيد واجب سبق أن نصت عليه المادة 1/88.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 491.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 615.

2- تقديم تأمينات

في القانون المصري نجد أن المحكمة تلزم الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها، و تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر، و لا يعد تقديم التأمينات واجبا على الوصي، بل يترك أمر تقديمها لتقدير المحكمة وفقا للظروف. و هذا غير موجود في القانون الجزائري مثل هذا الحكم.

3- إيداع ما يحصله الوصي من نقود إلى جهة خاصة بالمحكمة

حسب المادة 43 من قانون الولاية على المال المصري: "على الوصي أن يودع بإسم القاصر كل ما يحصله من نقود بعد إستبعاد النفقة المقررة و المبلغ الذي تقرره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة و ذلك خلال 15 يوم من تاريخ تسلمه، و لا يجوز أن يسحب شيء من المال المودع إلا بإذن من المحكمة". و هذا لم يرد في القانون الجزائري.

4- تقديم الحساب عند إنتهاء الوصاية

هو حساب يقدمه الوصي عند إنتهاء الوصاية، و يكون خلال أجل لا يتجاوز الشهرين، و ذلك حسب نص المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري: "على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده و يقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشده أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ إنتهاء مهمته".

هنا و جب على الوصي تقديم كل المستندات اللازمة لإبراء ذمته.

ب- حقوق الوصي (حق الوصي في الأجرة)

ياعتبار الوصاية عمل تبرعي، و التبرع لا أجرة عليه، و قيام الوصي بأعمال الوصاية هي لنيل ثواب الله عز وجل، و يقوم بها لإعانة القاصرين العاجزين عن تدبير شؤونهم و إدارة أموالهم بأنفسهم.

غير أن الوصي قد يطلب أجره على عمله الذي أداه إتجاه القاصر، و قد عرفت إختلافا بين الفقهاء، و ذلك من الآية قوله تعالى: "وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ".

إختلفت آراؤهم الفقهية بإختلاف فهمهم، ففريق قال إن الغني لا أجر له و الفقير له أجر، لأنها طالبت الغني بالإستعاف و سوغت للفقير أن يأكل بالمعروف، و فريق آخر قال إن الآية لا تجيز للغني و الفقير أجرا، لأنها أمرت الغني بالإستعفاف، و أجازت للفقير أن يأكل بالمعروف، و ليس الأكل بالمعروف أجرا، و وجهة ذلك الرأي من القياس أن القيام على شأن القاصر قرينة فلا أجر عليها.

و فريق ثالث قرر أن الوصي أن يأخذ أجرا غنيا كان أو فقيرا لأنه عمل عملا يستحق عليه أجره، و القرينة في القيام عليه بالأمانة، و الآية الكريمة لم تمنع الأجرة، و لكنها حثت الغني على التبرع، فهي لم تمنع الأجرة، و لكن أشارت إلى أن الأحسن من الغني هو التبرع بها. لتكون القرينة خالصة لله سبحانه.

و العمل جار على ذلك من قبل، و الآن فللوصي إذا طلب تقدير أجره قدرت له أجر كفاءة ما يقوم به من عمل¹.

الرأي الراجح: بين الفقهاء في مسألة إستحقاق الأجرة من قبل الوصي سواء كان غنيا أو فقيرا، فالوصي يقوم بجهد في سبيل الحفاظ على مال القاصر و يترك أعماله من أجل هذا العمل، مما يتغني به نيل أجره في سبيل ذلك².

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة حق الأجرة بالنسبة للوصي فيرجع ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 482-483.

² - عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص. 86.

في الأخير يستحسن أن تكون الوصاية مقابل أجر بحسب العمل الذي يقوم به الوصي حتى لا يتهاون الوصي في أداء مهامه، فيكون الأجر حافزا له، كما يكون ذلك مانعا له من محاولة أكل مال القاصر بالباطل.

المطلب الثاني: التقديم و الكفالة كآليتين من آليات التصرف في أموال القاصر

إضافة إلى الولاية و الوصاية على مال القاصر، قد تمارس النيابة الشرعية لرعاية هذا المال من طرف شخص تعينه المحكمة و هو ما يسمى بالمقدم، أو من طرف الكفيل إذا كان القاصر مكفولا، ونحن و إن لم نخصص هذين الصورتين من التفصيل ما خصصناه لكل من الولاية و الوصاية، فإنه ليس إقرارا منا بعدم أهمية التقديم و الكفالة، كطرق أو صور للنيابة الشرعية على مال القاصر، و إنما سبب ذلك يعود إلى أن الأحكام التي تحكمها هي نفس أحكام الولاية و الوصاية، مما يعني أننا لن نحتاج الكثير من التفصيل لدراسة كل منها، و إلا وقعنا في التكرار. و سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول التقديم كآلية من آليات التصرف في أموال القاصر ثم في الفرع الثاني نتناول الكفالة كآلية من آليات التصرف في أمواله.

الفرع الأول: التقديم كآلية من آليات التصرف في أموال القاصر

أولا: تعريف المقدم

المقدم يعينه القاضي من بين الأقارب، و في حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره. و سوف نقوم بتعريف المقدم لغة، إصطلاحا و قانونا.

أ- تعريف المقدم لغة

المقدم من كل شيء و قدم الشيء إلى غيره قربه منه، و قدم عن الأمر أقبل عليه، قدمه جعله قداما.

ب- تعريف المقدم إصطلاحا

المشرع الجزائري يجعل التقديم أحد أنظمة النيابة الشرعية التي يخضع لها القاصر، في حالة عدم وجود ولي أو وصي يتولى رعاية أمواله، كأن يكون يتيم الأبوين و لم يعين له وصي مثلاً¹. و هي ليست فقط نظاما يخص من بلغ سن الرشد، و تم الحجر عليه² لكونه سفيها، معتوها، مجنونا، أو ذا غفلة.

ج- تعريف المقدم قانونا

نصت المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "المقدم هو من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

كما نصت المادة 44 من القانون المدني الجزائري بقولها أنه: "يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون".

في حين أن القوامة تعرف في الفقه الإسلامي و القوانين العربية بأنها نظام قصد منه حماية المصالح المالية للأشخاص البالغين (غير القصر)، الذين يطرأ على أهليتهم عارض من عوارض الأهلية المنقصة للتمييز (السفه و الغفلة)، أو المعدمة له (الجنون و العته).

يفهم من ذلك أن القوامة نوع من الولاية بالمعنى الواسع، وسيلتها النيابة الشرعية، و سببها قيام عارض من عوارض الأهلية، ففي هذه الحالة تقيم المحكمة على من يحجر عليه منهم قيما لإدارة أمواله.

¹- زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص. 33.

²- يعرف الحجر في اللغة بأنه المنع مطلق، و من أصل مادته سمي العقل حجرا بكسر فسكون و لعلماء الشريعة في تعريفه عبارات أشهرها أنه: "المنع من نفاذ العقود و التصرفات القولية". مقتبس عن، محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 422. و هو المنع من التصرف القولي لا الفعلي، لأن الشأن أن الأفعال لا مرد لها. و يعرف الحجر قانونا بأنه منع الشخص من التصرف في أمواله و إدارتها لآفة في عقله أو لضعف في ملكته النفسية الضابطة.

لذلك فالمقدم هو الشخص الذي تعينه المحكمة عند طلب من أحد أقارب القاصر أو من له مصلحة في ذلك و كذلك يمكن للنيابة العامة طلب ذلك في حالة عدم وجود الولي أو الوصي.

ما تجدر الملاحظة إليه من خلال المادة 99 السالفة الذكر أنه:

- لا تلجأ المحكمة إلى تعيين قيم على الشخص إلا إذا طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، بأن كان كامل الأهلية فأصبح إما ناقص الأهلية، بحيث يستتبع ذلك أمرين:

الأمر الأول: تقرير الحجر عليه من قبل المحكمة، طبقاً للمادة 101 من تقنين الأسرة الجزائري التي تقضي بما يأتي: "من بلغ سن الرشد و هو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بع رشده يحجر عليه".

الأمر الثاني: تعيين قيم يرعاه و يتولى شؤونه، طبقاً للمادة 104 من التقنين ذاته التي تنص على مايلي: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي، وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدماً لرعاية المحجور عليه و القيام بشؤونه...".

- إذا طرأ على الشخص أحد عوارض الأهلية قبل بلوغه سن الرشد، فإن المحكمة تقضي باستمرار الولاية أو الوصاية عليه¹.

هذا يفهم من نص المادة 81 من تقنين الأسرة التي تقضي بما يأتي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم".

ما تجدر الإشارة إليه أنه يجوز تعيين مشرف مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي، إذا إقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصي فيما تحت يده من أموال بأن تكررت الشكوى منه، و حصل الشك في تصرفاته، و لم يرق دليل يوجب العزل، ففي هذه الأحوال تعين المحكمة مشرفاً. و المشرف لا يتولى الإدارة و لكن يراقب أعمال الوصي أن يمكنه من فحص الأوراق و المستندات، و

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 621.

إجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بإدارة الأموال، و على المشرف أن يبلغ المحكمة أو النيابة العامة كل أمر يرى أن المصلحة توجب إطلاعها عليه¹.

ثانيا: شروط المقدم و سلطاته

لتحديد شروط المقدم يستلزم الأمر الرجوع إلى ما تضمنته المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري التي تتعلق بشروط الوصي و هي الإسلام، كمال الأهلية، القدرة و حسن التصرف و الأمانة، فمتى توفرت هذه الشروط في الشخص كان أهلا لكي يعينه القاضي مقدا يرفع شؤون القاصر.

أكدت المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على شرطي الأهلية و القدرة على مصالح القاصر في المقدم التي تنص على أنه: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة مقدا من بين أقارب القاصر، و في حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره. يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر و قادرا على حماية مصالحه".

نلاحظ من هذه المادة أن المشرع قد أضاف إجراء آخر يجب على القاضي مراعاته عند تعيين المقدم و هو أن يعمل على إختيار المقدم من بين أقارب القاصر أولا، و هذا دون أن تحدد هذه المادة درجة القرابة بين المقدم و الشخص الخاضع لنظام التقديم. و عند التأكد من إستحالة ذلك لأسباب معينة فيمكن حينئذ إختيار شخص آخر من غير أقاربه ليكون قيما على أموال القاصر.

أما بالنسبة لسلطات المقدم فنرجع إلى المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري، و التي هي بدورها أحالت إلى تحديد سلطات الوصي في المواد 88-90 الخاصة بنطاق سلطات الوصي، و من ثم فعلى المقدم أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التي حددها المادة 88 و سبق لنا ذكرها، و على القاضي أن يراعي في الإذن الذي يمنحه للمقدم حالة الضرورة، و مصلحة القاصر، و في حالة بيع العقار أن يتم ذلك في المزد العلي، أما إذا تعرضت مصالح المقدم و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة.

¹ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 490.

ثالثا: حكم و حدود القوامة

القيم عامة يكون نائب عن المحجور عليه و يكون نائب قضائي بإعتبار أن المحكمة هي التي تقوم بتعيينه، و نيابة القيم عن المحجور عليه نيابة قانونية إذ رسم القانون حدود تلك النيابة و أحكام القيم تخضع لنفس الأحكام المقررة بالنسبة للوصاية و الوصي، و هذا حسب المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام".

و يكون ثمة محل لتعيين قيم خاصة حيث يدعو ذلك لحاجة أو ضرورة، كما تقيم المحكمة القيم مؤقتا، إذا أوقف القيم أو حالة ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته، و يلزم القيم بالقيام بالواجبات المفروضة على الأوصياء و تكون له حقوقهم.

أما بالنسبة لحدود القوامة حسب نص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر فالمقدم له حدود في القيام بتصرفات تتعلق بشؤون فاقد الأهلية أو ناقصيها مثله مثل الوصي بحيث وجب عليه القيام بكل الواجبات التي تمليه عليه مهمته بالحرص الوفير على المحجور عليهم. و عملا بنص المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة".

الفرع الثاني: الكفالة كآلية من آليات التصرف في أموال القاصر

نص المشرع الجزائري على الكفالة في تقنين الأسرة في الكتاب الثاني، المتعلقة بالنيابة الشرعية، وعرفها من خلال المادة 116 بأنها: "إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي".

ما يهمننا في الكفالة هو النيابة التي يتولاها الكافل على مال القاصر المكفول، و في هذا تنص المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي". و كذلك المادة 122 من نفس القانون بقولها: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، و الوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول".

لذلك فإنه بمقتضى الكفالة تنتقل للكافل الولاية الشرعية على القاصر، و يشمل ذلك الولاية على نفس المكفول، و الولاية على ماله أيضا.

عملا بنص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري فإن القانون يشترط في الكافل أن يكون مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته. و قد يكون المكفول معلوم النسب، فيحتفظ في هذه الحالة بنسبه الأصلي، و قد يكون مجهول النسب.

بما أن الكافل تخول له الولاية القانونية على مال القاصر، فيتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر، أين نجد المشرع قد وضع قواعد على الكافل إحترامها عند إدارته لأموال القاصر، و هي كما سبق و أن ذكرنا في البحث في موضوع الولاية على مال القاصر، هذه القواعد تتعلق بالسلطات التي يعطيها القانون للولي، و بالتالي الكافل أثناء ممارسته لولايته على مال القاصر المكفول¹. إذ يشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص في أموال القاصر، و أن يستأذن القاضي في التصرفات المحددة بنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر، و في حالة إذا ما تعارضت مصالح الكافل و مصالح المكفول القاصر يعين القاضي متصرفا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

ما نلاحظه في النصوص القانونية المتعلقة بالكافل هو هشاشتها من جانب حماية أموال القاصر المكفول، بإعتبار إدارة أموال المكفول من طرف هذا الكافل تكون بعيدة نوعا ما عن عين القضاء، لذلك فإن الدكتورة محمدي فريدة² ذهبت، إلى أنه من الأفضل إعتبار الكافل وصيا على المكفول، لأن ذلك يوفر حماية أكبر للمكفول، كما أن الوصي عليه إلتزامات إضافية على إلتزامات الولي، إذ يكون ملزما بتقديم حساب بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي رشد أو ورثته إذا توفي، وذلك ما نصت عليه المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده و يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته".

¹ - الفوئي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 174.

² - أنظر، محمدي فريدة زواوي، من أجل توفير حياة أكبر للمكفول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 2000، عدد 2، ص. 92-93.

يكون للكافل حق إستعمال محدود بأموال المكفول إن إحتاج إلى ذلك، كما يمكن تعيين مشرف يقوم بمراقبة الكافل في إدارة أموال القاصر المكفول، و يكون له حق الإطلاع على إدارة الأموال، وكافة المستندات المتعلقة بذلك، و يكون له إلى جانب كل هذا حق إخطار المحكمة إن إقتضت الضرورة ذلك.

نحن إن كنا نشاطر هذا الرأي في وجوب توفير حماية أكبر للمكفول في الجانب المالي، بتحديد حق إستعمال الكافل لأموال القاصر المكفول بما يحتاجه هذا الأخير، و تعيين المحكمة لمشرف يقوم بمراقبة الكافل في إدارته لأموال القاصر، و تكون له صلاحيات تمكنه من الإطلاع على كيفية إدارة و تسيير هذه الأموال و تدقيق المستندات.

إلا أننا على العكس من ذلك، فيما يخص إمكانية توفير الحماية المطلوبة عن طريق إعتبار الكافل وصيا بدل ولي، و ذلك لعدة إعتبرات:

أولاً: يجب معرفة أن كلا من الكفالة و الوصية مختلفان في عدة جوانب، و بالنتيجة فإن صفة الكافل مختلفة عن صفة الوصي، و هذا ما يمنح إمكانية إعتبار الكافل وصيا، فالكافل يمنح بموجب كفالته للقاصر نيابة شرعية عليه في نفسه و ماله معاً، و متى سلبت منه النيابة على النفس تبعتها النيابة على المال، هو الأمر الذي يشترك فيه مع الولي عند ثبوت الولاية له على القاصر، بينما الوصاية قد تشملهما معاً (النفس و المال)، كما قد تشمل المال دون النفس أو العكس، ثم إن الكفالة تجعل الكافل في مرتبة الأب بالنسبة للقاصر المكفول، و هو ما يظهر جلياً من نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "... القيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه...". و هذا الأخير يعتبر ولياً، و ليس وصياً.

ثانياً: نحن نرى أن المشرع قد جعل للوصي من السلطات ما أقر للولي، و لم يعر الفرق الشاسع الذي يكمن بينهما أي أهمية، فالولي تتوفر فيه من الشفقة و الرحمة على ولده القاصر ما لا يتوفر في الوصي.

ثالثاً: فيما يخص إلتزام الوصي بتقديم صورة للحسابات بالمستندات إلى القضاء وفق المادة 97 من قانون الأسرة، فنحن نرى أنها و إن كانت تشكل فرقا بين الولاية و الوصاية، إلا أنها ليست

بالفرق الذي يجعلنا نفضل إعتبار الكافل وصيا على إعتباره وليا، ذلك أن تقديم هذا الحساب و المستندات لا يجعل للقضاء رقابة مستمرة على تصرفات الوصي، فهو إلتزام يقع على الوصي بعد إنقضاء وصايته كأثر من آثار هذا الإنقضاء فقط، لا تتعدى أهميته تسهيل تقدير القاضي مدى مسؤولية الوصي عن أعماله أثناء ممارسته للوصاية¹. و هذه المسؤولية قد تقوم عند الولي أيضا بموجب المادة 88 من قانون الأسرة، و إن كان المشرع لم يلزم الولي بتقديم مثل هذا الحساب عند إنتهاء مهمته.

رابعا: فيما يتعلق بالإلتزامات أثناء ممارسة النيابة الشرعية المشرع لم يفرق بين الوصي و الولي بهذا الخصوص أيضا، ذلك أن الأصل في الفقه الإسلامي، و كذا ما سارت عليه الدول العربية، أن الوصي يقع عليه إلتزام أثناء ممارسته للنيابة القانونية على مال القاصر يمكن القضاء من رقابة أعماله، و هذا الإلتزام يتمثل في تقديم الوصي حسابا للقضاء في مدة دورية يحددها القانون²، في حين أن الولي لا يخضع لمثل هذا الإلتزام لنفس السبب الذي ذكرناه في السلطات.

ما تجدر إليه الإشارة كذلك أنه يمكن للكافل أن يتبرع³ من أمواله للمكفول وفقا لنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".

بإعتبار أن الكفالة البديل الشرعي عن التبني فلا ترتب للطفل المكفول الحق في النسب، لأنه لا تربطه علاقة نسب بالكافل، و من ثم فهو لا يعتبر وارثا له، و بالتالي يكون أجنبيا عنه بموجب قواعد الميراث، و لهذا يجوز للكافل أن يوصي له بماله أو يهبه له لكن في حدود الثلث، و يبطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة، و لقد ألحق المشرع هنا الهبة بالوصية، على خلاف القواعد العامة في الهبة التي تميز هبة كل المال و ليس ثلثه فقط⁴.

¹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 138.

² - محمد كمال حمدي، المرجع السابق، ص. 99.

³ - يعرف التبرع بأنه العقد الذي يولي به أحد الطرفين الآخر فائدة دون مقابل أي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه و لا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه و من أمثلة هذا عقد الهبة دون عوض.

⁴ - أنظر، لحسن بن الشيخ أث ملويا، قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 مفسرا مادة للمبتدئين و الممارسين، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 105.

نخلص أن معنى التبرع في الكفالة من خلال قانون الأسرة تعني الهبة و هي تشترك مع الوصية في إخراج المال أو حق عيني أو منفعة من ذمة الكافل لتدخل في ذمة المكفول دون عوض في حدود الثلث حماية للورثة.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي

إن نظام النيابة الشرعية التي تخضع لها أموال القاصر غرضه رعايتها و حفظها، و في إطار ذلك منح القانون النائب الشرعي سلطات واسعة إلى حد بعيد تمكنه من أداء مهمته على أكمل وجه، إلا أن هذه السلطات ترد عليها قيود قانونية يراد بها تفعيل الحماية و ضمان عدم خروج النائب عن الهدف الذي عينه القانون من أجله، و تكمن هذه القيود في إعطاء القاضي بما له من ولاية عامة حق الإشراف على أصحاب الولاية الخاصة و رقابة تصرفاتهم.

تستند هذه الرقابة و الحماية التي يعمل القاضي على توفيرها للقاصر، إلى نص المادة 424 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية التي تقضي بأنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر"، و كذا نص المادة 465 من نفس التقنين على أنه: "يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تمهه مصلحة من وضع تحت الولاية".

من خلال هاتين المادتين يتبين لنا أن رقابة أعمال النائب الشرعي من طرف القاضي ليست حقا له فقط، بل واجبا عليه قبل ذلك، و تدخل ضمن المهام التي كلفه القانون بها.

لذلك يتوجب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول الرقابة القضائية على أعمال الولي أما المبحث الثاني نتناول الرقابة القضائية على أعمال الوصي و القيم.

المبحث الأول: الرقابة القضائية على أعمال الولي

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى آليات الرقابة القضائية التي وضعها المشرع على أعمال النائب، و ذلك بدءا بسلطات الولي غير المقيدة بإذن القاضي و سلطاته المقيدة ثم ننتقل إلى بيان دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب و سلطته عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعية.

المطلب الأول: سلطات الولي على مال القاصر

تمثل وظيفة النائب الشرعي في رعاية أموال القاصر و إدارتها و التصرف فيها وفقا لما يحدده القانون، و يكون للنائب الشرعي بموجب هذه السلطة حق و واجب القيام بالتصرفات التي يعجز عنها القاصر لإعدام أو نقص الأهلية، و الأصل أن تصرفات النائب الشرعي غير مطلقة إذ أنها مقيدة بمصلحة القاصر.

من هنا، سوف يأتي بيان التصرفات التي لا يحتاج فيها النائب الشرعي إلى إذن للقيام بها في الفرع الأول، و أخرى يحتاج فيها إلى إذن من القاضي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطات الولي الغير مقيدة بإذن القاضي

لم يقيم المشرع الجزائري بتحديد الأعمال التي يقوم بها الولي دون حصوله على إذن القاضي، وذلك لكونها لا تلحق ضرر بمال القاصر، غير أن الفقه قسمها إلى أعمال الحفظ و الصيانة، و أعمال الإدارة و الإنتفاع، بالإضافة إلى أعمال إجازة التصرفات التي يقوم بها القاصر.

أولا: أعمال الحفظ و الصيانة

تعتبر هذه الأعمال ضرورية و عاجلة بإعتبارها تهدف إلى تجنب إتلاف المال¹، و هو ما تنص عليه المادة 718 من القانون المدني في هذا المجال بقولها: "لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، و لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء".

¹ - أنظر، دليبة سلاحي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2008، ص. 106.

في هذه الحالة، ينوب الولي عن الشريك القاصر و ذلك بالقيام بكل أعمال الصيانة و حفظ المال الشائع، تطبيقاً لأحكام المادة 719 من نفس القانون و التي تنص على أنه: "يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته، نفقات إدارة المال الشائع و حفظه و الضرائب المفروضة عليه و سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

لذلك على الولي أن يدفع كل النفقات اللازمة لحفظ مال القاصر بقدر حصته، و كذا دفع الضرائب و كل ما يحتاجه المال، كما يقع عليه واجب القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر، و واجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري كإنتقال الملكية لفائدته، و واجب القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقار المملوك له، زيادة على عقد التأمينات العادية الرامية إلى تغطية خطر ضياع أمواله¹.

بالإضافة إلى أعمال الحفظ و الصيانة، للولي سلطات مطلقة غير مقيدة بإذن القاضي في أعمال الإدارة و الإنتفاع و هذا ما سوف نراه.

ثانياً: أعمال الإدارة و الإنتفاع

ستكلم بداية عن أعمال الإدارة، ثم سوف نتطرق إلى الإنتفاع بأموال القاصر من طرف الولي.

أ- أعمال الإدارة

هي تلك الأعمال التي تقع في منطقة وسطى بين أعمال الحفظ و أعمال التصرف، بمعنى أنها أخطر من الأولى لكونها لا تتصف بضالة التكاليف، و أقل خطورة من أعمال التصرف لكونها لا يترتب عنها تعديل في المركز القانوني و المالي للشخص تعديلاً جوهرياً، كالتصرف في العقار أو رهنه.

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 183.

1- النظريات التي قيل بها لبحث فكرة أعمال الإدارة

إذا كان المشرع لم يقدم تعريفا محددًا لأعمال الإدارة و لم يبرز لنا الأسس الهامة التي من شأنها أن تقوم عليها نظرية عامة لهذا النوع من الأعمال القانونية. فلا ينبغي أن يجرنا هذا إلى إتهام المشرع بالقصور. لأن الإضطلاع بالنظريات العلمية إنما هو أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع.

غير أننا لم نجد خطأ واحداً يجمع كل أولئك الذين تناولوا هذا الموضوع بالدراسة. فبينما نادى بعضهم بأن فكرة أعمال الإدارة هي فكرة ثابتة لا تتغير، نرى آخريين قد ذهبوا إلى أن فكرة أعمال الإدارة هي فكرة متغيرة تتغير بتغير الأشخاص القائمين بها، و نرى فريقاً ثالثاً يذهب مذهباً يجمع بين فكرتين، إذ رأى أن فكرة أعمال الإدارة هي فكرة مزدوجة.

بذلك تنوعت النظريات الفقهية المطروحة لبحث فكرة أعمال الإدارة إلى نظرية موضوعية أو مطلقة و نظرية ذاتية أو نسبية و نظرية مزدوجة و هناك إلى جانب تلك النظريات محاولة أخرى لصياغة نظرية عامة لأعمال الإدارة رأينا أنها أقرب إلى الحقيقة، و هي نظرية الأستاذ " تراسبو" لأعمال الإدارة¹.

أ- النظرية الموضوعية لأعمال الإدارة

نقطة البداية في هذه النظرية، أن أعمال الإدارة تضم أعمال الحفظ، بمعنى أن أعمال الحفظ تلحق دائماً بأعمال الإدارة. فالأعمال القانونية التي يمكن تصورهما لا تخرج عن نوعين: أعمال إدارة و أعمال تصرف و تقوم هذه النظرية أساساً على المقابلة بين هذين النوعين من الأعمال القانونية و أعمال الإدارة طبقاً لهذه النظرية هي ما لا يعتبر من قبيل أعمال التصرف.

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي Laurant و هو من أعلام مدرسة الشرح على المتون، وسلمت بها الكثرة الغالبة من الفقهاء الذين يمثلون الفقه المدرسي، أمثال Toullier و Duranton .

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 56.

يتميز الفقه المدرسي أو ما يسمى بمدرسة إلتزام النصوص أو الشرح على المتون بإيمانه العميق بالنصوص التشريعية و إلتزامه الدقيق بها. فهذه النصوص قد حوت كل القانون، و لم تفرط فيه من شيء. و ما على الفقيه إلا أن يشرح نصوص القانون نصا متابعا تبويها و ترتيبها و هو لا شك أنه وجد فيها حلا لجميع المشاكل القانونية التي تعرض لها.

ظهرت مدرسة الشرح على المتون عقب وضع التقنيات الفرنسية، المعروفة بتقنيات نابليون، وظلت سائدة في الفقه الفرنسي خلال القرن التاسع عشر و أوائل القرن الحالي. و الفكرة الأساسية التي قامت عليها هي تقديس النصوص التشريعية فقد ساد الإعتقاد عندهم بأنها تشمل كل القواعد اللازمة لتنظيم علاقاتهم. و لا يكون أمام القاضي أو الفقيه إلا أن يفسر هذه النصوص و يستخلص منها الأحكام و الحلول لكل ما يعرض من منازعات.

الفقيه عند تفسيره للنص يجب أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي قصدتها وقت وضع النص، و هذا القصد يستخلصه المفسر من معاني ألفاظ النصوص و دلالتها اللغوية أو الإصطلاحية أو من أعمال طرق الإستدلال المنطقي. فإذا تعذر على الفقيه أو القاضي الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص، فإن البحث يجري عن القصد المفترض للمشرع أي تلك الإرادة التي كان المشرع يفصح عنها لو عرضت عليه المسألة محل البحث عند وضع النص¹.

1- عرض النظرية

يبدأ Laurant، ملتزما بتعاليم هذه المدرسة، بإستعراض نصوص التقنين المدني و يستخرج منها ما يتعلق بفكرة أعمال الإدارة لعله يصل بذلك إلى معيار لأعمال الإدارة.

لقد إختار Laurant من بين هذه النصوص تلك التي تتعلق بالولاية و الوصاية و الوكالة العامة، و يقول في هذا الصدد: "إن من يتولى إدارة أموال غيره لا يملك سوى القيام بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف. فهذا أمر طبيعي، فمالك الشيء وحده هو الذي يملك التصرف فيه لأن التصرف من خصائص حق الملكية. و من حيث أن القائم بالإدارة غير مالك للأموال التي يتولى إدارتها، فلا يملك بالتبعية التصرف فيها".

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 58.

يرى Laurant أن المعيار الذي يميز أعمال الإدارة عن أعمال التصرف هو الطبيعة القانونية للعمل نفسه. و أن جميع الأعمال القانونية التي مكن تصورهما لا تخرج عن كونها أعمال إدارة أو أعمال تصرف و لا ثالث لهما. إلا أن فكرة أعمال الإدارة، و فكرة أعمال التصرف، هما فكرتان متعارضتان، فكل ما يعتبر من قبيل أعمال التصرف لا يعتبر من قبيل أعمال الإدارة. و من ثم يحدد أعمال الإدارة عن طريق الاستبعاد بأنها كل ما لا يعتبر من قبيل أعمال التصرف.

و حتى يحدد أعمال الإدارة، كان ضروريا عليه أن يحدد أعمال التصرف فيقول أنها تلك الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى نقل ملكية عنصر أو أكثر من العناصر المكونة للذمة. و كل عمل قانوني لا يترتب عليه نقل ملكية عنصر أو أكثر من العناصر المكونة للذمة على هذا النحو يعتبر من قبيل أعمال الإدارة.

ب- تقدير النظرية

هذه النظرية و إن كانت على درجة كبيرة من الوضوح فضلا عن تقديمها لمعيار سهل في التطبيق إلا أنه يؤخذ عليها مايلي:

أولاً: قدم لنا "لوران" في نظريته الموضوعية أعمال الإدارة بطريقة سلبية، فاعتبر أن كل ما لا يعد عملاً من أعمال التصرف يدخل بطبيعته في نطاق أعمال الإدارة. لكن ماهي أعمال الإدارة، و ما هو المقصود منها؟ هذا ما لم يوضحه "لوران".

ثانياً: حدد لوران أعمال التصرف بأنها تلك الأعمال التي تؤدي إلى نقل ملكية شيء و بالتالي تكون أعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي لا يترتب عليها نقل ملكية الشيء على هذا النحو¹.

الحقيقة أن هذا المعيار هو معيار جامد و لا يتفق مع الحقائق القانونية و الإقتصادية على السواء. إذ لا يمكن أن نقول أن عمل التصرف هو الذي يتضمن نقل ملكية الشيء أو تقرير حق عيني للغير عليه، و أن عمل الإدارة يقتصر على مجرد إستغلال الشيء، لا يكفي هذا معياراً².

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 62.

² - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 62.

ثالثاً: أغفل "الوران" أعمال الحفظ و أحقها بأعمال الإدارة على الرغم من الطبيعة الذاتية الخاصة بهذه الأعمال و التي تميزها عن غيرها من الأعمال القانونية الأخرى. و قد وجد "الوران" نفسه مضطراً إلى التسليم بوجود تلك الأعمال و ذلك بصدد تبريره للتصرفات التي يقوم بها الوكيل بوكالة عامة مثل بيعه للمنقولات التي يسرع إليها التلف، و قيامه بالإصلاحات العاجلة. فقد سلم بأن تلك الأعمال تعتبر أعمال الحفظ.

ب- النظرية الشخصية لأعمال الإدارة

نقطة البداية في هذه النظرية هي النظر إلى "شخص" القائم بأعمال الإدارة دون النظر إلى العمل القانوني نفسه. يجب طبقاً لهذه النظرية ألا نقف عند العنصر المجرد، أي التصرف في حد ذاته، بل يجب أن نصل إلى العلاقة التي يحكمها التصرف القانوني و التي تتمثل في علاقة شخص بآخر و صاحب هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي "جولد شميت" Goldschmidt.

1- عرض النظرية

يبدأ "جولد شميت" برفض الرأي القائل بأن أعمال الإدارة هي ما لا يعتبر من قبيل أعمال التصرف على نحو ما ذهبت إليه النظرية المتقدمة، و لا يرى ضرورة لإعمال التمييز بينهما. فمثل هذا التمييز لا وجود له في العديد من التطبيقات العملية.

يعرض نظريته إنطلاقاً من الغموض الذي يحيط بفكرة أعمال الإدارة إنما هو ناتج عن عدم التمييز بين من يدير أموال الغير، و بين هؤلاء الذين تنحصر سلطتهم على أموالهم الخاصة في أعمال الإدارة دون غيرها من الأعمال القانونية.

يقول "جولد شميت" في هذا الصدد: "إن القيود التي وضعها القانون على سلطات القائمين بأعمال الإدارة، و الجزاء الذي يرتبه على خروجهم عن حدود هذه الإدارة، و أثر العمل و مداه و طبيعته، كل ذلك يختلف من مدير لآخر. فالحقيقة أن القانون يستعمل نفس التعبير، و لكننا نعتقد أنه لا يعني به نفس الشيء في كل موضع".

بناء على هذا التصور، يستخلص هذا الفقيه نتيجة هامة، و هي أن فكرة أعمال الإدارة تختلف باختلاف الشخص القائم بها.

2 - تقدير النظرية

تلك هي نظرية المفاهيم المتعددة لأعمال الإدارة، لها منطقتها الخاص و لها رونقها كما أنها تتمتع بجاذبية خاصة. هي فضلا عن ذلك تمتاز بسهولة في التطبيق، إذ تعطي القاضي حرية واسعة في التصدي لمختلف الفروض التي تعرض عليه و تتعلق بفكرة أعمال الإدارة.

في الأخير، إن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، ليس هو الطبيعة القانونية للعمل نفسه، وإنما هو أهلية أو ولاية الشخص القائم بذلك العمل. و ما علينا إلا البحث في مسائل الأهلية أو الولاية لحل العديد من المشاكل التي تعرض لإدارة المال أو الذمة المالية¹. مع ذلك يؤخذ عليها مايلي:

أولاً: يبدو أن المفهوم المتغير لأعمال الإدارة كما يصوره أنصار هذه النظرية إنما هو نتيجة لأسلوب تحليلي مغالى فيه لبعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

ثانياً: المعيار الأساسي لهذه النظرية، هو النظر إلى الشخص القائم بالعمل القانوني لمعرفة ما إذا كان هذا العمل يعتبر من قبيل أعمال الإدارة أم من قبيل أعمال التصرف، أي معيار شخصي يقوم أساساً على البحث في الأهلية و الولاية.

الحقيقة إنطلاقاً من هذا الأساس يقلب المسألة رأساً على عقب فالبحث يجري إبتداءً لمعرفة ما إذا كان عمل ما يعتبر من قبيل أعمال الإدارة، و بالتبعية يكفي أن تتوافر لدى القائم به أهلية الإدارة، أم يعتبر من قبيل أعمال التصرف، و لا يكفي تبعاً لذلك أن تتوافر لدى القائم به أهلية الإدارة بل لابد من أهلية التصرف. و بعبارة أخرى يلزم أولاً معرفة التكييف القانوني الصحيح للعمل أو التصرف، لنحدد على ضوء ذلك الأهلية اللازم توافرها لدى القائم بهذا العمل.

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 76.

مثلا لتحديد الأهلية اللازم توافرها لدى المؤجر يلزمنا معرفة التكييف القانوني السليم للتأجير، هل يعتبر عملا من أعمال الإدارة أم عملا من أعمال التصرف، و كذلك لتحديد الأهلية اللازم توافرها لدى المستأجر، يلزمنا التكييف القانوني السليم للإستأجار، لمعرفة هل يعتبر عملا من أعمال الإدارة أم عملا من أعمال التصرف. و على هذا يتعين أن يكون البحث في موضوع الأهلية نتيجة وليس بداية¹.

ج- نظرية ازدواج أعمال الإدارة

تقوم هذه النظرية على أنقاض النظريتين السابقتين، النظرية الموضوعية ذات المفهوم الثابت لأعمال الإدارة، و النظرية الذاتية، ذات المفهوم المتغير لأعمال الإدارة مفهوما مزدوجا و لذلك أطلق عليها نظرية ازدواج أعمال الإدارة.

نقطة البدء في هذه النظرية أن أعمال الإدارة نوعان، أعمال إدارة بمفهوم واسع و أعمال إدارة بمفهوم ضيق وصاحب هذه النظرية هو "فيردو" Verdot.

1- عرض النظرية

يقدم "فيردو" نظريته على أساس النظر إلى صاحب المال أو الذمة المالية الخاضعة للإدارة، ذلك أن هذا الشخص إما أن يكون كامل الأهلية و إما أن يكون عديمها أو ناقصها. ففي حالة إدارة أموال شخص كامل الأهلية تأخذ الإدارة معنى واسعا و في حالة إدارة أموال شخص ناقص الأهلية تأخذ الإدارة معنى ضيقا.

هذا ما لاحظته "فيردو" و إستنتجه من خلال عرضه للصور التي يعكسها التطبيق العملي لفكرة أعمال الإدارة في مجموع القانون الخاص. فالمال المدار إما أن يكون لشخص كامل الأهلية، أو لشخص غير كامل الأهلية. و تدور فكرة أعمال الإدارة توسعا وضيقا تبعا لهاتين الصورتين. فيندرج تحت الصورة الأولى أي الشخص كامل الأهلية فرضان الفرض الأول كما تصوره "فيردو" أن الشخص كامل الأهلية قادر على مباشرة شؤونه بنفسه و من ثم ينبع عنه غيره في إدارة أمواله.

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 82.

أما الفرض الثاني فهو أن الشخص كامل الأهلية يصعب عليه إدارة شؤونه بنفسه و من ثم يتولى المشرع أو القضاء تحديد من يتولى القيام بهذه الإدارة.

أما الصورة الثانية و هي إدارة أموال غير كاملي الأهلية فيندرج تحتها إدارة القاصر المأذون له وإدارة الولي و إدارة الوصي¹.

يؤسس "فيردو" هذا التأسيس لمفهومه المزدوج لأعمال الإدارة على التطبيقات القضائية لفكرة أعمال الإدارة. فقد كشفت تلك التطبيقات عن نوعين من أعمال الإدارة أحدهما أعمال إدارة بمفهوم واسع و ثانيهما أعمال إدارة بمفهوم ضيق. فمتى كان مالك المدار شخصا كامل الأهلية، فإن القضاء يعطى لأعمال الإدارة تفسيرا مرنا، و يتوسع في الشكل أو الوصف الذي يتصل بالعمل القانوني لإعتباره من قبيل أعمال الإدارة.

يبني القضاء المفهوم الواسع لأعمال الإدارة على أساس تحقيق أفضل إستغلال ممكن للأموال. فإذا ما ترائى للقضاء أن العمل القانوني المطروح أمامه كان عملا نافعا أو عملا مفيدا أو عملا ملائما لمصلحة مالك المال الخاضع للإدارة فإنه يعتبره من قبيل أعمال الإدارة. ففي التفسير الواسع لأعمال الإدارة، لا يعمل القضاء على تحقيق مصلحة المالك فحسب، بل يعتمد إلى تحقيق مصلحة الغير كذلك.

يبني القضاء المفهوم الضيق لأعمال الإدارة على أساس حماية غير كاملي الأهلية. فغالبا ما يكون غير كامل الأهلية شخصا غير قادر ومصالحته الحقيقية، فيجب حمايته و رعاية أمواله، و لذلك نجد القضاء يصف أعمال الإدارة هنا بأنها الأعمال التي تقتضي من القائم بها قدرا من الحرص و العناية.

ثم ينتقل "فيردو" بعد ذلك إلى المقابلة بين أعمال الإدارة بمعناها الواسع و بين أعمال التصرف فيصل إلى تعريف أعمال التصرف بأنها: "تلك الأعمال يكون المقصود منها الحصول على أكبر عائد ممكن للأموال في أحوال غير عادية و بتبعات جسيمة، أو هي تلك الأعمال التي من شأنها الإنقاص من الذمة المالية في جزء منها أو في مجموعها".

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 84.

ينتهي "فيردو" إلى القول بأن عمل التصرف قد يكون منشأ أو معدلا أو منهيًا للحق، فمن شأنه أن يعدل المركز القانوني للشخص أو يلزم مركزه المالي بالنسبة للمستقبل¹.

ينتقل "فيردو" بعد ذلك إلى المقابلة ما بين أعمال الإدارة بمعناها الضيق و بين أعمال الحفظ فيعرف **عمل الحفظ بأنه:** "إجراء حماية تقتضيه الضرورة الملحة أو يفرضه القانون لحماية حق دون أن يترتب عليه المساس بموضوع هذا الحق". فعمل الحفظ على هذا النحو يهدف إلى إنفاذ الذمة المالية من خطر محقق دون أن يغير من محتواها².

ثم يضع "فيردو" أخيرا **تعريفا لأعمال الإدارة** بمعناها الواسع، فيعرفها بأنها: "عمل عادي لإستغلال الذمة المالية، يتم بإرادة صاحبها السابقة أو اللاحقة على القيام به، بهدف الحصول على المنافع التي تدرها الأموال المكونة لهذه الذمة في العاجل أو الأجل دون المساس بها مساسا خطيرا".

يعرف أعمال الإدارة بمعناها الضيق، أو أعمال الإدارة البسيطة بأنها: "أعمال الغرض منها حماية الذمة المالية تقع بدون رضاء صاحب الذمة المالية أو به في حدود ضيقة تنظمها رقابة و إشراف وتخضع لشروط خاصة بهدف تحقيق منفعة أكيدة و حالة لتلك الذمة دون تعريضها لخطر ما".

2- تقدير النظرية

أولاً: وقع "فيردو" في نفس الخطأ الذي وقع فيه من سبقوه في دراسة أعمال الإدارة، فلم يقدم لنا معيارا واضحا يمكن أن يرسم حدود الإدارة و يميزها عن حدود التصرف، بل قدم فكرة الإدارة في معنيين مختلفين و ذلك بالنظر إلى "أهلية الشخص" الذي تدار أمواله. و ينتهي إلى أن لأعمال الإدارة وجهين مختلفين، فيمكن أن يكون نفس العمل تارة عملا من أعمال الإدارة بمعناها الواسع، وتارة أخرى عملا من أعمال الإدارة بمعناها الضيق، و ذلك تبعا لظروف تطبيق هذا العمل..

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 90.

² - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 92.

ثانياً: إن تعبير "إدارة" بمعناها الضيق، يخلط فيه "فيردو" بين أعمال الإدارة و أعمال الحفظ. فهدف أعمال الحفظ هو الحماية و هدف أعمال الإدارة بمعناها الضيق في نظر "فيردو" هو أيضا الحماية والحفظ لأموال ناقصي الأهلية.

الحقيقة، هي أنه و إن كان القائم بأعمال الإدارة مكلفا بحفظ الأموال التي يتولى إدارتها، فليس معنى ذلك الخلط بين العاملين: ذلك أن مهمة الحفظ بالنسبة للقائم بأعمال الإدارة ليست قاصرة على أموال ناقصي الأهلية فقط. و إنما تقع مهمة الحفظ أيضا على من يتولى إدارة أموال كاملتي الأهلية¹.

د- نظرية الأستاذ "تراسبو" لأعمال الإدارة

يؤسس "تراسبو" نظريته إنطلاقاً من أن أعمال الإدارة كغيرها من الأعمال القانونية الأخرى، تنصب أساساً على الذمة المالية و من ثم يكون طبيعياً أن يتم بحث فكرة أعمال الإدارة في نطاق نظرية الذمة المالية. فنحن لا ندير إلا الأموال، كما أننا لا نبيع و لا نؤجر إلا الأموال أو الخدمات لا الأشخاص أنفسهم.

تطرح فكرة إدارة الذمة المالية في نظر "تراسبو" ثلاثة مفترضات:

الأول: تعتبر الذمة المالية دائماً محلاً لأعمال الحفظ و أعمال الإدارة و أعمال التصرف.

ثانياً: يقسم القانون حقوق الحفظ و الإدارة و التصرف أحياناً على أساس المصلحة الحقيقية أو المفترضة، و أحياناً أخرى على أساس الوسائل التي يتخذها لتحقيق إدارة تلك الذمة.

الثالث: يوزع القانون حقوق الحفظ و الإدارة و التصرف بناءً على الحرية الممنوحة للشخص في القيام بالعمل عند ممارسته لذلك العمل.

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 102.

هكذا تبدو الأعمال القانونية الثلاثة، الحفظ و الإدارة و التصرف، منظمة بطريقة فنية، بهدف الحصول على الحد الأقصى للعائد الإقتصادي للذمة و لكل من تلك الأعمال القانونية دور خاص في تحقيق هذا الهدف.

يعرف "تراسبو" أعمال الإدارة بأنها: "كل عمل قانوني أيا كان ينصب على ذمة مالية في مجموعها يهدف القائم به إلى حفظ و إستغلال تلك الذمة أو بعض العناصر المكونة لها إستغلالا عاديا بشروط قانونية معينة و بجزء مناسب".

يعرف أعمال الحفظ بأنها: "كل عمل قانوني أيا كان ينصب على ذمة مالية في مجموعها بهدف المحافظة على تلك الذمة أو على عنصر أو أكثر من العناصر المكونة لها في قيمتها أو في وجودها وذلك بشروط قانونية معينة و بجزء مناسب"¹.

يعرف أعمال التصرف بأنها: "كل عمل قانوني أو إمتناع عن عمل قانوني ينصب على الذمة المالية في مجموعها بهدف إستغلال تلك الذمة أو عنصر أو أكثر من العناصر المكونة لها إستغلالا غير عادي". و هذا النوع من الأعمال يفترض توافر القائم به على سلطة كاملة و من ثم لا يخضع لمسؤولية أو لجزاء ما.

2- تقدير النظرية

يبدو أن "تراسبو"، قد ملك زمام الأمور، من نظريته من منطق ثابت لا يتغير و هو الذمة المالية فهي المحل لأعمال الإدارة. و يكون بذلك قد تغلب على عيوب النظريات السابقة، فهو من ناحية قدم أعمال الإدارة بطريقة إيجابية بإعتبارها أنها عمل عادي لإستغلال أو إستثمار الذمة، و من ناحية أخرى نراه قد حسم الخلاف بين أنصار المفاهيم المتعددة لأعمال الإدارة، هؤلاء الذين قدموا فكرة أعمال الإدارة في شكل متغير يقوم على أساس إعتبار شخصي، فليس الشخص القائم بأعمال الإدارة هو محل الإعتبار و إنما المال الذي يتولى إدارته.

إلا أنه يمكن أن نبدي بشأن هذه النظرية بعض الملاحظات:

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 107.

أولاً: على الرغم من أن "تراسبو" نادى بضرورة بحث فكرة أعمال الإدارة في نطاق التقسيم الثلاثي للأعمال القانونية إلى أعمال حفظ و أعمال إدارة و أعمال تصرف، و أكد على أهمية التمييز بين هذه الأعمال الثلاثة، نراه ينضم إلى هؤلاء الذين يلحقون أعمال الحفظ بأعمال الإدارة. بصدد تعريفه لأعمال الإدارة يقول "هي كل عمل قانوني..." و هو في كل ذلك يعطي أعمال الإدارة نطاقاً أوسع من نطاقها الحقيقي متجاهلاً بهذا أعمال الحفظ. و هذه الأخيرة لها طابع ذاتي مميز يجعلها تبرز إلى جانب أعمال الإدارة و أعمال التصرف.

ثانياً: إن كان "تراسبو" قد قدم لنا مفتاح الموضوع و هو أن عمل الإدارة "عمل عادي"، و عمل التصرف "عمل غير عادي" فإن هذا المعيار تنقصه الدقة. فعمل قانوني معين قد يكون عادياً بالنسبة لشخص و لا يكون كذلك بالنسبة لآخر، كما أن عملاً ما قد يكون عادياً بالنسبة لنوع معين من الأموال و لا يكون كذلك بالنسبة لنوع آخر. فلم يوضح لنا المفهوم الحقيقي للفظ عادي و غير عادي.

2- تحديد مفهوم أعمال الإدارة و أعمال الحفظ و التصرف

أولاً- تحديد مفهوم أعمال الإدارة

سبق لنا القول بأن الشراح قد اختلفوا في وضع تعريف جامع لأعمال الإدارة يحدد مضمونها. كما سبق لنا مناقشة النظريات التي قيل بها في تحديدها و لم نسلم بصلاحيه أي من هذه النظريات بتمامها، و إن كنا قد ملنا إلى نظرية الأستاذ "تراسبو" دون أن نسلم بتمامها. و على ذلك يكون علينا أن نتصدى لتعريف أعمال الإدارة حسبما نتصورها.

يمكن لنا أن نضع لأعمال الإدارة التعريف التالي: "أعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي يكون المقصود منها إستغلال أو إستثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية إستغلالاً عادياً، دون أن يترتب عليها إلزام الذمة في المستقبل و دون أن تغير من التخصيص الإقتصادي للعناصر المكونة لها".

من هذا التعريف نستنتج أنه يشترط في العمل القانوني، حتى يكون عملا من أعمال الإدارة، شرطان:

الأول: أن يتفق و الإستعمال الذي أعد له المال من قبل، فيخرج عن حدود الإدارة المعتادة أي تغيير أساسي في الشيء أو تعديل في الغرض الذي أعد له و لو كان في ذلك في سبيل تحسين الإنتفاع به. مثال ذلك: أن يعاد بناء منزل، أو يحول المطعم إلى مقهى، أو أرض زراعية إلى أرض للبناء.

الثاني: هو ألا يترتب على ذلك العمل القانوني نقل ملكية عناصر أساسية في الذمة المالية. فالأصل في عمل الإدارة ألا يمس سوى العناصر الثانوية أو العناصر المخصصة للتداول بلا مساس بالعناصر الرئيسية كالعقارات و المحلات التجارية لما لها من قيمة إقتصادية كبيرة¹.

يدخل ضمن أعمال الإدارة على سبيل المثال دون الحصر:

1- إيجار العقار لمدة لا تتجاوز 3 سنوات من خلال المادة 468 من القانون المدني و التي تنص على أنه: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك". إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات.

حيث صنفها المشرع ضمن أعمال الإدارة الحسنة التي لا تضر بأموال القاصر و لا تحتاج لإذن من القاضي طبقا للمادة 4/88 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "... و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: 4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في هذا الأمر لم يفرق بين الأب و الأم و الجد في إيجار العقار.

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 160-161.

- 2- بيع المنقولات العادية، و المقصود بالمنقول العادي هو الذي ليست له قيمة مالية كبيرة¹.
- 3- جني و بيع الثمار خوفا من تلفها أو فسادها بعد نضجها، فمثلا لو كان للقاصر بساتين من البرتقال، فعلى الولي في هذه الحالة جني الثمار في الموسم المحدد، و القيام ببيعها و تسويقها لأنها ستعود على القاصر بالمنفعة و الربح. أما الإبقاء عليها فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تلفها مما يتسبب في خسارته و تفويت الربح عليه، فهذا النوع من الحقوق يقتضي التعامل معها في الوقت المناسب، و عدم التأخير بإتباع إجراءات الحصول على إذن من المحكمة الذي قد يتم بعد فوات الأوان.
- 4 - دفع ديون القاصر و تسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير لأن عدم تسديد الديون يلحق أضرار بالقاصر تتمثل في الفوائد التأخيرية.
- 5- تمثيل القاصر في جميع المعاملات المدنية كتلك الخاصة بتسيير الشركة أو حصص منها آلت إلى القاصر عن طريق الميراث.
- 6- تمثيل القاصر في مختلف الدعاوى القضائية، و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 10 جانفي 1984 لما قضت برفض إدعاء فتاة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء و طالبت الحكم لها بالتعويض، حيث جاء في القرار بأنه: "لا يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا دون إدخال وليه في الدعوى..."².
- بحيث يجوز للولي أن يكون طرفا في الدعاوى القضائية لحساب القاصر المولى عليه³، فله أن يطالب بحقوقه أمام القضاء خاصة إذا كان القاصر ضحية لتصرف ضار، غير أنه بخصوص هذا الموضوع فقد طرح إشكالا نتج عنه تناقض في القرارات القضائية للمحكمة العليا، حول ما إذا كان يجوز للولي التنازل عن التعويض في دعوى قضائية كان القاصر ضحية فيها بدون إذن من القاضي أم لا؟

¹- أنظر، أحمد عيسى، الحماية القانونية لحقوق التصرف في الممتلكات الواردة على المال الشائع، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، الجزائر، 2011-210، ص. 88.

²- أنظر، المحكمة العليا، غ.م، 1984/01/10، ملف رقم 28432، مجلة قضائية، 1989، عدد 4، ص. 324-323.

³- دليلة سلامي، المرجع السابق، ص. 107.

فقد جاء في إجتهد للمحكمة العليا بتاريخ 23 جانفي 1985 الذي إشرط القضاء فيه إذن القاضي حيث جاء فيه: " متى نصت المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية على أن ترك المدعي إدعائه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أما الجهات المختصة، فإن تنازل الولي عن حقوق القاصرين، لا يكون مقبولا إلا إذا إتبع بشأنه إجراءات خاصة منها مصادقة المحكمة عليه، و عدم ذكر المقابل يجعله تنازلا عن الدعوى لا عن التعويض، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون"¹.

من خلال هذا القرار يتضح أن القضاء قد وسع في شرح مفهوم الحماية، لما إعتبر تنازل الولي عن حقوق القاصرين لا يكون مقبولا إلا بإتباع إجراءات خاصة أهمها مصادقة المحكمة عليه.

التنازل عن حق القاصر في التعويض يمكن من التصرفات الضارة ضررا محضا به و ليس من تصرفات الإدارة خاصة أن المادة 88 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى قد نصت على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...".

7- إدارة تجارة القاصر، فإذا ورث القاصر تجارة قائمة و مزدهرة يتولى الولي إدارتها دون الحاجة إلى إذن من القاضي، و هذا في الحقيقة أمر خطير يضر بالمصلحة المالية للقاصر لكون التجارة لها أهمية كبيرة و تحتاج لخبرة كبيرة قد يفتقرها الولي.

و لو أخضع هذا الأمر لإذن القاضي لكان أفضل، لكون هذا الأخير لن يمنح الإذن إلا بعد البحث في ظروف هذه التجارة و نوعيتها، و يعطي ما يراه مناسبا من تعليمات في صالح القاصر².

تجدر الإشارة في هذا المجال، أن هناك إشكالا فيما يخص من يكتسب صفة التاجر هل هو الولي أم القاصر، فلو قلنا الولي فهذا الأخير لا يقوم بممارسة الأعمال التجارية بإسمه و لحسابه، و إنما بإسم و لحساب القاصر و لا يكتسب بذلك صفة التاجر، و لو قلنا القاصر فهو الآخر لا يكتسب صفة التاجر لنقص أهليته التي هي من النظام العام.

¹- أنظر، المحكمة العليا، غ.م، 1985/01/23، ملف رقم 39539. مجلة قضائية، 1985، عدد 4، ص. 25.

²- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية...، المرجع السابق، ص. 39.

كذلك في حالة شهر الإفلاس هل يوجه للولي أم يوجه للقاصر، لذلك من المستحسن لو يدرج المشرع الجزائي الإستمرار في التجارة ضمن التصرفات التي تخضع لإذن القاضي طبقاً للمادة 88 من قانون الأسرة.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، فقد إتفق الفقهاء على أنه يجوز للولي الإتجار بمال القاصر و هم كل من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة¹.

ثانياً- تحديد مفهوم أعمال الحفظ

يمكن لنا أن نضع لأعمال الحفظ التعريف التالي: "أعمال الحفظ هي أعمال ضرورية و عاجلة تهدف إلى حماية الذمة المالية للشخص أو عنصر أو أكثر من العناصر المكونة لها دون أن يترتب عليها تعديل المركز القانوني لهذا الشخص و تتميز بضالة نفقاتها بالنسبة لقيمة المال الذي تتم حمايته". و لا يصح الخلط بين أعمال الحفظ و بين الإجراءات التحفظية فعمل الحفظ هو أحد الأقسام الثلاثة للعمل القانوني في نطاق القانون المدني. حيث ينقسم العمل القانوني في نطاق القانون المدني إلى عمل حفظ و عمل إدارة و عمل تصرف. أما الإجراء التحفظي فمجاله قانون المرافعات إذ تنقسم الإجراءات في نطاق قانون المرافعات إلى إجراءات تحفظية و إجراءات تنفيذية.

ثالثاً- تحديد المقصود بأعمال التصرف

يقصد بأعمال التصرف تلك الأعمال التي يترتب عليها تعديل المركز المالي للشخص بصفة نهائية، أو إلزامه بالنسبة للمستقبل، مثل بيع عقار أو محل تجاري، و التي من شأنها أن تغير من التخصيص الإقتصادي للعناصر المكونة للذمة المالية، مثل تغيير النشاط الإقتصادي الذي يمارسه مشروع من المشروعات².

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 189.

² - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 164.

ب- أعمال الإنتفاع

يقصد به إنفاق و صرف الولي على نفسه و على من تلزمه نفقتهم بالمعروف من أموال القاصر، و قد نصت على ذلك المادة 17 من قانون الولاية المصري¹ فأجازت للولي كان أبا أو جدا أن ينفق على نفسه و على من تجب عليه نفقته دون الحصول على إذن من المحكمة، لكن كل هذا متوقف على ضوابط، و هو أن لا يأخذ إلا بالمعروف، و أن يتناسب أخذ المال للحاجة مع حالة القاصر المادية و مقدار ثرائه².

أما بخصوص المشرع الجزائري فلم ينص على هذا الأمر رغم ما فيه من أهمية، لذلك يتحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي إتفق فقهاؤها على أن الولي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال القاصر، و دليلهم في ذلك قوله تعالى: "وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ"³.

لقد اختلفوا في الولي الفقير، هل يجوز له أكل مال القاصر أم لا؟ حيث إنقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: المتمثل في مذهب الحنفية و الظاهرية و الذين لم يجيزوا للولي الفقير الإنتفاع، و إعتبروا أن الولي الفقير كالولي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال اليتيم. و قد إستدلوا بقوله تعالى في الآية 152 من سورة الأنعام: "وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ".

الفريق الثاني: المتمثل في جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنابلة و جانب من المالكية، قد أجازوا للولي إذا كان محتاجا أن يأخذ من مال القاصر، لكن أقل من أجرة مثله أو بقدر كفايته⁴. و قد إستدلوا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه و سلم فقال: "إني فقير ليس لي شيء و لي يتيم" فرد عليه النبي عليه الصلاة و السلام: "كل من مال يتيمك غير مسرف و لا مبادر و لا متآثل"⁵.

¹ - تنص المادة 17 من قانون الولاية على المال: "للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه، و له كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته".

² - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 60.

³ - الآية 6 من سورة النساء.

⁴ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 191.

⁵ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 192.

زيادة على ذلك، يرى الغوثي بن ملحّة بأنه كون حق الإنتفاع القانوني عبارة عن حق إنتفاع من طبيعة خاصة نظراً لخصوصيته العائلية، فالأبوين حق الإنتفاع من أموال أولادهما من دون محاسبة، وهذا إلى حين بلوغ القاصر سن الرشد، كما يتعين عيهما إستثماره بأحسن وجه، و في ذلك تطبق عليهما أحكام المادة 845 من القانون المدني الجزائري و ما يتبعها حيث تنص على أنه: "يراعى في حقوق المنتفع و إلتزاماته، السند الذي أنشأ حق الإنتفاع و كذلك الأحكام المقررة في المواد التالية".

لكننا من زاوية أخرى، نرى بأن الإنتفاع من طرف الولي يدخل ضمن إنفاق الإبن على أصله إذا كان محتاجاً طبقاً للمادة 77 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الإحتياج و درجة القرابة و الإرث".

مع ذلك، و حماية للقاصر من المستحسن لو يجعل المشرع الإنتفاع تحت رقابة القاضي لكي يقوم هذا الأخير بتقدير الإنتفاع الملائم الذي لا يضر بأموال القاصر.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن سلطات الولي في أعمال الإدارة و الإنتفاع، لكن ما حكم الإجازة التي يقوم بها الولي على تصرفات القاصر المميز؟

ثالثاً: إجازة تصرفات القاصر المميز

عرفت تصرفات القاصر المميز بأثماً: "تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالتزول عنه ممن حوله القانون ذلك، و صيرورة العقد المجاز باتا بعد أن كان مهدداً بالتزول"، أو هو تصرف قانوني يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف معين موقوف النفاذ يخوله الخيار بين طلب إبطاله و إجازته، و يترتب عليها إنتاج آثاره"¹.

هو ما تنص عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 193.

كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

المشرع في قانون الأسرة جعل التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر¹، موقوفة إلى حين إجازتها من طرف الولي.

غير أن المشرع الجزائري عند معالجته لهذه النقطة، قد وقع في تناقض بين القانون المدني و قانون الأسرة، فالتصرف الدائر بين النفع و الضرر يعتبر قابل للإبطال في القانون المدني. و للقاصر الحق في إستعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، طبقا للمادة 101 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: " يسقط الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات."

و موقوف على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة، لكن أيهما يحقق حماية للقاصر؟

في الحقيقة أن كلاهما يحقق حماية للقاصر، فبالنسبة للقانون المدني، يعتبر إعطاء القاصر حق طلب إبطال التصرف المتردد بين النفع و الضرر الذي أجراه في فترة قصيرة حماية له. و إذا مارس هذا الحق يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها، و لا يلتزم القاصر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وفقا للمادة 103 من القانون المدني بقولها في فقرتها الأولى: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يجرم من الإسترداد في حالة بطلان العقد، من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به".

¹ - التصرفات النافعة نفعاً محضاً: و هي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ذمة القاصر من غير مقابل، كقبول الوصية والهبة...إلخ. و يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري لم يوصف لنا التصرف النافع بالمحض، بل إكتفى بالقول بأنها نافعة له، و هذا يعتبر سهو من طرف المشرع الجزائري و من الأفضل أن يتداركه، لأنه يفتح مجالاً للتفسير الواسع للنص و بالتالي إمكانية إدراج بعض التصرفات التي قد لا تكون نافعة للقاصر نفعاً محضاً.

ب- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: و هي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك القاصر من غير مقابل، و أهم مثال لها هي التبرعات بجميع أنواعها. و من ثم التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشأ في جانب الصبي المميز للتلزام دون أن تكسبه حقاً، أي أنها تخرج من ذمته مالا دون عوض أو تسقط له حقاً في ذمة الغير.

ج- التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر: و هي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للشخص و محققة مصلحة له، و يحتمل أن تكون ضارة به تفوت عليه مصلحة، بحيث إما يترتب عليها الإلتزام بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية و من أمثلتها: البيع و الشراء و الإستأجار...إلخ. مقتبس عن، غربي صورية، المرجع السابق، ص. 193.

أما بخصوص قانون الأسرة، فحمايته كانت أكبر من القانون المدني فهي تكون من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن وقف التصرف يسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة و تجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس و نتائج المعاملات، و هذا كله يهيئه بأن يكون شخص رشيد يستطيع الإعتماد على نفسه.

أما الثانية، فتتمثل في أن الوقف¹ يعد سدا لباب الضرر عن القاصر، لأن هذا الأخير مهما كان يعتبر شخص ضعيف و ناقص في عقله، و لا يستطيع تقدير العواقب مثل الشخص البالغ و الراشد.

لذلك حتى لا يتضرر القاصر، يتم وقف التصرف بحيث لا يصبح نافذا حتى يتم تقديره من طرف شخص راشد و هو الولي أو الوصي، فإذا كان يحقق للقاصر مصلحة يجيزه و يصبح نافذا، أما إذا كان لا يحقق مصلحة له فلا يجيزه، و هذا على عكس القابلية للإبطال التي جاء بها القانون المدني والتي تعتبر العقد نافذا، إلا أنه مهددا بالإبطال ذلك أن الوقاية خير من العلاج².

لكن القاضي في هذه الحالة سيكون في حيرة، فماذا يطبق على تصرف القاصر؟ هل يطبق القانون المدني أم قانون الأسرة؟

في الحقيقة على القاضي حسب رأينا أن يطبق قانون الأسرة لعدة أسباب، و تتمثل بداية فيما ينص عليه القانون المدني في المادة 79 منه حيث جاء فيها: "تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة". بالتالي كل ما يتعلق بالقاصر يطبق عليه قانون الأسرة، بالإضافة إلى ما نص عليه المشرع في آخر مادة من قانون الأسرة، بحيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة في المادة 223 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

أضف إلى ذلك، يرى محمد سعيد جعفرور: "أنا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، و طالما أن هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى إعتبار النص الأحدث و

¹ - العقد الموقوف هو عقد نشأ صحيحا و لكنه موقوف النفاذ إلى حين إجازته من طرف من له صفة النائب عن القاصر قبل بلوغه سن الرشد، أو من القاصر بعد إكمال أهليته، مقتبس عن، غربي صورية، المرجع السابق، ص. 195.

² - أنظر، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2000، ص. 95.

هو نص المادة 83 من قانون الأسرة الصادر في 1984، ناسخا للنص الأقدم و هو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالا للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة¹.

لذلك من المستحسن لو يوحد المشرع بين القانونين بما يتناسب مع المادة 83 من قانون الأسرة لتحقيق حماية أكبر للقاصر، بالإضافة إلى تعديل المادة 83 من قانون الأسرة بحيث تصبح كالآتي:

"من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً و باطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد، و إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

و يجب أن يستعمل خيار الإجازة و الإقرار أو الرد خلال سنة واحدة و إلا إعتبر نافذاً، و يبدأ سريان هذه المدة من وقت علم الولي أو الوصي بصدور العقد أو من وقت بلوغ القاصر سن الرشد".

هذا التعديل للمادة 83 من قانون الأسرة نقترحه بناء على ما جاء به محمد سعيد جعفرور، ووفقاً للإعتبرات التالية:

1- أن المشرع جعل الإجازة فقط من الولي أو الوصي دون ذكر إجازة القاصر المميز بعد أن يصبح راشداً، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد له الحق في إجازة التصرف الموقوف لكون الولي أو الوصي لم يسبق له أن بث في التصرف بالإجازة أو الرفض في فترة قصور القاصر.

2- أن كلمة إجازة ليست في محلها لأن الولي أو الوصي أجنبيان عن العقد، و هما يقران العقد لا يجيزانه.

¹- أظن، محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002، ص. 32-33.

3- أن المشرع جعل المدة التي يستطيع فيها القاصر المميز بعد إكتمال أهليته، ممارسة حقه في طلب الإبطال طبقاً للمادة 101 من القانون المدني من القانون المدني، و هي 5 سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد¹.

هذا بالنسبة لسلطات الولي غير المقيدة بإذن القاضي و التي للولي فيها سلطات واسعة، إلا أنه هناك نوع آخر من السلطات و التي إعتبرها القانون مهمة، و على الولي أن يستأذن القاضي قبل القيام بها.

الفرع الثاني: سلطات الولي المقيدة بإذن القاضي

سبق و أن ذكرنا أثناء التعرض لسلطات كل من الولي و الوصي، أن المشرع جعل سلطاتهما نفسها، و بالتالي هي نفس سلطات كل من المقدم الذي يتبع الوصي في أحكامه، و الكفيل الذي يتبع الولي، و قد أوجب المشرع عليهم الحصول على إذن من المحكمة مباشرة بعض التصرفات والأعمال. و بالتالي أعطى للقاضي حق رقابة هذه الأعمال و التصرفات حتى يكون هذا الأخير على علم بأغلب المعاملات التي تمس أموال القاصر، و يقدر ما فيها من صلاح له، فلا ينفرد النائب الشرعي بتسييرها عن عين تراقبه، و تمنع أن تسول له نفسه التلاعب و إختلاس أموال القاصر، أو تبذيرها و سوء تسييره.

البحث في موضوع الإذن في التصرفات، كوسيلة يراقب بها القاضي أعمال النائب و يحمي بالتالي عن طريقها أموال القاصر، يستلزم معرفة التصرفات التي يستوجب فيها القانون إذنا قضائياً.

لم يقسم المشرع الجزائري سلطات الولي كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية، إلى حق تصرف وإستعمال و إستغلال² بل إقتصر على تقسيم واحد و هو التصرف في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على الأعمال المقيدة بإذن من القاضي.

¹ - جملة موسوس، المرجع السابق، ص. 63.

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 182.

أولاً: تصرفات الولي المقيدة بإذن القاضي

حصر المشرع الجزائري التصرفات المقيدة بإذن من القاضي في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري و يمكن تقسيمها إلى طائفتين: أعمال إدارة و أعمال تصرف، و لم يوضح القانون كيفية التفرقة بينهما، إلا أنه جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، أن معيار التفرقة بين ما يعتبر من أعمال الإدارة و أعمال التصرف، هو المساس برأس المال، أي أصل المال الذي آل إلى القاصر، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال أو ترتيب حق عيني يعتبر من أعمال التصرف¹.

أ- تقييد تصرفات الولي في نطاق أعمال الإدارة

تتمثل في ثلاث تصرفات: إقراض مال القاصر أو الإقتراض، المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر.

1- استثمار مال القاصر بالإقراض أو الإقتراض

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى التصرف في أموال القصر بالإقراض أو الإقتراض في المادة 88 حينما عدد التصرفات التي يجب على الولي إستئذان القاضي فيها قبل القيام بها، إذ جاء فيها: "... على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام. و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:...3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض...".

للولي الشرعي حق التصرف في أموال القصر، عن طريق تسييرها و إدارتها لصالح المولى عليهم و يجب أن يكون تصرفه تصرف الرجل الحريص على مصالحهم، و كل ذلك تحت رقابة القضاء، فإذا وجد القاضي تعارضاً بين مصالح القصر و مصالح الولي، عين متصرفاً خاصاً، و هذا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة طبقاً للمادة 90 من قانون الأسرة بقولها: "إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له

¹ - أنظر، محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف و أعمال الإدارة في القانون الخاص، د.د.ن، مصر، 1983، ص. 11.

مصلحة". و من حق الصغير بعد بلوغه سن الرشد أن يطمئن إلى تصرفات وليه في المال الذي كان تحت ولايته و من حق الولي ألا يشك الصغير فيما أجراه من تصرفات أثناء قيام الولاية.

إن عدم إقراض أموال القاصر، يعرض ماله للتعطيل و بقاءه جامدا بدون استثمار¹، و هذا لا يخدم مصلحة القاصر لهذا جعل المشرع للولي حق إقراض المال المملوك للقاصر و لكن بعد الحصول على إذن من القاضي.

يجب على القاضي قبل منح الإذن أن يتأكد من وجود مصلحة للقاصر في الإقراض و ضمان عودة ماله في الوقت المحدد، فإذا تبين أن المقترض معسرا أو مفلسا فهذا حتما يؤدي إلى ضياع أموال القاصر و بالتالي لا يأذن للقاضي بإجراء هذا العمل.

أساس تقييد إقراض مال القاصر بإستاذان القاضي هو أن الإقراض بدون فائدة يعتبر تبرعا، و التبرع بالنسبة للقاصر يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا به، فلا يجوز للأب أن يقرض مال القاصر² بدون حصول على الإذن من القاضي.

في كل الأحوال متى ما رأت المحكمة في تصرف الولي بالقرض أو الإقتراض مصلحة للقاصر أمضته، و إذا رأت فيه خطورة على أمواله أبطلته. و القرض عند الفقهاء هو إعطاء متمول في نظير عوض متمثل في الذمة لنفع المعطى فقط و هو جائز بالكتاب و السنة و الإجماع³.

¹ - أحمد نصر الجندي، التعليق...، المرجع السابق، ص. 35.

² - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص. 142.

³ - بالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد اختلفوا في مسألة إقراض مال القاصر إلى رأيين:

الرأي الأول: و هو رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة، و يرون بجواز قرض الولي مال القاصر إذا كان في ذلك مصلحة له كأن يخاف الولي هلاك المال إذا ما بقي عنده مثلا و إستدلوا بقوله تعالى في الآية 34 من سورة الإسراء: "و لا تقرّبوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده"، وورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه: "كان يستقرض من مال اليتيم و يستودعه و يعطيه مضاربة"، لكن هذا الرأي وضع عدة شروط تصب في حماية القاصر و هي:

1- إستتراط الرهن عند إقتراض مال القاصر، و ذلك للإحتياط خوفا من أن يمتنع رد المال، و هذا ما ذهب إليه كل من الشافعية و الحنابلة.

2- أن يكون المقترض مليئا ثقة، ذلك أن غير المليء لا يمكن أخذ البذل منه، مما يؤدي إلى تأخر رد مال القاصر، و غير الثقة قد يتماطل في أداء مال القاصر.

3- أن يشهد الولي على إقراضه مال القاصر إحتياطاً، و هذا ما ذهب إليه الشافعية.

4- أن لا يقرض مال القاصر بقصد مصلحة الغير كنفهم أو مكافئهم و هو ما نص عليه الإمام أحمد.

الرأي الثاني: و يرى بأنه لا يجوز قرض مال اليتيم مطلقاً، سواء كان في مصلحة القاصر أم لا، و هو رأي بعض الشافعية و رواية عن الإمام أحمد. مقتبس عن، غربي صورية، المرجع السابق، ص.

كما لا يجوز للولي أن يقترض مال القاصر لنفسه إلا بإذن من المحكمة و كذلك الإقتراض لمصلحة القاصر نفسه، فإذا قدر القاضي بأن الإقتراض من مال القاصر أو لمصلحته فيه ضرر له فإنه يمتنع عن منح الإذن بعد التأكد من إنعدام عنصري المصلحة و الضرورة.

هذا بالنسبة لإقتراض أو إقتراض أموال القاصر، لكن ما حكم مساهمة الولي في الشركة؟ و هل كل الشركات صالحة لأن يكون القاصر شريكا فيها؟

2- إستثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة

نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أن يستأذن النائب القاضي في المساهمة في شركة، دون تحديد نوع الشركة أهي شركة أشخاص، أم شركة أموال، أم شركة مختلطة.

الإذن من المحكمة للنائب الشرعي بإستثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة، يثير بعض المشاكل القانونية إذا كانت الشركة شركة تضامن، فهل للقاصر نفس خصائص الشركاء المتضامين، فيكتسب صفة التاجر بإنضمامه للشركة، و يكون مسؤولا عن ديونها مسؤولية شخصية تضامنية في جميع أمواله، و يشهر إفلاسه مثل بقية الشركاء إذا أفلست الشركة؟

هذه أحكام تؤدي بلا شك إلى الإضرار بمصلحة القاصر، لذا فيبدو من خلال ذلك أن هناك إستثناء على مبدأ إمكانية إستثمار الولي لمال القاصر بالمساهمة في شركة مهما كانت طبيعتها، و هو أن لا تكون تلك المساهمة منصبة على شركة أشخاص، كشركة التضامن، لأن هذه الأخيرة تكسب كافة الشركاء صفة التاجر، و القاصر لا يمكنه إكتساب صفة التاجر لعدم إكتمال الأهلية لديه. كما أن هذا النوع من الشركات يجعل الشركاء مسؤولين مسؤولية تامة و شخصية على ديون الشركة تجاه الغير، و بالتالي قد تلحق أضرارا بأموال القاصر¹.

في حالة ما إذا ورث حصة من الشركة، فإنها تتحول إلى شركة توصية بسيطة مؤقتا إلى حين بلوغ القاصر و يصبحوا شركاء متضامين، لكن قبل بلوغهم يستمر الشركاء القدماء متضامنون، أما القاصر فيصبحون شركاء موصون يتحملون المسؤولية بقدر حصة مورثهم في الشركة. و لا

¹ - عبد العزيز مقفولي، المرجع السابق، ص. 77.

يعتبرون تجارا و لا يشهر إفلاسهم طبقا للمادة 562 من القانون التجاري و التي تنص على أنه:
"تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي.

و يعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك، في حالة إستمرار الشركة، غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم". هذا في الحقيقة حل يحقق حماية للقاصر و في نفس الوقت يحترم قواعد شركة التضامن.

أما فيما يخص شركات الأموال، فيمكن للقاصر أن ينضم إليها بعد إذن المحكمة، لأنها تقوم على الإعتبار المالي و ليس الشخصي. فمسؤولية الشريك فيها تكون بحدود رأس ماله، و لا يكتسب صفة التاجر، و لا يشهر إفلاسه بمجرد شهر إفلاس الشركة، كما أنها تنقضي بوفاة أحد الشركاء و يجوز فيها للشريك الحلول محل شريك آخر دون الحاجة إلى رضاء الشركاء الآخرين، و تعتبر شركة المساهمة أهم نموذج لها طبقا للمادة 592 من القانون التجاري¹ و ما بعدها.

بالإضافة إلى ذلك، هناك نوع ثالث من الشركات و هي تجمع بين الإعتبار الشخصي و المالي، تسمى بالشركات المختلطة و هي نوعان:

1- الشركة ذات المسؤولية المحدودة

هذا النوع من الشركات لا يكتسب فيها الشريك صفة التاجر، و تكون مسؤوليته فيها محدودة بقدر حصته التي قدمها للشركة، و بالتالي يجوز للقاضي أن يأذن بها للولي لكن إذا كانت هذه الحصة المقدمة نقدية، أما إذا كانت عينية فإن هذا الأمر لا يحقق حماية للقاصر، لأنه سوف يكون مسؤول مسؤولية شخصية تضامنية تجاه الغير طبقا للمادة 2/568 من القانون التجاري و التي تنص على أنه: "و يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة".

بالإضافة إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة هناك نوع آخر من الشركات المختلطة و المتمثلة في شركة التوصية بالأسهم.

¹ - تنص المادة 592 من القانون التجاري على أن: "شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأساها إلى أسهم، و تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم..."

2- شركة التوصية بالأسهم

هي شركة تتكون من شركاء متضامنين و شركاء موصين يمكن أن يكون القاصر أحدهم¹، و لا يمنع الإنضمام إليها بإذن القاضي، لكن المشرع قد أغفل نقطة مهمة تتمثل فيما إذا بلغ القاصر سن الرشد فإنه سوف يجد نفسه مقيد بالتزامات قد تكون لسنوات، لذلك من المستحسن لو يقيد هذه المعاملات بمدة معينة كما هو الحال بالنسبة للإيجار.

ج- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد

للولي حق إيجار عقار القاصر لأية مدة و لو زادت عن 3 سنوات، شريطة حصوله على إذن مسبق بذلك وفقا للمادة 4/88 قانون أسرة. و يرجع ذلك أن هذه الفقرة تتلاءم مع القواعد المعمول بها، بشأن صلاحيات من يملك سوى أعمال الإدارة و هو الولي في هذه الحالة، و هذا ما تنص عليه المادة 468 من القانون المدني: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدة على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات".

لكن رغم ما لهذه الفقرة من أهمية، إلا أن هناك من يرى بأنه لا فائدة لها في ظل إقرار القانون بحق البقاء رغم إنتهاء مدة الإيجار، لأنه قد تتجاوز مدة الإيجار التي يقوم بها الولي عن ثلاث سنوات بدون إذن القاضي على أساس ما للمستأجر من الحق في البقاء.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري إقتصر فقط على إشتراط الحصول على الإذن في إيجار العقارات، و لم ينص على إيجار المحلات التجارية بالرغم من أن هذه الأخيرة قد تكون أكبر قيمة من العقارات في بعض الأحيان².

¹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 57.

² - عبد العزيز مقفولجي، المرجع السابق، ص. 78.

ب- تقييد تصرفات الولي في نطاق التصرف في أموال القاصر

المشرع الجزائري لم يعرف أعمال التصرف تاركا ذلك للفقه الذي أدخلها في دائرة الأعمال الخطرة، كون من شأنها أن تغير و تهدد بصفة نهائية المركز المالي للشخص¹.

تنص المادة 683 من القانون المدني الجزائري على أن: "كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار. و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصد على خدمة هذا العقار أو إستغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص".

بالرجوع للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يكون للولي التصرف في أموال القصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، و عليه أن يستأذن القاضي في بعض التصرفات التي رأى فيها أن تقييد فيها سلطة الولي.

يدخل ضمن أعمال التصرف بيع العقار و رهنه و قسمته، إجراء المصالحة أو الصلح، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

1- بيع العقار و رهنه و قسمته

أولا: بيع العقار

التصرفات التي تقع على العقار من أخطر التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي، نظرا لأهمية الثروة العقارية في مجتمعنا، لذا قيدها المشرع بضرورة الحصول على إذن القاضي في التصرفات الواردة على العقار، سواء تعلق الأمر ببيع العقار، أو رهنه، أو قسمته.

نظم قانون الأسرة الجزائري هذه التصرفات و من بينها مسألة بيع عقار القاصر ضمن المادة 2/88، في حين لم يشترط ذلك بالنسبة للمنقول، إلا إذا كان هذا المنقول يكتسي أهمية خاصة،

¹ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 164.

والقاضي هو الذي يقدر الأهمية الخاصة، حتى يأذن ببيعه أولا يأذن، على أن يراعي القاضي في الإذن بالتصرف في أموال القاصر، حالة الضرورة أو المصلحة.

أضف إلى ذلك، و حماية للقاصر يجب أن يباع العقار بالمزاد العلني لما فيه من ضمانات طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة و المصلحة، و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني". و المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يتم بيع العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو يعدها وكيل التفلسة، حسب الحالة...". و تتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في إمكانية الحصول على ثمن أعلى للعقار المملوك للقاصر.

1- مفهوم البيع بالمزاد العلني

يعرف عقد البيع بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه أحدهما و هو البائع بأن ينقل ملكية شيء، أو حقا ملكيا آخر في مقابل إلتزام الطرف الثاني و هو المشتري بدفع الثمن النقدي".

من شروط إبرام عقد البيع يجب توافر الأهلية في كلا من البائع و المشتري و إذا أبرم القاصر المميز عقد البيع كان قابلا للإبطال لتخلف شرط من شروط صحة العقد و هي الأهلية¹.

باعتبار القاصر ناقص الأهلية أوجب المشرع الجزائري أن يتم البيع بواسطة نائبه الشرعي.

الأصل في البيوع أنها تتم بالتراضي أي تطابق الإيجاب و القبول إلا أنه هناك بيوع تتم عن طريق المزاد، كما هو الشأن بالنسبة لعقار القاصر².

¹ - أنظر، محمد حسنين قاسم، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 9.

² - أنظر، محمد حسن قاسم، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص. 78-79.

المزاد العلني هو عملية بيع و شراء عن طريق المزايدة في السعر من قبل المشتري للوصول بها لأعلى ربح، و قد يكون مثل هذه البيوع جبرا أو إختياريا، كما قد يكون محل المزاد بيع منقولات أو عقارات.

يتطلب لإبرام هذه البيوع إجراءات عديدة و المسألة المهمة في مثل هذه البيوع معرفة الوقت الذي فيه الإيجاب و القبول، لأن إفتتاح المزاد إذا كان على أساس سعر معين لا يعتبر إجباريا بل هو دعوى للتعاقد فقط و عطاء المزايدة يعتبر إيجابا.

بين المشرع الجزائري البيع بالمزاد العلني في مواد القانون المدني و قوانين خاصة أخرى، مثل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لقد وردت تعاريف و إستعملت مصطلحات متنوعة للمزاد العلني لذلك يجب علينا إيضاح معناه في بعض القوانين الوضعية.

لقد عرف القانون المزاد العلني بأنه طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة بإختيار أفضل عرض، و ذلك بشروط.

أما القانون المدني فعرفه بأنه طرح التعاقد في المزاد العام لكي يتحصل على أعلى ثمن ممكن.

أما في القانون التجاري هو البيع بالتنافس بين عدة أشخاص بحيث تعطي الصفة لمن يقدم أعلى ثمن ممكن.

2- إجراءات البيع بالمزاد العلني

إن بيع عقارات القاصر في المزاد العلني، لا يتم بواسطة محافظ لبيع بالمزاد، بل يتم تحت إشراف المحكمة، و تبعا للإجراءات خاصة.

إن الإجراءات القانونية الواجب إتخاذها عند بيع أموال القاصر تستخلص في الإعلان عن البيع و إجراء المزايدة للبيع و سندرس هذه المسائل فيمايلي:

أ- الإعلان عن البيع بالمزاد العلني

لم يحدد المشرع الجزائري الطريقة التي يتم الإعلان بها عن البيع بالمزاد العلني، حيث إكتفى فقط في نص المادة 707 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "ينشر إعلان البيع بكل وسائل النشر التي تتناسب و أهمية الأموال المحجوزة، لا سيما في:

- 1- لوحة الإعلانات بالمحكمة التي وقع في دائرة إختصاصها المحجز،
 - 2- لوحة الإعلانات بكل من البلدية و مركز البريد و قباضة الضرائب التي توجد في دائرة إختصاصها الأموال المحجوزة،
 - 3- في جريدة يومية وطنية إذا كانت قيمة الأموال المحجوزة تتجاوز مائتي ألف دينار(200.000). كما يجوز أن يعلق الإعلانات في الساحات و الأماكن العمومية.
- يثبت تعليق الإعلان حسب الحالة، بتأشيرة رئيس أمناء الضبط و رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أحد أعوانه و أحد الأعوان من الإدارات الأخرى، و يثبت النشر بنسخة من الجريدة".

تبعاً لذلك يتم الإعلان بكل الطرق القانونية المختلفة مثل: لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار، أو بلوحة الإعلانات في كل من البلدية و مركز البريد. إضافة إلى النشر في جريدة يومية وطنية، و من المستحسن إختيار الجرائد المقرؤة بكثرة لدى الجمهور، و يجب أن يتضمن هذا الإعلان بيان العقار المراد بيعه و موقعه، و قيمة العقار المقدرة و محل إجراء المزايدة.

نجد الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على إثبات الإعلان من الإدارات الأخرى كالبريد أو الضرائب، و يترتب على عدم الإعلان و النشر بطلان البيع.

ب- شروط البيع

يمكن تلخيص شروط البيع فيمايلي:

- أن تتوفر الأهلية الكاملة في كل مترشح، و التي حددها المشرع الجزائري ب 19 سنة كاملة.

- أن يكون محل البيع مشروعاً.
- يكون البيع علنياً في مكان تواجد الأشياء محل البيع، أو أي مكان آخر فقد يكون مكاناً مخصصاً للبيوع بالمزاد العلني مع ذكر العناوين بدقة، و ذلك في اليوم و الشهر و السنة التي حددت لذلك.
- يجب منح لكل مترشح للمزاد حق زيارة الأشياء محل البيع بحضور المحضر القضائي أوقات العمل.
- يجب تمكنه من إستخراج قائمة الأشياء المراد بيعها من مكتب المحضر القضائي.

ج- تحديد الثمن الأساسي

لم يقيم المشرع الجزائري بتحديد الثمن الأساسي للمبيع و رغم ذلك فقد ذكر في نص المادة 713 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. إن تحديد الثمن الأساسي للبيوع بالمزاد العلني أو القيمة التقريبية له يقوم بتحديدتها خبير عقاري المعين بأمر على عريضة بطلب من المحضر القضائي لتقدير السعر الإفتتاحي، و ذلك حفاظاً على مصلحة القاصر و ذلك بعد دفع أتعاب الخبير بأمانة ضبط المحكمة، و الذي حدده رئيس المحكمة و على الخبير أن يقوم بوضع تقرير التقديم بأمانة ضبط المحكمة في الأجل المحدد له، بشرط أن لا يتجاوز عشرة أيام من تعيينه أو تغييره.

لكن ما الحكم في حالة الإخلال بالإجراءات القانونية المتعلقة بالإعلان و نشره؟

يرى البعض أن الإخلال لهذه الإجراءات لا ينتج بطلان البيع، خاصة و أن إبطال البيع وفسخه قد يؤثر على حقوق المشتري الذي لا يد له في هذا الإهمال.

ذهب آخر إلى القول بإمكان المزايدة و إعادة إجراءات الإعلان و المزايدة من جديد لأن المشرع إستهدف من هذه الإجراءات تأمين سلامة المزايدة و صياغة حقوق الأطراف.

3- رسو المزاد و آثاره

تجري المزايدة في جلسة البيع بالمحكمة، و يرسو المزاد على من يقدم أعلى عرض و يعتبر آخر مزاييد، إذا لم يتقدم بعده، في خلال 3 دقائق مزاييد آخر و يجري بذلك حكم رسو المزاد¹، و قد ورد في نص المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، و كذلك كل الإرتفاقات العالقة بها، و يعتبر حكم رسو المزاد سنداً للملكية. يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهارة خلال أجل شهرين(2) من تاريخ صدوره".

أ: رسو المزاد

عند إنتهاء المزايدون من التزايد، تستقر المزايدة على ثمن المبيع، و عليه يرسو المزاد على الذي توقف لصالحه البيع، و العرض أو العطاء الأخير.

يلزم القاضي الراسي عليه بدفع خمس الثمن في أجل أقصاه 8 أيام، و ذلك بأمانة ضبط المحكمة طبقاً لنص المادة 757 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يرسو المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض و كان آخر مزاييد.

يعتمد الرئيس العرض الذي لا يزداد عليه بعد النداء به ثلاث(3) مرات متتالية، تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة. يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع حال إنعقاد الجلسة، خمس الثمن والمصاريف و الرسوم المستحقة، و يدفع المبلغ الباقي في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام بأمانة ضبط المحكمة.

إذا لم يودع الراسي عليه المزاد باقي الثمن كاملاً في المدة المحددة في الفقرة أعلاه، يتم إعذاره بالدفع خلال خمسة (5) أيام، و إلا أعيد البيع بالمزاد العلني على ذمته".

¹ - أنظر، عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط. 3، دار هومه، الجزائر، 2011، ص. 247.

يعتبر حكم رسو المزاد هو خاتمة لسلسلة الإجراءات القانونية. إن حكم رسو المزاد ليس حكما في خصومة قضائية، و لكنه أشبه بمحضر يبين ما فيه ما تم من إجراءات في جلسة البيع و إثبات إيقاعه على من رسا عليه المزاد، و هو قرار يصدر من سلطة ولائية. و الراسي عليه المزاد يلزم بتسجيل حكم رسو المزاد بمصلحة الشهر العقاري، و إذا تخلف عن التسجيل خلال الشهرين التاليين لتاريخ المزاد فيكون جزائه على ذمة الراسي عليه المزاد.

ب: آثار رسو المزاد

يترتب على حكم رسو المزاد عدة آثار قانونية بالنسبة للراسي عليه المزاد، فيقع على عاتقه عدة التزامات، كما أنه يتمتع ببعض الحقوق.

1- يلتزم الراسي عليه المزاد بدفع الثمن الذي رسا به المزاد و المصاريف إلى كتابة ضبط المحكمة خلال عشرين يوما التالية لجلسة المزايدة.

2- يحدث حكم رسو المزاد بمجرد صدوره يحدث تغييرا قانونيا بالنسبة لحق الملكية، فبموجبه يتقرر إنتقال ملكية العقار من المحجوز عليه إلى المشتري.

3- يكون حكم رسو المزاد إذا تم شهر هذا الحكم الذي كان سبب وجودها بالمحافظة العقارية.

4- تنتقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد بحالتها التي كانت عليها في ملك المالك السابق غير أنه لا يجوز الإحتجاج عليه بالتصرفات التي رتبها المالك السابق بعد قيد أمر الحجز لأن المشتري خلف للدائنين المنفذين، بالإضافة إلى أن بيع العقار بالمزاد يطهر العقار من الرهون و الإمتيازات العالقة، عن دفع الثمن لدى كتابة ضبط المحكمة، لأن أصحاب الإمتيازات و الرهون أولى بإستيفاء حقوقهم قبل الدائنين الحاجزين و ذلك طبقا للمادة 936 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم بإستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

5- لا يستطيع الراسي عليه المزداد الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية على القاصر لأن البيوع القضائية لا ضمان فيها للعيوب الخفية طبقاً لأحكام المادة 385 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا ضمان للبيع في البيوع القضائية، و لا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد". و علة ذلك أنها تتم علناً بعد الإعلان عنها لمن يتقدم بثمن أكبر من بين المزايدين على شرائه تحت إشراف القاضي وكل ذلك كفيل بفضح أي عيب خفي في العين المباعة.

كما أنه لا تجوز الشفعة في بيع العقار بالمزاد العلني طبقاً لنص المادة 798 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: "لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون".

ثانياً: قسمة العقار

لقد حذا المشرع الجزائري في القسمة حذو عقد بيع العقار، بخصوص الإذن القضائي في حالة وجود قاصر بين الشركاء، و هذا ما تنص عليه المادة 723 من القانون المدني و التي تنص على أنه: "يستطيع الشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

لذلك لا يمكن للولي أن يجري قسمة عقار كان القاصر طرفاً فيه إلا إذا إتبع الإجراءات التي يفرضها القانون، و المتمثلة خاصة في الحصول على إذن من القاضي في التصرف الذي يتعلق بقسمة العقار، و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19 ديسمبر 1988 بقولها: "من المقرر قانوناً للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازماً، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأً في تطبيق القانون".

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر و في رفع الدعوى و أن قضاة المجلس بتأييدهم لحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، و متى كان كذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه¹.

¹- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1988/12/19، ملف رقم 51282، مجلة قضائية، 1991، عدد 2، ص. 63.

من ثم إذا حصل إتفاق بين الولي و باقي الورثة على قسمة العقار المملوك على الشيوع فإنه على الولي أن يبادر إلى الحصول على إذن من المحكمة، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة القاصر، تأذن المحكمة مبدئياً للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد. و بعد إنجاز مشروع القسمة يعرض على المحكمة لتصادق على التقرير إذا رأت مصلحة القاصر، و تمنح الإذن لهذا الممثل حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقاً للقانون، أما إذا لم يتفق الولي مع باقي الورثة على إجراء القسمة، أو أراد الخروج من حالة الشيوع الإختياري بالقسمة، فيحق له اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب إجراء القسمة بواسطة خبير عقاري.¹

تجدر الإشارة إلى أنه إذا ما أمرت المحكمة بالبيع في إطار دعوى القسمة، أثبت الخبير فيها تعذر قسمة العقار بين الورثة طبقاً للمادة 728 من القانون المدني: "إذا تعذرت القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، و تقتصر المزايدة على الشركاء و حدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع". فإنه يطرح لدينا مشكل، و هو إذا ما طلب كافة الورثة أن تقتصر عليهم فقط حسب المادة السابقة، دون اللجوء إلى البيع عن طريق المزاد العلني، فما العمل؟

ففي هذه الحالة، حسب إعتقادنا يجب مراعاة مصلحة القاصر بالدرج الأولى على أساس أن المادة 89 من قانون الأسرة نصت على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني". فهي نص خاص، و لذلك يجب ألا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط حتى و لو إتفقوا بالإجماع، و هذا خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم و بثمن بخس.

أما بالنسبة لتقسيم التركة فقد أوجب المشرع أن تكون القسمة أمام القضاء طبقاً للمادة 181 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "يراعي في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون و ما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 201.

و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".
بالإضافة إلى قسمة العقار لابد للولي أن يحصل على إذن القاضي من أجل رهن العقار.

ثالثا: رهن العقار

يعتبر الرهن حقا عينيا ينشأ بموجب عقد رسمي، و يتقرر ضمانا للوفاء بدين، و هذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، و بموجبه يكون للدائن الحق في إستفء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على باقي الدائنين العاديين¹.

لذلك يعد الرهن من أعقد المعاملات التي تحتاج لخبير و لإذن من القاضي لأنه يعتبر من أعمال التصرف التي إذا قام بها الولي في أموال القاصر قد يؤدي إلى الإضرار بمال القاصر، لكونه فيه تعطيل لمنفعة المال لبقائه محبوسا إلى أن يسدد الولي الدين بل وقد يطول الحبس إلى أكثر من ذلك إذا عجز الولي عن سداد الدين في ميعاد الوفاء، و لهذا وجب على القاضي المختص أن يتأكد من وجود حالة الضرورة و المصلحة، و كذلك إمكانية سداد الدين لاحقا.

ما يلاحظ على المادة 88 من قانون الأسرة أنها لم توضح ما إذا كان هذا الدين المضمون بالرهن على الولي أم القاصر و إنما جاءت عامة فبمجرد رهن عقار القاصر يجب أن يستأذن الولي القاضي.

أما إذا كان الرهن لصالح القاصر بحيث يكون هذا الأخير هو الدائن المرهن، فهذه الحالة تخرج من نطاق المادة 88 من قانون الأسرة و لا يحتاج بذلك لإذن قضائي لكون الرهن في صالح القاصر.

2- إجراء المصالحة أو الصلح

تتم عملية المصالحة عن طريق إبرام عقد الصلح الذي عرفته المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أن: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، و ذلك

¹ - أنظر، شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية الفرنسي و المصري، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص. 65.

بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". من هنا تظهر خطورة عملية المصالحة التي يقوم بها النائب الشرعي، بحيث أن هذا التنازل قد يلحق ضرراً بمصالح القاصر، و من هذا الباب إشرط المشرع وجوب حصول النائب على إذن من القاضي لإجرائها¹.

إذا نشأ نزاع في ملكية أو إدارة ملكية شائعة بين الورثة، و كان أحدهم شخص قاصر و إقتضى الأمر إجراء المصالحة، يجب أن ينوب عن القاصر وليه في إجراء الصلح، فإذا كان هذا الصلح فيه منفعة و صلاح للقاصر بحيث عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص من مال القاصر، يمنح للولي الإذن في إجرائه².

نذكر من هنا أن المشرع لم يوضح إذا كانت المصالحة المقيدة بوجوب الحصول على الإذن متعلقة بعقار مملوك للقاصر أو منقول، حيث أن عمومية العبارة توحى بأنها تشملهما معاً، إلا أن موضوع العبارة في الفقرة الخاصة بالتصرفات المتعلقة بالعقار من بيع و رهن و قسمة، إضافة إلى إيراد المشرع الحديث عن المنقولات في فقرة خاصة، توحى بغير الإيحاء الأول مما يدفعنا إلى القول أن المصالحة التي يقصدها المشرع متعلقة بعقارات القاصر فقط³.

3- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

تعتبر من المنقولات الأموال التي يمكن تغيير مكانها و نقلها من مكان لآخر دون تعرضها لضرر أو تلف. لم يحدد المشرع في المادة 2/88 من قانون الأسرة معياراً معيناً لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، بسبب إختلاف مستوى الطبقات الإجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره ذو أهمية.

تفادياً لكل هذا من الأفضل لو يضع المشرع الجزائري حد أدنى لقيمة المنقول، حتى يعتبر ذي أهمية خاصة يستوجب إذن القاضي بشأن بيعه. كما أن عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة، يجعل الولي مقيداً بإذن القاضي في بيع أي منقول مهما كانت قيمته.

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص. 53.

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 204.

³ - أنظر، علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الوثائق، 1998، عدد 3، ص. 14.

كما أن المشرع لم يبين لنا كيف يتم بيع منقول القاصر، خاصة و أن المادة 89 من قانون الأسرة متناقضة في محتوياتها بين النص العربي و النص الفرنسي. فالنص العربي بين كيفية بيع عقار القاصر، بأن يتم في المزاد العلني دون ذكر المنقول، مما يفهم منه أن المنقول يباع بمجرد الحصول على إذن القاضي، لكن نجد النص الفرنسي مخالف للنص العربي حيث يقضي بأن يتم البيع بالمزاد العلني، دون أن يفرق بين العقار و المنقول، بحيث أخضعهما لحكم واحد و هو الحصول على الإذن، وخضوعهما لإجراءات المزاد العلني، حيث جاء فيها:

« Le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur, sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ».

في هذه الحالة يكون القاضي في مشكل حول تطبيق المادة 89 من قانون الأسرة هل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي؟ خاصة و أن الدستور ينص صراحة في المادة 03 منه على أنه: "اللغة هي اللغة الوطنية و الرسمية"، أضف إلى ذلك أن النسخة الأصلية للجريدة الرسمية هي باللغة العربية و ترجمتها هي باللغة الفرنسية، و من ثم في حالة الخلاف يتم الرجوع إلى النص العربي.

في الحقيقة، نعتقد أن النص الفرنسي يعد أكثر حماية للقاصر من النص العربي، لأنه من الناحية الواقعية هناك عدة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، و تحتاج لبيعها في المزاد العلني و لعل هذه هي نية المشرع في النص الفرنسي للمادة 89 من قانون الأسرة¹.

ثانياً: القاضي المختص بمنح الإذن و كيفية الحصول عليه و معايير

أ- القاضي المختص بمنح الإذن

المشرع الجزائري لم يبين في نصوصه القاضي المختص بمنح الإذن في القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة و لكن بالرجوع إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بالإختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نجد النصوص التي تبين لنا هذا الإختصاص.

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 205.

1- المقصود بالإختصاص القضائي

يقصد بالإختصاص القضائي ولاية أو سلطة الحكم بمقتضى القانون، في خصومة معروضة على المحاكم، و فقدان هذه السلطة يؤدي إلى عدم الإختصاص¹.

2- تحديد القاضي المختص

إن المشرع الجزائري لم يبين القاضي المختص بمنح الإذن، في نصوصه المتعلقة بقانون الأسرة فلم يوضح ذلك في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، و حتى في حالة صدور الإذن الممنوح للقاصر بالتصرف في أمواله سواء كان جزئيا أو كليا، و ذلك بنص المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري حيث إستعمل مصطلح القاضي مشتركا في جميع هذه المواد و هو لفظ يفتح المجال للتأويل.

هذا على عكس المشرع الفرنسي، الذي فصل في مسألة الإختصاص بدقة، حيث أخضع مثل هذه الأمور إلى قاضي الولاية، و هو قاضي بالمحاكم الابتدائية الصغرى، يعينه الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية من جهة، و قاضي يفصل في المنازعات الناجمة عن ممارسة السلطة الأبوية، و هو قاضي بالمحكمة الابتدائية الكبرى، يعينه كذلك الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية من جهة أخرى².

من هذا المنطلق فهل يتم اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة، بإعتباره يسهر على حماية أموال القاصر طبقا لنص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؟ و هل هو الأجدر بمنح الإذن من غيره، حيث نصت هذه المادة على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر". أو يؤول الإختصاص إلى رئيس المحكمة بإعتبار الإذن يدخل ضمن الأعمال الولائية التي يختص بها؟.

¹ أنظر، الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 63.

² غربي صورية، المرجع السابق، ص. 214.

للإجابة على هذا السؤال نرجع إلى نص المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً، و المتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة".

نستنتج من المادة أن قاضي شؤون الأسرة هو المختص في منح الإذن بالتصرف في مال القاصر.

إلا أن المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على منح الإختصاص في المسائل العقارية للقاضي العقاري، حيث نصت على أنه: "ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية". و عليه فإنه في حالة ما إذا رفعت قضية ما متعلقة بالتركة و كان القاصر أحد ورثتها، فإن ذلك سيطرح إشكالية إختصاص القاضي العقاري أم قاضي شؤون الأسرة¹.

ب- كيفية الحصول على إذن القاضي

قبل إقدام الولي على إبرام التصرفات المحددة في المادة 88 من قانون الأسرة، يجب أن يحصل على الإذن من قاضي شؤون الأسرة و على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة و المصلحة.

حيث نصت المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً، و المتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة".

غير أنه يوجد إشكال من الناحية الإجرائية، حيث لم يتكلم المشرع عن الإجراءات التي يمنح القاضي من خلالها الإذن للولي بالتصرف، و إكتفى بالنص فقط على أن يكون الإذن بموجب عريضة، و أن يراعي في الإذن حالة الضرورة و المصلحة².

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 215.

² - على عكس المشرع الفرنسي الذي قرر أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، أو أن التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر، مقتبس عن معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 850.

لكن في الواقع العملي لا يتم منح الإذن بالتصرف إلا بتوفر الوثائق التالية¹:

- طلب خطي من ولي القاصر.
- شهادة ميلاد القاصر.
- الفريضة إذا كان الولي متوفيا.
- وثيقة تثبت الشيء المراد التصرف فيه.
- دفع رسم قدره 5000 دج.
- طابع جبائي بقيمة 20 دج.

أما بالنسبة للجهة المختصة بمنح الإذن، فقد حددها المشرع الجزائري بنصوص الإجراءات المدنية و الإدارية على النحو الآتي:

نوعيا: حسب نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي تنص في فقرتها الثالثة: "تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية و التجارية و البحرية و الإجتماعية و العقارية وقضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا".

كذلك نجد المادة 476 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية و إدارتها أمام قاضي شؤون الأسرة".

نستنتج من نص المادتين أن الجهة القضائية المختصة بمنح الإذن نوعيا في هذه النصوص هي محكمة الدرجة الأولى، قسم شؤون الأسرة أي قاضي شؤون الأسرة.

إقليميا: بشأن هذا الخصوص نصت المادة 9/426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "تكون المحكمة المختصة إقليميا: في موضوع الولاية. يمكن ممارسة الولاية".

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 216.

نستنتج من نص هذه المادة أن مكان ممارسة الأعمال المأذون بها للنائب الشرعي هو المكان الذي تمارس فيه الولاية أي مقر تواجد الولي و القاصر.

هذا ما أكدته أيضا المادة 464 من نفس التقنين التي تنص على أنه: "يؤول الإختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي توجد في دائرة إختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر".

يستخلص من مضمون المادتين أن الإختصاص الإقليمي بمنح الإذن للتصرف في أموال القاصر هو مكان المحكمة التي يقيم فيها الولي و القاصر أي مكان ممارسة الولاية.

مع الإشارة إلى أن مصطلح الولاية الذي إستعمله المشرع يقصد به النيابة الشرعية، و قد سبق أن ذكرنا أن مصطلح الولاية قد يستعمل لهذا المعنى أحيانا، و الدليل على ذلك أن المشرع تحت عنوان الولاية على أموال القاصر قد تناول كذلك إجراءات تخص الولاية و الوصاية و التقديم في المواد من 465 إلى 480 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ج- معايير الإذن القضائي

إشترط المشرع في منح الإذن للقاضي أن يراعي حالة الضرورة و المصلحة لضمان أقصى حماية لأموال القاصر، حيث جعلهما المعيار في منح الإذن.

1- معيار المصلحة

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مفهوم المصلحة من الناحية القانونية، لذا و جب تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية". لذا و جب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعرفة المقصود من وراء المصلحة.

إن الشريعة الإسلامية و على عكس المشرع، و مراعاة لمصالح الناس وضعت معايير تساعد القاضي و تسهل من مهمته للقضاء و الفصل بما هو أحسن و أصلح، و هذا من خلال بيانها ما المقصود بالمصلحة.

تعرف المصلحة في اللغة أنها ضد المفسدة، و هي واحدة المصالح، فكل ما كان فيه نفع سواء بالجلب و التحصيل كتحصيل الفوائد أو بالدفع كإستبعاد المضار و الآلام، فهو جدير بأن يسمى مصلحة.

أما إصطلاحا المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم، و أموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهم¹.

عرف الإمام الغزالي المصلحة على أنها: " جلب المنفعة و دفع المضرة"².

خلاصة القول مما أوردناه، فإن المصالح و المفاصد إنما تفهم أو تعرف على مقتضى ما غلب: فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفا، و لذلك كان الفعل ذو وجهين منسوبا إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب، و يقال: إنه مصلحة، و إذا غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه، و يقال عنه مفسدة، و هو ما عبر عنه الشاطبي بقوله: "فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتهما مع المفسدة في حكم الإعتياد، فهي المقصودة شرعا، و لتحصيلها وقع الطلب على العباد... و كذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر على المصلحة في حكم الإعتياد فرفعها هو المقصود شرعا و لأجله وقع النهي..."³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يحدد المعنى المرجو من المصلحة التي يراعيها في منح الإذن و تركها لتقدير القاضي.

2- معيار الضرورة

تعرف الضرورة لغة: إسم لمصدر الإضطرار، تقول حملتني الضرورة على كذا، و قد إضطر فلان إلى كذا و كذا، و الضرورة: حاجة⁴.

¹ - محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 27.

² - أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص. 286.

³ - أنظر، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج. 2، المكتبة التجارية، القاهرة، د. س. ن، ص. 126.

⁴ - أنظر، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، 1995م، ص. 494.

أما تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية، فقد عرفت بتعريفات عدة منها: "الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا"¹.

كما كان الحال بالنسبة لمعيار المصلحة كذلك معيار الضرورة، المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لها.

معيار الضرورة في منح الإذن تركه المشرع للسلطة التقديرية للقاضي، بحيث فتح له بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية، أثناء ممارسته لعمله القضائي و هو الأمر الذي نلمسه بإستقراء مختلف نصوص قانون الأسرة².

بعد أن تعرضنا في المطلب الأول إلى سلطات الوالي على مال القاصر سنتعرض في المطلب الثاني إلى دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي و سلطته عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعي.

المطلب الثاني: دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي و سلطته عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعية

لدراسة هذا المطلب لا بد من تقسيمه إلى مطلبين نتناول في الفرع الأول دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي أما في الفرع الثاني نتناول سلطة القاضي عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعية.

الفرع الأول: دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي

إن النائب الشرعي عندما يبرم التصرفات القانونية نيابة عن القاصر فإنه في كثير من الحالات تتعارض مصالحه مع مصالح هذا الأخير، و للمحافظة على مصالح القاصر العاجز، فقد أوجب المشرع الجزائري على القاضي الحق في تعيين متصرف خاص يقوم بالإشراف على هذه التصرفات، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "إذا

¹ - أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، تطبيقاتها، أحكامها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص. 19.

² - أنظر، إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2010، ص. 41.

تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة". لذلك يوقف الولي عن إدارة أموال القاصر لفترة معينة لوجود تعارض بين مصالحه و مصالح القاصر.

بناء على هاته المادة، يكون المشرع قد حرص على تحقيق حماية أكبر للقاصر حتى في مواجهة وليه، ذلك أن بعض التصرفات قد تفقد الثقة في الولي و تجعله مشكوك فيه مما يستلزم تدخل القاضي. غير أنه يجب أولا تحديد هذا التعارض الذي يدفع بالقاضي إلى وقف الولاية في هذا التصرف و تعيين متصرف خاص.

أولا: حالات تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري على إمكانية حدوث تعارض بين مصالح القاصر و مصالح النائب الشرعي، و لكنه لم يبين لنا الحالات التي تثبت هذا التعارض بين المصالح، خلافا للمشرع المصري الذي حدد مجموعة من الحالات التي تثبت التعارض بين مصالح القاصر و مصالح النائب الشرعي، و ذلك من خلال نصه في المادة 31 من تقنين الولاية على المال. و من المادة 31 من تقنين الولاية على المال نستنتج أن الحالات التي تتعارض فيها مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي تتمثل في:

أ- تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي

إن من أبرز الصور التي تتعارض فيها مصلحة الولي مع مصلحة القاصر هي حالة ما إذا رغب هذا الولي بشراء مال مملوك للقاصر، و في هذا المجال منع القانون المدني هذا النوع من المعاملات في المادة 410 من القانون المدني و التي تنص على أنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو بإسم مستعار و لو بطريق المزداد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى". و المادة 77 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم

لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون و قواعد التجارة".

ليس للولي في القانون الجزائري أن يتعاقد مع نفسه بصفته وليا على ولديه القاصرين، كأنه يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا، و لا بصفته وليا عن ولده القاصر و أصيلا عن نفسه، لتعارض مصالح القاصر و الولي أو خشية تفضيل أحد ولديه على الآخر.

تعتبر المحكمة التي جعلت المشرع الجزائري يمنع هذا التعاقد، هو دفع لشبهة المحاباة و السعي لرعاية مصلحة القاصر و مصلحة الولي، و تظهر مصلحة القاصر في أن المحكمة هي التي تصدر الإذن و تتحقق من عدالة المقابل.

كما أن من مصلحة الولي إطمئنان القاصر إلى أن التصرف لا ينطوي و لو عن غير قصد على الإخلال بحقوقه، ذلك أن القاعدة المعروفة في عقود المعاوضات هي تعارض مصلحة طرفي العقد، ففي عقد البيع مثلا من مصلحة المشتري الشراء بأقل ثمن، في حين تتمثل مصلحة البائع في إتمام البيع بأعلى سعر ممكن¹.

ب- تعارض مصالح القاصر مع قاصر آخر مشمول بالحماية

كأن يبيع مالا مملوكا لولده القاصر المشمول بولايته، و هو في نفس الوقت يشتريه لولد آخر مشمول بولايته أيضا، فهذا أمر غير جائز خشية تفضيل أحدهما عن الآخر. ففي هذه الحالة نكون أمام ما يعرف ببيع النائب لنفسه الذي منعه المادة 410 من القانون المدني الجزائري.

يقتضي الأمر أمام هذا التعارض أن يكون للقاصر شخص آخر، سواء كان بائعا أو مشتريا، ليراعي مصالحه المتعارضة و يحقق له النفع في صفقات كهذه، و يبعد الحرج عن الولي، لما قد يؤخذ عليه في حال الميل أو الجنوح ناحية مصلحته أو مصلحة طرف غير القاصر و يدفع عنه بذلك شبهة المحاباة².

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 176.

² - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص. 110.

ج- تعارض مصالح القاصر مع مصالح زوجة الولي

كأن يبيع مالا مملوكا للقاصر إلى زوجته، فلا شك أن هذه الحالة فيها تعارض بين مصلحة القاصر و مصلحة النائب الشرعي.

ثانيا: تعيين القاضي المتصرف خاص

نصت المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

يفهم من نص المادة أنه إذا تعارضت مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي يعين القاضي متصرفا خاصا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة. و طبعا فإن المصلحة تتحقق في ذلك حسب القواعد العامة لتقنين الإجراءات المدنية و الإدارية، فتكون إما مصلحة قائمة أو محتملة. و إن كان المشرع لم يحدد من هو القاضي المختص بتعيين المتصرف الخاص، لكن على الأغلب يكون "قاضي شؤون الأسرة طبقا للمادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر".

يقابل المتصرف الخاص في القانون المصري، الوصي الخاص طبقا للمادة 31 من قانون الولاية على المال المصري التي تنص على أنه: "تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته و ذلك في الأحوال الآتية:

(أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعاه أو مع من يمثله الوصي...".

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط القانونية الواجب توافرها في شخص هذا المتصرف، لأن هذا المتصرف سيقوم مقام النائب الشرعي في إبرام تصرف أو تصرفات معينة، فإننا نرى وجوب أن تتوافر فيه نفس الشروط القانونية الواجب توافرها في النائب، و مع ذلك فأمام عدم وجود نص صريح في ذلك، فإنه تعود للقاضي سلطة إختيار المتصرف الذي يراه قادرا و مناسبا لأداء المهمة.

لكن يمكن تعيينه بنفس الطريقة التي يعين بها المقدم و تطبق المواد 470 و 471 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

التساؤل الذي قد يطرح هنا هو أنه كيف للقاضي أن يكتشف حالة التعارض و يعين المتصرف الخاص من تلقاء نفسه، في حال لم يوجد هذا الشخص الذي تكون له مصلحة في طلب تعيين متصرف، إذا علمنا أن التصرفات التي يبرمها النائب و تمس مصلحة القاصر تتم بعيدا نوعا ما عن القضاء؟

في رأينا إن القضاء ليس بعيدا عن مثل هذه التصرفات التي يبرمها النائب، كل هذا البعد الذي يجعله لا يكتشف حالة التعارض بين مصالح هذا الأخير و مصالح القاصر، ذلك إذا كنا نعلم مسبقا أن المشرع قد ألزم النائب الشرعي حسب المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، بالحصول على إذن القضاء في تصرفات عدة، مما ضيق من سلطاته بشكل كبير. و لعل أكثر العقود التي تتعارض فيها مصالح القاصر و مصالح النائب الشرعي هي عقود المعاوضة التي تقوم في الأصل على تعارض المصالح بين طرفيها كعقد البيع. و في هذا العقد بالذات أوجب المشرع الحصول على إذنه سواء في بيع العقارات، أو بيع المنقولات التي سبق و قلنا بخصوصها إن المشرع لم يبين معيارا لتحديد مدى أهميتها، مما يجعل النائب ملزما بطلب الإذن عن بيع أي منقول. و بالتالي فإن النائب مضطر لعرض مثل هذه التصرفات على القاضي لطلب الإذن لإبرامها، و من هنا يكون القضاء على علم مستمر بالمعاملات التي يجريها النائب على أموال القاصر، مما يمكنه من رقابتها و إكتشاف حالة التعارض التي قد تكون موجودة، إلا إذا أبرم النائب تصرفاته هذه شفاهة كبيع المنقولات، التي بحكم طبيعتها قد يتم التصرف فيها، و يصعب إكتشاف ذلك، و هنا و إن كان ذلك سيتم بعيدا فعلا عن عين القضاء، إلا أنه سيكون على النائب تحمل مسؤوليته متى تم إثبات و إكتشاف ذلك.

الفرع الثاني: سلطة القاضي عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعية

إن نظام النيابة الشرعية التي تخضع له أموال القاصر غرضه رعايتها و حفظها، و في إطار ذلك منح القانون النائب الشرعي سلطات واسعة إلى حد بعيد تمكنه من أداء مهمته على أكمل وجه،

إلا أن هذه السلطات ترد عليها قيود قانونية يراد بها تفعيل الحماية و ضمان عدم خروج النائب عن الهدف الذي عينه القانون من أجله، و تكمن هذه القيود في إعطاء القاضي بما له من ولاية عامة حق الإشراف على أصحاب الولاية الخاصة و رقابة تصرفاتهم.

تستند هذه الرقابة و الحماية التي يعمل القاضي على توفيرها للقاصر، إلى نص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر".

إن نظام الولاية مبني على جلب المصلحة و درء المفسدة عن أموال المولى عليه، فإذا تصرف الولي بما يناهز هذه المصلحة عن عمد و إهمال، يكون قد أحل بواجبه الشرعي¹. و ضمانا للمحافظة على أموال القاصر فقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقرير جزاءات على هذه التجاوزات. ذلك أن هذه الجزاءات قد تمس التصرفات التي يرمها النائب الشرعي خارج نطاق السلطات الممنوحة له، أو دون إحترام الإجراء القانوني الواجب عليه، و المتمثل في إستصدار إذن بالتصرف. و قد تمس من جهة أخرى شخص النائب الشرعي، ذلك أنه بتجاوزه لنيابته و عدم الإلتزام بما يقرره القانون على عاتقه، يجعل من أموال القاصر، التي يفترض فيه حمايتها عرضة للخطر.

أولا: جزاء تصرفات النائب الشرعي المجاوزة لحدود نيابته

قد يباشر النائب تصرفا خارج الحدود التي رسمها له القانون، كما لو تبرع النائب مثلا من مال الصغير المشمول بالنيابة الشرعية، أو كما باشر عملا من الأعمال التي يتعين فيها الحصول على إذن من المحكمة دون أن يحصل على ذلك الإذن، فما هو الحكم الذي يعطيه القاضي لمثل هذه التصرفات؟

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة الجزاءات التي توقع على مثل هذه التصرفات المخالفة لحدود السلطات الممنوحة للنائب في إدارة أموال القاصر، و بالتالي فإن القاضي و بلا شك حتى يقرر جزاء هذه التصرفات المجاوزة لحدود النيابة يعود إلى القواعد العامة، بإعتبار نيابة الولي و

¹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 212.

الوصي و القيم والكفيل نيابة قانونية، تطبق عليها القواعد العامة لهذه الأخيرة في غياب نصوص خاصة تحكم نيابتهم.

بالرجوع إلى هذه الأخيرة، فإنه إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص نيابة على مال القاصر، و يعين حدود هذه النيابة، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له النيابة على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال و ذمة المشمول بها، لا تتأني إلا حيث تكون هذه التصرفات داخلية في حدود النيابة الشرعية كما يرسمها القانون¹. و هو ما تؤكد القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 74 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذ أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و إلتزامات يضاف إلى الأصيل". و معنى ذلك أن ما يجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كما يرسمها القانون، لا ينتج آثاره في مال أو ذمة القاصر، أي لا يكون نافذا في حقه، كما أن آثاره لن تمتد إلى ذمة الولي².

إذا كان الفرض أن التصرفات التي تجاوز حدود النيابة القانونية على مال القاصر تخالف مصالحه، إلا أنها قد تكون غير ذلك رغم مجاوزتها لحدود النيابة في بعض الحالات، و هو ما يقتضي حينئذ التمكين من إنفاذها في حقه عن طريق إقرارها ممن يثبت له القانون الحق في مثل هذا الإقرار، و لا يتأني تحقيق ذلك عن طريق القول بإعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا، إذ يستحيل عند ذلك تصحيحها من بعد إقرارها، رغم ما قد تحققه من مصالح للمشمول بالولاية مما يجاوز المقصود أصلا من الولاية و هو رعاية مصالحه، كما لا يستقيم القول بإعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا نسبيا، رغم ما يسمح به ذلك من إمكان تصحيحها فيما بعد بالإجازة، لأن التصرف الباطل بطلانا نسبيا يكون تصرفا صحيحا منتجا لكل آثاره، منذ إنعقاده إلى أن يتم تأييده نهائيا بإقراره من المحكمة أو إجازته من القاصر بعد بلوغه سن الرشد، أو زواله نهائيا بالحكم بالإبطال³.

لذلك يقضي المنطق القانوني تكييف التصرف المجاوزة لحدود الولاية بأنه تصرف موقوف على إقرار أو إجازة من يملك ذلك، سواء أكانت المحكمة أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد كامل العقل،

¹ - أنظر، حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1971، ص. 614.

² - عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص. 108.

³ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 641-615.

ومؤدى ذلك أن مثل هذه التصرفات على خلاف التصرفات القابلة للإبطال لا يكون لها أثر أو نفاذ في ذمة القاصر في الأصل، و لكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر، بإقرارها بعد التثبت من صلاحها له ممن يملك ذلك، أو يتأيد نهائيا إنعدام أثرها بتخلف هذا الإقرار¹.

أما عن القضاء الجزائري فقد ذهبت المحكمة العليا إلى الإقرار ببطلان العقد الذي لم يتم فيه إستئذان المحكمة، حيث جاء في قرارها الصادر في 10 أفريل 1991 أنه: "حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من تقنين الأسرة لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق و أموال القاصر، وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن، وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون و هو عقد باطل و لو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون"².

من خلال ما جاء به هذا القرار، يمكن القول أن القضاء الجزائري حكم بالبطلان على تصرفات النائب الشرعي إذا صدر دون الرجوع إلى المحكمة لإستئذائها و طلب موافقتها عليه متى كان القانون يوجب فيه ذلك، و يتحمل هذا النائب كل الأضرار التي تحصل للطرفين (القاصر و الطرف الثاني في العقد).

تبقى للقاضي سلطة تقدير الجزاء الذي يقرره لأي تصرف يبرمه النائب دون إحترام حدود نيابته، نظرا إلى أن القانون لم ينص في هذا الشأن على حكم معين.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن حكم تصرفات الوالي المجاوزة لسلطاته، لكن هل يعاقب الوالي شخصيا عن تجاوز سلطاته؟

ثانيا: تحديد نطاق المسؤولية المدنية للنائب عن أعماله

إذا أوكلت مهمة الولاية إلى شخص معين، إفترض فيه أنه أحسن و أقرب شخص يقوم بحماية أموال القاصر، و لكن إذا إنتفت العلة من الولاية بأن أساء الوالي إستعمال سلطاته، أو أهملها، إعتبر مخلا بواجبه و تقوم مسؤوليته.

¹ - عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص. 109.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ. ش، 1991/4/10، ملف رقم 72353، مجلة قضائية، 1993، عدد 3، ص. 115.

هذه المسؤولية بالنسبة للولي الأصلي على المال هي مسؤولية تقصيرية، و لم يحاسبه المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط، بل حاسبه حتى عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي و هذا ما تنص عليه المادة 88 من قانون الأسرة و التي جاء فيها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام...".

أضف إلى ذلك، لم يفرق المشرع الجزائري بين الأولياء بخصوص نوع الخطأ الموجب للمسؤولية، على عكس المشرع المصري الذي فرق في المسؤولية بين الأب و الجد، فجعل مسؤولية الأب أخف من مسؤولية الجد طبقاً للمادة 24 من قانون الولاية على المال¹، بحيث لا يسأل الأب في أعمال الولاية إلا عن الخطأ الجسيم، كالتصرف بغبن فاحش أو في حالة غش، أما الجد فيسأل عن خطئه اليسير مثله مثل الوصي، و السبب في ذلك أن المشرع المصري حاول رعاية الروابط الخاصة الموجودة بين الأب و ابنه، و التي ستشفع للأب إذا ما ارتكب الخطأ اليسير، أخذاً بالمذهب الحنفي².

يترتب عن إخلال النائب الشرعي بواجبه و قيام مسؤوليته جزاءان يكون للقاضي توقيعهما، ويتمثلان في العزل و التعويض.

أ - العزل

عزل النائب الشرعي أو سلب ولايته أو إسقاطها عنه، أي كان التعبير فالمعنى واحد، يقصد به إعفاء النائب من مهامه في إدارة أموال القاصر، و هو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة النائب الشرعي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع³. و قد نصت المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري على إمكانية إسقاط الولاية عن الولي كسبب من أسباب إنتهاء ولايته.

طلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت النائب الشرعي مهما كان، ولياً أو وصياً أو مقدماً أو كفيلاً، يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

¹ - تنص المادة 24 من ق. و. م. م على أنه: "لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي".

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 218.

³ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 69.

ب- التعويض

متى قامت مسؤولية النائب الشرعي عن تصرفاته التي عرضت مصلحة القاصر للخطر يكون ملزماً بتعويض القاصر عن خسارته، و لكن لما كان الأصل في النائب الشرعي إفتراض الأمانة، فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها، أو تبديدها، أو بإهمال حفظها. أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فلا ضمان عليه¹.

بعد أن بينا في المبحث السابق آليات الرقابة القضائية التي وضعها المشرع على أعمال النائب الشرعي، وذلك بدءاً بسلطات الولي غير المقيدة بإذن القاضي و سلطاته المقيدة ثم بينا دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب و سلطاته عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعية سنين في المبحث الموالي الرقابة القضائية على أعمال الوصي و القيم.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الوصي و القيم

للتعرف على الرقابة القضائية لكل من أعمال الوصي و القيم لابد أن نتعرض بالدراسة إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الرقابة القضائية على أعمال الوصي ثم نتعرض في المطلب الثاني إلى الرقابة القضائية على أعمال القيم.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على أعمال الوصي

لدراسة الرقابة القضائية على أعمال الوصي لابد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول سلطة القاضي عند تجاوز الوصي حدود سلطته أما الفرع الثاني نتناول فيه دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح الوصي و في الفرع الثالث نتناول إنتهاء الوصاية.

الفرع الأول: سلطة القاضي عند تجاوز الوصي حدود سلطته

¹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 143.

تنص المادة 98 من قانون الأسرة على مسؤولية الوصي و التي جاء فيها على أنه: "يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق بأموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره". لكن لم تبين المادة مقدار العناية المطلوبة من الوصي ببذلها¹، ما إذا كانت وفقاً لمعيار الرجل الحريص أم العادي، لكن ما دام أن الوصي له نفس أحكام الولي و خاصة في سلطات الولي في المادة 88 من قانون الأسرة، يكون بذلك الوصي مطالب ببذل عناية الرجل الحريص.

لكن المشكل الذي يطرح في هذه الحالة هو حول مسؤولية الوصي ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

للإجابة عن هذا السؤال فمادام أن الوصاية تتم بإيجاب من الموصي و قبول من الوصي فهي إذن عقد، فمسؤولية الوصي فيها عقدية، و في نفس الوقت مسؤولية الوصي هي مسؤولية تقصيرية و ذلك نتيجة إخلاله بالإلتزام الذي فرضه عليه القانون، و هو عدم الإضرار بالغير. و ذلك تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في المادة 124 من القانون المدني و التي تنص على أن: "كل فعل أيا يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". و منه يكون للمتضرر الخيرة في تأسيس دعواه².

يترتب على إخلال الوصي بواجباته و قيام مسؤوليته جزاءً، يكون للقاضي توقيعها و يتمثلان في العزل و التعويض.

أولاً: العزل

عزل الوصي أو سلب نيابته أو إسقاطها عنه، أيا كان التعبير فالمعنى واحد يقصد به إعفاء الوصي أو النائب من مهامه في إدارة أموال القاصر، و هو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة الوصي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع. فقد نصت المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:.../5 بعزله بناء على من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

¹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 144.

² - غربي صورية، المرجع السابق، ص. 219.

طلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت أن الوصي يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

يكون عزل الوصي بموجب أمر يصدر من المحكمة، و يخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر و تعريضها للخطر للسلطة التقديرية للقاضي، هذا الأخير يرجع له وحده القرار في إبقاء الوصي أو عزله¹.

ثانيا: التعويض

متى قامت مسؤولية الوصي مهما كانت تصرفاته التي عرضت مصلحة القاصر للخطر، يكون مثله مثل الولي ملزما بتعويض القاصر عن خسارته، و هو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها، أو تبديدها. أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه².

ما تجدر الإشارة إليه، أنه حماية للقاصر أراد المشرع التسهيل على القاصر إثبات مسؤولية الوصي و ذلك من خلال إلزام الوصي في المادة 97 من قانون الأسرة أن يقدم حساب عن كل الإيرادات والمصروفات الفعلية التي قام بها نيابة عن القاصر إلى من يخلفه أو إلى ورثة القاصر، أو إلى القاصر الذي رشد، بحيث يشمل هذا الحساب كل ما أنفقه بالمستندات و ما قام به من تصرفات و ما حصل عليه من نقود، و أدلة إيداعها و مدة الإنفاق، و من ثم على الوصي أن يثبت بأنه لم يتجاوز ما حدده القانون من تصرفات إذا طلب إليه ذلك.

إضافة إلى ذلك، على الوصي أن يقدم صورة عن الحساب إلى القضاء، و هذا حتى يتأكد القاضي بواسطة هذا الحساب من صدق ما قدمه الوصي، فإذا شك أو إرتاب القاضي في أمره جاز له أن يطلب توضيحات من الوصي³.

¹- أنظر، جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة، دار الهدى، الجزائر، دون سنة نشر.

²- جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 143.

³- غربي صورية، المرجع السابق، ص. 220.

و في حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.

الفرع الثاني: دور القاضي في حالة ما تعارضت مصالح القاصر مع مصالح الوصي

قد يحدث أن تتعارض مصالح القاصر في تصرف من التصرفات التي يبرمها الوصي نيابة عنه مع مصالح هذا الأخير، و في هذه الحالة أعطى المشرع للقاضي الحق في تعيين متصرف خاص، يشرف على إبرام هذا التصرف للحفاظ على مصالح القاصر. حيث نصت المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

كما نصت المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88، 89 و 90) من هذا القانون".

قد يحصل التعارض بين مصالح القاصر و مصالح الوصي شخصيا و قد تتعارض مصالحه مع مصالح زوجة الوصي و قد تتعارض مصالح القاصر مع مصالح قاصر آخر مشمول بالحماية. فإذا تعارضت المصالح عين القاضي متصرفا خاصا أو تلقائيا بناء على طلب من له مصلحة.

الجدير بالذكر أنه إذا كان المشرع قد نص على وجوب تعيين متصرف خاص في حالة التعارض بين المصالح، فإنه ترك للمحكمة تحديد المهمة الخاصة التي يتولى هذا المتصرف مباشرتها، بحيث لا يجوز للوصي الخاص تجاوز حدود تلك المهمة¹.

الفرع الثالث: إنتهاء الوصاية

إن دراسة حالات إنتهاء الوصاية و علاقة الوصي بالقاصر المولى عليه يقتضي التطرق إلى مسألتين هما:

- حالات إنتهاء الوصاية.

¹ - ماجدة مصطفي شبانة، المرجع السابق، ص. 111.

- إجراءات تسليم الأموال و محاسبة الوصي بعد إنتهاء مهامه.

أولاً: حالات إنتهاء الوصاية

الوصاية تشترك مع الولاية في أنها تنتهي و تزول لأسباب معينة و التي نص عليها المشرع في نص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تنتهي مهمة الوصي: 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته. 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه. 3- بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها. 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته. 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر". فإذا إنقضت مهمة الوصي لسبب أو لآخر فلا يجوز له ممارسة أي عمل على القاصر.

بناء على هذه المادة من قانون الأسرة الجزائري نتناول حالات إنتهاء مهام الوصي وفقاً لما يلي:

أ- إنتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالقاصر

تنتهي مهمة الوصي بسبب القاصر في حالتين هما:

1- بموت القاصر

إذا توفي القاصر الموصى عليه، فإن مهام الوصي تنتهي، و لم يعد هناك موجب لبقاء الوصي على الوصية، فوجب عليه أن يسلم أموال القاصر التي في عهده إلى ورثة القاصر المتوفي. بعد أن يعرض على قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ ما يراه مناسباً لأن إدارة أموال القاصر تخضع دائماً لرقابته، و بالتالي فهو من يقرر إنتهاء الوصاية.

2- إنتهاء الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد

تنتهي الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد تنتهي الوصاية عليه. فتثبت له بهذا البلوغ أهمية كاملة دون الحاجة إلى صدور حكم يرفع عنه الوصاية و بذلك تنتهي مهمة الوصي و ولاية المحكمة التي تتولي رعاية

شؤون القاصر، فإذا زال سبب الولاية زالت الوصاية بطريقة طبيعية لإنعدام السبب¹. فإذا بلغ القاصر التاسعة عشر سنة (19) كاملة، متمتعاً بكامل قواه العقلية و الجسدية و لم يسبق الحكم بالحجر عليه، حق له أن يتسلم أمواله كلها من الوصي.

إذا ما بلغ هذا الولد و كان متصفاً بهذا الوصف، و باشر أي عقد من العقود دون أن يغبن فيه غبناً فاحشاً، فإنه يكون نافذاً و أن يتوقف على إجازة الوصي².

لكن إذا إنتهت الوصاية ببلوغ سن الرشد فعلاً و كان القاصر غير رشيد فإن ذلك لا يمنع من إتخاذ إجراءات الحجر عليه³.

ب- إنتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالوصي

تنتهي الولاية المكتسبة لأسباب عديدة تتمثل في:

1- زوال أهلية الوصي أو موته

تنتهي الوصاية بموت الوصي، إذ أن الوصاية شخصية، لا تنتقل إلى ورثته، و غاية الأمر أنه يعرض الوصي بوصي آخر، و يستوي في ذلك الموت الحقيقي أو الحكمي⁴.

كما تنتهي بفقد الوصي أهليته، إذ أن الأهلية شرط إبتداء و بقاء، فمتى تخلفت لأي سبب كان إنتهت الوصاية⁵ و وجب منح الوصاية لشخص آخر يعينه قاضي شؤون الأسرة بناء على طلب كل من له مصلحة في ذلك.

يلاحظ أن المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "... أو زوال أهلية الوصي..." إقتصرت على حال زوال الأهلية فقط، أي الجنون و العته، و التي تصيب عقل الشخص فتعدم أهليته، فلا يدخل في حكمها السفه و ذي الغفلة، و لهذا كان الأجدر لو جاء في النص مصطلح

¹ - أنظر، عيسى أحمد، الإجهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2011، عدد 1، ص. 100.

² - أنظر، الفوزان صالح الفوزان بن عبد الله، الملخص الفقهي، ط.1، دار العاصمة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، ص. 98.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 206.

⁴ - محمد سعيد جعفر، دروس... المرجع السابق، ص. 617.

⁵ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 207.

الحجر على الوصي " ليكون المعنى أدق فيشمل حالتي نقص الأهلية و هي السفه و الغفلة كذلك ، لأن السفه وذي الغفلة يحتاجان بدورهما إلى من يقوم برعاية مصالحهما، و لا يمكن أن يتوليا مصالح غيرهما.

كما يلاحظ عدم النص على حالتي فقد الوصي و غيبته، فإذا غاب الوصي و لم يعرف مكانه و لا محل إقامته، أو أضحى مفقودا لا تعرف حياته من موته، فإن ذلك يعتبر من موجبات إسقاط الوصاية، و لذلك يمكن أن نضمها إلى حكم الوفاة. لأن الوفاة الحكمية كالوفاة الطبيعية من موجبات إسقاط الولاية على المال، و لكن يستحسن النص على الحالتين صراحة لكي يتضح المعنى.

2- إنتهاء الوصاية بسبب إنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها

إذا زال السبب الذي من أجله أقيم الوصي تنتهي وصايته. و تسلم الأموال المعهودة إليه إلى من يتولى شؤون القاصر من بعده، فقد تنتهي المهام التي أقيم من أجلها الوصي إذا عادت الأهلية للولي الذي أصيب بإحدى عوارض الأهلية.

إن الوصاية بإعتبارها عقد يجوز توقيتها بزمن معين أو حدوث فعل معين، كما يجوز تعليقها على شرط ما لم يكن الشرط مخالفا لمقتضيات الشرع أو القانون أو مصلحة الموصى عليه و الفقهاء يجمعون على توقيت الوصية أو تعليقها على شرط¹.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فلا يوجد إشارة إلى تعليق الوصاية على شرط و حسب ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فإنها تشيرنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون فيما أن الفقهاء يجمعون على جواز تعليقها على شرط فيجوز ذلك شريطة أن لا تخالف النظام العام و الآداب العامة.

¹- أنظر، خوادجية سميحة حنان، محاضرات النيابة الشرعية، تخصص قانون الأسرة، أولى ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة.

لقد نص قانون الأسرة على توقيت الوصاية في حالة واحدة بنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري بإنهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها¹. فنظرا لعموم النص من جهة، و لعدم النص على حالة الأوصياء الذين يعينون للقيام بمهام محددة من جهة أخرى، فإن هذا الأمر يدعو إلى القول بأن الحالات التي يعين فيها الوصي، قد تكون مقترنة بتحقيق غرض معين مثل الخاص، فتطبق عليه أحكام المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري.

لذلك إذا ثبت تعارض بين مصالح الوصي و مصالح القاصر ففي هذه الحالة يعين وصي خاص يتولى إدارة الأموال محل التعارض فإذا إنتهى من الأمر إنتهت وصايته، كما قد يعين وصيا على القاصر إذا ما فقد الولي ولايته بسبب غيبته أو فقده، أما إذا عاد الولي عادت إليه ولايته و إنتهت مهمة الوصي².

3- بقبول عذره في التحلي عن مهمته

يجوز للوصي أن يقدم طلبا بالتحلي عن مهامه إلى قاضي شؤون الأسرة، الذي يملك السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، بالنظر في العذر الذي يقدمه الوصي، فإذا رأى القاضي جدية العذر و أن في الإبقاء على الوصي يسبب ضررا للقاصر، وجب عليه قبول الطلب.

الملاحظ أن المشرع لم يبين الحالات التي يمكن إعتبارها أعدارا، بل ترك أمر تقدير أي عذر لسلطة القاضي بالنظر في جديته أولا، خاصة أن باب الأعدار قد يتسع، فلا يمكن حصرها و من أمثلتها أن يسافر الوصي لمدة طويلة فيخشى على أموال القاصر التي تحتاج إلى متابعة و رعاية دورية مستمرة.

نخلص إلى القول بأن الوصاية تقوم لمصلحة القاصر دائما، بهدف حفظ أمواله و تنميتها وإستثمارها، و لذلك لا يجوز إكراه الوصي على تولى شؤون القاصر المالية برفض طلبه في التنحي، خاصة إذا كان لديه عذر مقبول، فقد يؤدي عدم قبول عذره إلى إهماله لمصالح القاصر المالية، فيعرضها إلى الهلاك أو النقصان، نفس الأمر يطبق في حالة قبول إستقالته لغير عذر فلا يوجد من

¹ أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، ب. ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص. 294.

² دليلة سلامي، المرجع السابق، ص. 125.

يعوضه للقيام بمهامه أو بوضعها في أيد غير أمينة و من أجل ذلك وجب على القاضي أن يتحقق جيدا من الطلب قبل إصداره لقراره فينظر أيهما أصلح للقاصر.

4- عزل الوصي

يكون عزل الوصي من قبل المحكمة بناء على طلب من له مصلحة، إذا وجد سبب يجعله غير صالح للوصاية، أو إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، بأن أساء إدارة أمواله أو أهملها¹. وذلك طبقا للمادة 473 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على أنه: "إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي".

أكدت المادة أن القاضي بإمكانه عزل النائب الشرعي و ذلك لحماية مصالح القاصر.

الوصي من شروطه أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا، أمينا حسن التصرف، و إذا لم تتوفر هذه الصفات فيه أجاز القانون للقاضي عزله².

ثانيا: إجراءات تسليم الأموال و محاسبة الوصي بعد إنتهاء مهامه

سبق القول أنه يجب على الوصي الذي إنتهت مهامه أن يسلم ما في عهده من أموال القاصر إلى من يخلفه في مهام الوصاية تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة.

فعملية تسليم أموال القاصر و نقل مهام الوصاية تخضع لإجراءات قانونية خاصة يحاسب بموجبها الوصي للتأكد من سلامة أموال القاصر، و حالتها قبل و بعد الوصاية.

بذلك نصت المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على الوصي الذي إنتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده و يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته".

¹ - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص. 89.

² - أحمد نصر الجندي، شرح...، المرجع السابق، ص. 181.

إذا ما إنتهت مهام الوصي ببلوغ القاصر سن الرشد أو بإنتهاء المهام التي عين من أجلها أو بعزله، أو تخلى بنفسه عنها فإنه يلزم بتسليم ما لديه من أموال القاصر إلى الجهة التي تؤول إليها مرفقة بحساب يبين ما أنفقه و ما قام به من تصرفات حتى يثبت حسن تصرفه و عدم تجاوزه لما حدده له القانون و يتم هذا التسليم وجوبا تحت مراقبة و إشراف قاضي شؤون الأسرة الذي يتسلم بدوره نسخة من الحساب.

يتم تسليم الأموال بحسب المادة السالفة الذكر إلى من يعينهم الأمر و هو كالتالي:

- 1- إلى من يخلف الوصي في الإشراف على أموال القاصر فقد يكون وصيا آخر أو المقدم الذي يعينه القاضي أو إلى الولي الذي عادت الولاية إليه بسبب الوقف¹.
- 2- القاصر الذي بلغ عاقلا، راشدا، أو تم ترشيده.
- 3- ورثة القاصر الموصى عليه إذا إنتهت الوصاية بوفاته فالورثة هم خلفه العام لذلك تؤول إليهم التركة بالوفاة.

أما في حالة إنتهاء الوصاية بسبب وفاة الوصي أو فقده فإنه يتعين على ورثته أن يتسلموا أموال القاصر إلى من يخلف الوصي المتوفي وصيا آخر، أو مقدما أو للولي الأصلي نفسه.

لقد قيدت المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري مدة تسليم الأموال للقاصر بعد رشده أو إلى ورثته حال وفاته بشهرين يبدأ حسابهما من تاريخ تحقق سبب إنتهاء الوصاية.

أما إذا وجد إشكال في حسابات الأموال التي يسلمها الوصي بعد إنتهاء وصايته يرفع الأمر إلى قاضي شؤون الأسرة وفقا لما نصت عليه المواد 476-477 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

حيث نصت المادة 476 من ق. إ. م. إ على أنه: "ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية و إدارتها أمام قاضي شؤون الأسرة".

¹ - دليلة سلامي، الرجوع السابق، ص. 126.

كما نصت المادة 477 من نفس القانون على أنه: "ترفع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية من قبل القاصر، بعد بلوغه أو ترشيده، أمام قاضي شؤون الأسرة".

إذا ما سلم الوصي الأموال المعهودة إليه إلى القاصر نفسه بعد أن أصبح راشداً أو تم ترشيده فهذا الأخير إذا رأى أي إشكال في الحسابات المقدمة بخصوص أمواله، أن يلجأ إلى القضاء من أجل المطالبة بها وهو ما أكدته المادة 477 السالفة الذكر.

بعد أن تعرضنا في المطلب السابق إلى الرقابة القضائية على أعمال الوصي سنتعرض في المطلب الثاني إلى الرقابة القضائية على أعمال المقدم.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال المقدم

لدراسة هذا المطلب لابد من تقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول سلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية أما في الفرع الثاني نتناول إنقضاء القوامة.

الفرع الأول: سلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية

يرسم القانون للمقدم حدوداً ليمارس ضمنها النيابة على القاصر، فيكون الخروج عن هذه الحدود تجاوزاً لسلطاته و مخالفة للقانون.

حتى يضمن المشرع حماية للقاصر من مثل هذه التجاوزات، التي قد يقوم بها المقدم في حق القاصر، أعطى القاضي حق تقرير جزاءات عليه، قد تمس هذه الجزاءات التصرفات التي يبرمها خارج نطاق السلطات الممنوحة له، أو دون إحترام الإجراء القانوني الواجب عليه، لذلك سنبين الجزاء المقرر للنائب المجاوزة لحدود نيابته ثم نحدد نطاق المسؤولية المدنية للمقدم عن أعماله.

أولاً: جزاء تصرفات المقدم المجاوزة لحدود نيابته

قد يباشر النائب تصرفاً خارج الحدود التي رسمها له القانون، كما لو تبرع المقدم مثلاً من مال الصغير المشمول بالنيابة الشرعية، أو كما لو باشر عملاً من الأعمال التي يتعين عليه فيها الحصول على إذن من المحكمة دون أن يحصل على ذلك الإذن.

و قد حكم القضاء الجزائري بالبطلان على تصرف المقدم إذا صدر دون الرجوع إلى المحكمة لإستئذائها و طلب موافقتها، متى كان القانون يوجب ذلك و يتحمل هذا النائب كل الأضرار التي تحصل للطرفين أي القاصر و الطرف الثاني في العقد.

ثانيا: تحديد نطاق المسؤولية المدنية للمقدم عن أعماله

لقد ألزم المشرع الجزائري من خلال تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية في الفقرة الثانية من المادة 471 بوجوب تقديمه عرضا دوريا للقاضي عن إدارة أموال القاصر، بحيث جاء في نص هذه الفقرة على أنه: "يجب على المقدم أن يقدم دوريا و طبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر و عن أي إشكال طارئ له علاقة بهذه الإدارة".

يترتب على إخلال المقدم بواجباته و قيام مسؤوليته جزاءان هما العزل و التعويض.

عزل المقدم هو جزاء يتخذه القاضي في مواجهته إذا رأى أن مصلحة القاصر معرضة للضياع. وطلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت أن المقدم يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر. و هذا الأخير هو من يرجع له الحق في إبقاء المقدم أو عزله بناء على سلطته التقديرية في ما مدى سوء إدارة أموال القاصر و تعريضها للخطر¹.

أما بالنسبة للتعويض فمتى قامت مسؤولية المقدم عن تصرفاته التي عرضت مصلحة القاصر للخطر، يكون ملزما بتعويض القاصر عن خسارته. و المقدم لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها أو تبديدها أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فلا ضمان عليه².

¹ - جمعة سمحان الهلباوي، المرجع السابق، ص. 71.

² - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص. 143.

الفرع الثاني: إنقضاء القوامة

تنقضي القوامة إما طبيعياً و قانوناً.

أولاً: الإنقضاء الطبيعي للقوامة

لقد نصت المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام".

بقراءتنا لنص هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد جعل أسباب إنقضاء التقديم هي نفسها المقررة لإنقضاء الوصاية و التي تطرق إليها في المادة 96 التي تنص على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:

- 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.
 - 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
 - 3- بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
 - 4- بقبول عذره في التحلي عن مهمته.
 - 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".
- تنتهي مهمة المقدم إما بموت القاصر، أو زوال أهلية المقدم كأن أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو موته، و كذا في حالة بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

ثانياً: الإنقضاء القانوني للقوامة

تنتهي مهمة القيم قانوناً بإحدى الحالات التالية:

أ- رفع الحجر عن المحجور عليه

لابد أولاً أن نعرف مفهوم الحجر و حكمته مشروعيته.

1- تعريف الحجر

يعتبر الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري إلا أنه قد يتعرض هذا الشخص إلى عارض من عوارض الأهلية التي قد تعدو أهليته وإرادته كالجنون و العته، أو تنقص أهليته و هذا العارض يصعب تقديره، فيعمل على الإخلال بحسن تدبيره و بصره للأموال كالسفه و الغفلة.

الحجر بمعناه اللغوي بفتح الحاء هو المنع، و في مجال الولاية على المال يكون المنع من التصرف في المال¹. و معناه أن تحجر على الإنسان ماله فتمنعه أن يفسده.

أما إصطلاحاً فيقصد به منع التصرف القولي، أي أن العقود لا تنشأ نافذة عليها أحكامها التي رتبها الشارع، و كذلك سائر التصرفات فلا يمضي الشارع تصرفاً للمحجور عليه، ما دام ذلك التصرف داخلاً في نطاق الحجر، و سبب الحجر ضعف في تقدير المحجور عليه، إما لسفه أو صبا، أو عته أو جنون، و إما لحق بسبب إستغراق الديون لأمواله. و على هذا المحجور عليهم هم: الصغير، السفية، ذو الغفلة، المجنون، المعتوه و المدين².

الصغر سبب من أسباب الحجر، فلا تنفذ تصرفات الصغير القولية، لأن الصغر عجز، و لا يتكامل في الصغير العقل، و التصرفات القولية أساس الإلتزام فيها العقل و الرضا، فإذا لم يكن العقل أو كان غير كامل فلا يوجد موجب الإلتزام في هذه التصرفات³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يقدم تعريفاً صريحاً للحجر بل إكتفى بذكر عوارض الأهلية التي تصيب الشخص، و التي تكون سبباً من أسباب الحجر عليه، و في نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري المذكورة سلفاً، ذكر المشرع أن الشخص لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه

¹ - أحمد نصر الجندي، شرح... المرجع السابق، ص. 185.

² - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 432.

³ - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 435.

المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. و يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة.

2- الحكمة من مشروعية الحجر

لو تدبرت الحكمة التي من أجلها شرع الله الحجر على الأنواع التي ذكرناها لوجدت في الحجر على كل واحد منهم حكمة ترجع: إلى قصد المحافظة على ماله هو نفسه من الضياع، و إما إلى قصد المحافظة على أموال غيره من الناس أو أرواحهم أو أديانهم.

الصبي و الجنون و المعتوه و السفیه و ذو الغفلة محجور عليهم لثلا تضيع أموالهم بغير قصد منهم و بلا رضا، لأنهم ليسوا أهلا للقصد الصحيح، و لا يتصور منهم الرضا الكامل الذي ينبني على تقدير المصلحة، فلكي تحول الشريعة بين هؤلاء و من يحاول الإحتيال عليهم و أخذ أموالهم بالباطل حجرت عليهم، رحمة بهم، و ضنا بأموالهم أن تضيع سدى¹.

إذا إنتهى السبب المؤدي للحجر فإن هذا الحجر يزول بزوال هذا السبب، تقرر المحكمة رفع الحجر عن المحجور فتنتهي القوامة إذ لا يكون ثمة محل ترد عليه القوامة. فيمكن تصور رجوع عقل الجنون أي إسترجاعه لرشده و تمييزه فالجنون عبارة عن مرض يمكن علاجه و ذلك عن طريق المتابعة المستمرة للأطباء الأخصائيين في الأمراض العقلية فيعتد بأقوال ذلك الشخص و أفعاله. و نفس الشيء بالنسبة للمعتوه فإذا تلقى العناية اللازمة و العلاج الكافي من أفراد أسرته و المتابعة الطبية من ذوي الإختصاص في الميدان الطبي يكتمل عقله و يتدارك النقص الذي به و يزول الإختلال و سوء التمييز. أما السفه كذلك يمكن أن يزول عن الشخص الذي إعتراه كونه صفة تعتري الإنسان و ليس مرض، و تحمله على تبذير المال على خلاف مقتضى العقل، و نفس الشيء لذي الغفلة فإذا ظهرت هناك ضعف بعض الملكات النفسية لا يعني إختلال في العقل بل أن الإدراك و التمييز متوفرين و عقل الشخص سليم، لكن حسن الإدراك و التقدير غير متوفرين للطبية الزائدة فقد يتفطن المغفل لنفسه و يدرك أن هذه الطبية الزائدة ليست الحل لمواجهة مصاعب الحياة.

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 423.

ب- إنتهاء العمل الممنوح للمقدم

القيم أثناء تعيينه من طرف المحكمة تمنح له المهام التي يتولى القيام بها، فبزوال هذا السبب أو العمل الممنوح لهذا القيم تنتهي مهمته نهائيا.

ج- الإنتهاء بحكم القضاء

هناك حالتين لإنتهاء مهمة القيم بحكم القضاء حالة قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته أو حالة عزله.

1- قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته

حسب المادة 4/96 من ق. أ. ج التي تنص على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:

4) قبول عذره في التخلي عن مهمته". فالقاضي عليه أن ينظر في جدية السبب أثناء تقديم الوصي لطلب التخلي عن مهمته أو وظيفته فإذا كان السبب جديا و مقنع يقبل القاضي الطلب المقدم من الوصي.

2- عزل القيم

إذا توفر سبب يستدعي العزل من ذوي المصلحة إذا أساء الوصي إدارة أموال القاصر أو أهملها أو أصبح في بقاءه خطر على مصلحة القاصر، و يكون هذا العزل من قبل المحكمة بناء على طلب من له مصلحة أو إذا فقد شرطا من الشروط التي توفرها لصحة الإيضاء.

حسب المادة 98 من ق. أ. ج التي تنص على أنه: "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق بأموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره". فالمشرع الجزائري جعل الوصي مسؤولا عن رعاية القاصر و أمواله.

إذا إنتهت مهمة المقدم مثله مثل الوصي يجب أن يسلم كل ما بحوزته من أموال و يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص الذي رفع الحجر عنه أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته.

الخاتمة

من خلال الدراسة التي قمنا بها تحت عنوان مسؤولية متولي الرقابة بالدراسة المقارنة بين القانون المدني و قانون الأسرة، تبين لنا الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع بين كلا من القانونين حيث جاء في التقنين المدني الجزائري تحديد سن القاصر الذي يتغير بين سن التمييز و سن الرشد و تم تفصيل كل مما يتعلق بأهليته.

خلصنا إلى أن للرقابة معنى يختلف عن الحراسة، و لكي تكون الرقابة لابد من وجود طرفين هما المكلف بالرقابة و الخاضع لها.

كما إشرط المشرع على المكلف بالرقابة إلتزام يقع على عاتقه و هو إلتزام برقابة الشخص الخاضع لرقابته و يكون مسؤولا عن الأخطاء الصادرة منه، و المادة 134 حددت حالات يكون الخاضع للرقابة بحاجة ماسة إلى الرقابة هي إما بسبب القصر، الحالة العقلية، أو الجسمية.

الرقابة يمارسها الأولياء على أولادهم القصر كأصل و مصدرها القانون و في بعض الأحيان تنتقل هذه الرقابة إلى أشخاص آخرين كإستثناء مصدرها الإلتفاق.

لقد تعرضنا إلى ذكر بعض الصور على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر، كإنتقال الرقابة إلى المدرسة. ففي هذه الحالة يكون المعلم هو المكلف برقابة تلاميذه و يكون مسؤولا عن الأخطاء الصادرة منهم.

حتى تتحقق هذه المسؤولية لابد من توفر شروط لقيامها و المتمثلة في الإلتزام بواجب الرقابة وكذا صدور فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة يضر بالغير. و يسأل على أساس الخطأ المفترض وهو الخطأ في الرقابة بهذا الواجب بما ينبغي عليه من عناية و حرص.

لا يمنع قيام مسؤولية متولي الرقابة من أن يقوم إلى جانبها مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة. فيستطيع المضرور إذن أن يرجع على من إرتكب الخطأ بالذات إن كان لديه مال. فإن إستوفى منه كامل التعويض فلا رجوع له بعد ذلك على متولي الرقابة. أما إذا رجع على متولي الرقابة و إستوفى منه كامل التعويض فلا رجوع له على من إرتكب الخطأ. المهم ألا يستولي المضرور إلا على تعويض واحد و الغالب أن يرجع المضرور على متولي الرقابة.

على أي حال إذا تم هذا الرجوع جاز للمكلف بالرقابة أن يرجع على من إرتكب الخطأ. فإذا كان من إرتكب الخطأ مميزا رجوع عليه متولي الرقابة بكل ما دفعه. و لا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو الخطأ الأول. و إن كان غير مميز فلا رجوع لمتولي الرقابة عليه بشيء، فعديم التمييز غير مسؤول عن الخطأ و لا تترتب في ذمته إلا مسؤولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولي الرقابة، و يعتبر متولي الرقابة في هذه الحالة هو المسؤول الأصلي.

يستطيع المكلف بالرقابة أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ في جانبه أو يثبت أنه قام بواجب الرقابة. و له أن يتخلص من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والعمل الذي وقع ممن يخضع لرقابته أو أثبت أن الضرر كان لا بد أن يقع و لو قام بهذا الواجب والعمل الذي وقع ممن يخضع لرقابته أو أثبت أن الضرر كان لا بد أن يقع و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. فتنتفي السببية بإثبات المكلف بالرقابة أن العمل غير مشروع الواقع لا علاقة له بخطأ من جانبه و إنما بسبب أجني من شأنه أن يؤدي إلى وقوع هذا العمل رغم إتخاذ كل الإحتياطات المعقولة.

من خلال بحثنا إستطعنا أن نستخلص مجموعة من النتائج و التوصيات أردنا أن تكون هي ختام بحثنا:

أولاً: النتائج

1- لقد رأينا من خلال هذا البحث أن التعديلات الأخيرة التي أقدم عليها المشرع الجزائري مؤخرا من شأنها أن تزيل اللبس و الغموض الذي إعتري مجال مسؤولية متولي الرقابة التي لم تكن تطرح إشكالا في حالة قيام الرابطة الزوجية، بل كانت الإشكالات تطرح في حالة هجر الأب أو إبتعاده المادي لظرف من الظروف عن مقر سكناه أو في حالة الطلاق.

إذا كان الرأي السائد والمتمسك بحرفية النص على إعتبار أن إنتقال الولاية إلى الأم لا يتم إلا في حالة الوفاة لأن الأب رغم عدم قيامه بالرقابة الفعلية فيتحمل كافة الأضرار التي يرتبها أولاده القصر لكن التعديل كرس مسألة تجاري المنطق والصواب، وأما ما تقتضيه قواعد العدالة فقد أعطى للأم في حالة غياب الأب القيام ببعض الأمور المستعجلة

التي تخضع لتقدير القاضي شأنه في ذلك شأن الإستعجال. بينما منح الولاية لمن أسندت له الحضانة وهو تطور في منظور المشرع الجزائري، من شأنه أن يحل العديد من الإشكالات العملية التي ظلت عالقة ليس فقط من باب المسؤولية بل حتى تسهيل الأمر بالنسبة لمن تولى الحضانة للقيام بمهامه على أكمل وجه.

نظرا لحدثة النص و عدم وجود إجتهد قضائي أو بحث فقهي سلط عليه، فقد قمت بتوضيح بمحاولة تأصيل هذه المسألة و إنتهيت إلى القول بأن نص المادة 87 المعدلة لم تكن فقط في سبيل تخصص القوانين، ولكن في سبيل وضع إطار عام لمسؤولية متولي الرقابة وتحديد نطاق عبر كامل المراحل (في الحياة العادية، عند الغياب، عند الطلاق).

2- باعتبار الحضانة من المسائل التبعية لدعاوى الطلاق فقد وضع المشرع الجزائري المحضون عند من يحقق له الرعاية و العناية و القدرة على تربيته و القيام بشؤونه، و ترك مراعاة مهمة هاته الشروط و التأكد من توافرها للقاضي. و بهذا يكون المشرع قد عبر ضمنا على قاعدة مراعاة مصلحة المحضون.

3- وضع المحضون عند الحاضن الذي يثبت بالدليل أنه الأسبق في ممارسة الحضانة لكونه أهلا للقيام بها، و أن غيره ممن طالبوا بها ليسوا أحق بالحضانة منه. و بالتالي فمسألة إثبات الأجر بالحضانة أمر موضوعي يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

4- إسقاط الحضانة عن الحاضن أو الحاضنة في حال تحقق سبب من أسباب إسقاطها سواء إختلال أحد الشروط أو الإخلال بالواجبات التي عليه.

نتيجة لأهمية الحضانة و آثارها، و حماية للمحضون تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون الأسرة بمقتضى الأمر (05-02) الذي أقر ضمانات جديدة تكفل رعاية مصلحة المحضون، فاشتمل هذا التعديل ما يلي:

أ- تغيير أصحاب الحق في الحضانة، محاولة من المشرع المساواة بين جهة الأم و الأب، و إقرار مبدأ التداول في الحضانة مراعاة لمصلحة الطفل المحضون، من خلال إعادته لترتيب الحاضنين و جعل الأب في مرتبة ثانية بعد الأم و إلزام الأب بالنفقة و توفير السكن.

ب- التأكيد على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها ما لم يخل بمصلحة المحضون، و ذلك تماشيا مع تطور المجتمع و حماية لحق المرأة في حضانة أبنائها و حقها في العمل.

ج- رفع التعارض الذي كان قائما بين المادة 52 و المادة 72 من قانون الأسرة المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة، و إستدراك النقص التشريعي المؤدي غالبا إلى تعارض الإجتهد القضائي حيث جاء في المادة المعدلة جمع شتات المادتين 52 و 72 في صيغة واحدة ترفع اللبس.

د- تدعيم المنظومة التشريعية المتعلقة بالمرأة و الطفل المحضون من خلال الموافقة على قانون إنشاء صندوق النفقة بهدف حماية الحقوق الأساسية للطفل المحضون المحكوم له بالنفقة من مشاكل التي تواجهه و المثارة في تحصيلها، و محاولة التقليل من حدة التزاعات القائمة بسببها حماية للمحضون.

ه- تأكيداً من المشرع على الإهتمام بمصالح المحضون و فرضها في الواقع من خلال القضايا المعروضة، و ذلك بتخصيص فصل خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أين أكد على مراعاة مصلحة الطفل المحضون و هذا من خلال المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر". فبموجب هذه المادة فقد عمم الحماية و ترك للقاضي مهمة مراعاة مصلحة المحضون في كل المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

تكريسا لحماية المحضون بإعتباره من القضايا الناتجة عن حل الرابطة الزوجية و المنتشرة على مستوى المحاكم هناك جرائم تطرح عليها كجريمة الإمتناع عن تسليم المحضون و جريمة خطف المحضون داخل الأسرة من الأب أو الأم، و لاسيما بعد إسناد الحضانة، و تزداد هذه الظاهرة شدة في حالة الأزواج مختلفي الجنسية و تهريب الأطفال الجزائريين إلى الخارج و التي تصطدم بعقبات دبلوماسية واجهتها الجزائر عن طريق إبرام إتفاقيات ثنائية و التي بموجبها فتح إنايات قضائية ما بين

الدول المتعاقدة في شأن مسألة التنقل بالمحضونين، غير أن مسألة الحضانة ما زالت تطرح إشكالات على المستوى الدولي مع الدول الأخرى لعدم وجود إتفاقيات في هذا الشأن.

5- تمارس النيابة الشرعية بالترتيب و يكون أول من يمارسها الولي الطبيعي فهو الذي يتولى تسير أموال القاصر طبيعيا و بقوة القانون و هو الأب ثم تليه الأم مباشرة في حالة إصابة الأب بعجز أو عاهة تمنعه من مباشرة ولايته و كذلك في حالة موته و هو مانصت عليه المواد من 87-91 من قانون الأسرة الجزائري.

كذلك المشرع الجزائري لم يعتبر الجد من الولي الطبيعي الذي يتولى إدارة أموال القاصر و ذلك في أحكام الولاية، أما بالرجوع إلى المواد المتعلقة بالوصاية فقد أعطاه و إعتبره ولي إلى جانب الأب حيث يجوز له أيضا تعيين وصيا له و هذا الحق يقتصر على الولي الطبيعي فقط.

عند إنعدام الولي الطبيعي يحل محله الوصي و هو كل شخص ليس أبا أو جدا بل يختاره الأب أو الجد أو يقوم القاضي بتعيينه في حالة عدم وجودهما، حيث تثبت له بموجب ذلك سلطة على أموال القاصر، و قد نظمت المواد من 92-98 كذلك أعمال الوصي و شروطه و كل ما يتعلق بوظيفته إتجاه أموال القاصر. الوصي قد يكون واحدا أو أكثر من واحد و أوجب المشرع عليه قبل أن يباشر تلك التصرفات أن يحصل على إذن مسبق من المحكمة.

أما بالنسبة للمقدم فقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من الولاية بموجب مادتين 99-100 من تقنين الأسرة الجزائري، و هو يتولى نفس مهام الوصي و هي الولاية على المال.

من خلال هذا الترتيب للأولياء وضع المشرع الجزائري الكفالة في آخر مرتبة رغم أنه نص في المادة 116 من تقنين الأسرة الجزائري أن الكافل يقوم بالقاصر الذي هو تحت رعايته و يعامله معاملة الأب لإبنه. فوثيقة الكفالة تخول له الولاية القانونية على نفس و مال المكفول و لهذا الأخير الحق في المنح العائلية و المدرسية كالولد الأصلي.

ثانيا: الملاحظات

من خلال دراستنا لهذا الموضوع لاحظنا وجود فراغ تشريعي يتمثل في:

1- إن إهتمام المشرع بالقاصر لم يظهر بصورة واضحة مقارنة بإهتمامه بمسائل الزواج والطلاق، كما إهتم المشرع بحقوق و واجبات الزوجين دون التفصيل في ثمة هذا الزواج المسمى بالقاصر، الذي يعتبر عنصر أساسي في العائلة خاصة و أنه أكثر شخص ضعيف يحتاج لرعاية وإهتمام و حماية من طرف المشرع.

2- الغموض الذي يشوب الأهلية المشترطة قانونا إذ نص المشرع في المادة 62 من قانون الأسرة بأنه تثبت الحضانة لمن كان أهلا لتوافر شروطها، فالمشرع لم يوضح محتوى تلك العبارة كما لم يحدد الشروط المطلوبة في المرشح للحضانة و هذا ما يؤدي غالبا إلى التضارب في الأحكام و القرارات القضائية و ينعكس ذلك على المساس بمصلحة المحضون.

3- إختصار أصحاب الحق في الحضانة، بالإضافة إلى عدم تحديد الأقربين درجة و بما أن المشرع يحيل القاضي حسب المادة 222 من قانون الأسرة فالرجوع دائما إلى مصادر الشريعة الإسلامية.

4- أقر المشرع الجزائري حق الزيارة و نص على أنه يحكم بحق الزيارة للطرف الذي لم تسند إليه الحضانة، غير أنه يلاحظ أن المشرع لم ينظم المسائل التطبيقية المتعلقة بهذا الحق و لا بكيفية ممارستها من حيث الزمان و المكان بالرغم من الدور الذي يلعبه هذا الحق في تنشئة المحضون.

5- تنظيم الحضانة في 11 مادة من مواد قانون الأسرة و التأكيد على مصلحة المحضون صراحة في 5 مواد منها، فالمشرع نص على مراعاة مصلحة المحضون في النصوص القانونية و ترك تقدير هاته المصلحة للقاضي بناء على الظروف و الوقائع المطروحة أمامه، و بناء على الواقع الإجتماعي و حاجياته. فالمشرع يركز على مصلحة المحضون كمعيار أساسي في إنخاذ الأحكام و القرارات القضائية في شأنه، و جعل مصلحة المحضون جزءاً لا يتجزأ من المنظومة القانونية و للقاضي تقدير ذلك. و لكن تظل حدود هذا الحق و ضوابطه موضع تساؤل ذلك أن المشرع ذكر هذا المعيار في النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة دون تحديد مفهومها و حدود تقديرها تاركا السلطة التقديرية للقاضي بناء على نظرتة الذاتية للموضوع.

لقد كان على المشرع التدخل لتوضيح هذا المعيار الذي يعتبر الأساس في الحضانة لهذا وجب على المشرع إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة للحضانة و إزالة الغموض الذي يكتنفها باعتبارها الأساس في الحماية القانونية للمحضون.

يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة و السلطة التقديرية للقاضي من جهة أخرى في سعيه للإجتهد في تطبيقها أحسن تطبيق، مراعيًا في ذلك مصلحة الطفل المحضون. و لعل دوره في هذا الشأن صعب نظرا لأن مفهوم المصلحة مرن يتغير بتغير الظروف و الزمان و المكان مما يستوجب الإستعانة بأهل الخبرة في المجال الإجتماعي و النفسي. بحيث تكون حماية الطفل منسجمة ما بين النصوص القانونية المنظمة للحضانة و الواقع القضائي الفاصل في مسألة الحضانة.

6- أن المشرع لم يتكلم عن أجره مهمة تهدف لتوفير رعاية أفضل للقاصر و هي أجره الحضانة والرضاع، بحيث لم يبين لنا ما إذا كانت تدخل ضمن عناصر النفقة أم لا، خاصة و أنها تهدف إلى تحفيز الحاضنة أو المرضعة للقيام بمهامها، لذلك من الأفضل لو ينص عليها المشرع صراحة ضمن عناصر النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة.

كذلك قصر المشرع في حماية القاصر عندما جعل النفقة بين الأصول و الفروع بحسب درجة القرابة في الإرث، مما قد يترتب عنه فراغ تشريعي يتمثل في بقاء القاصر بدون نفقة إذا كان جميع الأصول غير وارثين، لذلك من المستحسن تعديل المادة 77 من قانون الأسرة بحيث تصبح نفقة القاصر واجبة على كل قريب وارث.

7- بالنسبة كذلك للنيابة الشرعية بصفة عامة و مسألة الولاية بصفة خاصة، قد عرفت من جهة نوع من الغموض و من جهة أخرى بعض النقائص و سوء التنظيم، كما جاءت بعض أحكام الولاية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية بالرغم من التعديلات التي أدخلها المشرع مؤخرا على أحكام الولاية أين أراد أن يجعل تلك النصوص تتماشى مع الواقع المعاش.

بالرغم من المساعي التي يبذلها المشرع الجزائري من أجل تحقيق الحماية الكافية لحقوق القاصر وخاصة المالية منها إلا أنه وقع في تناقض بين العديد من نصوصه و من بينها:

- أن المشرع رغم إقراره للأمم بأحقيتها بالولاية على مال القاصر في المادة 87 من قانون الأسرة وذلك للملائمة الواقع رغم ما فيه من مخالفة للشريعة الإسلامية، إلا أنه ناقض نفسه عندما لم يعترف للأمم بحق إختيار الوصي لولدها القاصر في المادة 92 من قانون الأسرة.

- العكس بالنسبة للجد الذي لم يعترف له المشرع بالحق في الولاية على مال القاصر إلا أنه قد إعتبر له بحق إختيار الوصي، وهذا له تفسيرين و هو إما أن المشرع قد قصد ذلك ليتدارك خطئه ويعترف للجد بالولاية القانونية عن طريق إعطائه الحق في إختيار الوصي، أو أن المشرع قد وقع فعلا في سهو عندما أدخل الجد ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في إختيار الوصي للقاصر.

- كذلك أن النصوص القانونية المنظمة للولاية في قانون الأسرة قد تناقضت مع القوانين الأخرى كالقانون التجاري و القانون المدني، فبالنسبة للقانون التجاري فقد جعل المشرع ترشيد القاصر في سن 18 سنة و ذلك بعد أخذ موافقة الأب أو الأم أو مجلس العائلة.

في حين أن قانون الأسرة قد جعل سن الترشيد في المعاملات المالية للقاصر تكون في الفترة ما بين سن التمييز 13 سنة و سن الرشد 19 سنة، وهذا أمر خطير قد يضر بمصلحة القاصر، لأنه لا يمكن أن تتصور شخص في عمر 13 سنة قد أصبح راشدا و كل تصرفاته صحيحة، لذلك من المستحسن أن يوحد المشرع سن الترشيد بين جميع القوانين و تكون ما بين 16 سنة و 18 سنة.

- أما بالنسبة للتناقض الموجود بين قانون الأسرة و القانون المدني فكان بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، فهذه الأخيرة إذا قام بها القاصر تعتبر في القانون المدني قابلة للإبطال و للقاصر الحق في إستعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، في حين تعتبر التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة.

من الأفضل لو يعدل المشرع المادة 101 من القانون المدني بما يتناسب مع المادة 83 من قانون الأسرة، لكون هذه الأخيرة تحقق حماية أكبر للقاصر لأنها تسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة و

تجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس و نتائج المعاملات من جهة، و أن هذا التصرف الذي سيقوم به القاصر لا يعتبر نافذا حتى يتم إقراره من طرف الولي أو الوصي من جهة أخرى.

حسب إعتقادنا أن أهم الأسباب التي جعلت قانون الأسرة يقع في مثل هذه التناقضات مع أحكام القانون المدني تارة و الخروج على بعض المسائل المرتبطة بأحكام الفقه الإسلامي تارة أخرى، قد يعود إلى تأثير المشرع بأحكام التقنين المدني الفرنسي في محاولة منه إلى الجمع بين أحكام الشريعة الإسلامية من جهة و ما ينص عليه القانون المدني الفرنسي من جهة أخرى.

- لم يبين المشرع ماهي المنقولات ذات الأهمية الخاصة، و هو ما يجعل النائب الشرعي يرجع إلى إذن القاضي من أجل بيع أي منقول.

- لم يوضح كيفية بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

- لم يحدد المشرع المرجو من المصلحة و الضرورة من أجل إستصدار الإذن، و تركها للسلطة التقديرية للقاضي التي تختلف من قاضي إلى آخر.

- خالف تقنين الأسرة الجزائري الفقه الإسلامي في جعله للولي و باقي النواب الشرعيين نفس سلطات على أموال القاصر، مما يعني أنه لم يراعي عنصر قرابة الولي القاصر، و ما يحمله له بحكمها من شفقة و خوف يجعلانه يؤتمن على أموال هذا القاصر بقدر أكبر من إئتمان أي نائب.

- جعل المشرع الجزائري في المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري أسباب الحجر هي الجنون و العته و السفه و لم يذكر ذو الغفلة على خلاف القانون المدني الجزائري.

ثالثا: التوصيات

بعد هذه الدراسة المعمقة لموضوع مسؤولية متولي الرقابة، إرتأينا إدراج بعض التوصيات والإقتراحات التي تساهم بالإرتقاء في النصوص القانونية و الأحكام القضائية تتمثل في:

1- إضافة مادة جديدة لقانون الأسرة الجزائري تنص صراحة على شروط الولي.

2- تعديل المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى، بإضافة الجد كولي إلى جانب الأب والأم، حتى لا يكون هناك مجال للتفسير أو التأويل الخاطئ للمادة 92 من قانون الأسرة الجزائري التي أعطت للجد الحق في إختيار الوصي.

3- إضافة فقرة جديدة للمادة 88 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على وجوب الحصول على إذن القاضي في تصرفات الولي و ذلك لتحديد حكم التصرفات التي يقوم بها هذا الأخير في حالة عدم الحصول على هذا الإذن.

4- ضرورة إضافة الغفلة للمادة 101 من قانون الأسرة الجزائري أي تعديل هذه المادة.

5- تعديل المادة 89 من تقنين الأسرة، بإضافة المنقول إلى جانب العقار من أجل بيعه في المزاد العلني، لضمان أقصى حماية لأموال القاصر.

6- وضع فصل خاص أو حتى قانون خاص، يوضح فيه المشرع حقوق القاصر التي يتمتع بها والحماية المقررة له و ذلك من الناحية الشخصية و المالية.

خلاصة القول أننا نعتقد بعد كل ما تجلى لنا من هذه الدراسة أن المشرع قد أعطى للقضاء سلطة واسعة في حماية الفئات الضعيفة من المجتمع، ففرض عن طريق أحكام مختلفة رقابة صارمة على تصرفات النائب الشرعي، رغم أنه يعاب عليه في هذا الجانب أنه أهمل بعض الآليات المهمة التي تضمن فعالية هذه الرقابة على نظام النيابة الشرعية على القاصر نظرا لبعض النقائص الموجودة في النصوص المعالجة لهذا الموضوع نأمل أن يلقى مثل هذا الموضوع إهتماما من طرف فقهاء القانون لتوفير مراجع قانونية متخصصة تتناول الموضوع من مختلف الجوانب كونه يستحق البحث و الدراسة.

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: المراجع العامة

أ- باللغة العربية.

- 1- أبو الفرج عبد الرحمن ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933.
- 2- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج. 2، المكتبة التجارية، د. س. ن.
- 3- أبو محمد علي بن أحمد بن سعد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج. 10، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.
- 4- أبي حامد محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج. 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1324.
- 5- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد خير العباد، دار الفكر، بيروت، 2003.
- 6- ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج. 1 و 2، دار لسان العرب، لبنان، د. س. ن.
- 7- ابن منظور، لسان العرب، ج. 3، ط. 1، دار صادر، بيروت، 1997.
- 8- ابن منظور، لسان العرب، ج. 8، مكتبة التوفيقية، القاهرة، د. س. ن.
- 9- أحمد بنحيت الغزالي، عبد الحليم منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008-2009.
- 10- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 11- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الشيعية في الفقه و القضاء المصري، مطبعة عباد الرحمن، المنصورة، مصر، 2008.

- 12- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ب. ط، ب. د. ن، مصر، 1992.
- 13- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطلق و آثارهما، الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 14- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 15- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 16- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج. 3 و 4، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان.
- 17- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية، ط. 2، لبنان، 2013.
- 18- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
- 19- البخاري الإمام عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، دار الأفكار الدولية، الرياض، 1988.
- 20- التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج. 4، ط. 2، دار الوعي، الجزائر، 2010.
- 21- السباعي مصطفى و عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، ط. 5، المطبعة الجديدة، سوريا، 1978.
- 22- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد، 2، نظرية الإلتزام بوجه عام، ط. 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 23- العربي بنحيتي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

- 24- العربي بجتي، نظام الأسرة و الشرائع و النظم القانونية القديمة، ط. 1، مؤسسة كنوز الحكمة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
- 25- الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 26- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط. 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 27- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط. 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 28- الفار عبد القادر، مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2006.
- 29- الفوزان صالح الفوزان بن عبد الله، الملخص الفقهي، ط. 1، دار العاصمة للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423.
- 30- اللصاصمة عبد العزيز، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني الأردني و المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها و شروطها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002.
- 31- المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 32- المرادوي علاء أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج. 4، دار أحياء التراث العربي، لبنان، 1999.
- 33- النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج. 3، تحقيق عادل عبد الموجود و علي المعوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ب. س. ن.

- 34- أجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون الأردني والمصري و الفرنسي و مجلة الأحكام العدلية و الفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقد والتميز، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2007.
- 35- أمير فرج يوسف، المسؤولية المدنية و التعويض عنها، المسؤولية عن الأفعال الشخصية و على عمل الأشياء، الإثراء بلا سبب، دفع غير مستحق، الفضالة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006.
- 36- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.
- 37- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2007.
- 38- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة الشباب الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، 1987.
- 39- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الخطبة، الزواج، الميراث، الوصية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 40- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 41- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج. 1، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 42- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.

- 43- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، الواقعة القانونية، ط. 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 44- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، ط. 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 45- بن الشويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للإلتزام، ب. ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
- 46- بولحية شهيرة، حقوق الطفل بين المواثيق الدولية و قانون العقوبات الجزائري، دراسة مقارنة، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 47- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ب. ط، الدار الجامعية، بيروت، ب. س. ن.
- 48- ثروت أنيس الأسيوطي، محاضرات في المنهج القانوني، محاضرات ألقيت على طلبة سنة أولى حقوق، معهد الحقوق، جامعة وهران، 1978.
- 49- جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة، دار الهدى، الجزائر، ب. س. ن.
- 50- حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
- 51- حسن بن عودة الحواشي، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب و السنة، ج. 5، بن حزم، بيروت، 2004.
- 52- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999.
- 53- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1971.

- 54- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 55- خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، عمل المرأة بين الحجج التأديبية و الدعاوى الإنكارية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
- 56- خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل و معاملته الجنائية في ضوء الإتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 57- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ب. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 58- رضا متولي ودهان، الوجيز في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2011.
- 59- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 60- رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 61- رمضان علي السيد الشرنباجي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 62- رمضان علي السيد الشرنباجي، جابر علي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و فرقة الأولاد في الفقه الإسلامي، ب. ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 63- رمضان علي السيد الشرنباجي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و فرقة الأولاد في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

- 64- زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1972.
- 65- سايس جمال، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، ج. 1، ط. 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 66- سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2003.
- 67- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الإلتزامات، مجلد 2، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط. 5، دار الكتب القانونية، لبنان، 1988.
- 68- سمير دنون، الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي في القانون المدني و الإداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.
- 69- سمير عبد السميع تناغو، مصادر الإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- 70- سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي، المجلد الأول، دار السلام، مصر، 2001.
- 71- شريف طباح، التعويض عن المسؤولية التصيرية و العقدية في ظل القضاء و الفقه، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 72- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية الفرنسي و المصري، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.
- 73- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

- 74- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، نو ميديا لطباعة و النشر و التوزيع، قسنطينة، 2013.
- 75- عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981.
- 76- عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج. 3، ط. 4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 77- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا، مكتبة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001.
- 78- عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء، ب. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 79- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج. 2، المطبعة الجديدة، دمشق، ب. س. ن.
- 80- عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان، لبنان، 2006.
- 81- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ط. 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 82- عبد السلام الدويبي، حقوق الطفل و رعايته، ط. 1، الدار الجماهيرية، ليبيا، 1992.
- 83- عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، ج. 2، ط. 3، دار الكتب الوطنية، مصر، 1995.
- 84- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار البعث، قسنطينة، 1989.
- 85- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1996.

- 86- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية للجزائر، وثائق الحالة المدنية و الحالات التي تطرأ عليها، ج. 2، ط. 3، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
- 87- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 88- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، ب. ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 89- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، ب. ط، دار ثالة، الجزائر، 1999.
- 90- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور التشريع و القضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011.
- 91- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 92- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ب. ط، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 93- عبد القادر مدقن، شرح و جيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، ط. 1، الجزائر، 1998.
- 94- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط. 3، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 95- عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج. 2، دار الشباب، الجزائر، 1987.
- 96- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، ب. ط، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005.

- 97- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. 2، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الكويت، 1990.
- 98- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط. 1، دار الثقافة، عمان، 2007.
- 99- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- 100- عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.
- 101- عز الدين الدناصور، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط. 5، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996.
- 102- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ معوض و الشيخ عادل عبد الموجود، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418-1997.
- 103- علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- 104- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 105- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب. س. ن.
- 106- عماد أحمد أبو صد، مسؤولية المباشر و المتسبب، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية و القانون المدني، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2011.
- 107- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج. 2، ط. 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

- 108- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ب. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 109- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 110- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، ط. 3، ب. د. ن، الإسكندرية، 2000-2001.
- 111- فضل سعد الله، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996.
- 112- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 113- فيلاي علي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2002.
- 114- كمال لدرع، الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 115- لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 مفسرا مادة للمبتدئين و الممارسين، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 116- ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- 117- محمد أبو زهرة، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم للطباعة و النشر، د. س. ن.
- 118- محمد إبراهيم محمد صباح، الإمتناع الإداري عن الواجبات المالية و أثره في الفقه الإسلامي، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
- 119- محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف و أعمال الإدارة في القانون الخاص، د. د. ن، مصر، 1983.

- 120- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، نظرية الإلتزام، ب. ط، ب. د. ن، الإسكندرية، 1999.
- 121- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ب. د. ن، الإسكندرية، 1999.
- 122- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، مدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 123- محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994.
- 124- محمد حسن قاسم، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- 125- محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الإلتزام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2006.
- 126- محمد حسنين قاسم، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 127- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 128- محمد حسين منصور، نظرية الحق، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 129- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2000.
- 130- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج. 2، دروس في نظرية الحق، ط. 1، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 131- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008.

- 132- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 133- محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديثة، الجزائر، 2003.
- 134- محمد علي بدوي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1991.
- 135- محمد كمال الدين أمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 136- محمد مين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2004.
- 137- محمد محدة، سلسلة فقه الأسر، ط. 2، أطلس للنشر، الجزائر، 1993.
- 138- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط. 3، ب. د. ن، مصر، 1966.
- 139- محمد محدة، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ط. 2، دار الشهاب، الجزائر، 2000.
- 140- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ط. 4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1983.
- 141- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المنشورات الدولية، الجزائر، 2000.
- 142- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر للإلتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي، ب. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

- 143- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط. 2، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 144- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج و الطلاق، ب. ط، دار الفكر، الأردن، 2008.
- 145- محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، تطبيقاتها، أحكامها، آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 2010-2011.
- 146- مصطفى السباعي، عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات، ط. 5، مديرية الكتب، الدار الجامعية، دمشق، 1977.
- 147- مصطفى العوجي، القانون المدني، ج. 2، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 148- منتصر سعيد حمودة، حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الإسلام، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 149- منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، ج. 1، مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1996.
- 150- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزامات و أحكامها، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012.
- 151- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج. 2، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 152- نادية فوضيل، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

- 153- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني و التشريعات العربية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1995.
- 154- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج. 2، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999.
- 155- نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة، مصادر الإلتزام، ج. 1، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 156- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، ب. ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006.
- 157- نبيل صقر و قمرأوي عز الدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، ب. ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 158- نسرین شريقي، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
- 159- نزال محمد أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط. 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.
- 160- وسام أحمد السمروط، الأحكام الإستأنافية الصادرة عن المحكمة الشرعية، ج. 1، ط. 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
- 161- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 7، ط. 2، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 162- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 7، ط. 1، دار الفكر، الجزائر، 1986.
- 163- وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.
- 164- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 10، دار الفكر، دمشق، 1989.

- 165- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج. 3، دار الفكر، دمشق، 1992.
- 166- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، ط. 4، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1997.

ب- باللغة الفرنسية

- 1-C. f. h. Capitant, introduction à l' étude du droit civil, 4^{ème} éd, Paris, 1898.
- 2-C. f. h. Carbonnier, droit civil, t. 4. Les obligations, édit, Paris, 1979.
- 3-C. f. P. A. Ibrahim, la responsabilité pénale en droit musulman d'après la doctrine hanafite, Paris, 1944.
- 4-Diane Drory, l'enfant et la séparation parentale, Yapaka, Bruxelles, 2002.
- 5-Françoise Dekewer-Défossez, les droits de l'enfant, Paris ; que sais je , 1933.
- 6-H/Bencheickh Dennouni- la garde : un attribut de la maternité en droit Algerien. R-I-D-C- 1986- p. 902.
- 7-Hossein Saffai : la protection musulman classique et des législations modernes des pays islamique, Paris, 1966.
- 8- Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité civile, 7^{ème} édit, Dalloz, Paris, 2007.

ثانيا: المراجع الخاصة

- 1- أحمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دراسة تحليلية إنتقالية تاريخية موازية بالقانون المدني الأردني و القانون المدني الفرنسي، دار وائل للنشر، الأردن، 2003.
- 2- أحمد إبراهيم عطية، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، ط. 1، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2008.

- 3- أحمد محمد عطية، المسؤولية المدنية للمعلم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ب. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 4- أحمد نصر الجندي، الحضارة و النفقات في الشرع و القانون، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 5- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 6- أسامة أحمد بدر، المسؤولية المدنية للمعلم، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 7- السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- 8- باسل محمود الحافي، فقه الطفولة، ط. 1، دار النوادر، دمشق، 2008.
- 9- بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011.
- 10- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، ط. 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2008.
- 11- جمال مهدي محمود الأكشه، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 12- حسن علي الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المسؤولية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 13- حسين عبد الحميد أحمد رشوان، الطفل، دراسة في علم الاجتماع، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- 14- خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون، دار الفكر العربي، مصر، 2013.

- 15- خوادجية سميحة حنان، محاضرات النيابة الشرعية، تخصص قانون أسرة، سنة أولى ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة.
- 16- ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط. 1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
- 17- رشدي شحاتة أبو زيد، رؤية المحضون، ط. 1، الإسكندرية، 2011.
- 18- زبيدة إقروفة، الإنابة في أحكام النيابة، الأهل للطباعة و النشر و التوزيع، بجاية، 2014.
- 19- سمير محمد محمود عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط. 1، دار المنار، مصر، 1986.
- 20- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 21- شبانة ماجدة مصطفى، النيابة القانونية، دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال، ط. 1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 22- صابر محمد محمد سيد، المباشرة و التسبب في الفعل الضار، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 23- صلال حسين علي الجبوري، تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 24- عبد الحكم فوده، موسوعة التعويضات المدنية، ج. 1، نظرية التعويض المدني، المكتب الدولي للموسوعات القانونية، مصر، 2005.
- 25- عبد الحكم فوده، الخطأ في المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه و قضاء النقد)، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

- 26- عبد السلام رفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا، الدار البيضاء، المغرب، 1996.
- 27- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضارة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.
- 28- عبد الهادي بن زيطة، التعويض المعنوي لقانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 29- علي عبده محمد علي، الأخطاء المشتركة و آثارها على المسؤولية، ب. ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 30- علي محمد الحافظ السيد، عقد الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 31- عمرو عيسى الفقي، الولاية على المال، القاصر، نظم الولاية على المال، حدود الولاية على المال، الإجراءات الخاصة بالولاية على المال، المكتب الفني لموسوعات القانونية، مصر، 1998.
- 32- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، ب. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- 33- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.
- 34- محمد السعيد رشدي، إدارة أموال القصر و المحجور عليهم و الأموال المتنازع عليها، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- 35- محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط. 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012.
- 36- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2002.

- 37- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة للطباعة والنشر، سوريا، 1987.
- 38- محمد عليوي ناصر، الحضارة بين الشريعة و القانون، ط. 1، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 39- محمد كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية، ب. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 40- محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 41- نبيل صقر و صابر جميلة، الأحداث في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2008.
- 42- نبيل مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، كلية القانون، جامعة الكوفة، ب. سنة.

ثالثا: الرسائل و المذكرات

أ- رسائل الدكتوراه

- 1- بوبكر مصطفى، أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، قسنطينة، 2011- 2012.
- 2- جمال مهدي الأكشه، مسؤولية الآباء المدنية على الأبناء القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، مصر، 2002.
- 3- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2004- 2005.
- 4- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة و القوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013- 2014.

5- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون، 1982.

ب- مذكرات الماجستير

1- أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري و المعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2003.

2- أحمد عيسى، الحماية القانونية لحقوق القصر في التصرفات الواردة على المال الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2010-2011.

3- أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، 2009.

4- إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011.

5- إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015.

6- الشيخ ولد محمد، مسؤولية الآباء عن أبنائهم القصر في القانون الجزائري و الموريتاني، دراسة مقارنة، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2007-2008.

7- باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

8- باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير في الفقه و القانون، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010.

9- بن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009.

- 10- بوقرة أم الخير، مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
- 11- حميدو زكية، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة سيدي بلعباس، 1999.
- 12- دحينات خديجة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.
- 13- دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2007-2008.
- 14- زهية رابطي، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في إتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الوادي، الجزائر، 2008.
- 15- ساعد فيشوش، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- 16- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الوادي، 2014-2015.
- 17- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2007.
- 18- عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014.
- 19- عبد العزيز مقفولجي، الرشاء عديمي الأهلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2003.

- 20- عزيزة حسني، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2001.
- 21- علال أمال، التبني و الكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009.
- 22- عمير الربيعي، أحكام ما اليتيم، في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2009-2010.
- 23- عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الإجتهد القضائي، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
- 24- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- 25- فراس وائل طلب ألو شرح، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2007-2008.
- 26- مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012.
- 27- موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإجتماعية، الجزائر، 2006.
- 28- نعيمة تبدوشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2000.

ج- مذكرة المدرسة العليا للقضاء

- زغاش عصام، التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004-2007.

- مهدي جهيدة، مسؤولية متولي الرقابة، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2006.

رابعاً: المقالات

- 1- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عدم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، مجلة الكويت، 1984.
- 2- الفاحوري إدريس، السفر بالمحزون أية حماية؟، دراسة في ظل قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، 2011، عدد 12.
- 3- جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 1999، عدد 4.
- 4- زاوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مجلة قضائية، 2000، عدد 2.
- 5- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، العدد 1.
- 6- علاوة بوتفرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، 1998، عدد 3.
- 7- عيسى أحمد، الإجتهد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011، عدد 1.
- 8- عيسى حداد، الحضانة بين القانون و الإجتهد القضائي، مجلة العلوم الإجتماعية و الإنسانية، الجزائر، 2005، عدد 2.
- 9- محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية تربوية، مجلة للعلوم الإقتصادية و القانونية، جامعة دمشق، 2009، عدد 1.

10- محمود عبد الله بخت، مفهوم الوصاية و أركانها، مجلة العلوم القانونية و السياسية، 2012، عدد 3.

11- محمدي فريدة زواوي، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و الساسية، جامعة الجزائر، 2000، عدد 2.

خامسا: القرارات القضائية

1- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1979/04/16، ملف رقم 19287، نشرة القضاة، 1981، عدد 2.

2- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. م، 1984/01/10، ملف رقم 28432، مجلة قضائية، 1989، عدد 4.

3- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/6/25، ملف رقم 33636، مجلة قضائية، 1989، عدد 3.

4- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/7/9، ملف رقم 33921، مجلة قضائية، 1989، عدد 4.

5- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/07/19، ملف رقم 32829، مجلة قضائية، 1990، عدد 1.

6- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. م، 1985/01/23، ملف رقم 39539، مجلة قضائية، 1985، عدد 4.

7- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1986/05/5، ملف رقم 40438، مجلة قضائية، 1986، عدد 2.

8- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1987/2/7، ملف رقم 47915، مجلة قضائية، 1990، عدد 3.

- 9- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1988/12/19، ملف رقم 51282، مجلة قضائية، 1991، عدد 2.
- 10- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1989/02/27، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، 1990، عدد 3.
- 11- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1989/09/13، ملف رقم 5221، مجلة قضائية، 1989، عدد 1.
- 12- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1991/04/10، ملف رقم 72353، مجلة قضائية، 1993، عدد 3.
- 13- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم 171684، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص.
- 14- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1997/12/23، ملف رقم 187692، مجلة قضائية، 1997، عدد 1.
- 15- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/2/17، ملف رقم 179126، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص.
- 16- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1998/3/17، ملف رقم 179471، الإجتهد القضائي، 1998، عدد خاص.
- 17- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/04/21، ملف رقم 189234، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص.
- 18- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/5/17، ملف رقم 167835، مجلة قضائية، 1998، عدد 2.

- 19- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/04/20، ملف رقم 220407، مجلة الإجتهد القضائي، ب. س. ن، عدد 1.
- 20- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم 273526، مجلة قضائية، 2004، عدد 1.
- 21- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2002/02/13، ملف رقم 265727 ، مجلة قضائية، 2002، عدد 22.
- 22- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/05/18، ملف رقم 331058، مجلة قضائية، 2005، عدد 2.
- 23- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2006/2/13، ملف رقم 9032، مجلة قضائية، 2007، عدد 2.
- 24- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2009/1/14، ملف رقم 476515، مجلة قضائية، 2009، عدد 1.
- 25- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار بتاريخ، 2009/5/13، ملف رقم 497457، مجلة قضائية، 2009، عدد 1.
- 26- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2010/07/15، ملف رقم 564787، مجلة قضائية، 2010، عدد 2.
- 27- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2010/10/14، ملف رقم 581222، مجلة قضائية، 2011، عدد 1.

سادسا: النصوص القانونية

أ- القوانين

- قانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن الإجراءات المدنية و المدنية.

ب- الأوامر

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.
- الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

الفهرس

فهرس

كلمة شكر

إهداء

قائمة أهم المختصرات

01.....مقدمة عامة

الباب الأول:

مسؤولية متولي الرقابة على النفس

08.....الفصل الأول: أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس

08.....المبحث الأول: أحكام مسؤولية الرقابة على النفس في القانون المدني

09.....المطلب الأول: مفهوم تولى الرقابة

09.....الفرع الأول: تعريف تولى الرقابة و تمييزها عن الحراسة

09.....أولاً: تعريف تولى الرقابة

10.....ثانياً: تمييز تولى الرقابة عن الحراسة

11.....الفرع الثاني: أطراف تولى الرقابة

11.....أولاً: متولى الرقابة

12.....ثانياً: الخاضع للرقابة

13.....الفرع الثالث: مصادر تولى الرقابة

- أولاً: تولي الرقابة بموجب القانون.....13
- ثانياً: تولي الرقابة بموجب الإتفاق.....13
- المطلب الثاني: حالات و صور تولي الرقابة.....14
- الفرع الأول: حالات تولي الرقابة.....14
- أولاً: تولي الرقابة بسبب القصر.....14
- ثانياً: تولي الرقابة بسبب الحالة العقلية و الجسمية.....17
- الفرع الثاني: صور تولي الرقابة.....20
- أولاً: رقابة الأولياء على أولادهم القصر.....20
- ثانياً: إنتقال الرقابة من الأولياء كإستثناء.....24
- المبحث الثاني: أحكام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في قانون الأسرة.....33**
- المطلب الأول: أحكام مسؤولية الحاضن بإعتباره مكلفاً بالرقابة.....33
- الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للحضانة و شروط صحتها مع تحديد الأشخاص المخولين قانوناً لتوليها.....33
- أولاً: الإطار المفاهيمي للحضانة.....34
- ثانياً: شروط صحة الحضانة مع تحديد الأشخاص المخولين قانوناً لتوليها.....46
- الفرع الثاني: مدة الحضانة مع مراعاة قاعدة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة و الآثار المترتبة عنها.....75
- أولاً: مدة الحضانة مع مراعاة قاعدة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة.....76
- ثانياً: الآثار المترتبة عن الحضانة.....84

108.....	الفرع الثالث: أسباب سقوط الحضانة و عودتها بعد سقوطها
108.....	أولاً: أسباب سقوط الحضانة
118.....	ثانياً: عودة الحضانة لمستحقيها بعد سقوطها
120.....	المطلب الثاني: أحكام مسؤولية الكافل بإعتباره مكلفاً بالرقابة
121.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة
121.....	أولاً: مفهوم الكفالة
128.....	ثانياً: تمييز الكفالة عن الحضانة
129.....	الفرع الثاني: شروط الكفالة
129.....	أولاً: الشروط المتعلقة بالكافل
135.....	ثانياً: الشروط المتعلقة بالمكفول
137.....	ثالثاً: الشروط المتعلقة بعقد الكفالة
139.....	الفرع الثالث: آثار الكفالة و إنقضاءها
139.....	أولاً: آثار الكفالة
145.....	ثانياً: إنقضاء الكفالة
152.....	الفصل الثاني: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس
153.....	المبحث الأول: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في القانون المدني
153.....	المطلب الأول: مفهوم مسؤولية متولي الرقابة
153.....	الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة

153.....	أولاً: الإلتزام بواجب الرقابة.....
154.....	ثانياً: صدور فعل غير مشروع.....
155.....	الفرع الثاني: أساس مسؤولية متولي الرقابة.....
155.....	أولاً: الخطأ المفترض.....
160.....	ثانياً: إفتراض العلاقة السببية.....
163.....	الفرع الثالث: طبيعة و نفي مسؤولية متولي الرقابة.....
163.....	أولاً: طبيعة مسؤولية متولي الرقابة.....
165.....	ثانياً: نفي مسؤولية متولي الرقابة.....
173.....	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على ثبوت مسؤولية متولي الرقابة.....
173.....	الفرع الأول: عبء إثبات مسؤولية متولي الرقابة.....
178.....	الفرع الثاني: التعويض كجزاء لقيام مسؤولية متولي الرقابة.....
178.....	أولاً: تعريف التعويض.....
180.....	ثانياً: تمييز التعويض عن الأنظمة المشابهة له.....
181.....	ثالثاً: شروط إستحقاق التعويض.....
181.....	رابعاً: طرفا التعويض.....
183.....	خامساً: طرق التعويض.....
186.....	سادساً: تقدير التعويض.....
188.....	الفرع الثالث: رجوع المكلف بالرقابة على الخاضع لها.....

المبحث الثاني: قيام مسؤولية متولي الرقابة على النفس في قانون الأسرة	189
المطلب الأول: مفهوم الولاية، أنواعها و ثبوتها.....	189
الفرع الأول: مفهوم الولاية.....	190
الفرع الثاني: أنواع الولاية.....	192
الفرع الثالث: ثبوت الولاية.....	193
أولا: شروط الولاية.....	193
ثانيا: ترتيب الأولياء و أسباب نهاية الولاية.....	197
المطلب الثاني: حلول الأم محل الأب في حالة غيابه أو حصول مانع في الأمور المستعجلة و إنتقال الولاية لمن تولى الحضانة في حالة الطلاق.....	202
الفرع الأول: حلول الأم محل الأب في حالة غيابه.....	203
الفرع الثاني: حصول مانع في الأمور المستعجلة.....	204
الفرع الثالث: إنتقال الولاية لمن تولى الحضانة في حالة الطلاق.....	210

الباب الثاني

مسؤولية متولي الرقابة على المال

الفصل الأول: إدارة متولي الرقابة لأموال الخاضع لها.....	212
المبحث الأول: مسؤولية متولي الرقابة على أموال الخاضع لها بإعتباره وليا.....	212
المطلب الأول: الولاية على أموال الخاضع للرقابة.....	213
الفرع الأول: مفهوم المال و التصرف فيه.....	213

- أولاً: مفهوم المال.....213
- ثانياً: مفهوم التصرف في المال.....216
- الفرع الثاني: تعريف الولاية على المال و أنواعها.....217
- أولاً: تعريف الولاية على المال.....217
- ثانياً: أنواع الولاية على المال.....218
- الفرع الثالث: الحكمة من الولاية على المال و خصائصها.....219
- أولاً: الحكمة من الولاية على المال.....219
- ثانياً: خصائص الولاية على المال.....221
- الفرع الرابع: تمييز الولاية على الولاية عن النفس و عن أهلية الأداء.....222
- المطلب الثاني: سلطات الولي على أموال الخاضع للرقابة.....223
- الفرع الأول: ثبوت سلطات الولي على أموال الخاضع للرقابة.....223
- أولاً: مفهوم الولي على المال و شروطه.....223
- ثانياً: ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي و القانون.....226
- ثالثاً: مراتب الولاية على المجنون و المعتوه و السفيه و من به غفلة.....236
- رابعاً: نطاق الولاية على مال القاصر.....238
- الفرع الثاني: إنفاق الولي من مال القاصر و التصرف في العبادات المالية له.....240
- أولاً: الإنفاق على القاصر.....240
- ثانياً: تصرف الولي في العبادات المالية للقاصر.....243

253.....	الفرع الثالث: تصرف الولي في أموال القصر و إنقضاء ولايته.
253.....	أولاً: تصرف الولي في أموال القصر.
261.....	ثانياً: إنقضاء الولاية على المال.
270.....	المبحث الثاني: إدارة أموال الخاضع للرقابة عن طريق الآليات الأخرى للنيابة الشرعية.
270.....	المطلب الأول: الوصاية كآلية من آليات إدارة أموال القاصر.
271.....	الفرع الأول: تعريف الوصاية و تمييزها عن الولاية.
271.....	أولاً: تعريف الوصاية.
272.....	ثانياً: التمييز بين الولاية و الوصاية.
273.....	الفرع الثاني: عناصر الوصاية و مشروعيتها و الحكمة منها.
273.....	أولاً: عناصر الوصاية.
284.....	ثانياً: مشروعية الوصاية و الحكمة منها.
288.....	الفرع الثالث: خصائص الوصاية و أنواعها.
288.....	أولاً: خصائص الوصاية.
288.....	ثانياً: أنواع الوصاية.
301.....	الفرع الرابع: سلطات الوصي و إلتزاماته و حقوقه.
301.....	أولاً: سلطات الوصي.
307.....	ثانياً: إلتزامات الوصي و حقوقه.
310.....	المطلب الثاني: التقديم و الكفالة كآليتين من آليات التصرف في أموال القصر.

311.....	الفرع الأول: التقديم كآلية من آليات التصرف في أموال القاصر.
311.....	أولاً: تعريف المقدم.
313.....	ثانياً: شروط المقدم و سلطاته.
314.....	ثالثاً: حكم و حدود القوامة.
315.....	الفرع الثاني: الكفالة كآلية من آليات التصرف في أموال القاصر.
319.....	الفصل الثاني: الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي.
320.....	المبحث الأول: الرقابة القضائية على أعمال الولي.
320.....	المطلب الأول: سلطات الولي على مال القاصر.
320.....	الفرع الأول: سلطات الولي الغير مقيدة بإذن القاضي.
320.....	أولاً: أعمال الحفظ و الصيانة.
321.....	ثانياً: أعمال الإدارة و الإنتفاع.
341.....	الفرع الثاني: سلطات الولي المقيدة بإذن القاضي.
342.....	أولاً: تصرفات الولي المقيدة بإذن القاضي.
358.....	ثانياً: القاضي المختص بمنح الإذن و كيفية الحصول عليه و معايير.
363.....	المطلب الثاني: دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي و سلطته عند تجاوز النائب حدود نيابته الشرعية.
364.....	الفرع الأول: دور القاضي في حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي.
364.....	أولاً: حالات تعارض مصالح القصر مع مصالح النائب الشرعي.

- ثانيا: تعيين القاضي لمصرف خاص.....366
- الفرع الثاني: سلطة القاضي عند تجاوز النائب حدود النيابة الشرعية.....368
- أولا: جزاء تصرف النائب الشرعي المجاوزة لحدود نيابته.....368
- ثانيا: تحديد نطاق المسؤولية المدنية للنائب عن أعماله.....371
- المبحث الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الوصي و القيم.....373
- المطلب الأول: الرقابة القضائية على أعمال الوصي.....373
- الفرع الأول: سلطة القاضي عند تجاوز الوصي حدود سلطته.....373
- أولا: الغزل.....374
- ثانيا: التعويض.....375
- الفرع الثاني: دور القاضي في حالة ما تعارضت مصالح القاصر مع مصالح الوصي.....376
- الفرع الثالث: إنتهاء الوصاية.....376
- أولا: حالات إنتهاء الوصاية.....377
- ثانيا: إجراءات تسليم الأموال و محاسبة الوصي بعد إنتهاء مهامه.....381
- المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال المقدم.....383
- الفرع الأول: سلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية.....383
- أولا: جزاء تصرف المقدم المجاوزة لحدود نيابته.....383
- الفرع الثاني: إنقضاء القوامة.....384
- أولا: الإنقضاء الطبيعي للقوامة.....384

385.....	ثانيا: الإنقضاء القانوني للقوامة.
389.....	خاتمة.
398.....	قائمة المراجع.

إن الأحكام الموضوعية المتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة تتوزع بين كلا من القانون المدني وقانون الأسرة. ف جاء القانون المدني ليبيّن أن الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا عن سلوكه الشخصي إلا أن إستثناء من المبدأ العام تقوم مسؤوليته عن غيره بإعتباره مكلفا بالرقابة. كما تناول قانون الأسرة هذه المسألة في إطار كل من الحضانة والنيابة الشرعية فتقوم مسؤولية المكلف بالرقابة عن النفس كما تقوم على المال. فتكون ممارسة النيابة الشرعية عن طريق الولاية، الوصاية، التقديم، إضافة إلى الكفالة التي منح فيها القانون للكافل ولاية كاملة على الخاضع للرقابة في نفسه وماله.

مصدر هذا الإلتزام هو القانون أو الإتفاق، وعلّة هذا الإلتزام هو حاجة الشخص الموضوع في رقابته إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية. تقوم هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض في جانب متولي الرقابة إلا أنه يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه أو بإثبات أنه قام بواجب الرقابة أو بنفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والعمل الذي وقع أو أثبت أن الضرر كان لا بد من وقوعه.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية، المكلف بالرقابة، الخاضع للرقابة، النفس، المال.

Résumé :

Les dispositions objectives relatives à la responsabilité du chargé de contrôle, se répartissent entre celles relevant du Code civil et celles relevant du code de la famille. Le Code civil précise ainsi qu'à l'origine, l'être humain ne répond que du comportement de soi-même, mais qu'à l'exception de la règle générale, sa responsabilité est effective vis-à-vis des tiers, en tant que chargé de contrôle. Le code de la famille, prend en considération cette question dans le cadre de la garde(des enfants) et de la représentation légale. La responsabilité du chargé de contrôle est de ce fait établie pour ce qui est de soi-même et du bien, alors que la représentation légale est exercée par voie de tutelle, de garde, de représentation, en plus de la garde légale (Kafala), par laquelle la loi confère au gardien une tutelle complète sur celui placé sous cette garde relativement à sa personne et ses biens.

Cet engagement relève de la loi ou de la convention et a pour cause le besoin à cette garde par la personne placée sous garde, soit pour minorité ou incapacité mentale et physique.

Cette responsabilité est basée sur une erreur supposée de la part du chargé de la garde qui peut cependant se décharger de cette responsabilité en infirmant cette erreur ou en prouvant qu'il a réalisé le devoir de contrôle ou en infirmant la relation causale entre l' erreur commise de sa part et le fais commis ou encore en prouvant que le préjudice relève de la force majeure.

Mots clés : Responsabilité- chargé de contrôle- placé sous contrôle- soi-même- bien.

Summary :

The objectives of the provisions relating to the responsibility of the person in charge of control is divided between those pertaining to the Civil Code and those covered by the Family Code. The civil Code specifies that, originally, the human being only responds to the behavior of oneself, except that, with the exception of the general rule, where his responsibility is effective vis-à-vis third parties, as a person in charge of control. The family code takes this issue into consideration in the context of custody (of children) and legal representation. The responsibility of the person in charge is thus established with regard to oneself and the good, while the legal representation is exercised by way of guardianship, custody, representation, in addition to legal custody(Kafala) by which the law confers on the guardian a complete guardianship over the one placed under his guard to his person and his property.

This commitment falls under the law or convention and is caused by the need for custody by the person in custody, either for minority or mental and physical incapacity. This responsibility is based on a alleged error on the part of the custodian who may however discharge this responsibility by reversing this error or by proving that he has performed the duty of control or by reversing the causal relationship between the error committed by him and the act committed or by proving that the damage is a force majeure.

Key words: Responsibility- charged of control- placed under control-self- Property.