جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

حماية القاصر في قانون الأسرة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعداد الطالبة:

إسمهان عفيف

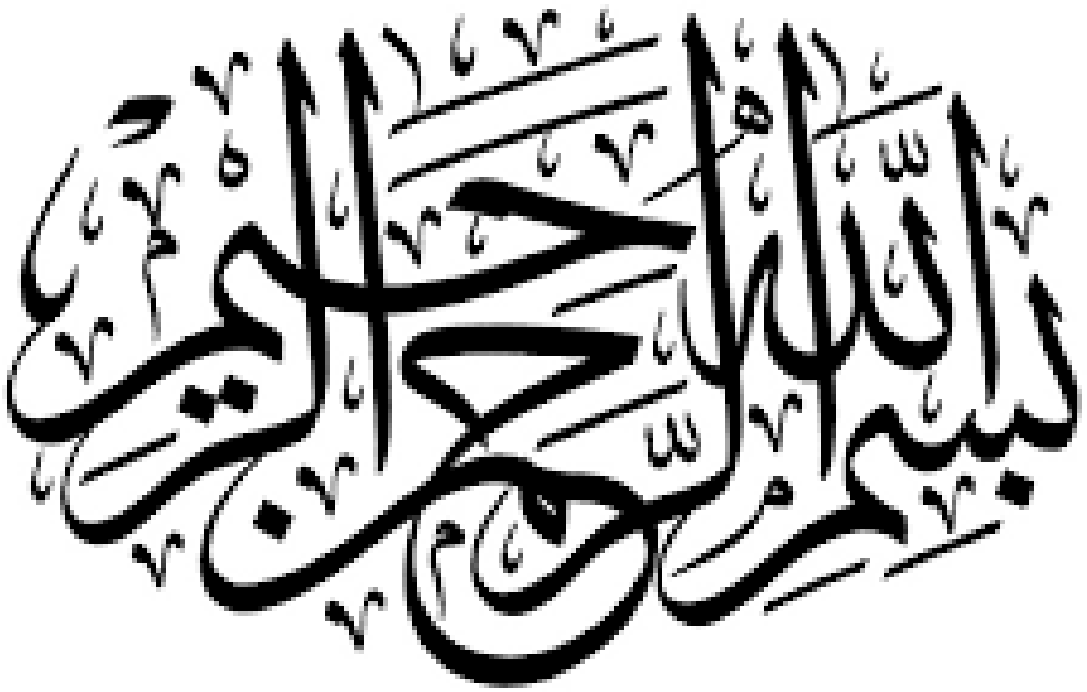
إشراف الأستاذ الدكتور:

إبراهيم ملاوي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصّفة
د. وسيلة مرزوقي	أستاذ محاضر- أ-	جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي -	رئيساً
أ د. إبراهيم ملاوي	أستاذ التعليم العالي	جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي -	مشرفا ومقررا
د. الهاشمي تافرونت	أستاذ محاضر - أ-	جامعة عباس لغرور – خنشلة -	عضوا مناقشا
د. ميلود بن عبد العزيز	أستاذ محاضر - أ-	جامعة باتنة - 1 -	عضوا مناقشا
د. ليلى بعتاش	أستاذ محاضر - أ-	جامعة الأمير عبد القادر – قسنطينة -	عضوا مناقشا
د. حمزة وهاب	أستاذ محاضر - أ-	جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي -	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2019- 2020


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الشكر والحمد لله عز وجل الذي بيده تسييّر الأمور وتذليل الصعاب، فله الشكر أولا وآخرا أن وفقني وهداني لهذا وماكنت لأهتدي لولا أن هداني الله.

بعده أتوجه بالشكر الجزيل والامتنان العظيم إلى الأستاذ الفاضل الدكتور: إبراهيم ملاوي حفظه الله

على تفضله وقبوله الإشراف على هذه الأطروحة والذي لم يبخل علي بعلمه ووقته وجهده وتوجيهاته حتى خرجت هذه الأطروحة إلى النور. رغم ضيق وقته وكثرة أعماله فجزاه الله عني خير جزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة المتكونة من الدكتورة مرزوقي وسيلة رئيسا، والدكتور الهاشمي تافرونت والدكتور ميلود بن عبد العزيز والدكتورة ليلى بعتاش والدكتور وهاب حمزة أعضاء مناقشين.

الذين تفضلوا بقراءة هذه الرسالة ومناقشتها فجزاهم الله عني خير جزاء على ما بذلوه من جهد ووقت في مراجعة هذه الرسالة وتصحيحها وتنقيحها رغم انشغالهم الكثير فلهم مني خالص التقدير والاحترام.

إلى كل من علمني حرفا فصرت له عبدا أساتذتي في كل المراحل التعليمية.

إلى كل من مد لي العون من قريب أو من بعيد لإنجاز هذه الأطروحة وأخص بالذكر: الاستاذ الدكتور الفاضل عبد الرزاق بوبندير حفظه الله.

الباحثة

إهداء

إلى نبع الحنان والعطاء، إلى من ساندني طول الدهر وكانا لي خير ناصح وموجه ومشجع والديّ العزيزين أطال الله عمرهما ورزقني برهما.

إلى زوجي الغالي الذي كان لي خير رفيق ومعين على إنجاز هذا العمل

إلى فلذات كبدي محمد "رحمه الله" وتاج الدين وسراج . أسأل الله أن ينبتهم نباتا حسنا وأن يرزقهم الدرجات العلا علما وخلقا

إلى من شاركوني لبن الأمومة إخوتي وأخواتي

إلى عائلتي الصغيرة والكبيرة أينما وجدت

إلى الأصدقاء و الزملاء الأفاضل كل باسمه وصفته

أهدي ثمرة جهدي.

إسمهان

قائمة المختصرات

ق ح ط..... قانون حماية الطفل

ق ح م ..... قانون الحالة المدنية

ق ا ..... قانون الأسرة الجزائري

ق ا م ا..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م..... القانون المدني الجزائري

ق ت..... القانون التجاري الجزائري

ق ا ع م ..... قانون الإلتزامات والعقود المغربي

ق م م م ..... قانون المسطرة المدنية المغربية

م أ م..... مدونة الأسرة المغربية

م أ ش ت..... مجلة الأحوال الشخصية التونسية

ق ج م..... قانون الجنائي المغربي

ق م ع ..... قرار المحكمة العليا

ن ق..... نشرة القضاة

غ ج ..... الغرفة الجزائية

م ق..... المجلة القضائية

م م ع..... مجلة المحكمة العليا

م أ..... المجلس الأعلى

ع..... العدد

ط ..... الطبعة

ج ..... الجزء

مج..... مجلد

د س ن..... دون سنة النشر

د ط ..... دون طبعة

د ن..... دون ناشر

د م ن..... دون مكان النشر

..

Op.cit…….. précité
P…….. Page
Ibid…….. ibidem
Article cité……., Article précité

مقدمـــــــة

لقد عمدت الشريعة الإسلامية إلى حماية المؤسسة الأسرية بمختلف الفئات المكونة لها من خلال وضع أحكام شرعية تبين فيها ما لكل فرد من حقوق وما عليه من واجبات، وقد سار على نهجها التشريع الوضعي حيث خص هذه المؤسسة بحماية خاصة من خلال وضع تقنين خاص بها وهو قانون الأسرة الذي تضمن نصوصا قانونية بينت مركز الأسرة داخل المجتمع حيث اعتبرها الخلية الأساسية في بناء المجتمع، كما عمل من خلال هذه النصوص على ضبط العلاقات فيما بين أفراد الأسرة الواحدة أو غيرها سواء كانت هذه العلاقات شخصية أو مالية، كما حدد بموجبها المراكز القانونية لكل فرد فيها.

لقد سعى المشرع ومن خلال أحكام قانون الأسرة أن يحمي هذه المؤسسة الاجتماعية بمختلف مكوناتها ولعل أهم فئة حظيت بهذا الاهتمام داخل هذه المؤسسة هي فئة القصر لكونها الطرف الأضعف داخلها. فالقاصر وبحكم انعدام أو نقص أهليته ليس له القدرة على رعاية شؤونه الشخصية وإدارة مصالحه المالية فكان ذلك سبب لتدخل المشرع لفرض حمايته له بموجب وسائل قانونية وهذا حتى يبلغ راشدا فيكون مؤهلا لرعاية شؤونه وحفظ مصالحه.

إن لهذا الاهتمام تأصيل تاريخي مصدره الشريعة الإسلامية التي أولت هذه الفئة حماية خاصة من خلال النص على ضرورة رعايتها وحفظ مصالحها المعنوية والمادية .

وقد انتقل هذا الاهتمام إلى التشريع الوضعي سواء على المستوى الدولي؛ أو الإقليمي؛ أو الوطني حيث أوجد المجتمع الدولي مواثيق تهدف إلى حماية القاصر من مختلف أشكال التمييز والعنف ضده كما أقر بضرورة حمايته والتكفل به ماديا ومعنويا ورعاية مصالحه حتى يشب فردا صالحا في المجتمع يفخر بالانتماء إليه والاعتزاز به لكونه حفظ حقوقه وهو ضعيف لا يقوى على حمايتها ولا المطالبة بها وقد سخر في سبيل تحقيق ذلك سبلا وآليات قانونية.

أما على المستوى الوطني فقد كرست مختلف فروع القانون هذه المبادئ والأحكام ضمن نصوص قانونية منحت هذا القاصر القسط الأوفر من الرعاية والعناية فلا يكاد فرع من فروع القانون يخلو من النص على ذلك، و قانون الأسرة – كما سبق القول – كان الأكثر اهتماما بذلك، فبالرغم من أنه لم يفرد كتابا خاصا أو فصلا معنونا بذلك إلاّ أن نصوصه تضمنت في غالبيتها مظاهر الحماية المعنوية والنفسية والمالية للقاصر .

من هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة موسومة **بـ:** " **حماية القاصر في قانون الأسرة** " حيث ستقتصر على بحث مظاهر الحماية المقررة للقاصر بمفهومه الضيق الذي يقتصر على من لم يبلغ سن الرشد القانوني وهذا استنادا لما ورد ضمن قانون الأسرة باعتباره مجالا للدارسة. حيث سيتم بيان النظم القانونية التي أوجدها المشرع ضمن قانون الأسرة لحماية القاصر في نفسه وكذا حماية ماله فهذه النظم تضمنت في طياتها حقوقا للقاصر تهدف إلى حمايته في أثناء قيام الرابطة الزوجية أو في حال انحلالها بحسب مركزه القانوني سواء كان طرفا في العلاقة الزوجية أو أثرا من آثارها، وفرضت التزامات على المكلف بإنابته سواء في نفسه أو ماله. كما عمل المشرع بموجب هذه النظم على حماية فئة القصر المحرومين من الدفء العائلي إما لكونهم مجهولي النسب أو يتامى.

ومما لا شك فيه أن الاعتراف بالحقوق والنص عليها لا يكفي وحده كما أنه لا يحقق الغاية منه إذا لم يستتبع بآليات قانونية تعمل على تطبيقها وتجسيدها فعليا وهذا لا يكون إلّا من خلال جهاز القضاء الذي كلف بالسهر على رعاية مصالح القاصر وحمايتها وذلك بفرض رقابته القضائية سواء كان ذلك من باب الوقاية وهذا من خلال الرقابة القبلية أو من خلال مراقبة مدى تنفيذ القرارات الصادرة بشأن القاصر أو توقيع الجزاء في حال مخالفتها وهذا بموجب الرقابة البعدية.

إن القول بأن بحث موضوع حماية القاصر مقتصرا على ما هو وارد ضمن أحكام قانون الأسرة لا يمنع الرجوع إلى فروع القانون الأخرى بحكم أن قواعدها تعد مكملة لهذا القانون و ذات صلة به خاصة إذا ما أحال إليها قانون الأسرة ذاته إما بموجب نص صريح أو كان ذلك بصفة ضمنية. كما أنه يستلزم الرجوع أيضا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها وهذا كلما وجد غموض أو انعدام لنص قانوني باعتبارها المصدر التاريخي والشكلي لقانون الأسرة بموجب المادة 222منه، كما قد تشمل دراستنا بعض النظم والتشريعات المقارنة حتى تكون أداة استرشاد نستشف من خلالها ما هو إيجابي في تشريعنا وماهي النقائص التي تعتريه حتى يتم تداركها. ويستلزم الرجوع إلى التطبيقات القضائية وما أفرزته من إجتهادات وقرارات وأحكام متعلقة بموضوع الدراسة خاصة عند الحديث عن الرقابة القضائية.

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع حماية القاصر في قانون الأسرة أهمية كبيرة وذلك على عدة أصعدة:

1- على الصعيد العلمي النظري:

تعد حماية القاصر من المواضيع التي كانت محل دراسة وبحث في الماضي ولا تزال إلى الآن؛ فبحكم الفئة التي تتناولها لا تزال الى يومنا تثير إشكالات موضوعية وعملية بحكم مركزها القانوني .

2- على المستوى التشريعي:

تأتي هذه الدراسة في خضم ما شهدته المنظومة القانونية من تحولات على الصعيد الحِمائي للقاصر من ذلك التعديلات التي مست قانون الأسرة خاصة المتعلقة منها بالولاية على نفس ومال القاصر وبالأخص في حال انحلال الرابطة الزوجية؛ إضافة إلى ما تعززت به المنظومة القانونية من نصوص في هذا الجانب والتي تعد دعامة ومساندة وتكميلا لما هو وارد ضمن قانون الأسرة – باعتباره مجال الدراسة – ونذكر من ذلك ما استحدثه المشرع من أحكام إجرائية كان لها دور في إزالة العديد من الغموض واللبس الذي كان يتضمنه قانون الأسرة باعتباره قانونا موضوعيا تتلخص مهمته في بيان الحقوق والمراكز القانونية دون تحديد إجراءات حمايتها والمطالبة بها، فجاء قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث كان له دور كبير في تفعيل الحماية القانونية للقاصر من خلال الدور الإيجابي الذي منحه لجهاز القضاء، وكذا إجابته على الكثير من الإشكالات القانونية الواردة ضمن قانون الأسرة إضافة إلى الآليات الرقابية التي يعمل على ضوئها لتفعيل هذه الحماية.

إضافة إلى ما استحدثه المشرع بموجب قانون (15-01) من حماية مادية للقاصر في ظل انحلال الرابطة الزوجية وهذا حتى لا يكون عرضة للإهمال والتشرد واللامسوؤلية من قبل من تجب نفقته عليه من خلال إنشائه صندوق النفقة، حيث جاءت بنوده مكملة للأحكام الواردة ضمن قانون الأسرة والمتعلقة بنفقة القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية.

إضافة إلى ذلك صدور قانون (15- 12) المتعلق بحماية الطفل؛ والذي بين أوجه الحماية التي يستلزم توفيرها للقاصر وكذا الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كما حدد المؤسسات القانونية والقضائية التي تسهر على ضمان وحماية هذه الحقوق. وإن كانت أحكام هذا القانون اكتست الطابع الجنائي في حماية القاصر دون اعتماد المنطلق لها وهو الجانب المدني.

3- **على المستوى الاجتماعي:**

فإن القاصر يعد أحد أهم البنيات الاجتماعية التي يستلزم الاهتمام بها والحرص على حسن تنشئتها بشكل سليم حتى تكون عمادا صالحا يخدم المجتمع الذي يفتخر بالانتماء إليه، فكلما كان محل حماية تشريعية تحفظ حقوقه الشخصية والمالية وهو في حالة ضعف غير قادر على القيام بشؤونه ورعاية نفسه، كلما كان على وعي أكثر وذلك بمجرد بلوغه سن الرشد بهذه الحماية التي حفظت نفسه من الإهمال والضياع وصانت ماله من سوء التصرف وحمته من التشرد والانحراف؛ فينشأ حاملا معه واجب رد الجميل للمجتمع الذي شرع هذه النصوص الحامية له .

دوافع اختيار الموضوع:

إن اختيار موضوع حماية القاصر في قانون الأسرة لم يكن بصفة عشوائية وإنما كان لهذا الإختيار دوافع ذاتية يمكن إرجاعها إلى منطلق واقعي معاش يتمثل فيما يمارس من انتهاك لحقوق القاصر خاصة في حالة وفاة الأب، أو ما يعانيه أيضا في حالة طلاق والديه وذلك بجعله مركز صراع بينهما، فهذه من الأمور التي دفعتني إلى البحث في مدى وجود حماية فعلية له في ظل قيام الرابطة الزوجية وفي ظل انحلالها سواء بالوفاة أو الطلاق.

إضافة إلى الرغبة في البحث في ثنايا أحكام قانون الأسرة لكون مواضيعه على درجة من الأهمية لتعلقها بعصب المجتمع، فقد يستغني الشخص في حياته عن أحد فروع القانون غير أنه لا يمكنه الاستغناء عن قانون الأسرة لأن له ارتباط وثيق بحياة الفرد وروابطه الشخصية والاجتماعية والمالية.

وقد لازم هذا الدافع الذاتي دوافع أخرى موضوعية يمكن تلخيصها في:

- تقصي أوجه الحماية التشريعية للقاصر في الجانب النفسي والمالي، ومدى حفظ حقوقه وصيانتها من كل اعتداء وانتهاك.
- الرغبة في معرفة مدى توفير قانون الأسرة للحماية الكافية للقاصر من خلال الآليات الموضوعية التي سخرها في سبيل ذلك، وكذا تقصي مدى تفعيل هذه الحماية الموضوعية من خلال ما يفرض من رقابة قضائية على التطبيق السليم لها.

- الرغبة في معرفة ما إذا كانت قرارات واجتهادات المحكمة العليا قد ساهمت في توضيح الكثير من الغموض الذي يعتري أحكام نصوص قانون الأسرة في بعض الأحيان وكذا الفراغ القانوني في حالات أخرى.

إشكالية الدراسة:

إن أهمية هذه الدراسة لا تتوقف على ما سبق ذكره فحسب وإنما تتضح أيضا من خلال ما تثيره من إشكالات نظرية وعملية.

فباعتبار القاصر يمثل الحلقة الأضعف في الدائرة الأسرية لكونه لا يقدر على تولية شؤونه النفسية وكذا رعاية وإدارة مصالحه المالية لأنه لم يصل إلى مرحلة الإدراك والوعي الكامل أين تكمن مصلحته، فكان لا بد من تدخل المشرع لحمايته من خلال جملة من القواعد الموضوعية التي وضعت لحفظ حقوقه المادية والمعنوية إلى غاية بلوغه السن القانوني الذي يؤهله للقيام برعاية نفسه وإدارة مصالحه المالية كما وضع أيضا جملة من القواعد الإجرائية لتفعيل هذه الحماية من خلال الرقابة القضائية على ذلك.

إن ما سبق قوله يقودنا إلى طرح إشكالية محورية تتمثل في:

هل كفل المشرع حماية للقاصر في نفسه وماله من خلال الضمانات القانونية التي وضعها لتحقيق ذلك على الصعيدين الموضوعي والإجرائي؟

هذه الإشكالية المحورية تطرح عدة تساؤلات فرعية من ذلك:

- ماهي الضمانات القانونية التي وضعها المشرع في سبيل تحقيق الحماية النفسية للقاصر؟
- ماهي النظم القانونية التي وضعت لحماية ورعاية المصالح المالية للقاصر؟
- ما هو الدور المنوط بجهاز القضاء في سبيل تفعيل الحماية الموضوعية المقررة للقاصر؟
- ماهي الجزاءات القانونية التي تم فرضها من أجل تعزيز هذه الحماية وردع كل اعتداء يطال القاصر في نفسه وماله؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- التوصل إلى الإجابة على الإشكالات القانونية التي تطرحها الدراسة.
- التوصل إلى التأصيل القانوني لحماية القاصر ومدى حفظ هذه الحقوق.
- التوصل إلى معرفة مختلف النظم القانونية التي وضعها المشرع بموجب قانون الأسرة كآلية لحماية القاصر وحفظ نفسه وماله.
- الوقوف على الدور الذي منح للقضاء في سبيل تفعيل الحماية الموضوعية للقاصر.
- التوصل إلى معرفة الجزاءات القانونية المقررة في حال الاعتداء على حقوق القاصر المادية والمعنوية.
- محاولة جمع مختلف أوجه الحماية المقررة للقاصر ضمن قانون الأسرة وباقي فروع القانون الأخرى المكملة له ضمن هذه الدراسة.
- إثراء المكتبة القانونية بمراجع تتناول بالدراسة كل ماله علاقة بقانون الأسرة حتى تسهل على الباحثين والمهتمين بهذا الفرع الرجوع إليها خاصة في ظل قلة الدراسات الأكاديمية التي تناقش موضوع حماية القاصر.

المنهج:

من أجل تحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث، ونظرا لما تفرضه طبيعة هذه الدراسة فقد تم استخدام المناهج التالية :

- المنهج الوصفي: من خلال دراسة المفاهيم النظرية في التشريع الجزائري وكذا الفقه والقانون المقارن كلما سنحت الفرصة بذلك.
- المنهج التحليلي: وقد تم استخدامه في تحليل النصوص القانونية والتعليق عليها ، وكذا التعليق على الأحكام والقرارات القضائية ، إضافة إلى الآراء الفقهية.

كما تم اعتماد المنهج المقارن في بعض الأحيان وهذا كلما اقتضت الضرورة ذلك من خلال المقارنة بين مختلف النصوص الوطنية وكذا التشريعات المقارنة من ذلك التشريع المغربي والتونسي والمصري لتقاربها مع قانون الأسرة من حيث المصدر وكذا لكونها سابقة له في الصدور، وهذا لكي

يتسنى لنا بيان إيجابيات وسلبيات القانون الوطني، كما تم أيضا استعماله بالآراء الفقهية سواء الشرعية أو القانونية، أما الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها ففي غالب الأحيان كان يرجع إليها ليس على سبيل المقارنة وإنما باعتبارها مصدرا لقانون الأسرة ، حيث يرجع إليها في حالة انعدام نص قانوني أو غموضه وكذا معرفة مدى مسايرة موقف المشرع في أحكامه لما هو وارد فيها.

الدراسات السابقة:

فيما يتعلق بالدراسات السابقة فإنه وفي حدود اطلاعي لم أجد دراسات أكاديمية تناولت الموضوع، إلا ما وجد من دراسات عامة أو تتعلق بجزء منه، أو تتعلق بفرع من فروع القانون غير فرع قانون الأسرة. كما أن هذه الدراسات أغلبها وصفي يفتقر إلى التحليل، كما أنها ترتكز على الجزء الموضوعي دون الاجرائي حيث نذكر من هذه الدراسات:

– أطروحة دكتوراه بعنوان: المسؤولية المدنية للقاصر – دراسة مقارنة – للطالب أحمد بوكرزازة. نوقشت سنة 2013–2014 بكلية الحقوق لجامعة قسنطينة. حيث تمحورت دراسته على بيان مدى قدرة القاصر على مباشرة التصرفات القانونية ومدى قيام مسؤوليته عن الأضرار التي يرتكبها ضد الغير، حيث عالج ذلك وفق بابين، خصص الباب الأول بالحديث عن مسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية " المسؤولية العقدية " ، وخصص الباب الثاني للحديث عن مسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار " المسؤولية التقصيرية ". يلاحظ على هذه الدراسة أنها ركزت على البحث في مدى قيام مسؤولية القاصر عن ما يقوم به من تصرفات ومدى إمكانية مساءلته مدنيا، دون البحث في أوجه الحماية المقررة للقاصر باعتباره إما طرفا في العقد أو أن يكون هو المضرور. وهو الأمر الذي حاولت هذه الدراسة بيانه ضمن الباب الثاني من خلال بحث مسؤولية المكلف بالرقابة .

– رسالة دكتوراه بعنوان: المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، للطالب فاسي عبد الله. نوقشت بتاريخ 2014–2015 بكلية الحقوق لجامعة أبي بكر بالقايد بتلمسان. حيث اعتمد صاحبها التقسيم الثنائي للموضوع حيث فصّل ضمن الباب الأول في الدور الذي لعبه القاصر في انعقاد الزواج وكذا بيان الحقوق القانونية المقررة له بموجب هذه الرابطة وكذا الالتزامات التي تقع عليه حيث توصل من خلاله أن المشرع حاول حفظ ورعاية مصلحة القاصر من خلال جعل زواجه استثناء يخضع لسلطة القاضي كما حرص على منحه الأهلية القانونية في المطالبة بحقوقه أثناء قيام الرابطة الزوجية، في حين فصّل في

الباب الثاني في الدور الذي يلعبه القاصر في فك الرابطة الزوجية وأهم الحقوق والالتزامات التي تقع عليه حيث توصل الباحث إلى القول أن القاصر وإن أعطى له المشرع الحرية في فك الرابطة الزوجية إلا أنه لم ينص من جانب آخر على أهليته في تولي ذلك عكس ما عمل به في حال قيام الرابطة الزوجية. وما يلاحظ على هذه الأطروحة أنها ركزت على بيان مركز القاصر باعتباره طرفا في العلاقة الزوجية، غير أنها تفتقر إلى التكامل في طرح الموضوع لكونها لم تتضمن الحديث عن المركز القانوني للقاصر في هذه العلاقة الزوجية بصفته أثر من آثارها، وهو الأمر الذي تم الحديث عنه ضمن هذه الدراسة.

ثامنا: الصعوبات

كأي بحث علمي فلم يخل هذا البحث من الصعوبات حيث أن دراسته لم تكن من السهولة بمكان، وذلك راجع لطبيعة الموضوع بحد ذاته لجدته وكثرة إشكالاته وكذا تفرعه داخل أحكام قانون الأسرة، حيث أنه لا يوجد فصل أو كتاب يتعلق بهذه الحماية وإنما تم استخلاصها من مختلف مواده.

ومن بين الصعوبات كذلك التي اعترضتنا لإنجاز هذه الأطروحة عدم تجاوب وزارة العدل في اطلاعنا على الإحصائيات المتعلقة ببعض المسائل محل الدراسة ونخص بالذكر الإحصائيات المتعلقة بالتراخيص القضائية للقاصر لإبرام عقد الزواج.

تقسيمات الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى خطة ثنائية باعتبارها الأنسب للإحاطة بكل جوانب الموضوع وذلك وفق بابين يضم كل باب فصلين:

حيث عنون الباب الأول بـ: **الحماية الموضوعية للقاصر** حيث سيتم من خلاله بيان أوجه الحماية التي خصه بها قانون الأسرة من خلال بيان النظم القانونية التي تضمنها قانون الأسرة لحمايته في نفسه وكذا ماله حتى يشب راشدا فيتولى أموره. وقد تم تقسيمه إلى فصلين، عنون الفصل الأول بـ: **الحماية النفسية للقاصر**؛ حيث سيتم من خلاله بيان مظاهر الحماية النفسية للقاصر من خلال الحديث عن الضمانات القانونية التي أوجدها المشرع بموجب قانون الأسرة لحفظ حقوق القاصر سواء كانت هذه الحقوق مادية كحقه في النفقه والسكن وغيرها أو كانت معنوية كحقه في النسب والتعليم وغيرها من الحقوق التي يتمتع بها القاصر بحكم الرابطة الأبوية وما تفرضه من سلطة الولاية عليه، أو بحكم الرعاية البديلة في حال غياب رابطة الأبوة وذلك من خلال نظام الكفاله الذي يتضمن هو الأخر مظاهرا لحماية

القاصر اليتيم أومجهول النسب ولذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: خصص الأول للحديث عن: **الولاية كنظام لحماية القاصر**، في حين خصص المبحث الثاني للحديث عن: **الكفالة كنظام لحماية القاصر**.

أما الفصل الثاني فعنون بـ: **الحماية المالية للقاصر** حيث أن حماية نفس القاصر لا يمكن أن تؤدي غايتها إذ ا لم تستتبع بحماية ماله من الضياع والإهمال حيث عمل المشرع على إيجاد نظم قانونية تعمل على حفظ هذا المال ورعايته وتنميته حتى يبلغ القاصر راشدا فيسلم إليه وهو ما سيتم الحديث عنه ضمن هذا الفصل الذي تم تقسيمه هو الآخر إلى مبحثين : خصص الأول للحديث عن: **الولاية على المال كنظام لحماية القاصر**، في حين خصص المبحث الثاني للحديث عن: **دور الوصاية والتقديم في حماية مال القاصر**.

أما الباب الثاني فقد عنون بـ: **الرقابة القضائية كآلية لتفعيل حماية القاصر** فمما لا شك فيه أن الاعتراف بالحقوق لا يكفي وحده بل لا بد من آليات قانونية تكفل ممارستها وتعمل على منع الاعتداء عليها وهو ما سعى إليه المشرع من خلال منحه جهاز القضاء دورا في رعاية وحماية مصالح القاصر سواء تعلق الأمر بنفسه أو ماله من خلال منحه مكنة قانونية لتفعيل الحماية الموضوعية للقاصر وذلك من خلال آليتين الأولى تتمثل في الرقابة القبلية التي وجدت كوسيلة وقائية والثانية تتمثل في الرقابة البعدية التي تعمل على مراقبة مدى تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة وكذا متابعتها وتوقيع الجزاء في حال مخالفتها أو الاعتداء على الحقوق المخولة للقاصر. ولذلك تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، عنون الفصل الأول بـ: **الرقابة القضائية القبلية كآلية لحماية القاصر**؛ وقد تم تقسيمه إلى مبحثين خصص الأول للحديث عن: **الأشخاص المخول لهم قانونا السهر على حماية مصالح القاصر**، في حين خصص المبحث الثاني للحديث عن: **طرق ممارسة الرقابة القضائية القبلية لحماية القاصر**. أما الفصل الثاني فعنون بـ: **الرقابة القضائية البعدية كآلية لحماية القاصر**، وقد تم تقسيمه هو كذلك إلى مبحثين : خصص الأول للحديث عن: **تدخل القضاء لحماية مصالح القاصر الشخصية والمالية بموجب الرقابة البعدية**، في حين خصص المبحث الثاني للحديث عن: **المساءلة القضائية كآلية لحماية القاصر في نفسه وماله**.

وأخيرا خاتمة تتضمن أهم النتائج واقتراحاتها.

الباب الأول

الحماية الموضوعية للقاصر

باعتبار أن القاصر يمثل مستقبل مجتمعه الأمر الذي يستلزم منحه ما يلزم من الرعاية التي من شأنها أن تجعله ينمو في اعتدال و هو ما سعى إليه المشرع الجزائري من خلال جملة من النصوص القانونية التي وضعت كنبراس يهتدي به كل من يسعى إلى المحافظة على هذه الفئة الهشة من المجتمع.

هذه النصوص وضعت كضمانات لتبّين مدى حرص المشرع على تنشئته تنشئة سليمة في المجتمع.

إن الضمانات التي أقرها المشرع لحماية للقاصر في قانون الأسرة شملت شقين يتمثل أولها في: الحماية النفسية له سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو أثناء انقضائها من خلال نظام الولاية عليه، حيث نص على وجوب المحافظة على نفس القاصر والإشراف عليه والقيام بشؤونه وهذا منذ ولادته وحتى بلوغه رشيدا. بل ذهب المشرع إلى ما هو أبعد من ذلك فكفل حتى حماية القصر الأيتام ومجهولي النسب من خلال نظام الكفالة .

ويتمثل الشق الثاني في الحماية المالية للقاصر وذلك بحفظ مال القاصر من الضياع، حيث نص على وجوب تعيين شخص رشيد يتولى إدارة وتسير مال القاصر ويحرص عليه كما يحرص على ماله الخاص وذلك من خلال نظام الولاية أو الوصاية أو التقديم، فحماية مال القاصر هو امتداد لحمايته النفسية فكل منهما مكمل للآخر لأنه يحميه من الضياع في متاهة الإجرام بحثا عن مورد الرزق.

استنادا لما سبق يمكن القول أن مظاهر أو صور الحماية الموضوعية للقاصر تتمثل في النظم القانونية التي تهدف إلى حماية القاصر في شخصه وماله؛ والتي من خلالها يمكن استخلاص جملة من الحقوق التي أقرها المشرع للقاصر والتي تعد في حد ذاتها ضمانات تهدف إلى وضع مصلحته فوق كل اعتبار وهو ما سنحاول بيانه والتفصيل فيه ضمن هذا الباب الذي تم تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: الحماية النفسية للقاصر.

الفصل الثاني: الحماية المالية القاصر.

الفصل الأول

الحماية النفسية للقاصر

إن القاصر وإن كان ضعيفا في شخصه بحكم انعدام أو نقص أهليته؛ إلا أنه قانونيا يعتبر الطرف الأقوى في العلاقات الأسرية، ويبرز ذلك في النظم القانونية التي أسسها المشرع للمحافظة على نفس القاصر ورعاية شخصه باعتباره طرفا ضعيفا غير قادر على حماية نفسه وإدراك الأصلح والأنفع له حيث تتمثل إحدى هذه النظم في: الولاية على نفس القاصر والتي يتولى من خلالها الولي على النفس رعاية مصالح القاصر وحفظه في نفسه وجسمه وعقله وذلك بتربيته وتعليمه وتأديبه وكذا الإنفاق عليه وتزوجيه وكذا توجيهه إلى أن يشّب راشدا فيتولى مسؤولية نفسه.

أما النظام الثاني فيتمثل في: نظام الكفالة الذي وجد كبديل لنظام التبني الذي هو محرم شرعا وقانونا وهو ما نصت عليه المادة 46 من قانون الأسرة. إذ أن الهدف من إقرار نظام الكفالة هو حماية القاصر الذي يكون مجهول النسب أو اليتيم وذلك بتخصيص أسرة بديلة له تعوضه عن الدفء العائلي الذي فقده.

إن كُلّا من نظام الولاية على النفس وكذا الكفالة شُرعا كآلية لحماية القاصر في نفسه بسبب انعدام أو نقص أهليته، غير أنهما يختلفان من حيث الأشخاص المكلفين بممارستهما، إذ أن الولاية تتعلق أساسا بأفراد الأسرة وهي مرتبطة بعائلة القاصر سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو أثناء انحلالها، في حين أن الكفالة تقتضي إمكانية توكيل مهمة رعاية القصر– الذين تعتريهم ظروف خاصة في أغلب الأحيان – إلى غير أفراد أسرتهم.

يتضح إذا أن بحث الحماية النفسية للقاصر هو عرض الحماية القانونية التي أقرها المشرع للقاصر بموجب قانون الأسرة من خلال كل من الولاية على النفس وكذا الكفالة باعتبارهما آليتين لحفظ القاصر وهو ما سيتم التفصيل فيه ضمن هذا الفصل الذي تم تقسيمه إلى:

المبحث الأول: الولاية كنظام لحماية نفس القاصر.

المبحث الثاني: الكفالة كنظام لحماية نفس القاصر.

المبحث الأول :الولاية كنظام لحماية نفس القاصر

لقد عمد المشرع إلى التأكيد على ضرورة رعاية القاصر وحماية نفسه وهذا بموجب نصوص قانونية شرعت أساسا للحفاظ عليه نظرا لمركزه داخل الأسرة، وقد أوجد بموجب هذه النصوص آليات لحمايته من ذلك الولاية عليه؛ فالولاية تدخل تحت أحكام النيابة الشرعية وهي لا تمارس إلا في ظل انعدام أو نقص الأهلية حيث يتم بموجبها رعاية القاصر وكذا إنابته في ما يبرمه من تصرفات قانونية من ذلك عقد الزواج.

فالولي مخول بجملة من الوظائف والسلطات التي تتحدد أساسا بحكم العلاقة الأسرية، والتي قد يمارسها إما في ظل قيام الرابطة الزوجية أو في حال انقضائها بأي سبب، وهو ما سنعالجه في هذا المبحث الذي سنبين فيه المقصود بالولاية على النفس إذ لا يمكن الخوض في المهام الموكلة للولي دون معرفة ماهية هذه الولاية وما هو مصدرها وهذا ضمن (المطلب الأول) بعدها سنتطرق إلى سلطات ووظائف الولي أثناء قيام الرابطة الزوجية في (المطلب الثاني) ومدى اختلاف هذه السلطات والوظائف في حال انحلال الرابطة الزوجية وسيكون ذلك في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية الولاية على نفس القاصر

قسّم الفقهاء الولاية عموما إلى تقسيمات متعددة تبعا لموضوعها أو مصدرها أو سببها[1]، وقد أدرج الفقهاء الولاية على النفس ضمن التقسيم الموضوعي للولاية – إلى جانب الولاية على المال– وهو ما انتهجه المشرع الجزائري في المادة87 و88 من ق أ .

لذلك سنحاول التطرق إلى التأصيل التاريخي للولاية على النفس في (الفرع الأول) ثم تعريف الولاية على النفس وكذا بيان مفهوم القاصر على ضوء قانون الأسرة وهذا في (الفرع الثاني) ثم بيان طبيعتها الفقهية والقانونية وبيان أسباب وجوبها وهذا في (الفرع الثالث).

---

[1] تنقسم الولاية من ناحية موضوعها إلى ولاية على النفس والتي نحن بصدد بحثها وولاية على المال والتي سنعالجها في الفصل الثاني من هذا الباب، كما قسّمت بحسب مصدرها إلى ولاية أصلية وهي الولاية المقررة بموجب نص شرعي أو قانوني؛ من ذلك ولاية الأب عن ابنه، وإلى ولاية مكتسبة كولاية الوصي والمقدم، أما بحسب السبب الذي أنشأها فتنقسم إلى ولاية بسبب القرابة وولاية بسبب القضاء. لتفصيل أكثر راجع : سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص ص 96، 97 .

الفرع الأول: التأصيل التاريخي للولاية على النفس

بالنظر إلى التاريخ البشري نجد أن حياة الإنسان مرت بعصور تاريخية كان لكل عصر فيها بصمة في تطور القانون ومفاهيمه، لذلك سنحاول معرفة أصل نشأة الولاية على النفس ومختلف المراحل التاريخية التي مرت بها من العصور القديمة وصولا إلى التشريع الوضعي الجزائري الحالي.

أولا: الولاية على النفس في النظم القانونية القديمة

إن الباحث في وضعية القاصر في ظل العصور القديمة يتوصل إلى أنها كانت تخضع للسلطة الأبوية و التي كان لها دور كبير في رعاية القاصر وحمايته خاصة في الجانب النفسي، فكان للأب دور في تنميته وتوجيهه وبناء ذاته وشخصيته[1].

وعليه منحت النظم القانونية آنذاك الأب سلطة التأديب وواجب الإنفاق وغيرها من السلطات والواجبات فجعلت منه الولي المطلق واضعة بذلك اللبنة الأولى في مفهوم الولاية، و إن كان لهذه الولاية جانب مظلم يزداد قتامة كلما كان الأب أكثر جبروتا و أشد قسوة ما يؤدي في أحيان كثيرة إلى قلب الحماية أو الولاية إلى تعسف وكبت لحرية القاصر الضعيف، لذلك فإن الولاية في هذه العصور كانت تعطى إلى الأب تلقائيا دون شروط أو تدقيق فيما إذا كان هذا الأب يستحق هذه الولاية أم لا [2].

ومن هذا المنطلق يمكن القول أن ميلاد الولاية على النفس كان مصدره هذه النظم القانونية الوضعية التي مهدت للنظام القانوني الحالي المنظم للولاية بشكل عام والولاية على النفس بشكل خاص. لكن يجدر الإشارة إلى أن الولاية في ظل هذه النظم كانت بمثابة امتياز للأب أكثر منه واجبا عليه.

---

[1] المقصود هنا كل الحقب التاريخية التي مرت على الإنسان وتعد أساسا للقانون الوضعي الحالي ومن ذلك " في المجتمع البدائي، حضارة وادي الرافدين، حضارة وادي النيل، الحضارة الرومانية والتي كانت لها ميزة خاصة ودور في القانون الوضعي الحالي ". ولتفصيل أكثر راجع: منذر الفضل، تأريخ القانون، ط2، دار تاراس للطباعة والنشر، العراق، 2005، ص 26 وما يليها. راجع أيضا: ص 61 و71 و100.

[2] لتفصيل أكثر راجع: منذر الفضل، مرجع نفسه، ص 120 وما يليها.

ثانيا: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية

على خلاف النظم القانونية القديمة التي كان مصدرها تشريع وضعي من صنع البشر، نجد أن الشريعة الإسلامية هي تشريع إلاهي وضعه الشارع الحكيم، لينظّم مختلف مجالات الحياة بكل جزئياتها من ذلك موضوع الولاية الذي لم يكن بمنأى عن هذا التنظيم.

فبالرجوع إليها نجد أنها نصت على ضرورة حماية القاصر لكونه ضعيفا في نفسه وماله، وأوكلت مهمة الإشراف عليه وتسيير شؤونه إلى الولي إذا كان قادرا على ذلك. واعتبرت الولاية على النفس واجبا على الولي مادام القاصر لم يبلغ سن الرشد – الأمر الذي لم يؤخذ بعين الاعتبار في النظم القانونية القديمة – إذ أمرت بوجوب حسن اختيار أسماء الأبناء ورعايتهم وتوجيههم وكذا تعليمهم؛ إضافة إلى واجب الانفاق وغيرها من الحقوق المادية والمعنوية. بل إن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أمرت بالرحمة والرفق بالقصر وخاصة اليتامى منهم كما نصت على مداعبتهم وملاطفتهم.

فبالبحث في مصادر الشريعة الإسلامية نجد أن الولاية على النفس ثابتة بنص القرآن الكريم[1] حيث جاء في قوله تعالى:﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[2] ، وقوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[3].

أما من السنة النبوية الشريفة ما رواه البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه** ."[4]، وعن أبي الدرداء قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم:" **إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم.**"[5]، كما حث رسولنا الكريم على الرحمة بالولد ومعانقته وتقبيله والإحسان إليه؛ **فقد قال ثابت عن**

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج1، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 2002، ص 366.

[2] سورة النساء: الآية 6.

[3] سورة البقرة : الآية 233.

[4] ابن عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري جامع الصحيح، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، رقم: 1385، ج1، "د ط" ، دار الوليد، طرابلس، "د س ن" ، ص 297 .

[5] خليل أحمد السهارنفوري، بذل المجهود في حل سنن أبي داوود، كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء، رقم: 4949، ج3، ط1، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي، الهند، 2006، ص 349 .

انس: أخذ النبي صلى الله عليه وسلم ابراهيم فقبّله وشمّه . " وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: **قبّل الرسول صلى الله عليه وسلم الحسن ابن علي وعنده الأقرع بن حابس التميمي جالسا فقال الأقرع: إن لي عشرة من الولد ما قبّلت منهم أحدا . فنظر إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال من لا يرحم لا يُرحم** "، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: " **جاءتني امرأة معها ابنتان تسألني فلم تجد عندي غير تمرة واحدة فأعطيتها فقسمتها بين ابنتيها ثم قامت فخرجت فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال: من يلي من هذه البنات شيئا فأحسن إليهن كن له سترا من النار** "[1].

ولا بد من التذكير أن الشريعة الإسلامية أبطلت عادات وتقاليد وأعراف سادت في الجاهلية حيث كانت الولاية تفرض – إضافة إلى الصغار القاصرين – على المرأة طيلة حياتها، كما أنها كانت تمنح للرجال من العصبات دون النساء " وطفولة النبي صلى الله عليه سلم شاهد على نظام الولاية على القاصر عند العرب قبل الإسلام "[2]؛ فالمتصفح لحياة رسولنا الكريم الذي كان يتيم الأبوين يجد أن جده كان أول من كفله و بعد وفاته تكفل عمه أبو طالب برعايته.[3]

ثالثا: الولاية على النفس في القانون

إن البحث في المسار التاريخي لوضع نصوص قانون الأسرة الجزائري يتطلب معرفة الوجود القانوني للولاية على نفس القاصر باعتبارها من أهم مظاهر حماية القاصر .

فبالرجوع إلى فترة الاحتلال الفرنسي وسلب السيادة الوطنية حاول عبثا المساس بأهم مقومات المجتمع الجزائري وطمس الهوية الوطنية من ذلك محاولة تطبيق القانون المدني الفرنسي على الأحوال الشخصية إلاّ أن محاولته هذه باءت بالفشل، الأمر الذي أدى به إلى القيام بمحاولات متكررة للتدخل في المسائل الشخصية للمجتمع الجزائري من خلال إدراج بعض القواعد القانونية المتعلقة بذلك، ولعل أبرز ما

[1] صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 4، ص ص 64، 65.

[2] عبد الرزاق دنقير، ولاية الأم على القاصر، مجلة القضاء والتشريع، أوربيس للطباعة، تونس، ع 8، 1995، ص 48.

[3]" يذكر أهل السير أن أباه صلى الله عليه وسلم توفي في المدينة وأمه حبلى به، وأن أمه توفيت بعد زيارة لقبر زوجها وهو – عليه الصلاة والسلام – في السنة السادسة من عمره وتوفي جده عبد المطلب بعد السن الثامنة من مولده ." لتفصيل أكثر راجع: سعيد حوى، السيرة النبوية، مج 1، ط1، دار السلام، القاهرة، 2009، ص ص 157، 158.

قام بتقنينه في هذا الجانب الولاية والوصاية على القصر وكذا تحديد سن الرشد القانوني للزواج[1] ومنع الزواج إلاّ بموجب ترخيص قضائي مسبق[2] .

وبعد طرد المستعمر الفرنسي وحصول الجزائر على الاستقلال تم إصدار أول قانون باسم السيادة الوطنية يتضمن مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي إلاّ ما تعارض مع السيادة الوطنية[3]؛ ومن ذلك النصوص القانونية المتعلقة بشؤون الأسرة . وبقي الحال عليه إلى غاية صدور القانون المدني بموجب الأمر(75- 58) والذي نظم بعض المسائل الأسرية كما تضمن أحكاما للأهلية التي تعد المرجع في تقرير الولاية على النفس من عدمها[4]، لذلك فقد كانت المنازعات الأسرية بعد الاستقلل- وفي ظل غياب تقنين يخصها – تخضع للقضاء المدني ولتقنينه.

وبصدور قانون الأسرة الذي تم وضعه بعد قرابة عشرين سنة من الاستقلال[5] بموجب الأمر (84-11) [6] يكون المشرع الجزائري قد وضع أحكاما تنظم العلاقات الأسرية في جانبها الشخصي والمالي ومن ضمنها نصه على أحكام الولاية على القاصر بشقيها النفسي والمالي وذلك ضمن المادة 87 من ق التي نصت على الولاية بشكل عام وحالات استحقاقها، كما نص ضمن نصوص متفرقة من ذات القانون على وظائف وسلطات الولي بحكم الولاية على القاصر.

الفرع الثاني: تعريف الولاية على نفس القاصر

يتضمن تعريف الولاية على النفس تحديد معناها في كل من المادة اللّغوية والاصطلاحية أولا، وكذا توضيح المقصود بالقاصر المعني بهذه الدراسة وهذا ثانيا.

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص17 وما يليها.

[2] العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص18.

[3] قانون رقم 62-157 الصادر في 31-12-1962 وألغي بموجب الأمر رقم 73-29 الصادر في 5-7-1973.

[4] أنظر في ذلك: المادة 40-42-43 من ق م. راجع أيضا: غوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، "د ط"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص193.

[5] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، ط 1، مطبعة الطالب، " د م ن" ، " د س ن" ، ص6.

[6] المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005، ج ر ع 15، لسنة 42، المؤرخة في 27 فبراير2005. يجدر الذكر أن قانون الأسرة الجزائري عدّل مرة واحدة وهذا بعد قرابة عشرين سنة من صدوره بموجب الأمر رقم 05-02.

أولا: تعريف الولاية على النفس

1- تعريف الولاية على النفس لغة:

عرّف أهل اللغة الولاية بفتح الواو وكسرها أنها تعني في الأولى النصرة والمحبة وفي الثانية القدرة والقوة والسلطان وهي مصدر فعله ولى ومضارعه يلي فولي الشيء وولى عليه ولاية أي أقام عليه وملكه وتولاه.

وقال سيبويه: الولاية بفتح الواو المصدر وبكسر الواو الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به[1]، ومن ذلك هناك من يرى أن اللغويين يرجحون استعمال المصدر فيما يحتاج من تدبير وإشراف وتملك، ويرجحون استعمال الاسم فيما يحتاج إلى نصرة.[2]

والولاية والولي وردت في القرآن الكريم وقد تضمنت الدلالات اللّغوية ذاتها؛ من ذلك قوله تعالى:﴿ **اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آَمَنُوا يُخْرِجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا أَوْلِيَاؤُهُمُ الطَّاغُوتُ يُخْرِجُونَهُمْ مِنَ النُّورِ**﴾ [3] أي ناصرهم ومؤيدهم وحافظهم ومتولي أمرهم[4]. وقوله تعالى:﴿ **هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ هُوَ خَيْرٌ ثَوَابًا وَخَيْرٌ عُقْبًا** ﴾ [5] " أي في ذلك المقام وتلك الحال تكون النصرة لله وحده لا يقدر عليها أحد فهو فهو الولي الحق الذي ينصر أولياءه. " [6] فالنصر والسلطان لله، كما أن الولي هو اسم من أسماء الله الحسنى.

2- تعريف الولاية على النفس اصطلاحا:

يتضمن التعريف الاصطلاحي للولاية على النفس بيان تعريف الفقه ثم بيان موقف القانون من ذلك.

---

[1] مختار الصحاح، مرجع سابق، باب الواو، ص ص 306، 307. محمد مرتضى الحسني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مج 40، مادة ولي، ط1، مؤسسة الوليد للتقدم العلمي، الكويت، 2001، ص241 وما يليها. محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، قاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005، ص1344.

[2] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص94.

[3] سورة البقرة: الآية 257.

[4] محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الأول، ط9، دار الصابوني، القاهرة ، "د س ن" ، ص147. عماد الدين أبي الفداء اسماعيل ابن كثير الدمشقي القرشي، تفسير القرآن العظيم، ج2، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية،1431هـ، ص253.

[5] سورة الكهف: الآية 44.

[6] محمد علي الصابوني، مرجع سابق، مج2 ، ص177. ابي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص 287 ، 288.

1- التعريف الفقهي للولاية على النفس:

أ - تعريف الولاية على النفس في الفقه الشرعي:

لم يفرد الفقهاء القدامى تعريف مستقل للولاية على النفس غير أنهم أعطوا تعريفا جامعا للولاية ككل؛ من ذلك تعريف الحنفية بقولهم أن الولاية عامة تعني: " تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى." [1] كما ركزوا - في حديثهم عن الولاية - عن الولاية على المال وبينوا أحكامها،[2] كما أوردوا تعريف الولاية في النكاح باعتبارها تدخل ضمن الولاية على النفس دون التطرق إلى تعريفها.[3]

خلافا لما سبق اهتم الفقه الحديث ببيان أحكام الولاية بكافة تقسيماتها، كما وضعوا تعريفات تتعلق بالولاية على النفس حيث أنه هناك من عرفها بقوله: " سلطة شرعية يملك بها القادر على التصرف رعاية شؤون غيره "[4].

وهناك من يرى بأنها مسؤولية عن ما يتعلق بنفس المولود الضعيف جسما وعقلا وروحا، والذي يحتاج فيها إلى حماية ورعاية وصيانة وحفظ من الأب والأم سواء [5].

يرى فقيه آخر أنها: " الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج " [6].

في حين يرى آخر انها: " الولاية التي تتعلق بنفس المولى عليه من التعليم والتأديب والتزويج "[7].

---

[1] محمد بن عبد الله بن أحمد عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص 182. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، باب الواو، "د ط"، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص 213.

[2] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، "د ط" ، دار الفكر، لبنان، 2008، ص 281.

[3] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص22.

[4] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص25.

[5] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، " د ط"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994، ص25.

[6] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 745.

[7] محمد مصطفى شحاتة الحسني، الأحوال الشخصية في الولاية، الوصية، الوقف، "د ط"، مطبعة دار التأليف، "د م ن"، 1976، ص 26.

يتضح من جملة التعاريف السابقة أن الولاية على النفس عند فقهاء الشريعة تعني السلطة التي منحها الله عز وجل بموجب نص شرعي للولي للتصرف في الشؤون النفسية للمولى عليه باعتباره غير راشد في الوجه الذي لا يخالف الأحكام الشرعية، وتتضمن هذه السلطة تعليمه وتطبيبه وتأديبه وتزويجه.

ب: تعريف الفقه القانوني:

عُرفت الولاية في اصطلاح الفقه القانوني بأنها: السلطة التي يملكها الولي على المولى عليه والتي تخوله الحق على نفس المولى عليه في التعليم والتطبيب والتأديب والتزويج وسلطة التوجيه دون أن تكون لإرادته دور في ذلك مادام لم يبلغ سن التمييز.[1]

أو هي: " سلطة الوالي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه "[2].

وعرفها أيضا الفقيه عبد الفتاح تقية بأنها: " هي التي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج "[3].

كما أن هناك من عرفها على أنها: " سلطة يقررها القانون لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية "[4].

بالنظر وتحليل لتعريفات السابقة يتضح أن الفقه القانوني تبنى فكر الفقه الشرعي؛ حيث اعتبروا الولاية سلطة ممنوحة للولي لتسيير شؤون المولى عليه النفسية في حين تم إغفال أهم جانب يتعلق ببيان الجهة التي خولت للولي هذه السلطة أو الصلاحية وهذا خلافا للفقه الشرعي، الأمر الذي يدعوا إلى التساؤل عن مصدر هذه السلطة ؟

---

[1] بختي العربي، أحكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 189.

[2] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص177.

[3] النصوص الشرعية في قضايا الأحوال الشخصية قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص151.

[4] فضيل العيش، مرجع سابق، ص 84.

ما يلاحظ أيضا على التعاريف السابقة أنها ركزت في تعريفها للولاية على النفس على كونها سلطة[1]؛ الأمر الذي يوحي أن الولي يكون في مركز قوة والمولى عليه في مركز ضعف، غير أن الولاية في واقع الأمر هي سلطة وواجب في الوقت ذاته لأن الولي له سلطات تجاه المولى عليه؛ ولهذا الأخير في المقابل حقوق على الولي وهي تتمثل في واجبات الولي من رعاية وحفظ وإنفاق وتزويج هذا القاصر.

2- موقف المشرع الجزائري من تعريف الولاية على النفس:

فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري نلتمسه من مضمون أحكام المادة 87 من ق أ التي نصت على أن الولاية على القاصر تتضمن التمثيل الشرعي له لكونه غير كامل الأهلية [2]؛ حيث جاءت تحت أحكام النيابة الشرعية، حيث بين المشرع الأشخاص المؤهلين قانونا لممارسة الولاية على القاصر عموما دون تحديد أي نوع من الولاية، مما يعني أن أحكام هذه المادة تقصد الولاية على المال والنفس معا دون إعطاء تعريف لها وبيان المجالات التي ينوب فيها الولي المولى عليه، وكذا المهام الموكلة للولي على النفس وهذا خلاف الفقه الذي بين مجال ممارسة هذه الولاية .

ويجب الإشارة هنا أن المشرع وإن لم يعرف الولاية على النفس – لأن ذلك عادة يكون من اختصاص الفقه – كما أنه لم ينص على نطاقها ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثاني من تقنين الأسرة، إلا أنه نص على مشتملاتها وهذا ضمن نصوص متفرقة؛ تارة تخص حقوق الأولاد وتارة تتعلق بالواجبات المشتركة للزوجين وأخرى تتعلق بسلطات الولي عامة .

من خلال تمحيص ما سبق ذكره من تعريف لغوي واصطلاحي وكذا موقف المشرع الجزائري يمكن القول أن الولاية على النفس هي: صلاحية مشروعة تتضمن جانب من السلطة وجانب آخر من الواجبات يملكها الولي على عديم أو ناقص الأهلية والتي تتعلق بالرعاية النفسية له من حفظ وتعليم وإنفاق وتزويج إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني.

---

[1] السلطة هي شق من التعريف اللغوي للولاية وفي الشق الثاني يقصد منها الرعاية والنصرة كما سبق بيانه.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، "د ط"، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 230.

ثانيا: تحديد مفهوم القاصر على ضوء قانون الأسرة

قبل تحديد المقصود بالقاصر ضمن قانون الأسرة سنبين تعريفه في اللغة أولا، ثم تعريفه اصطلاحا من خلال بيان تعريف الفقه له ثم ابراز موقف المشرع الجزائري من هذه التعريفات وهذا ثانيا:

1- تعريف القاصر لغة:

القاصر هو اسم فاعل من الفعل "قصر" بفتح القاف ويعني العجز عن بلوغ الهدف أو المبتغى فيقال قصر عن الشيء قصورا إذا لم يبلغه، وقصر السهم عن الهدف أي أنه لم يصب الهدف الذي ابتغاه وعجز عن ذلك. ولذلك فالقاصر كل من عجز بسبب قصوره عن بلوغ الهدف أو الشيء الذي يطمح إلى الوصول إليه [1].

2- تعريف القاصر اصطلاحا:

أ- تعريف الفقه الشرعي للقاصر:

لم يورد الفقه القديم مفهوما للقاصر حيث كان استعماله له بالمفهوم الواسع، حيث أنهم عرفوا مرادفات له كالصبي واليتيم والصغير والحدث والمولى عليه والطفل[2].

في حين نجد الكثيرين في الفقه المعاصر ممن أقروا بهذا المصطلح وحاولوا إعطاء تعريف دقيق له[3].

فقد عرفه الإمام محمد أبو زهرة بقوله: " وكلمة قاصر تشمل نوعين هما: فاقد الأهلية أي المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، وناقص الأهلية وهو الصبي المميز عند من يقسم المعتوه إلى قسمين "[4]. ويلاحظ على هذا التعريف أن صاحبه قد اعتبر صفة القاصر لها معنى واسع حيث تشمل كل شخص لم يبلغ سن الرشد، وكذا كل من بلغ هذا السن لكن اعتراه عارض من عوارض الأهلية.

---

[1] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، باب القاف، "د ط"، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 224.

[2] الحصكفي، مرجع سابق، ص 182.

[3] غنية وارتي، ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة الجزائري، بحوث جامعة يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، مج11، ع1، ص 32.

[4] محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 33.

أما الدكتور وهبة الزحيلي فقد عرفه بقوله: " القاصر من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كغير المميز أو ناقصها كالمميز "[1]. ويلاحظ على هذا التعريف أنه وإن اتفق مع سابقه في جعل القصور مرتبط بالأهلية؛ إلاّ أنه خالفه في تحديده للفئة التي يشملها هذا المصطلح حيث اقتصر هنا على كل شخص لم يبلغ سن الرشد القانوني ويتعلق الأمر فقط بالصبي الذي قد يكون مميزا أو غير مميز، واستثنى من اعتراه عارض من عوارض الأهلية .

ب- **تعريف الفقه القانوني للقاصر:**

هناك من ذهب إلى تعريف القاصر بأنه: " الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، ذلك أن حياة الفرد تنقسم قانونا إلى مرحلتين الأولى يكون فيها قاصرا والثانية يكون فيها راشدا، ذلك أن الطبيعة نفسها قسمت الحياة إلى مراحل عدة تبعا للتقدم الجسماني والعقلي للإنسان "[2].

وهناك من عرفه بقوله: " كل من يخضع في تسيير شؤونه لنيابة الغير حماية له إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني وهو متمتع بنضج عقلي يسمح له بالقيام بتسيير شؤونه الشخصية والمالية "[3]. يتضح من هذا التعريف انه عرف القاصر وفق مفهوم شامل وواسع شمل كلاّ من القصور بسبب السن والقصور بسبب العقل، بخلاف التعريف الذي سبقه والذي اقتصر على المفهوم الضيق للقاصر والمرتبط بقصور السن.

ت- **موقف المشرع الجزائري من التعريفات الفقهية للقاصر:**

إن إدراج هذه الاختلافات حول مفهوم القاصر لدى الفقه يقودنا إلى التساؤل حول أقربها للاستعمال ضمن قانون الأسرة ؟

ما يمكن قوله عموما أن المشرع الجزائري ربط مفهوم القاصر بالنظر إلى أهليته إلى فئتين:

---

[1] الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 746.

[2] كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، "د. ط" ، منشأة المعارف، الاسكندرية، " د س ن"، ص 17.

[3] مليكة غنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، ط1، دار الآفاق للنشر والتوزيع الرباط، المغرب، 2010، ص 19.

فئة تشمل القصر سنا: وهم الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد، وقبل بلوغ القاصر سن الرشد فانه يمر بمرحلتين مرحلة عدم التمييز والتي تبدأ من تاريخ الميلاد إلى بلوغ الشخص 13 سنة، ومرحلة التمييز والتي تبدا من 13 إلى 19 سنة.

وفئة تشمل القصر عقلا: وهم الأشخاص البالغين سن الرشد والذين اعتراهم عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والغفلة والعته[1].

هذا التصنيف والربط تم استخلاصه مما ورد ضمن القانون المدني[2]؛ عند الحديث عن الأهلية وهذا استنادا للمادة 40 منه التي تحدد سن الرشد القانوني[3]، وكذا المادة 42 و43 منه[4] المتعلقة بسن التمييز، حيث تم من خلال هذه النصوص تحديد مفهوم القاصر وكذا تصنيفه دون وجود تعريف صريح له.

استنادا إلى ما جاء في القانون المدني نجد أن قانون الأسرة هو الآخر تضمن هذا التصنيف كما أنه استعمل مصطلح " القاصر" ضمن العديد من نصوص قانون الأسرة دون إيراد تعريف له، وذلك مثلا ضمن المادة 7 و 87 و 98 وكذا المادة 116 وأيضا المادة 181 من ذات القانون. وهو الأمر الذي يطرح تساؤلا حول ما يقصده المشرع بمصطلح القاصر هنا ؟ وفي ما إذا كان يقتصر على الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أم يشمل كذلك الراشد المحجور قضائيا ؟

بالرجوع إلى ما تضمنته هذه المواد من أحكام نجد أنها تبين أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني؛ و ما يفسر ذلك ما ورد في المادة 7 من ق أ التي تحدثت بداية في فقرتها الأولى على وجوب

---

[1] غنية وارتي، مرجع سابق، ص 32.

[2] الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ج ر ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ع 44، الصادرة في 26 جوان 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو2007 ، ج ر ع31 ، مؤرخة في 13 مايو2007.

[3] جاء فيها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة ".

[4] حيث جاء في المادة 42 : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبغ ثلاث عشرة سنة ".

توفر السن القانوني للزواج بـ19 سنة، ثم اعتبرت ذات المادة بموجب الفقرة الثانية منها أن من لم يبلغ هذا السن يعتبر قاصرا.

وأيضا ما ورد ضمن المادة 87 من ذات القانون والمتعلقة بالولاية على نفس القاصر وماله وكذا الوصاية عليه، وكذلك ما ورد ضمن المادة 116 من ذات القانون والمتعلقة بالكفالة حيث أنها نصت على المعني بها وهو القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني.

إن ما يوضح إقصاء فئة القصر عقلا من مفهوم القاصر في قانون الأسرة – إضافة إلى ما تم ذكره سابقا – هو ما تضمنته المواد 81– 86 من ق أ التي تنص على الأحكام العامة للنيابة الشرعية؛ حيث لم يرد ذكر مصطلح القاصر وهذا لكون هذه الأحكام تتعلق بالقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، كما تتعلق بكل من بلغ سن الرشد واعتراه عارض من عوارض الأهلية. وكذلك المادة 99 من ذات القانون التي تتحدث عن التقديم حيث لم يورد المشرع عبارة القاصر ضمنها وهذا لكونها أيضا تطبق على فئة القصر سنا وفئة القصر عقلا.

استنادا لما سبق يمكن القول أن القاصر المقصود في مجموع ما تناولته نصوص قانون الأسرة هو الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أو المحجور عليه قانونا لصغر سنه، ويخرج عن هذا الإطار كل من بلغ سن الرشد واعتراه عارض من عوارض الأهلية كالمجنون والمعتوه وذي الغفلة وغيرهم ممن يتم الحجر عليهم قضائيا، وعليه فإن المشرع في قانون الأسرة أخذ بالمعنى الضيق للقاصر وليس المفهوم الواسع له[1].

الفرع الثالث: الطبيعة الفقهية والقانونية للولاية على النفس

لقد أجمع الفقه الشرعي والقانوني على أن مصدر هذه الولاية هو أساس وجوبها وهو الذي على أساسه تتحد وظائف الولي والمصدر الذي يستمد منه سلطته، لذلك لابد من تحديد التكييف الشرعي والقانوني لهذه السلطة، غير أنه وقبل الوقوف على التكييف القانوني لهذه الولاية لابد من توضيح الأسباب الموجبة لها أولا ثم بيان التكييف الفقهي والقانوني ثانيا.

[1] نلاحظ أن مفهوم القاصر الذي أخذ به المشرع ضمن قانون الأسرة يتلاءم والمفهوم الذي قال به الدكتور وهبة الزحيلي.

أولا: الأسباب الموجبة للولاية على النفس

من المقرر شرعا وقانونا أن هناك سببان أساسيان موجبان للولاية على النفس وهما نقصان الأهلية أو انعدامها[1]، وحماية مصلحة القاصر، حيث في الفقه الشرعي ذهب الإمام أبو زهرة رحمه الله إلى القول أن سبب وجوب الولاية على النفس وقيامها هو عجز الشخص القيام بأموره بنفسه وحاجته إلى حماية غيره ولا يتحقق هذا إلا في حال القُصر[2]، كما يرى أن هناك رابط وثيق بين الولاية والصغر ارتباط العلة بالحكم؛ فإذا زالت العّلة زال الحكم والعلة هنا هو الصغر فإذا بلغ الصغير سن الرشد رفعت عنه هذه الولاية، ولا بد من التمييز في هذا المقام أن الصغير يمر بمرحلتين مرحلة انعدام الأهلية وهي مرحلة ما قبل سن التمييز ومرحلة نقصان الأهلية وهي مرحلة سن التمييز وما بعده، وفي كلا المرحلتين يحتاج القاصر إلى من يقوم على أموره فيما يتعلق بجسمه وروحه وعقله وهنا يكمن دور كل من الولي على النفس والحاضنة فيشتركان في هذه المهام على حد السواء في المرحلة الأولى ثم يقع على عاتق الولي على النفس – ويقصد به الأب – المسؤولية الأكبر فيما يتعلق بواجب الإنفاق والتعليم والتأديب والتزويج[3].

إن عدم اكتمال أهلية الشخص تجعله في مركز ضعف فيما يتعلق بنفسه الأمر الذي يتطلب حماية ورعاية له تشمل الجوانب المادية والمعنوية، فهو يحتاج لمن يرضعه ويطعمه ويحتاج كذلك لمن يعلمه مناهج الحياة العلمية والخلقية؛ إذ أن ملكاته العقلية غير قادرة على تقييم سلوكه وتوجيهه إلى ما هو أنفع له ولذلك شرعت الولاية عليه وهذا حماية وصيانة لمصالحه حتى يشب طرفا قويا صالحا في المجتمع .

أما في الفقه القانوني فقد ذهب الفقيه بختي العربي إلى القول: " عندما تنعدم أهلية الإنسان أو تنقص فإنه يحتاج إلى شخص آخر كامل الأهلية يتولى رعاية شؤونه ومصالحه ويشرف عليها وأن ينوب عنه في إجراء التصرفات والأعمال ويسمى الشخص الذي يعهد إليه القضاء بالإشراف على الولد المميز والغير مميز وليا إذا كان الأب أو الأم أو الجد "[4].

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص62. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت ، 1990 ، ص 59.

[2] مرجع سابق، ص 15.

[3] مرجع سابق، ص 17.

[4] مرجع سابق، ص 190. في الفكرة ذاتها راجع : غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 202.

غير أنه هنا لابد من التوضيح أن الولي ليس دائما يعيّن من طرف القضاء لأن الولاية كما سيأتي بيانها كأصل عام هي قانونية أي أنها تكون إجبارية بقوة القانون، أما الاستثناء وهي حالة شغور وظيفة الولاية حيث لا يوجد من يمارسها لعدم تحقق شروطها؛ آنذاك يتكفل القضاء بأن يعهدها إلى الشخص المؤهل لها قانونا ليمارسها، حيث يتولى قاضي شؤون الأسرة ذلك باعتباره مكلف قانونا بحمايته استنادا لنص المادة 424 من ق إ م إ التي تنص على[1]: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر ". كذلك ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 87 المعدلة بموجب الأمر (05-02) بقولها: " يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حال الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الأولاد ".

مما سبق يمكن القول أن هناك سببين موجبين للولاية وهما مصلحة القاصر وما تتطلبه من حماية إضافة إلى انعدام الأهلية أو نقصانها.

ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للولاية على النفس

1- التكييف الفقهي للولاية على النفس:

يتفق كل من الفقه الشرعي والقانوني حول طبيعة هذه الولاية بأنها سلطة مرتبطة برب الأسرة تتصل بسلطته الأبوية لذلك فإنها تعد أصيلة؛ مصدرها نص شرعي أو قانوني وبذلك فهو لا يحتاج فيها إلى إذن من القضاء أو غيره لممارستها [2]، كما أنها تعد وظيفة مجانية يمارسها الولي دون مقابل وهي إلزامية بالنسبة إليه مادام يتمتع بالأهلية لذلك فلا يجوز رفضها إلّا لمبرر شرعي، وهي ذات طابع شخصي لا تجوز الإنابة فيها كما أنها لا تنتقل إلى الورثة و لها زمن تنتهي فيه ، فقد تنتهي بسبب زوال الأمر الذي

[1] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18صفر 1429 ، الموافق لـ 25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع21، لسنة 45 ، مؤرخة في 3 ديسمبر2010.

[2] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، "د ط"، دار الجامعة الجديدة، السكندرية، 2008، ص 55. عصام أنور سليم، حقوق الطفل، "د ط"، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2001، ص 146.

وجدت من أجله وهو زوال القصور بأن يبلغ الصغير سن الرشد دون أن يعتري أهليته عارض من عوارضها؛ وقد تنتهي بموجب القانون أو عن طريق القضاء.[1]

2- التكييف القانوني للولاية على النفس:

يعتبر المشرع الجزائري بموجب المادة 1/87 من ق أ الولاية وظيفة مصدرها القانون، وهي تعد أصيلة بالنسبة للأب الذي لا يحتاج ترخيص أو طلب من القضاء لتثبيتها وكذلك بالنسبة للأم في حالة وفاة الأب تنتقل إليها هذه الولاية بموجب القانون هذا كأصل عام مادام لا يوجد تعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي؛ وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 حيث جاء فيه : " من المقرر قانونا أنه في حال وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات تعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي فإنهم خالفوا القانون "[2].

أما الاستثناء فإنه عند حل الرابطة الزوجية بالطلاق فإن الولاية في هذه الحالة مرتبطة بمن اسندت له الحضانة، وهنا على الحاضن تقديم طلب إلى القضاء من أجل منحه الولاية على القاصر وبالتالي يكون مصدرها في هذه الحالة القضاء، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 14-1-2009 أن: " قضاة الاستئناف عندما قرروا اسناد حضانة الطفل (ع) لأمه الطاعنة دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

يتضح كذلك من تحليل الفقرة الأولى من المادة 87السالفة الذكر أن الولاية هي إجبارية على الأب لكون القاعدة القانونية جاءت آمرة فهي متعلقة بالنظام العام، وأن الترتيب في تعيين من تثبت له الولاية أثناء قيام الرابطة الزوجية هو إلزامي حيث تكون للأب وفي حال وفاته تحل الأم محله. أما في حال

---

[1] غوتي بن ملحة ، مرجع سابق ، ص 205. عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الاسرة من نظور الفقه والتشريع والقضاء، مرجع سابق، ص 232.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 187692، بتاريخ23-12-1997، م ق، ع1، 1997 ، ص 53.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 476515، قرار بتاريخ 14-1-2009، م ق، ع1، 2009، ص 265

غياب الولي أو حصول مانع له فإن الأم تحل محله فقط في الأمور المستعجلة لذلك لا يعفى الولي منها إلّا إذا ثبت وجود مانع يقتضي ذلك[1]. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " من المقرر قانونا " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا " ولما كان– في القضية الحال– أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدها وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا وأن أباه هو الولي عنه حسب القانون ولم يتوف بعد لكي تنوب عنه الأم ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار "[2].

تعد كذلك الولاية عمل شخصي مرتبط برابط القرابة النسبية لذلك لا يجوز التنازل عنها أو تفويضها إلى شخص آخر، كما أنها تمارس مجانا وهي غير قابلة للانتقال إلى الورثة، كما أنها مرتبطة بأجل وهو ما نصت عليه المادة 91 من ق أ التي ذكرت أن وظيفة الولي قد تنتهي بقوة القانون أوعن طريق القضاء.(ولنا تفصيل في هذا الجانب في الباب الثاني من هذه الدراسة).

المطلب الثاني: سلطات وواجبات الولي أثناء قيام الرابطة الزوجية

سبق القول أن الولاية تعد من الأنظمة التي قررها المشرع الجزائري لحماية القاصر وهي مرتبطة بالسلطة الأبوية لرب الأسرة وعلى ضوئها أوكل المشرع جملة من الصلاحيات التي تدخل ضمن الواجب القانوني للولي وهي تعد في المقابل حقوق للقاصر، وعليه وظيفة الولي تبدأ من ميلاد القاصر إلى غاية بلوغه سن الرشد، وفي المراحل الأولى قد يشترك مع الولي في بعض واجباته الأم أو ما يصطلح على تسميتها في الفقه بالحاضنة، لذلك ففي الطور الأول من حياة القاصر والذي يكون قبل سن التمييز تكون رعاية وحفظ القاصر مشاركة كل فيما يخصه ، لكن في الطور الثاني من عمر القاصر وهو بعد سن التمييز يكون الدور الأكبر والمهمة موكلة للولي مع الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف بين الفقه الشرعي وقانون الأسرة في هذا الجانب.

وعليه سنحاول في هذا المطلب بيان أهم السلطات والواجبات الملقاة على عاتق الولي أثناء قيام الرابطة الزوجية، غير أنه وقبل ذلك يستلزم بيان من هو الولي عندما تكون العلاقة الزوجية قائمة ؟

---

[1] أنظر في ذلك: الفقرة 2 من المادة 87 من ق أ.

[2] م ع، غ م، ملف رقم: 167835، بتاريخ 17-5-1998، م ق، ع 2، 1997، ص 77.

وأساس ثبوت سلطته على القاصر وهذا ضمن (الفرع الأول) ثم نتحدث عن مسؤولية رعاية وحفظ القاصر في (الفرع الثاني) ثم نتحدث عن سلطة الولي في تزويج القاصر باعتبارها عملا يخص الولي على النفس أيضا ونبين منهج المشرع الجزائري في ذلك وهذا في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: علاقة الولاية بالسلطة الأبوية

لا يمكن الحديث عن سلطات وواجبات الولي أثناء قيام الرابطة الزوجية دون الحديث عن أساس هذه الرابطة التي بموجبها تنشأ حقوق للقاصر وترتب في المقابل التزامات على عاتق الولي، فهذه الرابطة التي تعد أساس العلاقة بين الولي والمولى عليه تسمى الرابطة النسبية[1] وهي ما قصدها المشرع ضمن المادة87 من ق أ بقوله: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...". ولذلك نتحدث أولا عن إثبات العلاقة النسبة ، ثم نتحدث ثانيا عن من هو الولي المقصود بأحكام المادة أعلاه.

أولا: اثبات النسب بين الولي والمولى عليه كأساس لممارسة الوظيفة الولائية

لقد كفل المشرع الجزائري – منتهجا مسلك الشريعة الإسلامية – للقاصر حقوق تبدأ من يوم ولادته ولعل أهم هذه الحقوق مسألة نسبه التي تعد أهم حماية قانونية له تضمن له الحقوق الأخرى من الضياع، كما على ضوئها تثبت الولاية على نفس القاصر وماله.

---

[1] في الفقه الاسلامي ترتبط بالقرابة مع وجود اختلافات في ترتيب الأولياء على النفس في المذاهب الفقهية ، حيث أنهم يفرقون بين ولاية الحفظ والرعاية والتأديب والتعليم، وولاية التزويج التي تنقسم إلى ولاية إجبار وولاية اختيار لذلك يختلف ترتيبها عن ما هو موجود في قانون الأسرة. لتفصيل كثر في ما يتعلق بترتيب الأولياء على النفس في المذاهب الفقهية الأربعة راجع: برهان الدين أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، المحيط البرهاني، مج4، كتاب النكاح، ط1، مكتبة الرشد، بيروت، لبنان، 2004، ص 55 وما يليها. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج4، "د ط"، دار المعرفة، بيروت، لبنان، "د س ن"، ص 213 وما يليها. زين الدين ابن نجيم الحنفي، االبحر الرائق شرح كنز الدقائق، مج3، ط1، دار الكتب العلمية، " د م ن"، 1997، ص 50. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج5، "د ط"، دار علم الكتب، "د م ن" ، "د س ن"، ص 61 وما يليها. الحصكفي، مرجع سابق، ص 182. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج7، "د ط"، دار علم الكتب، الرياض، 2003، ص 2408 وما يليها.

يعرف النسب في الاصطلاح على أنه رابطة الدم التي تجمع الطفل بوالديه وخاصة الأب فتنشأ بموجبها رابطة القرابة النسبية[1] .

وتكمن أهمية النسب في كونه حق ذو عدة أوجه[2] إذ أنه من جهة الطفل القاصر يضمن له الحقوق ويقيه من الضياع في متاهة الجهل بنسبه، أما من جهة الأم فيدرأ عنها تهمة الزنا، ويخولها جملة من الحقوق تجاهه من ذلك الأولوية في حق الحضانة وهو ما نصت عليه المادة 64 من ق أ: " الأم أولى بحضانة ابنها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون في الدرجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ". كما يتحدد بموجبه الحق في الولاية عليه في الحالات التي بيّنها القانون استنادا للمادة 87 من ق أ.

أما من جهة الأب فإنه يخوله كذلك عدة حقوق وسلطات عليه من ذلك حق النفقة من ابنه إن كان فقيرا كما يخوله حق في إرث ابنه وكذا حضانته، وكذلك ثبوت ولايته عليه، كما أنه حق لله تعالى في كونه يعد من الكليات الست للشريعة الإسلامية وهو حفظ النسل وعدم اختلاط الأنساب [3].

إن أهمية النسب في القانون تأتي من أهمية الطفل في البناء الاجتماعي لذلك بيّن المشرع الجزائري أحكامه وطرق اثباته بقوة القانون وهذا حماية للقاصر؛ حيث جاء في الفصل الخامس من قانون الأسرة بموجب أحكام المواد (40، 41، 42،43، 44، 45، 46) فقد نص على أن الابن يثبت نسبه من أبيه بقوة القانون مادام مستوفي الشروط القانونية التي أساسها وجود علاقة شرعية المتمثلة في الرابطة الزوجية طبقا للمادة 41 من ق أ: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ويمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة "[4]. وهذا تفريقا له عن ابن الزنا الذي يلحق نسبه بأمه طبقا للمادة 44 من ق أ، وكذا التبني الذي هو محرم شرعا وقانونا طبقا للمادة 46 من نفس القانون، بل ذهب القضاء إلى أبعد من ذلك سالكا

---

[1] حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص39.

[2] كمال لدرع، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية والمعنوية للطفل في قانون الأسرة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، قسنطينة، الجزائر، ع2، 2002، ص 184.

[3] يوسف القرضاوي، الاستلحاق والتبني في الشريعة الاسلامية، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة، 2000، ص13.

[4] لتفصيل أكثر راجع: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص351 وما يليها.

موقف الفقه الإسلامي[1] في هذا الجانب بإلحاق نسب الابن في حال الاغتصاب[2] إلى المغتصب وكيّفه على أنه نكاح شبهة وهذا إحياء للولد لأن في عدم نسب الابن قتلا له[3]، وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا من ذلك القرار الصادر بتاريخ 28-10-1997 جاء فيه[4]: " أنه من المقرر قانونا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة ولأنكحه الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه يعد قتلا له ".

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 12-5-2011 أن: " الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، ويكيف بأنه نكاح شبهة، يثبت به النسب"[5].

ويجدر الذكر هنا أن القانون لم يكتفي بكفالة الحق في النسب باعتباره رابطة ترتب آثار قانونية؛ وإنما أدى إلى تكريس هذا الحق بموجب وثيقة تثبت الوجود القانوني لتلك الرابطة والمتمثلة في شهادة الميلاد[6] التي تتضمن تصريح بولادة الطفل وذلك في مهلة قانونية مدتها خمسة أيام طبقا للمادة 61 من قانون الحالة المدنية[7]، وإلاّ يكون المكلف بالتصريح ارتكب مخالفة عدم التصريح بولادة طفل طبقا للمادة

---

[1] أحمد الخمليشي، زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي، ندوة في زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي، "د ط"، محكمة استئناف الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، 2012، ص11. حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 76.

[2] " لم يعرف المشرع الجزائري الاغتصاب " هتك عرض " ولم يحدد أركانه ولكن يستشف من أحكام القضاء الجزائري بأنه مواقعة رجل لمرأة دون رضاها ". لنكار محمود، الحماية الجنائية للطفل من إجرام أسرته المنحرفة، مجلة المعيار، قسنطينة، ع14، 2007، ص233.

[3] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص397

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 172333، م ق، ع1، 1997، ص42. ملف رقم: 202430، م ق، ع1، 1997، ص122.

[5] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 617374، م م ع، ع 1، 2012، ص294. نقلا عن: جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص1597.

[6] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، 1995، ص88.

[7] الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19. فيفري 1970 يتعلق بالحالة المدنية ، ج ر ع 21 ، ص247، المعدل والمتمم بموجب قانون 14-08 المؤرخ في 09-08-2014 ، ج ر ع49 ، مؤرخة في 20-08-2014 ، ص03.

442 من قانون العقوبات[1]، كما نص القانون على أشخاص معينين مكلفين بالتصريح بالولادة من هؤلاء الأب والأم بحكم الرابطة الزوجية[2]؛ وبحكم أن كلاهما يعد الولي الشرعي حسب ترتيب قانون الأسرة.[3]

اتضح مما سبق أن وجود رابطة القرابة النسبية الناتجة عن العلاقة الزوجية تخول للولي صلاحية الإشراف على شؤون القاصر النفسية، غير أن التساؤل الذي يطرح هنا من هو الولي الذي له حق الولاية على القاصر في ظل قيام الرابطة الزوجية وما هو الأساس القانوني الذي يبين ذلك؟

ثانيا: من له حق الولاية على القاصر في ظل قيام الرابطة الزوجية

لقد تم التأكيد أن مناط النيابة الشرعية على القاصر هو انعدام أو نقصان الأهلية التي تجعله عاجزا على تولي أموره لذلك أوكل القانون ولمصلحة هذا القاصر أشخاص كاملي الأهلية لديهم الكفاءة وتربطه بهم صلة قرابة لتولي شؤونه ورعاية مصالحه.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين لهم حق الولاية على القاصر وذلك بنص المادة87 منه التي تم تعديلها بموجب الأمر (05-02) [4] بقوله: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".

بتحليل أحكام المادة نجد أن المشرع فرق في مسالة استحقاق الولاية وتريب الأولياء بين أمرين وهو قيام الرابطة الزوجية، وحالة انحلال الرابطة الزوجية إما بالوفاة أو بالطلاق – كما نصت عليه أحكام

---

[1] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ج ر ع 49 لسنة 1966، معدل ومتمم بموجب آخر تعديل بالقانون رقم 20-06 مؤرخ في 5 رمضان عام 1441 الموافق لـ 28 أبريل 2020، ج ر ع 25، مؤرخة في 29 أبريل 2020، ص10.

[2] تنص المادة 62 من ق ح م : " يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلاّ فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده ".

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص91.

[4] كان نص المادة قبل التعديل في ظل قانون 84-11 كالآتي: " يكون الأب وليا على أولاده القصر ومن بعد وفاته تحل الأم محله قانونا ".

المادة 47 من ق ا – وعليه سنحاول تحليل مضمون الشق الأول في حين نرجي الشق الثاني إلى ما سيأتي في المطلب الثالث.

1- الأصل في استحقاق الولاية في ظل قيام الرابطة الزوجية:

جعل المشرع الولاية على نفس القاصر في ظل قيام الرابطة الزوجية طبقا لمضمون المادة 87 أعلاه إلى الأب وهذا استنادا إلى السلطة الأبوية وباعتباره رب الأسرة والأكثر شفقة على أولاده القصر وهو منهج الشريعة الإسلامية، إذ أن فقهاء الشريعة يرّون أن الأب هو أكثر الناس شفقة وعطف وحنان على أولاده من غيره لذا تكون الولاية له بدءا[1]. غير أن فقهاء الإسلام يفرقون بين مسألة الحضانة ومسألة الولاية في ظل قيام الرابطة الزوجية[2]، كما يفرقون بين مهام الحاضنة والولي على النفس حيث أن دورهما مستقل كل في مجاله وإن كان أحدهما يكمل الآخر[3].

غير أنه وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري في هذا الجانب نجده وفي ظل قيام الرابطة الزوجية يشرك كلا الزوجين في الولاية على النفس وهو ما ذكرته المادة 36 من ق أ في فقرتها الثالثة فيما يتعلق بالحقوق والواجبات الزوجية إذ تجعل من رعاية الأولاد وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين كليهما حيث جاء فيها: " التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ". وكما هو معلوم أن الرعاية والتربية تدخل ضمن مهام الولي على النفس وإن كان للأم باعتبارها الحاضنة الدور في مساعدته على ذلك غير أن المشرع جعل من مسؤوليتهم على قدم المساواة في ذلك.

وهنا يمكن أن يعزّى هذا الموقف للمشرع الجزائري إلى ما كان سيصدره من تعديل يتعلق بالمادة 87 التي كان نصها في المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة في مادته 18 المعدلة للمادة 87 من ق أ: " أن يمارس الأب والأم بصفة مشتركة الولاية على أولادهما القصر " [4] " وكتبرير لهذا النص أشارت المذكرة الإيضاحية على أن هذا التعديل جاء خصيصا بهدف استحداث المسؤولية العائلية المشتركة " [5].

---

[1] محمد مصطفى شحاته الحسني، مرجع سابق، ص28 وما يليها. عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص432.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص6.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع نفسه، ص 7- 17.

[4] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، "د ط "، موفم للنشر، الجزائر، 2016، ص54.

[5] عبد الفتاح تقية، مرجع نفسه، نفس الصفحة.

وما يمكن قوله هنا هو أن المشرع أحسن في هذا جانب لأنه لم ينص على ذلك في المادة 87 لأنها قد تؤدي إلى نزاعات بين الأب والأم ليس فيما يتعلق بالولاية على النفس فقط وإنما فيما يتعلق بالولاية على المال أيضا لأن المادة 87 تتكلم عن كلا الولايتين.

على ضوء ما سبق يتضح أن المشرع أوكل حق الولاية إلى الأب أولا وهذا بقوة القانون وهو ما عمل به القضاء من ذلك ما جاء في قرار للمحكمة بتاريخ 17-5-1998 [1]. غير أن التساؤل يثار في حال غياب الأب في ظل قيام الرابطة الزوجية أو حصول مانع له هل تسقط الولاية عنه أم لا ؟ ومن هو المؤهل قانونا للقيام بهذه المسؤولية ؟

2- مصير الولاية في حال غياب الأب أو حصول مانع له:

بالرجوع إلى قانون الأسرة وبالتحديد إلى أحكام المادة 87 السالفة الذكر يتراءى للوهلة الأولى أنها أجابت عن هذا التساؤل وذلك في الفقرة الثانية منها بقولها: " وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ". غير أنه وبتحليل مضمون المادة نجد أن العبارات التي تحتويها يكتنفها الغموض ويتمثل ذلك في عبارة: " في حال غياب الأب " ، " حصول مانع له " ، " في الأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ". هذا الغموض أدى بالفقيه عبد الفتاح تقية للتساؤل بدءا عن الغياب الذي يقصده المشرع ؟ هل هو ما أوردته المادة 109 من ق أ [2] التي تبين من هو المفقود ؟ أو يقصد الغياب بمفهوم المادة 110 من ق أ [3] التي تبين من هو الغائب ؟

حيث يجيب هنا بأن المشرع يقصد ما بينته أحكام المادة 110 وبالتالي هنا ولاية الأب لازالت قائمة لأنه لا يوجد سبب قانوني لسقوطها فلا تنتقل إلى الأم في هذه الحالة؛ وإنما فقط تمارس هذا الدور من قبيل الأمومة وكونها الأقرب للقاصر من غيره ولا يمارس هذا الأمر غيرها بحكم المادة 8 أعلاه غير

[1] سبق الإشارة إليه في هذه الأطروحة.

[2] تنص المادة 109 من ق أ على: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم ".

[3] تنص المادة 110 من ق أ على: " الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ".

أنه في حال كان الأب مفقودا فإنه في هذه الحالة تطبق أحكام المادة 91 من ق أ [1] لأنه يعتبر في حالة وفاة.[2]

غير أنه يلاحظ في هذه النقطة أن المشرع وفقا للمادتين السابقتين يعتبر الشخص غائبا بعد مضي سنة ويعتبر المفقود في حكم الغائب إلى حين صدور حكم بفقده ، فإذا صدر حكم بفقده اعتبر مفقودا وحينها يجوز رفع دعوى للحكم بموته المدني[3] ، وخلال هذه الفترة – أي غيابه وقبل صدور حكم بموته – رأى المشرع ورعاية لمصالح القاصر أن يمنح الأم رخصة قانونية وهذا استثناء كي تتولى الأمور الطارئة التي

لا تحتمل التأجيل المتعلقة بأولادها القصر من ذلك إجراء عملية جراحية مستعجلة لأحد الأولاد أو الإمضاء على ترخيص معين تطلبه مؤسسة معينة مثلا وغيرها، فهذه الرخصة مؤقتة ومتعلقة بالأم وحدها دون غيرها تنتهي برجوع الأب.

لذلك لا تنتقل الولاية للأم لأن الأب لم تسقط عنه الولاية طبقا لأحكام المادة 91 من ق أ، وإنما هناك حائل مادي يحول وممارسته للوظيفة الولائية، أما إذا صدر الحكم بالموت المدني آنذاك تنتقل الولاية بقوة القانون إلى الأم كما سيأتي بيانه .

ولا بد من الإشارة إلى أن المواد المتعلقة بالمفقود والغائب[4] لم تعالج مسألة الولاية على الأولاد القصر مما يقتضي بنا تطبيق نص المادة 87 من ق أ .

---

[1] تنص المادة 91 من ق أ: " تنتهي وظيفة الولي :
بعجزه،
بموته،
بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه ".

[2] النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص58

[3] فضيل العيش، مرجع سابق، ص94.
وهو الأمر الذي قضت به أيضا المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2- 5- 1995 قضت فيه أن الحكم بوفاة الغائب يقتضي أولا إصدار حكم مسبق يقضي بفقدانه، ثم اصدار حكم ثان يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث. راجع: ملف رقم: 118621، م ق، ع 2، لسنة 1995، ص 815.

[4] أنظر في ذلك: المواد من 109 إلى 115 من ق أ. المشرع ركّز على بيان الفرق بين الغائب المفقود والإجراءات القانونية لرفع الدعوى وإصدار الحكم بالموت المدني، وأيضا ما تعلق بأموال المفقود والغائب ومصير الزوجة وأمواله أيضا؛

كذلك من المسائل الغامضة في الفقرة الثانية من المادة87 من ق أ ذِكر المشرع عبارة " مانع " دون تحديد ما هو المانع المقصود ؟ فإذا كان يقصد موانع الأهلية فإنه في هذه الحالة تسقط الولاية عنه بحكم المادة 91 من ق أ لأنه لا يستطيع أن يدير أمور نفسه فكيف له أن يتولى أمور غيره [1]، لذلك فالقصد هو المانع المادي المتمثل في غياب الأب.

ولا بد من التنبيه أن استعمال الأم هذه الرخصة القانونية لا يتطلب الرجوع إلى القضاء واستصدار حكم قضائي لتولية هذه الأمور المستعجلة وهو ما يراه الفقيه عبد الفتاح تقية، والذي يعيب فيه موقف المشرع بأنه لم يحفظ حق القاصر في هذه المسألة إذ يرى وجوب وجود رقابة قضائية فيما يتعلق بالمستعجل من عدمه وخاصة أن المشرع لم يبين لها ماهي الأمور المستعجلة، لذلك يرى وجوب تعديل المادة 87 لتصبح صياغتها كالآتي: " **وفي حال غياب الأب بسبب الظرف القاهر أو حصول مانع له يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة بأن تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد القصر إذا اقتضت مصلحتهم ذلك.**"[2] وهو محق في هذا الجانب لأنه من شأن هذه المسالة إثارة العديد من المشاكل العملية كما نضيف إلى اقتراحه إضافة عبارة " **مانع مادي** " وهذا تمييزا لها عن المانع القانوني.

الفرع الثاني: مسؤولية حفظ ورعاية القاصر

من ضمن الحقوق التي شرعت للقاصر حماية له ولمصلحته تكليف الولي برعايته وحفظه ، لذلك سنحاول معرفة مشتملات ذلك، وهذا من خلال بيان رأي الفقه أولا، ثم إبراز موقف المشرع الجزائري ثانيا.

أولا: مشتملات رعاية وحفظ القاصر في الفقه الإسلامي

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الولاية على النفس إلى ثلاث سلطات وهي: سلطة التعليم والتأديب وسلطة الحفظ والصيانة، وسلطة التزويج [3]. في حين يقسم الإمام أبو زهرة رحمه الله عمل الولي إلى قسمين: " أولهما: القيام على شؤون هذا المخلوق الضعيف، والثاني: ولاية التزويج ". ويصطلح على

غير أنه أغفل أهم جانب وهو يتعلق بمسألة رعاية أولاده القصر والإنفاق عليهم وكذا إدارة أموالهم إن كان لهم مال. ولتفصيل أكثر في هذا الجانب راجع: فضيل العيش ، مرجع سابق ، ص 88 وما يليها.

[1] عبد الفتاح تقية ، النيابة الشرعية ، مرجع سابق، ص57.

[2] مرجع سابق ، ص59.

[3] حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 359.

الأولى بـ:" ولاية الحفظ تتناول ثلاث أعمال: أوّلها ولاية التأديب والتعليم والتهذيب، والثانية حفظ نفسه، والثالثة منعه من الاعتداء على الآخرين إذ تترتب عليها مؤاخذات في ماله "[1]. وعليه فإن مسؤولية رعاية وحفظ القاصر تدخل ضمن المهام الموكلة للولي على النفس وتتمثل فيما يلي:

1- التربية والتعليم:

من بين المهام الموكلة للولي على النفس هو تعليم القاصر وتلقينه دروب الحياة الدنيوية والأخروية وذلك من خلال تدريسه العلوم الشرعية وحتى علوم الحياة وهذا وفقا لسنه ومقدار ما يطيق عقله ويدركه، فحرصا على مصلحة الصغار وما يتطلبه سنهم من توجيه ورعاية وتربية واهتمام حرص الإسلام على ضرورة قيام الأولياء بواجباتهم تجاه هذه الفئة لتنشأ على سراط مستقيم، فالأولياء مسؤولون عن توجيه الأبناء وتعليمهم وتربيتهم إلى أن يبلغوا فيكونون مسؤولين عن أنفسهم[2]؛ فقد جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في مجال العبادة: " **مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع** ". وقوله: " **أدبوا أولادكم على ثلاث خصال: حب نبيكم، وحب آل بيته وتلاوة القرآن، فإن حملة القرآن في ظل عرش الله، يوم لا ظل إلاّ ظله** "[3]. فالأمر هنا موجه للولي على النفس وبالتحديد للآباء في ضرورة تعليم الصغير منذ بدأه إدراك الأمور وتمييزها، أما في مجال الأخلاق والآداب قال صلى الله عليه وسلم: " **أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم** "[4]. لذلك فأول المسؤولية المنوطة بالولي هي تربية الولد وتعليمه وهما أمران متلازمان[5]، وهنا يجدر التنبيه أنه في المراحل الأولى من تربيته يشترك الأب والأم في ذلك[6] ثم إذا جاوز الصغير فترة الحضانة تكون المسؤولية

---

[1] مرجع سابق، ص 18.

[2] محمد بن محمود بن الحسين بن أحمد الأسروشيني الحنفي، جامع أحكام الصغار، تحقيق أبي مصعب البدري و محمود عبد الرحمان عبد المنعم، ج 1، "د ط"، دار الفضيلة، " د م ن"، "د س ن"، ص 7.

[3] الأسروشيني، مرجع نفسه، ص 6.

[4] أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ: " ابن ماجة "، سنن ابن ماجة، ط1، المعرف للنشر والتوزيع، الرياض، " د س ن"، ص 609 .

[5] الأسروشيني، مرجع سابق، ص 6.

[6] محمد بن العربي العلوي، المرأة راعية على بيت زوجها وولده ومسؤولة عن رعيتها، مجلة المناهل، وزارة الشؤون الدينية، الرباط، ع45، 1994، ص281ومايليها.

على الولي أكبر وهذا وفقا لمراحل سنه كما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **غذ ولدك سبعا ، وأدبه سبعا ، وصاحبه سبعا، ثم اترك حبله على غاربه** " [1].

هذا ويربط الفقهاء واجب التربية والتعليم بسلطة التأديب الذي يعد حقا للولي على المولى عليه؛ غير أنه لابد أن يكون استعماله في الحدود الشرعية المرسومة له فلا يتجاوز في ذلك لأنه يصبح تعسفا في حق الصغير " فالضرب للتعليم، إنما هو نوع من التوجيه، وليس المقصود به الإيذاء " [2]. وهو ما يفهم من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم السابق.

2- واجب المحافظة على الصغير:

باعتبار الصغير ضعيف في جسمه وعقله فلا بد له من رعاية خاصة تتمثل في وجوب المحافظة على جسمه من أي أذى وكذا عقله وهذا من خلال إبعاده عن كل الآفات السيئة التي تضر به، لذلك يتوجب علي الولي الإنفاق عليه لتغذيته وهو المكلف بكسوته وتأمين المأوى له وعلاجه[3]، ومنعه من إيذاء غيره ومنع الغير من إيذاءه وهو الذي يتولى الدفاع عن حقوقه أمام القضاء حتى لا تضيع. فهذا كله يدخل ضمن أعمال الولاية والتي شرعت لمصلحة القاصر فإذا أخل الولي بهذا الواجب أسقط حقه فيها[4].

ثانيا: مشتملات رعاية وحفظ القاصر في القانون

توصلنا فيما سبق إلى القول أن منح الولاية في ظل قيام الرابطة الزوجية أساسه السلطة الأبوية وهذا خلافا للفقه الإسلامي الذي وسع من دائرة الأولياء على النفس ولم يحصرها في دائرة الأبوة فقط، كما أن المشرع لم يبين ضمن أحكام الولاية مشتملات الولاية على النفس أو نطاقها ضمن مواد مخصصة بذلك على خلاف وظيفة الولي على المال التي بين نطاقها ومشتملاتها، من خلال تحديد عمل الولي فيها غير أن هذا لا يعني مخالفته للنهج الشرعي حيث يتحدد موقفه من هذه المسألة في جملة ما نص عليه من السلطات والواجبات تجاه القاصر تم ذكرها في نصوص متفرقة ضمن انعقاد الزواج وآثاره.

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص18.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع نفسه، ص ص19-22.

[3] بوبكر لشهب، اتفاقية حقوق الطفل في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة نقدية تقويمية، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ع5، 2003، ص234 وما يليها.

[4] مرجع نفسه، ص ص 24-26.

بل وحماية له وسع من دائرة الأشخاص المكلفين بهذه الحماية إذ لم يجعلها مقتصرة على الولي على النفس وإنما أشرك الأم في هذه المسؤولية وهذا حرصا منه على تأمين أكبر قدر ممكن من الاستقرار والأمن المعنوي والمادي للقاصر، حيث عمل على دمج كل من الوظيفة الولائية والسلطة الأبوية في رعاية القاصر وحفظه ويتضح ذلك من خلال أحكام الفقرة الثالثة من المادة 36 من ق أ بقولها: " التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ". حيث اعتبرها واجبات مشتركة بين الزوجين.

وبالموازاة مع هذا الموقف يرى الأستاذ غوتي بن ملحة أن هناك تداخل بين السلطة الأبوية والولاية بل أنهما تتعلقان ببعضهما في ظل قيام الرابطة الزوجية؛ حيث أن الولاية تهدف إلى الحماية النفسية للقاصر، والسلطة الأبوية التي تربط الابن بوالديه وخاصة الأب بصفته رب الأسرة فتفرض حقوقا والتزامات متبادلة تهدف هي أيضا إلى حماية القاصر بالدرجة الأولى ورعايته.[1]

وعليه هناك جملة من الأعمال المنوطة بالولي استنادا إلى النصوص القانونية التي تنص على ذلك ومن بين هذه المهام توفير جملة من الاحتياجات والمتطلبات المادية والمعنوية للقاصر والتي يمكن إيرادها في الآتي :

1- حق القاصر في التربية والصحة والتعليم والتكوين:

أ- مسؤولية تربية القاصر في القانون:

مقارنة بالفقه الإسلامي الذي قسم واجب التربية وفقا لمراحل نمو الصغير بحيث جعلها مشتركة بين الولي على النفس والحاضنة؛ نجد أن المشرع الجزائري لم يدرج الحضانة ضمن آثار عقد الزواج وإنما جعلها أثر من آثار الطلاق، لذلك لم يبين في أحكامه المهام المنوطة بكل من الولي والأم وإنما جعلها مسؤولية مشتركة بينهما إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد، وتشتمل تربية الصغير على تنشئته نشأة سليمة وفقا لمبادئ دينية وخلقية لها اتصال بدين أبيه وقيمه وعادته وأعرافه وهذا قياسا على ما جاء في أحكام المادة 62 من ق أ التي تنص على واجب الحاضن في المحافظة على نفس المحضون وذلك بقولها: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

[1] غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 159.

يجدر التنبيه في هذا المقام بأن المشرع وإن لم يحدد مهام كل من الأم والأب فيما يتعلق بتربية الولد إلاّ أن الواقع والطبيعة البشرية أثبتت أن تربية الصغير في المراحل الأولى من حياته تقع بشكل كبير على الأم وهذا بحكم الارتباط الوثيق بها لكونها على اتصال دائم بالصغير وملزمة بالرعاية اليومية له من طعام ولباس وعطف وغيرها [1]، فإذا بلغ سن التمييز فإنه في هذه المرحلة يكون دور الأب أكبر في ذلك ، وهو موقف الفقه الإسلامي في هذه المسألة [2].

إن الدور الذي منح للأم في رعاية القاصر هو يدخل ضمن باب الحضانة وإن لم يذكر المشرع الجزائري ذلك، وعليه كان حريا به إدراج الحضانة ضمن آثار الزواج والطلاق حذوا بما ذهب إليه الفقه الإسلامي وقانون المقارن، فعلى سبيل المثال لا الحصر يدرج المشرع المغربي أحكام الحضانة ضمن عنوان مستقل عن آثار الزواج وآثار الطلاق وذلك تحت الكتاب الثالث من مدونة الأسرة [3] بعنوان الولادة ونتائجها حيث جاء في المادة 164 أن : " الحضانة من واجبات الأبوين مادامت العلاقة الزوجية قائمة.

أما المشرع التونسي فقد نص هو الآخر ضمن الفصل 57 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: " الحضانة من حقوق الأبوين مادامت الحياة الزوجية مستمرة بينهما ".

---

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 182.

[2] يقسم الإمام أبو زهرة رحمه الله واجب التربية بين الولي على النفس والحاضنة حيث يرى أن تربية الصغير تختص بها الحاضنة وحدها قبل بلوغ الصغير سن التمييز، أما بعد سن التمييز فإن الدور الكامل يقع على الولي على النفس فيقول: " ولا شك أن الطفل له دوران دور يكون فيه فاقد التمييز، وفي هذا الدور لا تكون التبعة كلها ملقاة على الولي، بل تشاركه فيها الحاضنة ... وعمل الولي في هذه الفترة مشاركة في الرعاية، ولو أردنا أن نوزع، فإن الحدود في التوزيع لا تكون محدودة الرسوم، ولكنها مقربة، فالحاضنة تكون مسؤولة عن الرعاية اليومية له وإعداد غذائه، وإطعامه وإلباسه، والاشراف على منامه، والقرب منه لسداد حاجاته اليومية العاجلة، وهي مسؤولة عن امداده بالعطف... وفي الجملة تغذي جسمه ونفسه والولي على النفس يحميه ويراقب الحاضنة في ذلك... أما الدور الثاني وهو دور التمييز فإنه في هذا الدور يكون دور الولي هو الواضح، بل المنفرد بالنسبة للغلام...". الولاية على النفس، مرجع سابق، ص17.

[3] ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 3 فيفري 2004 بتنفيذ قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة، ج ر ع 5184، لسنة 93، مؤرخة في 5 فيفري 2004.

وعليه فمسؤولية تربية القاصر هي عمل مشترك بين الأبوين وهذا بحكم الولاية على النفس من خلال الاشتراك في حضانته في ظل قيام الرابطة الزوجية [1]، وهي تعد أهم استثمار يحصدون نتائجه في المستقبل [2]، وهو ما جاء في المادة 3 من ق ح ط حيث جاء فيها[3]: " يتمتع كل طفل ، دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو العجز أو غيرها من أشكال التمييز، بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المصادق عليها، وتلك المنصوص عليها في التشريع الوطني لا سيما الحق في الحياة وفي الاسم وفي الجنسية وفي الأسرة وفي الرعاية الصحية والمساواة والتربية والتعليم والثقافة والترفيه و في احترام حياته الخاصة " [4]، وهو ما جاء في المادة 18 من اتفاقية حقوق الطفل[5].

وباعتبار التربية واجب قانوني على الأولياء تجاه أبنائهم فقد كفل القانون حماية ذلك من خلال النص على تدابير وقائية إذا ما تم الإخلال بهذا الواجب، وكان القاصر محل خطر بسبب الوسط الذي ينتمي إليه أو بسبب تقصير أو سوء تربيته فقد نصت المادة 2 من ق ح ط :" تعتبر من بين الحالات

---

[1] رشيد الصباغ، ولاية المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة الأحوال الشخصية تأصل في المنظومة الإسلامية ونموذج في الشراكة الفعلية، منشورات وزارة الشؤون الدينية، " د م ن"، 2006، ص ص 220- 222.عبد الرزاق دنقير، مرجع سابق، ص57.

[2] غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص159

[3] قانون 15-12 المؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق لـ 15 يوليو2015 يتعلق بحماية الطفل، ج ر ع 39، لسنة 2015.

[4] لتفصيل أكثر راجع: جمال نجيمي، قانون حماية الطفل في الجزائر تحليل وتأصيل، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2016، ص334.

[5] اتفاقية حقوق الطفل 1989 عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44- 25 المؤرخ في 20 نوفمبر، تاريخ النفاذ 2 سبتمبر 1990. صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92- 461 بتاريخ 19-12-1992، ج ر ع 91 بتاريخ 23- 12- 1992. لتفصيل أكثر في هذه المسألة راجع: رشيدة مرمون، حماية حقوق الطفل في ظل الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل: دراسة مقارنة بالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، دارسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه علوم في القانون العام فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، تيجاني هدام، قسنطينة، 2016- 2017، ص 137 وما يليها.
أنظر أيضا: المواد 19 و 20 من الميثاق الافريقي لحقوق ورفاهية الطفل سنة 1990 الذي اعتمد في أديس ابابا وبدأ العمل به في 29- 11- 1990، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 08- 06 - 2003.ج ر ع 41، المؤرخة في 09- 07- 2003، ص3. لتفصيل أكثر راجع: رشيدة مرمون، مرجع سابق، ص 293 وما يليها.

التي تعرض الطفل للخطر:...عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية

- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية،...".

ب- مسؤولية الرعاية الصحية للقاصر:

من مظاهر حماية شخص القاصر حرص المشرع على ضرورة الرعاية الصحية له جسديا ونفسيا وهو ما تضمنه المادة 66 من الدستور[1]؛ وكذا المادة 62 من ق أ؛ وكذا المادة 3 من ق ح ط وكذا المادة 24 من اتفاقية حقوق الطفل[2]، وذلك من خلال المراقبة الصحية للأولاد ووقايتهم من مختلف الأمراض من خلال أهم إجراء صحي وهو التطعيم الذي يعد أمر إلزامي وإجباري على الأولياء تجاه الطفل بموجب المادة 80 من قانون (18- 11) المتعلق بالصحة[3]؛ إضافة إلى مرسوم 17-6-1969 [4]، وقرار 14-1- 1997 [5] وأيضا قرار 14-11-2014 الذي يحدد رزنامة التطعيم الإجباري ضد بعض الأمراض المعدية[6]. هذا ويعاقب القانون الأولياء الذين لا يقومون بالوقاية الصحية عن طريق التطعيم بغرامة مالية وهو ما جاء في المادة 14 من المرسوم رقم (69-88) [7]. وهنا لا بد من ذكر أنه

---

[1] قانون رقم16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر14، ص3.

[2] سامية موالفي، أثر الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون عام، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2016- 2017، ص110 وما يليها.

[3] المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 02 يوليو سنة 2018 ، ج ر ع 46، ص 03 الذي ألغى قانون 85- 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 إلاّ في جانبه التنظيمي طبقا للمادة 449.

[4] مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389هـ الموافق لـ 7 يونيو 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج ر ع53 مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1389 الموافق لـ 20 يونيو 1969، ص709.

[5] لتفصيل أكثر راجع: نادية بلعموري، التلقيح كآلية وقائية وانعكاساتها على صحة الطفل، دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2 محمد بن أحمد، مج 9، ع1، 2018، ص 4 وما يليها.

[6] لتفصيل أكثر راجع: نادية بلعموري، مرجع سابق، ص 10 وما يليها.

Ammar Belhimer , La protection de l'enfant et de sa famille en Algerie, Revue des droits de l'Enfant et de la Femme, CIDDEF, Alger, N°39 Juin2017, p20.

[7] أنظر كذلك: المادة 5 من نفس المرسوم. وهو ذات الموقف المعمول به في التشريع المصري الذي ينص بموجب المادة 25 من قانون الطفل على وجوب التطعيم، ويلزم الوالد الطفل أو حاضنته في حال انحلال الرابطة الزوجية على تقديم الطفل للتطعيم وفي حال الاخلال بهذا الالتزام يحرر ضده محضر بذلك استنادا للمادة 26 من ذات القانون التي تعاقب والد الطفل أو حاضنه في حال الاخلال بهذا الواجب بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مئتي جنيه. راجع في ذلك: عصام انور سليم، مرجع سابق، ص156.

بالرغم من تقرير المشرع متابعة جزائية للتخلي عن هذا الواجب إلّا أن كثير من الأولياء لا يكترث للأمر ولا يقوم بتطعيم أبناءه.

وعليه تعد الرعاية الصحية من أهم مظاهر حماية القاصر والحرص على كل ما يتعلق بشخصه، وهو واجب ملزم للأولياء ليس في التشريع الوطني وإنما حتى في التشريعات المقارنة فعلى سبيل المثال لا الحصر تقضي المادة 25 من قانون حقوق الطفل المصري على أنه عند انقضاء مهلة 15 يوما على حلول ميعاد التطعيم تقوم الهيئة الصحية المختصة بإخطار الولي الشرعي أو الحاضنة بوجوب إجراء التطعيم ، فإذا لم يستجب الممثل القانوني للطفل خلال مهلة 15 يوما بعد الإخطار يعتبر مخالفا للقانون مما يستلزم تحرير محضر ضده طبقا للمادة 26 من نفس القانون ويعاقب بغرامة مالية لا تقل عن 20 جنيها ولا تزيد على 200 جنيه.[1]

ت-واجب النفقة والتعليم والتكوين

1- النفقة

جاء في المادة 75 من ق أ على أن: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب ". ونصت المادة 76 من ق أ: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

يتضح من خلال هاتين المادتين أن المشرع وحماية لمصلحة القاصر وحفظا لنفسه من الإهمال والتشرد قد جعل من الإنفاق عليه واجبا قانونيا يتحمله الأب باعتباره وليا على النفس، فلا ينقضي هذا الالتزام إلا ببلوغ الذكر سن الرشد القانوني، أما بالنسبة للفتاة إلى الدخول وهذا مراعاة لاحتياجات كل شخص، كما أكد المشرع ولاعتبارات خاصة أن القاصر ذوى الاحتياجات الخاصة يستمر الولي في الإنفاق عليه وهذا حتى بعد سن الرشد لما يتطلبه ظرفه من عناية خاصة بسبب العجز البدني أو العقلي، أما بالنسبة للراشد الذي يتمتع بقواه العقلية والبدنية فإنه يستمر الإنفاق عليه لسبب واحد وهو الدراسة دون

[1] عصام أنور سليم، مرجع نفسه، ص156.

أن يبّين المشرع الحد الذي ينتهي فيه ذلك،[1] وهذا على عكس التشريع المغربي مثلا الذي يحدد 25 سنة كحد أقصى للإنفاق عليه بسبب الدراسة.

وباعتبار أن هذا الواجب القانوني له أسباب لإلزاميته فكذلك له أسباب لسقوطه والتي أوضحتها المادتين أعلاه وتتمثل في حالة ما إذا كان للقاصر مال أو يكون قادر على الكسب.

وفي حالة عجز الأب ورعاية لمصلحة القاصر وحفاظا عليه لم يسقط المشرع حقه في النفقة بل نقل هذا الواجب إلى الأم وهذا باعتبارها مسؤولة عن رعاية القاصر وألزمها بذلك باعتباره يدخل ضمن الواجبات الزوجية لكن هذا الإلزام ربطه المشرع بشرط الاستطاعة والإمكانية وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بقوله: " لا تنتقل نفقة الأولاد من أمهما إلى جدهما طالما أن والدتهما عاملة ولها دخل لأن النفقة لا تنتقل إلى الجد إلاّ إذا كانت الأم دون دخل طبقا لما توجبه المادتان 76 و77 من ق أ "[2]، وهو الأمر الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 5 من ق ح ط حيث جاء فيها :" كما يقع على عاتقهما تأمين ظروف المعيشة اللاّزمة لنموه في حدود إمكانياتهما المالية وقدراتهما".

وفيما يتعلق بمشتملات النفقة فقد تضمنت المادة 78 من ق أ على ذلك: وتتمثل في الغذاء، والكسوة العلاج أو أجرته، وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[3]، ويدخل ضمن مشتملات الإنفاق واجب إيواء وإسكان القاصر[4]، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الملزم بالنفقة من حالة العسر واليسر طبقا للمادة 79 من ق أ.

---

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص200.

[2] م ع، غ أ ش ، ملف رقم: 390381، بتاريخ 9-5-2007، م ق، ع2، 2008، ص 295. نقلا عن: باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، "د ط"، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص76.

[3] وهنا يجدر التنبيه أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الرضاعة باعتبارها تعد من مشتملات الغذاء بالنسبة للطفل الصغير بحيث لم ينص على أحكام الرضاعة في قانون الأسرة لإلغائه المادة 39؛ كما أنه لم يتحدث على أجرة الرضاعة في حال عجز الأم عن الإرضاع من يتحمل دفعها وهذا عكس الشريعة الإسلامية وكذا القانون المقارن الذي نص على ذلك من ذلك المادة 167 من مدونة الأسرة.

[4] كمال لدرع، مرجع سابق، ص191.

وبما أن واجب الإنفاق وما يشتمل عليه هو التزام مدني قرر لمصلحة القاصر وهذا لحمايته وحفظه من الانحراف والتشرد فإن المشرع رتب مسؤولية قانونية في حال الإخلال به[1].

2- التعليم والتكوين:

لقد نصت كل التشريعات المتعلقة بالطفولة من ذلك المادة 28 و29 من اتفاقية حقوق الطفل[2] على ضرورة التعليم واعتبرته إجباريا خاصة في المراحل الأولى من حياة الطفل لما له من أثر كبير على تكوين شخصيته وتنمية قدراته ومهاراته[3]. والمشرع الجزائري لم يكن بمنأى عن ذلك حيث نص على أن التعليم في المرحلة الابتدائية هو إلزامي ومجاني[4]، وهذا بموجب المادة 65 من الدستور، وهو ما تضمنته أحكام المادة 62 من ق أ، وكذا المادة 3 من ق ح ط.

إن كتساب المعارف والمعلومات التي تغذي العقل تجعل من الفرد قادرا على مواجهة تحديات الحياة كما تمنحه تكوينا يهيئه للاعتماد على نفسه في المستقبل ويمكنه من تحمل المسؤولية، وضمانا لذلك نص القانون على منح القاصر حق التمهين [5]،وذلك من خلال إمكانية التحاقه بمراكز متخصصة تسهر على تعليمه حرفة أو مهنة تكون حصنا له مستقبلا[6]؛ بموجب ما يسمى بعقود التمهين[7].

---

[1] لنكار محمود، مرجع سابق، ص226.

[2] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مرجع سابق، ص163 وما يليها. محمد يحي قاسم النجار، حقوق الطفل بين النص القانوني والواقع وأثرها على جنوح الأحداث، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص247.

[3] لتفصيل أكثر راجع : سامية موالفي ، مرجع سابق ، ص 80 وما يليها.

[4] Ammar Belhimer, Article cité, p20

[5] يعرف التمهين بأنه:" وسيلة للتكوين للحصول على شهادة وحرفة تمكن القاصر من الولوج إلى سوق العمل." لتفصيل أكثر راجع: خالدية مكي، الحماية القانونية للقاصر في إطار القوانين المتعلقة بالتمهين، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم خاص، جامعة وهران، 2010-2011 ، ص 85 وما يليها.

[6] خالدية مكي، مرجع نفسه، ص 84 وما يليها.

[7] طبقا للمادة 12 من قانون رقم 81-07 المؤرخ في 27 يونيو سنة 1981 المتعلق بالتمهين، ج ر ع 26، مؤرخة في 30 يونيو 1981، ص 880. نصت على أن السن الأدنى للتمهين هو 15 سنة وأقصاها 25 سنة عند تاريخ إمضاء العقد.

وهنا يجدر التنبيه أن التشريع الجزائري يمنع عمالة الأطفال أو تعريضهم للخطر جراء ممارسة أعمال شاقة أو يحرمه من متابعة دراسته[1]، وهو ما اعتبره قانون حماية الطفل تعريضا لحياة الطفل للخطر استنادا إلى المادة الثانية منه، وهذا التوجه ما هو إلاّ تكريس لما هو وارد ضمن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الطفل خاصة ما جاء في المادة 32 من اتفاقية حقوق الطفل[2].

ث- واجب رقابة وحراسة القاصر:

إن مراقبة الأولاد وحراستهم وإن كانت تدخل ضمن مهام الولي على النفس إلاّ أنه وحرصا على مصلحتهم فإن هذه المسؤولية مشتركة بين الوالدين في ظل قيام الرابطة الزوجية وهو ما نصت المادة 36 من ق أ، كما أكدت ذلك المادة 5 /1 من ق ح ط بقولها: " تقع على عاتق الوالدين مسؤولية حماية الطفل ". إذ يتوجب تتبع كل ما يتعلق بالأبناء من علاقاتهم ونشاطاتهم وإن اقتضى الأمر حتى مراسلاتهم، والتأكد من الرفيق الحسن لهم، ومنعهم من الاعتداء على الغير، وكذا وجوب حمايتهم من كل انتهاك لحقوقهم أو المساس بسلامتهم[3]، كما أن واجب الرقابة يفرض حمايتهم حتى من المكلف بالرقابة ذاته وهذا حتى من أصولهم لأن في التعدي عليهم جرم يعاقب عليه القانون وكل إخلال بهذه الواجبات يرتب المساءلة القانونية[4].

ويستلزم واجب الرقابة بقاء القاصر في البيت العائلي وعدم مغادرته وهو يعد موطنا له طبقا للمادة 38 من ق م[5]، حيث ويجب على الوالدين إمساك القاصر فيه وعدم دفعه لتركه[6]، وفي حال قيامه بذلك

---

[1] وهو ما جاء في المادة 15 من قانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر ع17، المؤرخة في 25 أفريل 1990، ص 562. حيث نصت على أن السن الأدنى للعمل هو16 سنة ماعدا في إطار عقود التمهين.

[2] رشيدة مرمون، مرجع سابق، ص 278 وما يليها. سامية موالفي، مرجع سابق، ص 178 وما يليها.

[3] إن هذا الموقف القانوني الذي يفرض واجب رقابة القاصر وتوجيهه لقلة إدراكه هو منهج الشريعة الإسلامية وهو مخالف لمطالب الحركات الجمعوية التحررية خاصة الدولية التي تطالب بتحرير القاصر من قيود السلطة الأبوية وتشجيعه على الاعتماد على نفسه في اتخاذ القرارات الخاصة به خاصة إذا كان مميزا :لتفصيل أكثر في هذه الفكرة راجع:
Jane Fortin , Children's rights and the developing law , 2e edition , 2003, p07-09.

[4] غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 160.

[5] جاء في المادة 38 من ق م: " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها ".

[6] غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 160.

على الممثل الشرعي[1] " الأب في ظل قيام الرابطة الزوجية " أن يخبر السلطات المعنية عن ذلك ويطلب منهم إجباره على الرجوع إلى المنزل، وكذلك الأمر في حالة ترك المنزل دون علم الولي وتم العثور عليه من قبل السلطات يتوجب على هذه الأخيرة أن تخبر الولي وتعلمه عن حاله وتستدعيه لكي يرجع ابنه إلى البيت بعد قيامها بكل الإجراءات اللاّزمة[2].

وعليه يتوجب حراسة الأبناء وعدم التقصير أو الإهمال في ذلك حتى لا يكونوا محل خطر يهددهم[3]، خاصة من خطر جريمة اختطاف الأطفال التي تعد من أخطر الجرائم التي باتت تهدد الأمن والاستقرار الوطني والتي عانى منها المجتمع الجزائري ولا يزال يعاني خاصة في الآونة الأخيرة، إضافة إلى الاعتداءات الجنسية التي تتبع هذه الجريمة والتي في الغالب تؤدي إلى الانتهاء بقتل الضحية القاصر في النهاية على يد المجرم الذي هو بذاته قد يكون قاصرا "حدث" مثل ما حدث لطفلة سلسبيل من وهران وكذا الطفل ياسر وغيرهم ،فتصاعد هذه الجريمة له عدة أسباب[4] أهمها الإهمال والانحلال العائلي وعدم المتابعة والرقابة من طرف الأولياء لأبنائهم[5].

ج- سلطة التأديب:

لا شك أن تقابل تلك الواجبات السابقة الملقاة على الأولياء بسلطة على القاصر؛ لا سيما وأننا في تعريفنا للولاية توصلنا إلى أنها هي جملة من السلطات والواجبات المقررة بموجب القانون، وعليه كان لزامنا على المشرع أن لا يجرم الأفعال التي تشكل إيذاء خفيفا لا يصل إلى حد العنف والتي يمارسها متولي الرقابة والمكلف برعاية القاصر بمناسبة القيام بمهامه الولائية، ولذلك إذا ما تعنت القاصر أو أخل

---

[1] بين المشرع الجزائري مراتب الأولياء دون ذكر تعريف للولي الشرعي، لكن بالرجوع إلى قانون حماية الطفل في مادته الثانية نجد أنه ذكر مصطلح الممثل الشرعي للطفل وعرفه أنه: " وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو الحاضنة ". وبالرجوع إلى الفقه نجد أنه هناك من يفرق بين الولي الطبيعي والذي يقصد به الشخص الذي تعهد إليه ولاية القاصر بحكم القانون ويتمثل في الأب والأم، أما الولي الشرعي فيقصد به كل من الجد أو الوصي المختار أو وصي القاضي. لتفصيل أكثر راجع: أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، الحماية الإجرائية لناقص وعديم الأهلية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019، ص 137 وما يليها.

[2] غوتي بن ملحة ، مرجع سابق، ص 160.

[3] أنظر في ذلك: المادة 314 إلى317 من قانون العقوبات المتعلقة بترك الأطفال وتعريضهم للخطر.

[4] فاتح بن عبد القادر، اختطاف الأطفال الأسباب والحلول، ج1، ط1، منشورات الشافعي، قسنطينة، 2016، ص 55.

[5] فاتح بن عبد القادر ، مرجع نفسه، ص 60 وما يليها.

بالتزاماته ولم يمتثل لإرشادات وتوجيهات الأولياء فإنه من حق هذا الأخير أن يقوم بتأديبه وفقا لما يمليه عليه القانون، أما في حال إساءة استعمال سلطة التأديب فإن ذلك يؤدي إلى المساءلة القانونية. [1]

الفرع الثالث: سلطة تزويج القاصر

بعد الحديث عن واجبات الولي أثناء قيام الرابطة الزوجية سنحاول في هذا الفرع الحديث عن سلطة القانونية التي منحها المشرع للولي على النفس في تولي زواج القاصر، وعليه سنحاول بيان الحكمة من منع زواج القصر أولا، ثم نبين من هو الولي المعني بتزويجه، وكذا مركز الولي في هذا الزواج وأثر تخلفه وهذا من الناحية الفقهية والقانونية ثانيا .

أولا: الأصل في الزواج هو بلوغ سن الرشد القانوني

من أهم مظاهر الحماية الشرعية والقانوني للقاصر منع تزويجه قبل بلوغه سن الرشد القانوني، إلاّ إذا استدعت الضرورة أو كانت مصلحته تستدعي تزويجه وهذا خوفا عليه من الوقوع في المحرمات وغيرها[2]؛ حينها يتم ترشيد القاصر بموجب إذن قضائي [3] وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر التي تنص على أن من بين شروط عقد الزواج وجوب توفر الأهلية في كلا الزوجين، وكذا ما نصت عليه المادة 7 من ق أ[4]: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

---

[1] لنكار محمود، مرجع سابق، ص ص 222، 223. راجع أيضا: حسن سيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ط1، إيتراك، مصر، 2001 ، ص355. محمد عبد الحميد الالفي، "د ط" ، الجرائم العائلية، دار الفكر العربي، " د م ن"، 1999، ص147.

[2] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص426. عبد الرحمان حموش، زواج القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية في القانون المغربي، مجلة المنبر القانوني، "د ن"، "د م ن"، ع7-8، 2015، ص152ومايليها.

[3] لذلك هناك من اعتبر أن: " الترشيد بالزواج يعد امتيازا يمنحه القانون للقاصر الذي يبرم زواجه...، كما يمكن اعتباره مؤسسة قانونية ذات غايات اجتماعية ". لتفصيل أكثر راجع: فريد بن جحا، ترشيد القاصر، د ط، معهد الدراسات العليا للنشر، "د م ن"، 2015، ص53 وما يليها.

[4] عدلت بوجب الامر (05-02) حيث كانت في ظل قانون 84-11 سن الرشد القانوني بالنسبة للرجل 21 والمرأة 18 سنة فجاء التعديل الجديد ليساوي بين المرأة والرجل بتوحيده سن الزواج كما أنه بذلك وحد أيضا بين سن الرشد في ق أ وبين ق م . لتفصيل أكثر راجع: فضيل العيش، مرجع سابق، ص13.

وعليه يعد زواج القصر استثناء من الأصل لذلك أحاطه المشرع بجملة من الضمانات القانونية وتتمثل في الشروط التي وضعها لإعفائه من السن القانوني؛ من ذلك اشتراطه الحصول على الترخيص القضائي بالزواج ومنح للقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في بحث موجبات منح هذا الإعفاء.

غير أن هذه الضمانات غير كافية نتيجة الفراغ القانوني الذي تضمنته أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بمصير عقد زواج القاصر دون الحصول على هذا الترخيص الذي يعد من قبيل الرقابة القضائية على مصلحة القاصر وهو الأمر الذي أثير بشأنه جدال فقهي لدى شراح قانون الأسرة لكون المشرع نص في المادة 2/33 على مصير عقد الزواج في حال تخلف شروطه المذكورة في المادة 9 مكرر، غير أنه أغفل الحديث عن شرط الأهلية؛ وفي هذا الصدد يرى الأستاذ بلحاج العربي أن مصير هذا الزواج قبل الدخول هو البطلان ويحق لكل من له مصلحة الطعن فيه، أما إذا تم الدخول فإنه يحق لكلا الزوجين فقط طلب إبطاله وهذا بموجب قانون (63-224)[1] وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها[2] .

إن الحكمة من منع زواج القصر تكمن في عدة أسباب تتلخص في الجوانب النفسية وكذا الصحية لما للزواج المبكر من أعراض على صحته؛ إضافة إلى أن القاصر ينقصه الإدراك بسبب صغر سنه لذلك لا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه لعدم نضجه العقلي، والزواج يعد من أقدس الروابط لما يتضمنه من مقاصد وآثار[3]، ولذلك فهو مسؤولية وتكليف خاصة إذا أثمر بأبناء وهنا يكون القاصر الذي لا يملك سلطة على نفسه مسؤولا وولي عن غيره، وعليه فمصلحة القاصر هي المعيار الفيصل في تزويجه من عدمه.

---

[1] مؤرخ في 29- 6- 1963، ج ر ع 44.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ص117،118.

[3] العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص116. زهور الحر، زواج الفتاة القاصرة بين النص التشريعي والواقع العملي، ندوة في موضوع – زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي –، محكمة استئناف بالرباط، مطبعة الامنية، الرباط، 2012، ص72 وما يليها.

ثانيا: من هو الولي الذي له سلطة تزويج القاصر ومركزه في عقد الزواج

1- الولي الذي له سلطة تزويج القاصر في الفقه الإسلامي ومركزه في عقد الزواج:

يقصد بالولي في الزواج: " الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه "[1]. وعلى ضوء ذلك اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في منع تزويج القاصر الصغيرة وكذا الغلام الصغير بين من جعله مطلقا وبين من قال به إلاّ للحاجة ومصلحة القاصر ومنهم من قال به لكن وفق شروط، كما اختلفوا في الأشخاص الذين يحق لهم تزويج القاصر وهذا كالآتي[2]:

أ- بالنسبة لتزويج الغلام القاصر:

يرى ابن حزم الظاهري أن الفتى الصغير لا يتزوج ولا يزوجه أحد حتى يبلغ فيزوج نفسه، وإذا قام وليه بتزويجه فزواجه مفسوخ[3]، أما المالكية والحنابلة[4] فيرون أنه إذا ادعت حاجة الصغير تزويجه وكانت مصلحته في ذلك فإنه يجوز لكن بشرط أن يتولى زواجه وليه وهو أبوه أو وصيه أو الحاكم؛ كما يضيف المالكية إمكانية إجباره إن وجدت مصلحة تقتضي ذلك، أما الشافعية فيضيفون شرطا آخر على وجوب توفر المصلحة والحاجة بتقييد حق التزويج في الأب أو أب الأب فقط، أما الحنفية فيرون أنه يجوز تزويج القاصر ويتولى ذلك أبوه أو جده أو سائر الأولياء[5].

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص22.

[2] عبد الرحمان الجزيري، مرجع نفسه، ص 23 وما يليها.

[3] ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص44.

[4] البهوتى ، مرجع سابق،، ج7، ص 2468.

[5] ابن نجيم، مرجع سابق، ص127-128. السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص212-215. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج5، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1961، ص21 وما يليها. السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص212. البهوتي، مرجع سابق، ج7، ص 2408 ومايليها.

ب-بالنسبة لتزويج الصغيرة:

لم يمنع فقهاء الشريعة الإسلامية تزويج الصغيرة سواء كانت ثيبا أم بكرا مادامت مصلحتها تقضي بتزويجها، كما اتفقوا على أن الولاية للأب حال حياته [1] مع بعض الاختلاف حول من يحق له عليها الولاية في حال وفاة الأب أو وجد به عارض من عوارض الأهلية[2].

يمكن القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أن الولي الذي يكون له سلطة تزويج القاصر سواء كان ذكرا أو أنثى هو الأب مادام حيا ما دامت تتوفر فيه شروط الولاية[3]، كما أنهم يضيفون أمرا آخر وهو انفراد الولي بإنشاء عقد الزواج لانتفاء شرط البلوغ وعدم إدراك القاصر لمصالحه بسبب عدم النضج العقلي، وحقه في إجبار المولى عليه بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة وحاجة[4].

ت- مركز الولي في عقد زواج القاصر:

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن سلطة تزويج الصغير والصغيرة تدخل ضمن أحكام الولاية على النفس لكونه ضعيفا لا يقوى على إدراك ومعرفة الأصلح[5]، لذلك فالولي هو ركن أساسي لقيام عقد زواج القاصر ووجوده إلزامي وواجب عند إبرام العقد وهو الذي يقوم بإنشائه[6].

وعليه لا يجوز لغير الولي إبرام عقد القاصر إلاّ إذا كان الولي عاضلا، فهنا توجب تدخل القاضي لرفع هذا الظلم من خلال الحلول محل الولي العاضل في تزويج القاصر وذلك من باب الولاية العامة[7].

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص427. حسن إبراهيمي، زواج القاصر بين دواعي الإلغاء ومبررات الإبقاء، مجلة دفاتر الحكامة، إنتاج أماليف، د م ن، ع1 ، 2015، ص114.

[2] بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، مج3، ط1، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 2011، ص42 وما يليها. المحلى، مرجع سابق، ج9، ص 38.

[3] الأسروشيني، مرجع سابق، ج1، ص 67.

[4] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 25 وما يليها. العربي بلحاج، مرجع سابق، ص237 وما يليها. عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية مرجع سابق، ص 54 وما يليها، محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص45 وما يليها.

[5] احمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، 2006، ص216.

[6] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 247.

[7] المحلى، مرجع سابق، ج9، ص25 وما يليها.

2-موقف قانون الأسرة من الولي الذي له سلطة تزويج القاصر ومركزه في عقد الزواج:

أ- ولي القاصر في عقد الزواج:

تنص الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة : " دون الإخلال بأحكام المادة 7من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ". يتضح من أحكام هذه المادة أن المشرع سار على منهج الفقه الإسلامي حيث جعل الولاية في ظل قيام الرابطة الزوجية بيد الأب وحده حيث يباشر بنفسه ونيابة عن القاصر إجراءات الزواج دون التفرقة بين الذكر والأنثى.

ب- مركز الولي في عقد زواج القاصر:

نص المشرع على أن الولي هو شرط من شروط عقد الزواج وهذا بموجب المادة 9 مكرر من ق أ[1]، كما نص على أنه هو الذي يباشر عقد زواج القاصر طبقا للمادة 11 فقرة 2 من ق أ، فيتضح من هذين النصين أن الولي يقوم بدورين في عقد زواج القاصر حيث يتمثل الأول في ضرورة حضوره لمجلس العقد لكونه شرطا ضروريا في تكوين عقد الزواج، كما أنه يباشر العقد باعتباره نائبا شرعيا عن القاصر لكونه غير مؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج. فالترخيص الذي يمنح للقاصر بالزواج لا يمنحه رخصة مباشرة العقد كما هو منصوص عليه ضمن المادة 11 فقرة 2 من ق أ أعلاه.

ت- ولاية الأب هي ولاية مشاركة والرضا المعتبر هو رضا القاصر:

يجب التنبيه أن إعطاء الولي هذا المركز الخاص في عقد زواج القاصر لا يعني انفراده به؛ بل جعل من هذه الولاية ولاية مشاركة وذلك بمنعه إجبار القاصر على الزواج أو منعها من الزواج إن رغبت في ذلك وهذا بموجب المادة 13من ق أ : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ". وهو ما قضت به المحكمة العليا بقولها: " أنه لا يجوز للأب أن يمتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها الامتناع ولذلك فإن

[1] لقد تم استحداث هذه المادة بموجب الأمر 05-02 من ق أ والتي تنص على شروط عقد الزواج .

قضاة الموضوع بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون... "[1] كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بطلان عقد الزواج لتخلف الرضا لكون الطاعنة منذ البداية كانت رافضة للزواج[2].

يتضح مما سبق أن الرضا المعتبر في الزواج هو رضا القاصرة وحدها ويقتصر دور الولي على تمثيلها ومباشرة العقد نيابة عنها وهذا تكريسا لمبدأ ركنية الرضا في عقد الزواج طبقا للمادة 4 من ق أ غير أن الملاحظ على أحكام قانون الأسرة أنها لم تتحدث عن الفتى القاصر وما إذا كان يمكن إجباره لأن المشرع في نص في المادة 11 ذكر عبارة " القاصر" دون تمييز وفي ولاية الإجبار خص بالذكر "القاصرة ".

من أهم الضمانات التي وضعها المشرع حماية للقاصر هو عدم الاكتفاء بدور الولي وحده وإنما أشرك القاضي في ذلك إذ لا يجوز وكأصل عام تزويجه دون الحصول على ترخيص من القضاء، وبذلك يكون القاضي رقيبا على عمل الولي في تزويجه القاصر[3].

ث- أثر تخلف الولي في عقد الزواج:

لقد نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 33 من ق أ على أثر تخلف شرط من شروط عقد الزواج[4]؛ ومن ذلك شرط الولي حيث يترتب على تخلفه فسخ العقد مادام لم يلحقه دخول، أما إذا تم الدخول فإن العقد يعتبر صحيح ويستمر فيه.

وعليه فإن حضور الولي هو أمر وجوبي بالنسبة للراشدة والقاصرة، غير أن دوره في العقد يختلف، ذلك أن صياغة المادة 33 من ق أ بذكرها عبارة " الولي في حال وجوبه " أمر غير مستساغ إذ أن الولي يعد شرط بنص القانون وبموجب قاعدة آمرة؛ والقانون يمنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق من إبرام عقد الزواج إذا اختل ركنه أو أحد شروطه طبقا للمادة 18 من ق أ.

---

[1] غ أ ش، ملف رقم: 90468، بتاريخ 30-3-1993، اجتهاد قضائي، ص47.

[2] م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 249128، بتاريخ 18-7-2000، م ق، ع2، ص267.

[3] وهو ما سيتم التفصيل فيه في الباب الثاني من هذه الدراسة.

[4] بقوله: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ".

المطلب الثالث: سلطات وواجبات الولي في حال انحلال الرابطة الزوجية

نص المشرع الجزائري على طرق انحلال الرابطة الزوجية ضمن الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون الأسرة في المادة 47 بقوله: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ". كما بين صور انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وهذا في المادة 48 من نفس القانون[1]؛ وبناء عليه هناك صورتان تنتهي بهما الرابطة الزوجية الأولى يكون فيها لأطراف العلاقة الزوجية دور في إنهاءها والثانية تنتهي دون إرادة أطرافها.

وعلى ضوء ذلك سنحاول في هذا المطلب تحديد من هو الولي على النفس في حالة انحلال الرابطة الزوجية وهذا في (الفرع الأول)، كما سنبين المهام المنوطة بالولي في حالة قيام انحلال الرابطة الزوجية وهذا في (الفرع الثاني) ومن له سلطة تزويج القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية وهذا في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الولي على النفس في حال انحلال الرابطة الزوجية

حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 87 من ق أ من هو الولي في انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وبالوفاة كما حدد مصدر منحه هذه الولاية حيث جاء فيها: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وفي حال وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حال الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الأولاد ".

أولا: استحقاق الولاية في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

من أبرز مظاهر حماية القاصر تكفل المشرع حمايته ليس فقط في ظل قيام الرابطة الزوجية، وإنما أيضا حمايته في حال وفاة الأب من خلال تحديد الشخص المؤهل قانونا بالإشراف على شؤونه ورعايته حيث جعل ذلك من واجب الأم بقوة القانون طبقا للمادة 87 من ق أ أعلاه.

[1] " مع مراعاة ما أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ".

ويتضمن مصطلح الوفاة كل من الموت الحقيقي وهو الموت الطبيعي الذي يعني به: رؤية جثمان الفقيد حقيقة و مواراته التراب بحضور تشييع جثمانه، والموت الاعتباري – المدني أو الحكمي – هو: الذي لا تكون فيه مشاهدة وفاة الشخص حقيقة وإنما يعتبر ميتا بحكم القانون ويكون ذلك في حالة غياب أو فقد الشخص وتنقطع أخباره مما يقتضي تقديم بلاغ بفقده حتى يتم التحري والبحث عنه وفق المدة القانونية [1] فإذا لم تثمر التحريات بنتيجة إيجابية يقدم حينها طلب[2] إلى المحكمة من أجل استصدار حكم من القضاء، حيث يعد الحكم بالوفاة بمثابة شهادة وفاة له[3] .

يتضح مما سبق أن الأم لا تحل محل الأب في ممارسة الولاية كما هو عليه الأمر في حال الغياب أو حصول مانع للأب؛ وإنما الولاية تنتقل إلى الأم في هذه الحالة بقوة القانون وهي الأولى والأحق بها دون غيرها ولا يتطلب ذلك استصدار أمر من القضاء بانتقال واستحقاق هذه الولاية كما أنها لا تسلب منها إلاّ إذا وجدت أسباب قانونية تستدعي ذلك وهو ما جاء به قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997: " الحكم بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي يكون مخالفا لما نصت عليه المادتين 97 و90 من قانون الأسرة "[4].

1- إشكالية احتفاظ الأم بالولاية في حالة زواجها بعد وفاة الأب:

إن استحقاق الولاية على القاصر بعد الأب يكون للأم قانونا ،غير أنه قد يحدث وأن تتزوج الأمر الذي يطرح تساؤل عن ما إذا كان يحق لها أن تبقى محتفظة بحق الولاية ؟

بالرجوع إلى القانون المقارن في هذه المسألة نجد أن المشرع المغربي نص في الفرع الثاني من الباب الأول من المدونة تحت عنوان الزواج الصحيح وآثاره على حقوق الأبوين تجاه أبنائهم والتي تعد من

---

[1] تنص المادة 113 من ق ا: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات ". وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في قرار صادر لها عن :غ أ ش، ملف رقم: 290808، بتاريخ 10-4-2002، م ق ، 2003، ع1، ص372.

[2] تنص المادة 114:" يصدر الحكم بفقدان و موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة".

[3] وهو ما نصت عليه المادة 89 من ق ح م. راجع أيضا: فضيل العيش، مرجع سابق، ص 94 وما يليها.

[4] لقد سبق الإشارة إليه.

مشتملات الولاية على النفس وفي المادة 54 منها أنه: "...عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما... ".

فيلاحظ أن المشرع المغربي ينص على الحضانة في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة حيث يشترك الحاضن والنائب الشرعي[1] في رعاية شؤون القاصر وهذا حماية وحفظا له من الإهمال والتشرد خاصة في حال زواج الأم، كما تنص المادة 175 من المدونة أيضا على أنه إذا كانت الأم نائبا شرعيا للمحضون وتزوجت فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة.

أما المشرع التونسي فقد نص هو الآخر في الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية على أن الولاية للأم في حال وفاة الأب[2]؛ كما نص في الفصل 67 على أنه: " إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة لمن بقي حيا من الأبوين.

وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية في ما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية ".

يستخلص من موقف التشريع المقارن في هذه النقطة أنه تحدث عن أحكام الحضانة وكذا الولاية على القاصر في حال الوفاة وبين إمكانية استمرار الولاية عليه في حال ما إذا تزوجت المرأة بعد وفاة زوجها إذ أن هذا لا يسقط حقها في الحضانة إلاّ إذا تخلت هي عنها، كما أن الولاية لا تسقط عنها في هذه الحالة.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه نص بشكل صريح على انتقال الولاية بقوة القانون للأم في حال وفاة الأب ويقتضي ذلك ضمنا اسناد الحضانة لها لأنها الأولى بها حتى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تأسيسا على أحكام المادة 222 من ق أ، وبالتالي لا تثار مسألة انتقال الولاية والحضانة في حال وفاة الأب وكون الزوجية قائمة لأن المادة 87 من ق أ تجيب عن ذلك.

---

[1] وفقا للمادة 230 من م أ م: " يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:
– الولي وهو الأب أو الأم أو القاضي؛
– الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم،
– المقدم وهو الذي يعينه القضاء ".

[2] عبد الرزاق دنقير، مرجع سابق، ص 52 وما يليها.

غير أن الإشكال الذي لم يعالجه المشرع الجزائري هو مسألة مدى احتفاظ الأم بالحضانة والولاية على أبنائها في حال زواجها بعد وفاة زوجها؟

معلوم أن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة الحضانة ومسقطاتها في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق؛ غير أنه لم يتعرض إلى حالة وفاة الزوج وقامت المرأة بإعادة الزواج هل يسقط حقها في حضانة الأولاد أم لا؟ وهل يسقط حقها في الولاية؟

حيث تستدعي الإجابة على هذا السؤال الرجوع إلى ما أفرزته التطبيقات القضائية في هذا الجانب حيث توصلت في قراراتها إلى القول أن المادة 62 وما يليها والمتعلقة بالحضانة تشمل انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة والطلاق طبقا للمادة 46 من ق أ، ووفقا لذلك فإن زواج الأم في هذه الحالة يعد من مسقطات الحضانة[1]. وفي حالة سقوط الحضانة عنها فإنه يستتبع ذلك سقوط حقها في الولاية.

2- إشكالية مدى أحقية الجد للولاية على نفس القاصر يتيم الأبوين:

يثار تساؤل في حال وفاة الأب والأم هل يجوز للجد أن يكون وليا على حفدته القصر؟ وهل يمكن القياس على أحكام ترتيب الأولياء في الزواج ؟

لم يجب المشرع عن هذا التساؤل ضمن أحكام قانون الأسرة؛ غير أننا يمكن أن نجد له سندا شرعيا فيما هو وارد لدى الفقه الإسلامي الذي يرى بأحقية الجد العصبي في الولاية على نفس ومال القاصر في هذه الحالة[2]. وهو الموقف الذي أخذت به المحكمة العليا في اجتهاد قضائي في هذا الجانب وذلك بتاريخ 21- 04- 1998 وذلك بمناسبة النزاع حول مدى أحقية الجد في الزيارة لحفيده المتوفى، حيث أنزل الجد محل الأب المتوفى وبذلك منح القضاء للجد حق الزيارة والحكم له بذلك تأسيسا على أحكام المادة 77 من ق أ حيث جاء فيه: " من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد

[1] م أ، ملف رقم: 39203، صادر بتاريخ 30-12-1985، ن ق، ع 44، 1989، ص 172. م ع، غ أ ش، ملف رقم: 256629، بتاريخ 12-02-2001، م ق، ع 2، 2002، ص 421. ملف رقم: 274683، بتاريخ، 16-12-2001، م م ع، ع2، 2004، ص347.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، ج2، دار القلم، دمشق، 2004، ص ص 846، 847.

وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له حق الزيارة... "[1]، فيتضح من اجتهاد المحكمة العليا أنه أنزل الجد منزلة الأب ومن هنا يمكن القول أنه قد تكون للجد الولاية على حفدته القصر في حال عدم وجود أمهم وهذا استنادا إلى الفقه الإسلامي باعتباره مصرا لقانون الأسرة طبقا للمادة 222 منه،

وإن كان هذا الأمر فيه تعارض مع أحكام المادة 64 التي لم تجعل الجد ضمن ترتيب المستحقين للحضانة وكذا يتعارض مع المادة 87 من ق أ التي تمنح الولاية للشخص الذي اسندت له حضانة الأولاد. ونتيجة لهذا التعارض يتوجب تدخل المشرع بالنص صراحة على مركز وترتيب الجد ضمن أحكام الولاية على نفس القاصر لأن ذات الإشكال سيتم الحديث عنه ضمن الولاية على المال.

وعليه يقترح في هذا الجانب تعديل أحكام قانون الأسرة من خلال استحداث مواد خاصة تفسر وتبين أحكام الولاية على النفس وترتيب الأولياء فيها بشكل صريح ومستقل عن أحكام المادة 87 و 92 من ق أ وكذا النص بشكل صريح على مركز الجد ضمن نظامي الولاية " بشقيها النفس والمال " والوصاية وهذا حماية للقاصر حتى تكون للقضاء أداة لبسط رقابته على ذلك .

ثانيا: الولي على النفس في حال فك الرابطة الزوجية بالطلاق

لقد استحدث المشرع في التعديل الجديد لقانون الأسرة بموجب الأمر (05-02) نصا يتعلق بالحق في الولاية في حال فك الرابطة الزوجية بالطلاق وذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 87 من ق أ:" وفي حال الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

إن تحليل موقف المشرع يقتضي بنا طرح تساؤل يتعلق حول الهدف من ربط المشرع منح الولاية بالحضانة وما العلاقة التي بينهما؟ وما هو مصدر الولاية في هذه الحالة؟

[1] م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 189181، اجتهاد قضائي، ع خ، ص192. نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، ج 3، ص 1093.

راجع أيضا قرار : م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 259422، بتاريخ 21- 02- 2001، م م ع ، ع2، 2004، ص 337.

1- علاقة الحضانة بالولاية على النفس في الفقه الإسلامي:

تعرف الحضانة في الفقه الشرعي على أنها:" حفظ الصغير. والعاجز. والمجنون والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته ورعاية مصالحه، من تنظيف وإطعام، وما يلزم لراحته"[1]. وعلى ضوء هذا يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الحضانة والولاية على النفس من حيث مفهومها ومشتملاتها وكذا من حيث الأشخاص الذين يمارسونها وفي المهام الموكلة لكل من الحاضن والولي على النفس[2] بالرغم من اتحادهما في المغزى والهدف والذي يكمن في تحقيق مصلحة الصغير وحمايته، لذلك يوجد فيصل واضح بين دور الحاضن ودور الولي على النفس؛ وإن كانا يشتركان في رعاية مصالح الصغير.

كما أن استحقاق الولاية على النفس يكون على أساس التعصيب في الفقه الإسلامي أما الحضانة فتمنح للنساء غالبا لكونهن على دراية بأمور الصغار وكونهن على اتصال دائم بهم كما أنهن الأكثر شفقة والأحن عليه[3]، فقد جاء في حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت: إن ولدي هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء، وأن هذا يريد أن ينزعه مني، فقال صلى الله عليه سلم :" **أنت أحق به مالم تتزوجي**"، ولما خاصم عمر بن الخطاب أم عاصم بشأن ولده بين يدي أبي بكر رضي الله عنهما لينتزع عاصم منها قال له أبو بكر: " **ريحها ومسها وريقها خير له من سمن وعسل عندك يا عمر** "[4].

إن مدة الحضانة في الفقه الإسلامي تكون في المراحل الأولى من حياة الصغير أما بعد سن التمييز فإن مسؤوليته تنتقل بالكامل إلى الولي على النفس. وهو الأمر ذاته في حال فك الرابطة الزوجية فإذا انتهت فترة الحضانة انتقل الطفل إلى الولي على النفس ليشمله برعايته والمحافظة عليه فهو الذي يكون مسؤولا عنه في مواجهة الغير وينيبه للمطالبة بحقوقه في حال الاعتداء عليه كما يقوم بتزويجه، وهذا يدخل ضمن مهام الولي على النفس وحده[5].

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص ص 456، 457. راجع في ذات الفكرة: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 714.

[2] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 457 وما يليها. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص22.

[3] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 718.

[4] إبن الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ط1، ج2، دار حراء، مكة المكرمة، 1986 ، ص 433.

[5] أبو زهرة، مرجع سابق، ص 75.

وعليه يمكن القول أن الولاية والحضانة في الفقه الإسلامي هما نظامان مستقلان جاءت بهما الشريعة الإسلامية أساسا، حيث يتحدان في الهدف ويختلفان من حيث المهام والأشخاص المؤهلين للقيام بهما.

2- علاقة الولاية بالحضانة في القانون:

نص المشرع الجزائري على أحكام الحضانة ضمن آثار لطلاق وذلك من المادة 62 إلى 72 من ق أ حيث عرفها في المادة 62 بأنها : " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ". ويتضح من خلال هذا التعريف أن الحضانة تشمل رعاية وحفظ المحضون في بدنه وعقله وخلقه، كما تشمل تعليمه وتربيته على أسس وقيم الدين الإسلامي وهذا في حال كانت الحاضنة لا تدين بدين الإسلام.

إن هذه المهام الموكلة إلى الحاضن وعلاقتها بمهام الولي على النفس أدت إلى وجود سجال فقهي دار حول طبيعة الحضانة؟ وهل تعد جزء من الولاية؟

أ- موقف الفقه :

لقد انقسم الفقه في ذلك إلى ثلاث آراء؛ حيث يرى الفريق الأول: أن الحضانة هي ضرب من ضروب الولاية على النفس لكونها تشمل جوانب تدخل ضمنها من ذلك الرعاية والحفظ وهو القسم الأول من الولاية على النفس[1]، كما أن صاحبها هو ولي على النفس ويمارس هذه الوظيفة وفقا للحدود القانونية المرسومة لذلك، فتمارس في مجال الرعاية والتربية والتعليم دون أن تتعدى إلى التزويج، وأن مدتها تستمر مادامت الحضانة قائمة والتي قد تصل إلى حد بلوغ سن الرشد[2].

في حين ذهب رأي آخر إلى القول أن الحضانة وإن كانت تشترك مع الولاية في الهدف إلاّ أن الاختلاف بينهما جلي وواضح فيما يتعلق بمصدر كل منهما، وكذا الموضوع الذي تنصب عليه كل من الحضانة والولاية إذ أن الأولى تعد رعاية بيولوجية وعاطفية وهي آنية ويوميا تقدم للمحضون، على عكس

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، "د ط"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص ص 150، 151. عبد الرزاق دنقير، مرجع سابق، ص 57. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مرجع سابق، ص 40. عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 356.

[2] رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص 220، 221.

الثانية التي تتعلق بإدارة الأمور المستقبلية المتعلقة بالقاصر واتخاذ القرارات الهامة بشأن ذلك وهي مهمة الولي وحده[1]. كما أن الولاية تتسع لتشمل كل شخص فاقد الأهلية أو ناقصها وهي بمعناها الواسع تتعدى الصغير على عكس الحضانة التي لا تطبق إلاّ على الصغار دون سواهم[2].إضافة إلى أن الولاية على النفس تشترط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه عكس الحضانة التي لا يشترط فيها ذلك[3].

ب- موقف المشرع الجزائري:

يتضح موقف المشرع من خلال أحكام المادة 87 من ق أ التي نصت على استقلالية كل من الولاية والحضانة حيث أنها أعطت الولاية لمن يكون حاضنا للقاصر. وعليه هناك نظامين يخضع لهما القاصر بحكم هذه المادة وهو نظام الحضانة والولاية لكن من يمارسهما شخص واحد هو "الحاضن".

كما أن مصدر هذه الولاية في حالة الطلاق يختلف عن حالة الوفاة حيث أن هذه الأخيرة مصدرها القانون وتنتقل بقوته دون اللجوء إلى القضاء على خلاف حالة الطلاق حيث مصدر الولاية يكون القضاء فعندما يحكم القاضي بحق الحضانة ويقضي بها لمستحقها يمنحه بموجب ذات الحكم الحق في الولاية على المحضون.

ولا بد من التنبيه بالرغم من أنه أسند حق الولاية للحاضن فإنه من جانب آخر أبقى على بعض الالتزامات المرتبطة بالولاية على عاتق الأب من ذلك النفقة وتوفير السكن، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عبد الفتاح تقية أن هناك تناقض بين النص التشريعي الجديد الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 87 و ما نصت عليه أحكام المادة 75 من ذات القانون التي تنص على: " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول... " وأيضا أحكام المادة 72 من ذات القانون التي تشترط على الأب توفير السكن الملائم لممارسة الحضانة. إذ يطرح التساؤل التالي: كيف للأب أن

[1] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2004- 2005، ص 92 وما يليها.

[2] زكية حميدو، مرجع نفسه، ص 95.

[3] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 60.

يلتزم بالإنفاق على ابنه وضرورة توفير سكن له دون أن تكون له عليه ولاية؟ فهذا الأمر يتناقض مع المنطق وما تمليه مصلحة القاصر من ضرورة مراقبة وحماية الأب له[1] .

وبذلك يكون المشرع قد خالف الفقه الإسلامي عندما منح الولاية على النفس للحاضن، كما خالفه أيضا في مسألة منح الولاية على النفس لغير المسلم وهذا غير جائز شرعا، ويتضح ذلك من أحكام الحضانة التي لم تشترط ضرورة توفر الإسلام في الحاضن واكتفت المادة 62 من ق أ بالتأكيد فقط على ضرورة تربية الابن على دين أبيه[2]، في حين يقول الله تعالى: ﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا**﴾[3] وبالتالي لا يجوز تولية شؤون القاصر لغير المسلم لأن فقهاء الشريعة يشترطون الإسلام في الولي على النفس[4]، وهو الأمر الذي أغفله المشرع ضمن أحكام قانون الأسرة.

إضافة لما سبق أغفل المشرع ذكر من يستحق الولاية في حال انتهاء فترة الحضانة؛ خاصة وأن المادة 65 من ق أ حددت مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ويمكن تمديدها إن استدعت مصلحة المحضون ذلك إلى 16 سنة، أما الفتاة فتنتهي حضانتها ببلوغها سن الزواج الذي حددته المادة 7 المعدلة بموجب الأمر (05-02) والذي هو 19 سنة [5]. فالملاحظ هنا أن هناك فرق بين حضانة الذكر والأنثى وعلى ضوء هذا الاختلاف تكون ولاية الحاضن على الذكر أقصى مدتها هي 16 سنة، بعدها يطرح تساؤل يتعلق بمن يحق له الولاية على هذا القاصر بعد انتهاء مدة الحضانة؟

---

[1] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 62.

[2] جاء في قرار للمحكمة العليا أن: " من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلاّ إذا خيف على دينه..." ، ملف رقم: 52221، قرار بتاريخ 13-3 - 1989، م ق، ع1، 1993، ص48.

[3] سورة النساء: الآية 141.

[4] لم يضع المشرع الجزائري شروطا تتعلق بالولي على عكس فقهاء الإسلام الذين بينوا جملة من الشروط تتعلق به حتى يؤدي مهامه تجاه المولى عليه وتتمثل هذه الشروط في: الأهلية، والاتحاد في الدين، والأمانة والاستقامة. لتفصيل أكثر راجع: مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص 845. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مرجع سابق، ص 56.

[5] إن تمديد مدة الحضانة لا يتطلب صدور حكم قضائي فهو تمديد بحكم القانون إلا إذا وجد نزاع في شأنه. أما انتهاؤها قبل السن القانوني يتطلب صدور حكم قضائي وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا من ذلك قرار صادر لها بتاريخ 10-2-2011: " لا تنتهي الحضانة إلاّ بموجب حكم قضائي.

الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حال تجاوز سن المحضون 10 سنوات... " . م ع، غ أ ش، ملف رقم: 599850، م م ع، ع1، 2012، ص281.

أيضا جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: " تنقضي حضانة البنت، بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللّجوء إلى القضاء لإسقاطها ". م ع، غ أ ش، ملف رقم: 347914، بتاريخ 4-1- 2006، م م ع، ع1، 2006، ص 449.

لم يجب قانون الأسرة عن هذا التساؤل لكن بالرجوع إلى القضاء نجد أن المحكمة العليا ألزمت الولي بضرورة التكفل بتوفير سكن لابنته البالغة سن الزواج أو دفع بدل الإيجار عنها وهذا حماية لها من التشرد والانحراف، حيث قضت في إحدى قراراتها أن: " الأب ملزم بتوفير سكن أو بدل إيجار لابنته، المنقضية حضانتها ببلوغها سن الزواج، في حالة امتناعه عن ضمها إليه ورفضه إقامتها معه في بيته "[1]. أما في حالة انتهاء مدة حضانة الذكر ببلوغه 16 سنة دون مطالبة الأب بضمه إليه يبقى في ولاية أمه وتطبق بشأنه أحكام المادة 75 من ق أ فيما يتعلق بواجب الإنفاق عليه، أما في حال مطالبة الأب به لانتهاء مدة حضانته فإنه يضم إلى الأب قانونا وهنا تطبق بشأنه أحكام المادة 87 من ق أ؛ لأن الولاية على القاصر المحضون سببها الحضانة فإذا ما زال سببها تم الرجوع إلى القاعدة العامة وهي أن الأب هو أولى بالولاية على أولاده القصر مادام حيا ويتمتع بالأهلية القانونية الكاملة وهو موقف الفقه الإسلامي.

بالرغم من اختلاف أحكام كل من الولاية والحضانة[2] ؛ إلاّ أنها وضعت حدا للإشكالات القضائية؛ حيث كان القضاء قبل التعديل يقضي في مسألة الولاية وفقا لمبادئ الفقه الإسلامي وهذا استنادا لأحكام المادة 222 لصراحة نصها[3]، وبهذا النص حُسم الجدل في مدى استحقاق الحاضن للولاية إلى جانب الحضانة وذلك بالنص عليها صراحة الأمر الذي لم يترك للقاضي سلطة تقديرية في بحث مسألة الولاية وهذا من شأنه تعزيز الحماية القانونية للقاصر، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 14-1-2009 جاء فيه: " إن قضاة الاستئناف عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل (ع) لأمه (الطاعنة) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من ق أ في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[4] .

إن منح المشرع الولاية لمن أسندت له الحضانة هي مسألة إيجابية تكسب المحضون وتشمله برعاية أكبر؛ كما أن إلزام الولي بالإنفاق وضرورة توفير مسكن له هو تأكيد على أن مصلحة القاصر المحضون فوق كل اعتبار خاصة في حالة الطلاق لأن هذه الفئة هي الأكبر تعرضا للضرر والخطر، لذلك حاول

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 686369، بتاريخ 17-5-2012، م م ع، ع 2، 2012، ص 257.

[2] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص61.

[3] راجع في ذلك: م ع، غ أ ش، ملف رقم: 111048، بتاريخ 21-11-1995، ن ق، ع 52، 1997، ص 102. أيضا الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ملف رقم: 43594، بتاريخ 22-9-1986، م ق، ع 4، 1992، ص 41.

[4] غ أ ش، ملف رقم: 476515، م ق، ع 1، 2009، ص 265.

المشرع شمله بمختلف صور الحماية لرابطة الأبوة الذي لا تنقطع بانحلال الرابطة الزوجية؛ وإنما أبقى على هذه العلاقة ومنح للأب امكانية مراقبة الحاضن من خلال منحه حق الزيارة.

إن المنهج الذي سلكه المشرع لم يختلف عن منهج بعض التشريعات المقارنة؛ حيث أخضعت القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية إلى نظامين في آن واحد [1]، وهما نظام الحضانة – وما يترتب عنه من حقوق وما يجب فيها من مراعاة لمصلحة المحضون – ونظام الولاية على النفس وما تتضمنه من رعاية لمصلحة القاصر، كما أبقت على بعض الالتزامات المرتبطة برابطة الأبوة كما فعل المشرع الجزائري؛ من ذلك ما جاء في القانون التونسي وهذا في الفصل 47 والفصل 53 مكرر والفصل 56 والفصل 67 من م أ ش[2]، وكذا التشريع المغربي في المواد 54 و168 و169 وكذا المادة 230 و231 و236 من مدونة الأسرة. وما يمكن قوله أن موقف المشرع الجزائري المتمثل في جعل الولاية والحضانة في يد شخص واحد له إيجابيات تصب في مصلحة القاصر بخلاف نظيره في التشريع المقارن [3].

الفرع الثاني: المهام المنوطة بالولي أثناء انحلال الرابطة الزوجية

بعد معرفة من هو الولي في حال فك الرابطة الزوجية الذي يكون الأم في حالة الوفاة والحاضن في حال الطلاق، نبين في هذا الفرع جملة من المهام التي عهدت إليه بموجب القانون؛ لكن وقبل ذلك لابد من الإشارة هنا أن مهام الولي في حال فك الرابطة الزوجية بالوفاة هي ذاتها المهام الموكلة للولي أثناء قيام الرابطة الزوجية، لذلك سيتم الحديث فقط عن سلطات الولي الحاضن وكذا واجباته والمتمثلة في واجب رعاية وحفظ القاصر أولا، ثم واجب الإنفاق وتوفير مسكن للمحضون ثانيا.

---

[1] أمينة شايب، تأملات حول النصوص الجديدة للنيابة الشرعية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بالتعاون مع مؤسسة فريدرش أبرت، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، يوم 8 مارس 1997، منشورات كلية العلوم القانونية بمساهمة مؤسسة فريدرش أبرت، ص100.

[2] راجع أيضا: رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص 223. عبد الرزاق دنقير، مرجع سابق، ص ص 57، 58.

[3] بالرجوع إلى القانون الفرنسي في هذا الجانب نجد أنه بعدما كان يمنح حق إقامة القاصر مع حاضنه لكن في ظل قانون 4 مارس 2002 المتضمن القانون المدني نص على نظام جديد يتمثل في المناوبة في إقامة القاصر" residence alternée" وهذا بموجب المادة 373 منه. لتفصيل أكثر في هذه المسألة راجع:
Parquet Muriel, droit de la famille, 2édition, 1 rue de Rome, Bréal, 2007, p119.

أولا: واجب رعاية وحفظ القاصر

لا شك أن الاستقرار الأسري له دور مهم في بناء شخصية الطفل القاصر وتوفير الارتياح النفسي له وهو الأمر الذي سينعكس على مستقبله بالإيجاب عندما يبلغ راشدا، كما أن مسألة رعايته من الجانبي النفسي والمالي لا تطرح إشكالات كثيرة بحكم المشاركة بين الأبوين في تولي شؤونه، على عكس في حال انفصال الزوجين فإن هذا من شأنه التأثير خاصة على الجانب النفسي للطفل لكونه في هذه الفترة يشعر بعدم الاستقرار والارتياح نتيجة تفكك أسرته[1].

لذلك رعاية وحماية لحق القاصر وخوفا عليه من الضياع والإهمال والتشرد في حالة الطلاق؛ حاول المشرع أن يتدخل ويخلق نوعا من التوازن وإعادة الطمأنينة لهذا الفرد الضعيف وذلك من خلال إبقائه على بعض القواعد المتعلقة بالمسؤولية الأبوية في ظل قيام الرابطة الزوجية[2]، لذلك أشرك الأب مع الولي الحاضن في رعاية وحفظ الطفل القاصر وتلبية كل حاجاته وهذا كبديل له عن الضرر الذي لحقه نتيجة انفصال والديه، فأوكل واجب الإنفاق وتوفير السكن إلى الأب بحكم رابط الأبوة وللأب في مقابل هذا حق الزيارة الذي يعد حقا للطفل القاصر أيضا؛ وأوكل الولي الحاضن مهمة رعاية وحفظ القاصر وفقا لما اشتملت عليه أحكام المادة 62 من ق أ.

إن رعاية وحفظ القاصر في صحته وجسمه وعقله وخلقه تتطلب في القائم بها أن يكون على صلة دائمة به ويراعي مصلحته ويضعها ضمن الأولويات عند تقرير كل ما يتعلق بشأنه و أن يكون أكثر حنانا و شفقة عليه، وهو الأمر الذي أخذ به المشرع عند ترتيبه لمستحقي الحضانة حيث منحها للأم أولا وهذا استنادا لأحكام المادة 64 المعدلة بموجب الأمر (05-02) وهو توجه الفقه الإسلامي[3]، وكذا ما أفرزته التطبيقات القضائية في ذلك[4].

---

[1] عبد الرزاق دنقير، مرجع سابق، ص57.

[2] Parquet Muriel , o.p,cit, p 119

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص356.

[4] جاء في قرار للمحكمة العليا أن مصلحة المحضون هي الأساس في ترتيب استحقاق الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق أ وهو أمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي. ملف رقم: 613469، بتاريخ 10-3-2011، م م ع، ع 1، 2012، ص 285.

بل إن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك حيث حرص على ضرورة توفر الحاضن على الأخلاق الفاضلة والاستقامة وعدم الانحراف حتى يتسنى له نقل القيم الفاضلة والتربية السليمة للمحضون وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، من ذلك ما جاء في قرار صادر لها بتاريخ 22- 5- 1989 أنه: " من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا- في القضية الحال - أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون "[1].

كما حرص المشرع أيضا على ضرورة تحلي المحضون بالقيم الدينية وذلك بالتركيز على ضرورة تعليمه وتربيته وفق دين أبيه؛ فيكون للأب الرقابة على عدم مخالفة هذا الحكم وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون..."[2].

وعليه يتطلب من الولي الحاضن أن يبذل ما في وسعه من حرص وانتباه وتفطن في حماية المحضون القاصر مما قد يؤذيه في نفسه وجسمه وعقله، كما يتوجب عليه مراقبته وحراسته من أن يؤذي غيره أو يتأذى من غيره لكونه مسؤولا مدنيا عنه[3]، وفي حال ما إذا ثبت تقصير أو إهمال من جانبه أسقطت عنه الحضانة وتباعا تسقط الولاية؛ وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا التي قضت بتأييد الحكم

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 53578، م ق، ع 4، 1991، ص 99. كما جاء أيضا في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 30- 9 - 1997 أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في – في القضية 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 ق أ..." . اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، ملف رقم: 171684،ع خ، 2001، ص 200.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 59013، بتاريخ 19-2- 1990، م ق، ع 4، 1991، ص 117.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 356. فضيل العيش، مرجع سابق، ص 63.

المستأنف الذي يقضي بإبقاء الحضانة للأم على ولدها وهذا لعدم إثبات الأب إهمالها وتقصيرها في رعاية ولدها المحضون[1].

اتضح جليا أن مهمة رعاية وحفظ القاصر من المهام الصعبة المنوطة بالولي لذلك يشترط في القائم بها القدرة والاستطاعة وكذا الأهلية، وهذا الشرط الأخير يقودنا إلى طرح تساؤل عن ما إذا كانت الأم القاصرة لها الحق في حضانة أولادها القصر والولاية عليهم؟

بالرجوع إلى أحكام المادة 7 من ق أ المعدلة بموجب (05-02) نجد أنها نصت على أن القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج دون الحديث عن منحه هذا الحق فيما يتعلق بآثار الطلاق. إضافة إلى أن الفقرة الثانية من المادة 62 من ق أ تنص على أن: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ". وبالتالي يشترط النص بشكل صريح وجوب توفر الأهلية في القائم على الحضانة وهي شرط جوهري أيضا في الولاية على القاصر.

ثانيا: واجب الإنفاق وتوفير مسكن للمحضون

1- واجب الإنفاق:

من أهم الحقوق التي كفلها المشرع للقاصر في حال فك الرابطة الزوجية انقاذا له من التشرد والإهمال النص على وجوب الانفاق عليه؛ حيث نص على أن نفقة القاصر وسكناه تكون من ماله إن كان له مال وهذا بنص المادة 75 من ق أ [2]، أما إذا لم يكن له مال فإن مسؤولية الإنفاق عليه تقع على عاتق الأب سواء كان حاضنا له أم لا. حيث أنه يتوجب عليه أن يوفر للمحضون كل ما يحتاجه من كسوة وغذاء وعلاج وسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة طبقا لما جاء في المادة 78 من ق أ.

ولا يمكن للأب التهرب من هذا الالتزام القانوني وإلاّ تعرض للمساءلة القانونية فقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن : " قضاة المجلس بقضائهم بإسقاط الحضانة عن الطاعنة سهوا أن المطعون ضده

[1] م ع، ملف رقم : 50270، بتاريخ 7 -11-1988، م ق، ع 3، 1991، ص 48.

[2] راجع أيضا: قرار للمحكمة العليا، ملف رقم: 112705 ، قرار بتاريخ 29-11-1994، م ق، ع1، 1994، ص140.

كان هدفه التهرب من الإنفاق دون مراعاة مصلحة المحضونين سواء الأولاد القاصرين فيما يخص الحضانة أو البنات بالنسبة للنفقة ، حيث يكونون قد خالفو أحكام المادة75 من ق أ ".[1]

وعليه يقع واجب الإنفاق على الأب بحكم رابطة الأبوة، وفي حال عجزه تنقل المسؤولية إلى الأم بموجب المادة 76 التي تنص على أنه :" في حال عجز الأب تجب نفقه الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك". فحتى تتولى الأم هذه المسؤولية لابد من اثبات عجز الأب وكذا استطاعة الأم.

2- استحداث المشرع صندوق النفقة كمظهر لحماية القاصر:

لقد تم استحداث صندوق النفقة بموجب قانون (15-01)[2]، حيث أن الغاية من استحداثه هو تعزيز وتشديد الحماية القانونية للأطفال القصر ومنعهم من الضياع والتشرد في حال انحلال الرابطة الزوجية[3]، حيث يكتسي طابعا استعجاليا في ما يتعلق باستحقاق النفقة وفق إجراءات نص عليها ذات القانون؛ فقد عرّفت المادة 2 منه جملة من المصطلحات ذات الصلة بالتطبيق الحسن لأحكام هذا القانون؛ حيث جاء فيها أن النفقة هي: " النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين، بعد طلاق والديهم.

وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حال رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة ".

يتضح من هذا المفهوم أن المستفيد من أحكام هذه المادة هو الدائن بالنفقة [4] عند انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق لا غير، حيث يقوم صندوق النفقة بدفع المستحقات المالية[5] عندما يعجز

---

[1] ملف رقم: 257693، قرار بتاريخ 12-2-2001، م ق ، ع 2، 2004، ص436.

[2] قانون 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 يناير سنة 2015 متضمن إنشاء صندوق النفقة ، ج ر ع1 ، ص7.

[3] ويقابله في التشريع التونسي صندوق ضمان النفقة المنصوص عليه في الفصل 53 مكرر من م أ ش.

[4] عرفت المادة 2 من قانون 15-01 : " المستفيد أو الدائن بالنفقة : الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في قانون الأسرة ، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة ".

[5] المستحقات المالية وفقا لذات القانون هي: " المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها والذي يساوي مبلغ النفقة وفقا لتعريفها المحدد أعلاه".

المدين بالنفقة عن دفعها[1]، أو في حال امتناعه عن التنفيذ للحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، أو عدم معرفة محل اقامته[2].

وبذلك يكون الهدف من استحداث هذا الصندوق هو حماية الأطفال القصر دون جعله وسيلة للتملص من الواجبات والمسؤوليات الأسرية[3].

3- واجب توفير سكن للمحضون:

من مظاهر الرعاية القانونية للقاصر في حال فك الرابطة الزوجية جعل حقه في الإيواء قائم ومستقل ولذلك نص المشرع على أن مسكن ممارسة الحضانة أو بدل إيجاره يدخل ضمن مشتملات النفقة طبقا للمادة 78 أعلاه[4] ، كما بين الأحكام المتعلقة به ضمن المادة 72 المعدلة بموجب الأمر (05-02) من ق أ التي تنص على أنه: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

في ظل القانون القديم (84-11) وقبل تعديله ربط المشرع توفير المسكن الزوجي بشروط منها: تعسف الزوج في الطلاق أو في حالة ما إذا لم يكن لها أب يأويها[5] حيث جاء في المادة 52 قبل تعديلها:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج ويستثنى من قرار السكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، وتفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها ". ففي ظل القانون القديم يعتبر مسكن ممارسة الحضانة من حق الحاضنة التي تم

---

[1] والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق". وعليه يخرج عن دائرة ذلك الأم لأنها ملزمة بالإنفاق في حدود الاستطاعة طبقا للمادة 76 من ق أ، وبالتالي إذا كانت في استطاعتها الإنفاق على أبناءها في حال ثبوت عجز الأب وامتنعت عن ذلك فإنه لا يمكن في هذه الحالة تطبيق أحكام هذا القانون وإنما تتم المطالبة بناء على أحكام المادة 76 من ق أ لا غير، وكذلك الأمر بالنسبة لنفقة لأصول على الفروع المعنيين في أحكام المادة 77 من ق أ.

[2] وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون 15-01.

[3] سيتم التفصيل في أحكام القانون 15-01 المتعلق بصندوق النفقة ضمن الباب الثاني من هذه الدراسة.

[4] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 191.

[5] راجع في ذلك: م ع، ملف رقم: 105366، بتاريخ27-4-1993، م ق، ع2، ص 88.

طلاقها تعسفيا دون التنبيه إلى أن هذا الحق بالأساس يخص المحضون الذي يهدده الإهمال والتشرد في حال فك الرابطة الزوجية وعدم توفير مسكن له لإيوائه مع حاضنته.

غير أن التعديل الجديد المتعلق بمسكن ممارسة الحضانة تدارك هذا الأمر حيث جاء بمسائل وأحكام جديدة تهدف إلى حماية مصلحة القاصر المحضون أولا حيث نصت المادة 72 المعدلة بموجب الأمر (05-02) على أن توفير الأب للمسكن لممارسة الحضانة هو أمر إلزامي ووجوبي وإن تعذر عليه ذلك فإنه ملزم بإيجار مسكن له ودفعه بدل الإيجار[1]؛ بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حيث نص على عدم خروج الحاضنة وأولادها من مسكن الزوجية إلى غاية تنفيذه للحكم المتعلق بالسكن حيث نص على أنه: " في حال الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار ".

بالرغم من أن المطلقة الحاضنة أصبحت أجنبية على الزوج المطلق ولا يجوز لها البقاء معه في ذات المسكن إلاّ أنه مراعاة وخوفا على مصالح المحضون وإمكانية تعريضه لخطر التشرد خرج المشرع عن هذه القاعدة الشرعية[2]، حيث أمر ببقائها في مسكن الزوجية إلى غاية توفير الأب للمسكن وهذا البقاء هو مؤقت ولا يجوز للأب تخصيص مسكن لممارسة الحضانة في بيت الزوجية لأنه مخالف للشرع والقانون وهو ما تضمنه قرار للمحكمة العليا حيث جاء فيه: " إن الحكم على الطاعن بأن يسّلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم بها لممارسة الحضانة مع أنه أصبح أجنبيا عنها، وعدم احترام القضاة الترتيب المشار إليه في المادة 72 من ق أ، يعد خطأ في تطبيق القانون ".[3]

ويجدر الذكر في الأخير أن مكان مسكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة[4].

---

[1] فضيل العيش، مرجع سابق، ص74.

[2] وهو ما تضمنته أحكام المادة 2 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل التي تنص على أنه من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر هي تعريضه للإهمال أو التشرد. انظر: جمال نجيمي ، مرجع سابق، ص22. فضيل العيش، مرجع سابق، ص146.

[3] ملف رقم: 348644، بتاريخ 14-12-2005، ن ق، ع 59، ص 244. سابق، ص 169.

[4] وهو ما اكدته المحكمة العليا راجع: ملف رقم: 581700، بتاريخ 11-11- 2010، م م ع، ع 1، 2011، ص 252.

وما يمكن قوله أيضا أنه بالرغم من الحماية القانونية التي وفرها المشرع للمحضون فيما يتعلق بالسكن؛ إلاّ أن هذه الحماية منقوصة لأنه منحه هذا الحق في حال كانت الأم هي الحاضنة له، وأغفل إمكانية أن تقوم بحضانته غير أمه، فما مصيره والحاضن في هذه الحالة [1] .

ثالثا: حق الزيارة

إن فرض المشرع لمبدأ مراعاة مصلحة المحضون حتم جعل هذا المبدأ الأساس في كل المسائل المتعلقة بالقاصر ولعل أهمها هي منح حق الزيارة[2] لغير الحاضن من الآباء، فهي حق للمحضون يترتب عنه شعوره بالارتياح النفسي والعاطفي وتبعث فيه الشعور بالاهتمام من أهله والتعاطف والتقارب معهم وهو الهدف من وراء إقرار هذا الحق[3]، كما أنه أيضا منح الحق لغير الحاضن من الآباء حيث جاء في المادة 64 من ق أ: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ". وعليه إذا حكم القاضي بانحلال الرابطة الزوجية فإنه يحكم أولا في استحقاق الحضانة وتلقائيا يحكم في مقابلها الحق بالزيارة للشخص الذي لم تسند إليه الحضانة وهذا حفاظا على أواصر الأبوة وصلة الرحم[4].

ولا بد من التنبيه أن المشرع جعل من الزيارة حق وليس واجب لذلك فإنه من حكم له بها له الخيار في القيام بذلك من عدمه؛ غير أنه من الناحية الواقعية نجد أن هذا الأمر قلّ ما يحدث، وإن حدث فإنه يعرض القاصر للخطر لأن امتناع الأب أو الأم عن زيارته يؤثر في نفسيته وتواصله في الوسط الاجتماعي لشعوره بالنقص على خلاف زملائه وكذا إحساسه بالإهمال العاطفي خاصة إذا كان في مرحلة الإدراك وتمييز الأمور، وهذا الأمر يعرض الطفل للخطر وفقا لما نصت عليها المادة 2 من القانون (15-12) المتعلق بحماية الطفل، وبناء عليه إن أصبح الامتناع عن الزيارة يشكل خطرا يهدد الطفل القاصر يمكن اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإلزام الممتنع عن الزيارة للقيام بذلك وهذا تأسيسا على ذات المادة لكون الطفل معرض للخطر بسبب الإهمال العاطفي له وكون الزيارة حق للمحضون أيضا.

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 146.

[2] عرّف الحق الزيارة بأنه: " هو الحق الممنوح لأحد الوالدين الذي لم تثبت له حضانة الطفل بزيارة ابنه القاصر ". راجع في ذلك: عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 249.

[3] م ع، ملف رقم: 59784، بتاريخ 16-4-1990، م ق، ع4، 1994، ص126.

[4] فضيل العيش، مرجع سابق، ص62. راجع أيضا: م ع، ملف رقم: 158842، بتاريخ 8-4-1997، ن ق، ع53، ص61.

1- الإشكالات القانونية المتعلقة بتطبيق حق الزيارة:

من جملة الانتقادات التي وجهت إلى المشرع الجزائري:

- إلزام القاضي بالحكم بحق الزيارة للطرف الآخر دون الاعتداد بطلب الشخص من عدمه وفي ذلك خروج عن القواعد العامة المتعلقة بحياد القاضي وهي أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بغير ما طلب منه[1].

- عدم تحديده المقصود بالزيارة وشروطها و مسقطاتها، وكذا مكان ممارسة هذا الحق ووقته والأشخاص الذين يخول لهم ذلك، مما يستلزم الرجوع إلى القضاء في هذا الجانب حيث استقر فيما يتعلق بممارسة حق الزيارة على أنه لا يجوز أن يكون في بيت المطلقة وهذا لمخالفته الشرع والقانون لكونها صارت أجنبية عنه؛ وحق الزيارة في هذه الحالة لا يؤدي الغرض منه[2]، أما فيما يتعلق بوقت الزيارة وسن المحضون فقد استقر القضاء على عدم وجود سن معينة[3]؛ ووقت محدد للزيارة حيث جاء في قرار لها بتاريخ 16-4-1990:" متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق أ على أن القاضي يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه ومن التعاطف معهم"[4].

أما فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم الزيارة فقد قضت المحكمة العليا بأنه إضافة إلى كون هذا الحق ممنوح للوالدين؛ فإنها قضت بمنحه كذلك للجد حيث بررت ذلك وربطته بواجب الإنفاق الذي نصت عليه المادة 77 من ق أ ولكونه في منزلة الوالد[5].

ويمكن القول في الأخير أنه يتوجب على الولي الحاضن تنفيذ الحكم المتعلق بالزيارة وإلاّ تعرض للمساءلة القانونية وفقا لقانون العقوبات لارتكابه جريمة عدم تسليم قاصر واختطافه وإبعاده[6].

---

[1] فضيل العيش، مرجع سابق، ص ص 62، 63.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 214290، بتاريخ 15-12-1998، اجتهاد قضائي ،ع خ، 2001، ص 194.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 350942، بتاريخ 4-1-2006، م م ع، ع 1، 2006، ص 455.

[4] سبق الإشارة إليه.

[5] م ع ، غ أ ش، ملف رقم:189181، اجتهاد قضائي، ع خ ، 2001، ص 192.

[6] فضيل العيش، مرجع سابق، ص 63. عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية...، مرجع سابق، ص 249.

الفرع الثالث: سلطة تزويج القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية

سبق القول أن المشرع الجزائري نص على صورتين لحل الرابطة الزوجية وهما الطلاق والوفاة لذلك سنبين في هذا الفرع من له حق ولاية الزواج في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أولا، ثم من له حق ولاية الزواج في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق ثانيا، مع توضيح مدى مراعاة مصلحة القاصر في كل ذلك.

أولا: من له حق ولاية الزواج في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

يقتضي الحديث عن ولاية غير الأب في تزويج القاصر إلى التطرق بدءا إلى موقف الفقه الإسلامي ثم بيان موقف المشرع الجزائري في ذلك.

1- موقف الفقه الإسلامي:

يرى فقهاء الإسلام أن الولي في النكاح هو: " الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه وهو الأب أو وصيه أو القريب العاصب و المعتق والسلطان والمالك "[1].

وعلى أساس هذا القول فإنه من الناحية الفقهية ولاية تزويج القاصر أمر لا بد منه؛ حيث تكون للأب في حال حياته، أما إذا توفي فتنتقل إلى الذي يليه في الترتيب وهو وصي الأب فإذا لم يوجد انتقلت ولاية إلى القريب العاصب[2]، غير أنه في هذه النقطة الأخيرة خالف الحنفية جمهور الفقهاء حيث قالوا أن القريب العاصب ليس شرطا إذ أنه في حال عدم وجوده تنتقل الولاية لذوي الرحم[3] وبالتالي يمكن للأم أن تكون لها سلطة تزويج أبنائها القصر.[4]

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 22.

[2] عبد الرحمان الجزيري، مرجع نفسه، ص 23 وما يليها. محمد بن أبي بكر الشافعي ، مرجع سابق، مج 3، ص 44 و ما يليها.

[3] لتفصيل أكثر في ترتيب ذوي الرحم في تزويج القاصر عند أبي حنيفة راجع: الأسروشيني، مرجع سابق، ج 1، ص68.

[4] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 23. راجع أيضا: الأسروشيني، مرجع سابق، ص 70. السرخسي، مرجع سابق، ج 4، ص 216.

لقد فصّل فقهاء المذاهب الإسلامية في ترتيب الأولياء ومن له حق تزويج القاصر[1]؛ حيث يرى جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية أن النكاح بغير ولي لا يصح ولا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها إذ لا يمكن أن تباشر عقدها بنفسها وإنما عليها أن توكل رجلا ليباشره عنها[2]، ويضيف المالكية لذلك تقسيم الولاية إلى عامة وخاصة، فالولاية الخاصة هي التي تكون للعصبات في حال وفاة الأب ولم يعين وصي عنه. أما الولاية العامة فتكون لكل المسلمين وهي فرض كفاية، غير أن هذه الولاية تتعلق بالدنيئة دون الشريفة، ومن خلال هذا الترتيب لا يجوز للولي الأبعد تولية العقد مع وجود الأقرب منه.[3]

ولا بد من القول أن تزويج القاصرة المتوفى أبوها من الناحية الشرعية كان الاختلاف فيه يدور حول مدى إمكانية تزويجها من عدمه "أي الانتظار إلى غاية بلوغها" وهذا حتى تستأذن قبل تزويجها[4]، وفي ذلك يقف موقف الوسط الإمام ابن القيم الجوزية رحمه الله حيث أنه وإن يستحسن البلوغ في نكاح الصغيرة إلاّ أنه يجيز نكاح القاصرة اليتيمة دون سن البلوغ واستدل في ذلك بـ: " **قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم :أن اليتيمة تستأمر في نفسها- ولا يتم بعد الاحتلام -...**"[5] .

ما يمكن استخلاصه فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامي أنه جعل مصلحة القاصر في حال وفاة وليه فوق كل اعتبار حيث فصّل في الأحكام المتعلقة بتزويجه باعتبار الزواج ميثاق غليظ، لذلك كانت الغاية من جعل بلوغ القاصر والقاصرة الأصل في الزواج وهذا في حال وفاة الأب كونه الأكثر شفقة وعطفا ومراعاة لمصلحة من في ولايته من غيره، وأنه بوفاته يخشى أن لا يختار الولي الذي يليه ما هو أفضل للمولى عليه؛ إلاّ أن ذلك لم يمنع جواز تزويجه دون سن البلوغ حيث أوكلت سلطة التزويج إلى العصبات في حال عدم جود الأب. وخالف الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء بجعل ولاية التزويج للأم باعتبارها من ذوي الأرحام.

2- موقف المشرع الجزائري:

---

[1] عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 417. الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص ص 180، 181.

[2] ابن الملقن، مرجع سابق، ج 2، ص 363،364. محمد بن أبي بكر الشافعي، مرجع سابق، مج 3، ص ص 38، 39.

[3] لتفصيل في موقف الفقه راجع: عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص31 ومايليها.

[4] محمد بن أبي بكر الشافعي، مرجع سابق، مج 3، ص ص 42، 43.

[5] شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، ط3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998، ص91.

إن ولاية الأم على أولادها القصر في حال وفاة الأب هي ولاية أصيلة أقرت لها بقوة القانون طبقا للمادة 87 من ق أ، وباعتبار سلطة تزويج القاصر تدخل ضمن أحكام الولاية على النفس فإن ذلك يطرح تساؤل عن: ما إذا كان يمكن للأم أن تكون وليا في زواج أبنائها القصر؟

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في هذا جانب نجد أن الفقرة 2 من المادة 11 نصت على أن ولاية زواج القصر في حال وفاة الأب تؤول إلى أحد الأقارب الأولين وفي حال عدم وجود الأقارب تنتقل الولاية للقاضي باعتباره وليا لمن لا ولي له. حيث جاء فيها: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

غير أن مصطلح " الأقارب الأولين " يكتنفه الغموض؛ لكون المادة نصت على عموم الأقارب دون تحديد هل المقصود الأقارب من جهة العصبة أم يدخل ضمن مفهوم الأقارب ذوي الرحم، كما أن هذا مصطلح يطرح إشكالا يتعلق بمن هو القريب الأقرب للقاصر الذي يخوله القانون مباشرة عقد زواجه؟ وعلى أي أساس يتم ترتيب الأولياء ومنح أحدهم الأولوية على غيره في هذه الحالة؟

يستلزم كشف غموض هذا النص الرجوع إلى أحكام المادة 222 من ق أ[1] التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2]، وباعتبار أن المشرع لم يلزمنا بمذهب معين فإنه في هذه الحالة يمكن القول أن هذا المصطلح يدخل ضمنه العصبات؛ وفي حال غيابهم فإنه يمكن للأم أن تتولى زواج القاصر وهذا استنادا إلى أحكام المذهب الحنفي الذي يدخل الأم ضمن أقارب القاصر الذين يجوز لهم مباشرة عقد زواجه،[3] وكذلك تأسيسا على أحكام المادة 87 من ق أ التي تمنحها الولاية إضافة إلى أحكام المادة 2/11 وكذا أحكام المادة 222 من ق أ، غير أن الواقع والخلفية الثقافية للمجتمع تجعل الولاية للذكور وولاية المرأة أمر مستبعد.

بالرجوع إلى القانون المقارن في هذا الجانب نجد أن التشريع المغربي وفيما يتعلق بولاية زواج القاصر في حال وفاة الأب عهدها إلى الأم باعتبارها نائبا شرعيا وهذا طبقا للمادة 21 التي تقضي أن

---

[1] تنص المادة: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

[2] بالرجوع إلى التشريع المغربي نجد أن المادة 400 من المدونة تنص على أن كل مالم يرد النص عليه في المدونة يرجع فيه إلى الفقه المالكي. أما المشرع المصري فإنه يحتكم فيما يتعلق بالأحوال الشخصية وفي حال غياب النص القانوني إلى المذهب الحنفي.

[3] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص23.

زواج القاصر لا ينعقد إلاّ بموافقة النائب الشرعي؛ والنائب الشرعي في حال وفاة الأب أو فقدانه أهليته هو الأم الراشدة طبقا للمادة 231 من المدونة، وفي حال عضل الولي تنتقل الولاية في هذه الحال إلى القاضي.

أما بالرجوع إلى الفصل 6 من م أ ش التونسية نجد أن المشرع نص: " زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي و الأم، وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته، لزم رفع الأمر إلى القاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه". كما نص الفصل 8 على أن: " الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه. والحاكم ولي من لا ولي له ". من خلال هاتين المادتين يتضح أن تزويج القاصر وإن كان للأم دور وإشراك في طلب موافقتها من خلال طلب مشورتها واستئذانها إلاّ أن مباشرة العقد تكون للأب والعصبة بالنسب من الذكور[1]. وهو الأمر الذي يطبق في حال وفاة الأب حيث لا يجوز للأم أن تباشر عقد الزواج بوجود العصبة من النسب وهو ما أكده الفصل 154 من م أ ش: " القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته، مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج..."[2].

ثانيا: من له حق ولاية الزواج في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

يتفق المشرع الجزائري مع الفقه الاسلامي في اسناد سلطة تزويج القاصر في حال الطلاق إلى الولي المتمثل في الأب وهذا من خلال ما ورد في أحكام الفقرة 2 من المادة 11 التي تنص على أنه في حال وجود الأب فإن ولاية التزويج تكون له بقوة القانون.

والملاحظ على موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة أنه جعل الولاية في حال الطلاق وكل مشتملاتها من رعاية وحفظ تكون للحاضنة طبقا للمادة87 من ق أ، غير أنه أخرج من مشتملات هذه الولاية سلطة التزويج حيث أوكلها إلى الأب.

إن موقف المشرع إضافة لكونه له أساس شرعي فيما يتعلق بترتيب أولياء القاصر في الزواج، فإنه قد يكون له اعتبار آخر يكمن في ما ألزمه به القانون من ضرورة الإنفاق على القاصر وتوفير مسكن له،

[1] رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص215.

[2] راجع أيضا: رشيد الصباغ، مرجع نفسه، ص224

حيث أقر للأب بالموازاة مع ذلك حقوق وسلطات تتمثل في حق الزيارة الذي سبق الإشارة إليه وسلطة التزويج.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد سلك مسلك الفقه الإسلامي وهو ذات النهج الذي سلكه المشرع التونسي في هذا الجانب من خلال إخراجه ولاية التزويج من مشتملات الولاية على النفس التي عهد بها إلى الحاضن من خلال توكيلها قانونا للأب في حال الطلاق[1]. وهو كذلك موقف المشرع المغربي الذي يرى أن ولاية الزواج تكون للأب في حال الطلاق[2].

نخلص في الأخير إلى القول أن تشديد كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة فيما يتعلق بتزويج القاصر تكمن في الحرص على مصلحته ورعاية شؤونهم لا سيما إن تعلق الأمر بعقد الزواج، لذلك كان الأصل في إبرامه ضرورة توفر الأهلية الكاملة، وفي حال نقصانها يستلزم إنابة شخص كامل الأهلية لإبرامه نيابة عن هذا القاصر لكونه على دراية وعلم بمضامين هذا العقد، لذلك يعد توكيل أمر زواج القاصر إلى غيره من أهم مظاهر الحماية القانونية له؛ خاصة وأن المشرع جعل له هامش من الحرية من خلال جعل الولاية عليه في مثل هذا العقد هي ولاية اختيار وليس ولاية إجبار، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك في تقريره لحماية القاصر حيث جعل له إمكانية رفع أمره إلى القضاء في حال وقع عليه ظلم من وليه من خلال منعه أو إجباره على الزواج وهذا من خلال ما نصت عليه المادة 13 من ق أ: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها".

ولا بد من الذكر أن المشرع وإن رتب أحكام الولاية على القاصر وأعطى الولي دورا أساسيا في إبرام عقد زواج القاصر من خلال مباشرة العقد نيابة عنه؛ فقد جعل هذا يتم تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة من خلال فرضه الترخيص القضائي المسبق فيما يتعلق بزواجه، كما جعله وليا عنه في حال انعدام من يتولى زواجه، وهنا انتقال الولاية للقاضي تكون بموجب القانون لأن ولايته تدخل ضمن الولاية العامة.

---

[1] رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص221.

[2] وهو ما نصت عليه المادة 169 و 231 و233 من المدونة.

المبحث الثاني: الكفالة كنظام لحماية القاصر

إن المتصفح للجانب التاريخي لإقرار نظام الكفالة يجد أنه جاء في ظل الشريعة الإسلامية وهذا كبديل لنظام التبني الذي ظهر قبل الإسلام، وهو الأمر الذي انتهجه المشرع الجزائري استنادا إلى المادة 46 و116 وما يليها من قانون الأسرة، وتعد الكفالة مظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي وهي نظام شرعي وقانوني وضع لحماية القصر الذين يكونون في حاجة إلى رعاية؛ حيث تختص بفئة معينة من الأشخاص وهم في الغالب القصر مجهولي النسب واليتامى.

وباعتبار أن الكفالة نظام قانوني قائم بذاته؛ فقد أفرد لها المشرع أحكاما تنظمها، حيث تم إدراجها ضمن الكتاب الثاني من قانون الأسرة المتضمن النيابة الشرعية وذلك في الفصل السابع من المواد من 116 إلى 125، حيث بيّن مفهومها وطبيعتها القانونية، كما بين شروطها وإجراءاتها[1]، ورتب لها آثارا تتعلق بالكافل والمكفول على حد سواء.

وعليه يتضمن الحديث عن الكفالة في هذا الجانب بيان الإطار القانوني لها من خلال بيان مفهومها وتحديد طبيعتها القانونية وهذا في (المطلب الأول) ثم بيان جملة الشروط القانونية التي وضعها المشرع والمرتبطة بالكافل والمكفول وهذا في (المطلب الثاني) وكذا بيان الآثار القانونية المترتبة عنها من خلال تحديد المراكز القانونية لكل من الكافل والمكفول وما يرتبط بها من حقوق والتزامات وهذا في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

لقد عمد المشرع الجزائري وبسبب حرصه الشديد على تعزيز حماية القاصر الذي يفتقد إلى كنف أسرة تأويه إلى وضع نظام قانوني خاص للتكفل به وحمايته من التشرد والضياع عن طريق إقرار نظام الكفالة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وكرسه المشرع بموجب نصوص قانونية.

وتتجلى الحماية القانونية للمكفول القاصر في جملة الأحكام القانونية التي أحاط بها المشرع الكفالة خاصة فيما يتعلق بالجانب الشكلي منها وهو ضرورة أن تكون بموجب عقد شرعي وهذا في حد ذاته

[1] سنرجي الحديث عن اجراءات الكفالة الى الباب الثاني من هذه الدراسة من خلال بيان كيفية إنشاء الكفالة ودور قاضي شؤون الأسرة فيما يتعلق بذلك خاصة في ظل ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا الجانب.

حماية له في المستقبل[1]، كما أنه جعلها التزام على وجه التبرع بالنسبة للقائم بها، لذلك سنحاول في هذا المطلب تعريف الكفالة وهذا في(الفرع الأول) ثم تحديد طبيعتها القانونية وهذا في (الفرع الثاني) وكذا تمييزها عن بعض المصطلحات الشبيهة بها وهذا في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الكفالة ودليل مشروعيتها

يرتبط كل من التعريف اللغوي والاصطلاحي للكفالة في المعنى الذي يتلخص في الحماية والرعاية للقاصر الذي يفتقد لمعيل أو أسرة تأويه، وقد بُني مفهومها على أساس إنساني يتمثل في الإحسان والتعاطف مع من يفتقد للدفء العائلي وهو سبب الأساس في وجود الكفالة ونص القانون عليها، لذلك سنبين في هذا الفرع التعريف الفقهي والقانوني للكفالة أولا؛ وكذا بيان أدلة مشروعيتها وحكمة من وضعها ثانيا.

أولا تعريف الكفالة

1- تعريف الكفالة لغة:

" الكفالة هي: الضمان، ويقال كفل يكفل فهو كافل، وهو الذي ينفق على إنسان ويهتم بمصالحه "[2]. وقد ورد المصطلح في القرآن الكريم في قوله تعالى:﴿ **وَكَفَّلَهَا زَكَرِيّا** ﴾[3]، كما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **أنا وكافل اليتيم في الجنة** "[4].

وتأتي بمعنى الالتزام بالشيء والضم، فيقال تكفل بالشيء ألزمه نفسه وتحمل به، تكفل بالدين أي التزم به وضمنه[5]، وهي مكافلة يقال كفله أي حالفه وعاهده، ضامن اليتيم والقائم بشؤونه[6].

---

[1] علال قاشي، أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، مكتبة اقرأ، قسنطينة، ج2، ع31، 2013، ص527.

[2] محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج1، ص180.

[3] سورة آل عمران: الآية 37 .

[4] رواه البخاري، مرجع سابق، ج4، باب فضل من يعون يتيما رقم: 6005، ص 66.

[5] الجرجاني، مرجع سابق، ص 155.

[6] معجم الوجيز. ، "د ط"، مكتبة الشروق الدولية، "د م ن"، "د س ن"، ص 537.

2- التعريف الفقهي للكفالة:

أ- تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي:

عرفها الفقيه وهبة الزحيلي بقوله: " هي التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو هي التزام على وجه التبرع بضم الولد القاصر والقيام بنفقته وتربيته ورعايته " [1] .

ب-تعريف الفقه القانوني:

لقد تقارب تعريف الكفالة لدى شراح القانون حيث يتفقون على أن: الكفالة عمل خيري ينطوي على نية التبرع للقيام بشؤون القاصر المكفول الذي قد يكون معلوم النسب وقد يكون مجهول النسب، فهناك من عرفها: بأنها:" عقد مبرم في شكل رسمي أو قضائي يهدف إلى التعهد أو الالتزام بالتكفل بولد قاصر ورعايته وتربيته وحمايته تماما، تربية سليمة مبنية على أسس أخلاقية سامية وتوفير كل الظروف الاجتماعية و الاقتصادية له و التي تسمح له بحياة كريمة ومعاملته معاملة الابن الشرعي وإن كان في الحقيقة لا تربط الكافل والمكفول أي صلة قرابة"[2].

وهناك من عرفها أنها وسيلة قانونية تهدف إلى التضامن بين أفراد المجتمع تقوم على أساس خيري عن طريق التكفل وحماية القصر الذين لا أسرة لهم، من خلال الإنفاق عليهم وتربيتهم ورعايتهم رعاية الابن الشرعي[3].

---

[1] الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص161.

[2] مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر،ع9، 2004، ص514.

[3] علال قاشي، مرجع سابق، ص 527. حسين طاهري، مرجع سابق، ص191. كمال لدرع، الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر ، مطبعة اقرا، قسنطينة، ج2، ع32 ، 2013، ص585. Ghaouti benmelha ,le droit algérien de la famille ,office des publications universitaires ,benaknoun ,alger , p271.

ت-تعريف قانون الأسرة:

لم يكتفي المشرع بالاعتراف بالكفالة وإقرارها ضمن نصوصه القانونية[1]، وإنما قام بتعريفها وذلك بموجب المادة 116 من ق أ وذلك بقوله: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي ".

يتضح من خلال التعريفات السابقة وكذا موقف المشرع أن الكفالة في الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية تدخل ضمن النيابة الشرعية عن القاصر ويقصد بها ذلك الواجب القانوني الذي يقع على الشخص الذي تعهد بإرادته المنفردة برعاية قاصر وحمايته وحفظه في نفسه وجسمه وماله دون مقابل، ويتم بعقد شرعي يكون أطرافه كل من الكافل والقاصر المكفول.

ويجدر الذكر أن المشرع الجزائري قام بإدراج نظام الكفالة ضمن أحكام التقنين الأسري على خلاف بعض التشريعات المغاربية التي لم تدرجها ضمن قانون الأحوال الشخصية[2]؛ وإنما أفردت نصوص قانونية خاصة تتعلق بها، من ذلك المشرع المغربي الذي نص على أحكام الكفالة بموجب قانون كفالة الأطفال المهملين رقم 15. 01 والذي عرف الكفالة في نص مادته الثانية بقوله : " كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث "[3].

كذلك الأمر بالنسبة للمشرع التونسي الذي لم يخصص ضمن مجلة الأحوال الشخصية أحكاما تتعلق بالكفالة ماعدا نصه على جواز التبني وكذا أحكام اللقيط،[4]، غير أنه نص على الكفالة وأحكامها

---

[1] علال قاشي، مرجع سابق، ص532.

[2] الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص ص624، 625.

[3] ظهير شريف رقم 1.02.172، الصادر في فاتح ربيع الآخر 1423هـ الموافق لـ 13 يونيو2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 15. 01 ، الجريدة الرسمية ،ع 5031، سنة 91،10 جمادى الآخرة 1423هـ الموافق لـ 19 أغسطس 2002، ص2362.

[4] أنظر في ذلك المواد من 77 إلى 80 من مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بموجب أمر مؤرخ في 23 أوت 1956 ، الرائد الرسمي، ع 66، الصادر في 17 أوت 1956.

ضمن قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني[1]؛ حيث عرفها في الفصل الثالث منه على أنها: " الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية، أو هيئة بر بكفالة طفل قاصر "[2]

ثانيا: أدلة مشروعية الكفالة والحكمة من إقرارها

1- أدلة مشروعية الكفالة:

لقد نصت الشريعة الإسلامية على مشروعية الكفالة؛ بل لقد تم الحث عليها من خلال الترغيب بها لكونها تدخل ضمن الالتزامات التي تتم بإرادة منفردة من الشخص الكافل وأنها على وجه التبرع لذلك كان الإحسان بها إلى القاصر المكفول هو من الأسباب التي تجعله يفوز بالجنة مع الأنبياء والأخيار إذا ما أخلصها لوجه الله تعالى، وهو ما أكدته السنة النبوية الشريفة وما جاء به قبلها القرآن الكريم وعليه فالكفالة هي مشروعة ومستحبة بدليل شرعي

فمن القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ **وَكَفَّلَهَا زَكَرِيّا** ﴾[3] فهذه الآية تدل على أن الكفالة موجودة من قبل مجيء الإسلام وبمجيئه لم يبطلها[4].

أما من السنة ما رواه سهل بن سعد بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عله وسلم " **أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا** "[5] فالحديث وإن دل على مرتبة كافل اليتيم فإنه دل في عمومه على كل شخص يفتقر إلى العطف والحنان ولا يوجد له ملاذ أسري يأويه فالكفالة تشمل كل من يفتقد إلى الرعاية[6].

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، ج1، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 623.

[2] قانون عدد 27 لسنة 1658 مؤرخ في 12 شعبان1377هـ الموافق لـ 4 مارس 1958م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، الرائد الرسمي، ع19، سنة101 بتاريخ 7 مارس 1958، ص307.

[3] سورة آل عمران: الآية 37 .

[4] كمال لدرع، مرجع سابق، ص585.

[5] سبق تخريجه.

[6] كمال لدرع، مرجع سابق، ص585.

2- حكمها:

باعتبار أن الكفالة قائمة على فكرة التبرع ، فهي تعد من الأمور المستحبة والمستحسنة[1]؛ لما تتضمنه من قيم أخلاقية تتجلى في التكافل والتعاطف مع المكفول ومحاولة دمجه في المجتمع.

3- الحكمة من تشريع الكفالة:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية ومن بعدها المشرع على حماية حقوق الطفل بشكل عام دون تميز؛ غير أنه من جانب آخر فصل بين النظام القانوني الذي يخضع له القاصر الذي له عائلة من خلال إقرار نظم الولاية عليه وهذا حماية له، في حين خصص للقاصر الذي لا عائلة له نظام الكفالة حماية له وتعويضا له عن نظام التبني، لذلك كان الهدف من إقرار الكفالة حماية وحفظ هؤلاء القصر من التشرد والوقوع في أيدي الإجرام من خلال استغلالهم ماديا ومعنويا[2].

إن الكفالة تدخل في باب الإحسان وعمل الخير لذلك رغبت الشريعة الإسلامية في من يقوم بكفالة القاصر المحروم من عائلة وجعلت منزلته الجنة لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه: " **أنا وكافل اليتيم في الجنة** " ولا يقصد بذلك أن يكون الكافل في نفس ومرتبة درجة النبي ولكن يرتقي في المرتبة إلى ذلك بالفوز بالجنة، فالقيام برعاية طفل محروم والإحسان إليه وتجنيبه الفقر والعوز والحاجة وإرشاده إلى الطريق السوي وتجنيبه الانحراف يكون بمثابة إصلاح للمجتمع بأكمله؛ ذلك أنه بصلاح الفرد يصلح المجتمع[3].

الفرع الثاني: طبيعة الكفالة

إن أهمية تحديد و بيان الطبيعة القانونية للكفالة تكمن في تحديد الوصف القانوني لها والذي على ضوئه تبرز خصائصها وما تتميز به عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها، كما أنه على ضوئها يتم تحديد العلاقة بين الكافل والمكفول وما يترتب عنها من حقوق و التزامات، لذلك سنبين في هذا الفرع التكييف القانوني للكفالة أولا؛ ثم نبين خصائصها ثانيا.

---

[1] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص515.

[2] كالتحريض على الدعارة والفسق والسرقة واستغلالهم في التسول ...إلخ. مصطفى معوان، مرجع سابق، ص513.

[3] كمال لدرع، مرجع سابق، ص586.

أولا: التكييف القانوني للكفالة

ركز الفقه الإسلامي على بيان الحكمة من الكفالة وبيان أنها وسيلة للتضامن والتكافل الاجتماعي والتقرب إلى الله عز وجل في حالة رعاية وحماية وحفظ القاصر اليتيم، كما حذر من الإساءة إليه أو إهدار ماله إن كان له مال، غير أنه من جانب آخر لم يبين لنا الطبيعة الشرعية للكفالة وما إذا كانت مجرد التزام أدبي من قبل الكافل تجاه المكفول أم أنها التزام تترتب عليه أحكام شرعية؟

إن تطور المجتمع حتم استحداث قوانين وضعية تضبط التصرفات التي تنشأ في المجتمع[1]، والكفالة باعتبارها من هذه التصرفات فقد أحاطها المشرع بتنظيم قانوني خاص حيث وبخلاف الفقه الإسلامي بيّن الوصف القانوني لها من خلال نصه في المادة 116 على أن الكفالة هي عقد[2]، وهذا العقد هو ملزم لجانب واحد وذلك من خلال ذكره أنها: " التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه " فالتزام الكافل في حماية ورعاية القاصر هو التزام ملزم لجانب واحد طبقا للقواعد العامة[3]، وعليه فالكفالة من الناحية القانونية هي مصدر من مصادر الالتزام، وهي عقد ثنائي الأطراف ملزم لجانب واحد.

لقد أضاف المشرع إلى عبارة "عقد" عبارة "شرعي" والمقصود من ذلك هو أن الكفالة تخضع في إنشائها إلى أحكام العقود المدنية وتخضع في شروطها وضوابطها إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ وهذه الصفة الشرعية المضافة للعقد تجعل منه عقدا ذا خصوصية شرعية من خلال التركيز على أن عقد الكفالة لا يخول بمقتضاه حقوقا للمكفول وكأنه ابن شرعي، فالقيام بالرعاية والحرص عليه يكون بمقام الابن الشرعي لكن لا يتجاوز ذلك إلى توريثه ومنحه لقبه كما سيأتي بيانه.

---

[1] المقصود بذلك ليس إلغاء لأحكام الشريعة الإسلامية وإنما استدعى الأمر إلى ضرورة وضع نصوص قانونية تنظم مختلف الحياة الاجتماعية، والمؤكد أن ضمن هذه النصوص توجد الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا للقانون من ذلك ما ورد في المادة 01 من القانون المدني وكذا المادة 222 من قانون الأسرة.

[2] طبقا للمادة 54 ق م يعرف العقد بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ". عدلت المادة بموجب الأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ع44، ص 21.

[3] تنص المادة 56 من ق م: " يكون العقد ملزما لشخص، أو عدة أشخاص إذا تعاقد فيه الشخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين ".

ويلاحظ في هذا المجال أن مصطلح " عقد شرعي" انفرد به المشرع في تقنين الأسرة وهذا خلافا للتشريعات المقارنة التي لم تنص في قوانينها على ذلك[1]؛ حيث لم يذكر المشرع المغربي ولم يحدد طبيعة الكفالة وركز فقط على التزامات الكافل وما تمنحه الكفالة من حقوق للمكفول والتي استثنى منها الحق في النسب والحق في الميراث مما يدل ضمنيا على التوجه الشرعي فيما يتعلق بآثار الكفالة[2]، على عكس المشرع التونسي الذي لم يبين ذلك واكتفى ببيان الطبيعة القانونية للكفالة بأنها عقد دون توضيح ضوابطها الشرعية ؛ مما يقتضي القول أنه اعتبرها عقد مدني كسائر العقود وما يؤكد هذا هو إقراره وعدم منعه للتبني بذات نص القانون[3].

ثانيا: خصائص عقد الكفالة

بعد تحديد التكييف القانوني للكفالة سنبين جملة من الخصائص التي يختص بها عقد الكفالة والتي هي كالآتي:

1- الكفالة نيابة شرعية:

بما أن المكفول هو شخص قاصر غير قادر على تدبير شؤونه بنفسه فإن الكفالة تخول للكافل أن يكون نائبا شرعيا عن المكفول بموجب هذا العقد حيث يسمح بالقيام بشؤونه ورعايته نفسيا وماديا ويجعله بمنزلة الابن الشرعي، وهذا حتى يستطيع المكفول الاندماج داخل المجتمع وعدم شعوره بالنقصان والحرمان وهذا يخفف صدمة معرفة نسبه الأصلي في حال كان مجهول النسب، فالعلاقة الأبوية التي تنشأ بين الكافل والمكفول من خلال العطف وحنان الأبوة وفي ذلك تعويض عن الحرمان الذي تعرض له[4].

[1] أنظر في ذلك: المادة 116 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 2 من قانون كفالة الأطفال المهملين المشار إليها سابقا.

[3] أنظر في ذلك: القانون المتعلق بالولاية العمومية والتبني.

[4] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص516.

2- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

بالرغم من نص المشرع بموجب المادة 117 من ق أ على أن عقد الكفالة مبني على رضا كل من الكافل وأبوي المكفول إن كان له أبوان، فقد نص من جانب آخر وبموجب المادة 116 على أن هذا العقد ملزم للكافل، أما المكفول فلا يقع عليه أي التزام عقدي لكونه ناقص الأهلية[1].

3- الكفالة عقد احتفائي[2] :

إن عقد الكفالة قائم على نية التبرع من قبل الكافل هو التزام في ذمته[3] لرعاية شؤون القاصر وحمايته كما لو كان ابنه الشرعي؛ وهو يندرج ضمن العقود الاحتفائية التي نصت عليها المادة 324 مكرر3 من ق م: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين".

4- الكفالة تتم بعقد شرعي:

من مميزات عقد الكفالة أنه عقد يخضع لقيود وضوابط شرعية وذلك من حيث عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية حتى يعتد به قانونا، فلكي ينتج هذا العقد آثاره القانونية لا بد أن يكون موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولابد أن يفرغ في قالب رسمي طبقا للمادة 117 من ق أ حتى ينشأ عنه مراكز قانونية لكل من الكافل والمكفول وبالتالي يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، فالغاية من شرعية العقد تكمن في ما يخوله من سلطة لأطرافه حيث يخول للكافل الإطار القانوني لممارسة ولايته على المكفول دون أن ينازعه في ذلك أحد وكذلك تخفيف حدة الرقابة التي تفرضها المؤسسة التي منحته الطفل المكفول[4]، ومن

---

[1] علاوة بوتغرار، الدراجي خدروش، الكفالة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية، نشرة الموثق، الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق، جويلية 2012، ص37.

[2] علاوة بوتغرار، الدراجي خدروش، مرجع نفسه، ص37.

[3] علال قاشي، مرجع سابق، ص532.

[4] إن شرعية الكفالة تجعل منها سلاح ذو حدين حيث أنها تمنح للكفلاء الحرية في توجيه وتربية الطفل المكفول، غير أن هذه الحرية مقيدة بالرقابة الظرفية أو الموقوتة التي تمارسها المؤسسة العمومية التي وافقت على الكفالة؛ من ذلك استدعاء الكافل والاستفسار عن حالة القاصر المكفول وكذا الزيارات التي تقوم بها حتى تتأكد من المحيط العائلي الذي يعيش فيه والذي عن طريقه تكون إمكانية مقاضاة الكافل في حال إخلاله بالالتزامات العقدية الواردة في عقد الكفالة. مصطفى معوان، مرجع سابق، ص517.

جانب آخر تخول للمكفول جملة من الحقوق المادية والمعنوية من ذلك إلزامية رعايته جسديا ونفسيا وعقليا.

5- الكفالة عقد مجاني:

باعتبار أن الكفالة أساسها نية التبرع لرعاية القاصر وتوجيهه والإنفاق عليه؛ فإن عمل الكافل هو عمل مجاني حيث لا يحصل على أجرة مقابل ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة للمؤسسة العمومية التي تضع الطفل في الأسرة التي تختارها من بين الأسر التي قدمت طلب الكفالة حيث لا تتقاضى أي عمولة على ذلك[1] إذ يعد هذا العمل إنساني[2].

6- الكفالة عقد زمني أو مؤقت:

سبق القول أن الكفالة هي عقد مدني ذو طابع خاص وهي تعد تصرف قانوني زمني حيث أن سريانها يتواصل في الزمن كما أن نشوؤها مرتبط أيضا بزمن وهو ما نصت عليه المادة 116 من ق أ حيث جعلت الكفالة مرتبطة فقط بالولد القاصر دون غيره. ويستمر عقد الكفالة إلى غاية بلوغ الطفل سن الرشد إن كان ذكرا وإلى غاية الزواج إذا كانت أنثى وهذا قياسا على أحكام انتهاء الحضانة وهو ما أكده قرار المحكمة العليا[3]. إضافة إلى أن أسباب الكفالة تتمثل في انعدام الأهلية أو نقصانها وبذلك عدم قدرة المكفول على رعاية نفسه وحمايتها؛ فإذا زال هذا السبب فيكون الشخص قادرا على تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق مما يخوله إمكانية التخيير بين استمرارية التكفل به من عدمه؛ بل إن المشرع أعطى له الخيار في إنهاء هذا العقد ببلوغه سن التمييز وهو 13 سنة طبقا للمادة 42 فقرة 2 من ق م[4] ، وكذا المادة 124 من ق أ [5].

---

[1] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص516.

[2] م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 369032 ، بتاريخ13 – 12- 2006، م م ع، ع2، 2007، ص ص 446، 447.
م ع، غ ا ش، ملف رقم: 582813، بتاريخ 11 -11- 2010، م م ع، ع1 ، 2011، ص264.

[3] حيث لا يوجد نص قانوني يبين الحد الأقصى الذي تنتهي به الكفالة ، لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص622.

[4] عدلت بموجب الأمر05-10.

[5] وسيكون لنا تفصيل أكثر في هذه المسألة عند الحديث عن إنتهاء عقد الكفالة.

وبما أن الكفالة من العقود الزمنية فإنه إذا ما نشأ العقد صحيحا وأراد أحد أطرافه إنهائه فإنه لا يمكن وهذه الحالة المطالبة بإبطاله أو فسخه لأنه لا يمكن محو الفترة الزمنية التي نشأ فيها واستمر فيها لذلك يجوز إلغاء الفترة المستقبلية فقط المتعلقة به عن طريق المطالبة بإنهاء عقد الكفالة وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا: " ... وبما أن الكفالة عقد زمني، وأن القضاء بعودة الأطفال إلى أمهم سوف يجعل من العقد لا فائدة من وجوده فإننا لا نستطيع فسخ العقد أو إبطاله، فلا يمكن محو الفترة التي قضاها الأطفال في كفالة جدهم، بل الفترة المستقبلية هي التي تصبح غير موجودة.

وتبعا لذلك كان على مجلس قضاء البويرة أن يقضي بإنهاء عقد الكفالة، وليس إبطاله، فالعقود أو التصرفات الزمنية تنهى ولا تفسخ، وإن كانت صحيحة فالإنهاء بالنسبة للمستقبل هو الصحيح، لكونها تبقى صحيحة بالنسبة لما نفذ منها في الماضي "[1].

الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن بعض المصطلحات الشبيهة بها

إن الهدف الأساسي من إقرار نظام الكفالة هو حماية القصر اليتامى ومجهولي النسب وهذا حتى لا يكونوا محل استغلال ولا يتعرضوا للتشرد والإهمال، فالكفالة هي وسيلة لإدماج هؤلاء القصر في المجتمع وجعل منهم فئة صالحة في المجتمع لذلك كان الطابع الإنساني هو السمة الغالبة عليها[2]، لذلك فإنه وإن وجدت مصطلحات شبيهة بها إلاّ أن الجوهر والغاية تجعل منها محل اختلاف عنها؛ من ذلك الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني، وكذا نظام التبني، والحضانة والولاية.

وعليه سنحاول في هذا الفرع إبراز أوجه الاختلاف بين هذه المصطلحات من جهة وبين الكفالة كنظام لحماية القاصر في قانون الأسرة من جهة أخرى وهذا كالآتي:

أولا: الفرق بين الكفالة في قانون الأسرة والكفالة في القانون المدني

لم يقتصر استعمال المشرع لمصطلح الكفالة في قانون الأسرة فقط؛ وإنما نص على ذلك في القانون المدني حيث نص في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود على

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص623.

[2] Badra moutassem mimouni .les enfants privés de famille en algérie. **insaniyat** revue algérienne d'anthropologie et de science sociale. n°41. juillet-septembre 2008.p72.

أحكام الكفالة في القانون المدني حيث عرفتها المادة 644 منه[1]: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام تعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه ".

تتفق كل من الكفالة في القانون المدني وقانون الأسرة في كونها تتم بموجب عقد وبذلك تعد من مصادر الالتزام وأنها ملزمة لجانب واحد فقط[2]، غير أن القصد منها يختلف في القانون المدني عنه في قانون الأسرة حيث ينصرف مفهومها في الجانب المدني إلى الضمان[3] " وهو يعد من المدلولات اللغوية للكفالة " حيث يكون الكفيل[4] فيها ضامنا لتنفيذ التزام المدين في حال لم يفِ به هو نفسه.

كما أن الكفالة المدنية قد تكون شخصية حيث تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي، وقد تكون كفالة عينية من خلال وضع الكفيل أموال معينة كضمان لتنفيذ التزام المدين الأصلي، ولذلك يشترط توفر كامل الأهلية في الكفيل لأنها من التصرفات الضارة بالذمة المالية؛ كما يشترط كذلك توفر الأهلية في الشخص المكفول يتطلب فيه أن يكون أيضا كامل الأهلية[5]، على عكس الكفالة في قانون الأسرة حيث تكون لاعتبارات إنسانية بحتة، ولا تتعلق بجانب مالي البّتة وإنما هي شخصية مفادها رعاية ولد قاصر وتربيته وتوجيهه والإنفاق عليه[6].

---

[1] أنظر في ذلك: المواد من 644 إلى 673 من ق م.

[2] يمكن أن تكون الكفالة في القانون المدني ملزمة لجانبين إذا التزم الدائن بالتزام مقابل كأن يمنح المدين قرضا جديدا مقابل الكفالة، أو يعطيه أجلا....إلخ. لتفصيل أكثر راجع: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار الهدى، عين مليلة، 2011، ص18.

[3] ونفس المدلول نجده في أحكام المادتين 243 و 293 من ق م . لتفصيل أكثر راجع: محمد صبري السعدي، مرجع نفسه، ص ص12، 13.

أنظر كذلك: المادة 624 من الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم حسب آخر تعديل ، بالقانون رقم 15- 20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر ع 71، المؤرخة في 20 ديسمبر 2015.

[4] استعمل المشرع في القانون المدني مصطلح "الكفيل" في حين سماه في قانون الأسرة " الكافل " والتسمية الثانية هي الأصح على الأرجح لأنها مفرد كفلاء.

[5] هذا كأصل عام غير أنه يجوز كفالة التزام ناقص الأهلية وهو ما نصت عليه المادة 649: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 ". أما الكفالة في قانون الأسرة فتتعلق بكفالة القاصر فقط دون سواه.

[6] راجع علاوة بوتغرار، الدراجي خدروش، مرجع سابق، ص36.

ثانيا: الفرق بين الكفالة والتبني

إن تبيان الفرق بين الكفالة والتبني يقتضي أولا تحديد مفهوم التبني وبيان موقف كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة منه؛ ثم بين أوجه الاختلاف بينه وبين الكفالة.

1- مفهوم التبني:

إن جل التعاريف الفقهية والقانونية للتبني تصب في بوتقة واحدة؛ حيث يعرفه الدكتور يوسف القرضاوي على أنه: " ضمه[1] إلى نسب الإنسان، وإعطائه النسب، وإعطاءه حقوق البنوة "[2]، أو هو: " أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب "[3] .

ووفقا لاتفاقية حقوق الطفل في المادة 20 منها فالتبني في مضمونها هو: وسيلة بديلة لرعاية الطفل المحروم من أسرة والذي يجب أن تراعى فيه مصلحته الفضلى[4]. أما بالرجوع إلى تقنين الأسرة فإننا فإننا نجد أن المشرع لم يعرف التبني واكتفى ببيان حكمه وذلك بموجب أحكام المادة 46 منه.

2- موقف الشريعة الإسلامية من التبني:

لقد جاء الإسلام مبطلا لكثير من العادات الجاهلية ومصححا ومقوما للسلوك الإنساني وفق تدرج اقتضته المشيئة الإلاهية؛ ومسألة التبني كانت من أهمها.

بالرجوع إلى السنة النبوية الشريفة نجد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان متبنيا زيد بن حارثة في الجاهلية وحتى بعد مجيء الإسلام حيث أشهد قريشا على أنه ابنه يرثه ويوّرثه؛ حتى أنزل الله قوله تعالى:﴿ **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ** ﴾[5]، وقد فسر أهل العلم هذه الآية بأن الأبناء من التبني هم ليسوا أبنائكم من أصلابكم حقيقة ولم يجعلهم الله

---

[1] ويقصد به اللقيط.

[2] مرجع سابق، ص41.

[3] عبد الرحمان الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، ط5، ج2، الطلاق وآثاره، مطبعة الجديدة دمشق، " د م ن"، 1979 ، ص192.

[4] وتنص المادة 20 من ذات الاتفاقية على صور الرعاية التي تقدم للطفل القاصر المحروم من بيئة عائلية والتي تتمثل في في الحضانة والكفالة والتبني والإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. لتفصيل أكثر راجع: سامية موالفي، مرجع سابق، ص 157 وما يليها.

[5] سورة الأحزاب: الأية4.

كذلك؛ وهو مجرد قول تناقلتموه بينكم لا صلة له بالواقع؛ والله عز وجل هو الحق وقوله حق مطابق للواقع وهو من يهدي إلى الصراط المستقيم، والغرض من الآية هو إبطال مزاعم الجاهلية بالقول أن الولد المتبنى هو ابن شرعي[1]، ثم أمر الله عز وجل بالحاق نسب هؤلاء بآبائهم الأصلين وإن لم يعرفوا وكانوا مجهولي النسب فهم إخوان في الدين" تعويضا لهم عما فاتهم من النسب "[2] وفي ذلك قوله تعالى: ﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ** ﴾[3]. و بهذه الآية الكريمة أبطل الله التبني وحرمه بنص قطعي الدلالة وجاءت السنة النبوية الشريفة مؤكدة ذلك من خلال زواجه صلى الله عليه وسلم بطليقة زيد ابن حارثة وهذا حتى تؤكد الفرق بين الابن الصلبي والتبني الذي لا يترتب عليه أي آثار شرعية.

3- موقف قانون الأسرة من التبني:

إن المراحل التاريخية التي مر بها المجتمع الجزائري كان لها انعكاس على فكرة التبني ومدى وجودها في الجزائر؛ حيث بمجيء الاحتلال الفرنسي أجاز التبني وأباحه بداعي الإنسانية والشفقة على هذه الفئة الضعيفة في المجتمع وهي فئة اللقطاء ومجهولي النسب، واعتبر التبني الحل الأمثل لرعايتهم واندماجهم في المجتمع وقد سار خلف بوقه الجهلاء الذين لا صلة لهم بالشريعة وأحكامها[4]، وبعد حصول الجزائر على الاستقلال حاول بعض دعاة حقوق الانسان ومخلفات الاستعمار أن يقننوا ضمن أحكام الأسرة التبني غير أن مطالباتهم لاقت الرفض بدليل ما جاءت به المادة 46 من قانون الأسرة حيث كان موقف المشرع الجزائري واضحا وقاطعا فيما يتعلق بإبطال التبني ومنعه استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية كيف لا وقد جعل المشرع من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي والوحيد لشؤون الأسرة حيث نص على أنه: " يمنع التبني شرعا وقانونا "

وقد سار القضاء الجزائري على نهج المشرع حيث أكدت كل القرارات والاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بطلان التبني وبطلان عقد ميلاد المتبنى لأنه لا يعدو أن يكون مجرد

---

[1] ابن كثير، مرجع سابق، ج6، ص 155. محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ص470.

[2] محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ص470.

[3] سورة الأحزاب: الآية 5.

[4] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 591.

تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات[1]، وعليه كل عقد يتضمن ذلك يعد عقدا باطلا بطلانا مطلق حيث جاء في اجتهاد للمحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة " شهادات الحالة المدنية " عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد، وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها نزاع تناول العقد المشوب بالبطلان.

ومتى تبين – في قضية الحال – أن الطاعن قدم أمام قضاة الموضوع شاهدين ذكرتا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997، وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا، أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب..."[2].

كما أن دعوى إبطال التبني في هذه الحالة لا تعد نفيا للنسب حيث جاء في اجتهاد للمحكمة العليا :" إن قاعدة أن الولد للفراش لا تطبق إلاّ في إثبات دعوى أو نفي النسب.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما ألغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصفة للطاعنين مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة مثبتين دعواهم بشهادة الشهود، حسب المحضر المؤرخ في 24-12-1985 وناقشوا دعوى إبطال التبني، كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون... "[3] .

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري انتهج منهج الشريعة الإسلامية في منعه للتبني، وهو ذاته الموقف الذي اعتمدته بعض التشريعات العربية المقارنة من ذلك القانون المغربي وفق ما تضمنته أحكام المادة 149 من م أ م [4] التي نصت على بطلان التبني[5].

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 559953، بتاريخ 20-6-2001، م ق، ع1، 2004، ص254. ملف رقم: 249624، بتاريخ 2000، م ق، ع2، 2001، ص 453. ملف رقم: 256259، بتاريخ 23- 1- 2001، م ق، ع2، 2004، ص297. ملف رقم: 122761، قرار بتاريخ 28- 6- 1994، ع خ، 2001، ص155.

[2] ملف رقم: 234949، بتاريخ 18- 1- 2000، ع خ، 2001، ص158.

[3] ملف رقم: 103232، بتاريخ 2-5-1995، ع خ، 2001، ص152.

[4] حيث جاء فيها:" يعتبر التبني باطلا ولا ينتج منه أي أثر من آثار البنوة الشرعية...".

[5] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 219.

في حين خالف المشرع التونسي ذلك ونص صراحة على جواز التبني وقام بتقنينه وذلك بموجب القانون رقم 27 لسنة 1958 [1] حيث نص في الفصل 8 و 13 على جواز التبني، كما نص على أن التبني يترتب عليه آثار وحقوق البنوة الشرعية وذلك بموجب الفصل 14 و 15 من ذلك حمل الابن المتبنى لقب المتبني[2]، وقد نص على جملة من الشروط و الإجراءات القانونية التي يتطلبها التبني من ذلك ما نص عليه الفصل 9 من ذات القانون الذي يشترط في المتبني أن يكون شخصا راشدا متمتعا بقواه العقلية والبدنية ذا أخلاق حميدة وله القدرة والأهلية القانونية على رعاية القاصر المتبني ويكون التبني بموجب حكم بحضور أولياء القاصر المتبنى أو الهيئة العمومية التي كفلته، في حين جعل من إجراءات الكفالة بسيطة لا تستلزم ذات الشروط المتوفرة في التبني[3].

ويمكن القول هنا وحذوا بالمشرع الفرنسي نص المشرع التونسي على جواز التبني وهذا بدافع إيجاد حل إنساني لفئة الأطفال غير الشرعيين؛ ودون اجتثاثه لظاهرة الانحلال الأخلاقي في المجتمع[4].

بعد بيان موقف المشرع من التبني نخلص إلى القول أن التبني يختلف عن الكفالة من حيث:

أ- من حيث الحكم:

فالتبني باطل بنص قانوني صريح وهو أحكام المادة 46 من ق أ، على خلاف الكفالة التي تعد من وسائل التكافل الاجتماعي والتي جاءت كحل شرعي وقانوني وإنساني لمشكلة القصر الذين ليس لهم بيئة عائلية يحتمون بها وعليه فهي مستحبة ومشروعة بنص قانوني يتمثل في المادة 116 من ق أ.

---

[1] المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19.

[2] وبذلك يأتي موقف المشرع التونسي كموقف شاذ بالنظر إلى مواقف الدول العربية والإسلامية، ولعل ما يبرر تجاوز المشرع تونسي وتجاهله لأحكام الشريعة الإسلامية هو الفترة التاريخية التي صدر فيها حيث كان التأثر الكبير بالثقافة الاستعمارية الفرنسية خاصة للرئيس بورقيبة والذي تزُجم في جملة النصوص القانونية الصادرة في فترته من ذلك تحريم التعدد وإحلال التبني . لتفصيل أكثر راجع: عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص221.

[3] مقال بعنوان: ما هو الفرق بين الكفالة والتبني ،منظومة حقوق المرأة التونسية، منشور في موقع منظومة حقوق المرأة التونسية.

wrcati.cawtar.org/index.php ? a=d&. تاريخ الدخول للموقع 18-12-2017.

[4] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص222.

ب- **من حيث الآثار:**

لا يرتب التبني أي آثار قانونية تطبيقا لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل لذلك لا تترتب عليه أي أثر من آثار البنوة من نسب ودين وتوارث وموانع زواج وحقوق وواجبات الأبوة والبنوة[1]، أما الكفالة فإنها وإن لم تترتب عليها هي الأخرى آثار البنوة الشرعية إلاّ أنها ترتقي إلى ذلك باعتبار إلزامية الرعاية والإنفاق طبقا للمادة 116 من ق م التي تنص على أن المكفول مشمول بالرعاية والحفظ من طرف الكافل كما لوكان ابنا شرعيا له وهو ملزم بالإنفاق عليه.

ثالثا: الفرق بين الكفالة والحضانة

تتفق كل من الكفالة والحضانة في وحدة الهدف والذي يتمثل في رعاية وحفظ القاصر وبذلك حمايته، غير أنهما تختلفان في جوانب كثيرة؛ من حيث المفهوم والطبيعة والآثار؛ فالأحكام المتعلقة بهما ذات استقلالية مطلقة وإن كان من الفقهاء من يجعل من الحضانة مرادفا للكفالة[2] وتتمثل جملة هذه الاختلافات في الآتي:

---

[1] فقد قضت المحكمة العليا برفض الطعن الذي تقدم به أب المتبنى للمطالبة بالتعويض نتيجة وفاة الابن المتبنى وذلك لانعدام الصفة في التقاضي حيث ورد في حيثياته: "...حيث وعملا بأحكام المادة 46 من ق أ فإن التبني ممنوع شرعا وقانونا. حيث أنه وبمقتضى هذه الأحكام القاطعة، لا يحق لأي شخص أن يطلب تعويضا عن وفاة ابن متبنى ...حيث أن للشريعة الإسلامية تأثيرا على قانوننا الوضعي،...حيث أن الشريعة الإسلامية لا تعترف إلاّ بالنسب الشرعي " الولد للفراش" وأن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالنسب خارج النسب الشرعي، لا النسب بالتبني ولا بالنسب الطبيعي. حيث أنه وبمقتضى هذه القيم الحضارية والمبادئ الراسخة فإنه يتعين التصريح بأنه لا يحق للأب المتبنى – كما هو الحال في القضية – أن يحتج بحق محمى قانونا ويتعين التصريح في هذه الحالة بأنه ليست له صفة التقاضي أمام المحاكم للمطالبة بالتعويضات...". م ع ،غ ج، ملف رقم: 183365، قرار بتاريخ 25-7-2000، م ق، ع2، 2000، ص ص188، 189.

Nadia Ait Zaï , L'enfant illégitime dans la société musulmane, Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, Ben-Aknoun, Université D'alger, Vol, XXVIII, N° 02, -231, 291990, p2.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص717.

1- من حيث الإطار القانوني لكل من الحضانة والكفالة:

تندرج الحضانة ضمن الكتاب الأول المتعلق بالزواج وانحلاله وهي تدخل ضمن آثار الطلاق وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالطلاق، أما الكفالة فهي تعد صورة من صور النيابة الشرعية وهي تدخل ضمن الفصل السابع من الكتاب الثاني.

2- من حيث المفهوم:

حيث أن الحضانة تعني ضم الصغير وامداده بالعطف والحنان إضافة إلى الرعاية والحفظ دون الالتزام بالإنفاق عليه[1]؛ حيث يعد ذلك من واجبات الأب، في حين تعد الكفالة التزام بالتكفل المادي والمعنوي بالمكفول وهي سبب من أسباب وجوب النفقة على المكفول طبقا للمادة 116 من ق أ.

3- من حيث الطبيعة القانونية:

فإن الكفالة هي التزام على وجه التبرع وتسند بموجب عقد شرعي في حين الحضانة تعد التزام مفروض على الحاضن بموجب حكم قضائي وهي ليست من قبيل التبرع إذ يمكن الحصول على الأجرة مقابل ذلك[2]، وعليه مصدر الحضانة هو الحكم القضائي الذي يمنح الحق في الحضانة للمحضون استنادا إلى معيار مصلحة المحضون والذي يتولى تقديرها القاضي، أما الكفالة فإن مصدرها العقد.

4- فيما يتعلق بشروط الحاضن:

فإنه لا يشترط اتحاد الدين، على خلاف الكفالة التي من شروطها- كما سنبين - الإسلام.

[1] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 98.

[2] زكية حميدو، مرجع نفسه، ص 100.

5- من حيث النطاق أو المجال:

الحضانة تكون في الإطار العائلي حيث تشمل فقط أقارب المحضون وفق ترتيب الحواضن المنصوص عليه في المادة 64 من ق أ[1]، أما الكفالة فتكون من الأقارب وغيرهم[2].

6- من حيث الشخص المشمول بالحضانة والكفالة:

الحضانة تتعلق دائما برعاية طفل معلوم النسب، بخلاف الكفالة التي يكون فيها المكفول إما معلوم النسب أو مجهول النسب[3].

7- من حيث السن القانوني المحدد لإنهاء الكفالة والحضانة:

حدد المشرع السن الذي تنتهي فيه الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى[4]، غير أنه لم يبين ذلك بالنسبة للكفالة حيث اكتفى فقط بالنص على حق المكفول في التخيير بين البقاء عند الكافل أو الرجوع إلى أبويه[5].

8- من حيث التنازع فيهما:

في حال التنازع الإيجابي في الحضانة فإنه يتم منحها إلى الأولى بها طبقا للترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق أ مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، أما في حالة التنازع السلبي بشأنها فإنها تسند بقوة القانون لأحد الأشخاص المنصوص عليهم في ذات المادة ويكون ذلك بإجبار الأم أولا حتى وإن تخلفت فيها بعض شروط الحضانة كزواجها بمحرم مثلا وهذا مراعاة لمصلحة المحضون وحماية له من الضياع والإهمال، لأن الحضانة كما بيّنا سابقا هي حق للحاضن وحق للمحضون حيث

---

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

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص99.

[3] أنظر في ذلك: المادة 119 من ق أ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 65 من ق أ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 124 من ق أ. بالرجوع إلى قانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغربي السابق ذكره نجد أنه ينص في المادة 25 منه على أن من أسباب انقضاء الكفالة بلوغ المكفول سن الرشد القانوني الذي هو 18 سنة كاملة شمسية.

يستند القاضي في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاتفاق الفقهاء على ذلك وهذا تأسيسا على أحكام المادة 222 من ق أ[1].

بما أن الكفالة من العقود التبرع فإنه لا يحدث بشأنها تنازع سلبي لأنه لا يجوز فيها إجبار الشخص على كفالة الولد القاصر، كما يجوز التخلي عنها، غير أنه قد يحدث التنازع الإيجابي بشأنها حيث يتم التقدم بعدة طلبات تتعلق بكفالة الولد القاصر فهنا يكون لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية المطلقة في اختيار من هو الأصلح والأقدر على رعايته ماديا ومعنويا وهذا مراعاة لمصلحة القاصر، كما يمكن أن تخضع هذه المفاضلة لسلطة المؤسسة العمومية المتواجد بها الطفل المراد كفالته، وفي هذا الإطار يرى الأستاذ بلقاسم شتوان أنه: " إذا تعددت الطلبات بشأن كفالة طفل مهمل تمنح الأسبقية للزوجين للذين ليس لهما أطفال، أو الذين تتوفر لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل... "[2].

وهو الموقف ذاته المنصوص عليه في المادة 10 من قانون 15. 01 الذي يقول به المشرع المغربي[3].

رابعا: الفرق بين الكفالة والولاية

تتفق كل من الكفالة والولاية في أن كلاهما يدخل ضمن النيابة الشرعية على القاصر، وكلاهما يهدف إلى حفظه وحمايته؛ غير أنهما يختلفان من حيث الأحكام التي تنظمهم حيث أن الولاية تمنح بموجب القانون أو القضاء؛ في حين الكفالة تسند بموجب عقد شرعي، إضافة إلى أن الكفالة تخول للكافل الولاية قانونا على المكفول فيما يتعلق بنفسه وماله، والكفالة يجوز التخلي عنها أو انهائها بإرادة الكافل وإرادة المكفول كما هو وارد في القانون، بخلاف الولاية فإنه لابد أن تنتهي وفقا لما أقره القانون ولا تخضع في ذلك لإرادة صاحبها.

[1] فضيل العيش، مرجع سابق، ص ص 61 ، 62.

[2] مرجع سابق، ص 472.

[3] " إذا تعددت الطلبات بشان كفالة طفل مهمل تمنح الأسبقية للزوجين للذين ليس لهما أطفال، أو الذين تتوفر لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل" . نص المادة 10 من قانون 15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

المطلب الثاني: شروط الكفالة

إن الغاية من إقرار الكفالة هو تعزيز الحماية القانونية للقاصر بشكل عام وللقاصر الذي تعتريه ظروف خاصة بشكل خاص، لذلك وحرصا من المشرع على أن يؤدي هذا النظام القانوني مبتغاه أفرد المشرع جملة من الشروط التي تتعلق بالكفالة وهو ما سنبينه في هذا المطلب من خلال بيان الشروط المتعلقة بالمكفول ضمن (الفرع الأول) وكذا بيان الشروط المتعلقة بالكافل وأهمية ذلك في حماية القاصر المكفول ضمن (الفرع الثاني) وبيان كيفية إنشاء عقد الكفالة ضمن (الفرع الثالث)

الفرع الاول: الشروط المتعلقة بالمكفول

نص الدستور بموجب المادة 72 منه على أن: " تكفل الدولة الأطفال المتخلي عنهم والأطفال مجهولي النسب". كما نصت المادة 116 على أن:" الكفالة هي رعاية ولد قاصر... ". كما نصت المادة 119 من ق أ على: " يمكن المكفول أن يكون معلوم أو مجهول النسب ". يتضح من جملة هذه النصوص القانونية أن هناك شروط يتطلب القانون توفرها في المكفول وهي متعلقة بسنه وكذا حالته العائلية، لذلك سنحاول بيان هذه الشروط تباعا كالآتي:

أولا: شرط السن

لم يبين المشرع بموجب نصوص قانون الأسرة السن الأدنى والأقصى الذي يجب توفره في المكفول كما لم يبين السن المتعلق بانتهاء الكفالة بشكل صريح[1]، غير أنه نص في المادة 116 أعلاه على أن الكفالة: " رعاية ولد قاصر " وكما هو معلوم ومثلما سبق بيانه نجد أن القاصر هو كل شخص لم يبلغ 19 سنة طبقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني وكذلك قياسا على سن الرشد القانوني في الزواج المنصوص عليه في المادة 7 من ق أ.

وباعتبار الكفالة تتعلق بالولد القاصر دون سواه فيعني ذلك أن السن القانوني طبقا للنصوص السابقة يبدأ من ولادة الطفل إلى غاية بلوغه 19 سنة فلا يمنع القانون وكأصل عام كفالة حديثي العهد بالولادة وهذا لانعدام نص قانوني صريح يقضي بالسن الأدنى الذي يبدأ فيه الحق في الكفالة.

[1] Ghaouti benmelha, Ibid, p 273.

إن هذا الأصل يرد عليه استثناء تقرره الحالة العائلية للولد القاصر؛ حيث أن ما سبق بيانه ينطبق على الشخص الذي يكون معلوم النسب والذي تتم كفالته من أحد الأقارب وغيرهم وذلك برضا الأبوين أو أحدهما، أما في حال الابن مجهول النسب؛ أو معلوم الأم ومجهول الأب والذي يخضع للولاية القانونية للمؤسسة العمومية ، فإنه لا يجوز القيام بكفالته إلا بعد مرور 3 أشهر كاملة على ولادته لأنه طيلة هذه الفترة يجوز للأم المطالبة بحضانته وهي أولى من غيره[1]؛ وهو ما أكده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 11-11- 2010 القاضي بـ: " أن أم البنت مجهولة الأب والتي تم التكفل بها من طرف الغير بعد ولادتها تعد أولى بحضانتها من غيرها، وأن قضاة الموضوع عندما قضوا بخلاف ذلك أساؤوا تقدير الوقائع مما يتعين النقض "[2] .

بالرجوع إلى القانون المقارن في هذا الجانب نجد أنه وعلى سبيل المثال لم ينص كلا من التشريع المغربي وكذا التونسي كذلك على السن الأدنى للكفالة غير أنهم وعلى خلاف المشرع الجزائري بينوا السن الذي تنتهي به الكفالة آليا أو قانونا[3].

ثانيا: الحالة العائلية للقاصر

لم يفرق المشرع الجزائري في إقراره بحماية القاصر حيث استند إلى مبدأ المساواة في الاستفادة من أحكام الكفالة بين الطفل المعلوم أو المجهول النسب وهو ما ذكرته المادة 119 من قانون الأسرة، وكذا المادة 72 من الدستور، لذلك سنحاول أولا بيان ما المقصود بالابن معلوم النسب وما هي الشروط اللاّزمة قانونا لكفالته، ثم بيان ما المقصود بمجهول النسب وماهي الشروط اللاّزمة قانونا لكفالته.

---

[1] محمد أمين رحايلية، التكفل المؤسساتي بالطفل المسعف في الجزائر، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر ، ج 2، ع 31، 2013، ص379.

هناك من الأمهات من تعهد بابنها لهذه المؤسسات دون التنازل على حضانته على أساس وجوده في خطر معنوي إلى غاية تدبر أمرها ثم تطول مدة الرجوع لأخذ ابنها مما يعرض الطفل للضرر بسبب تفويت فرصة كفالته من طرف الأسرة. راجع: محمد أمين رحايلية، مرجع نفسه، ص384.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 582813، م ق، ع1، 2010، ص 262.

[3] أنظر في ذلك: المادة 25 من قانون 15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

1- شروط كفالة القاصر معلوم النسب:

يقصد بالابن معلوم النسب الذي يعرف أبواه وله لقب عائلي ونعني به الابن الشرعي الثابت نسبه بقوة القانون طبقا للمادة 40 من ق أ، ويدخل في حكم الطفل معلوم النسب الذي يجوز كفالته قانونا الأطفال المتخلي عنهم من قبل أوليائهم بسبب العجز المادي، وكذلك الذين تم نزعهم من أهلهم لسوء أخلاقهم حيث يخول القانون نزعهم من ذويهم والتكفل بهم من طرف الدولة، ويمكن لهم استرجاعهم فقط في حال ثبوت حسن سلوكهم، كما يدخل ضمن هذا المفهوم الطفل الذي لازال أبواه على قيد الحياة ورغبا في منح كفالته إلى أحد الأقارب لسبب إنساني قد يكون لهم فيه تعويض عن عدم الإنجاب أو لكبر في السن أو في حال عدم الزواج وغيرها من الأسباب .

2- شمول الكفالة للطفل اليتيم معلوم النسب:

عرف الفقه اليتيم بأنه: " من فقد أباه وهو دون البلوغ ويقال للصبي يتيم إذا فقد أباه قبل البلوغ، فهو يتيم حتى يبلغ الحلم، ويقال للمرأة يتيمة مالم تتزوج، فإذا تزوجت زال عنها اسم اليتم "[1].

لقد رغبت الشريعة الإسلامية في التقارب والتكافل الاجتماعي من ذلك رعاية اليتيم والشفقة عليه وتلبية كل ضرورياته المادية والمعنوية ودعت إلى ضرورة المحافظة عليه في جسمه وماله[2]، وقد سار المشرع على ذات النهج الإسلامي من خلال إقرار هذه الحماية وفق ضمانات قانونية تمثلت في منح الحق في كفالته لمن يرغب فيها متى توفرت فيه شروطها، فقد يكون الكافل جدا أو جدة من ناحية الأب أرادت تعويض فقدانها لابنها في حفيدها، خاصة في حال ما رغبت أمه في إعادة الزواج بعد وفاة زوجها، كما قد تكون من جهة الأم، وبالتالي كفالته قد تكون من الذين تربطهم به رابطة دم وهذا الأصل الذي هو

---

[1] يعرف اليتيم في اللغة: بأنه الضعيف الذي لا سند له وبذلك يعتريه العوز والحاجة. ويطلق على غير الإنسان من فقد أباه، في البهائم من فقد أمه وفي الطير من فقدهما سوية. وقد قسم الفقهاء اليتم إلى قسمين يتم حقيقي ويتم حكمي ومثال هذا الأخير كمن كان أبوه في الأسر أو حالة فقد أو اللقيط، أو من طلق أبواه. لتفصيل أكثر راجع: بلقاسم شتوان، كفالة الطفل المسعف فقها وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الامير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ج 2، ع 31، 2013، ص ص 464، 465.

[2] إن التأصيل التاريخي لنظام الكفالة بيّن أنها وضعت كبديل لنظام التبني كما سبق بيانه حيث جاءت تحديدا لحماية اليتيم من الجور والظلم، لذلك رغبت الشريعة في كفالته من خلال جعل كافل اليتيم في مراتب الأنبياء استنادا إلى حديث رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم.

معمول به واقعا، غير أن هذا لا يمنع من أن يتكفل به من لا تربطه به قرابة خاصة بالنسبة لمن فقد أبواه في حادث مثلا ولا يوجد له أقارب البتة[1].

إن حرص المشرع على بلوغ الهدف الذي ابتغاه من وضع نظام الكفالة والمتمثل في التجسيد فعلي لحماية القاصر؛ تطلب إحاطة كفالة الطفل المعلوم النسب بضمانات تنزع لبس الإكراه وهذا من خلال اشتراط الرضا والموافقة الصريحة للوالدين إن كانا على قيد الحياة أو من بقي منهما على قيد الحياة وهو ما نصت عليه المادة 117 من ق أ ، في حين لم يتطرق المشرع إلى أحكام كفالة يتيم الأبوين وهل يستلزم موافقة من بقي من أهله أو تكون الموافقة من قبل مجلس العائلة، أم ينتقل الأمر إلى القاضي بحكم أن له الولاية القانونية في هذه الحالة؟

يرى الأستاذ غوتي بن ملحة وكإجابة عن هذا التساؤل : أن الأمر يرجع فيه إلى الأهل وكذا مجلس العائلة وفي حال استحالة ذلك، فإنه تكون الولاية للقاضي في القبول من عدمه[2].

3- شروط كفالة القاصر مجهول النسب:

إن من أهم القيم الإنسانية التي أسست عليها قواعد حقوق الإنسان مبدأ المساواة في اكتساب الحقوق دون تمييز يتعلق بالعرق أو الدين أو الجنس أو الانتماء، ويزداد نطاق ذلك كلما كانت الفئة محل الحماية هي القاصر، وهو الأمر الذي جسده المشرع من خلال منح الحق في الكفالة للطفل مجهول النسب، وهو أمر منطقي إذ لا ذنب له في كونه جاء إلى الدنيا بهذه الصفة، ولذلك سنبين هنا أولا ما المقصود بمجهول النسب ومن تشمله هذه الصفة، ثم بيان الشروط التي يتطلبها القانون لكفالته.

[1] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 467.

[2] غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص170

أ- **المقصود بالطفل مجهول النسب:**

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح مجهول النسب ضمن فروع القانون دون تعريفه[1]، غير أنه بين أحكامه والإجراءات القانونية التي يتوجب إتباعها حتى يحظى بحماية قانونية وهو ما بينته المادة 64 و67 من قانون الحالة المدنية.

استنادا إلى بيان ما المقصود بالطفل معلوم النسب يمكن القول بأن مجهول النسب هو: الطفل الذي لا يعرف أبواه أو كان أبوه مجهول وأمه معلومة وليس له لقب عائلي ولا نسب له أو لكونه ولد خارج إطار العلاقة الشرعية.

ب- **من تشمله صفة مجهول النسب:**

يدخل ضمن أحكام مجهول النسب كل من:

1- **الابن غير الشرعي:**

وهو الولد الناتج عن علاقة غير شرعية[2]، وتتمثل في جرم الزنا الذي هو: علاقة جنسية بين رجل وامرأة بناء على إرادتهما ورغبتهما دون وجود إكراه على ذلك.

---

[1] من ذلك المادة 72 من الدستور التي نصت في فقرتها 3 على: " تكفل الدولة الأطفال المتخلي عنهم أو مجهولي النسب". كذلك المادة 44 من قانون الأسرة : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة " إضافة إلى ما تضمنته أحكام المادة 64 و67 من قانون الحالة المدنية، وكذا المادة 7 من الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1670 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير2005، ج ر ع 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005، ص 15.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على مجهول النسب لفظ " اللقيط " ودعوا إلى التكفل به وكفالته كما تحدثوا عن اليتيم باعتباره معلوم النسب ودعوا إلى كفالته؛ بل إن الكفالة في الفقه الإسلامي ارتبطت في أصلها باليتيم استنادا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ غير أن هذا لا يعني أن مصطلح مجهول النسب غير متعارف عليه في الفقه الإسلامي بل إن الفقه المعاصر يستعمل ذلك في مؤلفاتها: راجع في ذلك: يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص38. محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك، "د ط"، دار الندوة، "د م ن"، 2001، ص ص 134، 135.

[2] علال قاشي، مرجع سابق، ص 514.

وابن الزنا يلحق نسبه بأمه إن كانت معلومة، في حين يبقى مجهول الأب وهي بذلك تختلف عن العلاقة الشرعية التي هي أساس ثبوت النسب وفقا للقاعدة الشرعية الولد للفراش وللعاهر الحجر. وعليه

يدخل ضمن مفهوم مجهول النسب كل طفل ولد سفاحا، ولا يغير مركزه القانوني بمعرفة الأب البيولوجي له وسواء تم ولادته وسلم بمحض إرادة أمه إلى مصالح رعاية الأطفال المهملين أو تم العثور عليه[1].

2- **الطفل المسعف:**

يدخل ضمن أحكام مجهول النسب الطفل الذي تم وضعه من قبل أمه في مصلحة الإسعاف العمومي[2]، وقد نصت المادة 74 من قانون الصحة المعدل والمتمم على: " يتم قبول النساء الحوامل في وضع صعب، في الشهر السابع (7) على الأقل، بناء على طلبهن في هياكل ومؤسسات الصحة العمومية المتوفرة على أسرة الولادة عندما يستوجب استشفائهن ". ويجدر التنبيه هنا أن المادة 245 من قانون (85- 05) المتعلق بالصحة وقبل إلغائها كانت تقضي بأن على مصلحة الإسعاف العمومي استقبال المرأة ومساعدتها في وضع حملها حتى لا يكون محل خطر وتحظى بالرعاية كمثيلاتها هي وطفلها، غير أن عملية الوضع تحاط بالسرية التامة، ويمكن لها الامتناع عن تقديم هويتها. وبالرغم من السجالات التي أثارها هذا الأمر إلاّ أن الغاية منه هو حماية الطفل وتمكينه من حقه في الحياة والعلاج كونه لا ذنب له في تحمل وزر وأخطاء من كان ثمرتهم.

---

[1] بين المشرع بموجب المادة 40 من قانون الأسرة طرق إثبات النسب بقوة القانون واشترط في ذلك وجوب وجود زواج شرعي بشقيه العرفي أو المدني، أما في حال ابن الزنا فإن معرفة أمه لا تمنحه الصفة الشرعية حيث نصت المادة 44 أن من أسباب إثبات النسب: الإقرار وهو الاعتراف بانتماء الطفل إلى الأب أو الأم؛ وهنا في حالة إقرار المرأة بالأمومة للطفل يتوجب عليها أن لا تكون متزوجة أو معتدة من طلاق أو وفاة لأن في ذلك اعتداء على نسب الزوج. كما أن هذا الاعتراف لا يخول الابن الحصول على اللقب العائلي لأمه لأنه ليس لها الحق في التصرف فيه.

[2] "مصلحة الاسعاف العمومي: هي مصلحة اجتماعية يكون دائما بالمستشفى تحت إشراف الوالي وتحت الإدارة المباشرة لمدير الصحة يساعده عدد من الموظفات ". لتفصيل أكثر راجع: قاشي علال، مرجع سابق، ص 515 وما يليها. عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية، مرجع سابق، ص 121.

3- **اللقيط:**

حثت الشريعة الإسلامية على وجوب العناية باللقيط وأمرت بإيوائه ورعايته نفسيا وماديا من خلال كفالته والإنفاق عليه؛ بل إن الفقه الإسلامي لم يكتفي ببيان أحكام اليتيم وما له من حقوق؛ وإنما أفرد للقيط أيضا أبواب وفصول ضمن كتبه من خلال التعريف به والتفصيل في أحكامه كونه إنسان له حقوق واجب ضمانتها كمعلوم النسب فهو بحاجة للحماية الاجتماعية أكثر من غيره لأنه لا يعرف له أب أو أم أو أهل أو نسب[1].

وقد عرف اللقيط اصطلاحا بأنه: " صغير أدمي لم يعلم أبواه ولا رقه والتقاطه واجب كفاية إن لم يخف عليه وإلاّ تعين و وجب على ملتقطه نفقته وحضانته حتى يبلغ قادرا على الكسب وإلاّ الدخول إن كانت أنثى... "[2].

كما عرفه الإمام أبو زهرة " رحمه الله " بأنه:" مولود نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا أو غير ذلك "[3].

ويلاحظ على التعريف الأول أنه بيّن بأن اللقيط يمكن أن يكون معلوم أو مجهول النسب لكونه قال لم يعلم أبواه واستعان في توضيح ذلك ببيان أحكام التقاطه بقوله أنه أمر واجب كفاية إن كان موجود في مكان يغلب فيه بقاؤه حيا والتقاطه من الغير كوجوده أمام مسجد أو في الشارع، أما إن كان في مكان يخشى عليه فيه فإنه هنا يكون التقاطه فرض عين كأن يوجد الصغير في الغابة مثلا.

أما التعريف الثاني فقد ضيق من مدلول هذا المصطلح وحصره في فئة معينة وهي الطفل حديث العهد بالولادة الناتج عن علاقة غير شرعية وتم التخلي عنه خشية العار وجرم الزنا.

غير أن هناك من زاوج بين هذه التعاريف وقال:" هو كل مولود حي طرحه أهله خوفا من الفقر أو هروبا من تهمة الزنا في مكان يغلب فيه هلاكه "[4].

---

[1] يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص ص 40، 41. محمد محمد سعد، مرجع سابق، ص 134.

[2] محمد محمد سعد، مرجع سابق، ص134.

[3] الأحوال الشخصية، "د ط"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص20.

[4] علال قاشي، مرجع سابق، ص 513.

وعليه فاللقيط قد يكون ابنا شرعيا لكن تركه أبواه نتيجة الفقر والعوز والحاجة أو تم اختطافه من أهله ورميه في مكان منعزل دون أن يكون أي دليل على نسبه؛ أو تسليمه إلى أشخاص آخرين لكفالته دون معرفتهم بأنه مخطوف، كما قد يحدث تغيير للأبناء عند الإنجاب في المستشفى بعمد أو نتيجة خطأ؛ كما قد يكون ابنا غير شرعي وفي جميع الحالات فإنه في لحظة التقاطه يكون مجهول النسب وبالتالي يطبق عليه أحكامه، غير أن للقيط ميزة تدل على مفهومه ونلمسها في ما تضمنته المادة 67 من قانون الحالة المدنية، وكذا المادة 7 من الأمر (05-01) المتعلق بالجنسية بقولهما " الولد حديث الولادة الذي عثر عليه "، هذا وقد نصت المادة 67 من قانون الحالة المدنية على الإجراءات القانونية التي يتوجب فعلها عند العثور على الطفل اللقيط بقولها: " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه ".

كما نصت ذات المادة على أن للشخص الذي قام بالتقاطه التخيير بين التكفل بهذا الطفل اللقيط أو وجوب تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع كل الأمتعة والألبسة التي وجدت معه لعلها تكون وسيلة للتعرف على نسبه، فقد يكون الطفل ابن شرعي تم اختطافه من أهله ثم القيام بطرحه في مكان معين، كما يمكن أن يكون نتيجة علاقة غير شرعية.

هذا ويقوم ضابط الحالة المدنية طبقا لذات المادة أيضا بتحرير محضر مفصل يتعلق بظروف الالتقاط من تحديد للسن الظاهري للطفل وبيان جنسه والساعة التي عثر فيها عليه وكذا الشخص أو الهيئة التي عهدت بها إليه ويسجل المحضر بتاريخه في سجلات الحالة المدنية، كما يتعين على ضابط الحالة المدنية بعد ذلك إعداد عقد ميلاد لهذا الطفل.

وتجدر الإشارة أنه في حال ما إذا قدمت عريضة إلى وكيل الجمهورية من الأطراف المعنيين تثبت البنوة الشرعية للطفل أو عثر على عقد ميلاده فإن تلك المحاضر والعقود التي قام بها ضابط الحالة المدنية تبطل، لذلك قلنا أن الطفل اللقيط بالمفهوم القانوني قد يكون ابنا شرعيا وقد يكون ابن زنا، والأمر الذي يفرق ذلك هو العثور على هويته الحقيقية أو تقديم ذلك إلى وكيل الجمهورية[1].

[1] لتفصيل أكثر راجع: ابتسام صولي، عقد الزواج المغفل ووضعية الأطفال مجهولين النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ع 13، جوان 2015، ص 261 وما يليها.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري بسط حماية قانونية للطفل مجهول النسب من خلال جعله لهذا المفهوم يتسع ليشمل فئات معينة وهو بذلك يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية في دعوته إلى العناية والحفاظ على هذه الفئة من القصر، من خلال إدخالها ضمن جناح عائلي يكفل لها الدفء الأسري الذي فقدته إما بسبب خطأ أو نزوة أهله أو لظروف أخرى غير ذلك.

ولا بد من القول هنا أن الاختلاف بين كفالة القاصر معلوم النسب ومجهول النسب طبقا للمادة 119 من ق أ يكمن في رضا الوالدين الذي لا نجده ضمن شروط كفالة الطفل مجهول النسب. غير أنه من جانب آخر نجد أنه هناك تشديد في إجراءات كفالته من خلال التحري على الكافل وكذا القيام بمراقبة مدى التزامه بأحكام الكفالة حتى بعد إبرامها.

ولا بد من القول أن المشرع لم يكتفي بحماية القاصر مجهول النسب فقط من خلال النص على الحق في كفالته؛ وإنما منح له إلى جانب ذلك حقوقا أخرى تتمثل في الحق في الاسم والحق في إثبات نسبه كما سبق بيانه، إضافة إلى الحق في الجنسية من خلال ما ورد في المادة 6و7 و8 من قانون الجنسية.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالكافل

من باب الحرص الشديد على حماية مصلحة القاصر المكفول أدرج المشرع جملة من الشروط المتعلقة بالكافل ضمن أحكام المادة 118 من ق أ بقوله:" يشترط أن يكون الكافل مسلما وعاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته "، ويعد كل شرط منها مكمل للآخر لما له من أهمية وأثر في تربية المكفول حتى يشبّ على أسس أخلاقية ودينية ويكون فردا صالحا في المجتمع.

وعليه فإن توفر كل الشروط القانونية في الكافل هو أمر إلزامي لكفالة القاصر وهو ما سنبحثه في هذا الفرع . من خلال بيان الأشخاص المخول لهم قانونا كفالة القاصر أولا، ثم بيان الشروط الواجب توفرها في شخص الكافل وهذا تباعا.

أولا: الأشخاص المخول لهم قانونا كفالة القاصر

1- الشخص الطبيعي كأصل عام :

لا يوجد نص قانوني صريح يحدد الأشخاص المخول لهم قانونا كفالة القاصر لكن بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وبالتحديد المادة 118 منه يتضح أن المخول قانونا بكفالة القاصر وكأصل عام هو الشخص الطبيعي لأن المشرع اشترط إسلام الكافل وكذا تمتعه بقواه العقلية – كما سيأتي بيانه – وهو الأمر الذي يتوفر في الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي.

حتى تؤدي الكفالة الدور الذي شرعت لأجله كان على المشرع أن يعهد بها إلى الشخص الطبيعي لأنه هو القادر وحده على تعويض القاصر المحروم من دفء العائلة بأن يمنح له الرعاية والحماية والعطف والحنان وأن يجعله في مرتبة الابن الصلبي وبذلك يمنحه أسرة بديلة قادرة على ملء الفراغ العاطفي الذي يعاني منه.

2- التكفل المؤسساتي كاستثناء:

بالرجوع إلى المادة 72 من الدستور نجد أنها تنص على:" تكفل الدولة الأطفال المتخلي عنهم أو مجهولي النسب "[1]، وعلى ضوء هذا النص نجد أن المشرع الجزائري وكحالة استثنائية منح الحق في الكفالة للشخص المعنوي، غير أنه حصر ذلك فقط في مؤسسات خاصة تابعة للدولة تسمى بمؤسسات الطفولة المسعفة[2]، حيث يتم التكفل من قبل هذه الجهة بالأطفال المسعفين الذين لم تتم كفالتهم من قبل الأسر، حيث يتم توفير كل الإمكانيات المادية والبشرية لهذه المؤسسات بغية توفير كل متطلبات الحياة لهذه الفئة من المجتمع إلى غاية بلوغهم سن الرشد القانوني[3].

[1] قانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع 14 ، ص 15.

[2] يوجد أيضا مؤسسات العمومية تسمى بدار الأيتام التي تتكفل باليتامى ضحايا الإرهاب .

[3] محمد أمين رحايلية، مرجع سابق، ص 381.

أ- **مفهوم مؤسسات الطفولة المسعفة في الجزائر:**

طبقا للمادة 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم (12-04)[1] وهي: "مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المادي تحت وصاية وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة على المستوى المركزي ومديريات النشاط الاجتماعي والتضامن على المستوى الولائي"[2].

أما عن تسيير هذه المؤسسات تنص المادة 7 من ذات المرسوم على أنه: " يسّير هذه المؤسسات مجلس إدارة يرأسه والي الولاية أو ممثله وعضوية ممثلي عدة مديريات تنفيذية كالتربية والصحة والتكوين المهني، والشباب والرياضة والشؤون الدينية والأوقاف، كما يضم ممثلين عن الجمعيات العاملة في نفس المجال نشاطات المؤسسة"[3].

إن استحداث مثل هذه المؤسسات على المستوى الوطني غايته إقرار حماية قانونية ومؤسساتية للقاصر وحفظا له من التشرد والضياع والإهمال لأن حياته مهددة بالخطر بسبب فقدانه السند العائلي[4]. لذلك نصت المادة 72 من الدستور على ضرورة التكفل به من طرف الدولة وهو ما أكدت عليه المادة 5 فقرة 5 من ق ح ط :" تضمن الدولة للطفل المحروم من العائلة حقه في رعاية بديلة ". لذلك تسهر هذه

---

[1] مؤرخ في 10صفر 1433 الموافق 4 جانفي 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة ج ر ع 29، ص 7 .

[2] يوجد في الجزائر حوالي 46 مؤسسة الطفولة المسعفة موزعة على 36 ولاية وتنقسم إلى ثلاث أصناف:
يتكفل الصنف الأول بحضانة الأطفال من حديثي العهد بالولادة إلى غاية 6 سنوات ذكران وإناث.
أما الصنف الثاني فيختص بالتكفل بالذكور من 6 سنوات إلى غاية 18 سنة .
والصنف الثالث يختص بالتكفل بالإناث من 6 سنوات إلى غاية 18 سنة. ويتم التكفل بهم طبقا للمادة 5 من المرسوم أعلاه ليلا ونهارا إلى غاية دمجهم في وسط عائلي عن طريق الكفالة، كما أنه يمكن لهذه المؤسسة الإبقاء على الطفل حتى بعد السن المحدد إذا ما اقتضى الأمر ذلك . أنظر الملحق التابع للمرسوم التنفيذي 12- 04،ج ر ع 5، ص 11. راجع أيضا: محمد أمين رحايلية ، مرجع سابق، ص ص 382، 383.

[3] يختص مجلس الإدارة بالمداولة حول عدة مسائل مرتبطة بالجانب الإداري من ذلك القانون الداخلي والميزانية وكذا الجانب المتضمن التكفل الجيد بالأطفال من خلال تسطير جملة من البرامج الهادفة والتي تتضمن جانبا بيداغوجيا جانبا ترفيهي وثقافي، والذي يعرض على المجلس النفسي والطبي التربوي الموجود على مستواها والذي مهمته تقديم المساعدة لمجلس الادارة من خلال المشاركة وإبداء الرأي حول هذه البرامج وإمكانية تقديم اقتراحات تتعلق بترقية الطفل المسعف وحسن تربيته وتنشئته وتقديم له كل الرعاية خاصة التربوية والتوجيهية وكذا النفسية خاصة لفئة الشباب المراهقين. انظر في ذلك: المادة 12 و19 من المرسوم التنفيذي 12-04. راجع أيضا: محمد أمين رحايلية، مرجع سابق، ص 383.

[4] وهو ما تأكده أحكام المادة 2 من ق ح ط.

المؤسسات على التكفل النفسي والجسدي والمادي بهذا القاصر[1]. غير أنه يتوجب الإشارة إلى أنه مهما بلغت عناية هذه المؤسسة بالطفل إلاّ أنه يبقى دائما يفتقر إلى العطف والحنان الذي لا يمكن أن يجده إلاّ في الشخص الطبيعي.

على خلاف ما هو معمول به في التشريع الجزائري نجد أن التشريع المغاربي على سبيل المثال وسع من دائرة الأشخاص المرخص لهم قانونا بكفالة القاصر، من خلال السماح لكل من الشخص الطبيعي المتمثل في الزوجين أو المرأة المسلمة وكذا الأشخاص المعنوية والمتمثلة في المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة[2] والتي تتوفر على إمكانيات مادية وبشرية تؤهلها لتلبية حاجات المكفول وتكون قادرة على تنشئته تنشئة إسلامية [3] .

ثانيا: الشروط المتعلقة بشخص الكافل

لقد سبق بيان أن المشرع وبموجب المادة118 أدرج جملة من الشروط المتعلقة بالكافل سنبينها تباعا:

1- شرط الإسلام:

باعتبار أن الكفالة شرعت بالأساس لتربية القاصر ورعايته؛ وحتى ينشأ هذا القاصر كان لا بد أن يتوفر في القائم على ذلك الإسلام وهذا حتى ينشأ المكفول على التعاليم الإسلامية التي لها دور كبير في التربية الأخلاقية، كما أنه من جانب آخر وباعتبار الكفالة تخول لصاحبها الولاية القانونية على هذا القاصر فيستلزم ذلك توفر شرط الإسلام[4]؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلم.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 5 من المرسوم التنفيذي 12- 04 أعلاه.

[2] أنظر في ذلك: المرسوم رقم 2.04. 969 الصادر في 28 ذي القعدة 1425، 10 يناير 2005 " لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الاولى 1378، 15 نوفمبر 1958 " بتنظيم حق تأسيس الجمعيات، ج ر ع 5339 بتاريخ جمادى الآخرة 1426، الفاتح أغسطس 2005 ، ص 2163.

[3] أنظر في ذلك: المادة 9 من قانون 15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

[4] بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على الشروط الواجب توفرها في الولي ومن ذلك شرط الإسلام؛ إلاّ أن ذلك يمكن معرفته بالرجوع إلى الفقه الإسلامي استنادا للمادة 222 من ق أ، وكذا يمكن القياس على الشروط الواجب توفرها في

إن حرص المشرع على وضع شرط إسلام الكافل الغاية منه الحفاظ على القاصر من الناحية الأخلاقية حتى يشب مسلما حافظا حاملا للقيم الإسلامية التي يقتدي بها كنبراس في حياته وعلمه[1]؛ فالكافل يتخذ من المكفول ابنا له تماما كابنه الشرعي وعليه فإنه يتأثر بكل تصرفاته و من ذلك تربيته وعقيدته[2]

أ- إشكالية جنسية الكافل ومدى ارتباطها بشرط الإسلام:

إن الحديث عن شرط إسلام الكافل يطرح تساؤلا حول مدى تعلق هذا الشرط بجنسية الكافل؟ وهل اشتراط المشرع للإسلام وعدم نصه على ضرورة توفر الجنسية الجزائرية بالنسبة للكافل يمنح للأجنبي المسلم الحق في الكفالة؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يشر بتاتا إلى شرط الجنسية ضمن أحكام الكفالة، غير أنه بالرجوع إلى الفقه القانوني نجد أن الأستاذ غوتي بن ملحة يرى أنه يشترط في الكافل الجنسية الجزائرية إلى جانب إسلامه[3]، وهو المعمول به واقعا حيث أنه من ضمن الوثائق الإدارية التي تطلب من الكافل لتكوين ملف الكفالة" شهادة الجنسية"[4].

وهذا أمر منطقي ذلك أن تمتع الكافل بالجنسية الجزائرية يخول للقاضي باعتباره المكلف بحماية القاصرين وكذا الهيئة العمومية سلطة الرقابة والمتابعة لشؤون القاصر ومدى وفاء الكافل بالتزاماته القانونية، أما إذا تم إسناد كفالة القاصر للأجنبي فيمكن أن يحول ذلك والمتابعة الظرفية للكافل لأنه قد يسافر بالمكفول إلى بلده – بلد الكافل- الأمر الذي يكون فيه صعوبة في مراقبته .

كما أن الإشكال الذي يطرح أيضا في هذا الجانب هو: مدى إمكانية منح الكفالة لجزائري يكون متوطنا في دولة أجنبية باعتبار أنه من الناحية القانونية لا يوجد أي مانع قانوني من ذلك؟

الوصي استنادا للمادة 93 من ق أ التي تنص على:" يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة ".

[1] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 518 .

[2] بو تغرار علاوة، خردوش الدراجي، مرجع سابق، ص 38.

[3] Ghaouti benmelha, Ibid, p 272.

[4] محمد أمين رحايلية، مرجع سابق، ص 381.

بالرجوع إلى القانون نجد أنه لا يوجد أي مانع قانوني في ذلك حيث يجوز منح الكفالة لجزائري مقيم في الخارج على شرط أن يتم ذلك بناء على إذن من قاضي شؤون الأسرة الذي يمنحه بعد تأكده من توافر الشروط القانونية، إضافة إلى علم الجهة الوصية والمتمثلة في دار الطفولة المسعفة باعتبارها الجهة المخولة قانونا بالإشراف على ذلك[1].

غير أن هذا القول وإن تم تأييده لأن قاضي شؤون الأسرة مهمته رعاية القصر وحمايتهم والنظر في كل ما يخدم مصالحهم، إلاّ أن هذا الأمر فيه خطر لأن الإشكال لا يطرح داخل التراب الوطني وإنما يطرح خارج التراب الوطني وذلك إذا ما تم الخروج بهذا الطفل خارج الوطن، حيث يطرح في هذه الحالة مشكل الرقابة على الكافل الذي قد يتوطن بالمكفول القاصر في بلد اجنبي ويقوم باستغلاله في ممارسات غير مشروعة لأنه لا رقابة عليه في ظل انعدام نص قانوني يخول للقنصلية الجزائرية تتبع ذلك .

إن هذا الإشكال لا يطرح فقط على الصعيد الوطني؛ وإنما أيضا على الصعيد الخارجي فبالرجوع إلى القانون المغربي في هذا الإطار والذي خول للأسر المغربية المقيمة بالخارج التكفل بالأطفال المغاربة المهملين[2]؛ وجد إشكالا قانونيا يتمثل في كون جل الأسر التي تقوم بهذا النوع من الكفالة تقوم بالتخلي عن المكفول القاصر، مما يؤدي بالدولة الأجنبية وضعه بموجب حكم قضائي في ملاجئ المشردين لأن الكافل قام بإهماله وقصّر في أداء واجب التربية وهذا فيه ضرر كبير على القاصر خاصة من الجانب النفسي والأخلاقي[3]، وبالتالي قد يفقد عقيدته إلى جانب نفسه. الأمر الذي أدى بالمشرع المغربي إلى التشديد في هذا الجانب من خلال النص على ضرورة التحري من قبل النيابة العامة للتأكد من توفر الكافل على الشروط الكافية لضمان حماية المكفول[4].

كما عمد إلى تخويل القنصلية المغربية في الخارج مهمة تتبع تنفيذ التزامات الكفالة وذلك من خلال إرسال نسخة من الإذن الذي أصدره القاضي–ومنحه للكافل للسفر والاستقرار بشكل دائم بالمكفول في

---

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 619.

[2] يتضح من مضمون المادة 24 من قانون 01.15 المتعلق بحماية الأطفال المهملين أنه بإمكان أي مغربي يريد الاستقرار الدائم في الخارج أن يستخرج إذنا من قاضي شؤون القاصرين من أجل سفر المكفول والإقامة معه.

[3] أنظر في ذلك إلى:" مضمون الإرسالية المقدمة من طرف وزير العدل إلى القاضي المكلف بالتوثيق " ضمن أرشيف منشورات في المادة الأسرية، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، دار القلم، ، المغرب، ع 5، ماي– يونيو– 2015، ص ص 397، 398.

[4] أنظر في ذلك: المادة 16 من قانون رقم 15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

الخارج- إلى مصالح القنصلية الموجودة بمحل إقامة الكافل، وهذا حتى يتسنى لها رقابة وتتبع تنفيذ الكافل لالتزاماته، ولها أن تسعى إلى ذلك بكافة الوسائل القانونية التي تراها مناسبة، كما تكون هذه المصالح على اتصال دائم بقاضي شؤون الأسرة من خلال التقارير الموجهة إليه عن حالة الطفل القاصر، وبإمكان القاضي اتخاذ كل تدبير قانوني يراه مناسبا إذا ما تعرضت مصلحة القاصر للخطر وعدم وفاء الكافل بالتزامه قد يصل إلى حد إلغاء الكفالة[1].

ولابد من التنويه أن المشرع الجزائري بإغفاله الحديث عن جنسية الكافل قد أدى إلى وجود فراغ قانوني طرح عدة إشكالات قانونية تتعلق بها- كما سبق بيانه - إضافة إلى إشكال آخر يتمثل في قيام الكافل بتغيير جنسيته فهل يمكن أن يعد هذا سببا لإنهاء الكفالة؟

2- شرط الأهلية والتمتع بالقوى العقلية:

من ضمن الشروط القانونية الواردة ضمن المادة 118 من ق أ اشتراط أهلية الكافل وأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية[2]؛ ويعد هذين الشرطين متلازمين طبقا للمادة 40 من ق م حيث جاء فيها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

وبتحليل الأحكام القانونية المتعلقة بالأهلية التي تضمنها القانون المدني نجد أن أهلية الشخص مرتبطة بالمراحل العمرية له ومدى ادراكه وقدرته على تحمل أعباء الحياة[3]، لذلك ففي المرحلة الأولى من حياته وإلى غاية 13 سنة يكون الشخص منعدم الأهلية لانعدام الإدراك والتمييز[4]، أما في المرحلة الثانية فإن الشخص يصبح قادر على التمييز والادراك لكن لا يصل إلى حد معرفة ما يضره وما ينفعه وهي المرحلة التي يكون فيها ناقص الأهلية وتكون من 13 إلى 19 سنة[5]، أما إذا بلغ الشخص المرحلة الثالثة وهي 19 سنة فإن الشخص في هذه الحالة يعد كامل الأهلية ما لم يعتريه عارض من عوارضها[6].

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 24 من قانون15. 01.

[2] Ghaouti benmelha, Ibid, p272.

[3] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية ، د ط، دار العلوم، عنابة، 2006، ص 150.

[4] أنظر في ذلك: المادة 42 من ق م .

[5] أنظر في ذلك: المادة 43 المعدلة بموجب الأمر05-10 من ق م .

[6] يقصد بعوارض الأهلية : تلك الحالات التي تطرأ على الشخص ببلوغه سن الرشد فتجعله غير مدركا للمسائل بسبب ذلك مما يجعله غير مؤهلا لمباشرة حقوق المدنية، وقد نص المشرع بموجب المادة 42 من ق م على عوارض الأهلية

على ضوء ما سبق يمكن القول أنه وباعتبار الكفالة تصرف قانوني يتم بإرادة الكافل وينطوي على فكرة التبرع، الأمر الذي يجعل من هذا التصرف ضارا بالكافل؛ لكونه يزيد في التزاماته وينقص من ذمته المالية، لأنه يقوم برعاية القاصر وحفظه وكذا الإنفاق عليه، فإنه يتطلب الأهلية الكاملة لمباشرة مثل هذا التصرف، ولا بد أن يكون الكافل خال من أي عارض يعترض أهليته لأنه في هذه الحالة سيتم الحجر عليه بموجب حكم قضائي لنقصان أهليته طبقا للمادة 101 من ق أ[1]؛ مما يجعله غير قادر على إدارة شؤونه وبالتالي لا يمكنه إدارة شؤون غيره.

بالإضافة إلى ضرورة توفر الأهلية وانعدام عوارضها في الكافل فإنه يدخل ضمن هذا الشرط انعدام موانع الأهلية والتي نعني بها الحائل الذي يحول دون مباشرة الشخص التصرفات القانونية والتي قد تكون مادية أو طبيعية أو قانونية[2].

أ- **المانع المادي:**

يكون في حالة الغياب أو الفقد والتي تكون حائل يمنع الشخص من إدارة شؤونه كما لا يمكن له وهذا الحال أيضا تولي شؤون غيره[3]، وبالتالي الكفالة تستوجب أن يكون الكافل موجود وعلى اتصال دائم بالمكفول لتلبية حاجاته المادية والمعنوية. وهنا يمكن التساؤل عن ما إذا كان غياب الكافل أو فقده يستوجب اسقاط الكفالة أو انهائها بالنسبة إليه ؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وحتى إلى القوانين المقارنة في هذا الجانب نجد أنها لم تدرج هذه الحالة ضمن حالات إنهاء الكفالة، غير أنه يمكن القول في حال الغياب والفقد للكافل فإنه يتوجب اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 113 و 114 من ق أ المتعلقة باستصدار حكم بالموت الاعتباري[4]؛ حينها يمكن إنهاء الكفالة بتطبيق أحكام المادة 125 من ق أ التي تعتبر الموت من حالات إنهاءها.

بقوله:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون ". وهو ما أكدته المادة 101 من ق أ .

[1] "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 156.

[3] محمد الصغير بعلي، مرجع نفسه، ص 156.

[4] ولقد سبق التفصيل فيها ضمن هذه الدراسة.

ب-**المانع الطبيعي:**

يكون بوجود عاهة تمنع الشخص من تقديم الرعاية والحماية النفسية والمادية للمكفول خاصة وأنه من ضمن الشروط القانونية المتعلقة بالكافل القدرة المادية والجسدية والنفسية على القيام بالالتزامات القانونية التي تفرضها الكفالة -كما سيأتي بيانه- وعليه فإن الشخص الفاقد للبصر أو الأبكم أو المقعد يعتريهم مانع طبيعي يجعل منهم غير مؤهلين للرعاية والقيام بشؤون المكفول.

ويلاحظ في هذا الجانب أن المشرع المغربي وبخلاف المشرع الجزائري نص صراحة على هذا الشرط في الكافل ضمن أحكام المادة 9 من قانون حماية الأطفال المهملين؛ حيث نص على ضرورة انعدام موانع تحول وتحمل الكافل لالتزامات وكذا التأكد من عدم وجود أي مرض معدي فيه وهذا حماية للمكفول[1].

ت-**المانع القانوني:**

وهو الحالات التي تسلب فيها أهلية الشخص أو يُحد منها بموجب القانون[2] وتكون خاصة في حالات سلب الحرية أو الحكم على الشخص بجرائم ماسة بالأخلاق أو متعلقة بالأطفال فإن هذا من شأنه أن يحول ومنحه الحق في كفالة الطفل القاصر وهذا من باب الحماية المقررة له.

ويلاحظ هنا أن المشرع لم يتعرض إلى هذا الشرط صراحة لكنه نص عليه ضمنيا لأنه ذكر شرط الأهلية بصفة عامة وكذا القدرة وهذا الأمر يدخل ضمنهما، كما أنه يشترط لطالب الكفالة ضرورة تقديم صحيفة السوابق القضائية [3]؛ للتأكد من حسن السيرة الذاتية لكلا الزوجين في حال طلب أحدهما كفالة القاصر أو في حال لم يكن الكافل متزوجا[4].

---

[1] أنظر في ذلك: مضمون المادة 9 من قانون 15. 01.

[2] تنص المادة 78 من ق م :" كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون ". وباعتبار الكفالة عقد فإنه تطبق بشأنها أحكام هذه المادة. راجع أيضا محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 157.

[3] محمد أمين رحايلية، مرجع سابق، ص 381.

[4] أنظر في ذلك: المادة 9 من قانون 15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين حيث نص المشرع عل ذلك صراحة.

3- القدرة على رعاية شؤون المكفول القاصر:

من ضمن الشروط التي أوجبها القانون في الكافل بموجب المادة 118 من ق أ القدرة على رعاية القاصر من خلال تلبية كل الحاجات الضرورية الخاصة به[1]؛ سواء المعنوية من عطف وحنان وتربية وتعليم وأخلاق أو مادية كالإنفاق وتوفير مسكن له وغيرها من مشتملات النفقة المنصوص عليها في المادة 78 من ق أ.

وفي هذا الإطار خصصت مديرية النشاط الاجتماعي جملة من الشروط التي أضافتها ضمن دليل تم وضعه تحت تصرف كل طرف يرغب في الكفالة[2]؛ وكذا المصلحة التي تقوم بالوضع، وهي تعد بمثابة تفصيل لما ورد في أحكام قانون الأسرة التي جاءت بصيغة العموم، حيث من بين الشروط التي يجب توفرها في الكافل والتي تدخل ضمن شرط القدرة على الرعاية ما يلي:

- بما أن المشرع اشترط الأهلية القانونية في الكافل فيستلزم هذا الشرط أن يكون الكافل بالغا لسن 19 سنة فما فوق لأن قانون الأسرة لم يبين السن الأدنى المشترط في الكافل، لكن بالرجوع إلى مديرية النشاط الاجتماعي نجد أنها نصت على سن معينة بالنسبة للرجل والمرأة؛ ويفترض أن يتعلق الأمر بالقاصر مجهول النسب المتواجد على مستوى مؤسسات الطفولة المسعفة، حيث تشترط أن لا يقل سن الرجل عن 60 سنة والمرأة عن 55 سنة[3].
- أن يتقاضى الكافل مبلغا يكفيه لتلبية حاجات المكفول المادية من مأكل وملبس وتعليم وعلاج وسكن وغيره حيث يشترط أن لا يقل الدخل عن الأجر القاعدي المضمون[4]، ضف إلى ذلك اشتراط شهادة العمل ضمن الوثائق التي تقدم للكفالة وكذا كشف الرواتب الثلاثة وهذا بالنسبة للكافل أو بالنسبة لكلا الزوجين في حال تم طلب الكفالة برغبة من كلا الزوجين، مما يعني اشتراط عمل الكافل أمر ضروري وإلزامي[5].

---

[1] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 519.

[2] إيمان حدوسي، مدى حماية المكفول في نظام الكفالة في التشريعات المغاربية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2011- 2012، ص ص 37، 38.

[3] إيمان حيدوسي، مرجع سابق، ص 26 وما يليها.

[4] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 519.

[5] محمد أمين رحايلية، مرجع سابق، ص 381.

- يدخل ضمن هذا الشرط القدرة النفسية وليس المادية فقط على رعاية الطفل القاصر، لذلك إذا كان الكافل متزوجا فلا بد من موافقة زوجته على الكفالة وكذلك بالنسبة للمرأة حيث يشترط قبول زوجها وهذا حتى ينشأ الطفل المكفول في جو سليم[1].
- كما يجب توفر السلامة النفسية والجسدية حتى يكون قادرا على أداء مهامه والتزاماته تجاه المكفول وهنا تكلف طبيبة نفسية موجودة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي من التأكد عن طريق الفحص من ذلك[2].
- يفهم من أحكام المادة 118 من ق أ أن الكافل يمكن أن يكون ذكرا أو أنثى، ويمكن أن يكون أعزبا أو متزوجا أو أرملا أو مطلقا[3]، المهم أن تتوفر فيه الأهلية القانونية والقدرة النفسية والمادية على رعاية القاصر المكفول، لذلك يجوز للمرأة المطلقة أن تبقي على كفالة القاصر الذي تم كفالته أثناء قيام الرابطة الزوجية غير أن انتقال المكفول للعيش معها يسقط نفقته على الزوج المطلق وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 10 مارس 2012 جاء فيه: " حيث أن المبدأ: أن الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وفقا لنص المادة116 من ق أ، وأن المطعون ضده الكافل إذا كان ملزما بذلك بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه، فإن ذلك مقيد بأن تكون المكفولة تحت حضانته ورعايته، وبالتالي طالما أن البنت تعيش مع مطلقة الكافل الطاعنة، فإن واجب الرعاية والنفقة يسقط عن الكافل ويؤول إلى المطلقة التي تطوعت وأخذت البنت المكفولة معها، لأن آثار الطلاق وما يترتب عنه من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام هنا على وجه التبرع ولا ينتج هذا الالتزام أثره إلاّ إذا كان هذا المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل، مما يجعل هذا الوجه غير سديد ويستوجب الرفض..."[4] .

غير أن ما يلاحظ في هذا القرار أنه اغفل بحث مسألة جوهرية تتعلق بإنهاء الكفالة حيث لا يمكن للمرأة المطلقة أن تقوم بكفالة البنت إلاّ وفق إجراءات قانونية تتمثل أولها في ضرورة تنازل الكافل عن

---

[1] Ghaouti benmelha, Ibid, p 272.

[2] إيمان حدوسي، مرجع سابق، ص 24 . مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 520.

[3] Ghaouti benmelha, Ibid, p 272.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 613481، م م ع، ع1، 2012، ص 292.

الكفالة وبالتالي إنهائها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 125 من ق أ، حينها تقوم بطلب كفالة البنت.

والملاحظ في هذا القرار أن المحكمة ارتكزت عن البحث عن محل إقامة الكافل لترتيب التزامات الكفالة؛ في حين أغفلت البحث في الصفة القانونية لكل من الزوج المطلق والزوجة المطلقة فعقد الكفالة هو الذي يحدد المراكز القانونية التي على ضوئها تترتب الالتزامات القانونية المتعلقة بها، وعليه حتى وإن أخذت المرأة المطلقة البنت المكفولة فإن كفالتها لها هي كفالة فعلية وغير قانونية ولذلك لا يمكن تملص الكافل من التزامه القانوني بالإنفاق مادام لا يزال قانونا هو الكافل.

وعليه يمكن القول أن نفقة المكفول قد تسقط عن الزوج المطلق في حال ما إذا ذهب المكفول إلى العيش مع الزوجة المطلقة شرط أن يتنازل الكافل أو ينهي كفالته، كما يجب بسط الرقابة القانونية في ما يتعلق بمدى توفر شروط الكفالة في المرأة المطلقة وخاصة قدرتها على إدارة أمور القاصر ورعايته نفسيا وماديا حتى تكون هناك استمرارية في الرعاية والحماية .

- يشترط أيضا انعدام المانع القانوني الذي يحول دون القدرة على القيام بمهام الكفالة؛ لذلك يشترط في الكافل وزوجه إن كان متزوجا أن يكونا صالحين أخلاقيا لكفالة القاصر لأنهما سيكونان قدوة له، وعليه لا يمكن لمن حكم عليه بجرائم أخلاقية تمس الأطفال أن يقوم بكفالة القاصر؛ بل وحتى الشخص الذي يكون له عداوة مع أهل الطفل المراد كفالته، فهذا الشرط الأخير وإن لم يذكر صراحة في قانون الأسرة إلاّ أنه يدرج ضمنا كما سبق بيانه ضمن الأهلية والقدرة على الرعاية؛ وما يدعم هذا القول اشتراط صحيفة السوابق العدلية للكافل ضمن ملف الكفالة[1]، وهذا من أجل حماية القاصر المكفول حتى لا يكون ضحية جديدة لهم أو لصراعات عائلية تكون بين طالب الكفالة وأهل المكفول.

[1] نص المشرع المغربي بموجب المادة 9 من قانون 15. 01 على هذه الشروط بنص صريح حيث اشترط: صلاحية الزوجين الكافلين أخلاقيا واجتماعيا، وقادرين ماديا على الإنفاق على المكفول، وذلك من خلال وجوب خلو صحيفة السوابق العدلية من أي عقوبة بسبب جرائم أخلاقية أو ضد الأطفال، وكذلك عدم وجود نزاع بين الكافل وأولياء المكفول أو أهله .

يمكن القول أن تشديد القانون في ما يتعلق بالشروط المطلوبة في الكافل هو بذاته حماية للقاصر الذي راعى فيها المصلحة الفضلى له وهذا حتى يحظى المكفول برعاية شاملة ودفء عائلي يعوضه عن الحرمان .

أما عن منح الكفالة لشخص طبيعي كأصل عام ومنحها استثناء للمؤسسة العمومية هو يأتي أيضا من باب المحافظة على القاصر وذلك لأنه مهما بلغت عناية المؤسسات والقائمين عليها به، فإن النظام الداخلي المفروض عليه يجعله في ضائقة نفسية وروتين يومي يؤدي به في غالب الأحيان إلى التمرد ومحاولة الهرب والخروج لاكتشاف العالم الخارجي بحرية دون التقيد بساعات معينة، ولعل هذا من الأسباب التي أدت بالدولة إلى تشجيع كفالة الأطفال من طرف الأسر وهذا لخلق أسرة بديلة له تجعله يعيش بطريقة عادية مثله مثل كامل من هم في عمره.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بإنشاء عقد الكفالة

بعد بيان الشروط القانونية المتعلقة بالكافل المكفول سنحاول في هذا المقام بيان كيفية نشوء عقد الكفالة وما يتطلبه من اجراءات قانونية من خلال الوقوف على الجهة المختصة بإبرام عقد الكفالة أولا، وكيفية تكوين الملف الإداري المتعلق بها ثانيا.

أولا: الجهة المختصة بتحرير أو إنشاء عقد الكفالة

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المادة 117 منه نصت على منح هذا الاختصاص إلى جهتين وهما المحكمة وكذا الموثق وجعلت للأطراف الخيار في التوجه إلى احداهما، دون أن تبين إلى من يؤول الاختصاص الإقليمي: هل يكون للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الكافل أم المكفول؟ وكذلك الأمر بالنسبة للموثق.

كما أن من أهم ما يلاحظ في هذا الشأن ما تضمنته أحكام المادة 116 من ذات القانون التي تقضي بأن الكفالة تكون بموجب عقد شرعي، وكما هو معلوم فإن إنشاء العقود وتوثيقها هي مهمة أصيلة للموثق ولا تدخل ضمن اختصاص القضاء وبالتالي نتساءل عن: دور المحكمة في هذا الجانب؟

إن هذا اللبس أجاب عنه المشرع ضمن ما جاء به في تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب قانون (08- 09) [1]، الذي نص على إجراءات الكفالة ضمن القسم السادس من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني المتضمن للإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية حيث نص بموجب المادة 492 على أن إنشاء عقد الكفالة هو من اختصاص قاضي شؤون الأسرة الموجود بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة.

إن استحداث المشرع هذا النص أدى إلى طرح إشكال يتعلق بمصير المادة 117 من ق أ؟ ودور الموثق في عقد الكفالة ؟ وهل يعد هذا النص إلغاء ضمني لأحكامها؟

كما هو معلوم فإن القانون من حيث موضوعه يقسم إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي، وبما أن قانون الأسرة يدخل ضمن القسم الأول فهو يحدد المراكز القانونية ويبين على ضوئها الحقوق والواجبات، وقانون الإجراءات المدنية يدخل ضمن القسم الثاني الذي يبيّن كيفية حماية هذه المراكز القانونية ويبيّن الجهة المختصة بذلك[2]، فإن هذا يقود إلى القول أن كلا القانونين مكمل للأخر، وعلى ضوء ذلك يرى بعض شراح القانون أن المادة 492 من ق إ م إ تضمنت أحكاما موضوعية تتعلق بالكفالة من خلال حصر تحريرها في يد قاضي شؤون الأسرة ومنحه الرقابة القضائية عليها[3] وهي بذلك قد ألغت بشكل ضمني أحكام المادة 116 و117 من ق أ.

وما يمكن قوله من خلال استقراء أحكام المادة 492 وما يليها من ق إ م إ أن المشرع لم يخرج عن الدور الأصيل لقواعد هذا القانون باعتباره قانون إجرائي لأنه نص على اختصاص ودور قاضي شؤون الأسرة في عقد الكفالة وهو الأمر الذي تضمنته أحكام المادة 117 من قانون الأسرة ، ويمكن تفسير موقف المشرع في النص على هذا الجانب الإجرائي ضمن قانون الأسرة لكون المشرع في تلك الفترة لم يأتي بقانون إجرائي مستقل يعالج الجوانب الإجرائية المتعلقة بالأسرة إلاّ في سنة 2008، في حين الاعتداء على الوظيفة القانونية لكلا القانونين تكمن في تعديل الطبيعة القانونية لهذا العقد، حيث أن المادة 116 من ق أ تنص على أن الكفالة هي "عقد شرعي" والمعلوم أن تحرير العقود ليس من اختصاص القاضي لذلك نص المشرع بموجب المادة 492 أن الكفالة تكون بموجب أمر ولائي يصدر

[1] قانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية الإدارية .

[2] علاوة بوتغرار، خدروش الدراجي، مرجع سابق، ص 40.

[3] وهو ما سيتم التفصيل فيه ضمن الباب الثاني من هذه الدراسة.

بناء على عريضة تتضمن طلب الكفالة وهنا تعديل وإلغاء ضمني لطبيعة الكفالة وصورة إنشائها، لذلك حاول القضاء الإبقاء على الطابع القانوني المنصوص عليه ضمن قانون الأسرة وكذا تطبيق النص الإجرائي وذلك من خلال إبقاء مصطلح عقد الكفالة لكن تكون من طرف القضاء[1].

وبذلك يكون قاضي شؤون الأسرة قد انفرد بكل ما يتعلق بالكفالة من إنشاءها إلى غاية إنهائها؛ وغُلت بذلك يد الموثق في تحريرها. وعليه فإن ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو إلغاء ضمني لأحكام الكفالة الواردة في قانون الأسرة إذ لم تعد من اختصاص الموثق نظرا لجملة الضوابط القانونية التي نص عليها كما أن ما ورد في أحكام المادة492 أعلاه يدخل ضمن القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها عكس ما ورد في أحكام المادة 117 من ق أ[2].

ثانيا: تكوين ملف الكفالة

لقد تم القول في ما سبق أن هناك إجراءات قانونية تتعلق بإنشاء عقد الكفالة، حيث تم بيان الجهة المخولة قانونا بإنشاء هذا العقد، غير أن اللجوء إلى هذه الجهة يتطلب إحضار وثائق ومرفقات بغية إتمام الإجراءات المتعلقة بهذا العقد، حيث يعمل طالب الكفالة على تكوين ملف إداري يقدم للقاضي والذي على ضوئه يقوم هذا الأخير بتحرير الكفالة. وهنا يجب الإشارة إلى أن تكوين هذا الملف يختلف بحسب الوضعية العائلية للقاصر المراد كفالته وهذا كالآتي:

1- بالنسبة للقاصر معلوم النسب[3]:

- طلب خطي للكافل
- شهادة ميلاد الكافل
- تصريح أبوي بالموافقة على الكفالة
- شهادة ميلاد القاصر
- شاهدان

---

[1] لا بد من التنبيه أنه وقبل اسحداث المشرع للمادة 492 وما يليها فإن هناك من الجهات القضائية من كانت تقوم بإنشاء هذا العقد بالرغم من صراحة نص المادة 117 من ق أ. أنظر في ذلك: الملحق رقم01، ص ص 517، 518

[2] علاوة بوتغرار، خدروش الدراجي، مرجع سابق، ص42.

[3] علال قاشي، مرجع سابق، ص 531. مسعودة عمارة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 2، الجزائر، مج1، ع1، 2011 ، ص 74.

- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للولي باعتباره الممثل القانوني للقاصر
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للكافل
- شهادة عائلية للكافل
- شهادة عائلية لوالدي القاصر المكفول
- شهادة عمل
- طابع جبائي 500دج
- طابع جبائي20دج.

2- بالنسبة للقاصر مجهول النسب:

على خلاف القاصر معلوم النسب فإن كفالة الطفل مجهول النسب تتم وفق إجراءات أكثر تعقيدا كون الكافل يمر أولا بمرحلة أولية تتضمن تقديم طلب الموافقة على كفالة الطفل للمؤسسة الطفولة المسعفة الحاضنة للطفل حيث يخضع هذا الطلب إلى الفحص من قبل اللجنة الولائية المكلفة باتخاذ القرار حول طلبات الكفالة.

ويتكون ملف طلب الكفالة المقدم إلى مديرية النشاط الاجتماعي من نسختين أحدهما أصلية والأخرى مطابقة للأصل ويتضمن الوثائق الآتية:

- طلب خطي مقدم وممضي من طالب الكفالة وزوجه.
- استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي تتضمن كل ما تمت به المساعدة الاجتماعية من تحقيق حول الوضعية الاجتماعية والاقتصادية وكل ما يتعلق بطالب الكفالة حيث تكون هذه الاستمارة مملوءة بشكل دقيق من طرف المساعدة الاجتماعية تتضمن رأيها الصريح في طلب الكفالة وترفق بإمضاء مدير النشاط الاجتماعي للولاية.
- استمارة التحقيق النفسي وتقوم بها اخصائية نفسية للتأكد من القدرة النفسية ومدى قابلية وقدرة طالب الكفالة على الرعاية الفعلية للقاصر المكفول[1].
- شهادة ميلاد الكافل وزوجه
- شهادة عائلية للكافل أو شهادة الحالة المدنية للعازبات

[1] مسعودة عمارة، مرجع سابق، ص 74.

- شهادة السوابق العدلية لكلا الزوجين
- شهادة عمل وكشف الراتب لثلاثة أشهر الأخيرة أو نسخة من سجل تجاري.
- شهادة الإقامة
- صورة شمسية للكافل
- شهادة طبية تثبت الحالة الصحية للزوجين[1]

بعد دراسة ملف طالب الكفالة من طرف مديرية النشاط الاجتماعي والموافقة عليه تمنح له شهادة الوضع ومقرر الوضع الذي على ضوئه يتم تحرير عقد الكفالة بصفة نهائية أمام قاضي شؤون الأسرة والذي يكوّن ملفها بالمرفقات الآتية:

- طلب خطي للكافل
- شهادة ميلاد الكافل
- شهادة ميلاد المكفول القاصر
- شهادة الوضع الصادرة عن مديرية النشاط الاجتماعي
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للكافل
- شهادة عائلية للكافل
- شهادة عمل
- طابع جبائي 500دج
- طابع جبائي20دج

إن التشديد في الإجراءات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل مجهول النسب يأتي من باب الحرص على هذه الفئة حتى لا تكون محل استغلال من طرف الكافل لأن هذا الأخير يعد غريبا عن الطفل المكفول ولا تربطه به أي صلة، لذلك اقتضت مصلحته الفضلى إحاطة كفالته بجملة من الضمانات تتمثل في التحقيقات التي تجريها الجهة الحاضنة له لتتأكد من جدية الطلب والقدرة على رعايتهم تشفع بعد ذلك بعقد رسمي يحدد المراكز القانونية للكافل والمكفول، بخلاف الإجراءات التي تتبع في كفالة الطفل معلوم النسب التي تتطلب فقط الموافقة الصريحة لأبويه بعدها يحرر العقد الرسمي لها. والسبب في تخفيف

[1] إيمان حدوسي، مرجع سابق، ص 51.

الإجراءات في هذه الحالة هو كون الكافل غالبا ما يكون من أقارب الطفل المكفول كأن يكون عمه أو خالته أو جدته وغيرهم من الأقارب خاصة في حالة ما إذا كان القاصر المراد كفالته يتيما.

ويجدر التنبيه هنا إلى حالة أخرى تتمثل في الطفل الذي يكون معلوم الأم والتي تقوم بوضعه بموجب قرار تخلي مؤقت في مؤسسة الطفولة المسعفة لفترة زمنية حتى تدبر أمورها وتقوم بأخذه، فإن هذا الطفل لا يكون محلا للكفالة إلاّ إذا تم التخلي النهائي عنه ومدة الانتظار هو ثلاثة أشهر كاملة من تاريخ ميلاد الطفل بعدها يكون قرار التخلي نهائي مما يسمح بكفالته، لأن هناك كثير من الأمهات العازبات تقوم بذلك تحايلا على القانون بتقديم طلب لقاضي الأحداث على أساس الخطر المعنوي لوضع هذا الطفل في دار الطفولة المسعفة ثم يغادرن دون رجعة[1].

المطلب الثالث: الآثار القانونية للكفالة

إذا ما نشأ عقد الكفالة صحيحا مطابقا للشروط والإجراءات القانونية فإنه بذلك تنشأ مراكز قانونية تتحدد على ضوئها الحقوق والواجبات التي تقع على أطراف العلاقة من كافل ومكفول، وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال بيان الوضعية القانونية لكل من الكافل والمكفول والآثار القانونية المترتبة عن هذا الوضع القانوني ومدى تجسيد الحماية الفعلية للمكفول عن طريق ذلك، وعليه سنتطرق إلى الالتزامات المترتبة على الكافل والتي هي في المقابل تعد حقوقا للمكفول (الفرع الأول) ثم بيان حقوق القاصر المكفول و ذلك في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حقوق وواجبات الكافل

باعتبار أن الكفالة تصرف قانوني ملزم لجانب واحد مبني على نية التبرع ؛فإنه وكسائر التصرفات المدنية رتب عليه المشرع آثار تتصرف إلى أطرافه ،حيث أن هناك حقوق للكافل من ذلك حق حضانته للمكفول وكذا الولاية عليه اتجاه المكفول، كما أن هناك التزامات تقع على عاتق الكافل، وعليه سنحاول في هذا الفرع بيان هذه الحقوق والواجبات وهذا كالآتي:.

[1] محمد أمين رحايلية، مرجع سابق، ص 384.

أولا: إنتقال الولد المكفول إلى حضانة الكافل

من أهم الآثار المترتبة على الكفالة تنفيذ ما ورد في بنود عقدها بشكل فعلي وواقعي من خلال إسناد حضانة المكفول وتسليمه إلى الكافل، فهذا الانتقال أو التسليم يعد البداية الفعلية لممارسة الكفالة، إذ لا يعقل أن نطالب الكافل بتنفيذ الالتزامات الواردة ضمن المادة 116 من ق أ والمتمثلة في رعاية وتربية وحفظ المكفول دون أن يكون هذا الأخير تحت وصاية وأمام مرأى الكافل.

إن تحقيق الغاية من الكفالة يقتضي إذا الإسناد الواقعي للمكفول، غير أنه وبالرغم من أهمية هذه المرحلة في ترتيب آثار الكفالة إلاّ أن المشرع لم يحطها بالضمانات الكافية لحماية القاصر المكفول لكونه لم ينص ولم يبين الإجراءات القانونية التي تتم بها .

ولذلك هناك من يرى أنه يتوجب على المشرع النص على كيفية الإسناد من خلال النص على وجوب حضور أطراف العقد بما في ذلك أهم أطرافه وهو القاصر المكفول، وأن يتم ذلك بحضور وكيل الجمهورية باعتباره ممثل الحق العام، إضافة إلى الشهود الذين حضروا العقد ويتم تحرير محضر بالتسليم يوقعه جميع الأطراف ، انتهاجا بما هو معمول به في المغرب الشقيق حيث تتم عملية الإسناد بموجب محضر يحرر في ثلاث نسخ يوضع أحدها لدى قاضي شؤون القاصرين، والثانية تمنح للكافل والثالثة تحفظ في الملف، ويتضمن هذا المحضر هوية الكافل والمكفول وهوية الحاضرين وساعة وتاريخ التسليم وتوقيع العون المنفذ والكافل[1].

ثانيا: الولاية القانونية على المكفول

ونص عليها المشرع بموجب المادة 121 من ق أ بقوله: " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي ".

يتضح من خلال أحكام المادة 121 أعلاه أن المشرع قد خول للكافل بموجب الكفالة سلطات ووظائف الولي الشرعي من خلال منحه حق الولاية على نفس القاصر المكفول وعلى ماله، وهو أمر

[1] أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015، ص 270.

مسلم به خاصة فيما يتعلق بالولاية على النفس إذ أنه لا يمكن تطبيق أحكام المادة 116 من ذات القانون في حال غياب هذه المكنة القانونية[1].

وعلى ضوء هذا يمكن بيان مشتملات هذه الولاية وتحديد سلطات ووظائف الكافل باعتباره وليا شرعيا:

1- السلطة الأبوية على القاصر المكفول:

باعتبار أن الولاية شرعت أساسا للحفاظ على القاصر ورعاية شؤونه ومصالحه فإنها غالبا ما ترتبط بالسلطة الأبوية التي هي علاقة تربط الصغير بوالديه وخاصة الأب باعتباره رب الأسرة، فمنشأ هذه العلاقة في الأصل يكون رابطة الدم أو النسب[2]؛ غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء بيّنته أحكام المادة 116 من قانون الأسرة التي أعطت الكافل سلطة أبوية بقوة القانون – وليس بسبب علاقة النسب – على القاصر المكفول حيث نصت على أن :" الكفالة التزام على وجه التبرع **بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه** وتتم بعقد شرعي ".

إن الكفالة وإن شرعت بالأساس لحماية ورعاية القاصر المحروم من الدفء العائلي في حال ما إذا كان يتيما أو مجهول النسب، فإنها بالموازاة أيضا شرعت لصالح الكافل الذي حرم بسبب ما من الأبناء كأن يكون عقيما لا يستطيع الإنجاب فجعل المشرع هذه الوسيلة لتعويض كلا الطرفين عن هذا الحرمان، لذلك ارتقى المشرع بهذه العلاقة التي تربط الكافل بالمكفول إلى درجة رابطة الدم حتى تؤدي الكفالة الغرض الإنساني الذي شرعت لأجله، فكان بذلك إقرار بالسلطة الأبوية الافتراضية إن صح القول.

2- الرعاية النفسية للقاصر المكفول:

إن أهم ما يحتاج القاصر بشكل عام والمكفول بشكل خاص هو الحماية النفسية له بكل مشتملاتها والتي تدخل ضمن عناصر السلطة الأبوية، إذ أن هذه الرعاية هي أساس النشأ السليم والقويم، لذلك حرص المشرع على جعل هذا الأمر يدخل ضمن الالتزامات التي تقع على الكافل بموجب الولاية القانونية

[1] خالد بوزيد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم، الجزائر، ع4، جوان 2017، ص 258.

[2] غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 158.

الممنوحة له على القاصر المكفول طبقا لنص المادة 121 من ق أ، وتشمل الرعاية النفسية للقاصر وطبقا لما هو منصوص عليه في المادة 116 من ق أ في:

أ- تربية وتعليم الولد المكفول:

حيث يتوجب على الكافل تربية الولد تعليمه المناهج الاسلامية وتكوين شخصيته بما يتوافق والقيم الدينية؛ وهو المغزى من اشتراط المشرع الإسلام في الكافل[1].

والحديث عن التربية يقتضي بيان سهو المشرع عن ذكر دور زوج الكافل في ذلك خاصة إن كان القاصر المكفول صغير مما يستلزم حضانته والقيام بشؤونه من غسل وإرضاع ونوم ومراقبة وهذا لا يمكن القيام به إلا من قبل المرأة، فكان هنا على المشرع أن يتحدث عن دور زوج الكافل كشريك في الرعاية النفسية للمكفول.

ومما لا شك فيه أنه كما يقع على عاتق الكافل واجب تربية وتعليم وحرص على اختيار الأفضل له حرص الأب على ابنه؛ فإنه يقابل هذا الواجب حق التأديب في حدود القانون دون التمادي في ذلك لأنه يؤدي إلى المساس بالاستقرار النفسي للمكفول وشعوره بعدم الانتماء لذلك يكون تأديبه تأديب الأب لابنه.

ب- واجب مراقبة وحراسة الولد المكفول:

إن الالتزامات الناشئة بموجب عقد الكفالة تفرض على الكافل أن يكون على درجة كبيرة من الفطنة لكل ما يتعلق بالمكفول الذي تعهد بالحفاظ عليه كابنه الشرعي؛ لذلك يتوجب أن تكون له عين رقيبة على كل تصرفاته من مراقبته وكذا معرفة علاقاته ومن يقوم بالاتصال بهم[2]، ويزداد هذا الحرص من قبل الكافل إذا كان المكفول القاصر في سن المراهقة، وكان مجهول النسب لكون معرفة هذا الأمر في هذه الفترة له تأثير نفسي عليه مما قد يؤدي به إلى الانحراف سواء أكان فتى أو فتاة، لذلك فدور الكافل يبرز في هذه الفترة ومدى تأثير التربية الإسلامية له في تجنب ذلك.

---

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 602.

[2] غوتي بن ملحة ، مرجع سابق، ص 160. خالد بوزيد، مرجع سابق، ص 258.

ويقتضي واجب المراقبة والحراسة للقاصر المكفول أيضا تعيين موطن له وإمساكه في منزل الكافل وعدم تعريضه للخطر المعنوي، وفي حال مغادرته المسكن دون علم الكافل يتوجب على هذا الأخير إخطار السلطات المختصة بذلك.

والملاحظ في هذا المقام أن المشرع الجزائري نص على معاقبة الولدين أو أحدهم الذي يتخلى على التزاماته الأدبية والمادية المرتبطة بالسلطة الأبوية ومن ذلك تعريض الأطفال القصر لخطر معنوي وهو ما نصت عليه المادة 314-320 وكذلك المادة 1/330 من ق ع، وهنا يطرح التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق هذا النص على الكافل الذي تخلى عن التزاماته تجاه المكفول من ذلك إهمال القيام بواجب الرقابة و الحراسة مما أدى بالمكفول إلى الانحراف أو الجنوح أو هتك عرضه؟ أو هل يمكن في هذه الحالة إسقاط الولاية عنه وإنهاء الكفالة؟

بالرجوع إلى القانون المغربي في هذا السياق نجد أنه أورد فصلا يتعلق بالأحكام الزجرية في حال إخلال الكافل بالالتزامات حيث تطبق عليه ذات النصوص العقابية التي تعاقب الأب عن الإهمال العائلي لأسرته أو تعريض القاصر لخطر معنوي؛ بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث جعل هذا سبب من أسباب إلغاء الكفالة[1]، وهو الأمر الذي لم يتحدث عنه المشرع حيث وأثناء حديثه عن الالتزامات الناشئة عن عقد الكفالة لم يتعرض إلى هذا وهو قصور من جانبه، لأن هذه الثغرة القانونية من شأنها تعريض القاصر إلى الخطر المعنوي لأننا في حال الإهمال يمكن فقط رفع دعوى مدنية على أساس الإخلال بالالتزامات التعاقدية وكذلك الأمر في حال الإخلال بواجب الرقابة والحراسة .

ت-الرعاية المادية للقاصر المكفول:

تشمل الرعاية المادية للقاصر المكفول الإنفاق عليه والمشرع ذكر واجب الإنفاق الذي يقع على الكافل بموجب المادة 116 من ق أ، وهو يدخل ضمن التزامات الولي الشرعي للمكفول طبقا للمادة 121 من ق أ، غير أن المشرع لم يبين أحكام هذه النفقة وكذا مشتملاتها ضمن أحكام الكفالة مما يستلزم الرجوع إلى نص المادة 75 وما يليها من ق أ.

[1] أنظر في ذلك: المادة 25 و 30 من قانون 15. 01 المتعلق بحماية الأطفال المهملين.

وبالرجوع إلى نص المادة 78 من ق أ فإن نفقة المكفول تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، وتوفير المأوي له يحميه من التشرد، وكذا كل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ويستمر واجب الإنفاق على المكفول إذا كان ذكرا إلى غاية سن الرشد وتستمر في حال دراسته أو عجزه، إما إذا كانت فتاة فتستمر إلى غاية الدخول، كما يمكن أن تسقط النفقة بالاستغناء عنها بالكسب طبقا للمادة 75 من ق أ، وهنا نتساءل عن مدى امكانية الإنفاق على المكفول من ماله إن كان له مال وهذا قياسا على ما هو منصوص عليه ضمن المادة 75 من ق أ التي تخول للأب الانفاق على ابنه القاصر من ماله إن كان له مال، خاصة أن المادة 122 خولت له سلطة إدارة هذا المال؟

كما يطرح تساؤل آخر يتمثل في مدى إمكانية متابعة الكافل في حال إخلاله بواجب الإنفاق ؟

بالرجوع إلى القانون المغربي في مسألة الإنفاق على الطفل المكفول فإنه نص بموجب أحكام المادة 22 من قانون 15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه يخضع لأحكام النفقة المنصوص عليها في مدونة الأسرة، كما نص بشكل صريح على الوقت الذي ينتهي فيه هذا الالتزام، وكذا على الجزاء القانوني المترتب في حال الاخلال به[1]. في حين نجد أن المشرع الجزائري سكت ولم يجب على التساؤلات السابقة .

ث-سلطة تزويج القاصر المكفول:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة بموجب نص قانوني خاصة وأن المادة 2/11 من ق أ لم تبين في ترتيبها لأولياء القاصر حالة الكافل، إذ اكتفت بقولها الأقارب الأولين وهذا ينطبق على المكفول معلوم النسب والذي يمكن أن يكفل من أحد أقاربه فلا يثار بشأنه أي إشكال، لكن الإشكال يثور بالنسبة لمجهول النسب؟

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإننا نجد أنه أجاب على هذا الإشكال من خلال منح الكافل سلطة تزويج القاصر الذي في كفالته وهو موقف فقهاء المالكية[2]، أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري فيمكن

[1] أنظر في ذلك: المادة 30 من قانون15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

[2] يرى فقهاء المالكية بجواز تزويج الكافل لمكفولته وفق شرطان أحدهما مكوثها فترة عنده تستوجب شفقته وحنانه عليها كأنها ابنته الشرعية؛ والثاني أن تكون المكفولة دنيئة لا شريفة فهذه الأخيرة يتولى تزويجها الحاكم، غير أن هناك من فقهاء

أن نستخلصه –في ظل غياب نص صريح يقضي بذلك– من عموم نص المادة 121 من ق أ التي منحت الولاية للكافل دون تحديد، مما يعني شمولها ولاية الزواج وكذا يمكن تطبيق أحكام المادة 222 من ق أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة في كل ما لم يرد فيه نص، وهو الموقف الذي قال به الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا[1].

ج– إدارة الكافل لأموال الولد المكفول:

نصت المادة 122 من ق أ على أنه من واجب الكافل القيام بتسيير أموال المكفول الذي تحت كفالته بقوله: " يدير الكافل أموال المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة ". كما نصت المادة 121 أن الولاية القانونية على المكفول تخول للكافل قبض المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي.

يتضح من خلال أحكام المادتين أعلاه أن المشرع الجزائري وعند منحه الولاية القانونية على مال القاصر المكفول فإنه بيّن بجانب ذلك مصادر هذا المال الذي يمتلكه القاصر وفق عدة أسباب؛ من ذلك أن يتم التبرع له بموجب عقد وصية أو هبة، كما يمكن أن يتحصل عليه بطريق الميراث أو بموجب عقد الكفالة من خلال منح الدولة له منح عائلية أو دراسية بموجب هذا المركز الذي يحل فيه في مركز الولد الأصلي، غير أن المشرع أهمل مصدرا آخر ويتمثل في التنزيل[2].

ويجدر الذكر هنا أن المشرع تكلم عن حق الكافل في تسيير وإدارة أموال المكفول والتي تشمل الانتفاع والتصرف القانوني من خلال استثمار هذه الأموال وتوظيفها بما ينفع القاصر وينمي ماله[3]، غير أنه لم يبين الاجراءات التي على ضوئها تتم إدارة هذه الأموال وهل يخضع في ذلك إلى الرقابة القضائية؟

المالكية من قال أن ولاية الكافل عامة تشمل كليهما، وفي حال كان الكافل امرأة فإنها لا يجوز لها أن تباشر العقد لكن لها أن توكل رجلا عنها ليباشر العقد. لتفصيل أكثر راجع: عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص ص 22، 23.

[1] مرجع سابق، ص 618. راجع أيضا: بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 467.

[2] وسيتم تفصيل ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

[3] علاوة بوتغرار، خدروش الدراجي، مرجع سابق، ص 43. كمال لدرع، مرجع سابق، ص 603. غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 206. لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 618.

ح- إشكالية السفر بالمكفول وعلاقتها بالولاية القانونية:

لم يتطرق المشرع إلى حق الكافل في السفر بالمكفول سواء كان معلوما أو مجهول النسب حيث اكتفى بمنح الولاية القانونية للكافل بشكل عام دون تحديد، الأمر الذي يستدعي طرح تساؤل يتعلق بمدى إمكانية توظيف أحكام المادة 69 من ق أ المتعلقة بسفر الحاضن بالمحضون؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل فإننا وعلى سبيل مثال بالرجوع إلى أحكام التشريع المغربي وفيما يتعلق بهذه المسألة نجد أنه أجاب على السؤال بالتدقيق بموجب المادة 24 من قانون 15. 01 حيث سمح للكافل السفر بالمكفول للإقامة الدائمة في الخارج شريطة الحصول على ترخيص قضائي مسبق من طرف قاضي شؤون القاصرين ، يراعي القاضي عند منحه لهذا الترخيص مصلحة كلا الطرفين الكافل والمكفول.

ويلاحظ في هذا المقام أن الرقابة على مصلحة القاصر ومراعاتها تكون من اختصاص القاضي داخل الوطن؛ أما إذا تمت الموافقة على السفر بهذا القاصر المكفول فإنه في هذه الحالة وحتى تستمر الرقابة على الكافل ومدى الوفاء بالتزاماته وحمايته ورعايته للقاصر حتى لا يكون محل استغلال اقتصادي بكافة صوره؛ فإنه فرض على القاضي بموجب المادة 24 من قانون15. 01 وجوب تبليغ نسخة من هذا الإذن القضائي إلى مصالح القنصلية في الخارج التابعة لمقر إقامة الكافل حتى يتم تتبع وضعية الكافل ومدى الوفاء بالالتزامات القانونية تجاهه، كما أنه يجوز في حالة أي خطر معنوي أن تقوم هذه المصالح بمراسلة قاضي شؤون القاصرين عن طريق تقارير تبين فيه هذه الوضعية ، حيث بموجب هذه التقارير يمكن للقاضي القيام بأي إجراء أو تدبير لحماية هذا القاصر محل خطر معنوي من ذلك إلغاء الكفالة.

إن المشرع المغربي منح للكافل رخصة السفر بالمكفول لكنه وحماية للقاصر المكفول فإنه فرض رقابة على الكافل من قبل القنصلية في الخارج التي يقع عليها واجب تتبعه لمدى تنفيذ التزاماته.

أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإننا نجد أنه لم يقم بذكر هذه الأحكام إطلاقا في الفصل المتعلق بالكفالة، حيث منح للكافل ولاية عامة على المكفول دون ضبط لها؛ الأمر الذي يقودنا إلى البحث في مدى جواز تطبيق نص المادة 69 من ق أ الذي يقضي : " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون ".

بالرجوع إلى أحكام الكفالة يمكن القول أن منح الكافل حق الولاية على القاصر المكفول يدخل في مضمونها حق حضانته ولذلك يعد الكافل في مركزين قانونيين كونه كافلا وحاضنا؛ وعليه إذا ما تم إعمال هذا النص لسد الفراغ التشريعي المتعلق بهذه المسألة يمكن القول أنه يجوز للكافل أن يقوم بطلب رخصة من القاضي للسفر بالمكفول باعتباره حاضنا له، وهنا تتدخل السلطة التقديرية للقاضي في منح هذا الإذن من عدمه والتي يكون مناطها مصلحة الطفل المكفول الذي هو في نفس الوقت محضون.

غير أن الإشكال الذي نصطدم به عند تطبيق هذا النص هو أن المشرع ربط منح الإذن بالسفر بتثبيت الحضانة وإسقاطها في حالة رفضه الترخيص له بالسفر بالمحضون ، وبالرجوع إلى أحكام المادة 124 و 125 من ق أ نجد أنها لم تذكر هذه الحالة ضمن صور إنهاء الكفالة مما يجعلنا في تعارض – في هذه النقطة – بين أحكام الكفالة وأحكام الحضانة وهنا نتساءل حول مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في إسقاط الكفالة عن الكافل بسبب عدم الترخيص له بالسفر بالمكفول؟

إن حماية القاصر المكفول تستلزم إحاطته بكافة الضمانات القانونية التي من شأنها حفظه وسلامته ماديا ونفسيا وعلى ضوء ذلك فإن السفر به كما يفترض فيه إيجابيات قد يحتمل سلبيات له من ذلك إمكانية تعريضه للخطر من خلال استغلاله اقتصاديا من طرف الكافل كالتسول به أو المتاجرة به وغيرها، فلا بد إذا أن تكون عين القاضي رقيبة على هذا الأمر خاصة أنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم القنصلية الجزائرية في الخارج من تتبع وضعية هذا المكفول، لذلك نقترح في هذه المسألة وحذوا بالمشرع المغربي النص بشكل صريح على مضمون وأسس هذه الولاية القانونية من خلال:

- النص على أحكام النفقة بشكل منفصل ضمن الفصل المتعلق بالكفالة .
- النص على الآليات القانونية المتعلقة برقابة الولاية على مال القاصر المكفول ضمن أحكام الكفالة .
- النص بشكل مفصل على أحكام حضانة الطفل المكفول ومدى حق الكافل بالسفر به والضمانات القانونية المتعلقة بذلك من ذلك تكليف القنصلية الوطنية في الخارج الواقع في دائرتها إقامة الكافل بتتبع وضعيته .

الفرع الثاني: حقوق القاصر المكفول

إن الالتزامات التي رتبها المشرع بموجب عقد الكفالة على الكافل هي في المقابل حقوق للكافل، غير أن ما سيتم الحديث عنه هنا هو: مدى إمكانية المكفول الاستفادة من بعض الحقوق المادية والمعنوية بموجب عقد الكفالة ؟ خاصة وأنه يمنح للكافل حق الولاية القانونية على المكفول– والتي هي واجب في نفس الوقت عليه – وأيضا يضع المكفول في مرتبة الابن الشرعي للكافل، فهل يعني هذا إمكانية حمل لقب الكافل وكذا ميراثه منه ؟

أولا: مدى حق القاصر المكفول في النسب:

لقد كفلت الشريعة الإسلامية ومن بعدها التشريعات الوضعية للطفل كافة الحقوق الإنسانية بدء من حقه في الحياة وهذا يستلزم أن يكون له تباعا الحق في النسب وهو الانتساب إلى أب وأم وفق رابطة الدم، فمنح الطفل هذا الحق هو إحياء له ومنع له من ضياع حقوقه، وهذا هو الأصل؛ غير أنه في حالة جهل هذا النسب فإن الشريعة الإسلامية لم تصنفه بالمنبوذ كما أنها لم تحمله وزر من كان ثمرتهم بدليل قوله تعالى:﴿ **وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى** ﴾[1]، كما أن الشريعة الإسلامية بينت هذا الانتماء بقوله تعالى:﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ** ﴾[2].

وقد جاءت أحكام التشريع الوضعي مسايرا لمنهج الشريعة الإسلامية حيث كفل هذه الحقوق؛ من ذلك حق الشخص في أن يكون له اسم ولقب عائلي ينتسب إليه بقوة القانون مادامت العلاقة الشرعية قائمة والبنوة ثابتة بقوة القانون طبقا لأحكام المادة 40 إلى 46 من ق أ، حيث أن لقب الأب يلحق أبناءه في هذه الحالة وهي مسألة متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها حيث جاء في المادة 28 من ق م أنه: " يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده ".

كما كفل من جانب آخر للطفل مجهول النسب هذا الحق لكن وفق ضوابط قانونية بينتها أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية بقولها:" يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي."

---

[1] سورة الأنعام : الآية 164.

[2] سورة الأحزاب: الآية 05.

إن ما تم بيانه سابقا يعد حكما عاما يتعلق بحق الطفل سواء كان معلوم أو مجهول النسب في الاسم واللقب، لكن الاختلاف بينهما يتمثل في الانتساب العائلي أو ما يسمى باللقب العائلي حيث أن الابن الشرعي وحده من يملك الحق في الانتساب إلى أبيه ، أما مجهول النسب فإنه لا يمكن أن يحمل لقب أي عائلة وإنما يختار له ضابط الحالة المدنية اسما ثلاثيا يكون آخرها هو لقبه ، وهذا الاسم واللقب هما ملتصقان بصفة دائمة بالشخص إذ لا يمكن التنازل عنهما ولا يمكن تعديلها إلاّ بموجب إجراءات قانونية، وفي حال وقوع الاعتداء عليهما يمكن للضحية القيام بمتابعة جزائية ضد مرتكب هذه الجريمة بتهمة انتحال اللقب استنادا إلى قانون العقوبات[1].

اتضح مما سبق أن للقاصر الحق في الاسم واللقب العائلي هذا الأخير منحه يكون وفق رابطة الدم وهي رابطة النسب وهو أساس التمييز بين الطفل معلوم ومجهول النسب.

إن هذا الحديث يقودنا إلى التساؤل عن: مدى إمكانية انتقال الحق في النسب بموجب عقد الكفالة؟ أي هل يجوز للكافل منح نسبه إلى المكفول بموجب عقد الكفالة؟

لقد أجاب المشرع عن هذا التساؤل بشكل صريح بموجب المادة 120 من ق أ بقوله :" يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية". فيتضح من أحكام هذه المادة أنه لا حق للمكفول في نسب كافله إذ يبقى المكفول محتفظا بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فإنه يبقى محتفظا باسمه الثلاثي الذي منحه له ضابط الحالة المدنية وطبقا لما هو منصوص عليه في المادة 64 من ق ح م بما منحه ضابط الحالة المدنية من اسم ولقب وصفة قانونية.

يتضح من أحكام المادة أعلاه أنها جاءت مسايرة للنصوص القانونية المتعلقة باللقب العائلي وتغييره من ذلك الأمر رقم (69- 05) والأمر الصادر في 20 فبراير 1976 والمرسوم التنفيذي رقم (71-157) المحرر في 3 يونيو 1971، غير أن ما جاء في المرسوم التنفيذي (92- 24) المؤرخ في 13 يناير 1992 والمعدل الأحكام المرسوم(71-157)[2]؛ قد سار بشكل مغاير لأحكام هذه المادة كونه أعطى

[1] أنظر في ذلك: المادة 247 من ق ع .

[2] المؤرخ في 3 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر ع 5، ص 138.

للكافل الحق في تغيير لقب الولد المكفول مجهول النسب بمنحه لقب الكافل وقد أثار صدور هذا المرسوم سجالات فقهية وهذا نتيجة غموض الطبيعة القانونية له وعليه سنبين أهم الأحكام التي تضمنها:

1- مضمون مرسوم التنفيذي رقم (92- 24):

أ- المجال الزمني لصدوره:

بالرجوع إلى الظرف التاريخي لصدور هذا المرسوم نجده أن هناك من يرى أنه جاء متزامنا مع ما شهدته الجزائر من أحداث سياسية في فترة صدوره ، والذي أدخل الجزائر في فوضى على كافة الأصعدة من ذلك الاعتداءات الجنسية المتمثلة في الاغتصاب؛ الأمر الذي ترتب عنه ميلاد أطفال مجهولي النسب نتيجة ذلك، ولذلك هناك من ذهب إلى اعتبارها أحد أهم الأسباب التي أدت إلى وجود هذا المرسوم[1].

غير أنه يمكن القول هنا أن هذه المأساة الوطنية لم تكن العامل الوحيد في ظهور هذه الفئة من الأطفال وإنما ظاهرة الأمهات العازبات والأطفال مجهولي النسب وإن كانت دخيلة على مجتمعنا إلاّ أنها موجودة وهي من الطابوهات، فهذه الظاهرة في تنامي حتى في ظل الاستقرار الأمني في الجزائر فحتى إلى سنة 2010 بلغ عدد الأطفال المولودين خارج مؤسسة الزواج حوالي 3200 طفل وتظل هذه النسبة غير دقيقة لكون هناك أمهات يفضلن وضع مولودهن خارج المؤسسات الاستشفائية إضافة إلى تخلصهن منهم عن طريق الإجهاض حيث أن الإحصائيات بينت أن قرابة 75000 ألف شخص يجهلون نسبهم الحقيقي في الجزائر[2].

إن نص المشرع على أحكام الكفالة هو من باب حماية هؤلاء الأشخاص الذين لا ذنب لهم، وهنا لا بد من التنويه أن على المشرع سن عقوبات ردعية وزجرية لمثل هذه الممارسات باعتبارها شاذة عن

[1] فريدة محمدي زواوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92- 24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الاسلامية ، المجلة القضائية، ع2، وزارة العدل، الجزائر، 2000، ص 69.

[2] علي لونيس، حنان ثوابتي، ظاهرة الطفولة المسعفة في الجزائر" الأسباب والعلاج "، مجلة المعيار، مكتبة اقرأ، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ج2، ع31، ص ص 495، 496.

المجتمع وليس بالتسليم بوجودها وإيجاد حلول لثمارها؛ فدمج هذه الفئة في المجتمع يكون بالقدر الشرعي ووفقا لضوابط شرعية ولا تكون الشفقة عليهم سببا للخروج عن هذه الأحكام والضوابط[1].

ب- لطبيعة القانونية للمرسوم التنفيذي (92- 24) والجهة المصدرة له:

لقد تضمن هذا المرسوم تعديلا لأحكام الأمر الرئاسي رقم (71- 157) المتضمن تغيير اللقب حيث أضاف أحكاما بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا الأمر والتي نصت على إمكانية أن يتقدم الكافل للطفل القاصر مجهول النسب من جهة الأب بطلب من أجل تغيير لقب هذا الولد باسم هذا الولد ولفائدته، وهذا حتى يتطابق لقبه مع لقب الكافل، وفي حال كانت أمه معلومة وعلى قيد الحياة فإن هذا الإجراء يستلزم موافقتها بموجب عقد شرعي يرفق بالطلب.

كما عدّل هذا المرسوم الإجراءات القانونية المتبعة في تغيير اللقب حيث وكاستثناء يعفى الشخص الذي قدم تغيير اللقب من نشر الطلب في الجرائد المحلية لمكان ولادته أو مكان سكناه[2]، كما أنها أيضا تجاوزت أهم الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالجهة المختصة بالفصل في الطلب وكيفية صدور قرار تغيير اللقب؛ حيث نصت ذات المادة المستحدثة في فقرتها الثانية على أن الاختصاص يؤول إلى رئيس المحكمة الذي يقوم بالفصل في الطلب بموجب أمر ولائي بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في الفقرة الثانية من المادة الأولى ،والمدة التي يتوجب على رئيس المحكمة مراعاتها في إصدار أمر تغيير اللقب هو ثلاثين "30" يوم الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل، إذا ما تم إصدار هذا الأمر من رئيس المحكمة فيتوجب في هذه الحالة التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليه القانون وهو ما ورد في المادة 5 مكرر1 من المرسوم التنفيذي، وهذه الإجراءات كما سبق القول هي استثنائية وبسيطة تتعلق فقط بطلب تغيير لقب المكفول ومطابقته للقب الكافل، في حين يبقى تغيير اللقب بشكل عام يخضع لإجراءات قانونية خاصة تتمثل في وجوب إرسال طلب مسبب إلى وزير العدل حافظ الأختام حيث يوجه هذا الأخير تكليف للنائب العام الواقع في دائرته مكان ولادة الطالب وهذا من أجل إجراء التحقيق بشأن جدية أسباب طلب تغيير اللقب، حيث يتم نشر هذا الطلب وهذا حتى يتمكن الغير

[1] Badra moutassem, mimouni, Article cité, p 72.

[2] وهو ما نصت عليه المادة 5 مكرر 2 المستحدثة بموجب ذات المرسوم.

وكل من له مصلحة من الاطلاع والحق في الاعتراض خلال مدة شهر من تاريخ النشر، وفي حال عدم الاعتراض فإنه يتم تغيير اللقب بموجب مرسوم رئاسي ينشر في الجريدة الرسمية[1].

بالتعليق على ما ورد أعلاه فإن أول ما يتم ملاحظته في هذا المرسوم أن الغاية التي جاء لأجلها بالأساس حماية القاصر المكفول وذلك بالاندماج الفعلي له في أسرة الكافل من خلال منحه لقب الكافل وبالتالي منحه شعور بالانتماء الفعلي لهذه الأسرة ولا يكون هناك حرج وخجل من انتمائه الأصلي؛ ويعد هذا من الأسباب التي أدت ببعض الفقه إلى تأييد ما جاء في هذا المرسوم[2].

بالرغم من أن هذا المرسوم جاء لحماية القاصر المكفول من خلال بعث الاستقرار النفسي والاجتماعي له من خلال تعديل وضعيته القانونية بمنحه لقب الكافل وهذا تسهيلا لحياته الاجتماعية من سفر ودراسة وعمل وغيره؛ إلاّ أن هناك غموض يكتنف الطبيعة القانونية لهذا المرسوم كونه لم يحدد ما إذا كانت الاستفادة من أحكامه تسري لصالح المكفول فقط أم تنتقل إلى أولاده؛ خاصة وأنه لم يبين ما إذا كان هذا حق استعمال أم حق شخصي يمكن نقله لأولاده؟

لم يجب المرسوم عن هذه المسألة لذلك تقول الدكتورة فريدة زواوي في هذا الشأن أنه: " نظرا لكون الغاية من تقرير هذا الحق هو حماية المكفول في مرحلة معينة فأرى بأنه حق استعمال فقط ، فهو لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من الامر رقم (70-20) المتعلق بالحالة المدنية إذ يبقى هذا الاسم الأخير مقيد في سجل الحالة المدنية ، ولا يستطيع نقل اسم الكافل إلى أولاده لأنه تقرر لاستعماله الشخصي فقط فهو ينقل لأولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية..."[3].

وهذا الموقف فيه الكثير من الصواب ذلك أن انتقال هذا الحق إلى الأولاد يجعل من الأمر تبني بمفهومه القانوني؛ وليس مجرد مطابقة للقب، إذ أن هذه الشبهة هي من أدت بكثير من الفقهاء إلى معارضة ما ورد في هذا المرسوم كونه لم يبين الضوابط القانونية المتعلقة بمطابقة لقب المكفول لكافله،

---

[1] مرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 يتعلق بتغيير للقب، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992 .

[2] قاشي علال، مرجع سابق، ص 535. فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص 77. كمال لدرع، مرجع سابق، ص 606 وما يليها.

[3] مرجع سابق، ص 75.

كما أنه لم يبيّن أمرا مهما للغاية وهو مدى إمكانية انتهاء الاستفادة من هذا الحق بانتهاء أو انقضاء عقد الكفالة.

إضافة إلى ما تضمنه من تجاوز للاختصاص كونه مرسوم تنفيذي صدر عن رئيس الحكومة مضمونه تعديل مرسوم رئاسي؛ وفي هذا اعتداء على مبدأ تدرج القوانين؛ وكذا مخالفة لأحكام الدستور كونه عدل وخالف القانون ويتمثل ذلك في مخالفته أحكام المادة 120 من ق أ التي تقضي باحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي. أيضا قد يسهى العون البلدي وضع مصطلح المكفول على هامش سجلات وعقود ومستخرجات الحالة المدنية مما يترتب عن ذلك آثار قانونية [1].

يمكن القول في الأخير أن حق القاصر المكفول في النسب هو ثابت بقوة القانون إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب فإنه يحتفظ بهذه الصفة كأصل عام حتى في حالة الكفالة وهذا طبقا للمادة 120 من ق أ، غير أنه إذا أراد الكافل أن يغير لقب هذا القاصر مجهول النسب لاعتبارات إنسانية فإنه يمكن أن يقوم بطلب تغيير لقبه طبقا للمرسوم التنفيذي (92- 24) ويكون للمكفول في هذه الحالة الحق في اللقب العائلي فقط دون الانتساب الفعلي للكافل ولا ينتقل هذا الحق لأولاده لأنه يصبح تبنيا بطريقة مستترة وفي ذلك تعدي على حقوق الله والعباد؛ كما أن مطابقة هذا اللقب لا يكون سببا في نشر الحرمة ومنع الزواج من أبناء وبنات الكافل ولا يكون سببا للإرث.

يمكن التنبيه في الأخير إلى مسألة مهمة وهي أن هناك من الثغرات القانونية ما قد تكون سببا للتحايل على أحكام القانون، لعل من أهم الثغرات القانونية التي يتوجب سدها هي وجوب نص المشرع على ضرورة إرفاق البطاقة الوطنية للشخص مع الدفتر العائلي كوسيلة قانونية لإثبات صفة الأبوة والأمومة عند وضع المولود لأن الخطر لا يكمن في أحكام المرسوم (92-24) الذي قيل فيها أنه يكرس التبني، لكن التبني الحقيقي يحدث بصورة متسترة قلما ينتبه لها وهو أن الكثير من الأشخاص يتحايلون على القانون بتقديم دفتر عائلي لعائلة أخرى عند وضع المولود حتى يسجل المولود مباشرة باسم العائلة دون أي إجراء آخر.

ثانيا: مدى حق المكفول في ميراث كافله

[1] عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، " د ط"، دار هومة، الجزائر، "د س ن"، ص 58 وما يليها. قاشي علال، مرجع سابق ص ص 535-536.

إن الحديث عن مدى أحقية المكفول في ميراث كافله يتطلب التمييز بين المراكز القانونية لكل من الكافل والمكفول، لذلك يمكن القول وكأصل عام فإن الكفالة لا تعد سببا من أسباب الميراث ذلك أن من أسبابه القرابة النسبية أو السببية طبقا للمادة 126 من ق أ، وعليه فإن كان المكفول مجهول النسب فإنه لا يمكن له الاستفادة من ميراث كافله والأمر كذلك بالنسبة لهذا الأخير حيث لا يمكنه الاستفادة من ميراث مكفوله وهذا بسبب انتفاء العلاقة النسبية بينه وبين الكافل[1]؛ غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء وهو حالة ما إذا كان المكفول معلوم النسب وتكون تربطه والكافل رابطة قرابة فإنه في هذه الحالة يمكن التوارث بينهما ليس بسبب عقد الكفالة وإنما استنادا لأحكام الميراث وقيام أسبابه، كما يمكن أيضا أن يكون التوارث بينهما في حال كان أحدهما زوجا للآخر وهذا أيضا استنادا إلى أحكام الميراث لتوفر أسبابه وهي الرابطة الزوجية، كما أن الكافل أيضا يمكن له الاستفادة من أحكام التنزيل إذا توافرت شروطه المنصوص عليها بموجب المواد من 169 إلى 172 من ق أ وهذا في حال ما إذا كان المكفول حفيدا للكافل توفي والده قبل أصله.

بالرغم من عدم أحقية المكفول في الاستفادة من ميراث كافله خاصة إذا كان مجهول النسب، فإن المشرع منح للكافل وسائل قانونية أخرى لتعويض المكفول عن ذلك من خلال منحه الحق في التبرع بجزء من ماله لصالح هذا الأخير من خلال عقدي الهبة والوصية؛ غير أن التبرع يكون في حدود ثلث المال لا غير وهو ما نصت عليه المادة 123 من ق أ بقولها:" يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع وإن ساير أحكام الوصية وحدودها طبقا لما هو وارد في المادة 184 و185 من ق أ؛ إلاّ أنه خالف أحكام الهبة التي هي عطاء غير مرتبط بمقدار معين وهو ما نصت عليه المادة 205 من ق أ[2]، وعليه فإن كان الأصل أن يهب الواهب كل ممتلكاته دون تقييد إلاّ أن هذا يرد عليه استثناء وهو أن لا يكون الواهب كافلا للموهوب له وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12-05-2011[3] .

---

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 608.

[2] قاشي علال، مرجع سابق، ص 533 . كمال لدرع، مرجع سابق، ص 603. فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق، ص72 . أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص ص 270، 271.

[3] راجع في ذلك ملف رقم: 620402، م م ع، ع2، 2011، ص 285، 286.

يمكن القول هنا أن المشرع وإن حرم المكفول من الحصول على ميراث كافله لأنه لا يوجد أسبابه؛ فإنه وحرصا على مصلحة المكفول وحماية له من التشرد والضياع في حال انتهاء عقد الكفالة منح له حماية مادية تحفظ نفسه من العوز والحاجة وتتمثل في حق الكافل في التبرع بجزء من ماله لصالحه، غير أنه يقترح على المشرع إجراء تعديل لأحكام المادة 123 من ق أ بجعلها: " **يجوز للكافل أن يوصي أو يهب للمكفول من ماله، ويخضع هذا التبرع إلى أحكام الهبة والوصية المنصوص عليها في هذا القانون** ".

إن حماية مصلحة المكفول بالدرجة الأولى هي مناط تشريع الكفالة ومراعاة مصلحته الفضلى هي ما استلزمت جملة من القواعد كرست لصالحه من خلال هذا العقد الذي بموجبه منحت ضمانات شكلتها آثاره من حقوق وواجبات تتعلق بالكافل والمكفول والتي بالنهاية تصب كلها في مصلحة القاصر المكفول.

الفصل الثانـي

الحمايـة الماليـة للقاصر

إن الحماية النفسية للقاصر ليست كافية وحدها إذا ما لم يتم دعمها بالحماية المادية له من خلال الحرص على رعاية ماله وتنميته حتى يبلغ رشيدا، فالحماية المالية للقاصر ماهي إلا مكمل للحماية النفسية له ولطالما ربطت الشريعة الإسلامية بينهما من ذلك قوله تعالى:﴿ **فضل الله المجاهدين بأموالهم وانفسهم على القاعدين درجة** ﴾[1]، وقوله كذلك:﴿ **إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ** ﴾[2].

كما أن أهمية هذه الحماية تكمن في ما يشكله المال من دور في حياة الإنسان وفي ذلك قال تعالى:﴿ **الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا** ﴾[3]، فالمال عصب الحياة والنسل هو أساس البشرية واستمرارها لذلك كانت الشريعة الإسلامية سباقة في تقرير هذه الحماية له حيث تكفّل بها الله عز وجل بدءا بدليل ما جاء في سورة الكهف:﴿ **وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنْزٌ لَهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَنْ يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنْزَهُمَا رَحْمَةً مِنْ رَبِّكَ وَمَا فَعَلْتُهُ عَنْ أَمْرِي ذَلِكَ تَأْوِيلُ مَا لَمْ تَسْطِعْ عَلَيْهِ صَبْرًا** ﴾[4] فخطورة الحفاظ على مال القاصر الضعيف جعلت من الله جل جلاله يتولاه حماية ورعاية له[5]، وهذه العناية هي أساس الحرص على المحافظة على أموال الضعفاء وتنميتها لما يحقق مصالحهم، بل ذهبت الشريعة الإسلامية إلى أبعد من ذلك بتحذيرها من التلاعب به وسوء إدارته لما له من أثر على ضياع القاصر حيث قال تعالى:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ**﴾[6] .

إن هذا المنهج الإسلامي الذي شرّع لحماية القاصر أنظمة شرعية تهدف إلى تكريس هذه العناية من خلال الولاية على مال القاصر والوصاية والقوامة هو ما اهتدى إليه المشرع الجزائري الذي أفرد جملة من النصوص القانونية لتعزيز هذه الحماية.

---

[1] سورة النساء: الآية 94.

[2] سورة التوبة: الآية 111.

[3] سورة الكهف: الآية 46.

[4] سورة الكهف: الآية 82.

[5] عبد السلام الرفعي، الولاية على المال وتطبيقاتها في الفقه المالكي، "د ط"، إفريقيا الشرق، المغرب، 2012، ص 10.

[6] سورة الإسراء: الآية 34.

إن مال القاصر لا يعتبر حقا خاصا به فقط وإنما هو حق عام لأن الدولة تكفلت بحمايته من خلال ما أوجدته من نصوص قانونية تنص على حفظ هذا المال وعدم اهماله أو التصرف فيه دون سند قانوني ولغير مصلحة القاصر، بل إن هذه النصوص اعتبرت كل ما يتعلق بمال القاصر من تصرفات تعد من النظام العام وتخضع لرقابة القضاء، فنتيجة لهذا الاهتمام تم وضع وسائل قانونية لحفظه وتنميته إلى أن يشب القاصر راشدا وتتمثل في كل من نظام الولاية والوصاية والتقديم وهي ذات الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لحماية المصالح المالية للقاصر.

وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل إبراز أوجه الحماية المقررة لحفظ مال القاصر من خلال بيان الدور الذي تلعبه كل من الولاية وكذا الوصاية والتقديم في ذلك، وبناء عليه تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهذا كالآتي:

المبحث الأول: الولاية على المال كنظام لحماية القاصر.

المبحث الثاني: دور الوصاية والتقديم في حماية مال القاصر.

المبحث الأول: الولاية على المال كنظام لحماية القاصر

بالرغم من اختلاف الفقه في تحديد وحصر أسباب الولاية على المال[1]؛ إلاّ أن الهدف منها واحد وهو حفظ المال من الضياع، لذلك كان من بين أسباب هذه الولاية القصر وضعف العقل لما ينطوي عليه من عجز في صاحبه[2]، وهو علة اهتمام الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي بالقاصر لأنه الشخص الأضعف وسط الهرم العائلي، حيث لم يُحط فقط برعاية نفسية وإنما امتد ذلك ليشمل رعاية ماله من خلال تشريع نظام الولاية عليه، حيث جُعل من الولي قيّما على إدارة ورعاية مصالحه المالية وكذا استثمارها وإنمائها والحرص عليها حتى يبلغ القاصر رشيدا حينها تدفع إليه ليتولى تسييرها بذاته، فعلة الولاية على المال كما سيأتي بيانه هو انعدام الأهلية أو نقصانها فإذا ما زال سببها ببلوغ القاصر سن الرشد فإنه بذلك يكون زوالها.

وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام الموضوعية للولاية على مال القاصر في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية وهذا في الفصل الثاني الذي عنونه بالولاية والذي قصد به شمول الولاية على النفس وعلى المال، وبين أحكامها بموجب المادة 87 وما يليها، حيث بيّن حالات قيامها وكذا أطرافها ونطاقها وحالات انتهائها.

---

[1] من أسباب الولاية على المال ما جاء في أحكام المادة 81 من ق أ : وهي انعدام الأهلية أو نقصانها لصغر السن، الجنون، العته، أو السفه. مع وجوب التذكير أنه في حالة الجنون والعته والسفه يتم الحجر القانوني على هؤلاء ويتولى بعد ذلك الولي أو الوصي الولاية القانونية؛ فعلة الحجر ليس نقصان الأهلية أو انعدامها وإنما قيام عارض من عوارض الأهلية وهو ما بينته المادة 101 إلى 108 من ق أ. هذه الأسباب هي ذاتها في الفقه الإسلامي مع بعض الاختلافات بينهم في ذلك ،حيث يحصرها الفقه المالكي والحنبلي في سبعة وهي: الصبا والجنون والتبذير والرق والفلس والمرض والنكاح في الزوجية، وهو ذات رأي الشافعية حيث ينقصون حالة واحدة وهي النكاح في الزوجية، أما الفقه الحنفي فيحصرها في ثلاثة وهي: الجنون والصبا والرق. لتفصيل أكثر راجع: الحطاب، مرجع سابق، ج 5، ص ص57، 58. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ابن قدامة، المقنع والشرح الكبير، ج20، ط1، هجر، الجيزة، مصر، 1996، ص ص 123-127. علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 589. أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى، قواعد الاحكام في مصالح الأنام، ج2، طبعة جديدة، كليات الأزهرية، القاهرة، 1992، ص 89 وما يليها.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 145. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 511.

وعليه سنبين في هذا المبحث المقصود بهذه الولاية من خلال تعريفها وتحديد مصادرها وطبيعتها القانونية وهذا في (المطلب الأول) في حين سنخصص (المطلب الثاني) للحديث عن عناصر الولاية على مال، ونتحدث عن وظيفة الولي على المال وحالات انتهائها في (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: مفهوم الولاية على المال

تعد الأهلية صلاحية تخول للشخص اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي كما سبق بيانه تنقسم إلى أهلية وجوب والتي يكتسبها الشخص منذ ولادته إلى غاية وفاته؛ وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإنشاء التصرفات القانونية ونفاذها، فالأولى الهدف منها منح الحق، أما الثانية فالهدف منها استعمال ذلك الحق[1].

والولاية ترتبط بالأهلية وجودا وعدما فمن كان كامل الأهلية كانت له الولاية على نفسه وماله وهو بذلك يمكن أن يكون وليا على غيره، وبما أن القاصر يملك أهلية الوجوب دون أهلية الأداء فإنه بالموازاة مع ذلك لا يملك الولاية على نفسه وماله فكان تباعا أن يكلف غيره بإنابته والإشراف على شؤونه المالية، حيث رخص له اكتساب المال؛ لكن لم يسمح له بإدارته والتصرف فيه لقصوره؛ لذلك نصب الولي راعيا ومديرا لأمواله وهذا حفاظا على مصلحته وحماية ماله من الضياع.

وعلى ضوء ذلك سنحاول بيان ما المقصود بهذه الولاية من خلال بيان تعريفها وهذا في (الفرع الأول) ثم بيان مشروعيتها وتمييزها عن بعض المصطلحات الشبيهة بها وهذا في (الفرع الثاني) ثم بيان طبيعتها الفقهية والقانونية وهذا في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الولاية على مال القاصر

يستوجب بحث تعريف الولاية على مال القاصر النظر في مدلولها اللّغوي بوصفها تتعلق بالمال، وكذلك النظر في مدلولها الاصطلاحي:

[1] توفيق حسين فرج، مدخل للعلوم القانونية، "د ط"، مؤسسة الثقافة الجامعية، " د م ن"، " د س ن"، ص 237 وما يليها.

أولا: التعريف اللغوي للولاية على مال القاصر

1- الولاية:

لقد سبق تعريف الولاية من الناحية اللّغوية بالقول: أنها النصرة والمحبة والقوة والسلطان وكذا القدرة والإشراف، وعليه يتطلب في الولي القدرة على التصرف والإشراف على الغير[1].

2- المال:

المال معروف وواضح، وبذلك فهو لفظ لا يحتاج للتعريف بل يفهم على لفظه، حيث يعرفه صاحب قاموس المحيط بقوله:" المال ما ملكته من كل شيء، وجمعه أموال"[2].

فالولاية على مال القاصر إذا تعني في اللغة: القدرة على الإشراف على ما يملكه الصغير وكان ذا قيمة مالية.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للولاية على مال القاصر

1- تعريف الفقه الشرعي:

يتفق الفقه الإسلامي في مضمون الولاية عموما وإن اختلفت المصطلحات المعرّفة لها على أنها سلطة منحها الشارع الحكيم للولي في تدبير شؤون المولى عليه لقصوره وضعف إدراكه.

فبالرغم من اختلافهم حول مفهوم المال – كما سيأتي بيانه – من حيث شموله المنافع من غيرها[3]، إلاّ أن مفهوم الولاية على مال القاصر عندهم فيه تقارب كبير إذ يكاد يجمع الفقه القديم والحديث على

---

[1] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 94.

[2] الفيروز أبادي، مرجع سابق، مادة مول ، ص 1059.

[3] إن مفهوم المال لدى فقهاء الحنفية وجمهور الفقهاء يتحدد أساسا حول تفسيرهم لهذا المال، حيث يرى الحنفية أن المنافع لا تدخل ضمن المال لأنها غير مقومة في ذاتها لذلك هي لا تورث؛ في حين يرى جمهور الفقهاء أن مصالح العباد تقوم على منافع الأشياء لا في صفتها لذلك يرون أن الانتفاع عنصر من عناصر المال لها قيمة مالية ذاتية وبذلك فالمنافع عندهم تدخل في الميراث. ورأي الجمهور هو راجح لدى الإمام أبو زهرة وغالبية الفقه المعاصر لأنه يشمل المفهوم الحديث للمال في الوقت المعاصر. لتفصيل أكثر راجع: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، "د ط"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 53.

أنها تعني:" سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء العقود، والتصرفات المالية[1] نافذة متى كانت لمصلحة من تحت الولاية، لأن الولاة إنما ينصبون في كل ولاية عامة أو خاصة للقيام بجلب مصالح المولى عليهم، وبدرء المفاسد عنهم، فأساس الولاية المصلحة تدور معها وجودا وعدما "، أو أنها " سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر تجعل تصرفات الأول نافذة في حق أموال الثاني، وحقوقه المالية في الحال و المآل، صيانة لها، أو لحقوق الأغيار عليها، لقيام موجب اعتبره الشرع كذلك " [2].

أو أنها: " سلطة شرعية يتمكن بها الشخص من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها على الوجه الأكمل "[3].

كما عرفها آخر بأنها: " الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإجارة والرهن وغير ذلك "[4].

والملاحظ على هذه التعاريف أنها:

- متفقة بأن الولاية هي سلطة شرعية تمنح للولي بموجب نص شرعي الموضوع من قبل الشارع الحكيم وبذلك هي نيابة شرعية وليست عقدية أو اتفاقية، وهذه السلطة تمنح الحق في إنشاء التصرفات المالية وترتيب آثارها.
- هناك فرق بين مصطلحي "جعلت" و"يتمكن" حيث أن الأولى يعني بها أصحابها أنها منحت لمن كان أهلا لها من أجل رعاية وحماية مصالح القاصر والغير كذلك ،في حين يفهم من الثانية أن الولاية هي مكنة تخول لصاحبها حق إنشاء التصرفات وترتيب آثرها وهذه الأخيرة قد تنصرف إلى الشخص ذاته عندما يتعلق الأمر بالولاية القاصرة وقد تتعدى إلى الغير في حال الولاية المتعدية. والولاية على المال عموما قد تنصرف في مفهومها إلى إدارة الشخص الكامل الأهلية لأمواله

---

[1] يقصد بالتصرفات المالية: " تقليب المال في وجوه التعامل المتعددة كالبيع والشراء والإتجار والإنفاق إلى غير ذلك، إذ يعد كل ذلك ردا للمال من وجه إلى وجه آخر". راجع في ذلك : سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 25.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 30- 32. في ذات الفكرة راجع أيضا: سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 96.

[3] محمد مصطفى شحاته الحسني، مرجع سابق، ص 5. وهذا التعريف مشابه لما عرفها به أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3- 4 ، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 297 .

[4] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 7، ص 746.

وولايته وإشرافه عليه، وقد تتعلق بالإشراف على مال الغير وإدارته وسلطة التصرف فيه وهذا في حال الولاية على مال القاصر وهي التي تعنينا من هذه المفاهيم.

- تتفق كل التعاريف السابقة على أن الولاية هي سلطة ممنوحة للولي لإدارة مال القاصر وتسييره والتصرف فيه بما يعود عليه بالمنفعة، غير أنها لم تبين بأن الولاية على المال هي أيضا واجب شرعي.

2- تعريف الفقه القانوني:

انتهج بعض فقهاء القانون في تعريفهم للولاية على المال منهج الفقه الشرعي حيث اعتبروها سلطة قانونية تخول لصاحبها حق التصرف في مال القاصر والإشراف عليه وتكون هذه التصرفات نافذة في ماله[1].

غير أن هناك من عرفها بأنها نيابة قانونية[2]، تحل فيها إرادة الولي محل إرادة القاصر، موضوعها التصرف في أموال القاصر وتسييرها واستثمارها لمصلحته[3].

3- مناقشة التعاريف على ضوء موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجد أنه نص على الولاية بشكل عام دون ذكره للولاية على المال بشكل خاص؛ حيث أدرج أحكامها ضمن الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية مما يستدل به على أن المشرع يرى في الولاية على المال نيابة شرعية وهو ما يفهم من أحكام المادة 81 و87 و 88 من ق أ وهو ما سار عليه بعض فقهاء القانون.

---

[1] العربي بختي، مرجع سابق، ص189.فضيل العيش، مرجع سابق، ص 84. عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 38.

[2] يرى الفقيه عبد الرزاق السنهوري أن مصدر النيابة هو من يضفي على النائب صفة النيابة فيقول: " تكون النيابة قانونية كما في الولي، فإن القانون هو الذي يعين الأولياء، وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائي، فإن الجهة القضائية هي التي تختار هؤلاء، وتكون اتفاقية كما في الوكيل، فإن العقد هو الذي يعينه ". الوسيط في شرح القانون المدني، "د ط"، ، ج1، دار الإحياء للتراث العربي، بيرون، لبنان، " س ن"، ص 158.

[3] رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص226. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص31. راجع أيضا: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص 166.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 91 من ق أ نجد أنها بدأت بالآتي: " **تنتهي وظيفة الولي...**" بالنظر إلى هذه المادة يتضح أن المشرع إضافة إلى اعتباره الولاية ضرب من ضروب النيابة شرعية؛ فإنه

أيضا ينظر إليها على أنها وظيفة وبالتالي هي مهام موكلة للولي للقيام على شؤون المولى عليه النفسية والمالية **وبالتالي الولاية على مال القاصر وفقا لقانون الأسرة هي سلطة وواجب وحلول**، وعليه:

- ينظر القانون للولاية على أنها وظيفة ومهام موكلة للولي لإدارة مصالح وشؤون القاصر المالية، وهو بذلك يتمتع بحقوق تتمثل في ما منحه المشرع من سلطة التصرف في مال القاصر بما يعود عليه بالنفع؛ وواجبات تجاهه من خلال الحرص على مصلحة القاصر ورعاية ماله .
- ينظر القانون للولاية على أنها حلول لإرادة الولي محل إرادة القاصر بسبب انعدام أو نقص أهلية هذا الأخير، وهذا بالإشراف على شؤونه المالية من ذلك القيام بالتصرفات القانونية نيابة عنه كالبيع والإيجار والرهن وغيرها وهو ما عرّفها به فقهاء القانون.
- ينظر القانون للولاية على أنها سلطة كذلك؛ وهو معناها في الفقه الإسلامي حيث ينصرف إلى الحق في التصرف بموجب شرعي في مال القاصر وفق المصلحة المقررة له وهي حدود الولاية[1].

الفرع الثاني: مشروعية الولاية على المال وتميزها عن غيرها من المصطلحات

لقد أقر القانون حماية القاصر لاعتبارات إنسانية كونه غير قادر على تولي أموره لضعفه وقلة إدراكه وعدم تمحيص ما هو نافع أو ضار له؛ وكذلك لاعتبارات اجتماعية باعتباره هو مستقبل المجتمع، ولهذه الحماية أسس شرعية وقانونية سيتم بيانها من خلال هذا الفرع الذي سيتم التطرق فيه إلى: مشروعية الولاية على المال أولا، ثم تمييزها عن غيرها من المصطلحات الشبيهة بها ثانيا.

أولا: مشروعية الولاية على المال:

إن المقصود بمشروعية الولاية على المال هو بيان مصدرها الشرعي والقانوني الذي استقت منه وجودها وكانت بذلك حقا ووجها من أوجه الحماية المقررة للقاصر لحماية ماله وحفظه من الضياع، كما أنها تهدف من وراء ذلك إلى بيان الحكمة من تشريعها ووضعها.

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 33.

1- المصدر الشرعي والقانوني للولاية على المال:

يقصد بالمصدر النص الشرعي أو القانوني الذي أنشأ الحق وأوجده وبيّن أحكامه ورتب آثاره، وهو أساس قوة هذا الحق ومصدر حمايته، وهو من ولدّ شرعيته في الإنشاء والبقاء والاستمرارية وحتى الانقضاء[1].

ومصادر الالتزام في الفقه الشرعي هي ذاتها في القانون وتتمثل في :الشرع ويقابله القانون، العقد، الإرادة المنفردة، والاثراء بلا سبب، والعمل غير المشروع[2]،وبالرغم من ذكر هذه المصادر إلى أنها تعود كلها إلى الشرع أو القانون الذي قد يكون المصدر المباشر أو غير المباشر لها. وهو ما يستدعي التساؤل عن : مصدر الولاية على مال القاصر[3] ؟

أ- في الفقه الشرعي:

يجمع الفقه الشرعي على أن الولاية على مال القاصر مصدرها الشرع الذي أنشأها وبين مراتب الأولياء فيها من خلال جعلها للأب بدءا لما ينطوي عليه من شفقة وعطف على القاصر ذكرا أو أنثى[4]، كما بين أحكامها وبين طرق إنهائها، وحرص على الحفاظ على هذا المال من التبذير وسوء الإدارة والتسيير، وفي ذلك يقول الله تعالى:﴿ **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا (5) وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا** ﴾[5]، لقد دلّ هذا النص القرآني

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 33.

[2] أنظر في ذلك إلى: الفصل الأول المعنون ب مصادر الالتزام ضمن الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون بالالتزامات والعقود المواد من 53- 159.

[3] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 33.

[4] سيف رجب القزامل، مرجع سابق، ص 134.

[5] سورة النساء: الآية 5 و6.

على أن الولاية مصدرها الشارع الحكيم الذي بين أساس نشوؤها وأسبابها وكذا أطرافها؛ كما بين كيفية انتهائها[1].

ب- في القانون:

نص المشرع على أحكام الولاية في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية ضمن الفصل الأول منه وعنونه بالولاية دون تحديد مما يعني شموله الولايتين معا : ولاية على النفس وولاية على المال، حيث نص في المادة 87 منه على: بيان من هو الولي على القاصر في نفسه وماله سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو حال انقضائها، ثم فصّل بموجب المواد من 88 إلى 91 في أحكام الولاية على المال من خلال بيان سلطات وواجبات الولي الشرعي على المال وبين حدودها وكيفية انتهائها، كما بين حقوق القاصر في ذلك. وبذلك تكون الولاية على المال ذات مصدر قانوني مباشر حيث جعل من قانون الأسرة هو المرجع الأساس في تنظيمها، وفي حال عدم ورود نص فيه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون حصر الاجتهاد فيها في مذهب معين وهذا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة.

من خلال ما سبق يستخلص أن المشرع انتهج منهج الشريعة الإسلامية من خلال جعله القانون المصدر المباشر للولاية على المال ،وهو ذات المنهج الذي سار عليه المشرع التونسي الذي جعل مجلة الأحوال الشخصية المصدر لها[2]، وكذا ما سار عليه المشرع المغربي الذي جعل من أحكام مدونة الأسرة التي تعد المصدر المباشر لهذه الولاية، وإن اختلف هذا الأخير مع المشرع الجزائري في تحديده للمذهب

---

[1] جاء في تفسير هذه الآيات أن الله جلا وعلا أمر بعدم اعطاء المال الذي هو قوام الحياة والعيش إلى من يقوم بتبذيره ويسيء تدبيره من الصغار والكبار رجلا كانوا أو نساء، وأمر الله بالإنفاق عليهم منها حتى إذا اصبحوا راشدين دفعت لهم أموالهم، كما أمر الله عز وجل الولي باختبار اليتيم الذي في ولايته حتى إذا بلغ الحلم فإن أبصر فيه صلاح ورشد أعطي له ماله دون تأخير، كما نهى الله عز وجل الولي من الإسراع في الإنفاق من مال المولى عليه وهذا حتى لا ينقضي ماله قبل تسليمه له، وأعطى للولي الحق في أخذ أجرته نظير هذه الولاية إن كان فقيرا أما إن كان غنيا فليعف ولا يأخذ أجرة مقابل ذلك، وأمر الله عز وجل أيضا في حال بلوغ المولى عليه سن الرشد أن يسلم له ماله بشهادة وهذا لتثبيت تسليمها وبذلك تنتهي الولاية. لتفصيل أكثر في ذلك راجع: محمد علي الصابوني، ج1، مرجع سابق، ص 237.

[2] أنظر في ذلك: الفصل 154 و155 من م أ ش. راجع أيضا: رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص ص 226، 227.

المالكي كمصدر لها باعتباره من مصادر المدونة، إضافة إلى نصه بشكل صريح على الولاية على المال[1].

2- الحكمة من مشروعية الولاية على المال:

إن الحكمة من تشريع الولاية على المال تكمن في سبب وجودها الذي اقتضته ضرورتان من ضرورات الحياة وهما: المال والولد؛ فهذا الأخير هو أساس إعمار الأرض واستمرارها لذلك اهتمت الشريعة الإسلامية ومن بعدها القانون الوضعي بحمايته وحفظ مصالحه الشخصية والمالية وأمرت بالاستثمار فيه وفي ماله، من خلال حسن تربيته وتعليمه وكذا حسن إدارة ماله في مرحلة ضعفه وقصوره حتى يشب راشدا خادما لمجتمعه حافظا لماله، أما المال فهو عصب الحياة ومدارها[2]؛ لذلك قال الله عز وجل في محكم تنزيله:﴿**الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**﴾[3]، فربط الله عز وعلا هذين العنصرين ببعضهما يدل على مدى أهميتهما، وهو ذات الاهتمام الذي أولاه المشرع الجزائري لهذه الفئة بموجب ما تضمنته أحكام قانون الأسرة من قواعد آمرة تتعلق بحماية القاصر والمحافظة على ماله لأن في ذلك حفاظ على النظام العام.

وعلى ضوء هذين السببين شرعت الولاية على المال والتي كان الهدف منها شرعا وفقها هو حفظ المصالح المالية للقاصر[4]؛ بسبب نقصان أهليته وضعف إدراكه لذلك نصب الولي راعيا وحاميا لهذه الحقوق من خلال إدارتها وكذا الاشراف عليها واستثمارها بما يعود بالنفع على المولى عليه[5]، غير أن الحكمة من تشريع الولاية على المال قد لا تتوقف عند حماية وحفظ المصالح المالية للقاصر بل قد تتعدى إلى حماية مصالح الغير المتعلقة بهذه الأموال[6]، ويتعلق الأمر بما للغير من حقوق في هذه الأموال، حيث لو تركت إدارة هذا المال في يد القاصر لأدى ذلك إلى الإضرار بالغير نتيجة سوء تسييره وعدم تمحيص ما هو نافع مما هو ضار له ولغيره، لذلك كان الهدف من تشريعها هو حماية مصلحة الغير.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 233 من م أ م، راجع أيضا: عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 35.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 35.

[3] سورة الكهف: الآية 46.

[4] حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 344.

[5] مراد عامر، الحماية القانونية والقضائية لبيع عقار القاصر، " د ط"، دار السلام، الرباط، 2014، ص 4.

[6] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص49 وما يليها.

إضافة إلى مصالح المولى عليه وبذلك تتعدى هذه الحماية مجالها الشخصي لتشمل المصلحة العامة، فهي مرتبطة إذا أشد الارتباط بالمصلحة العامة وبالنظام العام.

ثانيا: تمييز الولاية على المال عن غيرها من المصطلحات الشبيهة بها:

تعد الولاية على المال من أهم الحقوق التي شرعت لحماية القاصر وهي تختلف عن ما قد يشبهها من نظم والتزامات من ذلك الولاية على النفس وكذا عن الأهلية والوكالة والفضالة.

1- تمييز الولاية على المال عن الولاية على النفس:

بالرغم من اتحاد كلا الولايتين في المصدر وأنهما شرعتا لحماية القاصر؛ إلاّ أن موضوعاتهما تختلف حيث أن محل الولاية على النفس شخص القاصر وتنصب التزامات وسلطات الولي على حفظ ورعاية وصيانة القاصر من تربية وتعليم وتطبيب وتأديب وتزويج، أما الولاية على المال فإن محلها هو حفظ المال واستثماره وحسن إدارته والحرص على عدم تبذيره وضياعه[1].

2- تمييز الولاية على المال عن الأهلية:

من بين التعاريف الفقهية للأهلية نجد من عرفها بقوله:" هي وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلا لأن تكون له حقوق وتجب عليه واجبات، فيكون بذلك محلا صالحا لاكتساب الحقوق وانشاءها لغيره، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق"[2]، أما الولاية على المال فهي حلول إرادة الولي محل المولى عليه في ادارة ماله والقيام بالتصرفات القانونية ونفاذها لصالح هذا الأخير.

يتضح من خلال هذين التعريفين أن الولاية على المال هي سلطة التصرف في مال الغير والتي لا يمكن أن تكون إلاّ إذا كان للشخص بدء صلاحية التصرف في ماله وهذه الأخيرة هي الأهلية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الولاية على المال تختلف عن الأهلية من حيث الأثر المترتب حيث أن في الأولى أثر التصرف ينصرف إلى الغير فالولي يتصرف لحساب الغير ونيابته هنا بموجب القانون؛ على خلاف الثانية فالأثر ينصرف إلى ذات الشخص القائم به ولحسابه فلا وجود للنيابة فيه، كما أن انعدام

[1] حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 398.

[2] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 28.

الأهلية يترتب عليه بطلان التصرف الصادر من صاحبها على خلاف الولاية فإن أثرها لا يمتد إلى الولي لذلك يلحق التصرف البطلان إلا إذا أجازه الولي[1].

3- تمييز الولاية على المال عن النيابة:

المتفق عليه فقها وقانونا أن النيابة تتنوع صورها بين إرادية وجبرية ويقصد بها في كلا النوعين حلول إرادة النائب محل إرادة الشخص الأصيل من أجل ترتيب تصرفات قانونية ينصرف أثرها للأصيل، وهذه الإنابة تكون إما خارجة عن إرادة الطرفين وإما تكون وفق إرادتهما[2]، وبما أن الولاية على المال هي حلول الولي محل القاصر في القيام بالتصرفات المالية لصالحه بموجب القانون فهذا يجعل منها أحد مجالات النيابة[3]، لذلك يقول الدكتور سيف رجب قزامل أن النيابة أشمل من الولاية " فلا منافاة ولا تضاد أيضا بين اصطلاح الولاية والنيابة، إذ وضح أن النيابة سلطة إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل بأمر الشارع ، أو باختيار الأصيل، وكذلك الولاية سلطة يمنحها المشرع أو الشخص لشخص غيره لكي يقوم نيابة عنه بتصرفات معينة "[4]، وهو ذات الموقف الذي اعتمده المشرع في قانون الأسرة بجعله من الولاية إحدى مجالات النيابة الشرعية.

4- تمييز الولاية على المال عن الوكالة:

تعد كل من الولاية والوكالة إحدى مجالات النيابة العامة؛ إلاّ أنهما يختلفان في عدة مسائل من بينها أن الولاية على المال هي إجبارية وإلزامية بالنسبة للولي حيث لا يمكن إسقاطها او التنازل عنها إلاّ إذا توفرت أحد الأسباب التي نص عليها المشرع ،أما الوكالة فإنها اختيارية تخضع لإرادة ورضا أطرافها لذلك يجوز إلغاءها والتنازل عنها[5]، كما أنهما يختلفان من حيث مصدر وجودهما فالولاية مصدرها قانوني مباشر فهي نيابة قانونية أو شرعية، بخلاف الوكالة فإن مصدرها العقد المبني على اتفاق الطرفين لذلك فهي نيابة اتفاقية، كما أن سلطات وواجبات الولي يحددها القانون بخلاف الوكالة فإن الحقوق والالتزامات

---

[1] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص ص 38، 39.

[2] لتفصيل أكثر راجع: سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 14 وما يليها.

[3] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2 ، ص 844.

[4] مرجع سابق، ص 72.

[5] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2 ، ص845.

التي تقع على أطرافها يحددها العقد باعتباره المصدر المنشئ لها[1]، إضافة إلى أن أحكام الولاية ينظمها قانون الأسرة ؛بينما أحكام الوكالة ينظمها القانون المدني[2].

5- تمييز الولاية على المال عن الفضالة:

نص المشرع الجزائري على أحكام الفضالة ضمن التقنين المدني تحت الفصل الثالث المعنون بشبه العقود وذلك ضمن الباب الأول من الكتاب الثاني المتعلق بمصادر الالتزام في المواد 150 إلى 159 منه، حيث عرفها بموجب المادة 150 بقوله: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك "، في حين أدرج المشرع الولاية على المال ضمن تقنين الأسرة، والفضالة من الناحية القانونية تعد إنابة قانونية إذا تحققت شروط الفضالة بإجازة رب العمل وهو ما نصت عليه المادة 151؛ وهي بذلك تختلف عن الولاية حيث أن هذه الأخيرة مصدرها قانوني أصيل يستمد الولي إنابته من القانون مباشرة دون أن تلحق تصرفاته الإجازة من أي احد، كما أن تصرفات الولي على المال إذا ما مارسها في إطارها القانوني فإنها تكون نافذة في أموال القاصر ولا يجوز لهذا الأخير الاعتراض عليها عند بلوغه سن الرشد، على خلاف الفضالة التي تكون موقوفة على إمضاء رب العمل[3].

6- الولاية على المال والحجر:

يقصد بالحجر المنع من التصرف وقد يكون لمصلحة المحجور عليه كما يمكن أن يكون لمصلحة الغير[4]، وقد نص المشرع على أحكام الحجر بموجب المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة ضمن الفصل الثاني المعنون بالحجر ضمن الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية، حيث يكون الحجر على كل من يعتريه عارض من عوارض الأهلية حيث نص في المادة 101 على : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 86، 87.

[2] أنظر في ذلك: المواد من 589-571.

[3] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ص 394، 395. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص ص 70، 71. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 89، 90.

[4] حسين طاهري، مرجع سابق، ص 186.

ويكون الحجر بموجب حكم قضائي وهو قابل للطعن فيه[1]،يستلزم صدور الحكم بالحجر إذا توفرت أسبابه ويعين القاضي في ذات الحكم مقدما على المحجور عليه إذا لم يكن له ولي أو وصي، وعليه فإن الولاية أثر من آثار الحجر باعتبار المحجور ممنوع من التصرف فإنه في هذه الحالة يتولى تسيير شؤونه المالية الولي أو الوصي أو المقدم، وعليه لا يمكن قيام الولاية عليه إلاّ إذا صدر حكم بالحجر على خلاف الولاية على مال القاصر حيث تكون بقوة القانون دون أن تسبق بأي إجراء قانوني.

كما أن منع المحجور عليه من التصرف في ماله هو منع مطلق، على خلاف الولاية على مال القاصر حيث أن المنع فيها نسبي لكون القاصر المميز له الإمكانية في أن يختبر في إدارة ماله إذا أجاز له الولي ذلك وهذا طبقا للمادة 83 و84 من ق أ.

إضافة إلى ما سبق نجد أن المشرع نص على أحكام الولاية على القاصر بصفة مستقلة عن أحكام الحجر بالرغم من إدراجهما ضمن أحكام النيابة الشرعية، وبهذا خالف المشرع الجزائري الفقه الشرعي؛ وكذا القانون المقارن من ذلك التشريع المغربي[2]، وكذا التونسي الذي يعتبر الولاية على مال القاصر أثر من آثار الحجر وأن الصغر من أسباب الحجر[3]، ويكون بذلك سار القانون المقارن إلى ما سار إليه الفقه الشرعي الذي يعتبر من أسباب الحجر الصغر وأن الولاية على مال القاصر ماهي إلاّ أثر من آثاره لكون يد الصغير تغل عن ماله ولا يتصرف فيه إلاّ إذا بلغ راشدا[4]، وهذا استنادا لقوله تعالى:﴿ **فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** ﴾[5]، وقوله جل وعلا أيضا:﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[6] حيث دلت كلا الآيتين أن الحجر يرفع على الصغير إذا توفر شرطين وهما: البلوغ والرشد، غير أنه يمكن القول في هذا الصدد أن جوهر الاختلاف يكمن في مصطلح القاصر بذاته حيث أن فقهاء الشريعة يدرجون تحت هذا المصطلح من كان ناقص الأهلية أو فاقدها وكذلك من كان به عارض من عوارض الأهلية؛

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 103 و105 و106 و107 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك: استعمال المشرع المغربي لعبارة الولد المحجور ضمن المادة 237 من م أ م.

[3] أنظر في ذلك: الفصل 153 من م أ ش.

[4] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 98. عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 71.

[5] سورة البقرة: الآية 282.

[6] سورة النساء: الآية 06.

بخلاف المشرع الذي يخص مصطلح القاصر كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني وعلى هذا الأساس كان الاختلاف في اعتبار الولاية حجر من عدمه[1].

وعليه فإنه بالرغم من التشابه بين الولاية وغيرها من النظم القانونية التي شرعت لمصلحة القاصر ، إلاّ أن لها خصائص وميزات تنفرد بها لكونها متكاملة لا تقبل التجزئة ولا يجوز التنازل عليها، وأنها نيابة قانونية ابتداء وانتهاءها وهي ملزمة للقائم بها، كما أنها وجدت لحماية مصلحة القاصر لذلك فهي مرتبطة بهذه المصلحة وجودا وعدما[2].

الفرع الثالث: طبيعة الولاية على مال القاصر

يستلزم الحديث عن طبيعة الولاية على مال القاصر من الناحية الشرعية والقانونية توضيح الأساس الشرعي والقانوني الذي تستند عليه أولا، ثم تحديد التكييف الشرعي والقانوني لها ثانيا.

أولا: الأساس الشرعي والقانوني للولاية على مال القاصر

بعد بياننا لأوجه الاختلاف بين الولاية على المال وغيرها من المصطلحات الشبيهة يمكن القول أن الولاية على المال هي ذات طابع خاص؛ وهذا الأخير هو الذي يرسم لها الإطار الشرعي والقانوني الذي تدور حوله مهام الولي ومصالح القاصر؛ لأن الأساس الذي تقوم عليه هذه الولاية هو ما يحفظ مال القاصر من الضياع من خلال تولية من يكون له الشفقة والعطف عليه، ويكون ذا كفاءة في إدارة شؤونه المالية لذلك أنيطت هذه الوظيفة بالأقرب فالأقرب للصغير المتمثل في الأب ومن يليه لتوفر الشفقة عليه من قبله، فمصالح القاصر تتطلب الأمانة في رعايتها، والأجدر بحفظه هو من يخاف على مصالحه من الضياع وهذا لا يتوفر إلاّ وفق رابطة القرابة[3].

كما أن أساس الولاية على القاصر أيضا يتجلى في عجز المولى عليه لكونه غير كامل الأهلية فهذا يجعل منه ضعيف الإدراك والتبصر في إدارة أموره، لذلك نصب الشرع والقانون الولي قيما على أموره.

---

[1] راجع في ذلك: مفهوم القاصر ضمن المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة.

[2] لتفصيل أكثر في هذه الفكرة أنظر: عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 99 وما يليها. عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 226.

[3] الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص 589.

هذا وقد اختلف الفقه الشرعي والقانوني في تحديد الوظيفة التي وجدت لأجلها الولاية هل تستند إلى معيار شخصي أم معيار موضوعي، وسبب هذا الاختلاف يرجع بالأساس إلى المحور الذي تدور حوله الولاية هل هو الشخص أو المال؟

1- المعيار الشخصي:

أصحاب المعيار الشخصي يرون في الولاية أنها ذات طابع شخصي حيث أن وجودها يعود لسبب عجز المولى عليه في توليته أموره وتصريفها ولا يعيرون اهتماما لموضوع الولاية المتمثل في عنصر المال، لذلك إذا بلغ الشخص رشيدا منح ماله لأنه يرجح فيه القدرة على ترشيد تصرفاته المالية[1].

2- المعيار الموضوعي:

أما المعيار الموضوعي فيعتمد أصحابه على النظر والاعتداد بموضوع الولاية وهو المال من حيث الحفظ والرعاية لأن ذلك لا يتعلق فقط بمصالح القاصر وحده بل ينصرف أثره للمجتمع ككل[2]، فإهمال مال القاصر هو اهمال له وبالتالي تعريضه للخطر المعنوي وخاصة للتشرد وفي هذا ضرر لكامل المجتمع لأنه طريق للانحراف والإجرام، لذلك استلزمت الشريعة الإسلامية[3] وكذا القانون الوضعي إدارة أموال القاصر من قبل الولي والحرص عليها حرص الرجل على ماله، بل تعدى الأمر ذلك إلى إمكانية مساءلة الولي عن إهماله وتقصيره في هذا الجانب، مما يعني أن الولاية هي ذات معيار موضوعي هدفها حفظ المال والذي يستتبع حفظه حفظ القاصر.

3- موقف المشرع الجزائري:

ويمكن توضيح موقف المشرع من المعيارين وهذا كالآتي:

بتحليل أحكام هذه المواد 88 و89 و 90 و91 من ق أ يستنتج وللوهلة الأولى أن المشرع أخذ بالمعيار الشخصي لأنه ربط الولاية على المال ببلوغ القاصر سن الرشد القانوني، دون بحثه بموجب هذه المواد إمكانية أن يبلغ القاصر سن الرشد ويعتريه عارض من عوارض الأهلية أو يكون في حالة جنون

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 93.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 94.

[3] سورة البقرة: الآية 282.

مثلا وهو في مرحلة القصور، غير أن ما عالجه المشرع بموجب أحكام المواد 101 من ق أ وما يليها يزيل اللبس بشكل نهائي عن موقف مشرعنا، لأنه في مرحلة القصور أخضع مال القاصر إلى النيابة الشرعية بموجب الولاية؛ أما إذا اعتراه عارض من عوارض الأهلية فإنه تستمر النيابة عليه ولكن في هذه الحالة بموجب الحجر عليه؛ وكلاهما يهدفان لحماية مال القاصر أو المحجور عليه من الضياع. وبالتالي أساس الولاية على المال وفقا لأحكام قانون الاسرة هو المحافظة على المال وفي ذلك محافظة على القاصر، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيارين معا.

ثانيا: تكييف الولاية على مال القاصر

إذا لا خلاف بين الفقه والقانون في أساس وجود هذه الولاية المتمثل في عجز المولى عليه وتوفر الشفقة في من يمارس الولاية عليه وإن اختلفوا في المعيار الذي يثبت وجودها.

وعلى ضوء ذلك يمكن تكييف الولاية على مال القاصر بأنها مهام موكلة للولي وهي تعد التزام قانوني مصدره القانون؛ يتعلق موضوعه بإدارة أموال القاصر ورعايتها واستثمارها بما يعود عليه بالنفع وذلك من خلال حلول الولي محله للقيام بالتصرفات المالية[1]، وهي تدخل ضمن أحكام النيابة الشرعية أو القانونية التي ينظمها قانون الأسرة وهي مرتبطة أشد الارتباط بالنظام العام .

لذلك تعد التصرفات القائم بها الولي بموجب الولاية نافذة في حق القاصر ولا يجوز له نقضها في حال بلوغه سن الرشد القانوني مادامت في الحدود الشرعية المرسومة لها، لأن ولايته أصيلة متعلقة بكل المال وهي غير قابلة للتجزئة، كما أن الولي لا يستطيع التملص من هذا الالتزام القانوني إلاّ إذا نص القانون على ذلك لكونه إلزامي.

ويمكن القول استنادا لما سبق أن الولاية على مال القاصر هي حق للولي الذي يكون الأب بالدرجة الأولى ثم الأم ثم القاضي طبقا للمادة 87 من ق أ- كما سيأتي بيانه – وهي واجب عليه في نفس الوقت، فالقول أنها حق لأن مبناها الشفقة والعطف و حماية مصلحة القاصر وبالتالي يكون الأقرب هو الأجدر بها بحكم رابطة الأبوة والبنوة، أما واجب لأن القانون فرضها بحكم الروابط العائلية أو الأسرية

[1] حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 369.

استنادا للتقنين الذي ينظمها، وهذا الأمر لا يتعلق فقط بالولي وإنما يتعلق أيضا بالقاصر الذي تستدعي مصلحته وضعف إدراكه بأن يكون هناك من يقوم برعاية شؤونه وحماية مصالحه المالية[1].

وبالتالي الولاية على المال هي حق من حقوقه القانونية الممنوحة للقاصر والمفروضة على الولي بحكم رابطة البنوة، كما أنها أيضا واجب على القاصر لكون ما يمارسه الولي من تصرفات بموجب الولاية يكون نافذا ولازما جبرا فلا يجوز للقاصر معارضته أو نقضه.

ولا بد من التذكير هنا أنه بالرغم من اتفاق كل من التشريع المقارن وكذا الفقه الشرعي في تكييف الولاية على أنها ضرب من ضروب الحجر لأن في ذلك منع للمولى عليه من التصرف في ماله؛ إلاّ أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولاية على مال القاصر حجرا لأنه أفرد للحجر أحكاما مستقلة عنها كما أنه ربط الحجر بعوارض الأهلية كما سبق بيانه، واعتبر كل من الولاية والحجر أساسا للنيابة الشرعية فيحل النائب الشرعي محل القاصر في تسيير وإدارة شؤونه المالية بسبب ضعفه وانعدام أو نقص أهليته، وفي حالة بلوغه سن التمييز تمنح له فرصة لاختبار قدراته على إدارة ماله وهذا بإذن من وليه وتحت إشرافه ورقابته، فإن أفلح في هذا الاختبار جاز تقديم طلب للقضاء لترشيده أو إبقائه تحت الولاية القانونية إلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني .

المطلب الثاني: عناصر الولاية على المال

تتكون الولاية من ثلاثة عناصر إذا انعدم أحدها لم يكن لها وجود وتتمثل في السبب الذي وجدت لأجله وهو قصور أهلية المولى عليه أو انعدام ونقصان أهليته؛ إذ أن كل من الأهلية والولاية هما أمران متلازمان فغياب الأهلية يقتضي قيام الولاية على المال لنفاذ التصرفات المالية وحماية مال القاصر من الضياع والفساد[2]. وموضوعها أو محلها والمتمثل في المال إذ في حالة عدم وجود مال للقاصر فلا يقام لهذه الولاية وجود[3]، وأطرافها وهما المولى عليه والولي.

وما سيتم الحديث عنه ضمن هذا المطلب وهو كلا من عنصر الولي باعتباره الطرف الذي يتولى تصريف شؤون المولى عليه ويقوم برعاية مصالحه المالية وهذا ضمن (الفرع الاول) وكذا عنصر المال

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 96.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع نفسه، ص 150.

[3] وهو ما سيتم دراسته في الفرع الثاني من هذا المطلب.

باعتباره الموضوع الذي تدور حوله الولاية وهو يحظى بالحماية لأنه في حمايته وحفظه حفظ للقاصر وهذا ضمن (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تحديد المقصود بالولي على المال

إن بيان المقصود بالولي على المال هو تحديد من هو الولي على المال فقها وقانونا وماهي مراتبه وشروطه في الولاية .

وعليه سيتم بيان من هو الولي وفقا للفقه الشرعي أولا؛ ثم بيان من هو الولي الشرعي وفقا لقانون الأسرة والقانون المقارن ثانيا، ثم تحديد شروط الولي على المال ثالثا.

أولا: من هو الولي وفقا للفقه الشرعي

تعد الولاية مؤسسة شرعية أوجدها الشرع ابتداء في قوله تعالى :﴿ **فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** ﴾[1]؛ وقوله جلّ وعلا أيضا:﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[2]؛ ويعد الولي أحد ركائزها الأساسية باعتباره الحامي للقاصر وماله.

1- تعريف الولي:

عرف الولي في اللّغة بأنه من يلي الشيء ويأتي بمعنى الطاعة والإحسان، ويأتي بمعنى اسم فاعل وهو من توالت طاعته من غير أن يتخللها عصيان؛ كما يعني النصير والمعين[3]، والولي نوعان ولي على النفس وقد سبق دراسته؛ وولي على المال وهو ما نحن بصدد دراسته.

---

[1] سورة البقرة: الآية 282. راجع في تفسير الآية: محمد علي الصابوني، مرجع سابق، مج1، ص 161.

[2] سورة النساء: الآية 06. راجع أيضا: محمد علي الصابوني، مرجع نفسه، ص 237.

[3] الجرجاني، مرجع سابق، باب الواو، ص 213. الفيروز أبادي، مرجع سابق، ص 1344.

وفي الاصطلاح عرف الولي على المال أنه:" كل شخص له سلطة التصرف في مال الغير"[1]، كما عرف بأنه:" هو من عينه الشرع على مال القاصر ومن في حكمه، ومصالحه المالية، بهدف صيانة هذه الأموال، والحقوق المالية، وإدارتها"[2].

يلاحظ على التعريف الأول أنه استقى مفهوم الولي من مفهوم الولاية عموما بقوله أن الولي هو من تكون له السلطة في التصرف في مال المولى عليه غير أن الأخذ بهذا التعريف يجعل من سلطة الولي مطلقة، حيث تكون له مطلق السلطة في التصرف في مال الغير وهذا غير جائز لأن هناك حدود شرعية وقانونية لا يمكن للولي تجاوزها. في حين ركز التعريف الثاني في بيانه لمفهوم الولي ببيان مصدر ولايته أو من خوله هذه الصلاحية ليتخذ هذا الاسم؛ كما بين محل هذه الولاية والهدف من اقرارها، غير أنه لم يتطرق إلى صفة الولي في ذلك.

وعليه يمكن تعريف الولي بأنه النائب الشرعي أو القانوني الذي ينوب القاصر بموجب الولاية عليه، من خلال الحلول محله في القيام بالتصرفات المالية لصالح هذا القاصر وفق الحدود الشرعية والقانونية، حيث تعد هذه التصرفات نافذة ولا يجوز نقضها في المستقبل مادامت في اطار المشروعية.

2- بيان الأولياء على المال ومراتبهم في الفقه الشرعي:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية حول بعض الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على مال القاصر مع اختلافهم في البعض الآخر حيث اتفقوا على ثبوت الولاية للأب بدءا في حال وجوده إذا توفرت فيه شروطها دون غيره من أقارب الصغير غير أنهم اختلفوا في من يلي الأب في الترتيب على النحو الآتي:

أ- الفقه الشافعي:

يرى فقهاء الشافعية أن الولاية على مال القاصر تكون للأب أولا لتوفر الشفقة والعطف على صغيره، ثم تعود للجد العصبي[3]، ثم لوصي الأب، ثم لوصي الجد لأن الجد عندهم هو بمنزلة الأب عند غيابه[4]، كما أنهم يقدمون الآباء على الأمهات في الولاية على المال؛ وذلك لكون الأم ليس لها الدراية

[1] محمد مصطفى شحاتة الحسني، مرجع سابق، ص 36.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 228.

[3] يقصد بالجد العصبي الجد الصحيح الذي لا يتوسطه والمورث أنثى وهو أب الأب وإن علا.

[4] الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 216.

والعلم الكاف بإدارة المال وتسييره لذلك جعلت القوامة للرجل فكان له الولاية على المال[1]، فعدم منح الولاية للأم ليس لعدم توفر الشفقة والعطف فيها وإنما لقلة خبرتها في المسائل المالية.

ب-الفقه الحنفي:

يتفق الفقه الحنفي مع الفقه الشافعي في أحقية الأب بالولاية دون سواه في حال وجوده كما يتفقون كذلك حول عدم أحقية الأم لهذه الولاية لقلة خبرتها في هذا المجال وكذلك لا ولاية للكافل ولا للحاضن على مال القاصر حيث يقرون لهم فقط بولاية الرعاية والحفظ[2]، في حين يختلفون حول من يلي الولي في استحقاق الولاية على مال القاصر، لذلك كان الولي على المال عندهم هو الأب ثم لوصي الأب في حال انعدام الأب، ثم للجد الصحيح، ثم لوصيه، ثم لوصي الجد، فإن لم يوجد رد الأمر إلى القاضي الذي يقوم بتعيين وصيا أو مقدما على مال القاصر[3].

ت-الفقه الحنبلي:

يتفق الفقه الحنبلي مع سابقيه في إقرار الولاية للأب أولا لكونه الشخص الأكثر شفقة وعطفا ورعاية لمصالح أبناءه من غيره، ولا ولاية للأم على ابناءها القصر في مالهم لأنه لا ولاية لها في القضاء والحكم والولاية تدخل من حيث الأهمية في هذا الباب فلم يكن لها ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة للكافل. غير أنهم اختلفوا في من يلي الأب مع ما ذهب إليه الفقه الشافعي واتفقوا مع الحنفية في بعضها، وبذلك الولي عند الحنابلة هو الأب، ثم وصيه، ثم الحاكم الذي ينيب عنه الوصي أو المقدم[4].

ث-الفقه المالكي:

يختلف الفقه المالكي عن سابقيه في تحديد الولي على المال وترتيبه حيث يتفق مع باقي الفقهاء فقط في منح الولاية للأب أولا في حال حياته، أما في حال وفاته فإنها تنتقل إلى وصي الأب إن اختاره قبل وفاته، كما يمنحون للأم الولاية على أبنائها القصر إن أوصى لها بذلك الأب، أما في حالة عدم

---

[1] ابن عبد السلام، مرجع سابق، ج 2، ص 89.

[2] السرخسي ، مرجع سابق، ج 4، ص 216.

[3] الكساني، مرجع سابق، ج6، ص 590.

[4] أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، " د ط"، ج 4، دار الكتاب العربي، "د م ن"، "د س ن"، ص 518، 519.

الإيصاء بأن الولاية في هذه الحالة تنتقل إلى القاضي الذي يقوم باختيار مقدم على أموال القاصر حفظا لها من الضياع والإهمال، كما أنهم يقرون بولاية الكافل وكذلك الحاضن إن كان عرف أهل المدينة يقضي بذلك، أما الجد فلا ولاية له على مال أحفاده إلا إذا اختاره الأب وصيا له عنهم، وهو ذات رأي الفقه الحنبلي[1].

ثانيا: من هو الولي وفقا لقانون الأسرة والقانون المقارن

تتطلب الإجابة عن من هو الولي في قانون الأسرة والقانون المقارن؛ بيان أولا موقف المشرع الجزائري من الآراء الفقهية السابقة لنتوصل إلى تحديد من هو الولي الشرعي على مال القاصر قانونا؛ ثم بحث موقف القانون المقارن في هذا الجانب للمقاربة بين موقفه وموقف الشريعة وموقف المشرع الوطني ثانيا.

أ- الولي وفقا لقانون الأسرة الجزائري:

اتفق الفقه الشرعي على أن الولاية تعود للأب في حال حياته حصرا دون سواه، كما اتفقوا على أنه لا ولاية للأم على مال أبنائها القصر، غير أنهم اختلفوا في الجد ومدى ولايته على أحفاده، وعلى ضوء هذا الاتفاق والاختلاف سترتكز دراستنا لموقف المشرع من خلال تحليل ما ورد في أحكام المادة 87 من ق أ التي شملت نوعي الولاية حيث نصت على الآتي: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حال الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".

لقد بين المشرع بموجب هذه المادة ترتيب الأولياء على القاصر استنادا إلى ثلاثة حالات وهي:

- الولي في ظل قيام الرابطة الزوجية.
- الولي في حال غياب الأب أو حصول مانع له.

[1] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، "د ط"، دار الإحياء الكتب العربية، "د م ن"، "د س ن"، ص 301، 302.

- الولي في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق.

أ- الولي في ظل قيام الرابطة الزوجية:

ذهب المشرع بموجب أحكام المادة 87 من ق أ أعلاه إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بالإجماع من خلال منحه الولاية على مال الأولاد القصر للأب أولا دون سواه في حال حياته؛ فقط ما يتفرق به موقف المشرع هو ربط هذه الولاية بقيام رابطة الزوجية، وفي هذا اختلاف عن موقف الفقه الذي يمنح هذه الولاية للأب حال حياته دون غيره سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة أم انتهت بالطلاق.

ب-الولي في حال غياب الأب أو حصول مانع له:

بيّنا أن قانون الأسرة يعتبر الولي على المال في حال قيام الرابطة الزوجية دون حصول فرقة زوجية بالوفاة أو الطلاق هو الأب حصرا دون سواه، وحتى في حال غيابه أبقى المشرع بموجب المادة 87 من ق أ الولاية له قانونا؛ غير أنه نص من جانب آخر على رخصة قانونية توظف استثناء وتتمثل في إمكانية قيام الأم بمهام الأب في الأمور المستعجلة المتعلقة بأبنائها القصر من خلال الحلول محله في ممارسة الولاية على أبنائها، وهنا يطرح التساؤل عن متى يتم استعمال هذه الرخصة من قبل الأم هل بمجرد الغياب فقط؟ أم المقصود بالغياب ما ورد في أحكام المادة 109 وما يليها؟ وما هي الأمور المالية المستعجلة التي تقتضي هذا الحلول؟ وهل يستوجب ممارسة الأم لهذه الرخصة القانونية بترخيص من القضاء؟

وكما أن الصعوبة في تطبيق هذا الاستثناء تكمن في موضوع هذه الولاية وما يرد على سلطات الولي الأصلي من قيود تتعلق بممارستها، فهل ذات القيود تفرض على ولاية الأم الاستثنائية؟

بالرجوع إلى نص المادة 110 من ق أ نجد أنها عرفت الغائب بأنه: " ذلك الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ". يتضح من أحكام هذه المادة أنها عرفت الغائب من خلال بيان سببه إذ اعتبرت من تمنعه الظروف القاهرة من العودة وإدارة شؤونه في مركز الغائب، غير أن الملاحظ على هذه المادة أن مصطلحاتها يكتفنهم الغموض لأن المشرع لم يبين لنا ما المقصود بالظروف القاهرة ومن المخول قانونا بتقديرها هذا من جانب؛ أما من جانب آخر فقد ربط المشرع فترة الغياب بمدة سنة وهذا أيضا يدعو للتساؤل لماذا نص المشرع على هذه المدة؟ هل هي المدة القانونية التي ينتظر فيها عودة الغائب وبالتالي

لا يجوز رفع أي شكوى بالغياب قبل مدة سنة؟ أم هي مدة الانتظار للتقدم بطلب الحصول على حكم بالفقد؟

يمكن القول من خلال تحليل أحكام المادة 109 و 110 من ق أ أن المشرع وبموجب أحكام المادة 110 يعتبر الغائب كل من غادر مقر إقامته وكانت وجهته معلومة وتأكّدت حياته، غير أنه لم يعد إلى مقر إقامته وإدارة شؤونه إما دون سبب أو بوجود ظرف قاهر منعه من العودة مهما كانت مدة غيابه مادام ذلك لم يسبب ضررا للغير؛ و بالتالي يبقى الشخص في مركز الغائب وتسري عليه قانونا أحكام الغائب، غير أن الغائب قد يصبح في مركز قانوني آخر حيث قد يأخذ قانونا حكم المفقود بتوفر شروط بينتهم أحكام المادة 109 و 110 من ق أ وتتمثل في الآتي:

- الغياب عن مقر إقامته.
- عدم معرفة مكان وجوده.
- عدم معرفة حياته من موته.
- وجود ظروف قاهرة منعته من العودة إلى مقر إقامته أو إدارة شؤونه.
- أن يطول غيابه مدة سنة.
- أن يسبب غيابه ضرر للغير.
- أن يصدر حكم بفقده.

فإذا ما توفرت هذه الشروط اعتبر الشخص في حكم المفقود وبالتالي وجب تقديم طلب إلى المحكمة من أجل استصدار حكم بالفقد حتى تسري عليه أحكام المفقود ويقدم الطلب من كل ذي مصلحة أو من الورثة أو من النيابة العامة[1].

[1] أنظر في ذلك: المادة 114 من ق أ. وهو ما جاء في القرار للمحكمة العليا بتاريخ 02-05-1995 حيث أنه: " من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه. ولما ثبت في القضية الحال أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد ، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة مما يستوجب إبطال قرارهم " . ملف رقم: 118621، م ق، ع 2، 1995. نقلا عن: نصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، "د ط"، دار الهلال، "د م ن"، 2004، ص ص 73، 74.

غير أن الشخص المفقود حتى وإن توفرت فيه شروط أحكام المادة 109 و 110 من ق أ لا يعتبر في حكم الميت قانونا إلاّ بعد صدور حكم يقضي بموته الحكمي[1]، حيث يكون استصدار الحكم بالموت الاعتباري[2]؛ بمضي أربع سنوات بعد التحري ويشترط أن يكون الفقد في الحروب والحالات الاستثنائية، أما في الحالات التي تغلب فيها سلامة المفقود تكون السلطة التقديرية مطلقة للقاضي في تقدير المدة المناسبة لاعتباره ميتا قانونا وهذا بعد مضي أربع سنوات[3] .

يتضح مما سبق أن المشرع يعتبر في بعض الحالات الغائب في مركز المفقود إذا توفرت الشروط القانونية الدالة على ذلك؛ غير أنه من جانب آخر يعتبر المفقود في حكم الغائب مادام لم يصدر حكم بموته، لذلك ذكر المشرع في المادة 87 من ق أ الغائب ولم ينص على المفقود لأنه وفقا لما سبق يعتبر المشرع المفقود و الغائب سواء مادام لم يصدر حكم بوفاته.

وعليه قانونا سواء كان الشخص مفقودا أو غائبا تبقى الولاية القانونية له على أولاده القصر ما دام لم يصدر حكم بوفاته، أما الولاية الممنوحة للأم بموجب ذات المادة فإنها رخصة استثنائية يمكن تكييفها على أنها ولاية تصريف شؤون مالية مستعجلة متعلقة بأولادها القصر؛ دون الحلول بصفة أصلية محل الأب لأنه لا يزال على قيد الحياة وبالتالي لا يزال قانونا هو الولي، وحلول الأم محل الولي الأصلي المتمثل في الأب إذا هو حلول قانوني مبني على شرطين وهما: الغياب أو وجود مانع مادي، و قيام أمور مستعجلة متعلقة بالأولاد القصر يتوجب تصريفها.

غير أنه وفي ذات السياق يطرح تساؤل آخر يتعلق بما المقصود بالأمور المستعجلة المتعلقة بالجانب المالي للقاصر؟

إذ كان على المشرع بيان هذه الأمور المستعجلة التي تقتضي تدخل الأم وممارسة مهام الولي للقيام بها، فهل يتعلق الأمر بمسألة الإنفاق على القصر من مالهم الخاص باعتبار أن النفقة تعد من الأمور المستعجلة طبقا للمادة 57 مكرر من ق أ؟ فإذا كانت هذه إحداها فماهي الحالات الأخرى؟

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 89 و115 من ق أ. راجع أيضا: فضيل العيش، مرجع سابق، ص 99.

[2] لقد سبق توضيح المقصود بالموت الحكمي أو الاعتباري ضمن الفصل الأول من هذه الدراسة.

[3] أنظر في ذلك: المادة 113 من ق أ.

أما الأمر الآخر الذي يكتنفه الغموض في هذه المسالة هو كيف للأم أن تمارس هذه الولاية بشكل فعلي على أبناءها القصر، هل يستلزم ذلك استصدار أمر على ذيل عريضة لتسيير شؤون أبناءها المالية؟

يمكن الإجابة على ما سبق بالقول أنه: في حال الغياب أو الفقد المنصوص عليه طبقا للمادة 109 و110 يمكن تقديم حكم الفقد وعلى ضوؤه تستطيع تصريف شؤون أبناءها القصر المالية المستعجلة دون الرجوع إلى القاضي لمنحها الولاية في ذلك، غير أن الإشكال الذي يبقى مطروح هو أن يكون الأب غائبا وكان هناك مانع مادي يحول دون رجوعه حيث يستلزم في هذه الحالة استصدار أمر على ذيل عريضة للقيام بهذه الأمور المستعجلة[1]؛ لأن ولاية الأم هنا هي ولاية استثنائية منحها لها القانون لكن يستلزم لممارستها استصدار أمر بذلك[2].

ويمكن القول أنه في جميع الحالات السابقة لا بد للأم وهي بصدد ممارستها لهذه الولاية التقيد بأمرين أساسيين وهما: أن تمارسها إلاّ في حالة وجود مسائل مستعجلة تتعلق بالحقوق المالية للقاصر، وكذا وجوب التقيد بالنصوص القانونية التي تقضي بتقييد تصرفات الولي الأصلي فيما يتعلق بمال القاصر من ذلك أن تتعلق هذه الأمور المستعجلة بعقار القاصر أو منقول ذي أهمية وغيرها من المسائل التي تستوجب الحصول على إذن قضائي مسبق[3]، وعليه باعتبار هذه الولاية استثناء من الولاية الأصلية فوجب أن توظف حصرا وتبعا للأصل.

ويجدر الذكر في الأخير أن المشرع منح للأم مسلكا آخر تكون وليا على أبناءها القصر وعلى كامل شؤونهم المالية دون استثناء وهذا وفقا لما نص عليه بموجب المادة 53 المعدلة بموجب الأمر (05-02) من ق أ، حيث منح للزوجة في حال غياب زوجها عن مقر الزوجية لمدة تفوق سنة دون مبرر أو نفقة أن تحصل من القضاء على الطلاق[4]، وبذلك يمكن للأم أن تكون لها الولاية الأصلية على

---

[1] عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 100.

[2] في مقابلة أجريت مع القاضية بالرايس مريم قاض ورئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة أم البواقي، بتاريخ 12-03-2018

[3] أنظر في ذلك: المادة 88 و89 من ق أ.

[4] وهو ما نصت عليه المادة 112 من ق أ: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون ".

أبنائها القصر في حال ما إذا أسندت لها حضانة أبنائها وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 87 من ق أ.

ت-الولي في ظل انحلال الرابطة الزوجية:

تنحل الرابطة الزوجية وفقا لأحكام المادة 47 من ق أ إما بالوفاة أو الطلاق، أما في حالة الوفاة فقد خالف المشرع الفقه الإسلامي في منح الولاية للأم للقيام بشؤون أبنائها القصر المالية من إدارة وتسيير، وولايتها على مال أبنائها هي ولاية أصيلة مصدرها القانون تنتقل إليها بوفاة الأب دون الحصول على حكم من القضاء بتثبيتها وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 87 من ق أ أعلاه.

أما في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق فقد منح القانون بموجب الفقرة الثالثة من المادة 87 من ق أ الولاية على مال القاصر للحاضن ويكون بذلك قد سار إلى ما سار إليه الفقه المالكي من إمكانية ولاية الحاضن إن جرى عرف المدينة على ذلك، وبذلك يكون للشخص الحاضن الولاية قانونا على القاصر فيما يتعلق بمصالحه المالية؛ غير أن ما تختلف فيه ولاية الحاضن عن سابقاتها أن هذه الولاية وإن منحت للحاضن قانونا إلاّ أن أعمالها يستوجب صدور حكم بها، أي أن على الحاضن أن يطلب من القضاء الحكم له بالولاية إلى جانب الحكم بالحضانة[1].

ث- موقع الجد في ترتيب الأولياء على المال في القانون:

لم يتفق الفقه الشرعي على مدى ولاية الجد على أحفاده بين القائل بأن له ولاية أصيلة ولا يستلزم ذلك الإيصاء له بها وبين رافض لهذه الولاية إلاّ إذا أوصى له الأب بذلك كما سبق الإشارة إليه[2]، غير أن موقف المشرع لم يكن صريحا بشأن ذلك؛ كما فعل في ولاية الأم والحاضن والأب، غير أن هذا لا يعني أن المشرع لم يتطرق إلى ذلك؛ حيث بالرجوع إلى حكام المادة 92 من ق أ نجد أنها نصت على الولاية القانونية للجد على أحفاده القصر لكن بشكل ضمني بقولها: " 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 فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون " يتضح من أحكام هذه المادة أنها سارت إلى ما سار عليه المذهب الشافعي مع بعض الاختلاف في مرتبته.

---

[1] م ع، غ أش، ملف رقم: 476515، بتاريخ 14-01-2001، م م ع، ع1، 2009، ص265.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص 845 وما يليها.

وعليه فإن ولاية الجد أصيلة وليست مكتسبة لكون القانون منح له مهمة تعيين الوصي[1]، غير أنه وضع بعض الشروط التي يجب توفرها لكي تكون له هذه الولاية والمتمثلة في الآتي:

- انعدام الأب.
- انعدام الأم.
- إثبات انعدام الأهلية القانونية للأم بالطرق القانونية ويتمثل الأمر في صدور حكم بالحجر عليها، فهذا هو الطريق القانوني الذي يثبت به انعدام الأهلية فيها، ولا ينطبق الأمر على الأم القاصرة التي تحصلت على ترخيص قضائي بالزواج إذ أنها صارت قانونا مرشدة فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق وواجبات وهذا طبقا للمادة 7 من ق أ المعدلة، حيث أن الولاية على أبنائها تعد أحد الواجبات القانونية المترتبة عن هذه الرابطة.

إن هذا الطرح لموقع الجد في ترتيب الأولياء يعززه ما جاء في قرار للمحكمة العليا الذي ساندت فيه ما ذهب إليه قضاة الموضوع " باعتبار الجد أصبح وليا بقوة القانون وهذا بمفهوم المادة 92 من ق أ، وبمفهوم المادة المذكورة يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية..." لذلك ذهبت المحكمة العليا لتأييد ذلك بقولها: "...لكن وخلافا لمزاعم الطاعنة فباستقراء القرار المطعون فيه يتبين منه أن قضاة الموضوع لاحظوا أن النزاع المعروض عليهم يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من ق أ، على اعتبار أن الولد القاصر ليس له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة "[2].

وعليه ذهبت المحكمة العليا بموجب هذا القرار واستنادا إلى أحكام المادة 92 إلى منح الولاية بقوة القانون للجد بعد الأب والأم واعتبرت ولايته في هذه الحالة وصاية لكون النص جاء تحت أحكام الوصاية بصفتها مكتسبة وليس تحت أحكام الولاية المنصوص عليها ضمن المادة 87 من ق أ، وبالتالي أنشأت لنا المحكمة العليا بموجب هذا القرار تسمية خاصة للجد في ترتيب الأولياء وكذا الأوصياء بـ :"**وصي بقوة القانون**" وهي صفة جديدة لأنه – كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني – هناك نوعين من الأوصياء الوصي المختار والوصي المعين عن طريق القضاء ولا يوجد الوصي بقوة القانون وإنما هذا

---

[1] وسيأتي بيان ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[2] م ع، غ أ ش ، الملف رقم: 363794، الصادر بتاريخ 17-05-2006، م م ع، ع2، 2006، ص 461. نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، ج3، ص 1364.

الوضع أوجدته أحكام المادة 92 من ق أ التي تجعل من الجد وليا لأنها منحت له حق الإيصاء كما جعلته وصيا بحكم المادة 92 من ق أ.

وفقا لما سبق قوله فيما يتعلق بموقع الجد في ترتيب الأولياء وكذا اشتماله لصفتي الولي والوصي استنادا لأحكام المادة 92 التي يشوبها الغموض؛ نرى أنه من الضروري تعديل أحكام هذه المادة وذلك من خلال النص صراحة على ولاية الجد وترتيبها وفق الشروط السابق ذكرها تحت أحكام الولاية الأصلية وذلك ضمن المادة 87 من ق أ، كما يجب استحداث بند في هذه المادة يوضح بشكل صريح مسألة الولاية على نفس ومال القاصر يتيم الأبوين ومدى إمكانية منح ذلك للجد خاصة وأن المشرع يلزمه طبقا للمادة 77 من ق أ بوجوب النفقة على أحفاده القصر في حال عدم وجود الولي أو عجزه[1].

ج- ولاية الأم على المال كآلية لحماية أبنائها القصر:

خالف المشرع الجزائري الفقه الشرعي بإقراره ولاية الأم على أبنائها القصر بموجب أحكام المادة 87 من ق أ حيث جعل ولايتها على أبنائها بقوة القانون في حال وفاة الأب، كما منح لها ولاية استثنائية في تصريف شؤون أبنائها القصر في حال غياب الأب أو حصول مانع له، كما منح لها هذه الولاية أيضا في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وكانت حاضنة لأبنائها القصر[2].

ويجب التنبيه هنا أن عدم جواز تولية الأم على أموال أبنائها القصر فقها يرجع لسبب عدم درايتها الكافية بادرة وتسير المصالح المالية للقاصر، وكذا إمكانية عدم المحافظة عليه من خلال إمكانية خضوعها بالقول فيطمع فيها وفي مال أبنائها القصر من به مرض في نفسه، لذلك يرى الدكتور عبد السلام الرفعي في تسبيبه لرأيه القاضي في اعتبار الولاية الأم على مال أبنائها القصر إلى[3]:

- أن جواز الإيصاء للأم بالولاية يمنح لها الحق في أن تكون لها هذه الولاية أصالة إذ لا يوجد أي مانع شرعي أو قانوني يقضي بذلك.

---

[1] سبق الإشارة إلية.

[2] غنية وارتي، مرجع سابق، ص ص 34، 35. سناء نجومن "م" قندوز، الرقابة القضائية على حقوق الامتياز، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مج13، ع1، 2016، ص ص 155، 156.

[3] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 262، 263.

- بالرغم من أهمية المال في الحياة البشرية إلا أن صيانة النفس لا تقل شأنا عن ذلك ؛ وباعتبار كليهما يعد من الكليات الست في الشريعة الإسلامية، فإن الأمر يقتضي منح الأم الولاية على مال أبنائها.
- تغير الوضع الاجتماعي والقانوني للمرأة مما جعلها تلج كل المجالات من ذلك التجارة وعليه لا خوف على ضياع مال القاصر في يدها.
- وجود الرقابة الشرعية والقضائية على الأولياء في إدارتهم لمال القاصر يستلزم ترشيد تصرفاتهم وإعمالها وفقا لما شرعت له تحقيقا لمصلحة القاصر.

ويمكن القول وفقا لما سبق أن المرأة أصبح لها مركز قانوني يسمح لها بتقلد مختلف الوظائف في الدولة دون حصر لها؛ مما يجعلها بذلك لها القدرة على محافظة على مال أبنائها القاصرين وإقرار المشرع لها بالولاية يأتي من باب حماية القاصر بالدرجة الأولى باعتبار حمايته تتعلق بالنظام العام ولكونها الأوفر شفقة وعطفا عليه، كما أنها الأولى بذلك من غيرها، وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا[1].

وهو ما ذهب إليه القانون المقارن فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن كلا من التشريع المغربي وكذا التونسي نصا على أحقية الأم في الولاية على أبنائها القصر حيث تكون لها الولاية بقوة القانون[2]؛ بعد الأب وتستحقها بشروط تتمثل في وفاة الأب أو فقدانه أهليته[3] وبذلك اعتبر المشرع التونسي الولي على القاصر الأب ثم الأم ثم الوصي ثم القاضي[4]، واعتبر المشرع المغربي نائبا شرعيا عن القاصر الأب؛ الأم؛ وصي الأب؛ وصي الأم؛ القاضي؛ مقدم القاضي[5]، غير أن المشرع المغربي أضاف أمرا جديدا لم يذكر في تشريع الأسرة الجزائري وكذا التونسي وكذا في الفقه الشرعي حيث نص على أنه في

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 187692، قرار بتاريخ 23-12-1997، م ق، 1997، ع 1، ص 53.

[2] يجدر الذكر أن المشرع المغربي لم يعترف للأم بالولاية الكاملة وبقوة القانون على أبناءها القصر إلاّ في ظل التعديل الأخير للمدونة بموجب قانون 03.70 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 في فبراير 2004 الذي نص بشكل لا لبس فيه على ولاية الأم عن أبناءها القصر. لتفصيل أكثر في الفكرة راجع: عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 264 وما يليها. أما المشرع الوطني فقد أضاف بموجب تعديله لأحكام المادة 87 في سنة 2005 ما يتعلق بحالة الغياب والمانع المادي وأهم ما جاء به؛ النص على مصير الولاية على الأبناء القصر في ظل انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وبذلك أضاف حماية قانونية للقاصر في الجانب النفسي والمالي.

[3] رشيد الصباغ، مرجع سابق، ص 225 وما يليها. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 263 وما يليها.

[4] أنظر في ذلك: الفصل 154 و155 من م أ ش.

[5] أنظر في ذلك: المادة 231 و238 من م أ م.

حال وجود الأم وقام الأب باختيار وصي على أبنائه القصر اقتصر دور هذا الأخير على مراقبة الأم لتسييرها لمال القاصر[1].

ح- مدى أحقية الكافل في الولاية على مال القاصر المكفول:

يمكن القول في هذه المسألة أن المشرع ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه المالكي من خلال منحه للكافل الولاية القانونية على القاصر المكفول حماية لمصلحة هذا الأخير وهذا بموجب أحكام المادتين 121 و 122 من ق أ، وتدخل ضمن ذلك الولاية على مال القاصر المكفول[2].

نخلص في الختام أن المشرع في بيانه وترتيبه للأولياء على مال القاصر جعل من مصلحة القاصر أساس ذلك وهذا حماية لماله وبالتبعية لذلك حماية نفسه من خلال ترتيبهم وفقا للشفقة والعطف على القاصر، كما أنه أورد ترتيبهم على سبيل الإلزام وليس الاختيار، إذ لا يجوز الاعتداء على أحقية الولاية، فكان بذلك ترتيبه على الشكل الآتي: الأب، ثم الأم، ثم الجد، ثم وصي الأب، ثم وصي الجد، ثم القاضي "وصي القاضي أو مقدمه".

ثالثا: شروط الولي على المال:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم ينص على الشروط الواجب توفرها في الولي صراحة وعليه يمكن تحديدها وفقا لمضمون نصوص القانونية من ذلك ما جاء في المادة 87 و88و 91 من ق أ؛ كما يمكن الاستئناس بما ورد في المادة 93 من شروط تتعلق بالوصي، إضافة إلى ما ورد في أحكام الشريعة الاسلامية استنادا إلى المادة 222 من ق أ التي تحيلنا إلى ذلك في كل مالم يرد النص عليه في القانون، وعليه يمكن تلخيص شروط الولي في الآتي:

[1] أنظر في ذلك: المادة 238 في فقرتها الأخيرة حيث يتضح أن المشرع يخضع ولاية الأم إلى رقابتين: رقابة القاضي ورقابة وصي الأب. ويمكن إرجاع هذا التشديد على ولاية الأم من قبل المشرع المغربي إلى سببين أولهما هو الحرص على مصالح القاصر المالية، وثانيها إبقاء القيود القانونية على ولاية المرأة.

[2] راجع في ذلك: المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة.

1- الأهلية والقدرة:

ربط الفقه الاسلامي الأهلية بالبلوغ والرشد استنادا إلى ما جاء في قوله تعالى:"﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا** ﴾[1] ، فالبلوغ هو سبب للتكليف الشرعي والرشد هو حسن التدبير وكلاهما يجعلان من الشخص ذا أهلية وقدرة على إدارة لأموره وتدبرا لشؤونه وبالتالي إمكانية تولي غيره[2]، وهذا الشرط أورده المشرع ضمنا طبقا لأحكام المادة 87 و91 من ق أ، حيث نص المشرع على أن من أسباب انتقال الولاية للأم بصفة مستعجلة هو حصول مانع للأب، كما نص بموجب المادة 91 من ق أ على أن من أسباب انتهاء وظيفة الولي: عجزه وبالتالي فدل هذا على أن الولاية تشترط القدرة، وكذلك الحجر على الولي؛ وكما هو معلوم أن الحجر يكون في حال وجود عارض من عوارض الأهلية وبذلك نصت المادة 101 من ق أ:" من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

وعليه يشترط في الولي أن يكون عاقلا وبالغا وحرا وقادرا على إدارة أموره حتى يتمكن من إدارة أمور المولى عليه[3].

2- أن يكون حسن التصرف:

وهذا الشرط تضمنته أحكام المادة 88 من ق أ التي نصت على وجوب أن يتصرف الولي تصرف الرجل الحريص في أموال القاصر المعهود إليه بحمايتها، وهو ذات منهج الشريعة الإسلامية، إذ لا يجوز تولية السفيه و ذي الغفلة والمجنون أو المعتوه لكونهم لا يحسنون التصرف في مالهم فكيف لهم أن يتولوا أموال غيرهم، بل جعل المشرع انعدام هذا الشرط في الولي سببا لإنهاء وظيفته، وهو ذات موقف الشريعة الإسلامية التي تنص على عدم إعطاء السفهاء أموالهم لما قد يصيبها من ضرر نتيجة سوء تصرفهم فيها

[1] سورة النساء: الآية 06.

[2] توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص 252.

[3] حسين طاهري، مرجع سابق، ص 181.

وفي ذلك قال تعالى:﴿ **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا** ﴾[1].

وقد اختلف الفقهاء في تصنيف الآباء إلى ثلاث أصناف: الصنف الأول: معروف بالتبذير والإسراف وغير أمين فهذا ليست له الولاية على مال أولاده؛ والصنف الثاني: أب معروف بفساد الرأي وسوء التدبير لكنه يتصف بالأمانة فهذا أيضا ليس له الولاية على مال أبنائه، والصنف الثالث :أب معروف بحسن الرأي والتدبير والتصرف ولم يعرف بالفساد وميسور الحال فهذا له الولاية الكاملة على مال أبنائه لكونه محمول على السداد[2].

ويدخل ضمن هذا أيضا المحجور عليه ممنوع من التصرف في ماله ومن باب أولى أن يمنع من التصرف في مال غيره[3].

3- أن يكون مسلما:

إذ لا ولاية لكافر على مسلم، ولذلك لابد أن يتحد المولى والمولى عليه في الدين حتى تثبت له الولاية[4].

الفرع الثاني: مصادر مال القاصر

يعد المال المحل الشرعي والقانوني للولاية على المال وموضوعها، كما أنه يعد أحد العناصر التي تقوم عليها هذه الولاية فبانعدامه لا تقوم لهذه الولاية قائمة، وعليه سنحاول في هذا المجال ببيان ما المقصود بالمال من خلال بيان ماهيته أولا، ثم بيان المصادر التي يتملك بموجبها القاصر هذا المال ثانيا.

[1] سورة النساء: الآية 5.

[2] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص211.

[3] حسين طاهري، مرجع سابق، ص181.

[4] حسين طاهري، مرجع نفسه، ص 182.

أولا: ماهية المال:

1- من حيث مفهوم المال:

يعرف المال في اللّغة بأنه: كل ما ملكه الإنسان من كل شيء[1].

أما في الاصطلاح: قال عز وجل:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ**﴾[2] وقوله تعالى كذلك:﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا**﴾[3] .

استنادا لهذه النصوص الشرعية وغيرها اتفق الفقه الشرعي على توظيف مصطلح المال في الكتب الفقهية، إلاّ أنهم اختلفوا في تحديد مفهوم المال من حيث شموله المنافع من عدمها، حيث يرى فقهاء الحنفية في هذا الصدد أن المال هو:" اسم غير الآدمي، خلق لمصالحه، أمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار "[4]، كما يرى إبن عابدين أنه: " ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة "[5]، في حين يرى جمهور الفقهاء أن المال هو: " ما كان منتفعا به، أي مستعدا لأن ينتفع به، وهو إما الأعيان أو المنافع "[6].

في حين انقسم الفقه القانوني في تحديده لمفهوم المال بين مناصرين للنظرية التقليدية التي:" لا تميز بين الشيء ذي القيمة الاقتصادية، والمال منقولا كان أو غير منقول، والحقوق المترتبة عليها، في حين تميز النظرية الحديثة بين: " الشيء والمال، فتجعل المال هو الحق المترتب عن الشيء، والشيء هو

---

[1] الفيروز أبادي، مرجع سابق، ص 1059.

[2] سورة الأنعام: الآية 152.

[3] سورة النساء: الآية 10.

[4] ابن نجيم، مرجع سابق، مج 3، ص277. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج1، ص 334.

[5] محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، "د ط"، ج 7، دار علم الكتب، الرياض، 2003، ص 10.

[6] الزركشي، المنثور في القواعد، ج3، ط2، وزارة الاوقاف ولشؤون الاسلامية، الكويت،1985، ص 222. مسعود هلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسور، الجزائر، 2008 ، ص 33.

محل لهذا الحق "[1]، وعليه هناك من عرفه : " الحق المالي الذي يرد على الشيء "[2]. أو أنه: " كل حق ذي قيمة اقتصادية سواء كان هذا الحق عينيا أم معنويا أم شخصيا "[3].

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة لم ينص على ما يعتبر مال من غيره، وعليه يرجع في ذلك إلى القانون المدني باعتباره يشمل المسائل الشخصية والمالية، حيث بينت المادة 682 منه ما يعد مالا وما يكون في حكمه[4]؛ وكذا المادة 510 من ذات القانون التي تعتبر المنافع مالا بنصها على إمكانية انتقالها إلى الورثة، وبذلك يكون المشرع سلك منهج جمهور الفقهاء في اعتبار المنافع مالا[5]، وكذلك ما جاء في المادة 774 من ق م حيث نصت على أن: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في التركة وعلى انتقال أموال التركة ".

2- من حيث تكييف المال وتكوينه:

أ- تكييف المال:

بالرغم من اختلاف الفقه الشرعي وكذا القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للمال من كونه يشمل المنافع أو تخرج عنه، وكذا الفرق بين المال والشيء؛ فإن المشرع يرى أن المال يشمل الأعيان والمنافع. وهو أثر مترتب عن الشيء وهذا بموجب المادة 682 من ق م. ولذلك يقول الدكتور عبد السلام الرفعي: " كل متقوم مال وليس كل مال متقوم ".[6] إذ أنه يشترط في المال:

- أن تكون له قيمة تجارية.
- كون الشيء قابل للادخار.

---

[1] مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 13.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج8، ص 9.

[3] توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص ص 181- 183.

[4] حيث نصت على أن المال هو "كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وإما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

[5] مسعود هلالي، مرجع سابق، ص 34.

[6] مرجع سابق، ص 314.

- كون الشيء مباح شرعا[1].

ب-مكونات المال ومشتملاته:

إن الهدف من تحديد مكونات المال يجعل من سلطة الولي عليه معلومة وبالتالي يبين لنا نطاق هذه الولاية والتي على ضوئها تتحدد مسؤوليته.

قسم الفقه المال إلى تقسيمات عديدة، حيث يقسم بالنظر إلى ملكيته إلى عام وخاص، كما يقسم بالنظر إلى حالته إما مثليا أو قيميا، كما يقسم بالنظر إلى مدى استهلاكه إلى استهلاكي واستعمالي، كما يقسم باعتبار التعامل به إلى متقوم وغير متقوم، كما يقسم باعتبار حركته إلى عقار ومنقول[2]، وقد أخذ المشرع بهذه التقسيمات[3]؛ حيث بالرجوع إلى المادة 88 من ق أ نجد أن المشرع يعتبر من مشتملات مال القاصر أو ما يدخل ضمن أحكام الولاية على المال العقارات والمنقولات وكذا المنافع حيث نص على : " ...بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر..."

وعليه يشتمل مال القاصر:

1- المنافع:

ويقصد بالمنفعة: " كل ما يصلح عليه المرء من عين معينة بالذات؛ أو حق من الحقوق المعنوية "[4]. وعليه يدخل ضمن المنافع كل استغلال واستثمار لمال القاصر بغية تحقيق منفعة تعود على القاصر من ذلك الإيجار والمساهمة في شركة.

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 300، 301. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 43.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج1، ص 334 . أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، ج2، "د ط"، دار الأنصار، القاهرة، 1936، ص 5.

[3] أنظر في ذلك: المواد من 682 إلى689 من ق م، وكذا المادة:89 من ق أ.

[4] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 321.

2- **العقار:**

عرف المشرع الجزائري العقار ضمن المادة 683 من ق م بقوله: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار..."

كما يعتبر المشرع المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، من أجل خدمة هذا العقار أو استغلاله يدخل ضمن أحكام العقار ويسمى عقارا بالتخصيص؛ لكونه خصص لخدمة العقار، كما يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار[1].

3- المنقول:

اعتبر المشرع أنه كل ما يخرج عن دائرة العقار هو منقول وهو ما جاء في المادة 2/683 من ق م وعليه تشمل المنقولات:

الأشياء المنقولة بطبيعتها: وهي الأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف وهي كثيرة من ذلك النقود، السيارات الحيوانات والسفن...الخ.

أما الأشياء المنقولة بالمآل: فهي تلك الأشياء التي كانت ثابتة في حالة ثم أصبحت منقولة وفق ما آلت إليه من ذلك الأشجار المقطوعة...الخ.

أما الأشياء المنقولة الغير مادية: فهي كل ما ينطبق عليه معنى المنقول وكانت ذات طبيعة معنوية أي غير حسية كالاختراعات والاسم التجاري والعلامات التجارية...إلخ.

أما الحقوق المنقولة فهي كل حق عيني أو شخصي يرد على منقول أو يكون متصلا به كحق الملكية على الشيء المنقول، وتعتبر منقولات أيضا الأسهم والحصص في الشركات...الخ.

ثانيا: الطرق القانونية التي يكتسب بموجبها القاصر المال

إن اعتراف المشرع بالوجود القانوني للقاصر من خلال منحه أهلية الوجوب بمجرد ميلاده حيا؛ اقتضى بالضرورة تبعا لمفهومها منحه جملة من الحقوق دون الزامه بتحمل الواجبات، ولعل ابرز هذه

[1] أنظر في ذلك: المادة 684 من ق م.

الحقوق إمكانية تملكه للمال[1]؛ وفق وسائل قانونية تم بيانها ضمن أحكام قانون الأسرة وكذا القانون المدني باعتبار هذا الأخير الشريعة العامة[2]، وتتمثل هذه الوسائل في الميراث والهبة والوصية، وعليه يمكن تصنيفها إلى وسائل تملك بقوة القانون ووسائل تملك بموجب عقود التبرعات.

1- اكتساب القاصر للمال بقوة القانون: ويشمل ذلك الميراث والتنزيل:

إن حرص المشرع على العناية بالقاصر جعلته يشمله بحماية مادية من خلال إقرار حقه في الميراث إذا توفرت شروطه وأسبابه بل إن حرصه تعدى ذلك إلى شموله بالحماية لحظة موت مورثه من خلال جعل القضاء رقيبا على قسمة التركة التي يكون أحد ورثتها قاصرا وهذا ما نصت عليه المادة 183 من ق أ حيث تكون قسمة التركة عن طريق القضاء إذا كان من بين ورثتها قاصرا، كما كفل المشرع أيضا حماية القصر الضعاف الذين لا مال لهم ولا مورد رزق لهم والذين يتوفى معيلهم قبل موت أصله من خلال إقرار حقهم في نصيبه وهذا بقوة القانون بموجب التنزيل.

أ- الميراث:

لم يعرف المشرع الميراث وإنما بيّن أحكامه ضمن قانون الأسرة بموجب المواد من 126 إلى 183 الواردة ضمن الكتاب الثالث المعنون بالميراث، أما الفقه الشرعي وكذا القانوني فقد تناولا بالتعريف الميراث حيث وإن اختلفت تعاريفهم إلاّ أنها كانت ذات معنى واحد وهو:" استحقاق الإنسان شيئا بعد موت مالكه بسبب مخصوص وشروط مخصوصة "، أو هو: " علم بالقواعد الفقهية والحسابية يتوصل بها إلى معرفة نصيب كل وارث من التركة على الوجه الذي شرعه الله "[3]. يتضح من هذه التعاريف أن الميراث هو جزء من الحقوق المتعلقة بالتركة أو بكل ما يتركه الميت، وهو حق خالص للورثة يستحقونه وفق شروط وأسباب نص عليها المشرع الجزائري، حيث بالرجوع إلى أحكام المادة 126 من ق أ نجد أنها نصت على أن من أسباب الإرث القرابة والزوجية .

---

[1] عرفت المادة 674 من ق م حق الملكية بقولها: " الملكية في حق التمتع وتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة ".

[2] أنظر في ذلك: مواد القانون المدني المتعلقة بطرق اكتساب الملكية لا سيما: 774، 775 منه.

[3] سلمان نصر، سعاد سطحي، أحكام المواريث في الفقه الاسلامي، ط1، دار الفجر، الجزائر، 2007، ص 11.

وباعتبار رابطة القرابة يدخل ضمنها الصلة بين الفروع والأصول وكذا الحواشي القريبة والبعيدة[1]؛ فكانت بذلك سببا وطريقا لاكتساب القاصر المال، إذا ما توفرت الشروط القانونية لذلك[2]، ولم يكن هناك مانع من موانع الميراث[3].

ب-التنزيل " الوصية الواجبة "[4]:

إن الهدف الأساسي من تشريع التنزيل أو ما يسمى بالوصية الواجبة هو بالدرجة الأولى حماية القاصر الذي فقد أحد أبويه قبل موت أصله، وكان في فاقة وحاجة للمال بسبب فقد المعيل له فجاء القانون بأحكام التنزيل، فبالرجوع إلى التطور التاريخي المتعلق بتشريع التنزيل فإن أسبابه تعود للثورة التحريرية حيث تجند كل الشباب الجزائري من أجل تحرير الوطن، حيث سقط أغلبهم في ساحة الفداء تاركين وراءهم أبنائهم الذين لم ينص القانون آنذاك على مدى إمكانية ميراثهم لنصيب أصلهم المتوفى من أبيه [5]، الأمر الذي أدى إلى وجود إشكالات قانونية استلزم مواجهتها من خلال سن نص قانوني يخول للأحفاد هذا الحق خاصة أن الشريعة الإسلامية تمنح للأجداد في هذا الوضع الحق في الوصية

---

[1] يقصد بالأصول الأب والأم والجد من الجهتين والجدة من الجهتين وإن علو، أما الفروع فيقصد بهم الابن والبنت وأبناء وبنات الابن وإن نزلوا، أما الحواشي القريبة فإنها تشمل الإخوة والأخوات سواء الأشقاء أو لأب أو لأم، وأبنائهم، أما الحواشي البعيدة فيقصد بهم الأعمام وأبنائهم. أنظر في ذلك: أصناف الورثة المادة 139 وما يليها من ق أ.

[2] تتمثل شروط الميراث في التأكد من موت المورث حقيقة أو حكما وتيّقن حياة الوارث لحظة موت المورث والعلم بالجهة والدرجة المتقضيتين للإرث. أنظر في ذلك: المواد 127 و128 من ق أ.

[3] موانع الميراث جمعها فقهاء الشريعة الإسلامية في كلمة عش لك رزق : العين لعدم الاستهلال، وشين للشك في السبق، لام للعان، وكاف للكفر، وراء للرق والردة، وزاي للزنا، والقاف للقتل. وهي ذات الموانع التي نص عليها المشرع بموجب المواد من 129 إلى 138 من ق أ.

[4] يعرف التنزيل في القانون المقارن كالقانون الاردني والسوري بالوصية الواجبة، حيث تختلف أحكامها في هذه القوانين عن قانون الأسرة حيث أن التنزيل يدخل ضمن أحكام الميراث وله أحكام شبيهة بالوصية غير أنه مستقل عنها بدليل أنه ينفذ من الميراث الصافي على خلاف الوصية التي تنفد بعد سداد الديون طبقا للمادة 180 من ق أ، أما التشريعات المقارنة فتعتبره من الوصايا وبالتالي يجب إخراجها قبل الميراث.

[5] بالرغم من الإشكالات القانونية التي أثارتها مسألة امكانية ميراث أبناء الشهداء من أجدادهم لنصيب آباءهم؛ إلاّ أنهم لم يستفيدوا من أحكام التنزيل الذي شرع بسببهم لأن أحكام المادة 169 وما يليها لا تسري بأثر رجعي، غير أنه في المقابل هناك فئة أخرى من الأحفاد استفادت من هذه النصوص ويتعلق الأمر بأبناء ضحايا المأساة الوطنية ضحايا الإرهاب . لتفصيل أكثر راجع: فضيل العيش، مرجع سابق، ص 107.

الاختيارية للأحفاد دون جبرهم على ذلك وهو الذي كان معمول به في تلك الفترة[1]، إلى غاية سن تقنين الأسرة والنص في أحكامه على وجوب تنزيل الأحفاد في هذه الحالة محل أصلهم في الميراث وأطلق عليه تسمية التنزيل أو الوصية الواجبة لكونه ينفذ بقوة القانون، حيث بين المشرع أحكام التنزيل بموجب المواد من 169 إلى 172 من ق أ وبذلك أصبح التنزيل بقوة القانون[2]، حيث جاء في المادة 169من ق أ: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية ".

ويشترط المشرع لاستحقاق الميراث بطريق التنزيل الشروط التالية:

- أن يكون الورثة أحفاد للمتوفى مات أبوهم قبل أصله[3].
- لا يكون الأحفاد وارثين للأصل جدا كان أو جدة.
- أن لا يكون المتوفى سواء جد أو جدة قد أوصى في حياته لهؤلاء الحفدة أو وهب لهم جزء من ماله يعادل ما كان أبوهم سيرثه من أصله، وفي حال كان المقدار اقل وجب تكملته بموجب التنزيل.
- يكون التنزيل بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز حدود الثلث.

---

[1] م ع ، ملف رقم: 94719، قرار بتاريخ 28-09-1993، ع خ، 2001، ص 318. راجع أيضا: مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 188.

[2] م ع ، ملف رقم: 186769، قرار بتاريخ 17-03-1998، ع خ، 2001، ص328. راجع أيضا: مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 188.

[3] يقصد بمصطلح الأحفاد الذكور والإناث معا وفي هذا مساواة وتقرير لمصلحة القاصر الفضلى بغض النظر على كونه فرع لبنت المتوفى أو ابنه وما إذا كان القصر إناث فقط أم ذكران وإناث؛ وهو الأمر الذي فصلت فيه المحكمة العليا بموجب قرار صادر عنها حيث جاء فيه: " يقصد بمصطلح الاحفاد، الوارد في المادة 169 من قانون الأسرة، الذكور والإناث معا، وليس الذكور وحدهم أو (الذكور والبنات معا) "، راجع لتفصيل أكثر: ملف رقم: 258898، الصادر بتاريخ21-02-2001، م ع ، ع 1، 2006، ص 47 وما يليها. كما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 22-03-1994 أن التنزيل لا يكون إلاّ بين الأصول والفروع دون غيرهم؛ حيث جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أن التنزيل لا يكون إلاّ بين الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك..."، ملف رقم: 95385، م ق، ع1، 1995، ص 134. وعليه إذا تم تنزيل غير الأحفاد عد من قبيل الوصية الاختيارية وليس تنزيلا وهو ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 10-12-2009 جاء فيه: ".. إن تنزيل المحرر بتاريخ 28 سبتمبر1982 الذي نزل المدعو (س. د) ابن أخيه (س. ب) منزلة الابن الصلب يعد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب الوارث، وهي جائزة شرعا..."، ملف رقم: 526179، م م ع، ع1، 2010، ص 231.

- أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه.
- يكون التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين[1].

يتضح مما سبق ذكره من هذه الشروط أن المشرع احتاط للقاصر من خلال النص على أحكام التنزيل حتى لا يكون عرضة للتشرد والحاجة في حال موت معيله من خلال منحه الحق في تركة أجداده، فهذه النصوص تعد وجه من أوجه الحماية المقررة للقاصر وكذا سببا من أسباب ملكيته للمال وشموله بالحماية من خلال النص على كيفية إدارته وتسييره.

ويجدر الذكر أن المشرع لم ينص على الجهة المختصة بالتنزيل؛ وعليه كان فيما سبق يتم بموجب عقد توثيقي؛ غير أنه حاليا أصبح من مهام قاضي شؤون الأسرة وهذا لكونه يدخل ضمن أحكام رعاية القصر المنصوص عليها ضمن المادة 424 من ق إ م إ.[2]

2- اكتساب القاصر للمال بموجب عقود التبرعات:

تعد عقود التبرعات من الوسائل القانونية التي يكتسب بموجبها القاصر المال ويتعلق الأمر بعقدي الهبة والوصية.

أ- عقد الهبة:

تعرف الهبة قانونا بأنها تمليك بلا عوض. وقد وردت أحكامها ضمن الكتاب الرابع المعنون بالتبرعات ضمن الفصل الثاني من المواد 202 إلى 212 من ق أ. وهي وسيلة لنقل الملكية على وجه

[1] أنظر في ذلك: المواد: 170، 171، 172 من ق أ.

[2] في مقابلة أجريت مع القاضية بالرايس مريم قاض بمحكمة أم البواقي : أكدت لنا أنه بموجب قرار صدر عن الغرفة الجهوية للموثقين أرسلت نسخة منه إلى المحكمة قضى برفع يدي الموثق عن تحرير عقود التنزيل وإيكالها لجهة المحكمة ممثلة في قاضي شؤون الأسرة وعلى ضوء ذلك أصبح هذا العقد يتم عن طريق المحكمة، فبالرغم من أن قرار الغرفة الجهوية للموثقين لا يتمتع بسلطة قانونية خارج أعضاءه إلاّ أنه في غياب نص قانوني يقضي بالنص على الجهة المكلفة بتحريره أدى بالمحكمة إلى قبول هذه المهام وهذا بحكم عملها الولائي والقضائي.

التبرع للموهوب له[1]، حيث اشترط المشرع في الواهب كمال الأهلية لكون التصرف ينطوي على ضرر محض يمس ذمته المالية[2]، بخلاف الموهوب له حيث أجاز الهبة حتى للحمل بشرط أن يولد حيا[3].

ينيب القاصر في إبرام عقد الهبة وليه الشرعي[4]، وكذلك إنابته في نقل ملكية الشيء الموهوب حيث تتم حيازة الشيء الموهوب من قبل الولي الشرعي للقاصر وهذا في حال ما إذا كان منقولا، أما إن كان عقارا فإنه تسري عليه أحكام التوثيق المتعلقة بذلك[5].

ويجدر بالذكر أن حيازة الشيء الموهوب أو نقل ملكيته للموهوب له تكون حال حياة الواهب وهو ما يميزها عن الوصية ، وكل شرط يخالف ذلك يجعلها باطلة كهبة وتسري عليها أحكام الوصية[6]، كما أنها قد تشمل كل ممتلكات الواهب أو جزء منها سواء كان المال عينا أو منفعة أو دينا الدى الغير[7].

ب- **عقد الوصية:**

على خلاف الهبة فإن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[8]، وهي إحدى وسائل اكتساب الملكية حيث وردت أحكامها ضمن الفصل الأول من الكتاب الرابع التعلق بالتبرعات

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، ج 1، "د ط"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 160.

[2] أنظر في ذلك: المادة 203 من ق أ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 209 من ق أ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 206 و210 من ق أ. راجع أيضا: لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، مرجع سابق، ص 164.

[5] أنظر في ذلك: المادة 208 من ق أ.

[6] أنظر في ذلك: المادة 777 من ق م. وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19-10-2005 جاء فيه: " إن ملكية العقار الموهوب عند وفاة الواهب التي لم تنتقل إلى الموهوب لها بعد ولم يتم تنفيذ هذا التصرف إلاّ بعد وفاة المورث فإن الأصل العام الذي يعتبر كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه يأخذ حكم الوصية وبالتالي يخضع لأحكامها ". ملف رقم: 307934، م ق، ع2، 2005، ص 195.

[7] أنظر في ذلك: المادة 205 من ق أ.

[8] أنظر في ذلك: المادة 184 من ق أ.

بموجب المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة، كما وردت أيضا بعض أحكامها ضمن القانون المدني[1].

وتعتبر الوصية أيضا إضافة إلى أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وأنها وسيلة قانونية لاكتساب الملكية؛ فإنها أيضا ووفقا لهذا الوصف القانوني تدخل ضمن الحقوق المتعلقة بالتركة المنصوص عليها بموجب المادة 3/180 من ق أ حيث تعد الحق الثالث بعد إخراج مصاريف التجهيز وإخراج الديون التي على الميت، كما أنه إذا ما كان الموصي له قاصرا فإنه توجب في هذه الحالة تطبيق أحكام المادة 183 المتعلقة بحصر التركة وقسمتها إن كانت مشتملة على قاصر عن طريق القضاء.

لقد نص المشرع على وجوب توفر الأهلية في الموصي بحكم أن هذا التصرف فيه إضرار بمركزه المالي، دون اشتراط ذلك في الموصي له لكون هذا التصرف نافع له نفعا محضا[2]، أما الموصي له فيشترط فيه البلوغ لقبول الوصية، أما إذا كان قاصرا فإنه ينوبه وليه في ذلك[3]، هذا وقد نص المشرع على قيود تتعلق بالنصيب الموصى به بحيث يجب أن لا يتجاوز حدود الثلث المتبقي بعد تصفية التركة من مصاريف التجهيز والديون وهذا حتى لا يلحق الورثة ضرر[4]، كما يشترط أن لا يكون الموصي له من بين الورثة لأنه لا وصية لوارث إلاّ بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي[5]. كما قيد المشرع هذا التصرف بالشكلية وذلك لإثبات قيامه وهذا كأصل أما في حالة وجود مانع قاهر لتوثيقها أوجب القانون إثباتها بموجب حكم يؤشر على هامش أصل الملكية[6].

---

[1] أنظر في ذلك: الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية ضمن القسم الثاني المعنون بالوصية وذلك في المواد: 775، 776، 777 من ق م.

[2] أنظر في ذلك: المادة 187 من ق أ.

[3] صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 98.

[4] أنظر في ذلك: المادة 185 من ق أ.

[5] أنظر في ذلك: إلى المادة 189 من ق أ

[6] أنظر في ذلك: المادة 191 من ق أ. لتفصيل أكثر راجع: مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 55.

المطلب الثالث: وظيفة الولي على المال وحالات انتهائها

لقد قسم الفقه الشرعي الولاية إلى عدة أقسام[1]، وكان لذلك دور كبير في بيان " مدى سلطة الأولياء على هذا المال " وذلك استنادا إلى مراتبهم.

فإذا ما ثبتت الولاية للشخص بأن تحققت فيه شروطها وأسبابها، أصبح بذلك له سلطة على مال القاصر، والتي تعد من قبيل الوظيفة إذ أنه يتمتع بموجبها بسلطات ويلتزم أيضا بواجبات، كما أنه وأثناء توليه أمور القاصر المالية فإنه تتحدد له مجالات لابد من عدم الخروج عنها وهو ما يسمى بنطاق الولاية.

وعليه سيتم التفصيل ضمن هذا المطلب في وظيفة الولي على المال وهذا ضمن (الفرع الأول) وبما أن لهذه الوظيفة أسباب استدعت قيامها والمتمثلة في رعاية شؤون القاصر وإدارة مصالحه؛ فإن هناك أيضا أسباب لانتهائها وهي مرتبطة بعناصر الولاية ذاتها، وهو ما سيتم التفصيل فيه ضمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وظيفة الولي على المال

الولي هو نائب شرعي عن المولى عليه في ادرة واستثمار امواله بما يحقق مصلحته، فلا بد من هذه الانابة ان تكون في اطارها القانوني ولا تتجاوزه، وان تكون سببا لترشيد تصرفات القاصر في ماله من خلال حسن التدبر والتصرف فيها، وفي ذلك يرى الدكتور عبد السلام الرفعي أن سلطات الولي على مال

---

[1] من حيث طبيعتها تنقسم الولاية إلى قسمين ولاية عامة: " وهي سلطة خولها الشارع الحكيم للسلطان أو من ينوب عنه، بموجبها يتصرف في أموال المولى عليهم لمصلحتهم مالم يكن ولي خاص ،كالأب، أو وصيه "؛ وولاية فرعية، وتتدرج الولاية على المال ضمن التقسيم الثاني، كما قسموا هذه الأخيرة من حيث تعديها؛ إلى ولاية قاصرة وتشمل ما يملكه الشخص من سلطات في تسير شؤونه وتصريفها دون تدخل إرادة أخرى في ذلك؛ وولاية متعدية ويقصد بها الولاية التي يتصرف بموجبها الشخص في ملكية من قصرت أهليته؛ وبذلك تدخل الولاية على مال القاصر ضمن هذا النوع لكون الولي؛ غير أن هذا النوع من الولاية له تفريعات من حيث مدى عمومها إلى ولاية متعدية على المال عامة وولاية متعدية على المال خاصة، ومن حيث مدى شمولها لكامل المال أو تعلقها بجزء منه فقط؛ ومن حيث أصالتها واكتسابها وهذا بالنظر إلى مصدرها، ومن حيث مدى قوتها إلى ولاية قوية وولاية ضعيفة. لتفصيل أكثر راجع: عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 61، 62. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص ص 179، 180. محمد مصطفى شحاتة الحسني، مرجع سابق، ص 33.

القاصر تعد من أهم الآثار القانونية المترتبة عن الولاية وهي في مجملها " أي السلطة " تصرفات يقوم بها الولي في مال المولى عليه والتي يجب أن يتقيد فيها بمراعاة مصلحة القاصر وأن يحسن التصرف فيها؛ ويتقيد بالحدود الشرعية والقانونية المحددة لها[1]، وهو ذات المجال الذي رسمه لها المشرع بموجب المادة 88 من ق أ التي جاء فيها: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة.

إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد ".

وكذا ما جاء في أحكام المادة 90 من ق أ بقولها: " إذا تعارضت سلطات الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ".

وعلى ضوء ذلك سنتحدث هنا عن حدود سلطة الولي أولا، ثم نبين ثانيا سلطات الولي على المال ثانيا، ثم نتحدث عن واجباته ثالثا.

أولا: حدود سلطة الولي

إن أساس قيام الولاية على مال القاصر هو حماية هذا الأخير وحماية مصالحه المالية، ولذلك فإن وظيفة الولي مرتبطة أشد الارتباط بمراعاة هذه المصلحة، وبها ترسم حدودها، لذلك فإن الولي لا يمكنه القيام بأي تصرف يتعارض أو يضر بمصالح القاصر المالية وإلاّ عدّ متجاوزا لسلطته، فيجب عليه عدم القيام بالتبرع بمال القاصر عن طريق الهبة أو الوصية لأن فيه إنقاص وإفقار للذمة المالية له وهو تصرف ضار ضررا محضا. غير أنه في مقابل ذلك يمكن له إبرام كل عقود التبرعات التي تكون لصالح القاصر من هبة ووصية له لأن هذا سيزيد من ماله وهو تصرف نافع نفعا محضا. في حين جعلت

[1] مرجع سابق، ص 343.

التصرفات التي تكون دائرة بين النفع والضرر تحت رقابة القضاء خاصة فيما يتعلق بالشراكة وبيع العقار أو المنقول ذا قيمة و الاقتراض وغيرها من المسائل[1].

وعليه يمكن القول أن الولاية على مال القاصر وضعت بموجب القانون، وهذا الأخير هو الذي يرسم حدودها ويبين نطاقها من خلال إطلاقه لسلطات الولي في جانب وتقييدها في جانب آخر، وكذا ترتيب المسؤولية عنها في حال تعدي ذلك.

ثانيا: سلطات الولي على المال

استنادا إلى ما ورد في أحكام المواد 75 و 83 و84 و88 و90 من ق أ يتضح أن المشرع منح للولي جملة من الصلاحيات في إدارة وتصريف شؤون القاصر المالية، غير أنه قيدها في بعض المسائل وهذا بهدف المحافظة على مصالحه، لذلك يمكن تقسيم سلطات الولي في هذا الجانب إلى سلطات مطلقة لا تخضع للإذن من قبل قاضي شؤون الأسرة وسلطات مقيدة بضرورة موافقة القاضي عليها.

1- سلطة الولي المطلقة على مال القاصر:

يفرق الفقه الإسلامي في منح السلطات المتعلقة بالولي بين الأب وغيره من الأولياء، حيث يمنح الولي الأب سلطة مطلقة في التصرف في مال المولى عليه[2]، وهو ذات الموقف الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث منح الحرية للولي في أداء وظيفته الولائية مادام يخدم فيها مصالح القاصر ويحرص عليه كما يحرص على ماله؛ وهو ما نصت عليه المادة 1/88 من ق أ بقولها: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص..." فالملاحظ أن المشرع بموجب هذه المادة أعطى للولي سلطة التصرف في مال القاصر؛ وفي ذلك فصل الفقه الاسلامي وكذا القانون في تحديد هذه التصرفات حيث استبعد التصرفات الضارة ضررا محضا بمال القاصر حيث لا يجوز القيام بها لما تنطوي عليه من إضرار بمصالح القاصر وإفقار ذمته المالية[3]، أما التصرفات التي يباشرها الولي لمصلحة القاصر وتكون نافعة له نفعا محضا فإنه يكون للولي فيها سلطة مطلقة من ذلك قبول الهبات والوصايا، وكذا تحصيل

---

[1] حسين طاهري، مرجع سابق، ص182.

[2] مليكة الغنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، ط1، دار الافاق للنشر والتوزيع، الرباط، 2010، ص 118. عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 222.

[3] حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 389 وما يليها.

ديون القاصر لدى الغير[1]؛ وغيرها من التصرفات التي لا يكون فيها التزامات في ذمة القاصر، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإن سلطة الولي فيها مقيدة بالأثر المترتب عن التصرف وكذا مدى اشتراط القانون الحصول على إذن قضائي مسبقا، وعلى ضوء ذلك يُفرق أثناء قيام الولي بهذا التصرف بين عملين:

أ- **أعمال الإدارة:**

ويقصد بها: " استثمار الأموال وتنميتها ولا يمس رأس المال "[2].

ب- **أعمال التصرف:**

وهي التي يتم بموجبها القيام بتصرفات قانونية تخرج جزء من رأس المال من الذمة المالية أو التصرفات التي تنشئ حقوقا عينية أصلية أو تبعية وغيرها من أعمال التصرف[3].

إن إطلاق الحرية للولي في التصرف في مال القاصر يقتضي منه إعمال هذه الحرية في إطار ما يحقق به نماء هذا المال من خلال استثماره بما يعود على القاصر بالمنفعة في حدود ما نص عليه القانون؛ ولذلك له أن يقوم بـ:

1- **التصرف في مال القاصر واستثماره:**

يجوز للولي القيام بالتصرفات القانونية التي تنمي مال القاصر وتعود عليه بالفائدة من ذلك؛ بيع ورهن منقولات القاصر التي لا تكون ذات أهمية خاصة؛ وقسمتها؛ وإجراء المصالحة بشأنها، كما له أن يقوم بإيجار عقار القاصر لمدة تقل عن ثلاث سنوات ما دام القاصر لم يبلغ بعد سن الرشد؛ كون هذا العمل سينمي مال القاصر ولا يتطلب إذنا من القضاء للقيام بذلك، كما له أن يقوم بشراء كل ما يستلزمه مثلا للمحل التجاري المملوك للقاصر وكذا البذور والأسمدة لزراعة عقاره الفلاحي والاتفاق مع العمال من

[1] ويكون ذلك في حال كان موّرث القاصر لديه ديون لدى الغير تستوجب المطالبة بها لإدخالها في مشتملات التركة عند حصرها.

[2] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 253. غوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص 207.

[3] توفيق حسين فرج ، مرجع سابق، ص 676. غوتي بن ملحة مرجع سابق، ص207.

أجل حصاده، أو الاتفاق مع مقاول على تشييد مسكن له وغيرها من الأعمال التي تعود بالفائدة على القاصر[1]، كما له أن يقبل كل الهبات والوصايا مادامت لا تتضمن شروط تنشأ التزامات على القاصر.

وللولي أيضا القيام باستثمار مال القاصر بالإتجار فيه بما يعود على الصغير بالمنفعة وفي ذلك يقول ابن قدامة: " وله أي لوليه أن يتجر بماله، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " **من ولي يتيما فليتجر بماله، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة...**" ولأنه ولي فيما فيه مصلحته، وهذا من مصلحته، فجاز كفعله له في ماله "[2].

2- الإنفاق من مال القاصر:

لقد جعل الفقه الشرعي وكذا النص القانوني النفقة تجب على الولي إذا لم يكن للقاصر مال، أما في حال ما إذا كان لهذا الأخير مال فإن الانفاق يكون من ماله؛ حيث جاء في المادة 75 من ق أ: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب "، ويقتضي الإنفاق من مال الصغير أن يكون في الإطار الشرعي له دون إسراف أو تقتير.

كما يستلزم أن يكون الإخراج من مال القاصر لمصلحة تعود عليه في نفسه أو ماله، وفي هذا الإطار يفرق الفقه الشرعي في هذه المسألة بين عدة صور قد تكون سببا في الإنفاق من مال القاصر؛ وهو ما ذكره الله عز وجل في محكم تنزيله؛ من ذلك قوله تعالى:﴿ **وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا** ﴾[3]، وكذلك قوله عز **وجل**:﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** ﴾[4] وأيضا قوله تعالى:﴿ **وَمَنْ**

[1] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 253.

[2] محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 300. عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام بن حنبل، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 108.

[3] سورة النساء: الآية 02.

[4] سورة النساء: الآية 10.

كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[1] ، وأيضا قوله تعالى:﴿ **وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا** ﴾[2]، إذ أن هناك عدة صور يمكن للولي أن يقرب فيها مال المولى عليه؛ من ذلك:

أ- **مخالطة ماله بمال القاصر:**

فيكون مشاعا بينهما الأمر الذي قد يكون فيه إضرار بمصالح القاصر وإفقار له، لذلك أجمع المفسرون على نهي الله عز وجل لضم مال الولي مع مال القاصر إذا كانت نيته تتجه إلى أكل ماله بالإنفاق عليه وعلى غيره[3].

ب- **استبدال مال المولى عليه:**

وفي ذلك يقول القرطبي: " قال ابن المسيب: لا تتبدلوا الشاة السمينة من مال اليتيم بالهزيلة من أموالكم، وتأخذوا الطيب والجيد من أموال اليتامى وتبدلونه بالرديء من أموالكم..."[4] ، وعليه لا بد أن يكون استبدال أموال الولي بأموال المولى عليه فيه مصلحة وفائدة تعود على هذا الأخير؛ وإلاّ كانت من الأمور التي تستوجب محاسبة الولي على ذلك [5].

ت- **الإسراع في صرف مال القاصر قبل رشده:**

حيث نهى الله عز وجل عن الإسراع في إسراف مال المولى عليه خاصة إذا كان القاصر يتيما وهذا حتى يعجل بإنهائه قبل بلوغه سن الرشد والنهي يتعلق هنا بأمرين التصرف في المال بالإنفاق على صاحبه، أو تبذيره وأكله من قبل الولي[6].

---

[1] سورة النساء: الآية 6.

[2] سورة النساء: الآية 5.

[3] وهو ذات رأي الفقهاء في أن المخالطة التي ترجع بالفائدة على القاصر وتقربه من الولي من ذلك المخالطة في الطعام فهذا حسن وجائز لقوله تعالى:﴿ **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ** ﴾ بخلاف المخالطة لمال القاصر التي تكون فيها إضعاف لأمواله فإن هذا أمر غير جائز. القرطبي. مرجع سابق، ج3، ص 62.

[4] مرجع سابق، ج3، ص 63.

[5] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 465.

[6] القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 64 ما يليها.

ث-أخذ الولي للأجرة مقابل وظيفته الولائية:

لم يتطرق القانون إلى مدى استحقاق الولي أجرة مقابل وظيفته الولائية، حيث اكتفى ببيان سلطات الولي في مال القاصر دون النص على ذلك.

غير أنه وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي في ذلك نجد أنه يتفق وكأصل عام على أن هذه الوظيفة من الأمور الإلزامية للولي، إذ لا يجوز له رفضها أو التنازل عنها، غير أنهم من جانب آخر اختلفوا حول مدى جواز أخذ الولي أجرة مقابل هذا العمل؟

هناك من أجاز للولي ذلك إن كان فقيرا، أما إذا كان غنيا فلا يجوز له أخذها استنادا للآية السابقة، كما أن منهم من جعل الاحتياج معيارا للأخذ من المال، وهذا استنادا إلى ما جاء أيضا في السنة النبوية الشريفة حيث ثبت عن عمر بن شعيب عن أبيه. قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لا أجد شيئا وليس لي مال. ولي يتيم له مال. قال صلى الله عليه وسلم: " **كل من مال يتيمك، غير مسرف ولا متأثِّل مالا** "، قال وأحسبه. قال: " **ولا تقي مالك بماله** "[1]، وهناك من جعل من العمل معيارا لذلك[2].

---

[1] أخرجه ابن ماجه في سننه، مرجع سابق، ص ص 461، 462.

[2] اختلف المفسرون وكذا الفقهاء في شرح أحكام الآية 6 من سورة النساء وعلى أساسها كان الاختلاف في تكييف أكل مال القاصر؛ ومدى استحقاق الولي أجرة مقابل عمله، حيث ذهب الحنفية والشافعية إلى القول أنه: إذا كان الولي غنيا فإنه لا يستحق الأجرة، بخلاف إن كان فقيرا محتاجا، أما الحنابلة فقد فرقوا بين ما إذا كان الولي أبا من غيره؛ حيث إذا كان الولي أبا فله أن يأكل من مال ابنه القاصر غنيا كان أو فقيرا واستدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن الولد وماله لأبيه، أما إن كان الولي غير الأب فإنه يجب عليه أن يأكل من مال المولى عليه في حال كان فقيرا ولا بد أن يأخذ في حدود عمله، أما المالكية فجعلوا المعيار في ذلك مدى الانشغال في خدمة هذا المال؛ حيث أجازوا للولي أخذ أجرة مقابل عمله إذا كرس وقته وجهده في إدارة وتسيير أموال القاصر، كما يجوز للولي الفقير الأكل من هذا المال بقدر الحاجة، أما الولي الغني فليس له أخذ أجرة عن ذلك خاصة إذا كان عمله مقتصرا فقط على الإشراف والرقابة. غير أنه روي عن عائشة رضي الله عنها ﴿**وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ **قالت: أنزلت في والي اليتيم أن يصيب من ماله إذا كان محتاجا بقدر ماله بالمعروف**". راجع في ذلك: صحيح البخاري، مرجع سابق، ج2، ص 226. ولتفصيل أكثر في هذه الآراء راجع: ابن قدامة، مرجع سابق، ج2، ص 107 وما يليها. الكساني، مرجع سابق، ج6، ص 588.

وباعتبار الاختلاف رحمة من الله ولأن المشرع لم يلزم اتباع فقه معين وفق ما جاء في المادة 222 من ق أ، الأمر الذي يدعو إلى القول واستنادا لما نصت عليه المادة سابقة الذكر وكذا المادة 1/88 في عبارتها: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص..." أن الأصل هو عدم استحقاق الولي للأجرة، كما لا يمكنه الأكل من مال القاصر الذي تحت ولايته إذا كان غنيا؛ ولم تشغله إدارة أموال هذا القاصر عن القيام بشؤونه أو إهمال ماله الخاص. أما في حال ما إذا كان محتاجا فقيرا فإنه يجوز له الأخذ من هذا المال بالقدر الضروري، كما له أن يأخذ أجرة مقابل ذلك أيضا في حال تفرغه التام لإدارة مال المولى عليه وتسييره حيث يتقاضى هذه الأجرة في مقابل ذلك باعتبارها مورد رزق له.

ويجدر الذكر هنا أن هناك من يرى أنه وبحكم أن الولاية ثابتة قانونا للولي وأن مهمته هذه يخضع فيها للمساءلة في حال الإخلال بها فإن له أن يطلب الأجرة مقابلها، وإن لم يفعل عدّ متنازلا عنها، كما أن استحقاقها مرتبط بالعمل في مال المولى عليه ولا عبرة هنا بفقره أو غناه[1].

مما سبق يمكن القول أنه بما أن الولي جُعل بموجب الشرع والقانون قيّما على مال من في ولايته، فإنه يجب عليه الحرص عند إنفاقه لمال من في ولايته على أن يكون وفق السبل التي تحقق مصلحة القاصر دون إسراف أو تبذير، ويجب الحفاظ عليه إلى غاية بلوغ القاصر وتسليمه إياه باعتباره بمثابة أمانة مودعة لديه؛ وعليه أن ينفق منه بقدر حاجة القاصر لذلك، وفي حال ما إذا كان فقيرا فله أن يأخذ منه بقدر الضرورة والحاجة، وله أن يتقاضى أجرا في مقابل ذلك إن كان قد تفرغ تماما لهذا العمل.

2- سلطة الولي في اختبار القاصر ومنحه الاذن بالتصرف في ماله:

لقد وجد نظام الولاية على المال بالأساس لحماية القاصر وماله، لذلك أنيطت مهمة الإشراف على شؤونه المالية بالولي الذي منح له القانون سلطات واسعة في هذا المجال من ذلك تخويله صلاحية اختبار القاصر المميز في ماله قبل أن يبلغ سن الرشد ويدفع له مال، ومرجع هذه الصلاحية يعود إلى الشريعة الإسلامية التي أمرت باختبار الصغير المميز والتأكد من رشده قبل أن يدفع له ماله[2]، بحكم أن أساس

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 476.

[2] الأسروشيني، مرجع سابق، ج1، ص 86 وما يليها. المغني ويليه الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص 533.

الولاية هنا هو المحافظة على المال حيث جاء في قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾.

أ- بالنسبة للقاصر غير المميز:

ويتضح جليا ذلك من خلال ما ورد في أحكام المادة 82 من ق أ التي تخول ولاية التصرف في المال للولي وحده ما دام القاصر لم يبلغ سن التمييز حيث جاء فيها: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة "، استنادا إلى هذا النص فإن جميع التصرفات التي يبرمها القاصر غير المميز " أي القاصر الذي هو دون 13 سنة " تعد جميع تصرفاته باطلة سواء كانت نافعة له نفعا محضا أو كانت ضارة له ضررا محضا أو كانت دائرة بين النفع والضرر.

ب- بالنسبة للقاصر المميز[1]:

أما إذا بلغ القاصر سن التمييز فقد فصل القانون في حكم التصرفات التي يجريها وهذا بموجب المادة 83 من ق أ حيث جاء فيها: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حال النزاع يرفع الأمر للقضاء ". يتضح من خلال هذه المادة مدى الأهمية التي يوليها القانون للقاصر وماله من خلال ربط مدى صحة التصرف الذي يقوم به بالمنفعة التي تعود عليه، وعدم تعارضه ومصالحه المالية، واستنادا لذلك جعل القانون التصرفات التي يبرمها القاصر مع الغير صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا[2]؛ حيث لا يتوقف ذلك على إجازة الولي لها، أما التصرفات الضارة له فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقا بحكم القانون، في حين أن التصرفات الدائرة

[1] يقصد بالقاصر المميز :الصغير الذي اصبح قادرا على تمييز الحسن من السيء وبين النافع والضار والخير والشر، غير أن هذا التمييز لا يرقى إلى درجة الإدراك التام فهو غير متعمق للنتائج وذلك لكون عقله وإن نضج فإنه لا يزال لم تكتمل قدراته. لتفصيل أكثر راجع: مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص 801.

[2] فهذه التصرفات تزيد في الذمة المالية للقاصر وتتمثل في قبول الهبات والهدايا والوصايا الغير معلقة على شروط وغيرها. راجع في ذلك: محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، د ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 14. راجع أيضا: توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص 241.

بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي حيث أنه يعد بمثابة الحائل الذي يمنع التصرف من إنتاج آثاره إلا إذا قبل به الولي[1].

وعليه فإن التصرف الصادر من القاصر هو تصرف صحيح لكنه غير نافذ؛ أي أنه عقد جامد وهو يختلف في جوهره عن العقد القابل للإبطال حيث أنه لا ينتج آثاره إلاّ بعد إمضائه من الولي[2]، فإن لم يصدر من الولي أي موقف يدعو إلى إجازة هذا التصرف من عدمه فإن التصرف في هذه الحالة يبقى غير نافذ استنادا للموقف السلبي الذي اتخذه الولي، أما إذا صرح برفض إجازته للتصرف فإننا هنا أمام تصرف إيجابي من قبل الولي يجعل من تصرف القاصر في هذه الحالة باطلا ويسري ذلك بأثر رجعي، أما إذا أجاز الولي صراحة تصرف القاصر فإن التصرف ينتج آثاره القانونية وينفذ ولا يمكن للولي المجيز للتصرف أن يطلب إبطاله في هذه الحالة ؛ وذلك وفقا للقاعدة القائلة: " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة "؛ والقاعدة القائلة: " الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء "[3].

استنادا لما سبق يمكن القول أن للولي سلطة تصحيح التصرفات التي قام بها القاصر إما بإجازتها أو ردها، كما أن الإجازة بالتصرف تختلف بدورها عن الإذن بالتصرف المنصوص عليه في المادة 84 من ق أ، وذلك من عدة أوجه:

- من ذلك الشخص الذي تصدر منه الإجازة هو الولي بخلاف الإذن الذي يمنح من طرف القاضي.
- كما أن الإجازة لاحقة للتصرف الموقوف عليها؛ بخلاف الإذن الذي يكون سابقا للتصرف.

---

[1] انتهج المشرع وفقا لتقنين الأسرة منهج الشريعة الإسلامية في الأخذ بفكرة الإجازة أو العقد الموقوف على خلاف التقنين المدني الذي أخذ بفكرة قابلية العقد للبطلان أو ما يسمى بالبطلان النسبي وهذا استنادا لأحكام المادة 99 الى 105 حيث استمد هذه الفكرة من التقنين المصري الذي أخذها من التقنين الفرنسي، وقد شرعت كلا الفكرتين بهدف حماية ناقصي الأهلية في حالة ما إذا كان التصرف المبرم من قبلهم دائر بين النفع والضرر، حيث رخص القانون حق الإبطال لمن شرعت له هذه الحماية. لتفصيل أكثر في ذلك راجع: محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 20 وما يليها. راجع أيضا: محمد مصطفى شحاتة الحسيني، مرجع سابق، ص 09.

[2] عبد العالي دقوقي، أهم مظاهر حماية القاصر على ضوء إزدواجية التنظيم القانوني لبعض أحكامه في التشريع المدني المغربي، مجلة أنفاس حقوقية، مطبعة إمستيتن، الرباط، ع 5، 2012، ص 137.

[3] محمد سعيد جعفور. فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 155.

- كما أن الإجازة تدفع الضرر أما الإذن فيرفع من احتمال وقوعه، إضافة إلى أن الإجازة لا يمكن الرجوع فيها بخلاف الإذن فإنه يجوز الرجوع فيه[1]، وهو ما جاء في حكم المادة 84 من ق أ بقولها: " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك ".

ت-**السماح للقاصر المميز بالإتجار بماله :**

بما أن تسليم الولي لمال القاصر يكون بعد بلوغه سن الرشد القانوني دون الحجر عليه[2]، فإن ذلك لا يمنع إمكانية القيام باختبار مدى قدرته على تولي شؤونه قبل بلوغه سن الرشد، وذلك من خلال السماح له بممارسة التجارة، وهو ما نص عليه المشرع بموجب المادة 6 من القانون التجاري. وهو منهج الشريعة الإسلامية[3].

نخلص مما سبق إلى القول أن للولي سلطة مطلقة في القيام بأعمال الإدارة والتصرف في أموال المولى عليه مادام ذلك في حدود سلطة القانون ومصلحة القاصر إذ أنهما القيدان الأساسيان على مسألة إطلاقها.

ثالثا: حالات تقييد سلطة الولي على مال القاصر

تعد حماية مال القاصر من النظام العام لذلك لم يجعل التصرف فيها مطلقا للولي بل قيد بعض تصرفاته التي تحتمل النفع أو إمكانية الإضرار بمصلحة القاصر[4]؛ من ذلك مسألة البيع والشراء[5]؛ والإقراض والاقتراض ورهن وغيرها من التصرفات التي بينها في الفقرة 2 من المادة 88 من ق أ بقولها: " ...وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

---

[1] محمد سعيد جعفور. فاطمة اسعد، مرجع سابق، ص ص 130، 131.

[2] أنظر في ذلك: المادة 86 من ق أ.

[3] محمد مصطفى شحاتة الحسيني، مرجع سابق، ص 09. الأسروشيني، مرجع سابق، ج1، ص 87. الحطاب، مرجع سابق، ج 6، ص 261. الكساني، مرجع سابق، ج 6، ص 588.

[4] راجع في ذلك: م أ ، ملف رقم: 41470، قرار بتاريخ 30-06-1986، م ق، ع 2، 1989، ص81.

[5] يطلق البيع على أمرين وهما : البيع والشراء من ذلك قوله تعالى في الآية 20 من سورة يوسف:﴿ **وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ** ﴾.

وقد عرفه الجرجاني في كتاب التعريفات بقوله: " مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا "، ص41.

1- بيع عقار القاصر، وقسمته، ورهنه واجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

1- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة.

2- يجار عقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

استنادا إلى هذا النص هناك بعض التصرفات التي يقوم بها الولي تستدعي ضرورة الحصول على موافقة القضاء من خلال منحه ترخيصا سابقا لذلك وتتمثل هذه التصرفات في:

1- التصرفات القانونية التي ترتب حقوق عينية أصلية أو تبعية على العقار:

من ذلك التصرف في عقار القاصر بالبيع أو القسمة أو الرهن أو الصلح بشأنه، ولم يفرق المشرع بين ما إذا كان بيع عقار القاصر للغير أم للولي وبذلك تتساوى الإجراءات المتعلقة بذلك لكون النص جاء عاما.

غير أنه يمكن التنبيه إلى أن المشرع نص على مسألة بيع عقار القاصر دون النص على مسألة شراء الولي عقارا للقاصر من ماله، الأمر الذي يستلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الجانب استنادا للمادة222من ق أ، حيث يرى فقهاء الشريعة أن للأب أن يشتري لولده عقارات من حسابه ولحسابه مادام الشراء لمصلحة الصغير[1]، وعلى الولي التصريح أثناء العقد بأنه يتعاقد لمصلحة الصغير حتى يمكن رد تصرفه في حال الوقوع في غبن فاحش لأن مناط تصرفه لصالح القاصر هو مراعاة مصلحته.

2- بيع المنقولات ذات أهمية خاصة:

لقد أعطى المشرع للولي الحرية في التصرف في منقولات القاصر من ذلك البيع غير أنه استثنى بموجب المادة 2/87 المنقولات ذات الأهمية الخاصة، حيث أخضع التصرف فيها إلى ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من القضاء، وهذ نظرا لأهميتها في تكوين الذمة المالية للقاصر، غير أن المشرع لم يوضح ما المقصود بالمنقولات ذات الأهمية الخاصة تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي[2].

---

[1] الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 300. القرطبي، مرجع سابق، ج 3، ص62 وما يليها.

[2] سناء نجومن "م" قندوز، مرجع سابق، ص 157.

أ- **حكم تعاقد الولي مع نفسه:**

لم يتعرض المشرع ضمن قانون الأسرة إلى حكم شراء وبيع الولي لعقار القاصر لنفسه حيث اكتفى فقط بتحديد شروط وإجراءات البيع، وبالرجوع إلى الفقه الشرعي باعتباره مصدر الثاني للقانون الأسرة طبقا للمادة 222 منه نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية استحسنوا هذا التصرف وأجازوه استنادا لقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** ﴾[1]، حيث يرون أن وجه الاستحسان في ذلك يكمن في كون الأب أكثر شفقة وعطفا على صغيره[2]، حيث بذلك يتولى الولي العقد وفق صفتين كأصيل عن نفسه ونائب عن القاصر، بل إن من الفقهاء من يرى أنه لا ضرورة تستدعي ترخيص من القاضي في البيع والشراء إن كان للولي نفسه حيث يرون أنه أيضا لا يستلزم في هذا العقد الإيجاب والقبول لأن ولاية الأب أصيلة [3]؛ بل يشترط فقط لبراءة ذمة الولي تعيين وصي من القاضي يستلم الثمن ثم يقوم بتسليمه للأب[4]، ويقول ابن رشد في ذلك: " ولو باع من نفسه ولم يذكر أنه باع لولده، فالبيع ماض، ولا اعتراض فيه لولده إذا رشد " ، وجاء في مختصر الخليل: " والولي الأب وله البيع مطلقا وإن لم يذكر سببه "[5]. غير أن لفقهاء الحنابلة قول خلاف ذلك حيث أنهم لا يجيزون تعاقد الولي وفق هذه الصورة[6].

إن مناط تصرف الولي في هذه الحالة هو مراعاة مصلحة القاصر وهو ما قام به الفقه الشرعي فكلما كان هذا التعاقد لا يضر بمصلحة الصغير ويجلب له المنفعة فإنه يمضي، أما إن كان فيه محاباة وإخلال وتعارض مع مصلحة القاصر كان هذا التصرف غير صحيح ومردود بالفسخ[7].

أما بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع منع هذا النوع من التعاقد في نص المادة 410 من ق م لما ينطوي عليه من تعارض للمصالح حيث جاء فيها: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق

---

[1] سورة الإسراء: الآية 34.

[2] الكساني، ج 6، ص ص 588، 589. الحطاب، مرجع سابق، ج 6، ص 636.

[3] الأسروشني، مرجع سابق، ج 2، ص ص 196، 197.

[4] الأسروشني، مرجع سابق، ج 1، ص 48. راجع أيضا: عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق،ج 2، ص 283 وما يليها.

[5] الحطاب، مرجع سابق، ج 6، ص 649.

[6] ابن قدامة، مرجع سابق، ج 2، ص 108.

[7] عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ج 2، ص 283 وما يليها.

المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى "[1].

وفقا للعبارة الأخيرة الواردة ضمن هذه المادة " مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى "؛ وباعتبار أن الخاص يقيد العام فإن ما ورد من أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسي لقانون الأسرة وما تضمنته المادة 90 من ق أ هو تقييد لنص المادة 410 من ق م، حيث أنه وكأصل عام يجوز تعاقد الولي مع نفسه مادام لا يوجد تعارض بين مصلحته ومصلحة القاصر، أما إذا حدث تعارض فإنه في هذه الحالة يرفع الأمر إلى القضاء من أجل تعيين متصرف خاص مراعاة لمصلحة القاصر.

ويجد الذكر هنا أن المشرع المصري أجاز للولي التعاقد مع نفسه نيابة عن القاصر سواء كان هذا التصرف لحسابه أم لحساب شخص آخر إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك وهذا استنادا لأحكام المادة 14 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 ولا تسري بذلك أحكام المادة 108 من ق م التي تمنع تعاقد الشخص مع نفسه[2].

3- استثمار مال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة:

أ- اقراض او اقتراض مال القاصر:

يقتضي إقراض مال القاصر أو اقتراضه وجوب الحصول على إذن من القضاء لما ينطوي عليه هذا التصرف من احتمالية إلحاق الضرر بمصالح القاصر المالية وكذا إمكانية نفعها، فإقراض مال القاصر فيه تجميد وعدم نمو ماله، أما الاقتراض فإن فيه مخاطر الخسارة، لذلك منع المشرع الولي التصرف في مال القاصر في هذه الحالة إلاّ بموجب إذن مسبق من القضاء[3]. وهو ذات الأمر بالنسبة للمساهمة في الشركة حيث أن هذا التصرف وإن كان من جانب فيه مصلحة للقاصر إلاّ أنه من جانب

[1] أنظر في ذات الفكرة: ما نصت عليه المادة 77 من ق م المعدل والمتمم.

[2] أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 216.

[3] هشام عليواش، اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 العفرون، ولاية البليدة، الجزائر، ع9، 2019، ص 62.

آخر فيه إنقاص وإخراج من ذمته المالية بالإضافة إلى ترتيب التزامات عليه الأمر الذي يستوجب رقابة القضاء[1].

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد:

إذا أراد الولي إيجار عقار القاصر لمدة تفوق ثلاثة سنوات فإنه يتوجب في هذه الحالة طلب إذن من القضاء للقيام بذلك، وبما أن عقد الإيجار تنظمه نصوص القانون المدني فإنه يتوجب التنبيه أنه وبتعديل المشرع للقانون المدني بموجب القانون رقم (07-05)[2]، فإنه تم النص على ذلك بموجب المادة 468 منه حي جاء فيها نصت: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على 3 سنوات مالم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض هذه المدة إلى ثلاث سنوات ". وعليه لا يمكن للولي أن يقوم بإبرام عقد إيجار أكثر من مدة ثلاث سنوات إلاّ إذا وجد نص قانوني يجيز ذلك[3].

كما أنه لا يمكن للولي أيضا أن يقوم بإيجار عقار القاصر لمدة تمتد أكثر من سنة من بلوغ القاصر لسن الرشد، لأن ببلوغ القاصر سن الرشد يتم غلق ملف النيابة الشرعية ويتم تسليم القاصر لماله وهذا حتى يتولى إدارته والتصرف فيه.

يمكن القول في الأخير أن المشرع أعطى للولي الحرية في التصرف في مال القاصر كأصل عام غير أنه قيد هذه الحرية رعاية لمصلحة القاصر في بعض الأمور بضرورة إذن القضاء.

الفرع الثاني: انتهاء الولاية على المال

تعد الولاية على مال القاصر إحدى مظاهر الحماية المادية للقاصر لذلك فهي مرتبطة بمصلحته وجودا وعدما، ولعل مسألة إنهاء مهام الولي في حال ما إذا أصبحت ولايته لا تخدم مصالح القاصر

---

[1] سناء شيخ، الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع1، مارس 2014، ص 254، 255.

[2] منشور في ج ر ع31 لسنة 2007.هشام عليواش، مرجع سابق، ص ص62،63.

[3] سناء شيخ، مرجع سابق، ص 255. هشام عليواش، مرجع سابق، ص61.

لإحدى الدلالات على هذه الحماية، إذ أن هناك حالات تنتهي فيها الولاية بسبب يتعلق بالمولى عليه، وهناك حالات تتعلق بالولي وهناك حالات تتعلق بموضوع الولاية وهو المال.

وعليه سنحاول بيان حالات انتهاء الولاية في الفقه الإسلامي أولا، ثم بيان مدى توافقها وقانون الأسرة والقانون المقارن ثانيا.

أولا: حالات انتهاء الولاية في الشريعة الإسلامية

وفقا للفقه الاسلامي هناك صورتين لانتهاء الولاية على المال:

1- الصورة الأولى: الانتهاء التام للولاية:

حيث تنتهي الولاية في هذه الحالة بشكل نهائي وهذا لزوال السبب الذي وجدت من أجله وهي إما بلوغ الصغير أو وفاته أو انقضاء ماله.

أ- بلوغ الصغير:

يعتبر فقهاء الشريعة إن من أسباب انتهاء الولاية لانتهاء السبب الذي وجدت لأجله وهو حماية أموال الصغار والضعاف، فإذا ما تم بلوغ الصغير سن النكاح[1]، عاقلا راشدا قادرا على تولى إدارة ماله وصالحا في تدبيره سلم له[2]، وهذا استنادا لقوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾. أما إذا بلغ الصغير وبه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته أو السفه فإنه بذلك يكون غير قادر على إدارة ماله لتخلف شرط الرشد إلى جانب البلوغ، مما يجعل من استمرار الولاية عليه أمرا ضروريا وفي هذا يقول الكساني: " ...لأن ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كالولاية على المال غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فللأب أن يضمه إلى نفسه ولا

[1] وقدره الفقهاء بـ 12 سنة بالنسبة للفتى و9 سنوات للفتاة ، وهناك من قدرها بثمان سنوات بالنسبة للصبي، راجع في ذلك : محمد مصطفى شحاتة الحسني، مرجع سابق، ص9 وما يليها. راجع أيضا: بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 1015. المغني ويليه الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 513 وما يليها. الحطاب، مرجع سابق، ج 6، ص 631. الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 293 وما يليها.

[2] بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 1013.

يخلي سبيله كي لا يكتسب شيئا عليه وليس عليه نفقته إلاّ أن يتطوع فإذا ما بلغ عاقلا واجتمع رائيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فلا حق للأب في إمساكه..."[1]

ب- **موت الصغير:**

يعد موت القاصر إنهاء لوجوده الطبيعي، فكان لزاما أن تنتهي الولاية عليه لانعدام أحد عناصرها وأحد أسباب وجودها، باعتبارها مقررة للحفاظ عليه وحمايته.

2- الصورة الثانية: الانتهاء الغير نهائي للولاية:

وتتمثل هذه الصورة في بقاء القاصر تحت الولاية، غير أنها تنتقل من الولي الأقرب إلى الذي يليه في المرتبة وهذا لوجود أسباب تتعلق بالولي ذاته وتتمثل في:

أ- فقدان الولي لأحد شروط الولاية :

لقد سبق بيان أن الولي لا بد أن تتوفر فيه شروط معينة لكي تكون لها صلاحية إدارة شؤون المولى عليه، وفي حال فقد أحد هذه الشروط فإن الولاية في هذه الحالة تنتقل للذي يليه في الترتيب وهذا لقيام بعض الصفات المانعة من بقاء سابقه، ومن هذه الصفات المانعة جنون الولي أو تغييره لدينه أو في حال سلب حريته أو عجزه[2].

ب-وفاة الولي:

حيث أن بالوفاة تنتهي حياة الانسان وتنتهي معها كل التكاليف من ذلك وظيفة الولاية، وعليه تنتقل الولاية للذي يلي الولي المتوفى و الذي سيكلف بهذه الوظيفة إن توفرت فيه شروطها.

---

[1] الكساني، مرجع سابق ، ج6، ص 588 وما يليها. بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 1013. ابن قدامة، مرجع سابق، ج 2، ص ص 106، 107.

[2] هذا ويختلف الفقهاء في بعض المسائل التي تؤدي إلى سلب الولاية من الولي من ذلك مسألة فسقه . راجع في ذلك: الزركشي، مرجع سابق، ج3، ص 345. الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص 292 وما يليها.

ت-**غيبة الولي:**

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في جعل الغيبة سببا لسلب الولاية من الولي الغائب غير أنهم اختلفوا في من يحل محله في إدارة شؤون المولى عليه كما اختلفوا في مدة المسافة التي على أساسها يعتبر الولي في حكم الغائب، حيث يرى فقهاء الحنفية أن الولاية هنا تنتقل إلى الولي الأبعد بحكم مصلحة الصغير التي يجب أن تراعى[1]، في حين يرى فقهاء المالكية أن الولاية تنتقل إلى القاضي إلاّ في حال أسره هنا تنتقل إلى الأبعد[2]، أما الشافعية فيرون أن الولاية للقاضي بحكم أن الولاية لم تزل عن الولي الأقرب نهائيا[3]، أما الحنابلة فإنهم يرون بأن الولاية تنتقل إلى الأبعد إلاّ في حالة عدم وجود من يلي القاصر هنا يتم إعمال قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **السلطان ولي من لا ولي له**"[4].

ثانيا: حالات انتهاء الولاية في القانون

سيتم الحديث هنا عن حالات انتهاء الولاية على المال في القانون المقارن أولا، ثم بعدها نبين مدى توافق الحالات المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والقانون المقارن في هذا الجانب.

1- **حالات انتهاء الولاية على مال القاصر في القانون المقارن:**

أ- **في القانون المصري:**

نص كل من مرسوم القانون رقم (118) لسنة 1652 ومرسوم القانون رقم (119) لسنة 1952 على أحكام انتهاء الولاية أو وقفها:

- حيث نص القانون (118) لسنة 1952 المتعلق بالولاية على النفس في مادته 2 على أن الولاية تسلب وجوبا من الولي في حالة ما إذا حكم على الولي بجرائم تمس الأخلاق لكون الولي غير مؤهل لممارسة الولاية على أبنائه القصر، كما يمكن أن تسلب منه مؤقتا إذا حكم عليه

[1] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 4، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ، ص 440 وما يليها. الكساني، مرجع سابق، ص 584.

[2] الدسوقي، ج 2، ص 230. محمد محمد سعد، مرجع سابق، ص 113 وما يليها.

[3] الزركشي، مرجع سابق، ج3، ص ص 344، 345.

[4] البهوتى ، مرجع سابق، ج7، ص 2406، راجع أيضا: ج 9، ص 3189.

بالأشغال الشاقة، أو حكم عليه بجريمة تعريض القصر للخطر وسوء المعاملة ،أوثبت انحرافه، وهذا الحكم يشمل سلب أو توقف الولايتين معا[1].

- أما قانون (119) لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال فقد نص على جواز استقالة الولي من وظيفته الولائية بناء على إذن من المحكمة[2]، كما نص على أن من أسباب انتهاء الولاية تماما بلوغ الصغير سن الرشد دون أن تعتريه أحد عوارض الأهلية وسن الرشد هو 21 سنة [3]. كما أجاز القانون من جانب آخر أن تسلب الولاية من الولي إذا عرّض الولي مال القاصر للضياع والإهمال بسبب سوء إدارته[4]، وكذا إمكانية وقفها في حال غياب الولي أو اعتقاله لتنفيذ حكم بحبس أو عقوبة جنائية أو الحبس لمدة تزيد عن سنة[5].

ويجدر الذكر هنا أن القانون ذاته يمنح للولي الحق في طلب إعادة الولاية؛ إذا زال سبب سلبها أو سقوطها أو وقفها[6].

ما يمكن ملاحظته إجمالا أن المشرع المصري جعل انتهاء الولاية في أغلب الحالات عن طريق القضاء لكونه نص على حالات سلب الولاية وجوبا أو جوازا وفوض تقدير ذلك للقاضي، كما أنه نص على أن هذه الأحكام تطبق على الولاية على النفس والولاية على المال، ويستثنى من ذلك فقط حالة واحدة وهي بلوغ القاصر سن الرشد القانوني حيث ترفع عنه الولاية قانونا دون اللجوء إلى القضاء.

ب-القانون المغربي:

لم يتعرض المشرع المغربي لحالات انتهاء الولاية بنص صريح على عكس ما بينه فيما يتعلق بالوصي والمقدم كما سيأتي بيانه لاحقا، غير أنه تكلم عن ذلك بشكل ضمني[7]، من ذلك ما جاء في المادة 218 من م أ م من خلال النص على أن الحجر يرفع عن الصغير ببلوغه سن الرشد القانوني؛ مما

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 10 من مرسوم قانون (118) لسنة 1952.

[2] أنظر في ذلك :المادة 1 من قانون (119) لسنة1952.

[3] أنظر في ذلك: المادة 18 من ذات القانون . راجع أيضا: أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 253.

[4] أنظر في ذلك: المادة 20 من ذات القانون. انظر أيضا: كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص 62، 63.

[5] أنظر في ذلك: المادة 21 من ذات القانون.

[6] أنظر في ذلك: المادة 22 من ذات القانون. راجع أيضا: حميد سلطان علي الخالدي، مرجع سابق، ص 426 وما يليها.

[7] جاء في المادة 242 من م أ م: " يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حال وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه ".

يعني أن انتهاء مهمة الولي بشكل تام تكون ببلوغ القاصر سن الرشد المحدد بـ 21 سنة كاملة مالم يحجر عليه لسبب آخر حيث تستمر الولاية عنه ولكن ليس بسبب الصغر[1].

كما نص على أن الولاية تنتقل للأم بوفاة الولي وبالتالي يكون بذلك نص بشكل ضمني على انتهاء الولاية بموت الولي[2]،غير أنه من جانب آخر نص بشكل صريح على إمكانية تجريد الولي من ولايته بموجب حكم قضائي لكن دون ذكر الحالات التي تخول للقاضي إمكانية تجريد الولي من مهمته[3]، وفي ذلك إحالة لتطبيق أحكام المادة 400 من م أ م التي تقضي بالرجوع إلى الفقه المالكي والاجتهاد وفق ما يحقق مصلحة القاصر.

إضافة إلى ما سبق هناك حالات تتوقف بموجبها الولاية وذلك في حال غياب الولي أو فقدانه لأهليته أو حصول مانع له، حيث تنتقل الولاية للأم باعتبارها تأتي الثانية في ترتيب الأولياء وهذا ما جاء في نص المادة 236 و 238 من م أ م، كما يمكن أن تتوقف كذلك في حال تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر، وهو ما جاء في حكم للمجلس الأعلى قوله: " للقاصر أهلية إقامة الدعوى ضد وليه بالنفقة، لأنها من باب جلب المنفعة التي له حق اكتسابها بدون مساعدة الأب، أو الوصي، أو المقدم.

ويفقد الولي في هذه الحالة صفة الولاية الشرعية، لأنه لا يجوز أن تكون في آن واحد صفة المدعي المطالب بالنفقة وصفة المدعى عليه المطالِب بهذه النفقة "[4].

ت- **القانون التونسي:**

لم يتعرض المشرع التونسي لمسألة انتهاء الولاية بنص صريح وإنما نص على ذلك ضمنا، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي، حيث اعتبر وفاة الولي[5]؛ وكذا بلوغ القاصر راشدا دون أن تعتريه أحد عوارض الأهلية سببا للانتهاء التام للولاية عليه حيث جاء في الفصل 157 من م أ ش: " إذا أتم الصغير المولى عليه العشرين سنة كاملة ولم يسبق صدور الحكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 233 من م أ م.

[2] أنظر في ذلك: المادة 238 من م أ م.

[3] أنظر في ذلك: المادة 236 من م أ م.

[4] ملف رقم: 394، بتاريخ 26 شتنبر 1979 من الملف الاجتماعي رقم:7371. نقلا عن: عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 506.

[5] أنظر في ذلك: الفصل 154 من م أ ش.

فإنه يصبح راشدا له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة " حيث يكون انتهاء الولاية في هذه الحالة بقوة القانون دون استصدار حكم من القضاء.

هذا وقد نص المشرع التونسي من جانب آخر على إمكانية بطلان الولاية إذا وجدت أسباب شرعية لذلك، غير أنه لم يبين المعايير التي يستند فيها إلى تحديد هذه الأسباب تاركا الأمر لتقدير القاضي وهو ما نص عليه في الفصل 155 من م أ ش : " للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلاّ بإذن من الحاكم لأسباب شرعية ".

يتضح من خلال كل ما سبق أن المشرع المصري وعلى خلاف المشرعين المغربي والتونسي نص بشكل صريح على مسألة انتهاء الولاية وبيان صور انتهائها التي تكون في حالات معينة بشكل نهائي وفي حالات أخرى بشكل مؤقت إما بسبب سلبها أو وقفها، في حين تعرض التقنينين المغربي والتونسي إلى ذلك بشكل ضمني يفهم من جملة النصوص المذكورة آنفا.

غير أنه يجدر التنبيه هنا أن التقنين التونسي وعلى خلاف سابقيه نص على إمكانية بطلان الولاية، المعلوم أن البطلان يقصد به انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد، أو هو وصف يلحق تصرفا قانونيا معينا لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية يؤدي إلى عدم نفاذه[1].

وبتطبيق هذا المفهوم على الولاية نجد أنها ليست بعقد، غير أنه يمكن أن ينطبق عليها اصطلاح التزام قانوني، وفي هذه الحالة نقول أن هذا الالتزام عندما نشأ فإنه كان صحيحا ولم يخالف القاعدة القانونية، بحكم أن منح هذه الولاية كان استنادا إلى توفر الشروط القانونية في الولي عند إسنادها، غير أنه وأثناء ممارسة الولاية قد تطرأ أسباب تؤدي إما إلى انتهائها أو سلبها أو توقفها، ولا يمكن القول ببطلانها وهي ذات الأحكام التي نص عليها كل من التشريع المغربي والمصري وحتى الفقه الإسلامي.

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 1، ص 394. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج 2، ص 709.

2- حالات انتهاء الولاية على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري:

بعد عرض موقف كل من الفقه الإسلامي وكذا الفقه المقارن؛ سنحاول هنا بيان موقف المشرع من خلال ما نص عليه بموجب أحكام قانون الأسرة وما إذا كان له ذات التوجه مع سابقيه فيما يتعلق بالنص صراحة على مسألة انتهاء وظيفة الولي؟ وكذا تحديده للحالات التي تنتهي بها الوظيفة الولائية ؟

في البداية نقول إن المشرع الجزائري وحذوا بالفقه الإسلامي وكذا التشريع المصري فإنه نص صراحة على صور أو حالات انتهاء مهام الولي مخالفا بذلك التشريعات المغاربية " التونسي والمغربي " حيث جاء في المادة 91 قوله: " تنتهي وظيفة الولي:

1- بعجزه
2- بموته
3- بالحجر عليه
4- بإسقاط الولاية عنه ".

بين المشرع بموجب النص أعلاه حالات انتهاء مهام الولي دون توضيح ما إذا كان هذا الانتهاء تام ونهائي أم أنه مؤقت وبالتالي إمكانية استرجاعه للولاية إن زال المانع المتعلق بها، كما ربط هذه الحالات بوضعية الولي باعتباره أحد عناصر الولاية، غير أنه أهمل الحديث بموجب ذات النص على حالات انتهاء الولاية بالنظر إلى وضع القاصر وكذا ماله باعتبارهما عنصرين مكملين وأساسيين لوظيفة الولاية، وهو الأمر الذي بينه فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا التشريع المصري بشكل صريح ويكون بذلك سار في هذا الجانب إلى ما سار إليه المشرعين التونسي والمغربي من خلال النص على ذلك ضمنيا في جملة النصوص القانونية المتعلقة بالولاية. غير أنه من جانب آخر نص على إمكانية توقف الولاية في حال تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر بموجب المادة 90 من ق أ ج، وعليه يمكن تصنيف حالات انتهاء الولاية وفقا لتوجه المشرع إلى الآتي:

أ- **انتهاء الولاية استنادا لعنصر الولي:**

1- موت الولي:

كل إنسان له الأهلية في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهو بذلك يتمتع بالشخصية القانونية التي تبدأ من يوم حياته إلى يوم وفاته، حيث بالوفاة تنتهي هذه الشخصية وتنتهي معها كل الالتزامات من ذلك الالتزام الولاية[1].

2- **حالة عجز الولي:**

لقد اشترط المشرع وجوب توفر القدرة على إدارة شؤون القاصر بحكم عجزه وضعفه، وعليه إذا أصبح الولي غير قادر على إدارة شؤونه فإنه بالضرورة يكون غير قادر على إدارة شؤون غيره، لذلك اعتبر المشرع ذلك من الأسباب التي تعفي الولي من ممارسة مهامه الولائية.

3- **الحجر على الولي:**

الحجر يكون بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية ،وبالتالي يفقد الشخص القدرة على إدارة شؤونه مما يستلزم صدور حكم قضائي بالحجر عليه، حيث يتم تعيين نائب شرعي له وهو يسمى بالمقدم وهو ما نصت عليه المادة 101 و 102 و103 و104 من ق أ، وبالتالي الحجر عن الشخص يجعله في حكم العاجز قانونا على إدارة أموره وبالتالي لا يمكن له أن يتولى إدارة شؤون غيره، لذلك عد من الأسباب القانونية لإنهاء وظيفة الولي.

4- **اسقاط الولاية عن الولي**

انتهج المشرع منهج الشريعة الإسلامية وكذا التشريع المصري من خلال النص على إمكانية سلب الولاية من الولي وذلك من خلال إسقاطها عنه، غير أنه خالفهما في عدم تحديد الحالات التي تستوجب إسقاط الولاية عنه؟ وما إذا كان ذلك وجوبا أم جوازا؟

إن نص المشرع على إمكانية إسقاط الولاية عن الولي دون تحديد حالات ذلك يعطي لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير هذه الحالات التي يمكن أ ن تتضمنها نصوص قانونية أخرى في

[1] يقصد هنا الموت الحقيقي أو الموت الحكمي بالنسبة للغائب والمفقود وقد سبق التفصيل فيه.

فروع القانون الأخرى تقضي بإمكانية سقوطها؛ من ذلك ما تضمنته نصوص قانون العقوبات من حالات سقوط الولاية كقيام الولي بجرائم معينة استتبع لها المشرع عقوبات تكميلية تتمثل في سلب الولاية منه؛ من ذلك ما نصت عليه المادة 9 المعدلة من ق ع في فقرتها الثانية المتضمنة: " الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية " . حيث وضحت ذلك أحكام المادة 9 مكرر 1 في فقرتها 6 بقولها[1]: " يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في: ...سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها..."، أو ما جاء في أحكام المادة 2 من ق ح ط التي نصت على إمكانية تجريد الولي من ولايته على أبنائه إذا عرضهم للخطر أو قام بتشريدهم.

إن عد توضيح المشرع للحالات التي تؤدي إلى إسقاط الولاية يقودنا إلى التساؤل عن مدى جواز اسقاطها في حال غيبة الولي؟

بالرجوع إلى الفقه الاسلامي – وكما سبق الإشارة إليه – فقد أجمع الفقهاء على أن الغيبة تعد من الحالات التي تؤدي إلى سلب الولاية لأن الولاية نظر في شؤون القاصر ورعاية مصالحه والغياب يجعل من هذا الأمر غير محقق مما يقتضي سلبها من الولي الغائب، وقد سار المشرع المصري على ذات النهج. في حين ذهب القضاء المغربي في ظل غياب نص صريح يقضي بسلب هذه الولاية إلى الحكم في هذه الحالة بأن الولي الغائب هو في حكم الولي المقيم والذي فقدت أهليته؛ ولذلك تحل الأم محله في تدبير ورعاية الشؤون الشخصية والمالية للقاصر وهو ذات موقف الفقه الذي يعتبر من حالات فقدان الأهلية غياب الأب عن أسرته مع تعذر الاتصال به وهو " ما قضى به رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بولاية الأم على ابنها القاصر، وأحقيتها في سحب أمواله من الصندوق الوطني للتقاعد والتأمين بقصد علاجه نظرا لغياب الأب في مكان مجهول، وقد أعطى للأم ولاية مؤقتة إلى حين ظهور الأب نظرا لقيام حالة الاستعجال بتدهور الحالة الصحية لولدها القاصر الذي يخشى هلاكه بسببها "[2].

---

[1] استحدثت هذه المادة بموجب قانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 الصادر في ج ر 84.ص12. المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات. ويجدر الذكر هنا أن استحداث هذه المادة استتبع بالضرورة تعديل أحكام المادة 19 المعدلة بموجب ذات القانون؛ التي كانت تنص على أن سقوط حقوق السلطة الأبوية كلها أو بعضها يدخل ضمن التدابير الأمنية، وبإلغاء هذه الجزئية واستحداث أحكام المادة 9 مكرر 1 أصبح إسقاط الولاية عن الولي يدخل ضمن العقوبات التكميلية وليس ضمن تدابير الأمن كما كان عليه الحال في ظل قانون 66-156.

[2] أمر استعجالي رقم: 36/307 الصادر عن ابتدائية آنفا بتاريخ 7-2-2000، مجلة المحاكم المغربية، ع90، شنتبر، أكتوبر، 2000، ص ص 190-193. نقلا عن: مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 131.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع سار إلى ما سار عليه القضاء المغربي؛ ولم ينتهج مسلك الفقه الإسلامي وكذا التشريع المصري حيث أنه لم يرتب حكم المتعلق بسلب الولاية عن الولي الغائب بل أبقى على ولايته ومنح للأم ولاية تصريف الأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد دون إسقاط ولاية الأب وهو ما جاء في الفقرة 2 من المادة 87 من ق أ بقولها: " وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الام محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ".

وعليه فإن حلول الأم محل الولي الغائب ليس مطلقا وإنما هو مقيد بحالة الاستعجال التي تخضع لتقدير القاضي الذي يمنح لها الولاية في هذا النطاق بموجب أمر على ذيل عريضة، ولا يكون بذلك حلولها محله لتولية شؤون أولادها القصر بشكل مطلق؛ كما ذهب إليه بعض الفقهاء في حالة الغياب.

وما يمكن قوله في هذا الصدد أن الحرص على مصالح القاصر هو ما وجه عناية المشرع إلى منح الولاية للأم الولاية المؤقتة على أبنائها القصر في حال غياب الأب أو حصول مانع له يحول وأداءه لوظيفته الولائية؛ دون أن يؤدي ذلك إلى سلبها منه نهائيا أو إسقاطها عنه، وفي هذا وجه من أوجه العناية بالقاصر.

هل يجوز إسقاط الولاية عن الولي بسبب إهماله وسوء تصرفه في مال القاصر؟

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي وكذا التشريع المصري نجد أن من أسباب سلب الولاية الإهمال وسوء التصرف من قبل الولي في مال القاصر، ويمكن القول هنا أن هذا التوجه قد ينطبق على موقف المشرع بدليل أحكام المادة 88 التي نصت على وجوب أن يتصرف الولي في مال القاصر تصرف الرجل الحريص، وفي حالة مخالفته ذلك فإنه يتعرض للمساءلة القانونية مما يقتضي ذلك إمكانية المطالبة بإسقاط الولاية عنه تبعا لذلك، وهو أمر يخضع لتقدير القاضي، لأن ذلك من اختصاصه.

ب-انتهاء الولاية استنادا لعنصر المولى عليه:

بخلاف الفقه الشرعي وكذا القانون المقارن لم يتطرق المشرع للحالات التي تنتهي بها وظيفة الولي استنادا إلى عنصر المولى عليه، حيث اكتفى المشرع بالنص على حالات انتهاء هذه الوظيفة استنادا إلى ما يطرأ على الولي من أحكام تتعارض ووظيفته الولائية وهذا ما نصت عليه المادة 91 من ق أ أعلاه ومع ذلك فإنه يمكن الاستنتاج ضمنا أن بلوغ القاصر دون أن تعتريه أحد عوارض الأهلية ينهي الولاية لأن القصور هو السبب الموجب لها وبزواله تزول تبعا لذلك؛ وهو ما يفهم من أحكام المادة 86 من ق أ

حيث جاء نصها: " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني ".

كما يعتبر موت القاصر أو هلاك ماله أسبابا للانتهاء التام للولاية على ماله باعتبار أن كلاهما عنصر أساسي لقيام الولاية وبانعدام أحدهما تنتهي الولاية.

ويجدر الذكر هنا أن ترشيد القاصر طبقا لأحكام المادة 83 و 84 من ق أ[1]؛ لا يعتبر إنهاء تام للولاية ذلك أن الولي يبقى رقيبا على تصرفات القاصر، كما أن للقاضي في أي مرحلة يجوز له الرجوع في الإذن الذي منحه للقاصر كلما رأى أن مصلحته مهددة جراء ذلك وفي هذا حماية للقاصر.

ت- وقف الولاية في حال تعارض مصالح الولي والقاصر:

لقد سبق القول آنفا أن الولي على المال مهمته الحفاظ على مصالح القاصر المالية وذلك من خلال إدارتها وتسيرها وحتى التصرف فيها سواء لنفسه أو لغيره وكلما كان مراعاة لهذه المصلحة كان تصرفه صحيحا؛ أما في حالة الإخلال بها فإنه في هذه الحالة يحدث تعارض بين مصالح الولي والقاصر خاصة إذا تعلق الأمر بتصرف فيه جلب منفعة للولي وفيه مضرة بمال القاصر الأمر الذي يستلزم في هذه الحالة تدخل القضاء من خلال وقف هذه الولاية دون إسقاطها أو انتهائها وهوما جاء في أحكام المادة 90 من ق أ التي نصت على أنه: " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ".

وعليه إذا تعارضت مصالح الولي مع القاصر فإنه يتوجب في هذه الحالة وبناء على طلب مقدم ممن له مصلحة أن تتوقف هذه الولاية ويتم تعيين متصرف خاص بناء على هذا الطلب أو يتم تعيينه تلقائيا من طرف القاضي[2].

---

[1] تنص المادة 83 من ق أ على: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرجع الأمر إلى القضاء ".
كما نصت المادة 84 من ق أ: " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك ".

[2] سناء نجومن "م" قندوز، مرجع سابق، ص 158.

وما يتوجب التنويه إليه هنا أن المشرع لم يبين الحالات التي بموجبها يكون تعارض بين مصالح القاصر والولي وترك تقدير ذلك للقضاء.

لذلك هناك من يعتبر أن من حالات تعارض مصالح الولي والقاصر شراء الولي مال القاصر أو بيع ماله له أو إنابته لأبنائه القصر في علاقات بيع بينهما[1]؛ إذ أن في البيع تعارض للمصالح بين البائع والمشتري؛ حيث أن لكل طرف مركز قانوني مستقل على الآخر، وفي هذا الإطار إذا انحاز الأب لأحد الطرفين عند التعاقد، أو فضل مصلحته الشخصية عن مصلحة القاصر فإنه يحدث تعارض مما يستلزم تدخل القضاء في هذه الحالة ترجيحا لمصلحة القاصر.

يمكن القول في الأخير أن الولاية لها أسباب موجبة لها ولها أسباب تؤدي إلى زوالها أو انتهاءها والتي قد تكون طبيعية فتؤدي إلى الانتهاء التام لها، وهناك أسباب تودي إلى انتهاءها بشكل غير تام؛ الأمر الذي يستلزم التساؤل في هذه الحالة عن: إمكانية عودة هذه الولاية من عدمها إذا زال المانع الذي يمنع الولي من ممارسة ولايته أو السبب الذي أدى إلى سلبها منه؟

بالرجوع إلى الفقه نجد أنه يرى بأن ولاية الأب وكذا الأم والجد ولاية أصيلة وعليه يجوز لهم المطالبة بعودتها؛ بخلاف الوصي والمقدم فإنه إذا ما تم عزلهم فإنه لا يجوز عودة ولايتهم لأنها ولاية مكتسبة[2]، غير أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنه لم يجب على ذلك مما يعني الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من ق أ.

[1] صورية غربي، مرجع سابق، ص 175.

[2] وهو ما سار عليه موقف القضاء المصري الذي رأي أن الولي الذي تنحى عن ولايته بإذن من المحكمة له ان يطلب استرجاعها إذا زالت الأسباب التي أدت إلى ذلك، وهو أمر يخضع لمطلق سلطة القاضي دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض في ذلك وهو ما جاء في قرار نقض مدني 23-1-1974. لتفصيل أكثر راجع: كمال حمدي، مرجع سابق، ص 68 وما يليها.

المبحث الثاني: دور الوصاية والتقديم في حماية مال القاصر

من مظاهر حماية القاصر ضمن قانون الأسرة؛ تشريع نظامي الوصاية والتقديم لحماية مال القاصر في حال عدم وجود الولي، وهي تعد نوعا من أنواع الولاية عليه وتعرف بالولاية النيابية أو المكتسبة والتي يستمد فيها الشخص ولايته من صاحب الولاية الأصلية[1].

وقد عالج المشرع أحكام الوصاية في قانون الأسرة ضمن الفصل الثالث المعنون بالوصاية من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية وذلك من خلال المواد من 92 إلى 98 منه، أما التقديم فقد تناول أحكامه ضمن الفصل الرابع من ذات الكتاب ضمن المادتين 99 و100 منه.

وباعتبار أن هذين النظامين شرعا لرعاية وحفظ مصالح القاصر فإن المشرع وضمانا لذلك أحاطهما بجملة من الأحكام تتعلق بكيفية تعيينهما وكذا الشروط الواجب توفرها فيهما، إضافة إلى تحديد صلاحيتهما باعتبار أن ما يقومان به هو نيابة شرعية عن القاصر، إضافة إلى نصه عن حالات انتهاء ولايتهما.

ويجدر الذكر أن المشرع نص على مسألة التقديم في حال غياب الوصاية وأخضعه لنفس أحكام الوصاية، لذلك ستتمحور دراستنا هنا على البحث في أحكام الوصاية وصلاحيات الوصي دون تكرار ذلك بالنسبة للمقدم الذي نكتفي بعرض أحكامه فقط فيما يتعلق بحالات وشروط تعيينه.

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى: مفهوم كل من الوصاية والتقديم وهذا ضمن (المطلب الأول) ثم نتحدث عن حالات وشروط تعيين الوصي والمقدم ضمن(المطلب الثاني) في حين نتحدث عن وظيفة كل من الوصي والمقدم وحالات انتهاءها ضمن (المطلب الثالث)

المطلب الأول: مفهوم الوصاية والتقديم

تدخل الوصاية والتقديم ضمن الولاية المكتسبة كون الوصي أو المقدم يتم تعيينه من قبل إما الولي إن كان وصي أو من قبل القضاء إن كان مقدما، وقد تضمن قانون الأسرة أحكاما تتضمن ذلك.

[1] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال، مرجع سابق، ص 214.

غير أنه وقبل بيانها يتوجب أولا تحديد المقصود بكل من الوصي والمقدم والحكمة منه وهذا ضمن(الفرع الأول) ثم بيان الطبيعة القانونية لكل منهما وهذا من خلال (الفرع الثاني) في حين نتطرق إلى تمييز الوصاية والتقديم عن غيرهما من المصطلحات الشبيهة وهذا من خلال (الفرع الثالث) ونتحدث عن أنواع الأوصياء ضمن(الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الوصاية والتقديم والحكمة منهما

يقتضي معرفة مفهوم كل من نظامي الوصاية والتقديم الإحاطة بتعريفهما اللّغوي والاصطلاحي وكذا بيان دليل مشروعيتهما والحكمة من تشريعهما وهو ما سيتم بيانه وهذا كالآتي:

أولا: تعريف الوصاية والتقديم:

1- التعريف اللغوي:

أ- **الوصاية:**

من وصاه، توصية، عهد إليه، الاسم الوصاة والوصاية وهي الوصية وجمعها وصايا وتعني: الولاية على القاصر والوصي من يوصى له ويعهد إليه القيام على شؤون الصغير ورعاية مصالحه المالية وجمعه اوصياء. ومنها استوصى به أي قبل الوصية به، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم :" **استوصوا بالنساء خيرا**" [1].

ب-أما التقديم:

اسم مصدره قدّم وعكسه التأخير وله معان في اللّغة بحسب موضعه من ذلك، تقديم الدليل ويعني عرضه، والتقديم في موضع الحال وضع القاضي من ينظر في شؤون القاصر[2].

---

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مج1، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص1038. راجع أيضا: معجم الوجيز، مرجع سابق، ص672. تاج العروس، مرجع سابق، مج40، باب الواو والياء، ص ص 207، 208. قاموس المحيط، مرجع سابق، باب الواو، ص1343.

[2] معجم الوجيز، مرجع سابق، ص121.

2- التعريف الاصطلاحي للوصاية والتقديم:

أ- تعريف الوصاية والتقديم في الفقه:

1- الوصاية:

يرى الدكتور كمال حمدي أن الوصاية هي نظام قانوني أقر لمصلحة القاصر الذي لا ولي له وبالتالي هي نيابة قانونية يسمى من عهدت إليه بالوصي الذي هو نائب قانوني عن القاصر، ولذلك فوظيفته العمل على حماية مال القاصر وإدارته، ويكون خاضعا في أداء ذلك إلى سلطة الإشراف المتمثلة في القضاء الذي يتولى الرقابة على أعماله بموجب هذه السلطة[1] وهو ذات الرأي الذي ذهب إليه القضاء حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بقولها: " إن مهمة المجالس الحسبية هي الإشراف على أعمال من يتولون أمور عديمي الأهلية والنظر في حساباتهم واتخاذ الاحتياطات المستعجلة لصيانة حقوقهم، فهي لا تمثلهم ولا تعتبر أمينة على ما يتوافر لهم من مال "[2].

في حين عرفها فقيه آخر بأنها: "تلك النيابة التي يعين فيها القانون أشخاصا يكون لهم حق اختيار أشخاص آخرين لإدارة أموال عديمي الأهلية وناقصيها، وتلك تشمل نيابة الوصي- مختارا من الأب أو الجد – أو وصيا من القاضي "[3].

يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الوصاية ضرب من ضروب النيابة القانونية، حيث أن القانون هو من يبين الأشخاص الذين يحق لهم تعيين الوصي، فالشخص الذي يعين الوصي هو له صفة النائب القانوني وقد استمد هذه الصفة أصالة من القانون، وبموجب هذه الولاية القانونية يحق له تولية شخص آخر للقيام على شؤون القاصر المالية، وفقا لهذا القول فإن الوصاية هنا ولاية مكتسبة استمدت سلطتها من الموصي- الذي قد يكون الولي المتمثل في الأب أو الجد وفي حال انعدامه يكون القاضي الذي بدوره يستمد سلطة الإيصاء من القانون.

---

[1] مرجع سابق، ص 71.

[2] نقض مدني،1-4-1937، طعن رقم 84 س 6 ق- مجموعة القواعد القانونية في 25عاما- الدائرة المدنية – الجزء الأول- رقم 63، ص 334. نقلا عن: كمال حمدي، مرجع نفسه، ص 71.

[3] محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية- دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي-، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 70.

وعليه فإن التعريف الأول ركز على دور الوصي في نظام الوصاية من خلال تركيزه على ما يقوم به الوصي من إدارة أموال القاصر، بخلاف التعريف الثاني الذي ركز صاحبه على بيان مصدر سلطة الوصي في نظام الوصاية من خلال بيان أن القانون هو الذي يخول للأشخاص سلطة الإيصاء.

2- تعريف التقديم:

لابد من التنويه أن لفظ "**التقديم أو مقدم القاضي**" استعمله فقهاء المالكية؛ وبذلك أخذ المشرع الجزائري، إلاّ أن غيرهم من الفقهاء يطلقون عليه لفظ "**القوامة أو القيم** "[1]، وكلا اللفظين يفيد معنى : " ولاية يفوضها القاضي إلى شخص كبير راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه المالية "[2].

أما المقدم فقد عرف على أنه الشخص الذي يعينه القضاء في حال عدم وجود الوصي لرعاية شؤون القاصر المالية[3].

ولذلك التقديم هو بدوره وظيفة قانونية يعهد بها القاضي إلى شخص تتوفر فيه الشروط القانونية لإدارة مال القاصر ويسمى بالمقدم أو وصي القاضي أو القيم.

ب- موقف المشرع الجزائري من التعاريف الفقهية:

لم يعرف المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون الأسرة الوصاية واكتفى بذكر أحكامها ، في حين عرف بموجب المادة 99 من ذات القانون المقدم بقوله: " المقدم هو من تعينه المحكمة في حال 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 ".

وما يجدر بيانه هنا أن المشرع وإن لم يعرف الوصاية؛ إلاّ أن ذلك يمكن أن يستنبط من ضمن النصوص القانونية المنظمة لها والذي لا يخرج عن إطار التعاريف الفقهية كونها: ولاية مكتسبة بموجب

---

[1] وهو ذات اللفظ الذي استعمله المشرع في نص المادة 99 من ق أ باللغة الفرنسية حيث استعمل لفظ:" le curateur" والذي يعني القيم .

[2] محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 100.

[3] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 142. حسين طاهري، مرجع سابق، ص 186.

القانون يعهد فيها إلى شخص يسمى الوصي الذي تم اختياره من قبل الموصي الذي يكون أبا أو جدا للقيام على شؤون القاصر المالية.

أما التقديم فإنه كذلك ولاية مكتسبة يعهد فيها إلى شخص يسمى المقدم – وصي القاضي – الذي تم تعيينه من القاضي في حال غياب الولي أو الوصي لإدارة شؤون القاصر المالية.

وعليه يمكن القول مما سبق أن الوصي هو من يعينه الولي، أما المقدم فهو من يعينه القاضي، كما أن التقديم هو ضرب من ضروب الوصاية[1]؛ لأن القاضي له الولاية القانونية على القاصر باعتباره حامي مصالحه؛ وبموجب هذه الولاية خوله القانون سلطة تعيين من يرعى مصالح القاصر نيابة عنه وهو بذلك وصيه.

ثانيا: الحكمة من تشريع نظامي الوصاية والتقديم

لقد شرع الله عز وجل الوصية بالمال من أجل أن يكون فيها استدراك لما يغفله الإنسان في حياته من تصدق وفعل الخير[2]؛ لذلك جاء في حديث رسولنا الكريم: " **إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم** "[3].

فأساس تشريع الإيصاء يقتضي حكمتين: حكمة تتمثل في المنفعة والمصلحة الخاصة المتمثلة في تدارك المسلم ما فاته من حسنات لكونه معرض للسهو والإهمال[4]، وكذا منفعة عامة تخص الغير ومن ذلك القاصر الذي يكون في حاجة إلى من يعتني بأحواله وأموره خاصة منها المالية فلا تكون عرضة للإهمال، فيكون الإيصاء بها إلى من يعهد بحفظها أمرا مستحبا حتى يشب راشدا فتسلم إليه، بل هناك

---

[1] أغلب المراجع الفقهية خاصة ما تعلق منها بالمذهب الحنفي تشير إلى أن القوامة أو التقديم هو نوع من الوصاية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال تطبيق أحكام الوصاية عليه بموجب المادة 100 من ق أ. راجع أيضا: علي عبد الله العون. عبد الله ابراهيم الكيلاني، السياسة الشرعية في رعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم " دولة قطر أموذجا "، مجلة دراسات، كلية الحقوق ، الجامعة الاردنية، مج 43، ع 2، 2016، ص 619.

[2] أحمد ابراهيم بك، مرجع سابق، ص 256 وما يليها. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، مرجع سابق، ص ص 69، 70.

[3] رواه ابن ماجة.

[4] ابن قدامة، مرجع سابق، ج 2، ص 265.

من يرى في الوصاية على القاصر أمر وجوبي خاصة إذا تعلقت بأمواله حقوق للغير أو كانت له حقوق عند الغير[1].

إن الحكمة الشرعية التي شرع لأجلها الإيصاء هي ذاتها الحكمة القانونية التي سعى من ورائها المشرع إلى وضع كل من نظامي الوصاية والتقديم والتي تتمثل أساسا في حماية القاصر وحماية ماله من الضياع والإهمال، فالمال كما سبق الإشارة إليه هو عصب الحياة لذلك فالحماية النفسية للقاصر إذا تم تعزيزها بحماية مالة فإن ذلك يجعل القاصر في منآي عن التشرد والانحراف.

الفرع الثاني: طبيعة الوصاية والتقديم

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الوصاية هل هي عقد أم تصرف قانوني صادر بإرادة مفردة؛ في حين اتفقوا على أن التقديم هو نظام قانوني مصدره القانون الذي خول للقاضي بموجب ما يملكه من سلطة ولائية في تعيين المقدم[2]؛ وهو ما سار عليه المشرع بموجب المادة 100 من ق أ.

وعليه سنحاول في هذا المجال بحث الطبيعة الفقهية للوصاية أولا، ثم تحديد موقف الجزائري من ذلك ثانيا، ثم نتعرض بعدها إلى ذكر خصائص هذه الوصاية استنادا إلى طبيعتها وهذا ثالثا.

أولا: التكييف الفقهي للوصاية

يرى الفقه الإسلامي أن الوصاية هي عقد بين الموصي والوصي تخضع لأحكام العقد من حيث الأركان والشروط ، خاصة ما تعلق بمسألة الرضا الذي هو أساس إنشائها[3]؛ حيث يتم التعبير عنه بموجب الصيغة التي تعد الأداة أو الوسيلة التي على ضوئها يتم التعبير عن إرادة الطرفين، من خلال ما يصدره الموصي من إيجاب حال حياته؛ والذي يتمثل في عرضه تولية غيره لإدارة شؤون أولاده بعد وفاته كأن يقول: "سلمت لك أولادي بعد موتي، أو تعهد أولادي بعد موتي..."[4].

---

[1] مسعود هلالي، مرجع سابق، ص ص 48، 49. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص ص 146، 147.

[2] محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص ص 72، 73.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 480. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 243.

[4] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 144.

ولكي ينشأ العقد صحيحا لابد أن يتطابق الإيجاب بالقبول الذي يصدر من الوصي بكل ما يفيد معنى قبوله هذه الإنابة ولم يختلف الفقه في الصيغة التي يتم بها القبول الذي قد يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة؛ غير أنهم اختلفوا حول وقت التعبير عن إرادة الوصي " أي قبوله "[1]، هل حال حياة الموصي أم بعد وفاته لكون الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت؟

1- الرأي الأول:

حيث يرى جانب من الفقه أن القبول يكون حال حياة الموصي أو بعد وفاته، وهذا لكون الوصاية تبرع من الوصي وليس التزام منه، وعليه يجوز له قبولها كما يجوز له ردها سواء حال حياة الموصي؛ كي يقرر في حال الرفض اختيار وصي آخر ليوّليه مهمة رعاية مال القاصر الذي تحت ولايته، كما يمكن له قبولها أو ردها بعد وفاة الموصي خاصة إن لم يعلم بها إلاّ لحظة الوفاة أو بعدها[2].

ويضاف إلى هذا الرأي ما قال به الإمام أبو زهرة " رحمه الله " من أن: " القبول لا يشترط أن يكون فور الإيجاب، بل يجوز أن يكون متراخيا إلى ما بعد الوفاة، لأن هذا الإيجاب مضاف إلى ما بعد الموت، فامتد القبول إلى ذلك الوقت، وأيضا ثمرات هذا العقد لا تظهر إلا بعد الوفاة، فكان القبول ممتدا إلى ما بعدها "[3].

ويترتب عن قبول الوصي حال حياة الموصي عدم جواز رفضه بعد وفاة الموصي لما فيه من تغرير بهذا الأخير[4].

2- الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن القبول لا يصح إلا بعد وفاة الموصي بحكم أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الممات، لذلك فإن ولاية الموصي تبقى قائمة حال حياته ولا يجوز إنابة غيره في ذلك حال حياته،

---

[1] محمد مصطفى الشحاتة الحسيني، مرجع سابق، ص 72 وما يليها.

[2] البهوتي، مرجع سابق، ج 6، ص 2122 وما يليها. بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 2، ص 1392 وما يليها.

[3] الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 481.

[4] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 481.

وإنما تكون الإنابة الفعلية للوصي إذا قبل الوصية بعد الوفاة مما يجعل من القبول قبل ذلك غير مجد، وعليه لو رفض الإيصاء قبل الوفاة ثم قبله بعدها صح ذلك لأن العبرة في ذلك بعد الوفاة [1].

وبالرجوع إلى الفقه القانوني نجد أنه ساند الفقه الإسلامي في اعتبار الوصاية عقد[2]، غير أن الدكتور محمد صبري الجندي ذهب إلى القول برأي مخالف لسابقيه؛ حيث أنه توصل وبنتيجة تحليله للآراء الفقهية التي ترى أن الوصية هي عقد يصدر بالإرادة المنفردة للموصي الذي يبقى إيجابه ينتظر القبول الذي قد يحدث حال حياته أو بعد وفاته، بل إن الوصي قد يقوم بأعمال تتعلق بالوصاية دون العلم بأنه وصي، حيث تعتبر صحيحة في نظر الفقه الشرعي، مما يجعل من الوصية بذلك تختلف عن الوكالة التي لا يكفي فيها القبول الفعلي دون حصول علم بها[3]، لذلك فإن الوصاية تدخل ضمن مجال الإنابة أو الخلافة أو الوراثة التي لا تتوقف على العلم وفي ذلك يقول: " ...أليس غريبا أن يقال أن الوصي إنما يعمل بمقتضى عقد إبرامه مع الموصي، والقول أن العقد لا ينتج آثاره إلاّ بعد الوفاة، أليس الأقرب إلى الواقع أن يقال بأن الأمر يتعلق بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وأنه بهذه الصفة يأتي كنوع من الإيصاء " [4].

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن الفقه الإسلامي يرى أن الوصاية باعتبارها ولاية مكتسبة فإنها تتعلق بمال القاصر دون شخصه حيث يقول في ذلك الدكتور أحمد الزرقا:" ...أما الوصاية فهي سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه وإدارته واستثماره. وهذه يرجح فيها أول من يختاره الأب قبل وفاته وصيا على أولاده. ثم الجد ومن يختاره قبل وفاته كذلك، فإن مات الأب دون أن يوصي لأحد يعود للقاضي حق نصب وصي على القاصرين..."[5].

---

[1] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 145.

[2] سيف رجب قزامل، مرجع نفسه، ص 146.

[3] هامش 2 للمرجع: محمد صبري الجنذي، مرجع سابق، ص 70.

[4] في هامش 6 للمرجع: محمد صبري الجندي، مرجع نفسه، ص 71.

[5] " في أواخر العهد العثماني قيدت صلاحيات الأوصياء بنظام خاص وربطوا بمجلس يؤلف برئاسة القاضي الشرعي لما كثرت حوادث قلة الأمانة. وهو تدبير توجيه الشريعة بحسب مقتضى الحال ويدخل في سلطة ولي الأمر وفقا للمصالح المرسلة ". راجع في ذلك: مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص 851 .

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

تعد الوصاية من بين الوسائل القانونية التي يتم بموجبها حفظ الحقوق المالية للقاصر وحمايتها من الإهمال والضياع[1]، وهي فرع من الولاية الأصلية لكون الولي هو الذي يقوم باختيار الوصي طبقا للمادة 92 من ق أ، وفي حال عدم وجوده فإن القاضي هو الذي يقوم بتعيين الوصي والذي يسمى بالمقدم وهذا طبقا للمادة 99 من ق أ، كما أن المشرع يعتبر الوصاية جزء أو نوع من النيابة الشرعية وهذا لكونه أورد أحكامها ضمن الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية وهو بذلك يذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الذي يعتبر الوصاية وكذا التقديم إنابة.

أما فيما يتعلق بالجدل الفقهي الدائر حول ما إذا كانت الوصاية هي عقد أو تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة من الموصي، فإن المشرع لم يبين موقفه من ذلك بشكل صريح وهذا من خلال ما تضمنته المادة 92 و94 من ق أ، كما أنه لم يبيّن كيفية إثبات الوصاية وما إذا كانت تخضع في ذلك إلى أحكام الوصية بالمال المنصوص عليها في المادة 184 وما يليها من ق أ ؟

نتيجة هذا الغموض الذي يكتنف موقف المشرع الجزائري في تحديده للطبيعة القانونية للوصاية؛ فإن هناك من ذهب إلى القول أن الوصاية هي عقد أو اتفاق مكتوب بين طرفين بصفة رسمية[2]، حيث يخضع لمبدأ سلطان الإرادة من حيث الإنشاء والتنفيذ وهذا كأصل عام باعتبار أن العقد هو شريعة المتعاقدين ومبناه التراضي بين الطرفين وهو ما تضمنته أحكام المادة 92 من ق أ، غير أن هذا الأصل قد يرد عليه استثناء يفرض تدخل القاضي لفرض رقابته على هذا العقد، خاصة وأن القانون ينص على وجوب سهر قاضي شؤون الأسرة على حماية القصر.

---

[1] فضيل العيش، مرجع سابق، ص 85.

[2] هذا الرأي نجد أساسه كذلك في القانون المصري الذي يشترط لإثبات الوصاية ضرورة صبها في قالب رسمي أو عن طريق ورقة عرفية مصادق على توقيع الموصى فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بيده. لتفصيل أكثر راجع: سميحة حنان خوادجية، محاضرات في النيابة الشرعية لطلبة السنة أولى ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، "د س ن"، ص 48. حمدي كمال، مرجع سابق، ص 77.

وهو الأمر المعمول به أيضا في دولة المغرب الشقيقة حيث : " يأتي الإيصاء على شكل رسم عدلي يشهد فيه عدلان بأن الموصي جعل فلانا وصيا عن أبنائه القاصرين فلان وفلان يقوم مقام أبيهم بعد وفاته، ينظر في أمورهم ويحافظ على مصالحهم ". عبد الحق الصافي، عقد البيع، دراسة في قوانين الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، "د س ن"، ص 227. نقلا عن: مليكة غنام، مرجع سابق، ص 142.

فوفقا للنظرية الحديثة للعقد فإنه أصبح تدخل القاضي في العقد أمر مسلم به فقها وقانونا وقضاء[1]، حيث يشترك القاضي في إنشاء العقد بل يتعدى ذلك إلى مرحلة تنفيذه، وبالتالي لم يبقى القاضي الطرف السلبي في العقد وإنما أصبح له دور إيجابي من خلال فرض الرقابة القضائية على مضمون العقد ومختلف مراحله[2]، وهو الأمر الذي وظفه المشرع من خلال أحكام المادة 94 من ق أ من خلال جعل السلطة التقديرية للقاضي الفيصل في تثبيت هذه الوصاية من عدمها وبالتالي هناك إشراك لإرادة ثالثة تطغى على إرادتي الوصي والموصي.

أما عن القول أن الوصاية تصرف قانوني؛ فإنه وكما هو معلوم فإن التصرف القانوني يقصد به: " اتجاه إرادة نحو إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء حق من الحقوق "[3].

فالإرادة هي أساس التصرف القانوني الذي قد يقوم من جانب واحد كالإقرار والوصية؛ ويمكن أن تكون من جانبين كعقد البيع[4]، غير أن هذه الإرادة وإن خول لها القانون أن تكون مصدرا لإنشاء الحقوق إلاّ أنه لم يطلقها؛ وإنما فرض عليها قيود من ذلك مسألة الشكلية، وهو ما نص عليه المشرع ضمن أحكام المادة 94 من ق أ ج من خلال إلزامية عرض الوصاية على القاضي من أجل تثبيتها أو رفضها، ولا يمكن بأي حال أن تستند الوصاية إلى أحكام المادة 184 من ق أ التي تنص على الوصية التي يكون محلها مالا ولا تتعلق بالأشخاص وهو ما تؤكده المادة 190 من نفس القانون.

أما عن طبيعة الوصاية وما إذا كانت تشمل النفس والمال معا فإن موقف المشرع الجزائري تحدده أحكام المادة 95 من ق أ التي تمنح للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المادة 88 و 8 و90 من ذات القانون وبالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها تتحدث عن سلطات الولي على المال دون النفس مما يعني أن المشرع ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من خلال حصر الوصاية على الجانب

---

[1] بلال عثماني، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مج 15 ، ع1 ، 2017 ، ص 429.

[2] بلال عثماني، مرجع نفسه، ص 439.

[3] توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص 304.

[4] توفيق حسين فرج، مرجع نفسه، ص 305.

المالي للقاصر دون النفس[1]، وهو ما تؤكده أحكام المادة 11 من ق أ التي نصت على ترتيب الأولياء على النفس في تزويج القاصر؛ حيث تم حصرهم في أقارب القاصر وفي حال انعدامهم تنتقل للقاضي، دون ذكرها الوصي بالرغم من أنه قد يكون من الأقارب كما يمكن أن يكون من غيرهم مما يعني عدم شمول الوصاية على نفس القاصر لكون الزواج أحد ضروبها.

غير أنه يمكن أن يسند القاضي للوصي مهمة الإشراف على القاصر وهذا باعتباره حامي حقوق القاصرين؛ وهو ما جاءت به الفقرة 3 من المادة 472 من ق إ م إ.

وعليه يمكن القول أن الوصية هي تصرف قانوني ينشأ بدءا بإرادة منفردة من طرف الموصي غير أن اكتماله يتطلب موافقة الوصي، وأن هذا الاكتمال لا يرتقي إلى مرحلة التنفيذ إلاّ بإجازته من طرف القاضي من خلال تثبيت الوصي حيث يقوم القاضي برقابة مدى توفر الشروط المطلوبة قانونا في الوصي طبقا للمادة 93 وعلى ضوئها يتم تثبيته، لذلك فإن لها طابعا خاصا يميزها عن غيرها من التصرفات والعقود وهي متعلقة بالجانب المالي للقاصر دون نفسه.

الفرع الثالث: تمييز الوصاية والتقديم عن غيرهما من المصطلحات الشبيهة

تتفق الوصاية مع غيرها من النظم المقررة لحماية القاصر في بعض جوانبها؛ إلاّ أنها تختلف معها في جوانب أخرى بحكم خصائصها وكذلك الأمر بالنسبة للتقديم، ومن بين هذه النظم نذكر على سبيل المثال لا حصر ما يلي:

أولا: تمييز الوصاية عن الولاية

يتفق كل من نظامي الولاية والوصاية بأنهما وجدا لحماية القاصر ورعاية مصالحه المالية نيابة عنه بحكم عدم إدراكه وعدم معرفة الضار من النافع له، كما أنهما يتفقان من حيث السلطات المخولة لكل من الولي والوصي، غير أنهما يختلفان من عدة أوجه أبرزها:

- أن الولاية تشمل النفس والمال معا بخلاف الوصاية التي تكون على المال فقط[2].

---

[1] وهو الرأي الذي نجده عند أغلب شراح قانون الأسرة.

[2] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج 16، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص ص 39،40.

- أن الولي ولايته أصيلة مستمدة مباشرة من القانون بخلاف الوصي الذي ولايته مكتسبة أي أنه استمدها من شخص آخر المتمثل في الأب أو الجد.
- أن ولاية الولي لا تحتاج إلى تعيين وتثبيت من طرف القاضي لأن ولايته ذاتية مستمدة من القانون، بخلاف الوصي الذي توجب تثبيت وصايته من طرف القضاء وهو ما نصت عليه المادة 94 من ق أ.
- أن الولاية إلزامية وإجبارية مرتبطة بالسلطة الأبوية، بخلاف الوصاية التي تعد اختيارية.
- يمكن تعدد الأوصياء بخلاف ذلك لا يجوز تعدد الأولياء[1].
- الولي لا يمكن عزله بخلاف الوصي فإنه يمكن عزله.
- الولي غير ملزم بتقديم الحساب عن إدارته لمال القاصر عند إنهاء مهامه بخلاف الوصي طبقا للمادة 97 من ق أ.

ثانيا: تمييز الوصاية عن الحضانة

لقد شرع كل من نظام الوصاية وكذا الولاية لحماية القاصر والمحافظة عليه؛ غير أن مجال هذه الحماية يختلف حيث أن الحضانة تدخل ضمن الولاية على النفس، بخلاف الوصاية وكذا التقديم فإنهما يدخلان ضمن الولاية على المال حيث أن الوصي أو المقدم هو نائب شرعي للقاصر في ماله دون نفسه كما أن الوصاية اختيارية يجوز فيها للشخص المخول قانونا اختيار من يشاء ليكون وصيا على ابنه القاصر، بخلاف الحضانة التي يكون فيها ترتيب الحاضنين محدد بموجب القانون ومعيار الاختيار وتفضيل بينهما هو مصلحة المحضون التي يقوم بتحديدها القاضي [2].

ثالثا: تمييز الوصاية عن التقديم

تتفق كل من الوصاية والتقديم في كونهما جزء من النيابة الشرعية على القاصر من أجل رعاية شؤونه المالية وهي مهام اختيارية بالنسبة لكليهما أي يجوز قبولها أو رفضها[3]، كما أنهما يتفقان من حيث الأحكام التي يخضع لها كل من الوصي والمقدم طبقا للمادة 100 من ق أ، غير أنهما يختلفان من حيث الشخص المخول قانونا بتعيينهما، حيث أن الوصي يتم اختياره من قبل الأب أو الجد في حال حياتهما مع ضرورة عدم وجود الأم، وتعرض هذه الوصاية على القاضي من أجل تثبيتها أو رفضها وهذا

[1] محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 78.

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 103.

[3] أنظر في ذلك: المادة 471 من ق إ م إ.

طبقا للمادة 92 و93 من ق أ، بخلاف التقديم الذي يتم فيه تعيين الشخص من طرف القاضي لإدارة شؤون القاصر المالية في حال عدم وجود الولي أو الوصي طبقا للمادة 99 من ق أ.

ولا بد من التنبيه هنا أن المشرع نص على أن المقدم يتم تعيينه من طرف القضاء لرعاية شؤون القاصر المالية ؛ كما قد يتم تعيينه أيضا لإنابة الراشدين عديمي الأهلية ممن اعتراه عارض من عوارض الأهلية طبقا للمادة 101 من ق أ ولم يكن له ولي أو وصي، حيث يتعين الحجر عليه وتعيين مقدما عليه وهو ما جاء في نص المادة 104 من ق أ بقولها: " إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية شؤون المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون ".

وقد خالف المشرع في هذا جل التشريعات العربية المقارنة التي تجعل من التقديم أو القوامة فقط على من به عارض من عوارض الأهلية[1].

رابعا: خصائص الوصاية

استنادا إلى ما سبق يمكن القول أن الوصاية لها طابع خاص يميزها عن غيرها من التصرفات والمصطلحات الشبيهة بها؛ وذلك لأنها تتميز بالخصائص التالية:

1- الوصاية اختيارية:

فهي اختيارية بالنسبة للموصي الذي يجوز له أن يقيم وصيا على أولاده من بعده، كما أنها كذلك اختيارية بالنسبة للوصي الذي له الحرية في قبولها من عدمه[2]، وهي بذلك تختلف عن الولاية التي تعد إجبارية ولا يجوز للولي التملص منها[3].

2- إن الوصاية تمارس مجانا:

لقد أجمع الفقه الإسلامي على مجانية الوصاية كأصل عام ولا يجوز للوصي أخذ أجرة مقابل وظيفته الولائية في إدارة شؤون القاصر المالية حيث يقوم بذلك على وجه التبرع، إلاّ أنه في حالة ما إذا

---

[1] من ذلك على سبيل المثال: التشريع المغربي المادة 230 من م أ م، التشريع المصري، التشريع الاردني. لتفصيل أكثر راجع: محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 99 وما يليها. علي عبد الله العون. عبد الله ابراهيم الكيلاني، مرجع سابق، ص 620.

[2] أنظر في ذلك: المادة 92 من ق أ.

[3] بخلاف التشريعات العربية ذهب المشرع الفرنسي إلى اعتبار الوصاية إجبارية . لتفصيل أكثر راجع: كمال حمدي، مرجع سابق، ص 73.

كان الوصي فقيرا فإنه في هذه الحالة يجوز له أخذ أجرة مقابل ذلك في حدود احتياجه[1]؛ وذلك استنادا لقوله تعالى:﴿ **وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[2]، وهو ذات الموقف الذي أخذ به المشرع المصري[3]؛ وكذا المشرع المغربي[4]، في حين سكت المشرع الجزائري عن ذلك مما يستلزم الاقتداء بالفقه الشرعي وهذا استنادا إلى المادة 222 من ق أ.

3- الوصاية هي شخصية:

الوصي بقبوله إنابة القاصر في رعاية أمواله فإنه يكون ملتزم بذلك شخصيا بموجب القانون بمجرد تثبيته في وظيفته عن طريق القضاء لذلك فإنه مسؤول عن حفظ المال وهو ما نصت عليه المادة98 من ق أ. ولا يمكن أن ينتقل هذا الالتزام إلى غيره؛ من ذلك في حالة وفاته حيث أن وظيفته الولائية في هذه الحالة تنتهي دون أن تنتقل إلى ورثته، وهو ما جاء في المادة 96 من ق أ التي نصت على أن من أسباب انتهاء مهمة الوصي موته، كما أنه في حال وفاته يلتزم ورثته بتسليم أموال القاصر إلى المعني بالأمر عن طريق القضاء طبقا للمادة 97 في فقرتها الأخيرة، وبهذا تختلف الوصاية عن الولاية في أن الولاية تنتقل إلى الذي يلي الولي في الترتيب، بخلاف الوصاية التي لا تنتقل إلى الغير.

الفرع الرابع: أنواع الاوصياء

بعد بيان تعريف الوصاية وكذا التقديم وبيان التكييف القانوني لكل منهما، سنحاول بيان أنواع الإيصاء استنادا إلى الفقه؛ وبيان مدى توظيف المشرع لهذه الأنواع ضمن أحكام الوصاية.

أولا: الوصي المختار والوصي المعين

الوصي المختار هو الذي يتم اختياره من قبل الأب حال حياته وقبل وفاته ليكون قيما على رعاية شؤون أبنائه القصر، ويشمل ذلك حتى الحمل المستكن، كما يدخل ضمن مفهومه من يختاره المتبرع لإدارة المال المتبرع به وبالتالي عدم شمول الولاية لهذا المال استثناء وهو موقف الفقه الإسلامي[5].

وقد ذهب المشرع إلى ذات القول حيث اعتبر الوصاية اختيارية وهذا ما نص عليه المشرع ضمن المادة 92 من ق أ: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو

---

[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص 100-101.

[2] سورة النساء: الآية 6.

[3] أنظر في ذلك: المادة 46 من المرسوم بالقانون المصري رقم 119 لسنة 1952.

[4] أنظر في ذلك: المادة 264 من م أ م التي تنص على إمكانية مطالبة كل من المقدم أو الوصي بأجرة عن أعباء النيابة الشرعية.

[5] توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص 256.

ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ... "[1]، غير أن المشرع لم يتطرق إلى إمكانية تعيين المتبرع للوصي لإدارة المال المتبرع به وفي ذلك إحالة على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق أ.

أما الوصي المعين هو الشخص الذي يعينه القاضي في حال عدم وجود ولي أو وصي؛ أو لم يستوف الوصي الشروط المطلوبة وهو الذي قصده المشرع ضمن المادة 99 من ق أ والذي يسمى بالمقدم.

ثانيا: الوصي الواحد والمتعدد

ويقصد بالوصي الواحد أن يختار الولي أحد الأشخاص ليتولى مصالح القاصر الذي تحت رعايته، كما يجوز له أن يختار عدة أشخاص للقيام بذلك[2]، وهو ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري بموجب المادة 92 من ق أ التي تجيز للأب أو الجد تعيين وصي أو عدة أوصياء، حيث يرجع الأمر إلى القاضي بعدها في اختيار الأفضل من بينهم وتثبيته في هذه الوظيفة[3].

ثالثا: الوصي العام والوصي المقيد

يقصد بالوصي العام من تم اختياره ليتولى إدارة وتسيير كل مال القاصر دون تحديد فتكون إنابته بذلك عامة وهذا هو الأصل، أما الوصي المقيد هو ذلك الوصي الذي يتم تعيينه لإدارة جزء معين من الأموال[4].

---

[1] أنظر أيضا: المادة 472 من ق إ م إ.

[2] العربي بختي، مرجع سابق، ص 196.

[3] ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع خالف التشريعات المقارنة؛ من ذلك التشريع المصري والمغربي الذين يقضيان بإمكانية تعدد الأوصياء في أداء مهام الوصاية، على عكس المشرع الجزائري الذي يجيز اختيار عدة أوصياء من قبل الأب أو الجد ويبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعيين وصي واحد من بينهم يكون أصلح لأداء هذه المهمة. لتفصيل أكثر راجع: توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص 256. أنظر أيضا: المادة 244 من م أ م.

[4] من ذلك حالة اشتراط المتبرع أن لا يتولى الولي إدارة مال القاصر وهذه الحالة وإن لم ينص عليها المشرع الجزائري إلاّ أنها موجودة في الفقه الإسلامي وكذا القانون المقارن من ذلك ما جاء في نص المادة 239 من م أ م: " للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على المحجور ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول ".

أو من يقوم تعيينه القاضي في حال تعارض مصالح القاصر ومصالح الولي والذي يسمى بالمتصرف الخاص[1].

رابعا: الوصي المؤقت والوصي الدائم

الأصل أن الوصي يبقى مادام السبب الذي عين لأجله قائم وهو رعاية مصالح القاصر المالية لكون إنابته في ذلك دائمة، غير أنه قد يعتري الوصي ظروف تجعله غير قادر على أداء مهامه إما لوجود أسباب مؤقتة تحول بينه وبين وظيفته كمرضه أو سفره أو غيبته مما يتعين في هذه الحالة تعيين وصي مؤقت لإدارة مال القاصر إلى غاية زوال هذه الظروف[2]، والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع تطرق ضمن أحكام المادة 89 من ق أ إلى الولاية المؤقتة للأم في حال غياب الأب أو حصول مانع له، دون التطرق إلى هذا الأمر ضمن أحكام الوصاية، بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي نصت على إمكانية تعيين وصي أو مقدم مؤقت[3].

خامسا: الوصي القوي والوصي الضعيف

هناك من الفقهاء من يقسم الولاية استنادا إلى الشخص الذي عهد بالإيصاء واستنادا إليه يكتسب الوصي سلطته حيث يتسع نطاقها إذا كان الوصي مختارا من طرف الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه حيث تكون وصايته أقوى فهو يملك السلطات التي يملكها الأب أو الجد على القاصر، أما إذا كان الموصي غير ذلك فإن ولايته على مال القاصر ضعيفة إذا تكاد تنحصر في القيام بمصالح القاصر دون التصرف فيها إلا للضرورة من ذلك وصي الأم عند من يقول بذلك [4]، غير أن هذا التقسيم الفقهي ليس له مستند ضمن قانون الأسرة بخلاف سابقيه.

---

[1] وهو ما نصت عليه المادة 90 من ق أ: " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ". راجع أيضا: العربي بختي، مرجع سابق، ص 196. سناء نجومن "م" قندوز، مرجع سابق، ص ص 158، 159.

[2] توفيق حسين فرج، مرجع سابق، ص ص 256، 257. علي عبد الله العون. عبد الله ابراهيم الكيلاني، مرجع سابق، ص 619.

[3] راجع في ذلك :سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 158. أنظر أيضا: المادة 244 من م أم.

[4] الأسروشيني، مرجع سابق، ج2، ص ص 194-195.

المطلب الثاني: حالات وشروط تعيين الوصي والمقدم

لقد فرض المشرع جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في كل من الوصي والمقدم وهذا بسبب أهمية وخطورة المهام المنوطة بهما، كما بين الأشخاص المخولين قانونا باختيارهما وتعيينهما، ومما لا شك فيه أن هذه الإجراءات الغاية منها هو حماية القاصر ومصالحه المالية.

بل إن المشرع بالرغم من أنه أشرك كل من الوصي والمقدم في بعض الأحكام، من ذلك خضوع المقدم لنفس الشروط المقرر توفرها في الوصي وكذا خضوعه لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي من حيث الصلاحيات وهذا بموجب المادة 100 من ق أ ج ، إلاّ أنهما يختلفان من حيث حالات تعينهما وكذا الأشخاص المؤهلين قانونا لذلك.

وعليه سنحاول في هذا المطلب بيان حالات تعين الوصي والمقدم في (الفرع الأول) ثم نبين شروط تعيين الوصي والمقدم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات تعيين الوصي والمقدم

لقد تقاربت تعريفات الوصي من طرف الفقهاء؛ حيث لا تكاد تجمع في القول بأنه ذلك الشخص الذي يتولى إدارة أموال القاصر بالنيابة لضعف إدراكه وتمييزه[1]، أما المقدم فهو الشخص الذي يتم تعيينه من طرف المحكمة لتولي شؤون القاصر المالية؛ فعدم الرشد إذا هو سبب من أسباب تولي الوصي هذه الوظيفة. بالإضافة إلى حالات أخرى يتم تعينهما لأداء هذه المهام.

فهذه الأسباب نص عليها المشرع بموجب قواعد آمرة لا يجوز للأشخاص مخالفتها. وعليه سنتحدث في هذا الفرع عن أسباب الوصاية والتقديم أولا، ثم الأشخاص الذين خول لهم القانون تعيين كل من الوصي والمقدم ثانيا؛ ثم نتحدث عن شروط الوصي والمقدم ثالثا.

أولا: أسباب الوصاية والتقديم

قد نظم المشرع أحكام النيابة الشرعية على القصر من خلال محاولة جعل مصلحته الفضلى فوق كل اعتبار لكونه ضعيف، لذلك بيّن موجبات هذه الإنابة بموجب نصوص آمرة، ومن بين المسائل التي نظمها بموجب ذلك بيان حالات قيام الوصاية والتقديم على المال وهذا بموجب أحكام المادتين 92 و99 من ق أ وهذا من خلال الآتي:

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 243. العربي بختي، مرجع سابق، ص 193.

1- أسباب الوصاية:

يعد نقصان الأهلية سببا من أسباب النيابة الشرعية عموما وقيام الوصاية خصوصا، حيث يتولى الوصي رعاية مال القاصر بناء على ما خوله القانون من سلطات دون تجاوز ذلك، ويستلزم شغل الوصي هذه الوظيفة عدم وجود الولي والمتمثل في الأب أو الأم أو الجد أو كانت الأم غير مؤهلة قانونا لذلك؛ وهو ما جاء في نص المادة 92 من ق أ بقولها: " 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 فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون ".

كما أن تولي الوصي هذه المهام لا يكون في حياة الولي لأن ذلك فيه تجاوز لسلطاته وفقا لما تقضي به أحكام الولاية لا سيما المادة 87 و91 من ق أ[1].

وباعتبار أن الوصاية غير إلزامية للوصي فإنه يجوز له ردها وهذا استنادا إلى الفقه الإسلامي، لأن قانون الأسرة الجزائري لم يوضح هذه المسألة، وبما أن ولاية الوصي مكتسبة من الغير وليست ولاية ذاتية، فإن هذا الاختيار لا يتعلق فقط بالوصي؛ وإنما أيضا بالموصي الذي لم يلزمه القضاء تعيين الوصي قبل وفاته وإنما جعل من الأمر جوازيا، وبذلك يعد هذان أيضا سببا للوصاية؛ أي إذا أوصى شخص إلى غيره للقيام بشؤون ابنه القاصر فإنه بذلك نشأ أحد الأسباب لوجودها – وهذا على عكس الولاية التي تعد التزاما وواجبا قانونيا – وكذلك إذا قبل الوصي هذا التكليف نشأ سبب آخر لقيام الوصاية.

وعليه يمكن القول أن الحالات التي يتم تعيين الوصي فيها وفقا لقانون الأسرة هي:

- وجود قاصر وله أموال تستلزم الحماية والرعاية[2].

---

[1] تنص المادة 87 من ق أ على: " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.
وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.
وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".
وتنص المادة 91 من ق أ: " تنتهي وظيفة الولي:
– بعجزه،
– بموته،
–بالحجر عليه،
–بإسقاط الولاية عنه ".

[2] بالرجوع إلى القانون المقارن وعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المشرع المغربي مثلا نص على أن من حالات التي تستدعي تعيين وصي وجود قاصر أو حمل، وأضاف أن من أسباب الوصاية وجود حمل وله أموال يخشى عليها الضياع=

- عدم وجود أم تتولى شؤون القاصر المالية.
- وجود الأم غير أنه ثبت للمحكمة عدم أهليتها في تولي شؤون ابنها القاصر.

غير أن هذا السبب الأخير يطرح تساؤل حول : مدى إمكانية تعيين وصي للقاصر بوجود حاضنه لكون المادة 92 من ق أ لم تجب على ذلك؟

وبالرجوع إلى نص المادة 87 من ق أ نجد أنها رتبت الأولياء في استحقاق الولاية أثناء قيام الرابطة الزوجية وأثناء انقضاءها بالوفاة أو بالطلاق، حيث أن الولاية حال قيام الرابطة الزوجية تكون للأب، أما في حال غيابة أو حصول مانع له فإن الأم تكون لها الولاية المؤقتة على أبنائها القصر، أما في حال الوفاة فإن الولاية تعود للأم أصالة وبقوة القانون، وهذا الأمر كله لا إشكال فيه ولا تعارض بينه وبين أحكام المادة 92 من ق أ، كذلك الأمر في حال وفاتهما معا حيث يكون الجد وليا عنهما إذا كان موجودا.

الإشكال الذي يطرح هو في حال انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق؛ فإن المشرع بنص المادة 87 يمنح الولاية بصورتيها على النفس والمال إلى الحاضن الذي يستحق الحضانة تبعا للشروط المدرجة ضمن المادة 64 من ق أ، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي هي أولى من هذا الترتيب والتي يقدرها القاضي وفق نص المادة الذي جاء كالآتي: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

استنادا إلى نص المادة 64 من ق أ أعلاه يتضح أن الحاضن قد يكون الأم أو الأب أو غيرهما ومن يمنح له القاضي حق الحضانة فإنه يحكم له أيضا طبقا للمادة 87 من ذات القانون بالولاية، وعليه فإن ولاية الحاضن بغض النظر عن من يكون هي ولاية قانونية مقررة بنص قانوني، وبذلك لا يجوز انتزاعها منه إلاّ إذا انتهت وفق الصور القانونية لانتهائها والمنصوص عليها في المادة 91 من ق أ، ولذلك إذا ما عيّن غير الأم أو الأب لحضانة القاصر فإنه يكون بذلك وليا على القاصر بقوة القانون ولا

=إلى غاية استهلاله فنص على إمكانية تعيين وصي عليه يرعى ماله إلى غاية ميلاده، وهذا بموجب المادة 237 من م أ م التي جاء فيها: " يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه ".

فوفقا للقانون المغربي فإنه يجوز للأب أن يعين وصيا على أولاده في حالة: "

- إذا لم يكن للأولاد القاصرين أم، بأن ماتت قبل وفاته.
- إذا كانت أمهم غير رشيدة، بأن كانت لم تبلغ سن الرشد عند موت الأب، أو كانت محجورا عليها لسفه أو جنون.
- إذا لم يكن لبعض أولاده أم فيمكنه الإيصاء على هؤلاء الأولاد فقط". لتفصيل أكثر راجع: مليكة غنام، مرجع سابق، ص 141.

يجوز تعيين وصي وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري أغفل بموجب المادة 92 الحديث عن الحاضن الذي يكون غير الأم والأب والذي بوجوده لا يمكن تعيين الوصي.

إن هذا الإغفال أحدث حالة تعارض بين المادة 89 و92 من ق أ حيث أنه لم يكن له وجود قبل تعديل أحكام المادة 89، غير أن ذلك حدث بعد تعديلها بموجب الأمر(05-02) حيث أضاف المشرع مسألة ولاية الحاضن غير أنه أغفل تعديل أحكام المادة 92 من ذات القانون مما خلق حالة من التصادم بين أحكام المادتين.

الأمر الذي يستدعي تدخله من جديد لتعديل أحكام المادة 92 من ق أ حتى تتماشى أحكامها ومضمون الفقرة الأخيرة من المادة 89، وعليه نقترح أن تكون صياغتها على النحو الآتي: " **يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم يكن له أم أو حاضن يتولى أموره أو تثبت عدم أهليته لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون** " .

2- أسباب التقديم:

لا تختلف الحالات التي تستلزم تعيين مقدم للقاصر باعتباره عاجزا عن إدارة شؤونه المالية عن تلك الحالات المقررة لتعيين الوصي، لذلك فإن الأسباب هي ذاتها التي تؤدي إلى تعيينه، غير أنه يوجد حالات خاصة- إضافة إلى تلك المتعلقة بتعيين وصي - يستلزم المشرع توفرها بالنسبة للمقدم وذلك بموجب المادة 99 من ق أ التي أفردت حالات تتعلق بالمقدم دون سواه وهذا من حيث الأسباب وكيفية تعيينه حيث نصت على: " 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 ".

يتضح من أحكام هذه المادة أنه لا يمكن تعيين مقدم إلاّ في الحالات التالية:

- عدم وجود ولي أو وصي للقاصر: ويلاحظ هنا أن المشرع خالف في صياغته لهذه المادة ما نص عليه في المادة 92 من ق أ حيث أنه نص على عدم وجود ولي بصفة عامة دون تحديد من هو؛ مما يدخل ضمن ذلك أنه يقصد انعدام الأب أو الأم أو الجد أو الحاضن إضافة إلى عدم وجود وصي مختار طبقا للمادة 92 أعلاه، وبهذا يكون المشرع وفق في صياغة المادة لكونه جعل من أسباب تعيين المقدم انعدام الولي بكافة مراتبه وكذا عدم وجود الوصي.

كما أن المشرع لم يقل في صياغته لهذه المادة مصطلح القاصر بخلاف الولاية وكذا الوصاية[1]، حيث قال" فاقد الأهلية أو ناقصها " ويدخل ضمن هذا القاصر الذي يكون قصوره راجع إلى السن– وهو القاصر المقصود بدراستنا– كما يقصد به الشخص الراشد الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية بحكم أن تعيين المقدم يكون في حالة توفر أحد السببين[2].

- في حالة رفض القاضي للوصاية حيث يقوم في هذه الحالة بتعيين مقدم وهو ما نصت عليه المادة 472 من ق إ م إ.
- أن يكون للقاصر أموال تستلزم رعايتها.
- تقديم طلب إلى القضاء من أجل تعيين مقدم على القاصر: حيث نصت المادة 99 من ق أ على أن من أسباب تعيين المقدم هو تقديم طلب إلى قاضي شؤون الأسرة بذلك وهو ما أكدته كذلك المادة 470 من ق إ م إ.

أما في ما يتعلق بالشروط والأحكام التي يخضع لها المقدم أثناء تأدية مهامه فإنها ذاتها المتعلقة بالوصي وهو ما تؤكده المادة 100 من ق أ.

ثانيا: الأشخاص المؤهلين قانونا باختيار وتعيين الوصي والمقدم

من بين أوجه الاختلاف بين الوصاية والتقديم اختلاف الأشخاص المرخص لهم قانونا اختيار الوصي وتعيينه وكذا تعيين المقدم وهذا كالآتي:

1– الأشخاص المخول لهم قانونا اختيار الوصي وتعيينه:

نص المشرع بموجب المادة 92 من ق أ على سبيل الحصر الأشخاص الذين يجوز لهم اختيار الوصي وكذا تعيينه حيث جاء فيها: " 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 فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون ".

يتضح من أحكام هذه المادة أن الأشخاص الذين منح لهم القانون الحق في اختيار الوصي هما:

[1] أنظر في ذلك: المادة 87 وما يليها من ق أ والمادة 92 وما يليها من ق أ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 104 من ق أ .

أ- **الأب:**

حيث يملك الأب الحق في تعيين وصي لأولاده القصر قبل وفاته لما يملكه من ولاية عنهم وكذا بمقتضى السلطة الأبوية عليه، لأنه يتمتع بوافر العطف والشفقة على ولده القاصر، لذلك فإن تعيينه واختياره للوصي سيكون أساسه الحرص على مصلحة ولده وابتغاء الأفضل له، لذلك خول له القانون هذه الصلاحية بدءا[1]، فهو الموقف الذي اعتمده غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية[2]، وكذا ما انتهجه القانون المقارن[3]، ويسمى الشخص الذي يختاره الأب لينوبه بعد وفاته لرعاية ولده القاصر بوصي الأب وله من الصلاحيات ما يملكها الأب .

ويجدر الذكر هنا أنه بالرغم من توظيف المشرع " أو" التي تدل على التخيير إلاّ أنه قصد بها الترتيب حيث أن الأب هو الذي يحق له اختيار الوصي لولده القاصر إذا كان حيا ولم يكن له أم ترعى شؤونه أو ثبت عدم أهليتها.

ب-الجد:

لقد سبق القول أن ولاية الأب أقوى من غيرها لذلك منح له المشرع إذا كان على قيد الحياة – ولم تكن لأولاده القصر أم – أن يختار لهم وصيا لرعاية شؤونهم، كما سبق القول أيضا أن المشرع أغفل الحديث على اشتراط عدم وجود الحاضن أيضا حتى يتم اختيار الأب لهذا الوصي، وقد أضاف المشرع في تحديده للأشخاص الذين يسمح لهم القانون بتعيين الوصي بعد الأب إمكانية أن يختار الجد وصيا لحفدته القصر، وبذلك يأتي الجد في المرتبة الثانية بعد الأب، ويسمى وصي الجد.

---

[1] سميحة حنان خوادجية، مرجع سابق، ص 49.

[2] وفي ذلك يقول الكساني: " أما الأبوة فلأنها داعية إلى كمال النظر في حق الصغير لوفور شفقة الأب وهو القادر على ذلك، لكمال رأيه وعقله، الصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول لأنه من باب الإعانة على البر، ومن باب الإحسان ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا، لأن ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة...". بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 583. أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 215.

[3] من ذلك ما جاء في المادة 29 من المرسوم بقانون المصري رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال بنصها على عدم جواز تعيين وصي للقاصر أو الحمل المستكن من طرف المحكمة إذا كان له وصي مختار. كما نصت كذلك المادة 230 من م أ م على أن الوصي: هو وصي الأب أو وصي الأم. لتفصيل أكثر راجع: كمال حمدي، مرجع سابق، ص 76. مليكة الغنام، مرجع سابق، ص ص 140، 141.

ويكون المشرع بموجب نص المادة 92 من ق أ أعلاه سلك منهج بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يقرون بولاية الجد وبالتالي ما دامت له الولاية فإنه تبعا لذلك تكون له حق الوصاية[1]، وكذا ما قرروه من قواعد تقضي بأن من يملك الولاية على المال يملك حق الإيصاء[2]. غير أن هناك من يرى أن المشرع لم يمنح للجد الولاية ومنحه حق الإيصاء[3].

هذا وقد اشترط المشرع لممارسة الجد لهذه السلطة ما يلي:

- عدم وجود الأب.
- عدم وجود وصي الأب.
- عدم وجود الأم .
- وجود الأم غير أنه لا تتوفر على الأهلية القانونية لتولي أمور أبنائها القصر.
- انعدام الحاضن لأنه بوجوده لا تكون الولاية للجد وبالتالي لا يكون له حق الإيصاء.

ت- عدم أحقية الأم في الإيصاء بالرغم من أن لها ولاية أصلية على أبناءها القصر في النفس والمال:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أحقية الأم في الإيصاء على أبنائها القصر، حيث يرى جمهور الفقهاء من شافعية ومالكية وحنابلة أنه لا يحق للأم أن توصي على أولادها لأن ليس لها أصلا الولاية على مالهم وبالتالي ليس لها سلطة الإيصاء[4]، في حين ذهب الأحناف إلى القول بأحقية الأم لذلك؛ غير أن وصايتها الأضعف لكونها محدودة[5]، غير أن هناك من متأخري فقهاء المالكية من يرون أن للأم الحق في الإيصاء على أبنائها القاصرين لكن بشروط تتمثل فيما يلي:

- أن يكون مال الأولاد موروثا عن الأم نفسها، وإلا ليس لها الحق في تنصيب الوصي.

---

[1] الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 584.

[2] خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، "د ط"، منشورات بغدادي، الجزائر، "د س ن"، ص 170.

[3] سميحة حنان خوادجية، مرجع سابق، ص 49.

وهنا يجدر الذكر أنه تم توضيح موقف المشرع من ولاية الجد وذلك من خلال تحليلنا لأحكام المادة 92 من م ق أ، وكذا الفقه الإسلامي ومدى استنادنا إليه بموجب المادة 222 من ق أ. راجع في ذلك المبحث الأول من هذا الفصل.

[4] أبي عبد الله محمد الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي الخليل وبهامشه حاشية العدوي، ج5، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ، ص 291 وما يليها.

[5] الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 590. في حين يرى الفقيه وهبة الزحيلي بأنه تجوز وصايتها وهذا استناد إلى جواز شهادتها وتصرفاتها المالية مثل الرجل وكذلك استنادا للمأثور عن الصحابة في كون عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى لإبنته حفصة رضي الله عنها. راجع في ذلك: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 755.

- أن يكون هذا المال قليلا.
- أن لا يكون للأولاد أب، أو وصي من الأب أو القاضي، فإن وجد أحدهم لا يجوز لها الإيصاء[1].

أما موقف المشرع الجزائري وبالرجوع إلى أحكام المادة 92 من ق أ أعلاه نجد أنه حصر سلطة الإيصاء في شخص الأب والجد دون سواهما، وبذلك يكون قد ساير موقف الفقه الإسلامي ولم يمنح للأم سلطة الإيصاء بالرغم من منحها سلطة الولاية على نفس ومال أولادها القصر[2]، مخالفا في هذا الجانب الفقه الإسلامي الذي يعطي لها الحق في أن تكون وصيا عليهم لوفور شفقتها وعطفها إذا ثبتت أهليتها لذلك دون منحها الحق في الولاية عليهم، كما أن المشرع قام بتسبيق الجد في منحه حق الإيصاء دون الأم.

إن سلوك المشرع هذا المنهج المتمثل في عدم أحقية الأم الإيصاء على أبنائها القصر هو منهج شرعي، خالف فيه بعض التشريعات الوضعية التي تخول للأم هذا الحق، من ذلك التشريع المغربي الذي نص في المادة 238 من م أ م على أنه: " يجوز للأم تعيين الوصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها "، وبذلك يكون المشرع استحدث حكما جديدا يتعلق بإمكانية وصاية الأم على أبنائها القصر مساويا في ذلك بينها وبين الأب، وألغى ما كان العمل عليه بموجب مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي كانت تقتصر هذا الحق على الأب ووصي الأب دون سواهما[3]، بذلك تكون سلطة الإيصاء وفقا للقانون المغربي من حق كل من الأب والأم على الترتيب،

مع الإشارة أن الجد لا يجوز له الإيصاء ولا تكون له الولاية القانونية إلاّ إذا عيّن كوصي، كما نص المشرع المغربي كذلك أنه يجوز اجتماع ولاية وصي الأب النيابية مع ولاية الأم القانونية حيث تكون مهمته في هذه الحالة تقتصر على الإشراف وتتبع إدارة الأم لشؤون المولى عليه ومراقبتها، وفي حال سوء تسييرها يرفع الأمر إلى القضاء[4]، وبذلك نجد أن المشرع المغربي خالف ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الأشخاص الذين يحق لهم الإيصاء.

---

[1] الخرشي، مرجع سابق، ج5، ص 292.

[2] خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 173.

[3] لتفصيل أكثر راجع: مليكة غنام، مرجع سابق، ص 141.

[4] مليكة غنام، مرجع نفسه، ص 142.

ث- القاضي كطرف في تعيين الوصي:

لقد أشرك المشرع القاضي في تعيين الوصي من خلال جعله الشخص الثالث المؤهل قانونا لذلك، حيث أن دوره هنا يختلف عن دور كل من الأب والجد اللذان يكتفيان باختيار من يرونه الأصلح لمهمة الوصاية، فالقاضي منح له المشرع سلطة تقديرية في اختيار الأصلح من الأوصياء في حال تعددهم وهذا طبقا للمادة 92 من ق أ أعلاه، كما جعله رقيبا على مصالح القاصر طبقا للمادة 424 من ق إ م إ، وهذا من خلال تخويله سلطة تعيين وتثبيت الوصي والتي منحت له حصرا وهذا بموجب المادة 94 من ق أ وجعل من ذلك واجبا بقوله: " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها ".

غير أن ما يعاب على هذا النص اشتراطه عرض وصاية الأب على القاضي؛ وإغفاله الحديث على حالة وصي الجد، ولذلك كان عليه القول" **بمجرد وفاة الموصي**"، وكذا إغفاله تحديد من يخول لهم القانون عرض هذه الوصاية بموجب ذات المادة ،غير أن هذا الأمر الأخير تم تداركه من خلال نص المادة 472 من ق إ م إ.

ولذلك نقترح في هذا المقام تعديل نص المادة 94 من ق أ لتصبح صياغتها كالآتي:" **يجب عرض الوصاية على القاضي من قبل كل من له مصلحة أو من النيابة العامة بمجرد وفاة الموصي لتثبيتها أو رفضها**".

نخلص للقول أن المشرع خول سلطة اختيار الوصي إلى شخصين وهما على التوالي الأب أو الجد وهذا على سبيل الحصر، كما منح له سلطة اختيار وصي واحد أو عدة أوصياء للقيام على شؤون القاصر؛ غير أن مهمة تثبيت وتعيين الوصي واختيار الأصلح من بينهم في حال تعددهم جعلها من اختصاص قاضي شؤون الأسرة باعتباره مكلف بالسهر على رعاية مصلحة القاصر سواء في جانبها الشخصي أو المالي وهذا الامر يشكل أحد مظاهر الحماية الموضوعية للقاصر.

2- الأشخاص المخول لهم قانونا تعيين المقدم:

سبق القول أن المقدم هو الشخص الذي تكون له الولاية النيابية على القاصر في حال عدم وجود أب أو أم أو حاضن أو وصي مختار من قبل الأب أو الجد يرعى مصالح القاصر المالية ويديرها، وباعتبار أن تقلده هذه المهمة له شروط فإن تعيينه يخضع إلى أحكام يخضع لها دون سواه، وهو ما بينته المادة 99 من ق أ بقولها: " 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 ".

فمن خلال هذا النص يتضح أن الشخص المخول له قانونا تعيين المقدم هو القاضي دون سواه، حيث يتم ذلك بناء على طلب يتقدم به أحد أقارب القاصر أو من له مصلحة أو من النيابة العامة.

كما أن تعيينه يكون من بين أحد الأقارب وفي حالة تعذر ذلك فإن القاضي يختار شخصا آخر، ويلاحظ بالنسبة إلى هذه المسألة أن المشرع تقارب في هذا مع ما هو منصوص عليه في التشريع المغربي من خلال المادة 244 من م أ م بقوله: " إذا لم توجد أم أو وصي، عينت المحكمة مقدما للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصبة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلاّ فمن غيرهم "، فوجه التقارب يتمثل في منح الأولية للأقارب في تعيينهم كمقدمين عن القاصر ثم الغير، غير أن المشرع المغربي أفاض في تفصيل ذلك حيث جعل من العصبة في الدرجة الأولى ثم الأقارب دون تحديد ثم الغير[1]، ويبقى للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في اختيار الأصلح لهذه المهام وتعيينه وذلك حماية للقاصر.

هذا وقد أضاف المشرع المغربي إمكانية تعدد المقدمين كما عليه الحال في الأوصياء وهذا بموجب المادة 244 من م أ م: " للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم "، كما نص على إمكانية تعيين مقدم مؤقت عند الحاجة والضرورة لرعاية شؤون القاصر في حال لم يستطع المقدم المعين القيام بمهامه لظروف طارئة كالسفر للعلاج أو المرض أو غير ذلك، وهما الأمران اللذان لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري، حيث اكتفى المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النص على ضرورة اتخاذ إجراءات مؤقتة إلى غاية تعيين مقدم[2].

ولا بد من التنويه هنا أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن دور مجلس العائلة في مشاركته لاختيار المقدم وجعلت ذلك من اختصاص القاضي وحده، حيث لم يمنح لهذا المجلس– بالرغم من أهميته – أي دور في المسائل الأسرية واكتفى بالنص عليه فقط ضمن أحكام القانون التجاري دون تحديد لكيفية تشكليه والأعضاء الذين يتوجب إشراكهم فيه كما لم يبين صلاحياته في ذلك[3]. بخلاف بعض التشريعات المقارنة من ذلك التشريع المغربي الذي أعطى لكل أعضاء أسرة القاصر الحق في المشاركة في اختيار المقدم

[1] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 143.

[2] أنظر في ذلك: المادة 472 من ق إم إ.

[3] وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 5 من القانون التجاري قولها:– إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أوفي حال انعدام الأب والأم.. ". راجع أيضا: نادية فوضيل، القانون التجاري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص ص 159، 160.

وكل من له مصلحة من خلال ترشيح من يرونه أهلا لذلك في إطار الترتيب الوارد ضمن المادة 244 من م أ م، ويبقى الأمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية[1].

ويجدر التنبيه أنه بالرغم من أن المشرع الفرنسي كذلك إلى إشراك مجلس العائلة في تشكيل سلطة الإيصاء والتقديم وجعلت منها المشرف على مهامه والرقيب عليها إضافة إلى المحكمة المدنية والمشرف إلاّ أن المشرع الجزائري لم يسلك ذلك.[2]

الفرع الثاني: شروط الوصي والمقدم

بعد الحديث عن الحالات التي تقتضي تعيين وصي أو مقدم على القاصر لرعاية ماله وكذا بيان لمن تعود سلطة الإيصاء، سنحاول هنا بيان الشروط التي يشترطها كل من الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة وبعض التشريعات المقارنة في كل من الوصي والمقدم حتى يتم تعيينه وتثبيته من طرف القضاء فهذه الشروط وجدت بموجب قواعد آمرة تتعلق بشخص الموصي والقاضي هو الذي يملك الرقابة على مدى توفرها.

ولا بد من التنويه هنا أن المشرع أورد فقط الشروط المتعلقة بالوصي وهذا من خلال المادة 93 من ق أ بقوله: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة ". حيث يتضح من هذه المادة أن هناك شروط يتوجب توفرها في الوصي حتى يتم تعيينه كوصي وهناك شروط يجب توفرها كي يستمر في أداءه لمهامه.

وقد نص المشرع من جانب آخر على أن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي في حالة غيابه وهذا استنادا إلى المادة 100 من ق أ، غير أنه ومع ذلك أورد شروط أخرى تتعلق بالمقدم ضمن المادة 469 من ق إ م إ في فقرتها الثانية بقوله: " يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه ".

وعلى ضوء ما سبق سنحاول بيان هذه الشروط تباعا طبقا لما هو وارد ضمن المادتين 93 من ق أ و469 من ق إ م إ أعلاه:

---

[1] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 143.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص71، 72.

أولا: شرط الإسلام

يشترط الفقه الإسلامي في الولاية عموما خاصة على الصغار الإسلام لما في ذلك من أثر عليه، وباعتبار الوصاية فرع من هذه الولاية[1]، فإنها تستوجب أن يكون الشخص مسلما خاصة إذا تعلق الأمر بإدارة شؤونه المالية[2]، فلا ولاية لكافر على مسلم إذ أن الله عزو جل يقول في محكم تنزيله:﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾ [3]، وكذا قوله تعالى:﴿ **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ** ﴾[4]، فمال الصغير يحتاج إلى رعاية واستثمار وفق الأطر الشرعية، لذلك لا يمكن تفويض ذلك لغير المسلم، كما أن من الفقهاء من يرى أن اتحاد الدين يجعل من الوصي راعيا ومحافظا على مال القاصر لتوفر الشفقة والعطف وكذا الوازع الديني[5].

وهذا المنهج الشرعي سلكه المشرع بموجب المادة 93 من ق أ أعلاه حيث اشترط إسلام الوصي على مال القاصر[6]،وبذلك تختلف الوصاية على القاصر باعتبارها تدخل ضمن النيابة القانونية عن أحكام الوصية بالمال التي يجوز فيها الإيصاء مع اختلاف الدين وهو ما نصت عليه المادة 200 من ق أ.

وبالرجوع إلى القانون المقارن نجد أن المشرع المصري نص على ضرورة اتحاد دين الوصي والقاصر وهذا بموجب المادة 27 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952[7]، في حين اكتفى المشرع المغربي باشتراط الأهلية والانضباط وكذا الأمانة في الوصي دون النص على شرط الإسلام مما يعني في ذلك إحالة إلى أحكام المذهب المالكي طبقا للمادة 400 من م أ م.

ثانيا: شرط الأهلية

إن تولية مال القاصر ورعايته وكذا استثماره يتطلب في القائم بها أن يتمتع بالأهلية الكاملة، فإذا كان الشخص ليس له الأهلية فيما يتعلق بالولاية على شؤونه الشخصية؛ فإنه لا تكون له الولاية على غيره "ففاقد الشيء لا يعطيه" لذلك فإنه لا يمكن للصبي والمجنون والسفيه وذي الغفلة وغيرهم أن تكون

---

[1] لأن الولاية تنقسم إلى نوعين ولاية أصلية وهي الولاية على النفس أو المال، وولاية مكتسبة وهي الوصاية والتقديم.

[2] العربي بختي، مرجع سابق، ص 194.

[3] سورة النساء: الآية 141.

[4] سورة آل عمران: الآية 28.

[5] بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 585.

[6] سميحة حنان خوادجية، مرجع سابق، ص 14.

[7] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 96.

لهم الوصاية على مالهم وكذلك على مال غيرهم[1]، لقوله تعالى:﴿ **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا** ﴾[2].

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع اشترط الأهلية للإنابة الشرعية عن القاصر بشكل عام[3]، ونص عليها بنص صريح فيما يتعلق بالوصي والمقدم وهذا بموجب المادة 93 من ق أ، وكمال الأهلية يكون ببلوغ الشخص سن الرشد القانوني هو 19 وبذلك نصت المادة 86من ق أ : " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني ".

ثالثا: شرط العقل والبلوغ

ربطت الشريعة الإسلامية التكليف بشرطي البلوغ والعقل؛ فالبلوغ هو علامة تدل على النضج، غير أنه لا يكفي وحده لتكليف الشخص بالواجبات الشرعية وغيرها وإنما يشترط إلى جانبه العقل، والمال باعتباره شريان الحياة فلا بد لإدارته وتنميته أن يتوفر هذين الشرطين في الوصي حتى يتم ترشيد هذا المال وفق الصورة التي تحقق مصالح القاصر[4]، لذلك تمنع الشريعة الإسلامية وضع هذا المال تحت يدي الصغير أو غير العاقل حتى يتولى رعايته لأن في ذلك ضياعه[5]، وهو ما جاء في محكم تنزيله:﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[6]، فقد نهى الله عز وجل عن إعطاء غير البالغ وغير العاقل ماله ليتولى رعايته منعا للإضرار به، وبذلك أيضا لا يجوز تولية غيره ممن يحمل ذات الحكم لإدارة ماله.

إن اشتراط الفقه الإسلامي البلوغ والعقل لتكليف الوصي برعاية مصالح القاصر المالية تم النص عليها صراحة من طرف المشرع بموجب المادة 93 من ق أ ، حيث بالرغم من أن البلوغ والعقل يدخلان ضمن شرط الأهلية إلاّ أنهما تم النص عليهما بشكل مستقل للتأكيد على أهمية ذلك.

---

[1] الكاساني ، مرجع سابق، ج 5، ص ص 584، 585.

[2] سورة النساء: الآية 05.

[3] أنظر في ذلك: المواد 81-82 من ق أ. وهو ذات الشرط الذي نص عليه المشرع المغربي بموجب المادة 246 من م أ م.

[4] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص255.

[5] الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 292 وما يليها. الخرشي ، مرجع سابق، ج 5، ص 290. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 2، ص 234 وما يليها.

[6] سورة النساء: الآية 06.

رابعا: شرط القدرة:

إن اشتراط القدرة على القيام بالوصاية هو أمر الزامي بحكم أن إدارة المال وتسييره تستوجب القدرة الجسدية والعقلية إضافة إلى المهارة، وعليه يعد هذا الشرط مكملا لشرط الأهلية فلا يجوز اختيار المجنون أو العاجز لأداء مثل هذه المهام أو لا تكون له الخبرة في ذلك[1].

ويصطلح الفقه الإسلامي على شرط القدرة بالكفاية والتي يعني بها " القدرة على القيام بأمور الموصى عليه " وهذا الشرط يجب توفره عند إنشاء النيابة وطيلة نفاذها[2].

فنظرا لحساسية وظيفة الوصي وحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فقد فرض هذا الأمر وجود هذا الشرط؛ بل قد ثبت من الُسنة النبوية الشريفة وكذا آثار الصحابة رضوان الله عليهم الترهيب من تقلد هذه الوظيفة إن كان الشخص ضعيفا أو عاجزا عن ذلك من ذلك ما روي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لأبي ذر: " **إني أراك ضعيفا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، فلا تأمرن على إثنين ولا تولين مال اليتيم** "[3].

خامسا: شرط الأمانة وحسن التصرف

رعاية لمصالح القاصر وحماية لماله اشترط المشرع أن تتوفر في القائم بهذه الوظيفة شرط الأمانة بأن يكون راعيا لمصالح القاصر غير متعد على ذلك باختلاس أو إهدار للمال وتبذيره [4]، فالوصاية هي أمانة ورعايتها بموجب الولاية على المال هي كذلك أمانة وواجب[5]،لذلك أمر الله عز وجل أداءها على أحسن وجه من خلال حسن التصرف فيها وحفظها لقوله **تعالى:﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾**[6] ، وبذلك لا يجوز خيانة هذه الأمانة من خلال سوء التصرف فيها وكذا سلبها[7]، وهذا الشرط لا يتوجب توفره لحظة التعيين وإنما طوال فترة إدارة وتسيير المال.

---

[1] العربي بختي، مرجع سابق، ص 195. عبد الرحمن الجزيري، ج 3، مرجع سابق، ص 250.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 156.

[3] أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج 2، في الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة، رقم: 2868، من حديث أبي ذر رضي الله عنه، ط1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2018، ص 321.

[4] عبد الرحمن الجزيري، ج3، مرجع سابق، ص ص 250-251.

[5] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 254.

[6] سورة النساء: الآية 58.

[7] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 146.

وعليه فإن شرطي الأمانة وحسن التصرف مرتبطين ببعض؛ إذ أن حسن التصرف يؤدي إلى رعاية مصالح القاصر وتنمية ماله من خلال اتخاذ القرارات الحازمة التي تكون في صالح القاصر وإبرام الصفقات التي تزيد وتنمي ماله، أما إذا قام النائب الشرعي " الوصي والمقدم " بتضييع مال القاصر في صفقات خاسرة واستثمارات غير نافعة فإن في ذلك تفويت لمصالح القاصر وضياع لماله، وفي ذلك يقول عز وجل:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** ﴾[1].

ويعبّر الفقه الإسلامي عن شرط الأمانة وحسن التصرف بالعدالة[2]، حيث يكاد يجمع الفقه الإسلامي على ضرورة أن يتصف الوصي أو المقدم بالعدالة والاستقامة وأن لا يشاع عليه الفسوق والخيانة أو يكون متهما بذلك فالاستقامة شرط لتولية هذه المهام، كما أن حسن التدبير هو أساس الحفاظ على مال القاصر فمن تصرف في غير ذلك خرج عن الهدف من تعيينه وبالتالي لا ولاية له[3].

بالرغم من أن الشروط كلها تدخل ضمن مفهوم الأهلية إلاّ أن المشرع وحرصا على مصلحة القاصر ورعاية لماله ومنعه من الضياع فصل في هذه الشروط التي استقاها من أحكام الشريعة الإسلامية خاصة ما تعلق بها بشرط الإسلام والأمانة وحسن التدبير والتصرف.

سادسا: مدى اشتراط الذكورة في الوصي والمقدم؟

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا الذكورة في الوصي بخلاف الولاية، لذلك يجوز الإيصاء للمرأة إذا ثبت حسن تدبيرها[4]، وبذلك يجوز أن تكون الوصاية للأم أو الحاضنة لتوفر عنصري العطف والشفقة[5]، وهو ذات الموقف الذي سار عليه القضاء المصري حيث منح الوصاية للأم على ابنها القاصر بحكم مالها من عطف وشفقة دون سائر ذوي الأرحام ما دام ثبت للمحكمة كفاءتها وقدرتها على القيام بإدارة ماله[6].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يتطرق إلى هذا الشرط حيث اكتفى فقط بذكر الشروط السابقة ،مما يستلزم في ذلك الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بتطبيق نص المادة 222

---

[1] سورة الإسراء: الآية 34.

[2] عبد الرحمن الجزيري، ج 3، مرجع سابق، ص 250.

[3] عبد الرحمن الجزيري، ج 3، مرجع نفسه، ص ص 250، 251.

[4] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج 2، ص 847.

[5] العربي بختي، مرجع سابق، ص 194.

[6] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 98.

من ق أ، وبالتالي جوازيه تعيين المرأة وصيا أو مقدما على مال القاصر، ولذلك فإن الذكورة ليست بشرط في الوصاية والتقديم شرعا وقانونا.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع يحيلنا فيما يتعلق ببعض الأحكام المرتبطة بالوصاية إلى أحكام الولاية[1]؛ وبما أن الولاية ثابتة للمرأة بنص القانون ولا يوجد مانع في أن تكون وليا على مال القاصر سواء أما أو حاضنة[2]؛ فإنه بالقياس على ذلك يجوز لها أن تعين وصيا أو مقدما على مال القاصر.

وإن هذه الشروط السابقة المتعلقة بالوصي والمقدم هي ذاتها تقريبا المنصوص عليها في القوانين المقارن؛ بالرغم من أن هناك منها من أضاف شروط خاصة تتعلق بانتفاء موانع الوصاية والمتمثلة في الآتي[3]:

- عدم الحكم على من تم اختياره أو تعيينه بجريمة تمس الأخلاق أو تخص سوء التسيير والإدارة وكذا خيانة الأمانة والاختلاس والسرقة.
- أن لا تكون عداوة بين أهل القاصر وبين الوصي أو المقدم أو عائلته أو نزاع قضائي.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 95 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك المادة 87 من ق أ.

[3] من ذلك القانون المصري حيث نصت المادة 27 من المرسوم بالقانون رقم 119 لسنة 1952: " لا يجوز أن يكون وصيا:

– من حكم عليه في جريمة مخلة بالآداب أو ماسة بالشرف أو النزاهة.

– من حكم عليه لجريمة كانت تقتضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر ولو كان في ولايته.

– من كان مشهورا بسوء السيرة أو لم تكن له وسيلة مشروعة للعيش.

– من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

– من قرر الأب قبل وفاته، حرمانه من التعيين متى بني هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك.

– من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة، إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر". لتفصيل أكثر راجع: محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 74. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 155. القانون المغربي في المادة 247 من م أ م التي نصت على أنه: " لا يجوز أن يكون وصيا أو مقدما:

–المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق.

– المحكوم عليه بالإفلاس في تصفية قضائية

– إذا كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور ". ولتفصيل أكثر راجع: مليكة غنام، مرجع سابق، ص 147 . وقد قال بذلك أيضا المشرع الأردني في: المادة 231. لتفصيل أكثر راجع: محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 74.

ج- أن لا يوصي الموصي قبل وفاته بعدم تعيينه.

إضافة إلى الشروط السابقة فإن الفقه يشترط وجوب قبول الوصية[1].

المطلب الثالث: مهام الوصي والمقدم وحالات انتهائها

تعد كل من الوصاية والتقديم نيابة جبرية لأن القاصر لا يختار نائبه ؛ وأن هذه النيابة شرعت لمصلحة هذا القاصر لذلك لا بد أن تمارس في الإطار الذي شرعت له، حيث مُنح للوصي والمقدم جملة من الصلاحيات لممارسة هذه الوظيفة، وذلك من خلال منحهما جملة من السلطات في إدارة وتسيير المال كما فرض عليهما من جانب آخر جملة من الالتزامات .

ومما لا شك في أن لكل من للوصاية والتقديم أسباب وكذا شروط تقتضي قيامهما كما لهما أسباب ينتهيان بموجبها[2].

وعليه سيتم الحديث ضمن هذا المطلب عن مهام الوصي والمقدم في(الفرع الأول) وعن حالات انتهاء الوصاية والتقديم والآثار المترتبة عن ذلك وهذا في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مهام الوصي والمقدم

يمارس الوصي والمقدم نوعين من الأعمال وهي تتسع وتضيق بحسب أهمية المال محل التصرف أو الإدارة، وقد خول المشرع الجزائري للوصي بموجب المادة 94 من ق أ نفس السلطات التي خولها للولي بموجب المادة 88 و90 من ذات القانون وهي ذاتها الصلاحيات المخولة للمقدم في حال انعدام الولي أو الوصي طبقا للمادة 100 من ق أ.

لذلك سنحاول في هذا الفرع الحديث عن هذه الصلاحيات ومدى توفيرها للحماية المقررة للقاصر حيث سيتم الحديث عن مجال ولاية كل من الوصي والمقدم أولا، ثم الحديث عن سلطات الوصي والمقدم ثانيا، ثم الحديث عن جوازية اختيار للقاصر ثالثا.

---

[1] وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند الحديث عن التكييف الفقه القانوني للوصاية والتقديم.

[2] نصت المادة 100 من ق أ على أن : يقوم المقدم مقام الوصي ويخض لنفس الاحكام ". وبناء عليه تطبق المادة 96 من ذات القانون المتعلقة حالات انتهاء مهام الوصي على المقدم.

أولا: مجال ولاية الوصي والمقدم

يفرق الفقه الإسلامي بين السلطات الممنوحة للأب وغيره من الأولياء[1]، وكذا بين وصي الأب ووصي الجد وكذا بين الوصي المختار والوصي المعين؛ حيث تختلف السلطات الممنوحة للأوصياء باختلاف الجهة الوصية[2].

غير أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه وبموجب المادة 95 وكذا المادة 100 منه قد منح للوصي سواء المختار من قبل الأب أو الجد أو المعين من طرف القضاء نفس سلطات الولي في التصرف المنصوص عليها بموجب المادة 88 و90 من ذات القانون، وبذلك يكون المشرع قد خالف الفقه الإسلامي في هذا الجانب، واتفق معه في جانب آخر من خلال مدى هذه السلطات حيث يتسع نطاقها دون تقييد كلما كان في ذلك منفعة محضة للقاصر، وتضيق وتتقيد كلما كانت مصلحة القاصر مهددة.

ويجدر الذكر هنا – وكما سبق الإشارة إليه – أن المشرع قد جعل من صلاحيات الوصي والمقدم محصورة في الولاية على مال القاصر دون نفسه بحكم أنه خوله نفس صلاحيات الولي المتعلقة بإدارة وتسيير مال القاصر دون تعدي ذلك إلى الولاية على نفسه.

بخلاف الموقف الذي سار عليه التشريع المغربي الذي جعل من ولاية الوصي والمقدم تشمل نفس ومال القاصر وقد منحه نفس السلطات الولي في ذلك؛ وهو ما جاء في المادة 233 من م أ م : " للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني ". كما نصت الفقرة الأولى من المادة 235 من ذات القانون: " يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكويني وإعدادي للحياة، كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور ".

وعليه فإن مجالات ولاية الوصي والمقدم في التشريع المغربي متسعة حيث امتدت لتشمل الولايتين معا وهو ما نادى به الفقه المغربي لكون الولايتين مرتبطتين ببعض، بخلاف ما كان معمولا به في المدونة الملغاة[3]، وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي جعل من هذه ولاية الوصي أو المقدم محصورة فقط في المال دون النفس .

---

[1] الكساني، مرجع سابق، ج 6، ص 588. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 244.

[2] الخرشي، مرجع سابق، ج 5، ص297 وما يليها. الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 588 وما يليها. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج 2، ص 850 وما يليها.

[3] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 153.

ثانيا: سلطات الوصي والمقدم

إن تعيين الوصي أو المقدم وتثبيته من طرف القضاء يخول له القيام بمهامه بصفة رسمية ومن ذلك منحه سلطة التصرف في مال القاصر طبقا للمادة 95 من ق أ بحيث يمكن له إدارة هذا المال من خلال استثماره وتنميته كما له أن يتصرف فيه وفق الصورة التي تحقق مصالح القاصر وفي حدود الإنابة القانونية المخولة له.

1- أعمال الإدارة[1]:

يتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في منح الوصي أو المقدم صلاحية إدارة مال القاصر وتنميته واستثماره ما دام لا يمس برأس المال، ويدخل ضمن أعمال الإدارة النافعة نفعا محضا للقاصر حفظ المال وحمايته واستيفاء الديون والحقوق وكذا بيع الأشياء سريعة التلف، وله وضع أمواله في المصارف ،وله إيجار العقارات والمنقولات لمدة أقل من ثلاث سنوات، كذا الإنفاق على القاصر[2].

ويجدر التنبيه هنا أنه بالرغم من منح المشرع للوصي أو المقدم الحرية في إدارة مال القاصر في بعض الجوانب؛ إلاّ أنه قيدها من جانب آخر وذلك كلما رأى أن مصلحته مهددة بهذه الأفعال، حيث نص على وجوب حصول إذن من المحكمة لمباشرة هذه الأعمال التي تكون دائرة بين النفع والضرر وهو ما نصت عليه المادة 88 من ق أ والمتمثلة في

- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة، إذ أن في ذلك مخاطرة بمال القاصر فتوجب أن تخضع مثل هذه الأفعال لرقابة القضاء.
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

2- أعمال التصرف:

ويقصد بها تلك التصرفات التي يقوم بها الوصي أو المقدم والتي قد تزيد في رأسمال القاصر أو تنقصه وتحتمل ثلاثة أنواع من التصرفات:

[1] بما أن المشرع قد خول للوصي أو المقدم نفس الصلاحيات المخولة للولي، فإننا لن نفيض فيها بالقدر الواسع حيث سنذكر فقط أهم المسائل المرتبطة بذلك، وكذلك أعمال التصرف.

[2] محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 81.

أ- التصرفات الضارة ضررا محضا بمصالح القاصر المالية:

وتتمثل في كل التصرفات سواء القانونية أو المادية التي تضعف من الذمة المالية للقاصر، حيث لا يجوز للولي القيام بها وبذلك لا يجوز للوصي أو المقدم القيام بها لأنها تتنافى ومصلحة القاصر، فإن قام بها الوصي أو المقدم بطلت لتجاوزها حدود الولاية وكونها مقيدة بمصلحة القاصر وقد تنافت معها[1].

ومن بين هذه التصرفات عقود التبرعات بمختلف أنواعها إذ لا يجوز التبرع من مال القاصر أو الإيصاء به أو بجزء منه لغيره، وهو منهج الشريعة الإسلامية في حماية مال القاصر؛ والذي سار عليه المشرع بموجب المادة 88 من ق أ التي تلزم الولي بالتصرف في مال القاصر والقيام عليه تصرف الرجل الحريص وإلاّ تعرض للمساءلة القانونية.

ب- التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر:

هذه التصرفات تزيد وتقوي الذمة المالية للقاصر لذلك للوصي أو المقدم القيام بها مطلقا دون تقييد أو إذن من المحكمة، ومن بينهما قبول الهبة نيابة عن القاصر أو الوصايا وإبراء ذمة القاصر من دين وإجراء عقود بيع تتعلق بالمنقول لا تكتسي أهمية خاصة وكذا إبرام عقود الإيجار التي تقل عن ثلاث سنوات ما دامت هذه التصرفات تصب في مصلحة القاصر.

ويجد الذكر هنا أن المشرع لم يبين على وجه التحديد المقصود بالمنقولات ذات الأهمية الخاصة والتي تستوجب الحصول على إذن مسبق من القضاء للتصرف فيها بالبيع والتي دون ذلك، بخلاف المشرع المغربي الذي حدد ووضح ذلك بموجب المادة 272 من م أ م بقوله: " لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف(5000درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (5000درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية ".

ت- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تمس مصالح القاصر:

لقد ذهب المشرع فيما ذهب إليه الفقه الإسلامي من خلال تقييد تصرفات الوصي أو المقدم إذا كانت دائرة بين النفع والضرر خاصة إذا تعلق الأمر بالبيع وهذا رعاية لمصلحة القاصر[2]، وهو ما سار

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 373.

[2] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 283 وما يليها. الأسروشني، ج1، مرجع سابق، ص 269 وما يليها.

عليه المشرع الجزائري حيث أوجب طبقا للمادة 88 من ق أ الحصول على إذن مسبق من المحكمة في إذا أراد القيام بالتصرفات التالية[1]:

- بيع عقار القاصر وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

فطلب الإذن المسبق من القضاء قبل القيام بالتصرفات السابقة هو حماية لمصلحة القاصر وليس شرطا من شروط العقد[2].

ثالثا: جوازية اختبار للقاصر

من بين السلطات التي خولها الفقه الإسلامي للوصي السماح له باختبار حال القاصر، ويقصد باختبار الوصي للقاصر: " التعرف على حال هذا الأخير ومدى قدرته على حسن التصرف في ماله ورشده فيه تمهيدا لإطلاقه من الحجر "[3]، وأساس هذا الاختبار قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[4]، حيث يتم إدخاله الأسواق وقيامه بأعمال التجارة من بيع وشراء ويكون الاختبار في تسيير المال فإن أحسن التصرف تضاعف له المال المختبر فيه، فإن تم إيناس الرشد منه تم دفع ماله له.

أما فيما يتعلق بوقت الاختبار فقد اختلف الفقه في تحديده؛ حيث هناك من يرى بأنه يكون قبل البلوغ وبعده، وهناك من يرى أن ذلك يتم بعد البلوغ، أما فقهاء المالكية فيقولون أن العبرة بإيناس الرشد الذي على ضوئه يتم انتقال المال من عهدة الوصي إلى القاصر[5]؛ فإذا علم الوصي منه الرشد ولم يدفع له المال ثم هلك المال كان الوصي ضامنا لذلك[6].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه سار على ذات النهج الشرعي حيث خول للقاصر الذي بلغ سن التمييز القيام بالتصرفات النافعة نفعا محضا دون توقفها على إجازة الوصي، أما التصرفات

---

[1] أنظر في ذلك: ما يقابل هذه المادة في التشريعات المقارنة من ذلك: المادة 271 من م أم، المادة 39 من المرسوم بالقانون المصري رقم 119 لسنة 1952.

[2] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 164.

[3] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 246.

[4] سورة النساء: الآية 06.

[5] بن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 235 وما يليها.

[6] بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج 2، ص 108 وما يليها.

الضارة فإنه لا يجوز له القيام بها، أما الدائرة بين النفع والضرر فيتم اختباره فيها تحت وصاية ورعاية الوصي الذي له أن يجيزها أو يردها وهو ما نصت عليه المادة 83 من ذات القانون بقولها: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 83 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء "[1].

الفرع الثاني: حالات انتهاء الوصاية والتقديم والآثار المترتبة عنها

نص المشرع عن حالات انتهاء الوصاية التي قد تكون إرادية وقد تكون غير ذلك، كما أنها قد تكون بقوة القانون وقد تكون عن طريق القضاء؛ ويتضح ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 96 من ق أ بقولها: " تنتهي مهمة الوصي:

- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.
- ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.
- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر ".

هذا ويترتب عن انتهاء جملة من الآثار القانونية أوردتها كل من المادة 97 و98 من ق أ.

وعليه سيتم الحديث عن حالات انتهاء الوصاية والتقديم ألا، ثم بيان الآثار المترتبة على انتهاء الوصاية والتقديم ثاني.

أولا: حالات انتهاء الوصاية والتقديم

1- انتهاء الوصاية والتقديم لسبب يتعلق بالقاصر:

يعد القاصر من أهم أطراف الوصاية وكذا التقديم لأن مهام كل من الوصي والمقدم هي حماية ورعاية المصالح المالية للقاصر، وعليه فإن قيام هذين النظامين مرتبط أشد الارتباط بالوضعية القانونية لهذا القاصر حيث أن أداء الوصي وكذا المقدم لوظيفته مستمر ما دام القاصر لم يبلغ سن الرشد ومادام حيا وله أموال فإذا انعدمت إحدى هذه الأمور فإن مهامهما تنتهي.

[1] أنظر في ذلك أيضا: المادة 5 من ق ت ج.

ويجدر الذكر هنا أن المشرع قد نص ضمن المادة 96 من ق أ أعلاه على أن انتهاء مهام الوصي قد ترتبط بسبب يتعلق بالقاصر، وهو الأمر الذي لم ينص عليه عند الحديث عن حالات انتهاء مهام الولي ضمن المادة 91 من ق أ.

هذا وقد أشرك المشرع – كما سبق القول – كل من الوصي والمقدم في الأحكام المتعلقة بالصلاحيات وكذا بالانتهاء لذلك فإن أحكام المادة 96 تطبق على الوصي وكذا المقدم، لذلك سيتم إدراج الحالات التي تنتهي بها مهام الوصي بسبب متعلق بالقاصر – والتي تعد ذاتها بالنسبة للمقدم – والتي تتمثل فيما يلي:

أ- موت القاصر:

يعد الموت إحدى الأسباب الطبيعية التي تنتهي بها الوصاية، حيث أنه يمس إحدى أطرافها والمتمثلة في الموصي عليه، كما أنه يتعلق بشروط الوصاية المتمثلة في الأهلية والقدرة على القيام بوظيفة الوصاية، وبوجود إحدى هذه الحالات تنتهي مهام الوصي لكونها خرجت عن المجال الذي شرعت لأجله[1].

إن انقضاء الوصاية بموت القاصر يعد من الأسباب الغير إرادية التي لا دخل للأطراف فيها[2]، حيث تنتهي معها مهام الوصي، وكذلك مهام القاضي الذي لا يمكن له النظر في تعيين وصي آخر لأن شخصية القاصر محل اعتبار في ذلك وقد انتهت[3]؛ وهذا كأصل عام وهو ما نصت عليه المادة 96 من ق أ، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 97 من ذات القانون يتبين أن هذه الوظيفة تستمر بصفة قانونية إلى غاية تسليم أموال الموصي عليه التي في عهدة الوصي.

ب- بلوغ القاصر سن الرشد أو ترشيده وعدم الحجر عليه عن طريق القضاء:

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يكتفون فقط بالبلوغ والذي يكون بعلامات تدل عليه بالنسبة للذكر والأنثى، إذ أن البلوغ وحده غير كاف لتسليم القاصر ماله إذ لا بد من إيناس الرشد والذي يعني عندهم حسن التدبير والتصرف وهو غير مرتبط بسن معينة حيث يختلف باختلاف الشخص والبيئة التي يعيش فيها، كما يقتضي أيضا صلاح الدين[4]، بل إن فقهاء المالكية ذهبوا

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 491.

[2] سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 796.

[3] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 493.

[4] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 164.

إلى جواز اختبار القاصر وإمكانية ترشيده وبذلك تسلم إليه أمواله، أما إذا بلغ الصبي غير عاقل وقادر على حماية نفسه وماله فإنه يبقى تحت ولاية الولي أو الوصي[1].

أما بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه ربط الرشد بسن معينة والتي حددها بموجب المادة 40 من ق م بـ 19 سنة، فإذا بلغ الشخص هذا السن دون أن تعتريه أحد عوارض الأهلية من جنون وغفلة وسفه اعتبر كامل الأهلية[2]؛ وتوجب قانونا تسليمه ماله من طرف الوصي وبذلك تنتهي مهام هذا الأخير، وهو ما أكدته المادة 86 من ق أ بقولها: " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني "، وكذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 96 من ق أ أعلاه، أما إذا بلغ سن الرشد مجنونا أو معتوها أو سفيها فإنه في هذه الحالة لا بد من إصدار حكم من القضاء بالحجر عليه وحينها تستمر الوصاية عليه.

وعليه تنتهي الوصاية على القاصر في الفقه الإسلامي بالبلوغ إضافة إلى الرشد، أما في القانون فإنها تنتهي ببلوغه السن القانونية التي حددها المشرع بـ 19 سنة كاملة، إضافة إلى شرط آخر ويتمثل في عدم الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية. وبذلك يكون المشرع قد سار على نهج الفقه الإسلامي الذي يشترط حسن التدبير والتصرف حتى يستلم الشخص ماله.

ويجدر التنبيه هنا أيضا أنه قد لا يبلغ القاصر سن الرشد القانوني؛ غير أنه يتم ترشيده من قبل القضاء قبل هذا السن مما يعني بذلك انتهاء الوصاية عليه وضرورة تسليمه ماله وهو ما نصت عليه المادة84 من ق أ بقولها:" للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع عن هذا الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

يتضح مما سبق أنه من أسباب انقضاء الوصاية إذًا بلوغ القاصر سن الرشد القانوني وعدم صدور حكم من القضاء بالحجر عليه لسبب من أسباب الحجر المنصوص عليها ضمن المادة 101 من ق أ؛ حيث إذا زال القصور المرتبط بسنه فإنه بذلك تكون له الأهلية الكاملة لتسّلم ماله والحرية في التصرف فيه واستثماره، أما إذا أصابه عارض من عوارض الأهلية فإنه يتم الحجر عليه قضاء وتستمر الوصاية عليه لهذا السبب و ليس لصغر السن .

[1] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 253.

[2] أنظر في ذلك: المادة 101 من ق أ.

2- انتهاء الوصاية والتقديم لسبب يتعلق بالوصي أو المقدم:

باعتبار أن الوصي أو المقدم هو الطرف الذي يرعى مصالح القاصر فإن وجوده في حلقة الوصاية أمر مهم وضروري وبغيابه تنتفي إحدى مقوماتها وبالتالي تنتهي الوصاية، غير أنه يجب التنبيه هنا أن هذا الانتهاء يتعلق بولاية الشخص فقط دون ولاية النظر[1]، أي أنه بوفاة الوصي تنتهي مهامه دون أن تنتهي الوصاية على القاصر حيث يتعين في هذه الحالة تدخل القضاء من أجل تعيين مقدم يتولى تسيير وإدارة شؤون القاصر وهو ما نصت عليه المادة 99 من ق أ، وعليه تتمثل الحالات التي تنتهي فيها مهام الوصي لسبب يتعلق بهذا الأخير والمنصوص عليها ضمن أحكام المادة 96 من ق أ في الآتي:

أ- موت الوصي:

بموت الوصي حقيقة تنتهي وظيفته الولائية على القاصر لانتفاء أحد عناصرها المتمثل في الوصي، وبما أن وظيفة الوصي شخصية فإنها لا تنتقل للورثة وإنما يترتب عن ذلك انتهاؤها[2].

هذا ويلاحظ أن المشرع قد نص صراحة عن أن الموت يعد من الأسباب القانونية التي تنتهي بها وظيفة الوصي، غير أن السؤال الذي يطرح هنا هو: هل غياب الوصي أو المقدم من شأنه إنهاء الوصاية؟

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي في هذه المسألة فإنه اعتبر من أسباب انقضاء الوصاية موت الوصي أو المقدم حقيقة أو حكما، وكذا في حالة غيابه. والمشرع المغربي تعرض لهذه المسألة صراحة بموجب المادة 258 من م أ م في فقرتها الأولى بقوله: " تنتهي مهمة الوصي أو المقدم في الأحوال الآتية: - بموت المحجور أو الوصي أو المقدم أو فقدهما... ".

أما المشرع الجزائري فإنه لم يتعرض إلى ذلك صراحة؛ وإنما نص عليها ضمنا من خلال النص على أن فقدان الوصي للأهلية يؤدي إلى إنهاء مهامه وكذا ما نص عليه في الفقرة الاخيرة من المادة 97 من ق أ والتي يفهم من عبارتها أن مهام الوصي تنتهي بوفاته أو فقده؛ لأن المشرع ألزم الورثة بتقديم الأموال إلى المعني بالأمر عن طريق القضاء وفي هذا دليل على إنهاء مهام الوصي.

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 493.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 145.

ب- قصور أهلية الوصي:

من الأسباب التي تنتهي بها وظيفة الوصي فقدانه أهليته وهذا أمر طبيعي لأن من أسباب قيام الوصاية وجود قاصر يحتاج إلى رعاية مصالحه المالية، وهذا يتطلب كمال الأهلية التي تعد من الشروط التي يستلزمها القانون لتعيين الوصي، وبغياب هذا الشرط فإنه لا يمكن للشخص أن يعيّن في هذه الوظيفة لأنه نزل إلى منزلة القاصر[1]؛ إذ لا يجوز أن يرعى مصالح القاصر شخص قاصر إذ لا ولاية له على نفسه وماله فكيف يكون له ذلك على غيره[2].

هذا وإن فقدان الأهلية يقتضي قيام مانع من موانع القانونية التي تجعل من الوصي غير مؤهل لأداء وظيفته وقد يرجع ذلك إلى أسباب مادية كالغياب والفقد[3]، أو أسباب طبيعية كالمرض، أو أسباب قانونية كمن يحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية حيث يمنع عليه في هذه الحالة إدارة أمواله، وقد تعين له المحكمة مقدما لإدارتها[4]؛ وبالتالي فإنه في هذه الحالة لا يمكن له أن يدير أموال القاصر وهو ممنوع من إدارة ماله[5].

يترتب على ما سبق قوله أنه في حال ما إذا وجد سبب أدى إلى فقدان الوصي لأهليته فإنه يترتب على ذلك انتهاء الولاية ، حيث أن هذا الانتهاء يكون من سلطة القضاء وحده الذي يحكم بذلك استنادا إلى أحكام المادة 96 من ق أ، ولا يحكم في هذه الحالة بعزل الوصي من مهامه لأن العزل طبقا لذات المادة يعد سببا من أسباب انتهاء مهمة الوصي وكذلك قصور الأهلية يعد سببا من أسبابها، وفي هذا يكون المشرع الجزائري قد فصل في أسباب انتهاء الوصاية بخلاف الفقه الإسلامي الذي يرى أن تخلف أحد الشروط في الوصي يؤدي به إلى العزل من وظيفته من ذلك قصور أهليته.

ت-انتهاء مهام الوصي التي عين لأجلها:

لقد سبق القول عند الحديث عن أنواع الوصاية أن هناك الوصي العام والوصي الخاص أو مؤقت فهذا الأخير هو من يعين لأداء مهام معينة فإذا ما انتهت المهام التي عين لأجلها تنقضي وصايته وهي أحد أسباب انتهاء الولاية.

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 494.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 145.

[3] أنظر في ذلك: المادة 31 من ق م.

[4] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص157.

[5] أنظر في ذلك: المادة 9 و9 مكرر1 من ق ع.

ث- تقديم الوصي الاستقالة من وظيفة الوصاية:

إن الوصاية تدخل ضمن التصرفات الإرادية والاختيارية وهي تخضع لقبول الوصي وإرادته لأداء هذه المهام؛ وهذا عكس الولي فالوصي يجوز له أن يقدم عذرا لتخلي عن هذه المهام، غير أن ذلك يخضع لسلطة القاضي في قبول هذا العذر وبالتالي قبول استقالته من عدم قبولها[1]، وفي هذا يختلف عن الولي الذي لا يجوز له التنحي عن وظيفة الولاية إلاّ لسبب قهري أو قانوني، ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى كون ولاية الولي أصيلة ولا تخضع لقبوله؛ بعكس ولاية الوصي فهي مكتسبة وتخضع لقبوله[2].

ج- عزل الوصي:

يتم تعيين الوصي لحفظ مال القاصر وتنميته حتى يبلغ راشدا فيسلم له ذلك المال وطيلة هذه المدة يتوجب على الوصي أن يحسن التصرف في هذا المال ويحرص على حمايته من الضياع، فعليه أن يرعاه رعاية الرجل الحريص ويحرص عليه وكأنه ماله، فإذا ما حاد عن ذلك فإنه يجوز للقضاء عزله عن هذه الوظيفة إذا ثبت أن ما يقوم به الوصي من تصرفات في مال القاصر يهدد مصالحه، وذلك بناء على طلب من له مصلحة بذلك أو من كان يهمه أمر القاصر.

وعليه يعد العزل إجراء وقائي يقوم به القاضي لحفظ مال القاصر من الضياع ولا بد أن تكون له أسباب موجبة لذلك حيث بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه يكاد يجمع الفقهاء على أن أسبابه تتمثل في تخلف شرط من الشروط في الوصي، وكذا وجود ما يهدد مصالح القاصر المالية؛ حيث يكون للقاضي في هذه الحالة مطلق الحرية في عزل الوصي، وإنهاء مهامه[3].

وهو الأمر الذي سار عليه المشرع الجزائري الذي لم يبين أنواع التصرفات التي يقوم بها الوصي ويكون فيها تهديد لمصلحة القاصر تاركا ذلك لمطلق السلطة التقديرية للقاضي وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 96 من ق أ.

وهو ذات الموقف الذي سارت عليه التشريعات المقارنة من ذلك التشريع المصري الذي اعتبر تخلف شرط من شروط المنصوص عليها في المادة 27 من المرسوم بالقانون المصري 119 لسنة

---

[1] أنظر في ذلك: الفقرة 4 من المادة 96 من ق أ.

[2] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص482.

[3] يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن للقاضي سلطة مطلقة في عزل الوصي إذا تخلف فيه شرط من شروط الولاية، من ذلك العداوة والفسوق، أما إذا كان الوصي عادلا أمينا غير أنه عاجز عن إدارة المال فإنه يعيّن إلى جانبه مشرفا ليرشد له تصرفاته ويوجهه، ولا بد في ذلك من حكم من القضاء. لتفصيل أكثر راجع: عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 484 وما يليها.

1952 سببا من أسباب عزل الوصي[1]، وهو ذات الموقف الذي عمل به المشرع المغربي الذي وسع من دائرة العزل جاعلا من العداوة سببا من أسباب العزل[2]، وهو الأمر الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري الذي اكتفى بالنص على أنه في حالة التعارض بين مصالح الوصي والقاصر تتوقف مهام الوصي والتي قد يدخل ضمنها وجود عداوة بين القاصر والوصي أو أهله، غير أنه لم يجعل من ذلك سببا لإنهاء الوظيفة[3]

ح- تعارض مصالح الوصي مع مصالح القاصر:

لم ينص المشرع الجزائري بشكل صريح على إنهاء مهام الوصي إذا تعارضت مصالحه مع مصالح القاصر، غير أنه نص بموجب المادة 90 من ق أ على أنه إذا حدث تعارض بينهما فإنه يتم تعيين متصرف خاص من طرف القضاء، ويترتب عن هذا القول أنه قد يؤدي تعارض مصالح الوصي ومصالح القاصر إلى وقف الوصاية دون انهائها إذا تم تطبيق أحكام المادة 90 من ق أ، غير أنه إذا كان في هذا التعارض تهديد للمصالح المالية للقاصر فإنه يمكن أن ينهي القاضي مهام الوصي عن طريق عزله وهذا استنادا إلى الفقرة الأخيرة من المادة 96 من ق أ.

ثانيا: الآثار المترتبة على انتهاء مهام الوصي والمقدم

لقد سبق القول أن من آثار الوصاية إنابة الوصي للقاصر في كل المسائل المالية من خلال القيام بمختلف التصرفات القانونية لصالح القاصر ولا يجوز له أن يتجاوز حدود هذه النيابة القانونية، وإلاّ تم إنهاء مهامه عن طريق عزله، كما تم توضيح أسباب أخرى تنتهي بموجبها ولاية الوصي، غير أن لهذا الإنهاء آثار قانونية تترتب عنه وهو ما نص عليها المشرع بموجب المادة 97 من ق أ بقوله: " على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنه حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاضي الذي رشد القاصر أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء .

وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر".

---

[1] أنظر في ذلك أيضا: 47، 48، 49 من ذات القانون .

[2] أنظر في ذلك: المادة 247 من م أم.

[3] أنظر في ذلك: المادة 95 من ق أ التي تحيلنا لتطبيق المادة 90 من نفس القانون.

يتضح من نص المادة السابقة أن المشرع قد رتب على انتهاء مهام الوصي جملة من الآثار القانونية التي تعد من الالتزامات القانونية التي تقع على الوصي ويتوجب القيام بها والتي تتمثل فيما يلي:

1- الالتزامات التي تقع على الوصي عند انتهاء مهامه:

رعاية لمصلحة القاصر وحماية له ولماله نص المشرع الجزائري بموجب المادة 97 من ق أ أعلاه على جملة من الإجراءات القانونية التي يتوجب على الوصي القيام بها عند انتهاء مهامه، حيث يجب التفريق هنا بين الانتهاء الفعلي والانتهاء القانوني لهذه المهام تبعا لحالة التي تؤدي إلى ذلك.

فبمجرد موت القاصر مثلا أو بلوغه سن الرشد القانوني تنتهي وظيفة الوصي غير أن هذا الانتهاء لا يكون له أثرا قانونيا إلاّ إذا قام الوصي بجملة من الإجراءات القانونية التي ألزمه بها القضاء وإلاّ عُد مسؤولا عن كل ما يمس مصلحة القاصر، وكذلك الأمر في حالة ما إذا قدم استقالته فإن مهامه من الناحية الفعلية تعد منتهية لكن من الناحية القانونية لا يكون لذلك أثر إلاّ إذا تمت المصادقة أو الموافقة على هذه الاستقالة من طرف القضاء[1] .

أ- الالتزامات التي يتوجب على الوصي القيام بها في حال بلوغ القاصر سن الرشد أو ترشيده من طرف القضاء:

حيث يتوجب على الوصي أن يسلم الأموال التي في عهدته في هذه الحالة للقاصر الذي بلغ سن الرشد القانوني دون الحجر عليه، أما في حالة ترشيده من طرف القضاء فإنه يتوجب في هذه الحالة تسليم هذه الأموال إلى القاضي الذي رشّد القاصر، وفي كلتا الحالتين يتوجب تقديم حسابا بالمستندات يتضمن إحصاء لكل أموال القاصر والتصرفات التي قام بها ، كما يتعين عليه تقديم هذه المستندات في مدة لا تتجاوز شهرين يبدأ سريانها من تاريخ انتهاء مهمته[2].

هذا ويكون الوصي مسؤولا عن كل تقصير أو إهمال أدى إلى ضياع المستندات وإهمالها وكذا في حالة عدم تقديمه حسابا مفصلا عن أموال القاصر التي في عهدته[3].

---

[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص 146، 147.

[2] أنظر في ذلك: المادة 97 من ق أ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 98 من ق أ.

ب- الالتزامات التي يتوجب على الوصي القيام بها في حال موت القاصر:

يتعين على الوصي في حالة وفاة القاصر أن يسلم أمواله التي في عهدته وأن يقدم حسابا عنها مرفق بمستندات وذلك خلال مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهامه إلى ورثة القاصر، كما يتوجب عليه أيضا أن يقدم صورة عن هذا الحساب إلى القضاء.

ت- الالتزامات التي يتوجب على الوصي القيام بها في حالة استقالته أو عزله أو انتهاء المهام التي عيّن لأجلها:

إذا ما تم عزل الوصي أو استقالته ولم يبلغ بعد القاصر سن الرشد فإنه يتوجب في هذه الحالة تعيين مقدما من طرف القاضي ليخلف الوصي في رعاية مال القاصر وهذا طبقا للمادة 99 من ق أ، وفي هذه الحالة يقوم الوصي بتسليم الأموال التي في عهدته إلى خلفه، كما يتوجب عليه تقديم حسابا عن ذلك يرفقه بمستندات توضح ذلك وهذا خلال مدة لا تتجاوز الشهرين يبدأ سريانها من تاريخ انتهاء مهامه بصفة رسمية، كما يتوجب عليه أن يقدم بالموازاة مع ذلك صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء[1].

2- الالتزامات التي تقع على الخلف العام للوصي عند وفاته أو فقده:

في حالة وفاة الوصي تنتهي مهمة الوصاية بالنسبة إليه، غير أن لهذا الانتهاء آثار تتعلق بالغير وهما القاصر وورثة الوصي، حيث ألزم القانون ورثة هذا الأخير بضرورة تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء، ولم يحدد المشرع الفترة التي يتوجب على الورثة القيام بها، غير أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم التركات فإنه يمكن القول أن أموال القاصر تعد بمثابة أمانة في عهدة الوصي ولا تدخل ضمن مشتملات التركة لذلك يتوجب إخراجها قبل حصر التركة وإخراج الحقوق المتعلقة بها[2].

هذا وإن ورثة الوصي يكونون مسؤولين عن تسليم الأموال وكذا الوثائق المتعلقة بها، وهم ملتزمون بذلك حيث يسألون عن كل تقصير في حفظ المال وتسليمه أو عن ضياع الوثائق والمسندات المتعلقة به، غير أنهم لا يسألون عن الإهمال والتقصير الذي قام به مورثهم لأن المسؤولية هنا شخصية[3].

أما في حالة الفقد فقد ألزم القانون ورثة المفقود بتسليم الأموال إلى المعني بالأمر عن طريق القضاء، غير أن المشرع لم يحدد المدة القانونية التي يتوجب فيها ذلك، وبالرجوع إلى أحكام المادة 97 من ق أ نجد أنه يوجد تناقض مع ما تنص عليه أحكام المادة 111 وكذا المادة 115 من ذات القانون،

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 97 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 180 من ق أ.

[3] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 148.

ذلك أن المفقود مادام لم يصدر حكم بموته فإنه لا يعتبر ميتا وبالتالي لا تقسم أمواله إلاّ بعد صدور حكم بموته حينها يسمى المفقود مورثا وخلفه العام ورثة؛ ولذلك لا يمكن للورثة القيام بالإجراء المنصوص عليه ضمن المادة 97 من ق أ إلاّ إذا صدر حكم بوفاة الوصي المفقود، أما قبل ذلك فيتوجب تطبيق أحكام المادة 111 من ق أ حيث يتم تعيين مقدما من قبل القاضي ليرعى مصالح الوصي المفقود، حيث يتعين في هذه الحالة أن يقوم المقدم بتسليم أموال القاصر التي في عهدة الوصي إلى القاصر بواسطة القضاء.

ولذلك يقترح تعديل أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 97 من ق أ لتصبح صياغتها كالآتي: " **في حالة وفاة الوصي فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.**

وفي حالة فقدان الوصي فعلى المقدم تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر ".

خلاصة الباب الأول

لقد تم بيان أن مظاهر الحماية الموضوعية للقاصر تتجلى فيما أورده المشرع من نصوص قانونية تفرض احترام حقوقه والسهر على صونه ومنع الإعتداء عليه أو استغلاله في نفسه أو ماله، فهذه النصوص تعد ضمانات تكفل حماية القاصر في نفسه وماله.

كما تم التوضيح أن الحماية النفسية للقاصر وكذا حماية ماله تكملان بعضهما البعض إذ كل منهما يهدف إلى حماية القاصر، فإذا كانت الحماية النفسية شرعت لحماية شخص القاصر ورعايته ماديا ومعنويا وذلك بالقيام على شؤونه من تربية وحفظ وتأديب وتزويج وتطبيب وإنفاق، وكذا كفالته من خلال خلق أسرة بديلة له تعنى بأحواله وتهيء له الدفء العائلي وتحرص على سلامته وحسن تربيته كما تحرص على ابنها الشرعي. فإن الحماية المالية للقاصر جاءت لتدعم هذه الحماية النفسية من خلال صون ورعاية وتنمية ماله وحسن إدارته والتصرف فيه بما يخدم مصالح القاصر وهذا حتى إذا بلغ راشدا سلم له هذا المال.

فمن ناحية الحماية النفسية للقاصر تم التوضيح أن الولاية على نفس القاصر وضعت كضمانة لرعايته معنويا ونفسيا خلال قيام الرابطة الزوجية أو خلال انقضاءها حتى يكون لهذا الطرف الضعيف سند قانوني يحميه في مواجهة ما قد يهدد البنيان الأسري من تفكك وانحلال، حيث يقع على الولي على النفس التزامات قانونية تتمثل في حفظ ورعاية وصيانة القاصر كما تكون له سلطة تأديب القاصر وإنابته في ابرام عقد زواجه. وقد تم التوضيح أن هذه الرعاية النفسية والشخصية للقاصر هي مسؤولية مشتركة بين الأب والأم سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو في حال انقضائها بالطلاق.

كما تم التوضيح كذلك أن المشرع لم يغفل عن حماية القاصر المحروم من كنف أسري بسبب اليتم أو لكونه مجهول النسب حيث شرع الكفالة كوسيلة قانونية لحمايته وتعوضه عن الحرمان العائلي وذلك بمنحه أسرة بديلة وقد اتضح ذلك من خلال الشروط و الالتزامات التي فرضها على من يكفله والتي أساسها وجوب رعايته رعاية الأب لابنه دون أن يكون لذلك أثر في منحه حقا في النسب أو الإرث.

أما فيما يتعلق بالحماية المالية للقاصر فقد تم التوضيح أن المشرع نص بموجب قانون الأسرة على حماية ورعاية مصالحه المالية من خلال أنظمة قانونية تكفل حفظ ماله من الضياع ويتمثل ذلك في كل من نظام الولاية على المال والوصاية والتقديم، حيث يتم بموجبها إنابة القاصر في إبرام التصرفات المتعلقة بماله وكذا إدارته وقد تم التوضيح أن هذه النيابة لا بد أن توظف في الإطار القانوني الذي أوجدها. لذلك فإن للنائب الشرعي سلطة في رعاية هذا المال وفقا لما يحقق به مصلحة القاصر وهذه

السلطة تضيق وتتسع بحسب درجة خطورة التصرف وأهمية المال محل التصرف، لذلك فهي مسؤولية ملقاة على عاتق النائب الشرعي يجب عليه الحيطة في القيام بها.

كما تم التوضيح أن هذه الإنابة هي مؤقتة وليست أبدية حيث أنها تنتهي بانتهاء السبب الذي وجدت لأجله والمتمثل في انعدام أو نقص أهلية الشخص محل النيابة " القاصر" ، كما أنها قد يعترضها عارض يؤدي إلى توقفها قبل بلوغ القاصر سن الرشد، ولا بد في حالة انتهاء مهام النائب الشرعي أن يسلم مال القاصر الذي في عهدته، وفي جميع الحالات يكون للقضاء دور في مراقبة مصلحة القاصر في تقدير ذلك.

الباب الثانـي

الرقابـة القضائيـة كآليـة لتفعيل حمايـة القاصر

لقد تعززت المنظومة القانونية في المجال الإجرائي بجملة من النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية القاصر من خلال منح المؤسسة القضائية سلطة في بسط رقابتها القضائية على مدى تطبيق القواعد الموضوعية المتعلقة بحماية القاصر المدرجة ضمن أحكام قانون الأسرة.

فمنذ الاستقلال لم يفرد المشرع قواعد إجرائية خاصة تتعلق بالأسرة عموما والقصر خصوصا إلى غاية إصداره قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بموجب الأمر (08-09) وقد تضمن هذا القانون الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية من ذلك الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة حيث تم تحديد الصلاحيات التي يختص بها هذا القسم ومن بينها الإجراءات القانونية التي يجب اتباعها لضمان حماية القاصر من مختلف التجاوزات التي قد تهدد مصالحه الشخصية أو المالية وذلك وفق آليات قانونية تتمثل أساسا في الرقابة القبلية على هذه المصالح وكذا الرقابة البعدية.

إذ لا تكتمل الحماية الموضوعية للقاصر إلاّ بوجود حماية قضائية؛ ذلك أن الاعتراف بالحق ووجوده لا قيمة له ما لم يتبع بحماية إجرائية له، وكذلك الأمر بالنسبة لجملة الحقوق التي منحت للقاصر بموجب نصوص قانون الأسرة وكذا نصوص أخرى ضمن فروع القانون الأخرى التي لها صلة بقانون الأسرة خاصة قانون (15-12) المتعلق بحماية حقوق الطفل وكذا قانون (15-01) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ولكي تكون لهذه الحماية قيمة قانونية يتوجب أن تكون محل رقابة قضائية.

وقد أوكل القانون مهمة الرقابة وكذا الإشراف والسهر على رعاية وحماية مصالح القاصر إلى قاضي شؤون الأسرة وهذا بموجب المادة 424 من ق إ م إ التي جاء نصها: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر "[1]، ولا شك أن هذه المهام وإن أوكلها المشرع إلى قاضي شؤون الأسرة إلاّ أنه لا يعني انفراده بها؛ إذ قد يستدعي الأمر إشراك أشخاص قانونية أخرى غيره إذا نص القانون على ذلك، كما أن هذه المهام تبقى قائمة مادام وجد سببها، كما أنها تشمل الجانب النفسي وكذا المالي للقاصر .

وعليه سيتم الحديث ضمن هذا الباب عن المكنة القانونية التي خولها المشرع للمؤسسة القضائية للسهر على ضمان تطبيق الحماية القانونية للقاصر من خلال ما تمارسه من رقابة قبلية وبعدية على رعاية مصالحه؛ لذلك تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين وهذا كالآتي:

---

[1] إن هذه المهام التي استحدها المشرع لقاضي شؤون الأسرة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سبقه إليها التشريع المقارن من ذلك التشريع الفرنسي بموجب قانون 4 مارس 2002 الذي وسع من سلطة قاضي شؤون الأسرة في حماية القاصر خاصة في حال طلاق حيث تكون أحكامه الفاصلة في هذا الجانب مستندة إلى معيار مصلحة القاصر. لتفصيل في هذه الفكرة راجع: Parquet Murie, Article cité, P118.

الفصل الأول: الرقابة القبلية كآلية لحماية القاصر.

الفصل الثاني: الرقابة البعدية كآلية لحماية القاصر.

الفصل الأول

الرقابة القضائية القبلية كآلية لحماية القاصر

لا شك أن رعاية مصلحة القاصر تستدعي إحاطته بضمانات قانونية تكفل حمايته وهذا وفق قواعد موضوعية تحدد جملة الحقوق التي تمنح للقاصر وكذا الأشخاص المخولين قانونا بكفالة هذه الحقوق، وهو ما تم بيانه ضمن الباب الأول من هذه الدراسة، والذي تم من خلاله بيان مظاهر الحماية الموضوعية للقاصر والتي شملت الحماية النفسية والمالية له من خلال نظام الولاية والكفالة والوصاية والتقديم.

غير أن فرض هذه الحماية الموضوعية لا يؤدي وحده الغرض المنشود منه إلاّ إذا ساندته حماية أخرى وهي الحماية القضائية، من خلال أهم آلية قانونية والمتمثلة في الرقابة القضائية التي تعد صلاحية قانونية تمارس بموجب إجراءات تكفل السهر على رعاية مصالح القاصر ومن أهمها الرقابة القبلية للمحافظة على القاصر في نفسه وماله، فهذه الصورة من الرقابة القضائية تعد وسيلة وقائية يتكفل من خلالها القضاء بحماية مصالح القاصر عن طريق مراقبة مدى احترام القواعد الموضوعية المتعلقة بذلك ومدى مراعاة مصلحة القاصر في ذلك.

ومن المؤكد أن هذه الرقابة لا يمكن تطبيقها وتجسيدها بشكل عملي إلاّ بموجب أشخاص عهد لهم القانون بذلك، حيث يتوجب أن تتصفوا بالحيادية نظرا لحساسية المهام المسندة إليهم، كما أن وظيفتهم الرقابية أو الحِمائية لا بد أن تستند إلى نص قانوني يقرها وهذا حتى تكون لهذه الرقابة آثار قانونية وفعلية تجسد الغرض منها.

كما أن هذه المهام المسندة إليهم تستلزم وجود وسائل قانونية تكون أداة في يد هؤلاء لممارسة هذه الرقابة من أجل تجسيد الحماية الفعلية للقاصر.

وعليه قد تتطلب هذه الرقابة التدخل لحماية القاصر من أي تجاوز أو انتهاك لحقوقه المادية والمعنوية، كما قد يتطلب هذا التدخل للقيام بهذه الرقابة على سلطات النائب الشرعي وهذا حتى لا يكون هناك استغلال أو تعسف في استعمالها. فالغاية من هذه الرقابة دائما هي مصلحة القاصر وهي المعيار الذي يتم به تفعيل هذه الرقابة.

لذلك سنحاول بدءا بيان الأشخاص الذين لهم الصفة في رعاية مصلحة القاصر، ثم بيان طرق ممارسة هذه الرقابة القبلية التي منحها المشرع للقضاء بغية تمكينه الفعلي من تحقيق رعاية مصالح القاصر النفسية والمالية، لذلك تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الأشخاص المخول لهم قانونا السهر على مصالح القاصر.

المبحث الثاني: طرق ممارسة الرقابة القضائية القبلية لحماية القاصر.

المبحث الأول

الأشخاص المخول لهم قانونا السهر على حماية مصالح القاصر

إن تعدد أوجه الحماية القانونية للقاصر هو مطلب يبتغيه كل شخص يريد صلاح المجتمع، وهو الأمر الذي قام به المشرع الجزائري من خلال فرض جملة من الوسائل القانونية التي تكفل التطبيق والتجسيد الفعلي لذلك، وقد عهد بتطبيق هذه الوسائل إلى جهات محددة تعمل على السهر على مصالح القاصر المادية والمعنوية بموجب ما تتمتع به من صلاحيات كل في مجالها ويتجلى ذلك فيما نص عليه قانون الأسرة وباقي فروع القانون الأخرى ذات الصلة به.

إن قانون الأسرة لا يمكن العمل به بمعزل عن باقي الفروع الأخرى بحكم ارتباطه الوطيد خاصة ببعض هذه الفروع؛ من ذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية – كما سبق الإشارة إليه – إضافة إلى فروع أخرى يتم الإحالة عليها بموجب القانون ذاته؛ من ذلك القانون المدني باعتباره الشريعة العامة؛ وكذا قانون العقوبات؛ وكذلك قانون حماية الطفل الذي استحدثه المشرع حديثا والذي له صلة وثيقة بقانون الأسرة . وكذا قانون انشاء صندوق النفقة؛ الذي يضم قواعد حِمائية تتعلق بالطفل.

وعليه ستتمحور دراسة هذا المبحث حول الأشخاص القانونية التي عهد لها القانون بحماية القاصر والمحافظة عليه وفق صلاحية الرقابة القبلية؛ حيث وإضافة إلى الدور الذي يلعبه النائب الشرعي سواء كان وليا أو كافلا أو وصيا أو مقدما في حماية القاصر من خلال ما يقدمه من مطالبة قضائية تجسيدا لذلك؛ هناك أطراف قانونية أخرى خولها القانون تفعيل هذه الحماية من خلال النظر في هذه الطلبات ويتعلق الأمر بما يلعبه قاضي شؤون الأسرة من دور في هذا المجال طبقا للمادة 424 من ق إ م إ؛ وهو ما سنبحثه ضمن (المطلب الأول)، كما أن هناك أشخاص قانونية أخرى قد تشترك مع قاضي شؤون الأسرة في تفعيل وتجسيد هذه الحماية ويتعلق الأمر لدور النيابة العامة، وذلك من خلال ما تبديه من طلبات أو من ملاحظات تتعلق بهذا الجانب، وهي تشترك أيضا مع النائب الشرعي في هذه الصفة باعتبار أن المشرع خولها إمكانية تقديم طلبات تهدف إلى حماية القاصر إذا ما كانت مصالحه مهددة، أو في حال عدم قيام النائب الشرعي بوظيفته؛ وهو ما سيتم بحثه ضمن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في حماية القاصر

لم يكتفي المشرع بمنح القاضي دورا ضمن الحماية الموضوعية للقاصر بل تعدى ذلك إلى منحه دورا أساسيا في تكريس هذه الحماية من خلال ما جاء ضمن أحكام المادة 424 من ق إ م إ بقولها: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر" فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع خص قاضي شؤون الأسرة بمهمة رعاية القاصر وحماية مصالحه.

وبالتأكيد لا يؤدي هذا النص المبتغى منه إلاّ من خلال ما يمنح للقاضي من وسائل قانونية للتطبيق الفعلي لذلك، وهو ما فعله المشرع من خلال وضع مكنة قانونية على ضوئها يتم استخدام القاضي لهذه الصلاحيات القانونية.

وعليه سيتم الحديث ضمن هذا المطلب عن دور قاضي شؤون الأسرة في حماية القاصر، من خلال بحث التطور التاريخي للتنظيم القضائي في الجزائر وصلاحيات قسم شؤون الأسرة وتحديد صلاحيات قاضي شؤون الأسرة على ضوء ذلك وهذا ضمن (الفرع الأول)، ثم نتناول على وجه التخصيص الصلاحيات المخولة له لتفعيل دوره في حماية القاصر؛ من خلال بحث تدخله لحماية القاصر بموجب ما يملكه من سلطات قضائية، حيث نتطرق إلى صور تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية مصالح القاصر وهذا ضمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صلاحيات قسم شؤون الأسرة في ضوء التنظيم القضائي

إن أي اعتداء على الحق أو المساس به يستوجب تدخل القضاء لحمايته، ويجب أن يكون هذا التدخل من قبل الجهة القضائية المخولة بذلك حتى يكون لحكمها القوة القانونية والحجة لرفع هذا الاعتداء.

واستنادا إلى هذا فإنه في حال تم الاعتداء على حق القاصر أو المساس بمصالحه فإنه يتوجب التوجه إلى القضاء لرفع ذلك، كما يتوجب التوجه إلى الجهة القضائية المخولة بذلك، وعليه سنحاول ضمن هذا الفرع بيان الجهة المختصة بحماية القاصر أولا من خلال إعطاء لمحة موجزة عن تطور التنظيم القضائي في الجزائر؛ ثم بيان الصلاحيات المخولة لقسم شؤون الأسرة والتي على ضوئها تتحدد صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في مجال حماية القاصر ثانيا.

أولا: لمحة عامة عن التطور التاريخي للتنظيم القضائي في الجزائر

لقد تأثر الهيكل التنظيمي للقضاء في الجزائر بالفترات التاريخية التي مرت بها البلاد، حيث كان التنظيم القضائي قبل احتلال بلادنا من طرف الاستعمار الفرنسي سنة 1830 يخضع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كسائر البلدان الإسلامية، غير أنه وبمجيء الاحتلال حاول هذا الأخير طمس معالم الهوية الوطنية في مختلف المجالات من ذلك القضاء، حيث ونتيجة توافد عدد من المعمرين الغربيين الحاملين لجنسيات مختلفة إضافة إلى المواطنين الأصليين للجزائر وجدت صراعات عرقية ودينية وثقافية نتيجة

تنافر أشخاصها مما أدى بالمحتل آنذاك إلى محاولة وضع ترسانته القانونية التي شملت حتى مجال التنظيم القضائي حيث حاول تطبيقه حتى على مسائلهم الشخصية[1].

إن مواجهة الجزائريين لذلك أفشل المحتل الذي ترك لهم المجال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، إضافة إلى جملة الأعراف والتقاليد المتوارثة.

غير أن هذا التسليم من قبل المحتل لم يكن مطلقا إذ كان يتم تحت رقابة قضاء المحتل الفرنسي حيث أن حل المنازعات الأسرية يتم من قبل قضاة جزائريين مسلمين لهم" شهادات متواضعة" في الفقه الإسلامي، إضافة إلى إتقانهم اللغة الفرنسية، حيث يتم الفصل بموجب أحكام قابلة للطعن بالاستئناف أمام غرفة قضائية موجودة " بجهة القضاء الفرنسي تسمى غرفة الطعون الإسلامية "[2].

ويجدر التذكير أنه في غياب نصوص قانونية مكتوبة يرجع إليها القضاة آنذاك، فإن الحكم كان يستند لأحكام شرعية خاصة المذهب المالكي وفق شرح مختصر الخليل، كما عمل على وضع نصوص قانونية تنظم بعض الجوانب الأسرية وهذا لبسط الرقابة على هذا الجانب حيث عمل على إصدار الأمر رقم (274-59) الصادر بتاريخ 4-2-1959 المتعلق بالزواج والطلاق من خلال بيانه لأركان وشروط الزواج وإجراءات تسجيله وكذا تحديده لسن الأهلية وبيانه طرق انحلال الرابطة الزوجية، ثم تلاه القانون رقم (778-57) الصادر بتاريخ 11-7-1957 المتضمن القواعد الخاصة بالوصاية والولاية والحجر والفقدان والغياب والذي بقي العمل به إلى ما بعد الاستقلال[3].

أما على مستوى إجراءات التقاضي فقد تم إصدار أول مرسوم ينظم إجراءات التقاضي ويحدد الأحكام واجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي وهذا بتاريخ 29-12-1890 وكذا المرسوم الصادر بتاريخ 8-12—1922 المتعلق بالنظام القضائي القبائلي، أما فيما يتعلق بقواعد الإجرائية المطبقة أمام المحاكم الشرعية فقد تضمنها الأمر الصادر بتاريخ 23-11-1944 المتعلق بالنظام القضائي الإسلامي الذي حدد قواعد الاختصاص وبين إجراءات التقاضي في ما يتعلق بالحجر وتصفية التركات وكذا كيفية تقديم الطعن بالنقض كما تضمنت أحكامه إلغاء المرسومين أعلاه[4].

---

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 7.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع نفسه، ص 8.

[3] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ص 18، 19.

[4] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 9.

وبعد الاستقلال واسترجاع السيادة الوطنية عملت الدولة الجزائرية على إعادة بناء ما تم هدمه من طرف المحتل الفرنسي من ذلك إعادة هيكلة التنظيم القضائي، حيث تم إصدار جملة من النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم المؤسسة القضائية في جانبها البشري من خلال توظيف القضاة[1]، وكذا المادي حيث ونتيجة مغادرة القضاة الفرنسيين للجزائر في سنة 1962 حتم على الحكومة المؤقتة آنذاك إصدار أمر رقم (62 – 42) المتضمن تولية المحاكم المختصة في الخصومات الواقعة في دائرة اختصاص محاكم الاستئناف بموجب أحكام غير قابلة للاستئناف[2]، كما تم إلغاء المحاكم المدنية الاستثنائية، وكذا إلغاء وظيفة القاضي الشرعي وإلغاء المحكمة الشرعية، وبالتالي توحيد النظر في المسائل المدنية من قبل جهة واحدة عكس ما كان معمول به غداة الاحتلال.

وفي خضم التعديلات التي مست المؤسسة القضائية عمد المشرع من جانب آخر إلى إصدار جملة من النصوص القانونية تباعا في مختلف فروع القانون وذلك من خلال إصداره بداية الأمر رقم (66 – 155) المتضمن قانون الإجراءات المدنية ،وصولا إلى إصدار قانون رقم (84– 11) المتضمن قانون الأسرة والذي تم تعديله مرة واحدة بموجب الأمر رقم (05– 02) الذي تضمنت نصوصه التنظيم الموضوعي للمسائل الأسرية دون بيانه للقواعد الإجرائية الخاصة به؛ مما استدعى اللجوء إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية الذي لم يتضمن هو الآخر أي قواعد إجرائية خاصة تتعلق بالمسائل الأسرية وبقي الأمر على ما عليه إلى غاية إصدار المشرع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي على خلاف سابقه أفرد لشؤون الأسرة قواعد خاصة تتعلق بها وهذا ضمن الكتاب الثاني منه المعنون بـ: " في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية "، حيث نص في الباب الأول منه على: " الإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام " وتناول مباشرة في الفصل الأول منه الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة حيث حدد في القسم الأول منه صلاحيات قسم شؤون الأسرة .

---

[1] وكان ذلك بموجب الأمر رقم 62–49 المؤرخ في 21–09–1962 المتضمن تعيين قضاة بناء على الشهادة في أي صنف أو رتبة في السلك القضائي استنادا للقانون الأساسي للقضاء الفرنسي المنصوص عليه بموجب الأمر المؤرخ في 22– 12– 1958 وبذلك أسندت المهام القضائية لمحامون وكتاب الضبط والقضاة الشرعيين وباش عدول والمترجمين القضائيين والمحضرين القضائيين ومساعدو الموثقين". راجع في ذلك: عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص ص 12، 13.

[2] هذه المحاكم متواجدة في كل من الجزائر العاصمة ووهران وقسنطينة حيث أسندت لها مهام النظر في القضايا مؤقتا بتشكيلة فردية عندما تفصل في القضايا كدرجة أولى. عبد السلام ديب، مرجع نفسه، ص 12.

ثانيا: صلاحيات قسم شؤون الأسرة

إن استحداث المشرع أحكاما إجرائية تتعلق ببعض أقسام المحكمة نظرا لخصوصية موضوعاتها ومن ذلك المسائل الأسرية، حتم بالموازاة مع ذلك استبدال مصطلح " قسم الأحوال الشخصية " بمصطلح " قسم شؤون الأسرة " وبذلك يكون قد وحد بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي من حيث المصطلحات[1]، كما أن لهذا التوحيد غاية تتمثل في شمولية القضايا التي يتناولها هذا القسم حيث لم يبقى في إطار وظائفه التقليدية وإنما توسعت مهامه لتشمل كل نزاع أسري، بل تعدى ذلك إلى اتخاذه أي تدابير من شأنها حماية القاصر والحفاظ على تنشئته، وكذا تولية كل الأمور المستعجلة المتعلقة بالقضايا الأسرية.

إن نص المشرع بشكل صريح على إفراد قسم شؤون الأسرة بإجراءات خاصة تتعلق بطبيعة موضوعاته جاء لسد الفراغ التشريعي السابق وما كان يعانيه القضاة عند تطبيقهم للنصوص الموضوعية والتي تتطلب سلوك إجراء معين لتحريكها؛ حيث أن كثيرا من النصوص الواردة في قانون الأسرة تكتفي بالنص على مسألة معينة دون أن تحدد الإجراء القانوني الذي يتوجب القيام به في سبيل تحقيق ذلك من ذلك نص المادة 7 منه على ضرورة الحصول على ترخيص قضائي قبل الزواج دون أن تبين كيفية تقديمه وكذا الشخص الذي يتوجب عليه تقديمه والجهة والقاضي المخول بالفصل فيه وماهي طبيعته وهل يمكن الطعن فيه...إلخ، وكذا انعدام نصوص إجرائية تتعلق بالولاية على المال والنفس وكذا كيفية حماية القاصر ومن المخول بذلك، وأيضا ما يتعلق بنظام الكفالة والوصاية والتقديم وكذا إثبات النسب ونفيه وكيف يتم ذلك أمام مرفق القضاء وغيرها من الموضوعات، فهذا الفراغ التشريعي وجد منذ الاستقلال إلى غاية إصدار المشرع لقانون الإجراءات المدنية سنة 2008، وفي هذا يقول الأستاذ عبد السلام ذيب أنه في ظل انعدام منظومة إجرائية خاصة تتعلق بالمسائل الأسرية " كثيرا ما كان القاضي يستند إلى ما هو جاري به العمل داخل الجهات القضائية أي عبارة عن موروث من الإجراءات المتبعة خلال الحقبة الاستعمارية وكان يستأنس حتى ببعض النصوص القانونية الراجعة إلى هذه المرحلة "[2].

---

[1] في هذا السياق وبالرجوع إلى القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو سنة 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر ع 51.لسنة 2005. على أن من ضمن تشكيلة المجلس القضائي غرفة شؤون الأسرة وهذا بموجب المادة 6 منه، كما نصت المادة 12 على أن من ضمن تشكيلة المحكمة قسم شؤون الأسرة وبذلك نجد أن هذا القانون هو أول من عمد إلى توحيد المصطلحات مع القانون الموضوعي من خلال استبدال غرفة وقسم الأحوال الشخصية بمصطلح شؤون الأسرة ثم تلاه بعد ذلك قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] مرجع سابق، ص 337.

استنادا إلى ما سبق فإنه بموجب قانون الإجراءات الجديد تم تحديد قواعد الاختصاص[1]؛ من خلال بيان المنازعات التي يختص بها قسم شؤون الأسرة دون غيره من أقسام المحكمة " الاختصاص النوعي " وكذا الاختصاص المحلي.

1- في الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة[2]:

نصت المادة 423 من ق إ م إ على جملة من الصلاحيات المخولة لقسم شؤون الأسرة وقد أوردها المشرع على الخصوص دون حصر لها بحكم عدم إمكانية تعدادها لذلك تم ذكر القضايا الأكثر تداولا[3]؛ حيث جاء فيها: " ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة
3- دعاوى إثبات الزواج والنسب.
4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

وينبغي الإشارة هنا أنه في حال ما إذا تم تسجيل إحدى القضايا التي تدخل ضمن اختصاص قسم شؤون الأسرة في غير هذا القسم فإنه لا يمكن للقاضي الذي عرضت عليه أن يقوم برفضها أو يحكم بعدم اختصاصه، وإنما يتوجب عليه أن يقوم بإحالتها على الجهة المختصة عن طريق أمانة ضبط المحكمة،

---

[1] يقصد بقواعد الاختصاص:" القواعد التي تبين المنازعات التي تدخل في ولاية القضاء عموما، وفي ولاية كل جهة من جهات القضاء تحديدا " الاختصاص الوظيفي " ثم تحديد المنازعات الداخلة في نصيب كل طبقة من طبقات المحاكم الداخلة في الجهة القضائية الواحدة بحسب نوع الدعوى أو قيمتها " الاختصاص النوعي أو القيمي "، وأخيرا المنازعات الداخلة في اختصاص كل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة بحسب الدائرة الإقليمية لكل منها " الاختصاص المحلي ". لتفصيل أكثر راجع: أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، "د ط"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص36.
أما الاختصاص فيقصد به:" سلطة جهة قضائية معينة للفصل في دعوى معينة طبقا للقانون ". أنظر لتفصيل راجع: فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، " د ط "، منشورات أمين، " د م ن" ، 2009، ص 89.

[2] يقصد بالاختصاص النوعي: "سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوى معينة، أي يتم تحديد الاختصاص النوعي بالنظر إلى موضوع الدعوى وطبيعة النزاع.". فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 89.

[3] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص38.

وأن يخطر رئيس المحكمة بذلك وهو ما نصت عليه المادة 32 من ق إ م إ وكذلك ما قضت به المحكمة العليا في حكم سابق لها[1].

2- الاختصاص الإقليمي:

لقد جعل المشرع القواعد المرتبطة بالاختصاص الإقليمي مبنية على درجة من الأهمية خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي تتعلق بالقاصر حيث نجد أنه راع في ذلك مصلحته وهو ما نلتمسه من جملة نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا كالآتي[2]:

- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.
- فيما يتعلق بالنفقة الغذائية المحكمة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة.
- في موضوع طلب الترخيص بالزواج بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها طالب الترخيص.
- في الولاية على النفس وكذا المال ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارستها[3].
- فيما يتعلق بدعاوى النسب من حيث إثباته أو نفيه ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه[4].
- فيما يتعلق بإجراءات الكفالة ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان طالب الكفالة[5].

ثالثا: صلاحيات قاضي شؤون الأسرة

لقد منح المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية الجديد صلاحية الإشراف على قسم شؤون الأسرة، كما منحه صلاحيات وسلطات واسعة أخرجته من دوره التقليدي المتمثل فقط في الفصل في القضايا، وإنما جعل له دورا إيجابيا خاصة في حماية القاصر[6]، حيث منح له سلطة التدخل كلما دعت

---

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص39.

[2] أنظر في ذلك: المادة 426 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المواد 458، 460، 462، 464 من ق إ م إ .

[4] أنظر في ذلك: المادة 490 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 492 من ق إ م إ.

[6] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص ص 38، 39.

مصلحة القاصر ذلك وهذا من خلال جملة من الوسائل القانونية حيث خوله سلطة تقديرية واسعة في تقدير الحالات التي تستدعي تدخله، كما له أن يتخذ في شأن ذلك كل التدابير الوقائية بل إن له أن يتولى الفصل في كل المسائل الاستعجالية وهو ما جاء في نص المادة 425 من ق أ م التي نصت على:" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة.

يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد.

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح".

إن العناية التي أولاها المشرع للقاصر فرض استتباعها بحماية قضائية خاصة كلف بها قاضي شؤون الأسرة على وجه التحديد من خلال ما نصت عليه المادة 424 من ق إ م إ بتوكيله مهمة السهر على مصالح القصر ورعايتها وفي ذلك إشراك للسلطة القضائية في تفعيل هذه الحماية ولم يجعلها محصورة في قانون الأسرة فقط، حيث جعل من تدخل القاضي أمرا إلزاميا يتوجب عليه القيام به كلما كان هناك مساس بمصلحة القاصر أو الاعتداء على حق من حقوقه المادية والمعنوية؛ بل إن هذا التدخل يفترض بمجرد وجود هذا القاصر في خطر يهدد سلامته الجسمية أو العقلية أو المالية، حيث ألزمه باتخاذ كل الإجراءات اللازمة بهدف حمايته[1]، لذلك فإن دور القاضي في هذا الإطار يتميز بالحرية والاجتهاد بالاستناد إلى السلطة التقديرية الممنوحة له في هذا الجانب.

ولا بد من التنويه أنه بالرغم من تخصيص قسم خاص داخل المحكمة يتولى الفصل في المسائل الأسرية والصلاحيات الممنوحة للقاضي الأسري، إلاّ أن ذلك لا يرقى إلى التفعيل الحقيقي للحماية المقررة للأسرة بشكل عام والقاصر بشكل خاص وهذا نتيجة إلى حجم المسؤولية الملقاة على عاتق قاضي شؤون الأسرة نتيجة حجم القضايا المعروضة عليه تجعله غير متفرغ للمراقبة والحماية الفعلية لمصالح القاصر[2].

ولذلك يستحسن بالمشرع الوطني السير على خطى المشرع المغربي مثلا؛ الذي وإن كان تخصيصه لقضاء أسري مستقل قد أسسه حديثا، إلاّ أنه قام بتوزيع المهام على العديد من القضاة وهذا تسهيلا

[1] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص340.

[2] وهو ما أكدته القاضية بالرايس مريم في مقابلة شخصية معها.

لمهامهم وكذا زيادة في حماية الأسرة، حيث بالرجوع إلى القانون المتعلق بالتنظيم القضائي[1]، نجد أنه بيّن اختصاصات قسم قضاء الأسرة وذلك كالآتي: " تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية، والميراث، والحالة المدنية وشؤون القاصرين والتوثيق، والكفالة وكل ماله علاقة برعاية وحماية الأسرة "[2].

وعليه يتشكل قضاء الأسرة من:

1- قضاة أحكام وتسمى بـ" هيئة الحكم " وهي مكلفة بقضايا الأحوال الشخصية والميراث وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة، وقضايا الحالة المدنية، وقضايا الكفالة.
2- قاضي الأسرة المكلف بالزواج وهو ما استحدثته مدونة الأسرة حيث تتلخص مهامه في منح الإذن بالزواج عن طريق الوكالة[3]، أو الإذن بزواج القاصر[4]، أو الإذن لذوي الإعاقة الذهنية[5]، كما يتوجب عليه التأشير على كل وثائق الزواج ومنح الإذن لقاضي التوثيق من أجل إبرام الزواج[6]
3- القاضي المكلف بالتوثيق مهمته تثبيت مدى استيفاء الوثيقة لأركانها وشروطها ولذلك مهمته هي مراقبة مدى توفر الشروط الشكلية المطلوبة قانونا في كل الحقوق والمعاملات والتصرفات المرتبطة بمدونة الاسرة[7].
4- القاضي المكلف بشؤون القاصرين مهمته فتح ملف النيابات الشرعية والرقابة القبلية والبعدية لهذه النيابة ولمهمته طابع حمائي بالدرجة الأولى لكل ما يتعلق بشؤون القاصر[8]، إضافة إلى الإشراف الإشراف على التركات في حال وفاة صاحبها خاصة إذا كان من ضمن الورثة قاصر[9].

إن هذه التشكيلة المركبة لقضاء الأسرة وزعت المهام داخل هذه المؤسسة وهذا سعيا من المشرع المغربي إلى تفعيل أحكام مدونة الأسرة بشكل عملي بالرغم من أن هذه التجربة لاتزال في بدايتها.

---

[1] ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 الموافق ل 15 ايليوز 1774 يتعلق بالتنظيم القضائي للملكة المغربية، ج ر ع 3220، ص 2027.

[2] الفصل 2 من التنظيم القضائي المغربي.

[3] أنظر في ذلك: المادة 17 و18 من م أ م.

[4] أنظر في ذلك: المادة 20 و21 من م أ م.

[5] أنظر في ذلك: المادة 23 من م أ م.

[6] أنظر في ذلك: المادة 65 من م أ م.

[7] أنظر في ذلك: المادة 67 و87 و124 من م أ م.

[8] أنظر في ذلك: المادة 240 و241 و243 و 246 و247 و250 و267 ومن م أ م.

[9] أنظر في ذلك: المادة 372 وما يليها من م أ م.

أما المشرع التونسي فقد حث القاضي على بذل المزيد من الجهد والاجتهاد عند وجود قصر[1]؛ كما سعى هو الآخر إلى توزيع وإشراك مهمة حماية القاصر في الجانب النفسي والمالي إلى عدة جهات قضائية، حيث أوكل الحماية النفسية للقاصر إلى قاضي شؤون الأسرة بموجب مجلة الأحوال الشخصية التي ركزت على حماية شخص القاصر، كما أوكل حماية مال القاصر إلى قاضي التقادم الذي خصه بشؤون القاصرين وفاقدي الأهلية فيما يتعلق بأموالهم وذلك بموجب الأمر 18 جويلية 1957 المتعلق بذلك[2]، كما منح للقاضي المجلسي[3]، و المدني وغيره من القضاة كل في مجاله اختصاصات تهدف لحماية القاصر، بل إنه تعدى ذلك إلى إشراك هيئات غير قضائية في تقرير هذه الحماية من خلال منح الولاية العامة للمؤسسات العمومية[4]؛ من ذلك ما جاء في الفصل الأول من قانون الولاية العمومية والكفالة والكفالة والتبني بقوله[5]: " يعتبر وليا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين متصرفو المستشفيات العمومية والمأوى ومعاهد الرضع ومدير الإصلاحات ومأوى الأطفال عندما يتعهدون بهم ".

الفرع الثاني: صور تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية مصالح القاصر

لقد خطى المشرع بشكل إيجابي نحو تفعيل النصوص الموضوعية المتعلقة بحماية القاصر من خلال الدور الإيجابي الذي منحه للمؤسسة القضائية بجميع هياكلها، خصوصا ما منحه من صلاحيات لقاضي شؤون الأسرة الذي وسع من سلطاته في مجال حماية القاصر من خلال توكيله مهمة السهر على مصالحه؛ ورخص له في سبيل ذلك كل الإجراءات والمكن القانونية التي تؤدي إلى التجسيد الفعلي لذلك سواء كان ذلك عن طريق العمل القضائي أو عن طريق العمل الولائي أو عن طريق ما خوله من سلطة تقديرية في رعاية مصالح القاصر بشكل عام؛ وهو ما سنتناوله تباعا ضمن هذا الفرع.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 32 من م أ ش ت.

[2] القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي مجهولي النسب والمنقح بموجب القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07-07-2003.

[3] " على عكس القضاء الفردي المتكون من قاضي منفرد فالقضاء المجلسي هو القضاء الجماعي الذي يتكون من أكثر من من قاض واحد، وهو مظهر من ظاهر الضمانات الإجرائية حيث يلعب دورا هاما لحماية القاصر ويتجلى هذا الدور خاصة في مادة النسب ". لتفصيل أكثر راجع: المهدي قيّاس، القاضي المدني وحماية القاصر، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص97 وما يليها.

[4] المهدي قيّاس، مرجع نفسه، ص92.

[5] القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس1958. سبق الإشارة إليه عند الحديث عن الكفالة.

أولا: تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية القاصر بموجب العمل القضائي

إن بحث كيفية تدخل القاضي لحماية مصالح القاصر بموجب عمله القضائي يتطلب بيان تعريف العمل القضائي، وكذا تحديد طبيعته وآثاره، والحالات التي يتدخل فيها القاضي بموجب عمله القضائي لحماية القاصر.

1- تعريف العمل القضائي:

هو نشاط يقوم به القاضي داخل المؤسسة القضائية وهو من صميم الوظيفة القضائية ويتمثل فيما يصدره من أحكام وهذا بالمفهوم الضيق أو قد يتعدى ذلك إلى مفهوم أوسع عندما يتعلق الأمر بالقاصر إذ أنه في هذه الحالة تكون مهامه القضائية أوسع بحكم أنه مسؤول عن مصالح القاصر وليس فقط قاضي أحكام[1]، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 424 من ق إ م إ.

2- طبيعة العمل القضائي:

بالرغم من إعطاء التعريف القانوني للعمل القضائي غير أن صورته لا تتضح إلاّ بإبراز طبيعته التي اختلف الفقه بتحديدها تبعا للمعايير التي اعتمدوها في سبيل بيان ذلك، حيث أن هناك من يرى بأن العمل القضائي يستند على معايير شكلية تحدد طبيعته وهناك من يرى بأنه يستند على معايير مادية:

أ- المعايير الشكلية:

يرى أصحاب هذا الرأي أن كل من العمل القضائي وكذا الإداري هدفهما واحد وهو تطبيق القانون لذلك لا يمكن النظر إلى الغاية من العمل لتحديد طبيعته؛ وإنما يتوجب النظر في الجهة أو الهيئة التي تقوم به، وعليه فإن العمل يعد قضائيا إذا صدر من جهة مستقلة مبنية على قواعد التدرج وتخضع لإجراءات خاصة يتوجب اتباعها حماية لحق المتقاضين، هذا وقد أضاف بعض الفقهاء إلى هذا الرأي وسيلة أخرى تبين طبيعة العمل كونه قضائيا من خلال آثاره والمتمثلة في تميزه بقوة الشيء المقضي به[2].

ب- المعايير المادية:

تنوعت المعايير التي يأخذ بها أنصار هذا الرأي:

---

[1] غوتي بن ملحة، التنظيم القضائي الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص ص 87، 88.

[2] غوتي بن ملحة، التنظيم القضائي الجزائري، مرجع نفسه، ص ص 88، 89.

حيث هناك من يستند في تحديد العمل القضائي إلى فكرة النزاع الذي بموجبه يتحرك العمل القضائي للفصل في الخصومة القائمة، غير أن هذا القول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأن هناك من الحالات التي تدخل ضمن صميم العمل القضائي ولا يكون فيها تعارض بين مصالح شخصين كالطعن الذي تقدمه النيابة العامة لصالح القانون[1].

وهناك من يرى الهيكل الذي بني عليه العمل القضائي يتطلب توفر ثلاثة عناصر لذلك والمتمثلة في الادعاء والتقرير والحكم أو القرار، وكذلك هذا المعيار لا يمكن اعتماده بشكل منفرد وذلك لكون الادعاء يخرج عن مجال العمل القضائي[2].

أما المعيار الأخير فيتمثل في التركيز على الغاية من العمل القضائي وذلك من خلال النظر في الغاية التي يرمي إليها القاضي من وراء نشاطه الذهني الذي لا يتوقف على تسليط العقوبة على مخالفة القانون بل يتعدى ذلك إلى التحقيق في الادعاءات المتعلقة بمخالفة القاعدة القانونية أساسا[3].

يتضح مما سبق أن الفقه لم يتفق على معيار موحد في تحديد طبيعة العمل القضائي.

ت- موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير على ضوء قانون الأسرة:

بالرجوع إلى موقف المشرع نجد أنه وفق بين مختلف المعايير الشكلية منها والمادية في تحديد طبيعة العمل القضائي حيث بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أنه كرس ذلك في مختلف نصوصه فعلى سبيل المثال نجد أنه عمل بالمعيار الشكلي من خلال تخويله الهيئة القضائية دون سواها برعاية مصالح القاصر وتحديدا تكليف قاضي شؤون الأسرة بذلك، وقام بتسخير جملة من الإجراءات القانونية في سبيل تحقيق هذه الرعاية، كما أنه من جانب آخر عمد إلى إعمال المعايير الموضوعية من خلال جعل ما يدخل ضمن العمل القضائي يقوم على فكرة النزاع أو المطالبة القضائية من ذلك مسألة اسناد الحضانة وإثبات النسب، الطلاق ...إلخ.

3- آثار العمل القضائي:

ينتج عن العمل القضائي ثلاث مسائل تتمثل في الآتي:

[1] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 209.

[2] غوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص ص 90، 91.

[3] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 209.

أ- حجية الشيء المقضي به:

ويقصد بها أن الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى يتمتع بالثبات ولا يجوز نقضه بدعوى جديدة وهو ما نصت عليه المادة 338 من ق م، ويترتب على هذا القول أن الحكم الذي يصدره القاضي هو عنوان الحقيقة بالنسبة لأطراف النزاع ويكون له أثر نسبي يتعلق بأطراف الدعوى دون غيرهم[1]، باستثناء المسائل الأسرية حيث مثلا دعوى الطلاق قد تنصرف آثارها إلى الغير وهم الأولاد فيما يتعلق بحضانتهم والإنفاق عليهم...إلخ.

هذا وإن الحكم الصادر بداية يكون حائزا لحجية الشيء المقضي به وبعد استنفاذ طرق الطعن أو انتهاء مواعيدها يصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به، غير أنه أيضا في المسائل الأسرية ولكونها متعلقة بحالة الأشخاص فإن الأحكام فيها لا تحوز الحجية المطلقة.

ب- خروج القضية من ولاية القاضي بعد الفصل فيها:

حيث ينطق القاضي للحكم لا يمكن الرجوع إليه من جديد ليعيد النظر فيه[2]، غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات من ذلك ما جاء في المادة 79 من ق أ التي تمنح لقاضي شؤون الأسرة الذي حكم بالنفقة للأولاد أن يعيد النظر في تقديرها[3].

ت- الأحكام تصرح بوجود حقوق ولا تنشئها:

حيث أن حكم القاضي يقرر مدى تمتع المدعي بالحق المطالب به من عدمه دون تجاوز ذلك إلى إنشاء حقوق جديدة[4]، غير أن هذا الاصل يرد عليه استثناء حيث أن هناك من الأحكام التي تنشأ حقوق

---

[1] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 211.

[2] غوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 94.

[3] حيث جاء فيها: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".

[4] يقصد بالأحكام التقريرية: " تلك الأحكام القضائية التي تقضي بوجود الحق أو المركز القانوني، فالحكم المقرر أو الكاشف هو الذي يصدر مقررا ومؤكدا لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل...وبصدوره تتحقق الحماية القانونية الكاملة " أما الأحكام المنشئة فهي: " تلك الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم، وبصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية ". لتفصيل أكثر راجع: فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 154.

ومراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل حيث تسري آثارها من يوم الحكم ومثال ذلك حكم الطلاق وحكم تصفية الشركة...إلخ[1].

ويجدر التنبيه هنا أن العمل القضائي يتم في صورتين إما عن طريق مطالبة قضائية عادية لحماية حق موضوعي، وإما أن تكون المطالبة بموجب دعوى استعجالية وتهدف إلى حماية مصلحة محتملة أو اتخاذ تدابير مؤقتة إلى غاية الفصل في الدعوى الموضوعية ويترتب عن ذلك أن القاضي في الحالة الأولى يصدر أحكام موضوعية تمس أصل الحق، ويصدر في الحالة الثانية أوامر الاستعجالية لا تمس بأصل الحق[2]؛ لذلك فكليهما يهدف إلى الحماية القضائية للحق لكونهما عملين قضائيين مبنيين على مبدأ الوجاهية وضرورة رفع دعوى وتبليغها للخصم تبليغا رسميا، إلاّ أنهما يختلفان من حيث الإجراءات والهدف وكذا الآثار، حيث أن الأمر الاستعجالي يتسم بسرعة الإجراءات من حيث رفع الدعوى وتبليغها والفصل فيها[3]، كما أن الدعوى الاستعجالية تقوم على مصلحة محتملة، وتعد أيضا وسيلة لاتخاذ التدابير المؤقتة، الهدف منها الحصول على حماية مؤقتة إلى غاية الفصل في الموضوع الأصلي للدعوى لذلك فإنه وإن حاز حجية الشيء المقضي فيه إلاّ أن هذه الحجية مؤقتة تنتهي بالفصل في الموضوع[4].

4- الحالات التي يتدخل فيها القاضي بموجب عمله القضائي لحماية القاصر:

من خلال بياننا لمفهوم العمل القضائي وتحديد طبيعته وما يترتب عنه من آثار قانونية، يمكن القول بأن العمل القضائي هو أساس الوظيفة القضائية والعمل الأساسي للقاضي والمتمثل في حل النزاع بين الخصوم وذلك من خلال تكييف الوقائع وإيجاد الحلول القانونية لها الواردة ضمن نصوص القانون[5]، ولا شك أن هذا العمل الذي يقوم به يهدف من خلاله المحافظة على الحقوق ومنع الاعتداء عليها وخاصة إذا تعلق الأمر بالقصر.

---

[1] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 212.

[2] نص المشرع على أحكام الاستعجال ضمن المواد من 299 إلى 305 من ق إ م إ، وقد منح لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات قاضي الاستعجال في مجاله بموجب المادة 425 من ذات القانون.

[3] السامعي حذاق، أثر مدى حجية أحكام القضاء الاستعجالي على قابليتها للطعن، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مج11، ع4، 2018، ص 39.

[4] السامعي حذاق، مرجع نفسه، ص 42

[5] اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، مدرسة دكتوراه، دراسات قانونية، قطب جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2010-2011، ص 53.

وعليه يعد العمل القضائي من بين الوسائل القانونية التي يحمي بموجبها القاضي القاصر وهو ما تضمنه قانون الأسرة وغيره من النصوص القانونية المتعلقة بحماية القاصر، من ذلك تدخل القاضي في إسناد حضانة القاصر والحكم له بالنفقة والمسكن وكذا حق الزيارة وهذا حماية له من التشرد والإهمال وكذا إثبات البنوة الشرعية...إلخ، حيث يكون تدخله في هذه الحالات من خلال ما يمارسه من عمل قضائي سواء تم ذلك بموجب أحكام عادية موضوعية أو كان بموجب أوامر استعجالية وذلك كالأمر بإسناد حضانة القاصر إلى شخص معين مؤقتا أو الحكم له بنفقة مؤقتة إلى غاية الفصل في الدعوى الموضوعية [1]، وكذلك الأمر بالنسبة لمنح الولاية عليه في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق[2]، وغيرها من الحقوق التي يستوجب الحصول عليها بموجب دعوى قضائية يفصل فيها القاضي مراعيا في ذلك مصلحة القاصر باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة؛ وكذا مدى توفر حالة الاستعجال في ذلك من عدمه، فكل ذلك يكون من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة الذي يمارسه بموجب عمله القضائي وفي إطار أدائه لوظيفته القضائية، كما أن مسألة النائب الشرعي عن مال القاصر لا تكون إلاّ بناء على مطالبة قضائية[3]، من طرف القاصر أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة[4].

ثانيا: تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية القاصر بموجب العمل الولائي:

إن بيان حالات تدخل القاضي بموجب عمله الولائي لحماية مصالح القصر يستلزم التطرق إلى تعريفها وكذا بيان اوجه الاختلاف بينه وبين العمل القضائي ثم بيان حالاتها.

1- تعريف العمل الولائي:

يعد العمل القضائي أساس وظيفة القاضي غير أن القاضي قد يمارس إلى جانبها أعمال أخرى تعرف بالأعمال الولائية أو أعمال الإدارة القضائية[5]، حيث تعرّف على أنها تلك الأعمال التي يقوم بها

---

[1] أنظر في ذلك المواد: 57 مكرر، 64 ، 72، 75،79 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 87 المعدلة بموجب الأمر 05-02 من ق أ .

[3] من ذلك ما جاء في المادة 474 من ق إ م إ: " ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأسرة... "، وكذلك ما جاء في المادة 475 من ذات القانون: " تكون الأحكام الصادرة طبقا لمقتضيات المادة 474 أعلاه قابلة لطرق الطعن ". وأيضا المادة 476 من ذات القانون: " ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها أمام قاضي شؤون الأسرة ".

[4] وهو ما جاء في المادة 477 من ق إ م إ: " ترفع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية من قبل القاصر بعد بلوغه أو ترشيده، أمام قاضي شؤون الأسرة ".

[5] غوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 94.

القاضي دون قيام أي منازعة قضائية وتكون عادة بناء على طلب يقدمه أحد الأطراف دون نزاع مع أحد، ولا يلجأ إلى هذا الإجراء إلاّ إذا نص القانون على ذلك[1].

2- طبيعة العمل الولائي:

على خلاف ما يتميز به العمل القضائي من خصائص وآثار فإن العمل الولائي لا يتضمن الفصل في نزاع قائم أو التأكد من وجود حق أو مركز قانوني مدعى به؛ بل إن دوره يتلخص في الإذن بشيء أو منعه أو الأمر بإجراء تحقيق أو معاينة لذلك فإن آثاره تختلف عن تلك المتعلقة بالعمل القضائي في كونه[2]:

- لا يفصل في نزاع معروض لذلك لا يتمتع بحجية الشيء المقضي به، وهنا تطرح إشكالية الطعن في هذه الأعمال؟
- حيث بالرجوع إلى الفقه القانوني نجد أنه اختلف في إمكانية ذلك بين مؤيد وعارض، حيث هناك جانب يرى أنه يجوز الطعن في الأعمال الولائية، وهناك جانب آخر يرى بعدم إمكانية ذلك.
- أن النزاع لا يخرج من ولاية القاضي حيث يجوز للقاضي العدول عنه أو تعديله[3]، من ذلك ما نصت عليه المادة 84 من ق أ بقولها: " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك ".
- أنه يصدر بموجب أمر على ذيل عريضة.

3- أنواع الأعمال الولائية:

تنحصر الأعمال الولائية في أربعة أنواع وهي[4]:

- أعمال التوثيق القضائية من ذلك إثبات الزواج.
- أعمال تتعلق بمنح الأذون والتراخيص القضائية كالإذن للقاصر بالتصرف في أمواله أو لوليه، والترخيص بالزواج، أو الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة والأمر بإجراء تحقيق أو معاينة...إلخ.

---

[1] أحمد خليل، مرجع سابق، ص 72.

[2] غوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 95.

[3] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 211.

[4] غوتي بن ملحة، التنظيم القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 96 وما يليها.

- أعمال تتعلق بتعيين أشخاص معينين لأداء مهام معينة ومراقبتهم من ذلك تعيين أو تثبيت الوصي والمقدم، وإمضاء عقد كفالة القاصر...إلخ
- أعمال إدارية تتعلق بتسيير المحكمة.

4- حالات تدخل القاضي بموجب سلطته الولائية لحماية القاصر:

لقد نص كل من قانون الأسرة وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الكثير من الحالات التي يسمح فيها القاضي شؤون الأسرة التدخل لحماية ورعاية مصالح القاصر بموجب أوامر ولائية.

فبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع حماية للقاصر من الزواج المبكر وما ينجم عنه من آثار منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة الترخيص له بذلك إذا رأى في ذلك مصلحة أو ضرورة وهذا عن طريق ما يمارسه من عمل ولائي، كما أنه وحماية للقاصر من التشرد والإهمال نص القانون على ضرورة اتخاذ القاضي كل التدابير الوقائية في سبيل حمايته من ذلك ما جاء في المادة 57 مكرر قولها: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ".

وفيما يتعلق بحفظ مال القاصر من الضياع وسوء التسيير من قبل النائب الشرعي فقد استلزم المشرع ضرورة تدخل رقابة القاضي بموجب عمله الولائي من أجل فرض رقابته على بعض التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي وتكون فيها خطورة على مال القاصر حيث أوجب الحصول على إذن مسبق من القاضي وهو ما نصت عليه المادة 88 من ق أ، وكذا المادة 90 و95 و99 و100من ذات القانون[1]، كما يمكن لقاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر طبقا للمادة 84 من ق أ وذلك بموجب أمر ولائي[2].

أما بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه منح للقاضي سلطة الفصل بموجب أوامر ولائية لحماية القاصر في نفسه أو ماله، من ذلك ما خولته المادة 425 من ذات القانون من صلاحيات ولائية تتضمن الأمر بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في إطار التحقيق، كما خوله الفصل في طلب كفالة القاصر بموجب أمر ولائي[3]، كما يمكن لقاضي شؤون الأسرة ومراعاة لمصلحة القاصر اتخاذ كل التدابير المؤقتة لممارسة الولاية وكذا إسناد الحضانة لأحد الأبوين أو إلى أحد الأشخاص الذين بينهم قانون الأسرة إلى غاية الفصل في موضوع

[1] أنظر في ذلك أيضا: المادة 479 من ق إ م إ.

[2] وهو ما تأكده المادة 480 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 493 من ق إ م إ.

الدعوى؛ وتكون هذه التدابير محل تعديل أو إلغاء تبعا لظروف المستجدة وتراعى في كل ذلك المصلحة الفضلى للقاصر[1].

كما منح للقاضي سلطة مراقبة مال القاصر في حال وفاة والديه[2]، كما خوله سلطة تعيين مقدم لإدارة أموال القاصر وذلك بموجب أمر ولائي[3]، كما خوله سلطة ذاتها في تثبيت الوصي أو تعيينه[4]، كما خوله القيام بأي إجراء مؤقت في حال وجود خطر يهدد المصالح المالية للقاصر نتيجة تقصير النائب الشرعي في أداء مهامه ويكون ذلك بموجب أمر ولائي أيضا[5].

ثالثا: تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب السلطة التقديرية

إن البحث في كيفية تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب السلطة التقديرية يستلزم بيان ماهيتها، ثم الوقوف على مجالاتها:

1- ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة:

أ- التأصيل التاريخي لفكرة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة:

يعد مصطلح السلطة التقديرية مصطلحا قانوني النشأة، حيث بالرجوع إلى التطور التاريخي لوجود هذا المصطلح[6]؛ يمكن القول أن النظم القانونية عرفت فكرة السلطة التقديرية[7]، غير أنها لم تتضح معالمها معالمها في ظل النظم القديمة بحكم تداخل السلطات[8]، واستمر الأمر على ما عليه إلى غاية مجيء

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 460 و461 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 467 و468 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 471 من ق إ م إ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 472 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 473 من ق إ م إ.

[6] اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 26 وما يليها.

[7] صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، "د ط"، دار النهضة العربية، "د م ن"، 2007، ص 289. أرزقي العربي أبرباش، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية القديمة الإسلامية الجزائرية، "د ط"، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 74، 75.

[8] بالرجوع مثلا إلى الحضارة الإغريقية نجد أنها عرفت فكرة السلطة المطلقة للقاضي خاصة في ظل الإصلاحات التشريعية التشريعية التي جاءت بها مدونة دراكون وصولون حيث ونتيجة إدخال عنصر القصد الجنائي في القسم المتعلق بالجرائم والعقوبات والبحث في نية الأشخاص تم منح القاضي سلطة تقديرية مطلقة في بحث ذلك، الأمر الذي أدى ببعض الفلاسفة من ذلك أرسطو إنكار ذلك على القاضي لأنه يرى التقدير هو سمة إدارية وما على السلطة القضائية سوى التطبيق دون

النهضة الأوروبية، حيث شهد العالم نضوجا على كافة الأصعدة من ذلك الجانب القانوني وكان ذلك خاصة في مطلع القرن الثامن عشر من خلال نقاش الفلاسفة والفقهاء حول مختلف الأفكار؛ من ذلك السجال حول فكرة توزيع السلطات ومدى تمتع القاضي بالسلطة التقديرية[1].

ولذلك كان آنذاك انقسام في الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض حول مدى منح القاضي لسلطة التقديرية وهذا كالآتي:

رأي المعارض لفكرة منح القاضي سلطة تقديرية حيث أنكر بعض الفقه القانوني القديم فكرة منح القاضي سلطة تقديرية بحكم أن القانون يتميز بالكمال ولا يعتريه أي نقص يقتضي تدخل القاضي لإكماله[2]، كما أن عمل القاضي يستمده من المشرع فكيف له أن يحل محله لابتداع الحلول القانونية ، إذ أن هذه الحلول موجودة في القانون وما على القاضي إلاّ تطبيقها بصفة آلية؛ وفي ذلك يقول مونتيسكيو: " إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع"، وبالتالي لا وجود لهذه السلطة لأن في الاعتراف بها اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات[3].

الرأي المؤيد لفكرة منح القاضي سلطة تقديرية والذي ذهب إليه غالبية الفقه الحديث من خلال الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي مبررين ذلك أن منح السلطة التشريعية للقاضي ولاية القضاء يستلزم

البحث= =في الفروق. لتفصيل أكثر راجع: روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة، صلاح الدباغ، ومراجعة، أحمد سلم، "د ط"، المؤسسة الوطنية، لبنان، 1967، ص 68.

أما الحضارة الرومانية فقد عرفت تطورا في المجال القانوني على خلاف سابقاتها من ذلك مسألة تجميع وتدوين النصوص القانونية التي تعد مصدرا تاريخيا لكثير من التشريعات الحالية من ذلك الفرنسي، وقد عرفت تنظيما قضائيا من خلال تحديد مهام الحاكم القضائي الذي كان في بدايته له سلطات مقيدة بالنظر في الدعاوى من الناحية الشكلية دون الفصل فيها ثم توسعت سلطاته نتيجة ظهور فكرة العدالة، حيث منحت له سلطة الاجتهاد في البحث عن القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق على النزاع حيث ابتكر فكرة الحيل القانونية وبذلك صار للقاضي دورا إيجابيا في الدعوى. غير أنه بالرغم من التطور القانوني الذي شهدته هذه الحضارة إلاّ أن فكرة السلطة التقديرية كان يكتنفها الغموض. لتفصيل أكثر راجع: يحي مصطفى المبشر، تاريخ القوانين" القانون الروماني"، ط1، "د ن"، "د م ن"، 2002، ص 59 وما يليها. أرزقي العربي أبرباش، مرجع سابق، ص 137 وما يليها.

[1] روسكو باوند، مرجع سابق، ص ص 64-65.

[2] فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1997، ص 6.

[3] إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني" دراسة تحليلية نقدية "، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1997، ص 8.

منحه سلطة التقدير[1]، فبالرغم من أن التشريع قد نظم جل المسائل الاجتماعية في مختلف الميادين إلاّ أن ذلك لم يرقى إلى درجة اعتبار القانون وصل لمرحلة الكمال لكون قواعده العامة والمجردة عندما تصطدم بالواقع قد يعجز التطبيق الآلي لها عن حل النزاع[2]؛ خاصة إذا تعلق الأمر بالمسائل الأسرية لكونها تتسم بطابع خاص يغلب فيه الجانب الإنساني عن الجانب المالي الأمر الذي يقتضي ضرورة الاجتهاد والبحث في الظروف والملابسات ، إذ أن القانون يقدم لنا مبادئ وتعميمات؛ دون أن يضع لنا حلولا نهائية[3].

ولذلك إعمال القاضي لسلطته التقديرية هو ليس اعتداء على مهام السلطة التشريعية لأن القاضي لا يبتدع قاعدة قانونية؛ وإنما يقوم بتقدير فرضيات تطبيقها، بل إن هذه السلطة تمارس بموجب نص قانوني أوجدها ولا تكون بمعزل عن ذلك، فالقانون هو من يرخص إعمالها وهو من يحدد مجالاتها، لذلك عمل القاضي يرتكز فقط على قيامه بدور إيجابي في نقل هذه القواعد من حالتها المجردة إلى الواقع العملي أو الحسي لإيجاد حل قانوني لما يعرض عليه من الأشخاص[4].

بعد التطرق إلى كلا الرأيين حول مدى منح القاضي سلطة تقديرية؛ يمكن القول أن المشرع عند وضعه للقواعد القانونية فإنه يهدف من ورائها إلى تحقيق حماية قانونية لجملة الحقوق والمراكز القانونية التي أوجدتها ولا يتأتى ذلك إلاّ من خلال منح القاضي سلطة تقديرية عند تطبيقها، وهذا حتى يخرج هذه القواعد من حالة الجمود والسكون إلى الحركة والفعالية، وبذلك يكون للقاضي دورا إيجابيا في مجاله ولا يكون مجرد آلة تنطق بالأحكام.

وعليه فإن منح القاضي سلطة تقديرية يدخل ضمن ولاية القضاء، حيث أصبح ذلك في العصر الحديث أمرا مسلما به، ومكرس في مختلف النصوص القانونية، بل إن هذا النشاط التقديري الذي يقوم به القاضي خاصة في مجال الخصومات أضحى يعرف بالسوابق القضائية والتي تعد في بعض التشريعات من قبيل المصادر القانونية الملزمة للقاضي[5]، في حين اعتبرها المشرع الجزائري مجرد مصادر احتياطية يستأنس بها القاضي في حله للنزاع المعروض دون أن يلزمه بذلك[6].

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، "د ط"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص ص 106، 107.

[2] ميشال تروبير، فلسفة القانون، ترجمة سعد جورج، ط1، دار الأنوار، "د م ن"، 2004، ص 93 وما يليها.

[3] روسكو باوند، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

[4] ميشال تروبيير، مرجع سابق، ص 94.

[5] اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 30.

[6] أنظر في ذلك: المادة 1 من ق م المعدل والمتمم.

أما على صعيد الفقه الإسلامي ونتيجة ما وضعته الحضارة الإسلامية من معالم ومبادئ حضارية لم ولن يسبقها إليه أحد فقد اعترفت لفقهائها قديما وحديثا بإمكانية إعمال سلطتهم التقديرية أثناء بحث الخصومات وفيما يقدم من طلبات وذلك تحت مسمى الاجتهاد وليس ما يعرف بمصطلح السلطة التقديرية[1].

هذا وقد حثت الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها على ضرورة اجتهاد القاضي فيما يعرض عليه حتى يكون له دورا إيجابيا فلا يكتفي فقط بتطبيق النصوص وإنما يتوجب عليه تحري الأصلح للتطبيق على الوقائع المعروضة واستنباط الأحكام التي تنطبق عليها، كما يتوجب عليه أن يبتعد عن الميولات النفسية فيما يقضي به وأن يسعى في سبيل ذلك إلى تحقيق العدل ومنح الحماية للضعاف[2]، فقد جاء في حديث عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، قال " **كيف تقضي إذا عرض لك القضاء؟** قال: أقض بكتاب الله، قال: **فإن لم يكن في كتاب الله؟** قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: **فإن لم يكن في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟** قال أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صدره وقال: **الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله** "[3] .

أما بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية نجد أنه كرسها في مختلف فروع القانون[4]؛ من ذلك قانون الأسرة الجزائري من خلال النص عليها ضمن نصوصه، فباعتبار موضوعات قانون الأسرة ذات طابع خاص بحكم ما تعالجه من مسائل إنسانية متجددة استلزم ذلك ضرورة منح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية أثناء ممارسة وظيفته القضائية سواء عند فصله في الخصومات أو فيما يتعلق بعمله الولائي، فبالرجوع إلى أحكام المادة 222 من ق أ: " يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد عليه المشرع في هذا القانون "، بل حتى مع وجود النص القانوني نجد المشرع قد منح للقاضي سلطة الاجتهاد عند تطبيق النص وهذا من خلال البحث في الظروف والملابسات وكذا كشف الغموض الذي قد يعتريه.

---

[1] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 95.

[2] عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، "د ط"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 16.

[3] أبو داوود سليمان بن الاشعث، كتاب الأقضية باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم3592، محمد بن عيسى أبو عيسى الترميذي، في الأحكام عن رسول الله باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم: 1327، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، إشراف آل الشيخ صالح بن عبد العزيز، ط1، دار السلام، المملكة العربية السعودية، 1999، ص ص 1498-1785. أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى باب ما يقضي به القاضي، ج10، "د ط"، دار الفكر، لبنان، "د س ن"، ص 114.

[4] اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 33 وما يليها.

يمكن القول إذا أن المشرع الجزائري لم يعترف فقط بفكرة السلطة التقديرية للقاضي بل كرسها وجعلها مصاحبة لعمله القضائي فهو يستمدها من نص القانون ويعملها بموجبه لذلك نجد أن جل نصوص قانون الأسرة تمنح للقاضي هذه السلطة غير أنها تختلف بين الإطلاق والتقييد تبعا لطبيعة الموضوع الذي منحت بسببه.

ب- **تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة:**

بالرغم من منح المشرع – كما سبق الإشارة إليه –السلطة التقديرية للقاضي في مختلف فروع القانون من ذلك قانون الأسرة، إلاّ أنه لم يقم بتعريفها تاركا ذلك للفقهاء الذين وإن اختلفت تعاريفهم من حيث الألفاظ إلاّ أنها تكاد تتفق حول ذات المعنى لذلك يمكن أن نذكر البعض منها:

حيث عرفها الدكتور محمود محمد ناصر بركات بأنها:" صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي"[1].

وهناك من عرفها بأنها:" مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة للتطبيق على النزاع المطروح مع مراعاة أحوال المتقاضين ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية"[2].

يتضح من التعريفات السابقة أنها تتفق كلها حول طبيعة هذه السلطة وهي أنها صلاحية أو مكنة تمنح بموجب القانون، غير أن كل من التعريف الأول والثاني يرى بأن هذه المكنة تستعمل فقط بمناسبة قيام القاضي بالعمل القضائي المتمثل في الفصل في الخصومات وفي ذلك تضييق لمجال إعمال هذه السلطة، بخلاف التعريف الأخير الذي جعل منها شاملة وموسعة قد تستعمل بمناسب الوظيفة القضائية؛ كما أنها قد تمنح لغير الجهاز القضائي ويقصد بذلك الإدارة، لذلك فإن هذه المكنة تمنح بموجب القانون وفي إطار قانوني لذوي الاختصاص كل في مجاله.

[1] مرجع سابق، ص 81.

[2] اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 50.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن السلطة التقديرية هي المكنة القانونية التي منحها المشرع لقاضي شؤون الأسرة بمناسبة أداءه لوظيفته القضائية وهي تشمل العمل القضائي وكذا العمل الولائي.

2- مجالات إعمال القاضي سلطته التقديرية لحماية القاصر:

لقد خول المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة بمناسبة أداءه لوظيفته القضائية سلطة تقديرية تراوحت بين الإطلاق والتقييد حيث لم يتم حصرها فقط في إطار العمل القضائي؛ بل وسع منها وجعلها تشمل حتى ما يقوم به من أعمال ولائية وجعل أساس ذلك السلطة التقديرية، وهو ما تؤكده جملة النصوص القانونية الواردة ضمن قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن جل نصوصه منحت للقاضي سلطة تقديرية في بحث المسائل التي يحكمها لكونها ترتبط بأمور إنسانية وذات طابع خاص يستلزم من القاضي إعمال التقدير القضائي لتوصل للحلول القانونية من ذلك، إعمال هذه السلطة لحماية القاصر فعلى سبيل المثال نجد أن المادة 7 من ق أ منحت للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في بحث مدى إمكانية الترخيص للقاصر بالزواج إذا توفرت حالة الضرورة ومصلحة القاصر، وهو ذات الموقف الذي سار عليه فيما يتعلق بترشيد القاصر[1]، وكذا منح الإذن القضائي في التصرف في ماله من قبل النائب الشرعي[2].

كما لم يخلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية كذلك من منح القاضي هذه المكنة لحماية القاصر من ذلك ما نصت عليه المادة 424منه والتي منحت للقاضي السلطة المطلقة في السهر على حماية مصالح القاصر؛ وله القيام بكل الإجراءات التي يراها ضرورية في سبيل تحقيق ذلك[3].

المطلب الثاني: دور النيابة العامة في حماية القاصر

لم يكتفي المشرع بمنح قاضي شؤون الأسرة وحده مهمة حماية القاصر وإنما أشرك في ذلك النيابة العامة باعتبارها ممثلا عن المجتمع وذلك بالنظر لمركزها القانوني ضمن الهرم القضائي؛ حيث أخرجها عن دورها الأصيل المتمثل في تحريك الدعوى العمومية والمتابعة الجزائية ليجعلها طرفا في القضايا الأسرية وذلك بموجب المادة 3 مكرر المستحدثة بموجب الأمر (05-02) وهو ما يطرح تساؤلا يتعلق بالمركز القانوني الذي تلعبه النيابة العامة ضمن قانون الأسرة؟ وما هي الآليات القانونية التي على ضوئها ستتدخل لحماية القاصر؟

---

[1] أنظر في ذلك المادة 84 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك المادة 89 وكذلك المادة 92 من ق أ.

[3] أنظر أيضا: المادة 461 وكذا المادة 465 و466 من ق إ م إ.

غير أنه وقبل بحث ذلك يتوجب بداية بيان مفهومها ووظائفها الأصلية ثم بيان مركزها القانوني في القضايا المدنية عموما والقضايا الأسرية خصوصا، لنتوصل بعد ذلك إلى الحديث عن صور تدخل النيابة العامة لحماية القصر.

وعليه ستتمحور دراستنا لهذا المطلب التطرق بداية لمركز النيابة العامة ضمن الهرم القضائي وهذا ضمن (الفرع الأول)، ثم نبحث دورها أمام القضاء المدني وهذا في (الفرع الثاني)، ونتحدث بعدها عن صور تدخلها لحماية القاصر بناء على ما تلعبه من دور في القضايا الأسرية وهذا في(الفرع الثالث).

الفرع الأول: مركز النيابة العامة ضمن الجهاز القضائي

لقد خص التنظيم القضائي كل جهاز داخل القضاء بدور يلعبه، من ذلك النيابة العامة باعتبارها إحدى مكوناته حيث خصها بدور هام يتمثل في تمثيل المجتمع والدفاع عليه تحقيقا لفكرة الحفاظ على النظام العام، لذلك منح لها في سبيل تحقيق ذلك اختصاصات ذات طبيعة حمائية تحقيقا لهذه المصلحة. وهو ما سنبحثه في هذا الفرع من خلال بيان مفهومها أولا، ثم تحديد صلاحياتها أو الوظائف الممنوحة لها أصالة وهذا ثانيا.

أولا: مفهوم النيابة العامة:

1- تعريف النيابة العامة:

هي جهاز قضائي ذو طبيعة خاصة بحكم المهام القضائية والإدارية المخولة لها، تختص بمباشرة وتحريك الدعوى العمومية وهذا رعاية للمصلحة العامة والحفاظ على النظام العام[1]، كما تعد جزء من تشكيلة المحكمة، ولها دور الخصم والحكم في الدعوى الجزائية بحكم المركز القانوني المخول لها قانونا[2]، كما أن أعضاءها يحملون صفة القاضي ولهم نفس ضمانات قضاة الحكم[3].

---

[1] يقصد بالدعوى العمومية الوسيلة القانونية لتوجيه الاتهام الجنائي نيابة عن المجتمع وكذا الحق في توقيع العقوبة والهدف منها حماية المصلحة العامة. راجع في ذلك: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 48.

[2] فاطمة العرفي، المركز القانوني لجهاز النيابة العامة قبل تحريك الدعوى العمومية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الامير عبد القادر، قسنطينة، مج 6، ع 12، 2017، ص 86.

[3] جيلالي بغدادي، التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص40.

2- طبيعة عمل النيابة العامة:

لم يتفق الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للنيابة العامة فهناك من يرى بأنها هيئة تنفيذية لكونها تتبع وزير العدل في خضوعها لرئاسته وإمكانية توقيع عقوبات تأديبية على أعضائها في حال الإخلال بأداء وظائفهم ، كما يعتبرونها أيضا سلطة إتهام تحرك وتباشر الدعوى العمومية، وهناك من يعتبرها هيئة قضائية لأن وظائفها ذات صبغة قضائية من ذلك وظيفة الضبط القضائي والتحقيق إضافة إلى كونها هيئة تدخل في تشكيل المحكمة، وهناك رأي آخر يتوسط الرأيين حيث يرى بأن النيابة العامة ذات طبيعة خاصة وهذا بالنظر في وظيفتها وكذا موقعها ضمن الهرم القضائي حيث تعد هيئة قضائية تنفيذية، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري الذي أخضع أعضاء النيابة العامة لتبعية وزير العدل، كما أوكلها مهام قضائية بحتة من ذلك ما نصت عليه المادة 1 و29 من ق أ[1].

3- خصائص النيابة العامة:

تختص النيابة العامة بكونها:

- **وحدة لا تتجزأ:** ويعني ذلك أن أعضاءها يكملون بعضهم البعض حيث أن كل واحد فيها يمكنه إنابة غيره وحتى أثناء سير الجلسة كما أنه يستطيع مواصلة العمل الذي التزم به زميله[2].
- **استقلالية أعضاء النيابة العامة عن قضاة الحكم:** فبالرغم من أن النيابة العامة تدخل في تشكيلة المحكمة وأن أعضاءها هم قضاة، إلاّ أنهم يمارسون أعمالهم بشكل مستقل عن هيئة الحكم ولا يربطهم بها علاقة تبعية[3].
- **خضوع أعضاء النيابة العامة لمبدأ التدرج الإداري:** حيث ومن خلال ما سبق ذكره حول طبيعة النيابة العامة يمكن القول بأن أعضاءها بالرغم من تمتعهم بصفة القاضي؛ إلاّ أنهم لا يخضعون لنفس الأحكام التي يخضع لها قضاة الحكم، حيث يخضع أعضاءها لمبدأ التبعية، حيث يأتي في أعلى الهرم وزير العدل حافظ الأختام الذي يخضعون لرئاسته وصولا إلى أدنى مرتبة في السلم الإداري.

---

[1] كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014-2015، ص 45.

[2] معراج جديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة،" د ط"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 20.
أنظر أيضا: المادة 29 و34 من ق إ ج.

[3] وهو ما تؤكده المادة 238 و250 من ق إ ج.

- **عدم جواز رد أعضاء النيابة العامة:** يعد الرد وسيلة قانونية منحها القانون للخصم تتضمن تقديم طلب بتنحية القاضي من النظر في دعوى معينة وقد نص المشرع عن حالات ذلك بموجب المادة 554 من ق إ ج[1]، وعليه فإن قضاة النيابة العامة لا يجوز ردهم لأنهم طرف أصلي في الدعوى العمومية وهو ما أكدته المادة 555 من ق إ ج.
- **عدم مسؤولية أعضاء النيابة العامة:** وتتمثل هذه الخاصية في عدم مساءلة أعضاء النيابة العامة عن أي إجراء تتخذه أثناء تحريكها أو مباشرتها للدعوى العمومية، فهي لا تلتزم بالتعويض في حال حبسها لمتهم يتضح في ما بعد أنه بريء، فالمساءلة هنا تكون للدولة باعتبار تبعية الجهاز القضائي لها ولا تكون المساءلة لشخص عضو النيابة العامة، غير أن هذه القاعدة لا تطبق على ما يرتكبه عضو النيابة العامة من أخطاء شخصية بمناسبة أداء وظيفته حيث يكون هنا مسؤولا بصفة شخصية عن ذلك مدنيا وجزائيا وهو ما نصت عليه المادة 29 و31 من القانون الأساسي للقضاء.

ثانيا: وظائف النيابة العامة:

تتمثل وظائف النيابة العامة بشكل خاص في[2]:

- تحريك ومباشرة الدعوى العمومية وهو ما جاء في المادة 1 و29 من ق أ.
- تلقي الشكاوى والبلاغات حيث تكون لها سلطة اتخاذ ما تراه مناسبا بشأنها.
- القيام بإجراءات البحث والتحري في الجرائم المرتكبة.
- إبداء الرأي في كل المسائل القانونية التي تستوجب تدخل النيابة العامة سواء تعلقت بأمور مدنية أو أسرية أو جزائية.
- حضور الجلسات وتقديم الطلبات.
- تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية.
- إضافة إلى الوظائف الإدارية المسندة إليها.

يتضح مما سبق أن الوظيفة الأصلية للنيابة العامة تكمن ضمن الإطار الجزائي؛ غير أن هذا لا يمنع من ممارسة مهام أخرى خارج المجال الجزائي من ذلك تنفيذ الأحكام القضائية من ذلك ما جاء في المادة 22 من ق أ. كما يمكن لها ممارسة مهام معينة بموجب القانون أمام القضاء المدني بشكل عام

[1] ق م ع ملف رقم: 170655، بتاريخ 26-11-1997، ص 166.

[2] معراج جديدي، مرجع سابق، ص 21.

والقضاء الأسري بشكل خاص وهو ما نصت عليه المادة 3 مكرر من ق أ وكذا المواد 256 وما يليها من ق إ م إ.

غير أنه في هذه الحالة يتوجب التساؤل عن الدور الذي تلعبه النيابة العامة أمام هذه الجهات؟ وما الهدف من إقحامها في ذلك؟

الفرع الثاني: دور النيابة العامة أمام القضاء المدني

لقد سبق بيان الدور الأصيل للنيابة العامة المتمثل في حماية المجتمع من خلال متابعة كل من يتعدى على القانون، حيث تعد خصما في الدعوى الجزائية، غير أن دورها في القانون لا يقتصر فقط على ذلك وإنما قد تكون النيابة العامة أيضا طرفا في الدعاوى المدنية، الأمر الذي يستدعي التساؤل عن دورها أمام القضاء المدني؟

بالرجوع إلى الفقه القانوني حول عمل النيابة العامة أمام القضاء المدني نجد أنه يصنفه إلى صنفين: وهو إما أن تكون طرفا أصليا؛ أو يمكن أن تكون طرفا منضما ويستند هذا التصنيف إلى أساس قانوني يؤكد ذلك وهو ما تضمنته المادة 256 من ق إ م إ بقولها: " يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم ". ويترتب على هذين الوضعين القانونيين للنيابة العامة آثار قانونية وهو ما سنبحثه في الآتي:

أولا: النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية والآثار القانونية المترتبة على ذلك

1- تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية:

إن دور القانون لا يتوقف عند مجرد الاعتراف بالحقوق بل يتعدى ذلك إلى حمايتها ولا يكون ذلك إلاّ من خلال رفع الدعوى إلى القضاء حيث يلتجا بموجبها المدعي لإثبات ادعاءه بقيام حقه ووجوده، ويكون دور المدعى عليه في هذه الدعوى مناقشة هذه الادعاءات والدفاع عن موقفه، ويكون القاضي حكما بينهما من خلال ما يصدره من حكم يتعلق بقبول ادعاء المدعي أو رفضه.

وعليه فحماية الحقوق والمراكز القانونية لا تكون إلاّ عن طريق اللّجوء إلى القضاء من طرف الأشخاص المخولين قانونا بذلك، وهي المكنة القانونية التي خولها المشرع للنيابة العامة من خلال منحها سلطة الادعاء في الدعوى المدنية عموما وفق ما جاء في المادة 256 من ق إ م إ أعلاه.

وانطلاقا من هذا القول فإن افتراض وجود النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية هو أن تكون إما مدعية بحق معين[1] وبالتالي هي من تقدم الطلب بداية للمحكمة حتى تتحصل على حكم إيجابي لصالحها، وذلك من خلال مطالبة قضائية تتم وفق الإجراءات القانونية المتضمنة وجوب إيداع عريضة إفتاح دعوى مكتوبة تودع لدى كتابة ضبط المحكمة، حيث يشترط في رفعها توفر الصفة والمصلحة ويتم تسجيلها وتحديد تاريخ الجلسة، كما يتوجب تبليغ الخصم بها وفقا للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها[2].

أو أن تكون في ذات المركز " أي طرفا أصليا " في الدعاوى التي أجاز لها القانون رفعها بنفسها ولم تقم بذلك وتم تدخلها فيها وجوبيا إذا أقامها غيرها وهو الأمر الذي قال به الفقه[3]، بل إن الدكتور أحمد خليل يسمي تدخل النيابة في هذا الوضع بالهجومي " أو الاختصامي أو الأصلي" والذي يترتب عليه: "أنها تصبح طرفا في الخصومة كالأطراف الأصليين وتأخذ فيها مركز المدعي بما يترتب على هذا المركز من سلطات وأعباء فلها إبداء الطلبات وأوجه الدفاع التي لكل مدعي إبداؤها ولا تكون آخر من يتكلم"[4]؛ وهو ما نص عليه المشرع من خلال المادة 256 و المادة 260 من ق إ م إ من خلال النص على وجوب تدخل النيابة العامة على مستوى المحكمة وفق صورتين إما باعتبار تدخلها وجوبيا كطرف أصلي" وهو ما نعنيه من قولنا سابقا " أو بوصف تدخلها وجوبيا كطرف منضم " وهو ما سنعالجه لاحقا".

ويجب التذكير أن عمل النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية لا يكون إلاّ استثناء عندما ينص القانون على ذلك، وعليه لا يجوز لها الادعاء أو أن يدعى عليها إلاّ بموجب نص يجيز ذلك، ويعني هذا أنها لا تكون خصما في الدعوى المدنية إلاّ بموجب نص قانوني ينص على ذلك وإلاّ كانت دعواها غير مقبولة لانعدام الصفة حتى ولو كان تدخلها يهدف إلى حماية المجتمع[5].

إن وجود النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية يقتضي وجود أساس قانوني يقضي بذلك حتى تكون لها الصفة في أن تكون طرفا مدعي أو مدعى عليه في هذه الدعوى.

---

[1] الادعاء هو وسيلة أو إجراء قانوني يقوم به الشخص للمطالبة بحقه أو تأكيد مركزه القانوني في مواجهة شخص آخر بناء على وقائع ترفق بأدلة وقرائن تثبت ذلك.

[2] فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الاسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م7، ع2، 2016، جامعة الوادي، الجزائر ص ص 53، 54.

[3] أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 313.

[4] مرجع سابق، ص 85.

[5] عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم 05-02)، مجلة المحكمة العليا، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار، رويبة، ع2، 2005، ص 34.

ومن بين الحالات التي تكون للنيابة العامة صفة المدعي فيها ما جاءت به المادة 1/372 من القانون التجاري بقولها: " لا تتحمل جماعة الدائنين مصاريف الدعوى التي ترفعها النيابة العامة"، كما جاء في المادة 2/38 من قانون الجنسية المعدل بموجب الامر (05- 02) على ما يلي: " وللنيابة العامة وحدها الحق في أن ترفع ضد أي شخص كان دعوى يكون موضوعها الأصلي إثبات تمتع المدعي عليه بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بها، وهي ملزمة بإقامة الدعوى في حالة ما إذا طلب منه ذلك إحدى السلطات العمومية ".

وكذلك ما جاء في المادة 286 من ق إ م إ المتعلقة بتصحيح الخطأ المادي حيث يجوز للنيابة العامة تقديم هذا الطلب لا سيما إذا تبين لها أن هذا الخطأ يعود إلى مرفق العدالة[1].

أما إمكانية أن تكون النيابة العامة مدعى عليه فإنه لا بد من نص صريح يقضي بذلك وهذا حتى تتخذ هذا الوصف؛ من بين هذه الحالات نجد ما نصت عليه المادة 1/38 من قانون الجنسية: " لكل شخص الحق في إقامة دعوى يكون موضوعها الأصلي استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية ويدفع المعني بالأمر بالدعوى ضد النيابة العامة مع عدم الإضرار بحق تدخل الغير".

2- الآثار القانونية المترتبة على دور النيابة كطرف أصلي في الدعوى المدنية:

يترتب على اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى المدنية ما يلي:

- عدم قبول الدعوى التي ترفع من النيابة العامة إذا لم تستند في رفعها إلى نص يقضي بحقها في ذلك.
- أن النيابة العامة يمكن أن تكون في مركز الخصم في الدعوى ولها ما للخصوم من حقوق والتزامات وهو ما نصت عليه المادة 256 من ق إ م إ بقوله: " يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي...".
- يجب أن تودع طلباتها وكذا دفوعها مكتوبة ويتوجب حضورها للجلسات وهو ما نصت عليه المادة 258 من ق إ م إ بقولها:" يجب على ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابيا وحضور الجلسة في القضايا التي تكون طرفا أصليا فيها".
- يجب عليها تبليغ الخصم بالدعوى وكذلك بالحكم إن كان في صالحها[2].

[1] عرفت المادة 287 من ق إ م إ الخطأ المادي بقولها: " يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها ".

[2] أنظر في ذلك: المادة 455 و456 من ق إ م إ.

- يمكن لها الطعن في الأحكام الصادرة لغير مصلحتها[1].
- إذا خسرت النيابة العامة الدعوى فإن المصاريف القضائية تكون على عاتق الخزينة العمومية.

ثانيا: النيابة العامة كطرف منضم في الدعوى المدنية والآثار القانونية المترتبة على ذلك

1- تدخل النيابة العامة كطرف منضم في الدعوى المدنية:

يقصد بعمل النيابة العامة كطرف منضم في الدعوى المدنية هو أن ترفع الدعوى بداية من طرف الأشخاص حيث تنعقد الخصومة؛ دون أن تكون النيابة العامة طرفا فيها، ثم تقوم بالتدخل أثناء سير الدعوى وهنا تعد النيابة طرفا منضما في الدعوى وليس طرفا أصليا فيها، ويكون وضعها القانوني في هذه الحالة حياديا وفق هذه الوسيلة الإجرائية[2]؛ حيث لا تنحاز إلى أي طرف وإنما يقتصر دورها على ضمان تطبيق القانون واحترام النظام العام[3]؛ وهو الدور الذي منحه لها المشرع بموجب المادة 256 من ق إ م إ.

إن تدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية كطرف منضم يجعل منها إذا طرفا ممثلا للمصلحة العامة لا ممثلا لأحد أطراف الدعوى، حيث يكون تدخلها في هذه الحالة إما تلقائيا وهذا وفقا للمادة 257 من ق إ م إ:" تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام" كما يمكن أن يكون تدخلها وجوبا وهذا ما نصت عليه المادة 259 من ق إ م إ : " يكون ممثل النيابة العامة طرفا منضما في القضايا الواجب إبلاغها، ويبدي رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون "، كما بينت المادة 260 من ق إ م إ على الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة وجوبا.

يتضح مما سبق أن النيابة العامة تسمى طرفا منضما أثناء خصومة قائمة بين أطرافها، غير أن هذه التسمية تعرضت للنقد من قبل بعض الفقه الذي يراها معيبة لكون الطرف يسعى دائما لتحقيق مصلحة ذاتية وهنا النيابة تتدخل للمصلحة العامة، كما أن مصطلح الانضمام غير مناسب بالنسبة لمركز النيابة العامة التي لا تنضم إلى أحد أطراف الدعوى وإنما تدخلها هنا مستقل هدفه هو تطبيق القانون وهو هدف قد لا يسعى إليه كلا الطرفين، لذلك فهي في الأصل لا تعد طرفا وإنما هي " ممثلة للمصلحة العامة في خصومة قائمة بين الآخرين، وعلى هذا تتحدد سلطاتها وهي تختلف عن سلطات الطرف في الخصومة "[4].

---

[1] عمر زودة، مرجع سابق، ص 36.

[2] فضيل العيش، مرجع سابق، ص 9.

[3] عمر زودة، مرجع سابق، ص 36.

[4] أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص ص 307، 308.

أ- التدخل الاختياري "التلقائي" للنيابة العامة في الدعوى المدنية:

يقصد بالتدخل الاختياري للنيابة العامة أن لها السلطة التقديرية في التدخل أمام القضاء المدني في أي قضية ترى أن تدخلها فيها ضروري خاصة تلك القضايا التي تمس النظام العام؛ وهو ما أكدته المادة 257 من ق إ م إ وكذا المادة 141 من ق إ م القديم قبل تعديلها حيث كانت تنص في فقرتها الرابعة على : " يجوز للنائب العام الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى أن تدخله فيها ضروري ولا سيما القضايا الماسة بالنظام العام "، وهو ذات الأمر الذي تضمنته الفقرتين الأخيرتين من المادة 260 من ق إ م إ بقولها: " ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروري.

ويمكن أيضا للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأي قضية أخرى ".

يتضح مما سبق أن تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية أمر جوازي أو اختياري حيث يكون لها أن تبدي ملاحظاتها بشأن القضية ولو شفاهية؛ أو تكتفي بالإشارة إلى أنها اطلعت على حيثيات القضية دون أن تكون ملزمة بتدوين ملاحظاتها.

ويجدر التنبيه هنا أن اتصال النيابة العامة بالدعوى يكون إما مطالبتها بالاطلاع على ملف القضية[1]؛ أو من خلال إبلاغها بها من طرف القاضي بذلك عن طريق أمانة الضبط[2].

ب- التدخل الوجوبي للنيابة العامة في الدعوى المدنية:

بخلاف التدخل الاختياري الذي تكون فيه الحرية لتدخل النيابة من عدمها فإن التدخل الالزامي أو الوجوبي يفرض عليها التدخل ويلزمها بذلك، حيث يكون عملها في هذه الحالة كطرف منضم لكن بشكل وجوبي وهو ما نصت عليه المادة 259 من ق إم إ، كما بينت المادة 260 من ق إ م إ القضايا التي يتوجب فيها إبلاغ النيابة العامة ويستلزم تدخلها فيها والمتمثلة فيما يلي:

- القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.
- تنازع الاختصاص بين القضاة.
- رد القضاة.

---

[1] فائزة جروني، مرجع سابق، ص 59.

[2] عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص 183، 184. أنظر أيضا: المادة 261 من ق إ م إ.

- الحالة المدنية.
- حماية ناقصي الأهلية.
- الطعن بالتزوير.
- الإفلاس والتسوية القضائية.
- المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين.

لقد أوجب المشرع استشارة النيابة العامة على مستوى المحاكم، كما حدد مهلة قانونية يتوجب فيها إبلاغها من أجل حضور جلسات هذه القضايا وهي 10 أيام قبل تاريخ الجلسة [1]، كما ألزم القانون النيابة إبداء ملاحظاتها كتابيا بشأن تطبيق القانون[2].

غير أنه من جانب آخر أثير تساؤل حول مدى تطبيق هذه المادة أمام المحاكم خاصة وأن نصها جاء صريحا بالقول "يجب تبليغ النائب العام" وهذا لا يكون إلاّ أمام المجلس القضائي عند رفع الاستئناف[3]؟

ويمكن القول هنا أنه لا اجتهاد مع النص حيث أنه لا يلزم تبليغ النيابة العامة على مستوى المحاكم إلا إذا وجد نص صريح يقضي بذلك وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 19-4-1994 الذي قضى بالمبدأ الآتي: " أن المادة 141 من ق إ م توجب إطلاع النائب العام على القضايا المنصوص عليها في فقراتها الثمانية ومن بينها تلك المتعلقة بحالة الأشخاص إلاّ أن ذلك مقتصر على المجالس القضائية دون المحاكم "[4]، وهي ذات الصياغة التي جاءت بها المادة 260 من ق إ م إ.

2- الآثار القانونية المترتبة على تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية بصفتها طرفا منضما:

- أن تدخل النيابة العامة كطرف منضم يجعل منها طرفا محايدا في القضية حيث تكتفي بتقديم طلبها المتضمن التطبيق السليم للقانون وحفظ النظام العام لذلك فهي تعد كمستشار فني للقاضي[5].

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 260 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 259 من ق إ م إ.

[3] عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 155.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 115118، ن ق، ع 52، 1997، ص106. نقلا عن: جمال سايس، ج2، مرجع سابق، ص 862.

[5] عمر زودة، مرجع سابق، ص 38.

- يجب إبداء رأيها كتابيا في حالة كان تدخلها إجباري، أما إذا كان اختياريا فلها أن تشير شفاهه إلى الاطلاع على ملف القضية أو تبدي ملاحظات دون تدوينها[1].
- يكون حضورها للجلسات اختياري.
- لا يجوز لممثل النيابة العامة حضور المداولات[2].
- إذا كان تدخل النيابة العامة وجوبي فإنه يترتب عن عدم إطلاع النيابة العامة على ملف القضية بطلان الحكم الصادر فيها وهي مسألة متعلقة بالنظام العام وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

يمكن القول في الأخير أن تواجد النيابة العامة في الدعوى المدنية يعد استثناء لا يمكن العمل به في غياب النص القانوني الذي يقضي بذلك، كما أن الهدف الساسي من تواجدها في القضايا المدنية الحرص على التطبيق السليم للقانون وحفظ النظام العام لذلك يختلف تدخلها في هذه القضايا بدرجة أهميتها حيث في بعض منها يعد تدخلها فيه إلزاميا والبعض الآخر يكون تلقائيا أو اختياريا.

الفرع الثالث: مركز النيابة العامة في قضايا شؤون الاسرة

لقد أعطى المشرع للنيابة العامة مركزا قانونيا هاما ضمن قضايا شؤون الأسرة وهذا لكونها تتعلق بالنظام العام؛ إضافة إلى مركز الأسرة داخل المجتمع باعتبارها الخلية الأساسية في تكوينه، فحرصا منه على الحفاظ على هذا الكيان وحماية استقراره وكذا حماية كل فئاته خاصة الضعيفة منها؛ لذلك جعل من النيابة العامة طرفا في جميع القضايا الأسرية حيث يختلف مركزها ضمن ذلك بحسب أهمية القضايا المطروحة. ولذلك استحدث المشرع بموجب الأمر (05-02) المعدل لقانون الأسرة المادة 3 مكرر جاعلا من النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الأسرية كما أبقى على النصوص القانونية الأخرى التي تحدد وظيفة النيابة العامة ضمن قضايا الأسرة وهذا قبل استحداث المادة 3 مكرر من ذات القانون، هذا ولم يكتفي قانون الأسرة وحده بالنص على ضرورة تواجد النيابة العامة كطرف في دعاوى شؤون الأسرة وإنما أكد ذلك أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا قانون (15- 12) المتعلق بحماية حقوق الطفل.

وعليه سيتم مناقشة دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة بشكل عام وهذا أولا، ثم بيان صور تدخلها لحماية القاصر من خلال أحكام قانون الاسرة ثانيا.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 259 و266 من ق إ م إ.

[2] وهو ما نصت عليه المادة 269 من ق إ م إ.

أولا: كيفية عمل النيابة العامة ضمن قضايا شؤون الأسرة

أثار نص المادة 3 مكرر من ق أ جدلا واسعا من قبل شراح قانون الأسرة وكذا المطبقين له[1]، حيث يتعلق هذا الجدل حول مركز النيابة العامة ضمن قضايا شؤون الأسرة وما إذا كان يجب الأخذ بالنص الحرفي للمادة وبالتالي اعتبارها طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة أم أنها تعد طرفا منضما؟

1- دور النيابة العامة في القضايا الأسرية قبل صدور قانون الأسرة بموجب الأمر(84-11):

قبل صدور قانون الأسرة كانت القضايا الأسرية ترفع أمام القسم المدني ويتم الفصل فيها من قبله بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وكذا أحكام القانون المدني، أما عن دور النيابة العامة فقد كانت تعالجه أحكام المادة 141 من ق إ م التي بيّنت حالات تدخلها في المسائل المدنية بشكل عام والأسرية بشكل خاص حيث يكون تدخلها وجوبي أمام المجالس القضائية دون المحاكم عندما يتعلق الأمر بحالة الأشخاص والقصر وعديمي الأهلية حيث يتوجب تبليغها من طرف القاضي عن طريق كتابة الضبط خلال مهلة 10 أيام على الأقل من الجلسة والقضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون [2]، ويستثنى من ذلك دعوى التماس إعادة النظر حيث تكون النيابة العامة في هذه الحالة غير ملزمة بالاطلاع عليها[3]، وهذا الدور للنيابة العامة في القضايا الأسرية أكدته المحكمة العليا" المجلس الأعلى سابقا" في العديد من قراراتها[4].

2- دور النيابة العامة في ظل قانون (84-11) المتضمن قانون الأسرة قبل تعديله:

لقد منح قانون (84-11) المتضمن قانون الأسرة قبل تعديله دورا للنيابة العامة في القضايا الأسرية لكن بوصفها طرفا احتياطيا لا طرفا أصليا أو منضما، لأنه جعل تدخلها مبني على شروط تتعلق بانعدام الطرف الأصلي الذي يرفع الدعوى أو يحمي القصر لذلك كان تدخلها هو من باب حماية مصلحة القاصر وكذا المصلحة العامة وتطبيق القانون[5]، ويتضح ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 99 منه

---

[1] هذا الجدل كان قبل تعديل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي وضح صور تدخل النيابة العامة.

[2] م أ، ملف رقم: 41752، بتاريخ 6-10-1986، م ق، ع2، 1989، ص91. نقلا عن: جمال سايس، ج1، مرجع سابق، ص 269.

[3] م أ، ملف رقم: 33509، بتاريخ 9-7- 1984، م ق، ع 3، 1989، ص 60. نقلا عن جمال سايس، ج1، مرجع سابق، ص 291.

[4] م أ، ملف رقم: 26535، بتاريخ 11-1- 1982، ن ق، ع خ، 1982، ص 240. نقلا عن: جمال سايس، ج1، مرجع سابق، ص 148.

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 181.

التي خولت للنيابة العامة الحق في طلب تعيين مقدم بالنسبة للقصر والمحجور عليهم وذلك في حالة عدم وجود ولي أو وصي عنهم، كما خولها أيضا سلطة طلب إصدار حكم بفقدان الغائب أو موت المفقود وذلك بموجب المادة 114 منه، كما خولها من باب حماية القصر الحق في تقديم طلب للمحكمة من أجل تصفية التركة وتعيين مقدم يرعى أمواله في حال عدم وجود ولي أو وصي يتولى ذلك، وهو ما تضمنته المادة 182 من ذات القانون.

3- دور النيابة العامة بعد تعديل قانون الأسرة واستحداث المادة 3 مكرر:

لقد أثار نص المادة 3 مكرر جدلا واسعا في وسط شراح القانون بين ناقد لهذا النص وبين مبرر له[1]، وأساس ذلك يكمن في نص المادة التي تقضي بأنه: " تعد النيابة العامة **طرفا أصليا** في جميع القضايا **الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون** " فعبارة " طرفا أصليا " أثارت إشكالا يتعلق بمركز النيابة العامة ضمن القضايا الأسرية وما إذا كان القصد منها اعتبار النيابة العامة أحد أطراف الدعوى وفقا لمفهوم الطرف الأصلي وبالتالي تعد خصما في جميع قضاياه؟ وإذا كان الأمر كذلك هل تعد خصما للزوج مثلا في دعوى الطلاق أو لكلا الزوجين؟ كما أن رفع الدعوى من قبل أحد الأطراف يكون باسمه وحده أو باسم النيابة العامة أيضا أو يجب عليه أن يرفعها ضد المدعى عليه وضد النيابة العامة[2]؟

إن انحياز النيابة العامة إلى أحد أطراف الدعوى يخل بمبدأ هام يتعلق بدور النيابة العامة باعتبارها حامية المجتمع، كما أن هذا القول يؤدي إلى إمكانية رفع دعوى من النيابة العامة ضد الطرفين مثلا للتطليق دون إرادتهما، وبالتالي اعتبار النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع القضايا الأسرية غير لائق بحكم مركزها في الدعوى المدنية عموما والذي يعد استثنائيا، وفي هذا الإطار يرى بعض من الفقهاء أن إقحام النيابة العامة في جميع المسائل الأسرية بصفتها طرفا أصليا يعتبر تعديا على الكثير من المبادئ من ذلك حرية التقاضي واللجوء إلى القضاء وكذا التدخل في حرية الأطراف المتعلقة بإبرام العقود وإنهاءها، كما يؤثر على حق الخصوم في ترك الخصومة، كما أن ذلك يؤدي إلى اشراكها في عملية الصلح بين الزوجين المنصوص عليه في المادة 49 وهو ما يتعارض مع مبدأ عدم الصلح مع النيابة العامة[3]. وعليه فإن فحوى هذه المادة يكتنفه الجمود وعدم الفعالية نتيجة الغموض الوارد بها بالرغم من التعليل الذي أورده المشروع التمهيدي المتعلق بتعديل قانون الأسرة الذي وضح الغاية من وضعها والذي

---

[1] عمر زودة، مرجع سابق، ص ص 40، 41. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص ص 183- 185. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص ص 9، 10.

[2] عمر زودة، مرجع سابق، ص 40.

[3] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص10.

بذاته يكتنفه الغموض حيث جاء فيه: " القضايا التي تمس الأسرة هي قضايا من النظام العام، وهو ما يتعين معه حماية الأسرة "[1].

إن تحليل موقف المشرع الجزائري المتعلق بدور النيابة العامة لا يجب أن يتوقف ضمن عبارة "الطرف الأصلي" وإنما لا بد أيضا من إكمالها بعبارة أخرى والمتمثلة في " الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " حتى يكتمل لنا المعنى والهدف الساسي من استحداثها، وهو ما ذهب إليه شراح القانون حيث تم التوصل إلى أن دور النيابة العامة استنادا إلى هذه العبارة هو حماية المصلحة العامة والتطبيق السليم للقانون ولا يمكن لها القيام بهذه المهام إلا بصفتها طرفا منضما كما سبق بيانه، لذلك فهي لا تتدخل إلى جانب أحد ولا لمصلحة أحد وإنما موقفها ذا طابع خاص يتمثل في حفظ الصالح العام [2].

وبهذه الصفة قد تتدخل النيابة العامة كطرف منضم كما تتدخل كطرف أصلي وهذا حتى لا يكون تجاوزا وتعديا على صراحة نص المادة 3 مكرر؛ غير أن دورها بصفتها طرفا أصليا يكون بشكل استثنائي وهو ما يؤكده موقف المشرع من خلال إبقاءه على النيابة العامة ضمن أحكام المواد 99 و 102 و 114 و 182 لأنه لو أراد غير ذلك لألغى عبارة النيابة العامة ضمنهم لأنه نص بشكل صريح على أنها طرف في جميع القضايا الأسرية ضمن المادة 3 مكرر، فغاية المشرع التأكيد على متى تكون النيابة العامة طرفا أصليا ومتى تكون طرفا منضما[3]، غير أنه يجب القول أنه حتى في هذه الحالة جعل من النيابة العامة طرفا أصليا ولكن بشكل احتياطي في حال عدم رفع الدعوى من قبل الأفراد[4].

كما يمكن أيضا أن تكون طرفا مدعى عليه إذا لم يكن هناك طرف غيرها يتم رفع الدعوى ضده من ذلك مثلا رفع دعوى بالتخلي عن كفالة قاصر مجهول النسب فدعوى إنهاء الكفالة هنا ترفع ضد النيابة العامة تأسيسا على أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة باعتبارها حافظا للنظام العام، ويمكن إدخال مديرية الضمان الاجتماعي في الخصام باعتبارها الجهة التي وافقت على كفالة لكون المكفول كان تحت ولايتها[5].

إن الجديد الذي جاءت به المادة 3 مكرر لا يتعلق بدورها ضمن القضايا الأسرية وإنما الالزام الذي قيدت به القضاة المتمثل في وجوب إطلاع النيابة العامة على كل الملفات المتعلقة بشؤون الأسرة وهذا

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 184.

[2] عمر زودة، مرجع سابق، ص 42.

[3] عمر زودة، مرجع نفسه، ص 42.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 182.

[5] أنظر في ذلك: الملحق رقم 2، ص ص 515-517.

على مستوى المحاكم الابتدائية، ولم يعد الأمر مقتصرا على المجالس القضائية فقط كما كان معمول به قبل استحداث هذه المادة حيث كان حق النيابة العامة في الاطلاع تحكمه فقط المادة 141 من ق إ م إضافة إلى ما جاءت به نصوص قانون الأسرة بشكل صريح ضمن المواد 99 و 102 و 114 و 182، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عمر زودة أن الجديد الذي جاءت به هذه المادة يرتب على قاضي شؤون الأسرة " وجوب تبليغ جميع القضايا التي يفصل فيها إلى النيابة العامة " ممثلة في وكيل الجمهورية، وهذا حتى يكون الحكم صحيحا، ويكفي في هذه الحالة الإشارة في الحكم أنه تم تبليغ الملف إلى النيابة العامة وتم الاطلاع على طلباتها " التي غالبا تكون المطالبة بتطبيق القانون "، كما يترتب على هذا الوضع الذي استحدثته المادة 3 مكرر أنه لا يشترط تبليغ النيابة العامة من طرف الأطراف لكونها ليست بخصم، وأنها تطّلع على ملف القضية بعد الانتهاء من المرافعة ولها أن تبدي ملاحظاتها شفاهية[1].

إن الحديث على ما جاءت به المادة 3 مكرر من ق أ حول مركز النيابة العامة في القضايا الأسرية لا يلغي الأحكام التي تضمنتها المادة 141 من ق إ م التي تعد مكملة لها، حيث يبقى التدخل للنيابة العامة وجوبيا فيما يتعلق بحالة الأشخاص وهذا على مستوى المجالس القضائية إضافة إلى ذلك فإن تدخلها أيضا أصبح وجوبيا أمام المحاكم ويترتب على ذلك أنه يتوجب تبليغها بالملف في الآجال القانونية المنصوص عليها وإلاّ اعتبر الحكم باطلا لمخالفته لقاعدة إجرائية جوهرية متعلقة بالنظام العام، حيث يمنح للأطراف الحق في الطعن في الحكم المخالف لذلك؛ أما النيابة العامة فلا يجوز لها أن تطعن بذلك لأن مركزها القانوني باعتبارها طرفا منضما يحول دون ذلك[2].

4- دور النيابة العامة في القضايا الأسرية بعد صدور قانون (08-09) المتضمن ق إ م إ:

لقد أزال المشرع الكثير من الغموض الذي كان يكتنف مركز النيابة العامة الذي نص عليه المشرع ضمن المادة 3 مكرر من ق أ وهذا من خلال الأحكام التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية ضمن الكتاب الأول منه المتضمن الأحكام المشتركة المطبقة على كافة الأقسام؛ إضافة إلى ما ورد بشكل خاص ضمن الكتاب الثاني المتضمن الإجراءات المتبعة أمام كل قسم والتي وردت ضمن المواد من 423 إلى 499 من ق إ م إ.

يتضح من أحكام المادة 3مكرر أن النيابة العامة تمارس دورها ضمن القضايا الأسرية بوصفها طرفا أصليا في جميع قضاياه حيث يكون لها الحق في إبداء ملاحظاتها وتقديم التماسها، وهو ما قضت

[1] مرجع سابق، ص 44.

[2] عمر زودة، مرجع سابق، ص ص 44-45.

به المحكمة العليا ضمن قرار لها بتاريخ 11-10-2006 [1]، وهو ذات الدور الذي منحها قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث اعتبر تدخلها ضمن القضايا الأسرية دائما بوصفها طرفا أصليا سواء هي من رفعت الدعوى ابتداء؛ أو من خلال تدخلها الوجوبي باعتبار أن غيرها قدم الادعاء[2]، وهو ما توضحه أحكام المادة 256 من ق إ م إ التي تمنح للنيابة صفة المدعى بقولها: " يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي..." وكذا الفقرة 4- 5 من المادة 260 من ق إ م إ التي تنص على وجوب تدخل النيابة العامة في هذه الحالات حيث يتوجب تبليغها قبل 10 أيام على الأقل من تاريخ الجلسة مما يعني اتخاذها في هذه الحالة وصف الطرف الأصلي؛ من بين هذه الحالات أن يتم رفع الدعوى من قبل أحد الزوجين للتفريق لأن زواجهما فاسد لاشتماله على إحدى الموانع الشرعية ففي هذه الحالة كان للنيابة الصفة في تقديم هذا الطلب لأنه من المسائل التي أعطى لها المشرع الحق في رفعها ابتداء، وبما أن رفعها من قبل النيابة العامة لم يتم استنادا للمادة 3 مكرر التي تمنحها هذه الرخصة، لذلك تدخلها في هذه الدعوى يكون بوصفها طرفا أصليا بناء على المادة 260 /4 من ق إ م إ إضافة لأحكام المادة 3 مكرر من ق أ.

يتضح مما سبق أن دور النيابة العامة في القضايا الأسرية يختلف عن دورها في القضايا المدنية بحكم أنها تكون دائما طرفا أصليا في القضايا الأسرية حيث يمكن أن تكون " إما مدعيا أو مدعى عليه ". بخلاف القضايا المدنية الأخرى التي يختلف دورها عن ذلك.

إن تحديد دور النيابة العامة ضمن القضايا الأسرية يهدف أيضا إلى معرفة الأثر المترتب على عدم إبلاغ الملف إلى النيابة العامة واطلاعها عليها وتأثير ذلك على الحكم الصادر في الدعوى، وهو الأمر الذي وضحه قرار المحكمة العليا بتاريخ 11-10-2006 حيث جاء فيه واستنادا إلى أحكام المادة 3 مكرر أنه: " يجب إطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفا أصليا، على قضايا الأحوال الشخصية "[3]، ويترتب على إغفال هذا الإجراء الجوهري بطلان الحكم لمخالفته القانون وإساءة تطبيق أحكام المادة 3 مكرر من ق أ، كما يترتب على هذا الدور وجوب حضور ممثل النيابة العامة للجلسات وتقديم طلباته

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 401317، م م ع، ع 2، 2007، ص 489.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 37.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم 401317، م م ع، ع2، 2007، ص 489. نقلا عن: جمال سايس، مرجع سابق، ص 1429.

مكتوبة[1]، وكذا منحها الحق في الطعن في الأحكام بمختلف وسائل الطعن ما عدا المعارضة لكون حضوره إلزاميا[2].

ثانيا: صور تدخل النيابة العامة لحماية القاصر

بعد بيان مركز النيابة العامة ضمن القضايا الأسرية بشكل عام سنحاول بيان صور تدخلها بناء على ذلك لحماية القاصر.

من خلال أحكام القانون الموضوعي وكذا القانون الإجرائي يتضح أن النيابة العامة تحظى بدور هام إذا ما تعلق الأمر بالقاصر حيث نجد أنها متواجدة في كافة النصوص الموضوعية والإجرائية؛ وذلك من خلال دورها ضمن القضايا المرتبطة بحمايته سواء أكانت الدعوى عادية أو استعجالية؛ بل إن المشرع منح لها أيضا دورا خارج مجال العمل القضائي ورخص لها تقديم الطلبات، بل في كثير من القضايا اعتبرها الشريك الفعلي في بناء القرارات المتعلقة بالقاصر وذلك من خلال منحها الحق في إبداء اقتراحات تتعلق بهذا الأخير وكذا الأخذ برأيها في القضايا المتعلقة بمصيره.

فبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع اعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بقانون الأسرة، ومما لاشك فيه أن القاصر يدخل ضمنها وهو ما بينته أحكام المادة 3 مكرر من ق أ، بل إن المشرع يركز على هذا الدور للنيابة العامة بشكل خاص خاصة إذا ما تعلق الأمر بحقوق القصر وهو ما جاء في المادة 22 فقرة 3 من خلال إلزام النيابة العامة بتسجيل عقود الزواج العرفي المثبتة بموجب حكم في سجل الحالة المدنية والنص على ضرورة سعيها لذلك وهذا حماية لأطراف العقد من ذلك الأبناء القصر الناتجين عن هذه الرابطة الزوجية.

كما نص من جانب آخر نص على إمكانية رفع النيابة العامة دعوى إلى القضاء من أجل تعيين مقدم على القاصر في حالة عدم وجود من يرعى مصالحه وهذا طبقا للمادة 99 من ق أ، كما نص المشرع على ضرورة إعلام النيابة العامة في حال التخلي عن الكفالة وفي ذلك إشراك حقيقي لها في حماية القاصر ومراقبة كل المسائل المرتبطة به وهو ما جاء النص عليه في المادة 125 من ق أ، إضافة إلى ما نصت عليه المادة 182 من ذات القانون حيث خول للنيابة العامة حماية حق القاصر في التركة من خلال تقديم طلب إلى المحكمة من جل تصفيتها وبتعيين مقدم.

[1] وهو ما نصت عليه: المادة 258 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 465 من ق إ م إ، وكذا المادة 353 من ق إ م إ.

أما بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد كرس هذا الأخير الإرادة التشريعية المنصوص عليها ضمن أحكام قانون الأسرة من خلال جعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع الدعاوى المتعلقة به سواء كطرف أصلي فيها يرفع الدعوى ابتداء من ذلك ما جاء في 453 من ق إ م إ المتعلقة بإنهاء أو السحب المؤقت للولاية على نفس القاصر، وكذا إعطاءها الحق في رفع طلب إلى قاضي شؤون الأسرة لمراقبة الولاية على أموال القصر وهذا استناد إلى المادة 465 من ذات القانون، كما لها أن تقدم طلب تعيين مقدم استنادا إلى المادة 470 من ذات القانون، إضافة إلى حضورها كطرف أصلي في الدعاوى المتعلقة بالنسب وهذا استنادا للمادة 491 من ذات القانون، كما أن لها دور فيما يتعلق بإنشاء الكفالة وكذا انتهائها حيث يتوجب على القاضي الاستماع إلى ممثل النيابة العامة وأخذ رأيه في ذلك وهو ما نصت عليه المادة 494 وكذا 496 من ذات القانون.

هذا ولم يكتفي المشرع بمنح النيابة العامة هذا الدور ضمن الدعاوى العادية؛ وإنما منح لها ذلك حتى في الدعاوى الاستعجالية وهذا الأمر مستحدث لكون القضايا الاستعجالية تتسم بطابع الاستعجال وكذا عدم المساس بأصل الحق[1]؛ إلاّ أن المشرع وحماية لمصلحة القاصر أعطى للنيابة العامة هذه السلطة[2]؛ وخولها في هذا الإطار حتى تقديم طلب يتضمن موضوعه تعديل التدابير المؤقتة[3]، بل إن الأمر تعدى ذلك إلى منحها الحق في تقديم الطلبات المتعلقة باستصدار أوامر ولائية[4]، وكذا الأخذ برأيها واستشارتها والاستماع إلى طلباتها عند منح الأمر الولائي[5]، كما خول النيابة العامة مهمة إخطار القاضي الأسري بوجود الوصي المختار[6].

لم يكتفي المشرع بإشراك النيابة العامة في حماية القاصر ومنحها الحق في التدخل كلما تعلق الأمر به؛ وإنما أيضا جعل من دورها فاعلا في هذا المجال من خلال تتبعها مجريات سير الدعوى وتقديم كل الطلبات التي تراها ضرورية لخدمة مصالحه وحسن تطبيق النصوص المتعلقة بحمايته، وهو ما يبرز من خلال نص المادة 454 من ق إ م إ التي منحت لممثل النيابة الحق في طلب سماع أي طرف يكون سماعه مفيدا أثناء سير الدعوى الاستعجالية المتعلقة بإنهاء أو السحب المؤقت للولاية.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 303 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 453 و454 و2/458 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 3/460 من ق إ م إ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 470 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 494 و2/496 من ق إ م إ.

[6] أنظر في ذلك: المادة 472 من ق إ م إ.

هذا وقد أكد المشرع على هذا الدور للنيابة في حماية عديمي الأهلية وناقصيها من خلال التأكيد على وجوب اطلاعها على الملف المتضمن لهذه القضايا وهذا بموجب الفقرة 5 من المادة 260 من ق إ م إ؛ حيث رتب على إغفال مثل هذا الإجراء بطلان الحكم وفي ذلك تأكيد على دور النيابة في حماية القصر والذي على ضوؤه تحمي النظام العام وهو المغزى الذي أراده المشرع من خلال إشراكها في القضايا الأسرية.

ويجدر التذكير في الأخير أن المشرع نص ضمن المادة 438 من ق إ م إ على ضرورة إبلاغ النيابة العامة من طرف المدعي في دعوى الطلاق أو التطليق وهنا يثار اشكال تدخل النيابة العامة لحماية القاصر استنادا لما سبق، حيث إذا كانت الدعوى تتعلق بقاصر فإنه يتم رفعها باسمه ونيابة عنه من قبل النائب الشرعي عنه، وهنا يطرح تساؤل عن مركز النيابة العامة ضمن هذه الدعوى هل تعد مدعيا عليه، وإذا كان لها ذلك فكيف لها ممارسة الدور الذي منحها المشرع والمتمثل في التدخل لحماية القصر طبقا للمادة 260 من ق إ م إ اذا كانت ستكون خصما له؟

أما إذا تم افتراض أن التبليغ يهدف إلى إعلامها بالقضية فإن هذا الأمر حسمه المشرع من خلال المادة 3 مكرر من ق أ، وكذا المادة 260 من ق إ م إ من خلال إلزامية تبليغها من طرف القاضي خلال مدة 10 أيام قبل تاريخ الجلسة في الدعاوى المتعلق بالحالة المدنية وكل دعوى تتعلق بعديمي وناقصي الأهلية.

إن نص المادة 438 أعلاه يكتنفه الغموض حول مركز النيابة العامة في دعوى الطلاق، الأمر الذي يقتضي المناداة بضرورة تعديلها من خلال النص صراحة على مركز النيابة العامة في ذلك لكون المشرع حدد دورها بموجب النصوص السابقة.

ثالثا: دور النيابة العامة ضمن القضايا الأسرية في القانون المقارن

بالرجوع إلى القانون المقارن وعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون المغربي وكذا القانون المصري قد وسعا من صلاحيات النيابة العامة ومنحا لها دورا خارج مجالها الرئيسي المتمثل في تحريك الدعوى العمومية؛ حيث منح للنيابة العامة في ظل هذه التشريعات دورا في المسائل المدنية بشكل عام والأسرية بشكل خاص، فكان لدورها ضمن هذه القضايا تقارب مع منهج المشرع الجزائري في بعض المسائل والاختلاف معه في مسائل أخرى وهذا كالآتي:

1- القانون المغربي:

حيث بالرجوع إلى القانون المغربي نجد أنه نظم دور النيابة العامة بشكل يشبه إلى حد بعيد ما هو معمول به في الجزائر مع بعض الاختلافات البسيطة وهذا من خلال الآتي:

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية[1] نجد أنه نظم صور تدخل النيابة العامة ضمن القضايا المدنية[2]؛ بمقتضى الفصل 6 إلى 10 منه حيث نص في الفصل 6 على أن: " يمكن للنيابة العامة أن تكون طرفا رئيسيا أو أن تتدخل كطرف منضم وتمثل الأغيار في الحالة التي ينص عليها القانون ". فيتضح من خلال هذا النص أن النيابة العامة تمارس دورها أمام القضاء المدني إما بوصفها طرفا رئيسيا أو بوصفها طرفا منضما وفق ما ينص القانون، ومن بين الحالات التي تعمل بصفتها طرفا رئيسيا نذكر منها: التدابير الواجب اتخاذها ضد أولياء القصر[3]، والقضايا المتعلقة بتسيير أموال الغائبين[4]؛ والتركات الشاغرة[5]، والتصريحات القضائية المتعلقة بالحالة المدنية وتصحيح وثائقها[6]، وكذا القضايا المتعلقة بالجنسية...إلخ، وإما بكونها طرفا منضما وهو ما جاء في المادة 8 من قانون المسطرة المدنية: " تتدخل النيابة العامة كطرف منظم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها وكذا في الحالات التي تتطلب النيابة العامة التدخل فيها بعد اطلاعها على الملف، أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف القاضي..."، ووفقا لهذه الصورة يكون تدخل النيابة العامة إما بصفة إلزامية خاصة في القضايا المتعلقة بالنظم العام والمصلحة العامة وكذا قضايا الأحوال الشخصية وكذا النيابة الشرعية وغيرها من القضايا[7]، أو تتدخل بصفة تلقائية وجوازية.

أما في المسائل الأسرية نجد أن المشرع المغربي أيضا نص على اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الأسرية وهذا بموجب المادة 3 من م أ م، وباستقراء أحكام مدونة الأسرة نجد أن المشرع

---

[1] ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 المؤرخ في 11 رمضان عام 1394 (28-09-1974) الذي حل محل قانون المسطرة المدنية الصادر بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان عام 1331 (12-08-1913). ج ر ع 3230، ص 2741 المعدل والمتمم.

[2] ادريس السيتسي، دور النيابة العامة في القضايا المدنية بصفتها طرفا رئيسا أو منضما، مجلة المحاكم المغربية، ع84، ص 30: مقال منشور بـ: coledroitmarocaine.blogspot.com تاريخ الدخول: 05-12-1018 الساعة: 15:05.

[3] أنظر في ذلك: الفصل 190 من ق م م م

[4] أنظر في ذلك: الفصل 263 من ق م م م

[5] أنظر في ذلك: الفصل 267 من ق م م م

[6] أنظر في ذلك: الفصل 217 و218 و219 من ق م م م.

[7] أنظر في ذلك: الفصل 9 من ق م م م المعدلة وهي مقابلة للمادة 260 من ق إ م إ.

المغربي انتهج ذات النهج الذي سار عليه المشرع من خلال عدم اكتفاءه بالنص فقط على دورها ضمن المادة 3 أعلاه، وإنما نص ضمن نصوص عديدة من المدونة على أدوار مختلفة للنيابة العامة حيث تخرج في بعض الأحيان عن إطار الدور الممنوح لها بموجب المادة 3 أعلاه؛ بل إنه أعطى لها اختصاصات أخرى لم يمنحها لها المشرع الجزائري.

تتفق مدونة الأسرة المغربية وأحكام قانون الأسرة في اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى من ذلك إذا ما تعلق الأمر بحماية القصر من خلال منحها الحق في رفع الدعاوى المتعلقة به من ذلك قضايا الحضانة المتعلقة بإسنادها وإسقاطها وطلب المنع بالسفر بالمحضون[1]، وكذا حماية تركة القاصر أو في حالة وجود أموال تابعة للدولة ضمن التركة[2]، وكذا توقيع الحجر[3].

كما نص أيضا على وجوب إخطار النيابة العامة بكل ما قد يهدد مصلحة القاصر وذلك حتى تتدخل للحفاظ على حقوقه[4]، إضافة إلى اعتبارها طرفا منضما بموجب نصوص صريحة من ذلك النص على تدخلها لإبداء رأيها فيما يتعلق بتعيين المقدم وكذا إبداء رأيها في مقدار النفقة[5].

غير أنه من جانب آخر منح لها أيضا سلطات لم ينص عليها المشرع الجزائري لا صراحة ولا ضمنا من ذلك تخويلها مهمة تنفيذ الأحكام الاستعجالية[6]، وكذا الأحكام المتعلقة بالقصر[7]، وكذا تبليغ الدعاوى للأطراف[8]، إضافة إلى إمكانية المحكمة الاستعانة بالنيابة العامة للقيام بالتحري على مقر الزوجة الزوجة في حال جهل الزوج لمكان إقامة زوجته[9].

2- القانون المصري:

إن الدور الذي منحه المشرع المصري للنيابة العامة ضمن القضايا الأسرية هو ذات الدور الممنوح لها من قبل المشرع الجزائري وكذا المغربي مع بعض الاختلاف في طبيعة هذا الدور، حيث اعتبرها طرفا

---

[1] أنظر في ذلك المواد :165 و179 من م أ م.

[2] أنظر في ذلك: المادة 374 من م أ م.

[3] أنظر في ذلك: المادة 221 من م أم.

[4] أنظر في ذلك: المادة 177 من م أ م.

[5] أنظر في ذلك: المواد 251 و252 من م أ م.

[6] أنظر في ذلك: المادة 121 من م أ م.

[7] أنظر في ذلك: المادة 54 من م أ م.

[8] أنظر في ذلك: المادة 3/81 والمادة 105 و2/179 و266 من م أ م.

[9] أنظر في ذلك: المادة 4/81 من م أ م.

أصليا في القضايا المدنية المرتبطة بالنظام العام والآداب العامة ومن ذلك قضايا الأحوال الشخصية، كما منح لها أيضا سلطة التدخل كطرف منضم في القضايا الأسرية التي لم ينص المشرع على حقها في رفعها بنفسها؛ حيث تتدخل النيابة العامة في هذه الحالة لإبداء رأيها بشأن ما يقدمه الأطراف والذي قد يتوافق مع أحدهما أو كلاهما أو لا يتوافق معها[1].

أما فيما يتعلق بدور النيابة العامة في حماية القصر فقد اعتبر المشرع المصري أن تدخل النيابة العامة في هذه القضايا أمر وجوبي وهو قاعدة جوهرية متعلقة بالنظام العام يترتب على مخالفتها بطلان الحكم، وهو ما سار عليه القضاء المصري الذي قضى: " بأن هدف المشرع من تدخل النيابة في القضايا الخاصة بالقصر– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما هو رعاية مصلحتهم ومن ثمة فإن البطلان المترتب على إغفال كاتب المحكمة إخطار النيابة العامة بهذه القضايا يكون باطلا نسبيا مقررا لمصلحة القصر دون غيرهم "[2].

غير أنه من جانب آخر منح للنيابة العامة دور خاص غير منصوص عليه في التشريع الجزائري ويتعلق الأمر بالدور القضائي الممنوح لها بموجب المواد والذي قضي بسلطتها في إصدار حكم قضائي مؤقت[3]؛ من ذلك تقدير نفقة وقتية للقاصر إلى حين تقديرها[4]؛ أو فيما يتعلق أيضا بحضانته حيث منح

---

[1] جاء في المادة 88 من قانون المرافعات المصري: " فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل في في الحالات الآتية وإلاّ كان الحكم باطلا:

1- الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها

2- الطعون والطلبات أمام محكمة النقض ومحكمة تنازع الاختصاص.

3- كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها ". لتفصيل أكثر راجع: أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 314 وما يليها.

[2] المواد 45 و47 مدني، و89 من قانون المرافعات والمادة 6 قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 22 شوال سنة 1420 الموافق لـ 29 يناير سنة 2000.

طعن رقم: 2748 لسنة 64، ق جلسة 28-06-1995، س 46، ج 2، ص 936. راجع أيضا: الطعن رقم: 525 لسنة 46 ق جلسة 23-12- 1981، مكتب فني 32 جزء 2، ص 2391. أيضا: نقض 16-4-1949 طعن رقم: 382. نقلا عن أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 316 وما يليها.

[3] أحمد محمد صالح، الوجيز في الحماية القانونية لعديمي وناقصي الأهلية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص ص 30، 31. أيضا: أحمد خليل، مرجع سابق، ص 76.

[4] المادة 26 من قانون رقم 1 لسنة 2000.

المشرع المصري للنيابة العامة اختصاصا قضائيا[1]، وكذا اتخاذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على أموال القصر في حالة اشتمال التركة على ورثة قصر، وأن تأذن لوصي التركة أو منفذ الوصية أخذ مصاريف التجهيز والدفن وما يستلزم ذلك[2]؛ كما منح لها دور هام من خلال ما تتخذه من إجراءات لحماية تركة القصر[3]؛ وهو الأمر الغير معمول به في بلادنا.

كما نص المشرع المصري أيضا على عدم تدخل النيابة العامة في القضايا الاستعجالية بموجب المادة 88 من قانون المرافعات، وهو الأمر الذي لم ينتهجه المشرع الجزائري الذي أشرك النيابة العامة حتى في مثل هذه القضايا بل منح لها حتى الحق في المبادرة برفعها؛ وقد تم توضيح موقف المشرع المصري من ذلك وفق ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون 13 لسنة 1968 بقوله: " ... ولا ريب أنه لا حاجة إلى تدخل النيابة العامة في الدعاوى الاستعجالية حتى لا يعوق تدخلها فيها الفصل في الدعاوى فضلا عن أن ما يصدره القضاء المستعجل من قرارات لا يمس أصل الحقوق وهو ما نصت عليه المادة 88 و89 من المشروع "[4] .

3- في القانون التونسي:

بالرغم من أن المشرع التونسي لم يدرج نصا خاصا ينص على دور النيابة العامة في المسائل الأسرية ضمن مجلة الأحوال الشخصية؛ إلاّ أنه كرس وجودها بموجب نصوص قانونية أخرى ذات الصلة به من ذلك ما تضمنه الفصل الأول من قانون 28 أكتوبر 1998 [5]، كما أكد على هذا الدور القضاء الذي اعتبر أن القضايا الأسرية تعد من النظام العام لذلك فإن تواجد النيابة فيها أمر ضروري حيث جاء في قرار للمحكمة التعقيبية قولها :" القانون يخول للنيابة العمومية القيام بالدعاوى المتعلقة بحقوق الأسرة

---

[1] استنادا إلى ما جاء في المادة 70 من القانون 1 لسنة 2000 قولها: " يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها. ويصدر القرار من رئيس النيابة على الأقل ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير ". لتفصيل أكثر راجع: أحمد خليل، مرجع سابق، ص 76 وما يليها.

[2] المادة 33 من قانون رقم 1 لسنة 2000.

[3] أحمد محمد صالح، مرجع سابق، ص 33 وما يليها.

[4] المذكرة الإيضاحية للقانون 13 لسنة 1968. نقلا عن: أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 313.

[5] القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب والمنقح بموجب القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07-07-2003.

لأنها راجعة للنظام العام "[1]، كما جاء في قرار آخر لها: " أن مسألة النسب تهم النظام العام ويسوغ للنيابة العمومية القيام بها من تلقاء نفسها "[2].

غير أنه وبالرغم من التنصيص على دور النيابة ضمن القضايا الأسرية وتأكيد ذلك من قبل القضاء؛ إلاّ أن هناك من يرى أن النيابة العامة وفي خضم انشغالاتها الكثيرة فإن دورها في مثل هذه القضايا لا يتعدى سوى طلب تطبيق القانون دون الاطلاع على الملفات ومنحها الوقت الكاف في الدراسة والاهتمام[3]، وهو الرأي الذي قال به أغلب شراح قانون الأسرة الجزائري في تعليقهم على أحكام المادة 3 مكرر من ق أ.

يمكن القول في الأخير أن دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة هو ذاته الدور الذي تلعبه أمام القسم المدني لكن بنوع من الخصوصية بحكم القضايا التي يتناولها قسم شؤون الأسرة لتعلقها بالنظام العام والمصلحة العامة، حيث أنها تعد طرفا أصليا، فالغموض الذي اكتنف أحكام قانون الأسرة وخاصة المادة 3 مكرر منه قد زال بصورة كبيرة بموجب ما جاء في ق إ م إ الذي نص على مركز النيابة العامة؛ إلاّ أن ذلك لم ينهي الجدل حول مركز النيابة العامة أمام القسم لأسري؛ الأمر الذي يستدعي ضرورة تدخل المشرع بنص صريح يجيب على كل التساؤلات الفقهية حول طبيعة دور النيابة العامة من خلال تعديل أحكام قانون الأسرة والنص بشكل صريح على الحالات التي تكون فيها النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى وإمكانية أن تكون طرفا منضما، والنص بشكل صريح على أن عمل النيابة في كل هذه الحالات يكون من أجل تطبيق القانون بشكل سليم وحماية وحفظ النظام العام ولا يمكن للنيابة العامة في أي من الحالات أن تكون خصما في القضية إلاّ إذا وجد نص خاص يقضي بذلك.

إن الهدف من وجوب إبلاغ النيابة العامة واطلاعها على ملف القضايا الأسرية هو المحافظة على المصلحة العامة لذلك فإن توضيح دورها بشكل مفصل ضمن قانون الأسرة وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤدي إلى تفعيل هذا الدور وإعطاء النيابة العامة صلاحيات واسعة في هذا الجانب باعتبارها جبهة دفاع عن المجتمع.

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 319 مؤرخ في 17 جانفي 1961 ن 1961 قسم. مدني، ص 10. نقلا عن: المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص 101.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 5575 مؤرخ في 29 أكتوبر 1968 ن 1968 ق. م، ص 96. نقلا عن: المهدي قيّاس، مرجع نفسه، ص 101.

[3] المهدي قيّاس، مرجع نفسه، ص 102.

كما لا يفوتنا القول بأن تدخل النيابة العامة لحماية القصر بشكل خاص ليس بالأمر الجديد عليها وهو ما كرسته أحكام المادة 141 من ق إ م القديم، وهو ما سار عليه القضاء، ومجيء المادة 3 مكرر من ق أ وكذا ما نص عليه المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال الفقرة 4-5 من المادة 260 إضافة إلى المواد من 423 إلى 499 من ذات القانون ما هو إلا تأكيد على دورها في تفعيل هذه الحماية من خلال جعلها طرفا في كل الدعاوى المرتبطة به.

وعليه يمكن القول أن هذا الدور الاستثنائي الذي منح للنيابة العامة في مجال حماية القصر يدخل ضمن آليات القضائية المقررة لحمايته وهو المبتغى الذي سعى إليه المشرع من خلال نص المادة 3 مكرر من ق أ وكذا المادة 260 فقرة 5 من ق إ م إ إضافة إلى النصوص القانونية الأخرى التي سبق الإشارة إليها.

ويمكن التنبيه في الأخير أن النيابة العامة لا يقتصر دورها فقط على كونها طرفا في الخصومة الأسرية؛ وإنما خول لها المشرع مهمة تنفيذ الأحكام القضائية[1]، كما منح لها بموجب قانون الأسرة مهام إضافية وتتمثل في توثيق الأحكام القضائية المتعلقة بإثبات الزواج الشرعي " العرفي "[2]، وكذا تسجيل أحكام الطلاق[3]، فهذا الدور وإن كان يدخل ضمن تنفيذ الأحكام القضائية، إلاّ أن هاتين الحالتين الواردتين في أحكام قانون الأسرة تتعلقا بمهمة توثيقية أكثر منها تنفيذية لأن ذلك لا يستدعي التنفيذ عن طريق القوة العمومية.

المبحث الثاني: طرق ممارسة الرقابة القضائية القبلية لحماية القاصر

إن تجسيد الحماية الموضوعية للقاصر يستوجب تدحل القضاء وفق آليات وقائية تتحدد طرق ممارستها انطلاقا من المجالات التي تستهدفها.

قد تشمل هذه الآلية النظر في مدى كفاءة الشخص المخول لحمل هذه صفة النائب الشرعي عن القاصر ومدى قدرته على تحمل المسؤولية المنوطة به وهو ما سنبحثه في (المطلب الأول)، والأكيد أن اكتساب صفة الإنابة الشرعية للقاصر وما يترتب عليها من حفظ لحقوق القاصر تستلزم القيام بالواجبات القانونية المترتبة عن ذلك ومن ذلك القيام بتصرفات قانونية تستهدف مصالح القاصر الشخصية والمالية؛

---

[1] ويتعلق الأمر بكافة القضايا الأسرية من ذلك: ما جاء في نص المادة 488 من ق إ م إ.

[2] حيث جاء في المادة 22 /2: " يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

[3] حيث جاء في المادة 3/49: " تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".
أنظر أيضا: المادة 489 من ق إ م إ.

ومما لا شك فيه أن هذه التصرفات قد ترتقي إلى درجة من الأهمية سواء في نفس القاصر أو ماله؛ الأمر الذي يجعل من تدخل القضاء لمراقبة هذه التصرفات قبل وقوعها أمر ضروري من خلال وسيلة إجرائية تتمثل في إلزامية الحصول على الإذن القضائي للقيام بها وهو ما سنبحثه في (المطلب الثاني)، وإضافة إلى ما سبق قد تكون مصالح القاصر مهددة نتيجة وضع قانوني معين يتوجب تدخل القاضي هنا بموجب وسيلة وقائية تهدف إلى حفظ مصالح القاصر إلى غاية البت النهائي في ما أثير من مسائل أو أوضاع ذات صلة بالقاصر وذلك من خلال ما يتخذ من تدابير مؤقتة في هذا الجانب لحفظ نفس القاصر أو ماله وهو ما سنبحثه في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مصلحة القاصر كمعيار لتفعيل الرقابة القضائية القبلية لحماية حقوقه المعنوية.

من أهم الضمانات القانونية لحماية القاصر وضع مصلحته فوق كل اعتبار، وللتجسيد الفعلي لذلك نصب القاضي رقيبا على تحقيق ذلك من خلال منحه صلاحية تقدير قيام هذه المصلحة وكما جعلت كمعيار لتدخله لحماية القاصر في نفسه وماله.

ولذلك قد يتدخل القاضي بموجب هذه الآلية لحفظ الحقوق المعنوية للقاصر استنادا إلى معيار المصلحة؛ من ذلك التدخل في حماية حقه في النسب باعتباره الحق الأساسي في ترتيب باقي الحقوق من ذلك الولاية والحضانة والوصاية عليه...إلخ وهو ما سنبحثه في (الفرع الأول)، كما يتدخل لتقدير مصلحة المحضون في حال انحلال الرابطة الزوجية من خلال إسناد حق الحضانة عليه وتبعا لذلك الولاية عليه وهو ما سنبحثه في (الفرع الثاني) كما يتدخل بموجب سلطته الرقابية الواسعة لحماية المكفول من خلال إلزامية عرض الكفالة عليه لإضفاء الصبغة القانونية عليها وكذا مراقبة مدى قدرة الكافل على القيام بواجباته، بالإضافة إلى تدخله في تعيين الوصي والمقدم من خلال جعل أمر تثبيت الوصي وتعيين المقدم بيد القاضي وحده لكون ذلك أيضا يدخل ضمن الحقوق المعنوية للقاصر وهي التمثيل القانوني له وهو ما سيتم بحثه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرقابة القضائية لحق القاصر في النسب من خلال معيار المصلحة

إن الحديث عن دور القاضي في مراعاة مصلحة[1] القاصر فيما يتعلق بإثبات نسبه باعتباره الحق الذي تتأسس عليه باقي الحقوق المعنوية للقاصر وعلى ضوؤه تفرض الالتزامات يستدعي بحث الاجراءات القانونية المتعلقة بإثبات النسب وانكار ومن له الصفة في ذلك اولا، ثم نتحدث على مدى مراعاة مصلحة القاصر عند التطبيق القضائي لوسائل إثبات ونفي النسب ثانيا.

أولا: الاجراءات القانونية الواجب اتباعها لإثبات نسب القاصر أو انكاره

إن حق القاصر في النسب محفوظ بقوة القانون في حال قيام الرابطة الزوجية طبقا للمادة 40 من ق أ دون أن يستوجب ذلك تدخل القضاء وهذا كأصل عام[2]؛ غير الإشكال يثور بالنسبة للطفل مجهول النسب والذي يمكن إثبات نسبه وفق طرق حددها القانون، كما أنه قد يحدث ويتم إنكار نسب الابن حتى وإن كانت الرابطة الزوجية قائمة وهنا يستلزم الأمر تدخل القضاء لحماية القاصر من أجل تطبيق الوسائل

---

[1] ذكر المشرع مصلحة القاصر ضمن نصوص قانون الأسرة خاصة المتعلقة بالزواج وبالحضانة والكفالة والولاية وكذا الميراث، غير أنه لم يحدد المقصود بهذه المصلحة تاركا ذلك للفقه، كما لم يحدد ضوابط ومعايير هذه المصلحة تاركا ذلك للسلطة التقديرية المطلقة للقضاء للاجتهاد في بحثها.

فمن حيث المفهوم وبالرجوع إلى الفقه نجد تعريفهم للمصلحة وإن اختلفوا في المصطلحات إلاّ أن المعنى واحد وذلك بالقول أن القصد بها: "جلب المنافع ودرء المفاسد، لأن المصلحة هي كل شيء حسن" . لتفصيل أكثر راجع: زكية حميدو، مرجع سابق، ص 74 وما يليها.

[2] جاء في المادة 40 من ق أ:" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون ". إن تحليل هذه المادة يفضي إلى القول أن الحالة الوحيدة التي لا تستلزم تدخل القضاء في إثبات النسب هي وجود عقد زواج صحيح وموثق أي زواج مدني حيث في هذه الحالة فقط يتم نسب الطفل بقوة القانون للأب دون تدخل القضاء ، أما ماعدا هذه الحالة فإنه يتوجب تدخل القضاء من أجل إثبات النسب ففي الزواج العرفي المبرم استنادا لأحكام المادة 6-/2 من ق أ هو زواج صحيح معترف به قانونا غير أنه لا يرتب أي آثار قانونية إلاّ بعد القيام بتسجيله بموجب حكم قضائي استنادا للمادة 22 من ق أ؛ وبالتالي لا يمكن إثبات نسب الأبناء الناتجين عنه إلاّ بعد القيام بتسجيله، فالأبناء الناتجين عن الزواج العرفي هم في وضعية أطفال مجهولين النسب إلى غاية إثبات عقد الزواج وتسجيله، وهو ما يؤكده الاجتهاد القضائي لغرفة الأحول الشخصية الذي قضى بأن: "...قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و42 فيما يخص إلحاق النسب...". راجع في ذلك: ملف رقم: 99000 اجتهاد قضائي، ع خ، 2001، ص 64.

وكذلك الأمر بالنسبة لباقي وسائل إثبات النسب التي تستوجب تدخل القضاء لفرض رقابته عليها وذلك لتأكيد نسب القاصر أو نفيه.

القانونية لإثبات النسب المنصوص عليها ضمن المادة 40 وما يليها من ق أ، وهو ما تؤكده المادة 490 من ق إ م إ.

إن إثبات نسب القاصر ومنحه لقب أبيه وكذا إنكار أبوته تستوجب القيام بمطالبة قضائية والتي يختص بها قاضي شؤون الأسرة طبقا للفقرة 3 من المادة 423 من ق إ م إ أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه طبقا للمادة 490 من نفس القانون، ويتم النظر في الدعوى بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية وهذا طبقا للمادة 491 من نفس القانون ، وتتم هذه المطالبة عن طريق عريضة افتتاح دعوى يرفعها المدعي ضد المدعى عليه، وهنا تثار مسألة الصفة والمصلحة[1] وكذا الأهلية[2] باعتبارهم شروط لرفع الدعوى طبقا للمادة 13 من ق إ م إ[3]، ومن ذلك دعاوى النسب.

يمكن الاستناد في تحديد صفة الأشخاص المخول لهم قانونا رفع دعوى إثبات النسب أو إنكاره إلى المادة 6/67 من قانون الحالة المدنية التي تنص على: " يبطل المحضر وعقد الميلاد المؤقت إذا عثر على عقد ميلاد الطفل أو صرح بالولادة شرعا بناء على عريضة وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين" والمادة 62 من ذات القانون التي تنص: " يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم؛ وإلاّ فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده..." [4]، وكذا إلى أحكام المادة 3مكرر من ق أ وكذا المادة 260 من ق إ م إ

---

[1] الصفة هي: صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه " صفة مكتسبة تلقائيا أو عن طريق ممثله القانوني كصفة تمثيل القاصر ". أما المصلحة " فهي: المنفعة التي يجنيها المدعي من التجاءه إلى القضاء فهي إذا الباعث إلى رفع الدعوى وفي نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها. والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية أي لا بد أن تستند إلى حق يحميه القانون ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة وحالة ". لتفصيل اكثر راجع: فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، مرجع سابق، ص 44 وما يليها.

[2] يثير القاضي تلقائيا انعدام الاهلية..." مما يعني أنها من النظام العام.

[3] حيث جاء في المادة 65 من ق إ م إ: " لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعى عليه" وهو ما يعني أن الصفة من النظام العام ".

[4] هذه المادة في الأصل تتحدث عن الأشخاص المخولين بالتصريح بالولادة أمام ضابط الحالة المدنية وهذا في الوضع الطبيعي لنسب الابن والذي لا إشكال أثير بشأنه، غير أنه يمكن توظيف أحكام هذه المادة في مسألة تحديد الأشخاص الذين لهم الصفة في رفع دعوى النسب حيث نقتصر في هذه الحالة على كل من الأب والأم وكذا وكيل الجمهورية، أما باقي الأشخاص فيمكن أن يكونوا مساعدين للقضاء في إثبات واقعة نسب الطفل من خلال أخذ القاضي بتصريحاتهم حول واقعة الولادة من أجل إثبات نسب الطفل في حال أثير نزاع بشأنه أو كان الطفل مجهول النسب.

1- الأشخاص المخول لهم قانونا رفع دعوى إثبات النسب:

لقد نصت المادة 490 من ق إ م إ على أن الاعتراف بالنسب بالبنوة والأبوة والأمومة لشخص المجهول النسب يكون أمام محكمة موطن المدعى عليه، لذلك يتصور في هذا المقام أن من يحمل صفة المدعي وبالمفهوم الضمني للمادة أعلاه هو إما أن يكون الأب إذا قام بالاعتراف بأبوته لمجهول النسب، كما يمكن أن تكون الأم وهذا في حال اعترافها بأمومتها لمجهول النسب[1]، كما يمكن أن يكون الابن وهنا نفرق بين وضعين قانونين يمكن أن يكون عليهما الابن ،حيث يمكن أن يكون قاصرا أي لم يبلغ سن الرشد القانوني وهنا نجد أن الصفة متوفرة فيه لكونه يرفع دعوى للاعتراف بنسبه وهو أمر جائز قانونا لكون المادة 490 وكذا المادة 44 من ق أ تخول له صفة الادعاء بأبوة شخص كأن يقول هذا أبي، كما أن المصلحة المعنوية متوفرة وهي الرغبة في الحصول على انتماء عائلي بصفة قانونية غير أن شرط الثالث في رفع الدعوى والذي يعد مسألة جوهرية لقبولها مغفل وهو الأهلية، لذلك يتوجب وجود ممثل قانوني له حتى تقبل الدعوى، والممثل القانوني للقاصر واستنادا لأحكام المادة 87 من ق أ وكذا المادة 2 من ق ح ط هو وليه أو وصيه أو المقدم أو حاضنه أو كافله.

أما الوضع الثاني فيتصور قيام الابن بعد بلوغه سن الرشد برفع الدعوى وهنا نجد أنه تتوافر فيه كل شروط رفعها وهذا من الناحية الإجرائية.

هذا ويمكن لشخص للنيابة العامة أن تتأسس كطرف أصلي في الدعوى وهذا طبقا للمادة 3 مكرر من ق أ؛ وكذا المادة 260 من ق إ م إ، إضافة إلى الفقرة 6 من المادة 67 من قانون الحالة المدنية أعلاه الذي خول لوكيل الجمهورية رفع عريضة إلى القاضي من أجل إبطال عقود الميلاد المؤقتة التي أعدها ضابط الحالة المدنية[2]. فنظرا لكون الدعوى تتعلق بشؤون الأسرة وكذا النظام العام فان للنيابة العامة الصفة في رفعها في حالة تقاعس أو عدم تقدم أحد الأطراف السابقة رفع دعوى نسب القاصر إضافة إلى وجوب حضورها الجلسة المتعلقة بذلك استنادا للمادة 491 من ق إ م إ[3].

---

[1] م أ، ملف رقم: 51414، بتاريخ 19-12-1988، م ق، ع 3، ص 52. نقلا عن جمال سايس: مرجع سابق، ج1، ص 490.

[2] إن العبارة الموجودة بهذه المادة المتمثلة في " التصريح بالولادة شرعا " يكتنفها الغموض والأصح هي ما ورد النص باللغة الفرنسية " judiciairement déclarée " والتي تعني باللغة العربية التصريح بالولادة قضائيا وليس شرعا وهو الأصح لأن إبطال العقود وإلغائها هو من اختصاص القضاء وحده. ابتسام صولي، مرجع سابق، ص 262 وما يليها.

[3] يمكن تدعيم ما سبق قوله فيما يتعلق بصفة المدعي بما يوضحه الأستاذ العربي بلحاج في بيانه لمفهوم الإقرار بقوله:" هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره، فيصدق في إلحاق الولد بفراشه ويثبت النسب بالإقرار الأب (م40 و44 من ق أ)، ولو=

2- الأشخاص المخول لهم قانونا رفع دعوى انكار أو نفي النسب:

يختلف إثبات النسب عن إنكاره في كون الدعوى في هذه الحالة الأخيرة ترفع من الزوج ضد زوجته أثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة وخلال مدة زمنية محددة[1]، كما أنه يوجد طريق شرعي واحد لذلك وهو اللعان[2] وهذا استنادا لأحكام المادة 41 من ق أ؛ وهو ما تؤكده المادة 490 من ق إ م إ التي بينت الشخص الذي يكون في مركز المدعي حيث نص بصريح عبارته أنه: "... أو إنكار الأبوة..." فيتضح هنا أن الشخص الوحيد الذي يمكن له نفي نسب الابن هو الأب وحده دون غيره.

أما بالرجوع إلى القانون المقارن وبالتحديد القانون التونسي وهذا على سبيل المثال نجد أنه وإن سار إلى ما سار إليه المشرع الجزائري في عدم تحديد الأشخاص المخول لهم قانونا رفع دعوى إثبات النسب صراحة، فإنه خالف المشرع في جانب آخر في تحديده الأشخاص المخولين قانونا برفع دعوى إسناد اللقب العائلي بالنسبة للشخص مجهول النسب والمهمل وذلك بموجب الفصل الأول من قانون 28 أكتوبر 1998 الأشخاص المخولين برفع الدعوى بقوله: " يمكن للأب وللأم والنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يتبين بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل "، بل إن ذات القانون وبعد تنقيحه سنة 2003 خول صراحة للابن المهمل أو المجهول النسب الراشد بأن يرفع دعوى لإسناد اللقب العائلي له وهو ما جاء في الفصل الثالث من هذا القانون قوله: " لكل شخص تجاوز سن الثامنة عشرة أن يطلب الإذن بإسناده اسما ولقبا عائليا إذا كان خاليا من ذلك وفق أحكام القانون عدد53 لسنة 1959 المؤرخ في 26 ماي 1959 المتعلق باللقب العائلي "، وهو الأمر الذي طالب به الفقه التونسي وكذا ما حكم به

=كذبته الأم أو كذبه الابن المستلحق، أو كان الإقرار بعد موت الابن "،" كما لا يثبت النسب بإقراره كأن يقول هذا ابني إلى أن يصدقه الأب، فيكون ذلك إقرار منه ببنوته ". فيتضح هنا أن المدعي يمكن أن يكون الأب أو الأم أو الابن. كما أن دعوى الاعتراف بالنسب تسمع ما دام المدعى عليه حيا حتى ولو كانت مجردة عن أي حق مادي يتعلق بها، كما أن الحكم يسري على الطرفين ويرتب آثاره القانونية. لتفصيل أكثر راجع: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص ص 385- 390.

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 150.

[2] لم يُعرف المشرع اللّعان كما لم يبين إجراءاته تاركا الأمر للقضاء للاجتهاد في ذلك استنادا للمادة 222 من ق أ. ويمكن تعريفه بأنه اتهام الزوج زوجته بالزنا خلال قيام الرابطة الزوجية دون أن يكون له شهود أو بينة على ذلك، حيث يكون بتوجيه أربع شهادات مؤكدات للزوج على رؤيته لواقعة الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم توجيه الشهادة للزوجة حتى تدرا عنها هذه التهمة بشهادتها أربع شهادات بالله إنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. لتفصيل أكثر راجع: البهوتي، ج 8، مرجع سابق، ص 2743 وما يليها.

القضاء التونسي استنادا إلى مبادئ العدل والإنصاف التي تخول للشخص الراشد الذي لا يحمل لقب عائلي بسبب تقاعس الأشخاص المخولين قانونا برفع الدعوى[1].

ثانيا: مدى مراعاة مصلحة القاصر عند التطبيق القضائي لوسائل إثبات ونفي النسب

لقد كان للقضاء دورا بارزا في تفعيل أحكام قانون الأسرة المتعلقة بحق القاصر في النسب وذلك من خلال تطبيق ظاهره وفحواه وكذا الاجتهاد في حالة غموض هذه النصوص أو انعدامها وهو ما توضحه القرارات القضائية التي سلكت منهجا خاصا وازن بين ما هو وارد ضمن قانون الأسرة من وسائل إثبات النسب المتنوعة وما تستدعيه مصلحة القاصر في هذا الجانب.

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أنها كفلت حماية حق القاصر في النسب في ظل قيام الرابطة الزوجية استنادا إلى قاعدة الولد للفراش[2]، وهو الوسيلة التي استندت إليها التطبيقات القضائية في إثبات النسب أو نفيه في ظل قيام الرابطة الزوجية[3]، مراعية في ذلك مصلحة القاصر وفق مبادئ أقرتها من ذلك قولها: " **بالتسامح في إثبات النسب ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد** "[4]؛ وكذا قاعدة أخرى تقضي بأنه: " **يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلاّ بحكم قضائي** "[5]؛ فهذا تأكيد من القضاء بضرورة وضع مصلحة القاصر فوق كل اعتبار عند مناقشة دعاوى إثبات أو نفي النسب[6]؛ وفي هذا السياق جاء في اجتهاد للمحكمة العليا بتاريخ 08-07-1999 أنه: " الولد للفراش وللعاهر الحجر وأنه لما ثبت أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين والطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأنه لا تأثير على غيبته مادامت الزوجية قائمة وأن القضاء بإثبات نسب الطفل تطبيق صحيح للقانون "[7]، كما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 25-02-2004 قولها: " من المقرر شرعا وقانونا أنه متى ولد الطفل من زواج شرعي وسجل في الحالة المدنية ولم ينكره بالطرق المشروعة كان نسبه صحيحا "[8].

---

[1] المهدي قياس، مرجع سابق، ص ص 102-104

[2] أنظر في ذلك: المادة 40 و41 و 42 و 43 من ق أ.

[3] Nadia Ait Zaï . Article cité.p233.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 202430 بتاريخ 25-12-1998، م ق، ع1 ،1999، ص 122.

[5] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 202430 بتاريخ 15-12-1998؛ أيضا: ملف رقم: 72353 بتاريخ 30-10-1989. نقلا عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، مرجع سابق، ص 416.

[6] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 103232، اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، ع خ، 2001، ص 152.

[7] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 165408، اجتهاد قضائي، ع خ، لسنة 2000، ص 67.

[8] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 309543، ن ق، ع65، لسنة 2010، ص307.

واستنادا لموقف القضاء السابق الإشارة إليه وكذا ما جاء ضمن نص المادة 41 من ق أ نستنتج أن هناك إمكانية لنفي النسب حتى في ظل قيام الرابطة الزوجية؛ غير أن ذلك يكون وفق طريق واحد وهو اللّعان طبقا للمادة 41 أعلاه التي نصت على ذلك بقولها: ".. مالم ينفه بالطرق المشروعة " [1]، ولقد كان للقضاء دور في تطبيق هذه الوسيلة القانونية – خاصة في ظل غياب نص صريح يحدد إجراءات اللّعان وكذا مدة سقوطه بالتقادم – وهو ما قضت به المحكمة العليا في هذا المجال من خلال قضائها بوجوب نفي النسب بموجب مطالبة قضائية طبقا للمادة 490 من ق أ تسمى دعوى اللّعان[2]، حيث تكون الملاعنة الملاعنة في المسجد[3]؛ أمام إمام المسجد العتيق وليس أمام القاضي حيث تكون يوم الجمعة بعد أداء صلاة الجمعة بحضور الطرفين وكذا المحضر القضائي حتى يحرر محضر اللّعان [4]، حيث يتم التفرقة بين الطرفين بموجب ذلك بفرقة بائنة من قبل القاضي[5]، وقد استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على على أن مدة اللعان هي أسبوع وإلاّ سقط حق الزوج في ذلك ويثبت الولد نسبه بقوة القانون وهذا ترجيحا لمصلحته[6]، ويبدا سريان هذه المدة من تاريخ مشاهدة الزنا أو العلم بالحمل[7]، غير أن هذه المدة قد تقبل التمديد إذا اقتضت ذلك ظروف قاهرة للزوج وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها[8].

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 69798، بتاريخ 23-4-1991، م ق، ع 3، 1991 ص54.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 377.

[3] لقد أوجب الفقه المالكي أن تتم الملاعنة في المسجد حيث يقول الفقيه أحمد بن محمد الصاوي المالكي في ذلك:" والمسلم والمسلم يلاعن وجوبا في المسجد لأنه أشرف الأماكن فيغلظ فيه به ". بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، بيروت، 1978، ص 495.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 172379، اجتهاد قضائي، ع خ، 2001، ص 70. راجع أيضا: محمد السنيني، حدود مفهوم الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا " غرفة الأحوال الشخصية "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة -2-، الجزائر، مج 2، ع 2، 2012، ص 188.

[5] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 379.

[6] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 296020، بتاريخ 25-12-2002، م ق، ع1، 2004، ص 282. راجع أيضا: محمد السنيني، مرجع سابق، ص 189.

[7] " ... ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا...". راجع في ذلك: م ع، غ أ ش، ملف رقم: 204821، اجتهاد قضائي، ع خ، 2001، ص 82.

[8] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 76343، بتاريخ 16-07-1990، م ق، ع 3، 1991، ص 75.

ويجب التنبيه أن لجوء الزوج إلى دعوى اللّعان يمنعه من اللجوء إلى طلب تحليل الحمض النووي ADN طبقا لأحكام المادة 40 من ق أ التي تم تعديلها بموجب الأمر (05- 02)[1]، كما أن القانون منح للزوجة في حالة الوشاية الكاذبة نتيجة براءتها من جرم الزنا الحق في التعويض[2].

هذا ولم تقتصر التطبيقات القضائية على حماية نسب القاصر استنادا إلى المفهوم الضيق لقرينة الفراش القائمة على عقد الزواج الصحيح؛ وإنما قضت أيضا بإثباته بموجب عقد الزواج الفاسد تأسيسا على نص المادة 34 من ق أ[3]، بل إن المحكمة العليا وسعت في مفهوم نكاح الشبهة[4]؛ من خلال تكييف تكييف الاغتصاب على أنه نكاح شبهة وقضت بإثبات النسب نتيجة ذلك تأسيسا على أحكام المادة 40 من ق أ[5].

أما فيما يتعلق بوضعية الأبناء المجهولين النسب[6]؛ وخاصة منهم الأبناء الطبيعيين فإن الغموض الذي يكتنف أحكام قانون الأسرة في حماية هذه الفئة جعل من الأحكام القضائية متضاربة فتارة تتسامح في القضاء بحقهم في النسب وذلك إلى درجة خرق أحكام القانون وتارة تشدد على ذلك وهذا التناقض في الأحكام يكمن سببه الأساسي في محاولة القضاء بسط أكبر قدر من الحماية للقاصر وترجيح مصلحته إحياء له ،لذلك وسعت في مفهوم وسائل إثبات النسب الأخرى المتمثلة في البينة والإقرار، حيث قضت

---

[1] راجع في ذلك: م ع، غ أ ش، ملف رقم: 605592، بتاريخ 15-10-2009، م م ع، ع1، 2010، ص 245.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 96004 بتاريخ 23-11-1993، م ق، ع 3، 1994، ص 69.

[3] والمقصود هنا الزواج الذي يشتمل على مانع من موانع الزواج أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج، أو الذي يتخلف فيه ركن الرضا أو عدم وجود كافة الشروط مجتمعة، حيث بينت المادة 34 من ق أ أن مصير هذا الزواج الفسخ قبل الدخول وبعده، ويوجب إثبات نسب عن طريقه، وكذا الاستبراء.

راجع أيضا: م ع، غ أ ش، ملف رقم: 193825، اجتهاد قضائي، ع خ، 2001، ص 73.

[4] ذكر المشرع نكاح الشبهة كأحد الأسباب الموجبة لإثبات النسب الطفل الناتج عن هذه العلاقة دون بيانه للمقصود به تاركا ذلك لاجتهاد القضاء الذي يستند إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الجانب تأسيسا على نص المادة 222 من ق أ، فأصل تسميته تعود للفقه الإسلامي تحت مسمى الوطء بشبهة والذي يقصد به: " الاتصال الجنسي غير الزنا وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد ". وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 688.

فالخطأ يقع بسبب الاشتباه والخطأ في القرين وعدم العلم بالتحريم كأن يتم مواقعة امرأة يجدها في فراشه ظنا أنها زوجته، أو وطء زوجته التي طلقها ثلاثا في عدتها ظنا منه أنها لاتزال حلا له، أو زفت إليه امرأة بالخطأ. وينقسم إلى ثلاثة أقسام هي: شبهة الفعل، وشبهة الملك، وشبهة العقد. لتفصيل أكثر راجع: أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص124.

[5] ملف رقم: 617374، بتاريخ 12-05-2011، م م ع، ع1، 2012، ص 294.

[6] لقد سبق التفصيل في مفهوم الابن مجهول النسب ومشتملاته ضمن الباب الأول من هذه الدراسة.

الحكمة العليا بالاعتماد على البينة أو شهادة الشهود في إثبات النسب ولم تستلزم قيام عقد صحيح وأجازت أن تكون حتى من الأقارب بحكم أن النسب يعد من قضايا الحالة التي لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه لذلك تجوز شهادة الأقارب فيه[1]،

وفيما يتعلق بوسيلة الإقرار بنسب الطفل مجهول النسب قضت المحكمة العليا بموجب اجتهاد قضائي صادر عنها بتاريخ 17-11-1998 بعدم جواز إثبات نسب من علاقة غير شرعية حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى تبين في القضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم بتاريخ 2-5- 1994 والولد قد ولد بتاريخ 07- 05- 1994، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب؛ لأن النسب لا يثبت بالعلاقة الغير الشرعية طبقوا صحيح القانون... "[2]. غير أنه وفي قرار آخر خالف قضاة المحكمة العليا هذا الموقف خارقين بذلك الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا السابق الإشارة والذي يرقى إلى مرتبة القانون؛ من خلال قضاءها بإثبات نسب الولد الناتج عن علاقة غير شرعية استنادا إلى الخبرة الطبية باعتبارها من وسائل إثبات النسب طبقا للمادة 40 من ق أ وأعطت مفهوما آخر لما هو وارد ضمن أحكام المادة 40 و41 و44 من ق أ عند تسبيبها لما سارت إليه وذلك بقولها: " يمكن طبقا للمادة 40 من ق أ إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج العرفي (المادة41من ق أ)، وبين إلحاق النسب في العلاقة الغير الشرعية "[3].

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 172333، م ق، ع1، 1997، ص 42.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 210478، ع خ، 2001، ص 85. وقد سبق هذا القرار قرار آخر للمحكمة العليا استندت فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية في عدم نسب ابن الزنا. راجع في ذلك: ملف رقم: 35087، بتاريخ 17-12-1984، م ق، ع1، 1990، ص 86.

[3] وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي:" حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من ق أ. رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في القضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة=

إن عدم استقرار الاجتهاد القضائي في مجال نسب الابن مجهول النسب وتناقض قرارات المحكمة العليا كما سبق الإشارة إليه يرجع أساسا إلى الغموض الوارد في المادة 44 من ق أ التي لم تعرف مجهول النسب، إضافة إلى المطالبات العالمية والوطنية للجمعيات النسوية بحماية الأم العزباء وإعطاء لقب لطفلها مثل باقي الأطفال.

غير أنه وفي هذا المقام يتوجب القول أن النسب في أصله الشرعي والقانوني هو حق معنوي للطفل وأثر من آثار عقد الزواج الذي اشترط المشرع فيه– أي الزواج – أن يتم برضا الطرفين على الوجه الشرعي طبقا للمادة 4 من ق أ؛ وعليه فإن العلاقة الشرعية تعد القاعدة الأساسية في النسب وإلحاقه؛ وإلاّ لا يكون لواقعة الزنا محل في التجريم لمساواة ما ينتج عن العلاقة الشرعية بما ينتج عن العلاقة الغير شرعية، فقاعدة الولد للفراش وللعاهر الرجم هي الأساس والفيصل في إثبات النسب خاصة وأن المحكمة العليا بموجب القرار أعلاه تعترف بالاختلاف بين الزواج الشرعي والعلاقة الغير شرعية، كما أن منح أبناء الزنا الحق في النسب ومساواتهم بالأبناء الشرعيين يشجع الرذيلة والفساد في المجتمع ولا يعد حلا لاستئصال هذا الورم الخبيث الذي يفتك بالمجتمع وإنما نشر له، فالإسلام وكذا القانون وإن لم ينص بشكل صريح على الحقوق والوضعية القانونية لهذه الشريحة من المجتمع إلاّ أنه كفل حمايتهم من خلال بدائل أخرى سبق الحديث عنها[1].

= فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ". راجع في ذلك: ملف رقم: 355180، بتاريخ 5-3 – 2006، م م ع، ع1، 2006، ص 496.

[1] فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأصيل والوحيد لقانون الأسرة تأسيسا على نص المادة 222 منه نجد أن القواعد الأساسية في ثبوت النسب صريحة في هذا الجانب وهو " أن الزنى لا يثبت نسبا " وفقا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر "، غير أنه إذا ادعى شخص نسبب ولد مجهول " الاقرار" فإن فقهاء الحنفية يرون أن الدعوى تقبل ويثبت نسب الابن شرط أن لا يقول أنه ولده من زنى أما فقهاء المالكية فيرون أن: " قبول الدعوى لا يكفي فيه أن يذكر أنه ولد زنى بل لابد ألا يعرف كذبه بقرينة " . لتفصيل أكثر راجع: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 389 وما يليها.

أما قانونا نجد أنه ومن خلال قانون الحالة المدنية عالج وضعية الأطفال مجهولي النسب من حيث حالتهم المدنية وحقهم في الاسم من خلال أحكام المادة 67 منه والتي سبق الإشارة إليها ضمن الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة. كما اعتنى بوضعهم كذلك قانون الأسرة من خلال النص على الحقوق المعنوية والمادية في كثير من الحالات بشكل عام، إضافة إلى التكفل القانوني بهم من خلال الرعاية البديلة والمتمثلة في نظام الكفالة العمومية من قبل الدولة أو الخاصة من طرف الأفراد وهو نظام يعود أصله إلى الشريعة الإسلامية. راجع لتفصيل أكثر: في حماية الاطفال مجهولي النسب: ابتسام صولي، مرجع سابق، ص 267 وما يليها؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 72 وما يليها.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن إثبات نسب الولد مجهول النسب الذي ولد خارج إطار عقد الزواج الشرعي لا يجوز إسناده إلى أي شخص حتى ولو أثبتت الخبرة الطبية أنه ابنه فلا يعدو أن يكون نسبا طبيعيا ولا يرقى إلى النسب الشرعي ولا يرتب أي أثر من آثاره وحتى لو اعترف هذا الشخص بأن هذا الطفل هو ولده من علاقة غير شرعية فإن هذا الإقرار غير مؤسس قانونا، في حين إسناد نسب الشخص إلى أمه لا يستوجب قيام الرابطة الزوجية[1].

وبذلك نقول أن ما عناه المشرع بالابن مجهول النسب في أحكام المادة 44 من ق أ يخرج عن إطاره ابن الزنا، حيث يتصور في هذه الحالة الابن الذي تم اختطافه ورميه في مكان معين ثم يتمكن من إيجاده، حيث يدعي شخص معين بأنه ابنه المختطف ويقر بنسبه وفق الشروط الواردة في المادة 44 أعلاه ويمكن أن يشفع هذا الإقرار بإجراء خبرة طبية لتأكيد إقراره.

إن هذا الموقف للقضاء الجزائري شبيه بالموقف الذي سار عليه القضاء التونسي التي توسع في تأويل النصوص القانونية حماية للطفل وإدخاله ضمن إطار شرعي لذلك كانت المحاكم وكذا محكمة التعقيب تدخل العلاقات الشرعية تحت مظلة الزواج الباطل من أجل تطبيق أحكام الفصل 68 من م أ ش وهذا رعاية للابن الناتج بموجب علاقة غير شرعية حيث يثم إثبات نسبه وفق هذه الصورة[2].

بخلاف القضاء المصري الذي قضى في كثير من أحكامه على أن الإقرار كوسيلة لإثبات النسب يخرج من دائرته ابن الزنا[3].

نتيجة لما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري وإن كان يهدف من وراء هذه النصوص إلى حماية القاصر خاصة مجهول النسب، إلاّ أنه لم يوفق نتيجة الغموض والثغرات القانونية التي تضمنتها نصوصه الأمر الذي ألقى على كاهل القضاء عبء مضاعفا من حيث تفسير النصوص والبحث عن نية المشرع ضمنها وكذا الاجتهاد المتكرر الذي يستلزم وقتا وجهدا وكذا ثقافة قانونية وفقهية وشرعية. الأمر الذي

---

[1] إجراءات ممارسة دعاوى ...، مرجع سابق، ص 145.

[2] قرار محكمة التعقيب الصادر بتاريخ 14-11-1972 التي أيدت حكم محكمة صفاقص الابتدائية التي اعتبرت الاتصال الجنسي دون وجود عقد زواج زواجا فاسدا بناء على أنه عبّر لها عن نيته في الزواج بها حيث قضى بإثبات نسب البنت استنادا إلى ذلك. وكذلك حكم المحكمة الابتدائية بسوسة الصادر بتاريخ 4-5-17- 1970 م ق ت 1971، ص 975. وكذلك قرار عدد 5931 الصادر بتاريخ 21-10- 1968 م ق ت 1969، ص 493. راجع لتفصيل أكثر في هذه الأحكام: المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص ص 112-114.

[3] محكمة النقض، الطعن رقم11 لسنة 44 ق، أحوال شخصية، جلسة 4-2- 1976، لسنة 27، ص 398؛ طعن رقم 74 لسنة 53 ق، جلسة 12-2- 1985، ص36. نقلا عن: أحمد محمد صالح، مرجع سابق، ص 82.

يستدعي تنبيه المشرع بضرورة مراجعة وتعديل منظومته القانونية المتعلقة بالنسب وذلك بتنصيص صراحة على أحكام إثبات النسب وتحديد موقفه صراحة فيما يتعلق بمجهول النسب.

الفرع ثاني: حماية القاصر المحضون من خلال معيار مصلحة

يقوم القاضي بدور وقائي مسبق يتمثل في مراقبة مدى توفر الشروط المطلوبة في الحاضن ومدى قدرته على الالتزام بأحكام المادة 62 من ق أ، كما أنه يعمل على تطبيق أحكام المادة 64 من ق أ من خلال بحثه في مدى توفر مصلحة المحضون لإسناد حضانة الطفل وكذا منح الولاية القانونية عليه تبعا لذلك، وهو ما سيتم الحديث عنه في هذا الفرع. لذلك سيتم بيان مفهوم مصلحة المحضون أولا، ثم بيان دور القاضي في تطبيق أحكام أصحاب الحق في الحضانة من خلال معيار مصلحة القاصر المحضون ثانيا، ثم بيان دور القاضي في تطبيق شروط ممارسة الحضانة من خلال معيار مصلحة القاصر المحضون ثالثا، ثم بيان رقابة المحكمة العليا لمدى مراعاة معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة رابعا، ثم بيان دور القاضي في الحكم بالولاية تطبيقا لمعيار مصلحة القاصر المحضون خامسا.

أولا: مفهوم مصلحة المحضون

لقد نص المشرع بموجب أحكام قانون الأسرة على مصلحة المحضون ضمن نصوصه التي عالجت الحضانة، غير أنه لم يورد تعريفا لها مكتفيا بذكر بعض معاييرها التي جعل منها قبسا للقاضي ليهتدي بها وقد أثنى الأستاذ عبد العزيز سعد على موقف المشرع في هذا الجانب بقوله أنه أحسن في تحديد مشتملات الحضانة المادية والمعنوية ببيانه أسباب الحضانة وأهدافها ضمن أحكام المادة 62 منه[1].

غير أن بيان المشرع لمعايير الحضانة ضمن أحكام المادة 62 لم تحجب رأي الفقه الغالب الذي يرى صعوبة تحديد مفهوم لمصلحة المحضون الذي وجه إليه انتقاد كونه مبني على معيار ذاتي ومجرد[2].

غير أنه هناك من يشاطر هذا الموقف في جانبه المتعلق بصعوبة تحديد مفهوم لمصلحة المحضون؛ إلاّ أنه من جانب آخر يرى بأنه لا يمكن تجاهل هذا المصطلح ومدى أهميته في مادة الحضانة لكونه ورد ضمن قاعدة قانونية آمرة لا يجوز مخالفتها، ولذلك يجب تركه حرا طليقا دون تقييده ضمن إطار قانوني مجرد يحدد مفهومه، لأن ذلك قد يتناقض مع الهدف الذي سعى من ورائه المشرع وهو حماية مصلحة القاصر، كما أن حصره ضمن مجال محدد قد يجعله متناقض مع ما يعرض من واقع.

---

[1] قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 138.

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص ص 79، 80.

إن إعمال المعيار الذاتي وإن كان أساسيا في تحديد هذه المصلحة إلاّ أنه ليس الوحيد بحكم أن المشرع وضع من جانب آخر مسألة مدى توفر الشروط في الحاضن والتي وضعها استنادا إلى معيار موضوعي وهذا حماية للقاصر من إمكانية تعسف القاضي أو عدم تقديره الجيد لمصلحة القاصر المحضون وهي بذلك ضمانة قانونية للقاصر باعتبار أن إسناد الحضانة وما يترتب عليها من أحكام تستوجب تدخل القضاء في تقديرها[1].

إن عدم تحديد مفهوم شامل وواضح لمصلحة المحضون يحتم – كما سبق الإشارة إليه – تدخل القاضي لحماية هذه المصلحة لذلك يرى الأستاذ السيد سابق أن: " تقدير مصلحة الصغير والصغيرة موكول للقاضي"[2]، وهذا القول له سند قانوني يؤكد أن مبنى الحضانة هو الاجتهاد القضائي لكونها ترتبط بأمور إنسانية تستلزم إعمال التقدير القضائي بكافة وسائله وبشكل واسع [3] ، وهنا نؤكد أن هذا لا يكون بمعزل عن رقابة المحكمة العليا التي تسهر على تطبيق القانون من خلال مراقبة تسبيب وتعليل القاضي لكيفية تقديره بوجود هذه المصلحة وترجيحها حماية للقاصر المحضون[4]، فإن أغفل ذكر الأسباب بدقة تعرض حكمه للنقض لكونه معيبا بقصور التسبيب[5].

وعليه يمكن القول:" إن تطبيقات مبدأ مصلحة المحضون من الناحية العملية لا تختلف بإختلاف الأوضاع فحسب، بل تخضع لاعتبارات وضوابط متعددة ومتشعبة وهذه لا يقدرها إلاّ القاضي" [6]، وهو

---

[1] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 82 وما يليها.

[2] فقه السنة، " د ط"، ج 2، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1994، ص227 وما يليها.

[3] ما يجب بيانه أن مصادر النشاط التقديري للقاضي تقوم على ثلاث عناصر أساسية وهي: عناصر النزاع والتي تمثل الوسيلة الأولى التي يتحدد على ضوئها مدى إمكانية ممارسة الاجتهاد القضائي، فإذا كان النزاع يتمحور حول المطالبة بإسناد الحضانة مثلا، أما الوسيلة الثانية فتتمثل في القاعدة القانونية التي تحكم عناصر النزاع وما إذا كانت تخول له سلطة التقدير والاجتهاد، إضافة إلى وسائل أخرى يستعين بها القاضي في إعمال نشاطه التقديري. لتفصيل أكثر راجع: محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 98 وما يليها. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية...، مرجع سابق، ص 126 وما يليها. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 212. نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، " د ط"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 146 وما يليها.

[4] باعتبار أن المحكمة العليا هي محكمة قانون واجتهاد لذلك فإن: " رقابتها على سلطة القاضي التقديرية تتجلى في مراقبة الأحكام الصادرة عن المحاكم والجالس القضائية وهي لا تنصب على نشاط الذهني للقاضي لأنه لا رقابة عليه وإنما تنصب على مادة هذا النشاط أو مصادره للتأكد من عدم انحراف القاضي عن الغاية التي منح لأجلها هذه السلطة وحتى لا يتعسف في استعمالها ويتقيد بتطبيق القانون". لتفصيل أكثر راجع: اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 234.

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 138.

[6] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 87.

الأمر الذي سيتم التطرق إليه تباعا من خلال إبراز التطبيق القضائي لهذا المعيار قبل إقرار بعض الحقوق المعنوية للقاصر المرتبطة به والمتعلق بحضانته والولاية عليه.

ثانيا: دور القاضي في تطبيق أحكام أصحاب الحق في الحضانة من خلال معيار مصلحة القاصر المحضون

لا بد من الإشارة بداية أن تدخل القاضي في مسألة الحضانة وكل ما يرتبط بها بدء من تحديد أصحاب الحق فيها وكذا مدى توفر شروط ممارسها وتقديره في ضوء كل ذلك لمصلحة القاصر المحضون لا يكون إلاّ بموجب مطالبة قضائية، أي أن يكون هناك نزاع قضائي حول الحضانة يتوجب تدخله، فوجود النزاع يجعل من القاضي ملزما بالنظر فيه قانونا؛ وهو ما جاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا بتاريخ 26-12-2001 الذي قضى بعدم رفض الدعوى لكون نزاع بشأن الحضانة القانونية للجدة الطاعنة على الأطفال الذين بقوا مقيمين عندها عند وفاة أمهم يستلزم الفصل فيه، حيث أثارت الطاعنة ثلاثة أوجه من الطعن أولها " إذ أن رفض الدعوى معناه عدم وجود نزاع مع أن العدالة واجب عليها الفصل في نزاع مطروح عليها وهو الحضانة مع أن الأب لم يطلب هذه الحضانة وبذلك تبقى غير مسندة إلى أي جهة ومصلحة الأولاد تكمن في توطيد علاقاتهم بأقاربهم وإنكار حضانة الجدة لأم بعد وفاة الأم تؤدي إلى قطع صلة الرحم ... " وقد ردت المحكمة العليا على هذا الوجه من الطعن بقولها: " ...وتثار الحضانة بين طرفين خول لهما القانون حق الحضانة وعندما يثار هذا النزاع يكون على القاضي المطروح عليه النزاع واجب الفصل دون مراعاة نشأة النزاع عن طلاق أو عن وفاة الأم..."[1].

هذا ويعود النظر في دعوى الحضانة ومشتملاتها إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة[2]، ويتم رفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية طبقا لما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 274683، م م ع، ع2، 2004، ص 347.

[2] أنظر في ذلك: المادة 423 و426 من ق إ م إ. راجع أيضا فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 195 وما يليها.

1- كيفية تطبيق قاضي شؤون الأسرة لمعيار مصلحة المحضون لترجيح من له الحق في الحضانة:

أ- إعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية:

لقد سبق القول أن نصوص الحضانة اجتهادية بالدرجة الأولى لكونها منحت في معظمها للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في بحث مدى قيام مصلحة المحضون عند إسناد حضانته للحاضن، فالحضانة هي حق معنوي للقاصر كما أنها واجب وحق في نفس الوقت بالنسبة للحاضن، وعلى هذا الاعتبار رتب قانون الأسرة بموجب المادة 64 الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة[1]، غير أن هذا ترتيب لم يجعله من النظام العام[2]؛ حيث ربطه بمعيار مصلحة المحضون والذي خول تقدير توفره لقاضي شؤون الأسرة مانحا بذلك ضمانة قضائية تتجلى في مراقبة القاضي لمصالح القاصر ورعايتها؛ وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي قضى بأن إسناد الحضانة لا يراعى فيه الترتيب الوارد ضمن المادة 64 من ق أ؛ وإنما تراعى فيه مصلحة المحضون التي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[3].

ب- الاستعانة بالوسائل القانونية لترجيح مصلحة المحضون إعمالا للمادة 425 من ق إ م إ:

إن منح القاضي سلطة تقديرية في بحث مدى توفر مصلحة القاصر فيما سيتخذ من قرارات بشأنه تعد ضمانة قانونية للقاصر، بل إن المشرع رخص للقاضي الاستعانة بوسائل قانونية لتقدير وترجيح هذه المصلحة حيث نص في المادة 425 من ق إ م إ على ذلك بقوله: " ... ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ...". فاستنادا إلى النص القانوني أعلاه يمكن للقاضي وهو بصدد تقدير من الأصلح لحضانة القاصر أن يستعين بمساعدة اجتماعية أو الاستعانة بطبيب نفساني.

ويجب التنبيه أن الاستعانة بهذه الوسائل هو أمر جوازي متروك لتقدير القاضي في مدى حاجته للاستعانة بها من عدمها وهو ما أكده قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 18-05-2005 الذي قضى

---

[1] لقد تم تعديل المادة 64 من ق أ بموجب الأمر 05-02 حيث غيّر المشرع في ترتيب مستحقي الحضانة من خلال جعل الأب في المرتبة الثانية بعدما كان قبل التعديل في المرتبة الرابعة حيث نص التعديل الجديد على: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

[2] فضيل العيش، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 60.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 613469، بتاريخ 10-03-2011، م م ع، ع1، 2012، ص 285.

بأن على القاضي أن يستعين في تحقيق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية، كما جاء في قرار آخر بتاريخ 16-11-2005، بأن:" على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية "[1]،

في حين جاء في قرار آخر لذات المحكمة بتاريخ 13-10-2011 جاء فيه: " أن القاضي غير ملزم باللّجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون ".

إذا ما استعان القاضي بهذه الوسائل القانونية في تحديد مدى أحقية أحد الأطراف في حضانة القاصر فإنه يتوجب على الخبير الذي عيّن لهذه المهام أن ينهي بحثه أو خبرته بتقرير يتضمن المعاينات التي قام بها والحلول المقترحة، حيث يقدم هذا التقرير إلى القاضي الذي يجب عليه هو الآخر أن يطلع عليه أطراف الدعوى ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد[2]، وهنا يمكن القول أنه إذا ما تم تعيين الخبير وأجريت التقارير المتعلقة بالمهام المسندة إليه فإن القاضي يأخذ بأحد هذه التقارير وفقا لما يمتلكه من سلطة تقديرية وهو ما تؤكده حيثيات قرار للمحكمة العليا[3].

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع قد أعطى ضمانة إضافية لترجيح مصلحة القاصر بنصه صراحة على إمكانية الاستعانة بهذه الوسائل بخلاف المشرع التونسي الذي لم يبدي موقفا من ذلك، مما خلق تذبذبا في قضاء محكمة التعقيب بشأن مدى ضرورة اللجوء إليه وكذا مدى إلزامية الأخذ بذلك حيث كانت لها مواقف متعددة بين ضرورة اللّجوء إلى ذلك خاصة في الحالات التي تتطلب اعتماد هذه الوسائل لصعوبة المعطيات الواردة في القضية، في حين اعتبرت قرارات أخرى ذلك بالأمر غير الضروري، أما فيما يتعلق بإلزامية الأخذ بالتقرير الذي أعده المرشد الاجتماعي فإن هذا الأمر أيضا وجد فيه اختلاف في

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 330566، م م ع، ع1، 2005، ص301. ملف رقم: 337176، ن ق، ع65، 2010، ص 319.

[2] أنظر في ذلك: المادة 425 من ق إ م إ.

[3] حيث جاء في ضمن قرار للمحكمة العليا في ردها على أوجه الطعن المثارة قولها:"...بدعوى أن تقرير المرشدة الاجتماعية كان في صالح الطاعنة مع أن القضاة قد أسندوا حضانة الولد إلى والده، ولكن حيث أن القضاة لم يعتمدوا على التقرير المؤرخ في 09-08-1992 بل واعتمدوا على التقرير المؤرخ في 25-02-1993 وللقضاة السلطة التقديرية في الأخذ بأحد التقريرين...". غ أ ش، ملف رقم: 153640، م ق، ع1، 1997، ص 39.

القرارات التي اعتبرت أن القاضي مقيد بالنتيجة التي تم التوصل إليها من طرف المرشدة الاجتماعية وهناك من رأى بعدم إلزاميته بشرط أن تعلل المحكمة مخالفتها له[1].

2- التطبيقات القضائية للمعايير التي على ضوئها قدرت مصلحة المحضون:

إن المعيار الأساسي الذي يلجأ إليه القاضي في تحديد مصلحة القاصر المحضون يتمثل في المعيار المعنوي والروحي الذي يرتكز على ما يحتاجه القاصر في ظل انفصام العرى الزوجية من حنان وعطف ودفء عائلي يسد هذا الشروخ الذي حدث في حياته، كما قد يستند إلى المعيار المادي المتضمن للظروف المعيشية ومسألة إهمال القاصر[2]، وقد يعتمد القاضي في بحث مصلحة المحضون بناء على هذه المعايير بالاعتماد على مرشدة اجتماعية أو طبيب نفسي لذلك، كما أنه قد يسندها جبرا إلى الشخص الذي تنازل عنها؛ وهو ما نلمسه من جملة التطبيقات القضائية من ذلك الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998 الذي قضى بأن تنازل الأم عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون لا يعتد به[3]، كما قضى قرارا آخر بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة إلى أبيهم دون منحها للجدة لأم بحجة أنه وإن كان إسناد الطفلتين إلى الأب بعد وفاة أمهم إلى أبيهم بالنظر إلى سنهم أما الطفل الثالث فقد تبنت المحكمة المعيار المعنوي والروحي المتمثل في عدم فصله عن أختيه لما في ذلك من تأثير نفسي عليه وأن مصلحته تقتضي ذلك[4]، كما قضت في قرار آخر بأن إسناد الحضانة للجدة لتنازل الأم عنها دون مراعاة الحالة النفسية للولد وكذا عدم مراعاة التقرير الذي أعده الخبير الطبي الذي توصل إلى أن:" المحضون يشتكي من معاناة نفسانية عبّر عنها برفض البقاء عند جدته بسبب سوء المعاملة، كما أن التحقيق الذي أجرته المساعدة القضائية ذكرت في تقريره أن خال الولد الساكن مع الجدة لأم قد حكم عليه جزائيا من أجل تهمة استهلاك المخدرات..."، حيث جاء رد المحكمة العليا على هذا الوجه المثار المتضمن عدم مناقشة مصلحة المحضون وذلك لعدم مناقشة الدفع المثار من قبل الطاعن المتعلق بالحالة النفسية للطفل، ودون مناقشتهم تقرير الخبير وتقرير المساعدة الاجتماعية باعتبارها وثائق تؤكد

---

[1] قرار تعقيبي مدني، ع 54808، مؤرخ في 01-04-1997، ن م ت، 1997، ص 280. أيضا: ع 26406، مؤرخ في 26-02-1991، ن م ت، 1991، ص 142. قرار ع 24453، مؤرخ في 22-01-1991، ن م ت،1991، ص 455. نقلا عن: المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص 69 وما يليها.

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 103 وما يليها.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 189234، اجتهاد قضائي، 2001، ع خ، ص 175.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 274683، سبق الإشارة إليه.

عدم تحقق مصلحة المحضون؛ إضافة إلى الوسط الغير لائق الذي يعيش فيه كل ذلك جعل المحكمة العليا تعتبر الحكم مخالفا للقانون لعدم التقدير الجيد لمصلحة المحضون من قبل قضاة الموضوع[1].

كما قضت المحكمة العليا بإسناد الحضانة أيضا للأم بالرغم من تنازلها عنها وهذا ترجيحا لمصلحة المحضون وذلك لكون الأب محكوم عليه بجريمة مخلة بشرف الأسرة، وتواجده بالمؤسسة العقابية.[2]

ثالثا: دور القاضي في تطبيق شروط ممارسة الحضانة من خلال معيار مصلحة القاصر المحضون:

لا يكتفي القاضي وهو بصدد إسناد حضانة القاصر بالمعيار الذاتي فقط ؛ وإنما يبحث أيضا في مدى توفر الشروط القانونية المنصوص عليها صراحة وضمنا في المادة 62 من ق أ [3]؛ وهذا وفق معايير موضوعية تتحدد على ضوئها أيضا مدى قيام مصلحة القاصر المحضون[4]، حيث يجب على القاضي وتطبيقا لأحكام المادة 62 أعلاه التحري عن مدى أهلية الشخص للقيام بواجب الحضانة، حيث يدخل ضمن هذا الشرط شروط ضمنية أخرى استنادا إلى أحكام الأهلية بشكل عام والمتعلقة بالسن القانوني الواجب توفره في الحاضن، وكذا خلوه من عوارض الأهلية[5]، وكذا عدم وجود مانع من موانع الأهلية[6].

هذا وقد استندت التطبيقات القضائية إلى الاجتهاد في تحديد شروط استحقاق الحضانة وذلك من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بغية التوسيع فيما احتوته المادة 62 أعلاه من شروط ضمنية وهذا استنادا إلى أحكام المادة 222 من ق أ التي تخول للقاضي ذلك، وهذا أمر نستشفه من جملة التطبيقات القضائية التي جاءت في هذا الجانب؛ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بأن القدرة تعد

---

[1] لتفصيل أكثر راجع، م ع، غ أ ش، ملف رقم: 332324، بتاريخ 13-07-2005، ن ق، ع59، 2006، ص 236.
أيضا: قرار ملف رقم: 330566، بتاريخ 18-05-2005، م م ع، ع1، 2005، ص 301.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 581222، بتاريخ 14-10-2010، م م ع، ع1، 2011، ص 248.

[3] حيث جاء فيها:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.
ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".

[4] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 217 وما يليها.

[5] وهو ما جاءت به المادة 42 و43 من ق م. المعدل والمتمم.

[6] لتفصيل أكثر في أحكام الأهلية راجع: محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 149 وما يليها.

شرطا يجب توفره في الحاضن حيث يدخل ضمن عدم القدرة على القيام بواجبات الحضانة فقدان البصر والذي يعد مانع طبيعي ينتفي معه توفر الأهلية[1].

كما اعتبر القضاء أنها تدخل ضمن شروط ممارسة الحضانة ما اشترطه المشرع من وجوب عدم زواج الأم بغير محرم لاستحقاقها الحضانة؛ أو عدم سكن أم المحضون المتزوجة بغير محرم مع أمها لأنه أيضا يدخل ضمن شروط استحقاق الحضانة وهي في ذات الوقت موانع قانونية تدخل ضمن أحكام الأهلية[2]، وكذا اشتراط إقامة الحاضن بالجزائر[3]، حيث أن هناك من القرارات القضائية من أخذت بهذا الشرط وهناك من خالفته استنادا إلى معيار مصلحة المحضون[4]. كما اعتبرت الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا الأمانة والاستقامة شرط لاستحقاق الحضانة تأسيسا على ما جاء به الفقه الإسلامي وبذلك لم تمنح الأم حضانة بناتها لفساد أخلاقها الذي ثبت بموجب حكم جزائي وذلك تأسيسا على نص المادة 62 من ق أ التي تلزم الحاضن القيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا[5]، غير أنها خالفت ذلك في قرار آخر لها ترجيحا لمصلحة المحضون حيث أيدت بإسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون وذلك بقولها: " حيث أن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من ق أ، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلاّ أن المادة 67 نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة

---

[1] حيث جاء في ردها على وجه الطعن المثار واستنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية قولها: " لقد اشترط الشارع في الحاضن عدة شروط والكفاية والصحة فلا حضانة لعاجز ذكرا أو أنثى لكبر سن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده...فالمريض الضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعد...". م أ، ملف رقم: 33921، بتاريخ 09-07-1984، م ق، ع4، 1989، ص ص 304، 305.

[2] م أ، ملف رقم: 50011، بتاريخ 20-06-1988، م ق، ع2، 1991، ص 57.

[3] حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19-02-1990 قولها: " متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمة فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو الحاصل في القضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ". راجع في ذلك: ملف رقم: 59013، م ق، ع4، 1991، ص 117.

[4] م أ، ملف رقم: 56797، بتاريخ 20-06-1988، م ق، ع3، 1991، ص 61. ملف رقم: 426431، بتاريخ 12-03-2008، م م ع، ع1، 2008، ص 271. ملف رقم: 334543، بتاريخ 12-10-2005، ن ق، ع62، 2008، ص 381.

[5] م أ، ملف رقم: 53578 بتاريخ 22-05-1989، م ق، ع4، ص 99.

المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة تستدعي بقاءها عند والدتها التي أحق بها، ذلك أن الطفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء... "[1].

كما أيدت المحكمة العليا وترجيحا لمصلحة القاصر إسناد الحضانة للأم ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه[2].

رابعا: رقابة المحكمة العليا لمدى مراعاة معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة

بالرغم من منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تحري مدى قيام مصلحة القاصر المحضون عند إسناد الحضانة؛ إلاّ أن ذلك لا يعني أنه لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا، فللمحكمة العليا في هذا الجانب دور بالغ الأهمية لا يقل عن دور قاضي الموضوع؛ حيث أنها تعمل رقابتها على ذلك من خلال التسبيب القانوني لكيفية تقديره لقيام مصلحة المحضون وكذا المعيار المعتمد في تقدير ذلك؛ إضافة إلى الأساس القانوني المعتمد عليه؛ وهو ما أثارته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، من ذلك القرار الصادر بتاريخ 13-02-2008 الذي قضى بمبدأ:" يجب عند إسناد الحضانة للجدة من الأم تبيان معايير مصلحة المحضون "[3]، وأيضا ما جاء ضمن حيثيات القرار الصادر بتاريخ 16-09-2009 في ردها على الوجه المثار والمتعلق بانعدام الأساس القانوني والذي اتضح للمحكمة العليا وجاهته وذلك من خلال قولها: "...حيث يتبّين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المطعون فيه على أن الحضانة من آثار الطلاق وأن طلب الحضانة لا يستقيم مع الوفاة، ودون أن يبينوا الأساس القانوني لذلك... وبالتالي فإن تلك المادة لم تربط الحضانة بالطلاق وإنما اشترطت فقط مراعاة مصلحة المحضون التي يتعين بيانها وتسبيب ذلك"[4].

خامسا: دور القاضي في الحكم بالولاية تطبيقا لمعيار مصلحة القاصر المحضون

لقد نص المشرع بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة على الولاية على القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية؛ حيث منح لقاضي شؤون الأسرة دورا في ذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 87 من ق أ التي نصت على أنه: " وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ". فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع وإن أطلق سلطة القاضي في إسناد الحضانة من خلال ترجيح مصلحة

---

[1] غ أ ش، ملف رقم:564787، بتاريخ 15-07-2010، م م ع، ع2، 2010، ص 262.

[2] غ أ ش، ملف رقم: 52221، بتاريخ 13-03-1989، م ق، ع1، 1993، ص48.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 424292، م م ع، ع1، 2008، ص 267.

[4] م ع، ملف رقم: 511644، م م ع، ع1، 2010، ص 228. راجع أيضا: ملف رقم: 337176، سبق الإشارة إليه. وأيضا: ملف رقم: 330566، سبق الإشارة إليه. وأيضا: ملف رقم: 179471، سبق الإشارة إليه.

القاصر على ما هو وارد في نص القانون؛ فإنه قيد سلطة القاضي في منح الولاية عليه في حال الطلاق بإلزامه بمنحها لمن أسندت له الحضانة؛ حيث يتوجب على القاضي الحكم بها عند الحكم بإسناد حضانة القاصر. وفي حال عدم المطالبة بها فإنه يجوز الطعن في الحكم وطلب ذلك لأن الأحكام القضائية في مسائل الطلاق ابتدائية نهائية إلاّ فيما يتعلق بجوانبها المادية والمعنوية وهو ما تؤكده المادة 57 المعدلة من ق أ؛ وهو ما تم تطبيقه من طرف القضاء من ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14-1-2009 جاء فيه: " إن قضاة الاستئناف وعندما قضوا بإسناد حضانة الطفل (ع) لأمه (الطاعنة) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من ق أ في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

الفرع الثالث: الرقابة القبلية على إنشاء عقد الكفالة وتعيين الوصي والمقدم

من المسائل التي شملها القانون برقابة قبلية رعاية لمصلحة القاصر مسألة إنشاء عقد الكفالة وكذا مسألة تثبيت الوصي أو تعيينه وكذا تعيين المقدم، حيث تتمثل هذه الرقابة في تحري القاضي مدى توفر الشروط القانونية المطلوبة في الكافل والوصي؛ فهذا الإجراء الوقائي ينم على مدى حرص المشرع على حماية القاصر لأنه لم يكتف فقط بالنص على ذلك وإنما سعى إلى تفعيل هذه الحماية. فحرصا منه على مصالح القاصر المادية خاصة في مجال الوصاية حيث ألزم القاضي بالتدخل لحصر أموال المتوفى وجردها قبل القيام بتثبيت أو تعيين الوصي للإشراف على أمور القاصر ورعاية شؤونه.

وعليه سيتم الحديث ضمن هذا الفرع عن: دور القاضي في إنشاء عقد الكفالة أولا، ثم الحديث عن دور القاضي في تعيين الوصي والمقدم ثانيا.

أولا: دور القضاء في إنشاء الكفالة وإسنادها

يبرز مدى حرص القضاء على تطبيق أحكام قانون الأسرة من خلال ما يسعى إليه من تجسيد فعلي لرغبة المشرع في حماية القاصر بغض النظر عن وضعه القانوني، ومن بين المسائل التي أخضعها المشرع لرقابة القضاء مسألة إنشاء عقد الكفالة وكذا بحث شروط إسنادها استنادا لمعيار مصلحة المكفول وهو ما سنبينه في الآتي:

[1] ملف رقم: 476515، سبق الإشارة إليه.

1- تدخل قاضي شؤون الأسرة من خلال إجراءات الكفالة:

لقد منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي دورا مهما في حماية مصالح القاصر من خلال إيكاله مهمة المراقبة والسهر على مصالحه المادية والمعنوية، ومن ضمن ذلك إعطائه دورا بارزا في إنشاء عقد الكفالة من خلال إلزامية تحريره على يده، كما خص الفصل فيها بضمانات إجرائية تتمثل في وجوب رقابة مدى توفر الشروط المطلوبة قانونا قبل الفصل في ذلك وهو ما سنتحدث عنه تباعا:

أ- شكل ومضمون طلب الكفالة[1]:

نصت المادة 492 من ق إ م إ أن الكفالة تتم بناء على طلب يتقدم به الكافل إلى قاضي شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة، وباعتبار أن طلب الكفالة يفصل فيه بموجب أمر ولائي الأمر الذي يترتب عنه وجوب تقديمه إلى رئيس قسم شؤون الأسرة[2]، حيث يقدم الطلب بموجب عريضة مؤرخة وموقعة من المعني بالأمر، حيث يجب أن تحتوي كل البيانات الأساسية لا سيما اسم ولقب الكافل وكذا اسم ولقب المكفول ووضعيته القانونية إن كان معلوم أو مجهول النسب، وكذا بيان الموطن وإرفاقها بكل الوثائق الإدارية المطلوبة في الكفالة[3]، وكذا بيان مؤهلاته وقدراته للقيام بالتزامات الكفالة[4].

ب- تقدير قاضي شؤون الأسرة لمصلحة المكفول عند إسناد الكفالة:

لقد خول المشرع للقاضي وهو بصدد النظر في طلب الكفالة المقدم من الكافل صلاحيات قانونية تدخل ضمن الحماية القضائية القبلية لمصلحة القاصر المكفول، كما أنها تعد من جانب اخر أيضا التزامات مهنية ملقاة على عاتق القاضي لكونها ألزمته بالتأكد من مدى توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وخولته في سبيل أداء هذه المهام مكنة قانونية تتمثل في الاستعانة بأي إجراء قانوني من شأنه أن يحقق التقدير الفعلي لمصلحة المكفول وذلك من خلال القيام بإجراء تحقيق أو أي إجراء آخر يراه ضروريا للتأكد من مدى أهلية وقدرة الكافل على الإنفاق عليه وتربيته وكذا رعايته وهو ما نصت عليه المادة 495 من ق إ م إ بقولها:" يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل ، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته".

---

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة...، مرجع سابق، ص 163.

[2] أنظر في ذلك: الملحق رقم01، ص 512.

[3] ولقد سبق بيانها ضمن الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة.

[4] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة...، مرجع سابق، ص 163.

لقد منح المشرع واستنادا لما سبق سلطة تقديرية مطلقة للقاضي في إسناد كفالة الطفل إلى الشخص طالب الكفالة من خلال منحه صلاحية البحث في مدى توفر الشروط القانونية المنصوص عليها ضمن المادة 116 و117 من ق أ، حيث يقوم القاضي بالتأكد من الرضا خاصة إن كان للمكفول أبوان أو حتى من طرف أمه أيضا في حال كان مجهول الأب، كما يتم سماع الكافل الذي قد يكون شخص واحد أو زوجين لذلك يجب سماع موافقتهما على التكفل بالقاصر ورعايته رعاية الأب الحريص[1]؛ وكذا بحثه عن الأسباب الجدية التي دفعت بهم إلى كفالة الطفل؛ كذلك يتحرى القاضي حسن السلوك والاستقامة في طالب الكفالة من ذلك وجوب أن لا يكون متابع أو محكوم عليه في جرائم ماسة بشرف الأسرة أو متعلقة بالإتجار بالأطفال وغيرها هو وزوجه ؛كما يتأكد من عدم وجود أي نزاع قضائي بين طالب الكفالة وأهل المكفول[2]. كما يقوم القاضي عند الاقتضاء وبموجب أمر كتابي بإجراء تحقيق حول الظروف المعيشية لطالب الكفالة ومدى قدرته على توفير الاحتياجات الضرورية للمكفول[3]؛ وكذا التأكد من المحيط الذي سيقيم فيه المكفول.

بعد قيام القاضي بكل الإجراءات القانونية لتّأكد من توفر الشروط القانونية المطلوبة في الكافل يصدر القاضي أمرا ولائيا بقبول طلب الكفالة أو رفضه وفي كلا الحالتين يجب عليه تسبيب ما توصل إليه[4]، حيث أنه في حالة قبوله وموافقته على طلب الكفالة يشير- القاضي - ضمن الأمر الولائي المتضمن عقد الكفالة إلى أنه تم الاطلاع على طلب الكفالة المبين فيه أطرافها، وكذا تم الاطلاع على الوثائق المرفقة لاسيما: المحاضر التي استند إليها القاضي في ترجيح مصلحة القاصر ومدى توفر الشروط القانونية المنصوص عليها ضمن قانون الأسرة لا سيما المادة 116 و117 منه، وكذا مدى توفر الشروط الشكلية في طلب الكفالة المنصوص عليها ضمن المواد 492 وما يليها من ق إ م إ، وأنه تم إطلاع وكيل الجمهورية عليه الذي أبدى رأيه بتطبيق القانون، وأنه على ضوء كل ما سبق تم الأمر بتعيين الشخص طالب الكفالة كافلا للقاصر والذي يتعين عليه: " الالتزام بتربية المكفول تربية إسلامية ، ورعايته صحيا وأخلاقيا، والإنفاق عليه، والسهر على تعليمه ومعاملته معاملة الأب الحريص، وحمايته والدفاع عنه أمام القضاء، وتحمل المسؤولية المدنية عن تصرفاته الضارة، وكذا الترخيص للكافل بقبض

---

[1] أنظر في ذلك: الملحق رقم01، ص ص 512 – 514.

[2] مسعودة عمارة، مرجع سابق، ص 72.

[3] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة ...، مرجع سابق، ص 164.

[4] وهو ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا قولها: " إن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبدي من طلبات ودفوع أطرافها فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب وعدم التعليل الكافي...". راجع في ذلك: ملف رقم: 47071، بتاريخ 26-09-1988، م ق، ع1، 1992، ص 33. وأيضا: ملف رقم: 58037، بتاريخ 8-01-1990، م ق، ع 2، 1992، ص 66.

المنح العائلية والعلاوات والتعويضات المستحقة له قانونا، والإمضاء على جميع الوثائق الإدارية ووثائق السفر، والخروج معه خارج الوطن، ويكون للمكفول حرية التصرف في شؤونه بعد بلوغه سن الرشد القانوني "[1].

ت- فصل قاضي شؤون الأسرة في طلب الكفالة:

يتم النظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة وكذا بعد التأكد من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل لاسيما الأهلية والإسلام والقدرة، ويفصل القاضي في الطلب بموجب أمر ولائي، حيث يتم تسجيل الكفالة من طرف ضابط الحالة المدنية على هامش ميلاد المكفول وذلك بسعي من النيابة العامة[2].

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تعيين الوصي والمقدم

لقد أوكل المشرع لقاضي شؤون الأسرة مهمة رقابة الوصاية والتقديم من خلال منحه سلطة تثبيت الوصي المختار أو رفضه وتعيين مقدم، وكذا التأكد من توفرهما على الشروط القانونية المطلوبة[3].

1- الأمر بتثبيت الوصي:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع خول لكل من الأب أو الجد سلطة تعيين وصي الذي يتولى شؤون أولاده القصر المالية وإدارتها، حيث قد يبدأ الوصي القيام بمهام الوصاية حال حياة الموصي، وهنا لم يفرض المشرع تدخل القضاء في ذلك لكون الموصي لايزال على قيد الحياة وبالتالي له القدرة والسلطة في مراقبة ذلك حماية لمصالح القاصر[4]، غير أنه وبمجرد وفاة الأب فإن المشرع فرض وجوب تدخل القاضي حماية لمصالح القاصر وذلك من خلال نصه على وجوب عرض الوصاية عليه لتثبيتها أو رفضها[5].

---

[1] أنظر في ذلك: الملحق رقم01، ص ص 512 – 513.

[2] أنظر في ذلك: المادة 493 و494 و495 من ق إ م إ.

[3] مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 181.

[4] أنظر في ذلك: المادة 92 من ق أ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 94 من ق أ. والمادة 472 من ق إ م إ.

ويتم إخطار قاضي شؤون الأسرة بأمر الوصاية بموجب عريضة من قبل كل من الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز[1]، أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر وهو ما جاء في نص المادة 472 من ق ا م ا، غير أن ما يعاب على هذه المادة هو حصر مسألة عرض الوصاية على القاضي في حال وفاة الأب فقط في حين وبالرجوع إلى أحكام المادة 92 من ق أ نجد أن الموصي يمكن أن يكون الأب أو الجد وهو ما يجب تداركه من قبل المشرع في تعديلاته القادمة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فبمجرد عرض الوصاية على القاضي فإنه يجب عليه التحقق من وجود الوصية فعلا من طرف الأب أو الجد، وهنا لم ينص المشرع بشكل صريح على الشكل القانوني الذي تصب فيه مثل هذه الوصايا[2]، الأمر الذي يخول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية فيما يتعلق مسألة إثبات هذا النوع من الإيصاء[3].

وبالرجوع في هذا الجانب إلى القانون المغربي وعلى سبيل المثال نجد أنه هو أيضا لم ينص على مسألة إثبات الوصاية؛ غير أن ما جرى عليه التطبيق العملي في هذا الجانب من قبل القضاة هو قبول الوصايا التي تكون في محررات رسمية أو في محررات عرفية بشرط أن تكون مصادقة بتوقيع من الموصي، وكذلك الأوراق المحررة بخط يد الأب موقعة من طرفه[4].

وإلى جانب ما سبق يتحقق القاضي كذلك من توفر الشروط القانونية المنصوص عليها ضمن المادة 93 من ق أ وذلك من خلال التأكد من أهلية الوصي وكذا إسلامه وكذا أمانته واستقامته؛ وقدرته على أداء الالتزامات القانونية المنصوص عليها ورعايته لمال القاصر رعاية الرجل الحريص، ويسعى القاضي للتأكد من ذلك بمختلف الوسائل القانونية الممنوحة له في سبيل ذلك، فإذا ما تحقق وتأكد من توفر ذلك أمر بتثبيت الوصاية بموجب أمر ولائي[5].

---

[1] لم ينص المشرع على كيفية إخطار القاضي بشكل صريح غير أنه نص على تعيين المقدم والوصي ضمن عنوان واحد مما يعني خضوعهما لنفس الشكل فيما يتعلق بتقديم الطلب. أنظر في ذلك: 470 من ق إ م إ، وكذلك الأمر بالنسبة للفصل في الطلب وهذا استنادا لأحكام المادة 471 من نفس القانون. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة...، مرجع سابق، ص 116.

[2] لأن أحكام الوصية المنصوص عليها ضمن المادة 184 من ق أ تتعلق بالوصية التي يكون محلها التبرع بجزء من المال وهو ما تؤكده المادة 190 من ذات القانون.

[3] أنظر في ذلك: التكيف الفقهي والقانوني للوصاية ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

[4] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 180.

[5] أنظر في ذلك: المادة 471 من ق إ م إ.

ويجد التنبيه أن المشرع واستنادا لأحكام المادة 92 من ق أ منح للأب أو الجد سلطة تعيين وصي أو أكثر على القاصر، وخول للقاضي مسألة اختيار الأصلح منهم؛ غير أنه إذا ثار نزاع يتعلق بتعيين الوصي فإن الأمر موكول للقاضي الفصل فيه بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن[1].

هذا في حال قبول القاضي للوصاية وتثبيتها، أما في حال رفضها فإنه يجب عليه تعيين مقدم عن القاصر وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 472 من ق إ م إ[2].

2- الأمر بتعيين المقدم:

لقد قيد المشرع سلطة القاضي في تعيين المقدم بانعدام الولي على القاصر أو وصيه[3]، كما اشترط أن يكون تعينه بناء على طلب يكون في شكل عريضة يقدمها الأشخاص المنصوص عليهم قانونا طبقا للمادة 99 من ق أ ويتعلق الأمر بأحد أقارب القاصر أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة التي تقدم ذلك في شكل طلبات وليس بموجب عريضة كما هو الحال بالنسبة لباقي الأشخاص[4]، ويجب على القاضي بمجرد إيداع الطلب أن يقوم بكل الإجراءات القانونية اللاّزمة المتمثلة في تعيين مقدم للقاصر لإدارة أمواله، حيث خول المشرع للقاضي سلطة تقديرية في اختيار من يقوم بهذه المهام من ذلك إمكانية اختياره من بين أحد أقارب القاصر، وفي حال تعذر ذلك فإنه يختار أي شخص أجنبي عنه.

وإضافة إلى الشروط الواجب توفرها في المقدم استنادا إلى ما ورد في قانون الأسرة [5] نجد أن المشرع أكد على ضرورة تحري هذه الشروط ومدى توفرها من قبل القاضي وهو ما نص عليه ضمن الفقرة 2 من المادة 469 من ق إ م إ بقوله: " يجب في الحالتين : أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه " ويسعى القاضي في سبيل تحري ذلك إلى كل الوسائل القانونية المتاحة له من ذلك الاستماع إلى الشخص المعني والقيام بالتحري عليه للتأكد من مدى أهليته وقدرته على حماية القاصر كما يتوجب على القاضي أيضا التأكد من رضا وقبول الشخص المكلف للقيام بهذه المهام[6].

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 4/472 من ق إ م إ.

[2] حيث جاء فيها: " في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدما طبقا للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين مقدم ".

[3] أنظر في ذلك: المادة 99 من ق أ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 470 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: شروط الوصي والمقدم الواردة ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

[6] أنظر في ذلك: المادة 471 من ق إ م إ.

يفصل القاضي في طلب تعيين مقدم عن القاصر بموجب أمر ولائي بعد قيامه بكافة الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك[1]؛ لاسيما تبليغ النيابة العامة في حال تم تقديم الطلب من غيرها باعتبارها طرفا أصليا في الدعوى طبقا للمادة 3مكرر من ق أ.

المطلب الثاني: الرقابة القبلية بموجب الإذن القضائي

من الضمانات القانونية المقررة لمصلحة القاصر اشتراط المشرع لوجوب الحصول على الإذن القضائي المسبق للقيام ببعض التصرفات القانونية المتعلقة بنفس القاصر أو ماله وكذا إمكانية تولي القاصر إدارة ماله. فالإذن هو وسيلة إجرائية دقيقة يمارس بموجبها قاضي شؤون الأسرة الرقابة السابقة على هذه الممارسات[2]، كما أنه يدخل ضمن الأعمال الولائية التي أسندها له المشرع، كما منح له سلطة تقديرية في بحث مدى إمكانية منحه من عدمه وهذا وفقا لاعتبارات نص على ضرورة قيامها وتتمثل خاصة في شرط القدرة والمصلحة والضرورة.

ولابد من القول أنّ الإذن القضائي الذي يمارسه القاضي قد يصدر في شكل ترخيص قضائي كما قد يتضمن ترشيد القاصر. وعليه سيتم بحث الإذن القضائي كوسيلة للرقابة القبلية المقررة لحماية القاصر؛ من خلال إبراز مجالاته وتحديد دور القاضي في ذلك، حيث أوجب المشرع ومن باب الرقابة على عقد الزواج وجوب حصول القاصر على إذن بذلك وهو ما سنتحدث عنه ضمن (الفرع الأول)، كما اشترطه أيضا للقيام ببعض التصرفات المتعلقة بمال القاصر من طرف نائبه الشرعي خاصة إذا كانت ذات أهمية وهذا حماية لذمته المالية وهذا في(الفرع الثاني)، إضافة إلى ذلك فإن القاصر قد يتراءى له أنه أصبح قادرا على تولي أموره المالية وإدارتها بنفسه برغم من نقص أهليته الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي لتقدير ذلك من خلال إمكانية ترشيده وهو ما سنعالجه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإذن القضائي بالزواج كآلية للرقابة القبلية على نفس القاصر

يعد الزواج ميثاقا غليظا لما يترتب عليه من حقوق والتزامات تتعلق بطرفين وتتعدى إلى الغير لذلك أحاطه المشرع بضمانات قانونية إذا كان أحد طرفيه قاصرا من خلال النص على ضرورة الحصول على

[1] أنظر في ذلك: المادة 471 من ق إ م إ.

[2] عبد الرحمان دريوش، الإذن القضائي في مدونة الأسرة – الإذن الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين نموذجا –، مدونة الأسرة بين النص والممارسة، ط 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2006، ص 189.

ترخيص من القضاء[1]؛ وهذا استنادا إلى أحكام المادة 7 معدلة من ق أ، وخول للقاضي بسط رقابته القضائية على هذا العقد عند إبرامه لما فيه من خطر على القاصر حيث جعل من تدخله في هذا الجانب أمرا وجوبيا وهذا تكريسا وتفعيلا أيضا لأحكام المادة 424 من ق إ م إ. وعليه سنحاول في هذا الفرع الحديث عن دور قاضي شؤون الأسرة من خلال نطاق ومضمون الإذن بزواج القاصر أولا، ثم نتحدث عن النظام القانوني الذي يخضع له الإذن القضائي ثانيا.

أولا: دور قاضي شؤون الأسرة في منح الإذن بزواج القاصر:

لقد سبق الذكر أن الأهلية تعد شرطا في عقد الزواج طبقا للمادة 9 مكرر من ق أ، حيث يشترط في كلا الزوجين بلوغ 19 سنة كاملة وهذا طبقا للمادة 7 من ق أ، غير أنه وبموجب ذات المادة ورد استثناء يتعلق بإمكانية الإعفاء من هذا السن، إلاّ أن ذلك يخضع لسلطة القاضي التقديرية فله النزول عن هذا السن وهذا استنادا إلى اعتبارات وشروط وضعتها ذات المادة في فقرتها الأولى حيث جاء فيها: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

[1] بالرجوع إلى التطور التاريخي لفكرة الترخيص القضائي بالزواج نجد أنها ليست بالأمر المستحدث حيث أنه وقبل مجيء المحتل الفرنسي كان المجتمع الجزائري يحتكم إلى الشريعة الإسلامية وإلى الفقه المالكي في غالب مسائله، لذلك لم تكن هناك مسائل شكلية تتعلق بعقد الزواج إذ أن الزواج المبكر معترف به شرعا ولا يحتاج في ذلك إلى رخص، غير أنه وبمجيء المحتل الفرنسي حاول التدخل في تسير الشؤون الاجتماعية للجزائريين وفرض الرقابة على مختلف تصرفاته من ذلك مسألة الزواج المبكر وما له من أثر على تزايد نمو الشعب الجزائري وهو بذلك تهديد لوجوده لذلك تدخل بموجب عدة قوانين لضبط هذا الأمر إلى غاية إصداره لقانون 02 ماي 1930 الذي نص فيه صراحة على ضرورة الحصول على ترخيص من القضاء بالنسبة للقصر الذي هم دون سن الأهلية المقررة للزواج، وقد لوحظ على هذا القانون أنه تضمن كثير من التعقيدات والإجراءات القانونية ناهيك عن جملة الوثائق المطلوبة لتكوين الملف والتي يفتقدها غالبية الأهالي آنذاك مما جعل سيادة الأعراف والزواج الشرعي يغلب هذا الطابع المدني الجديد للزواج.
وتوالت بعد ذلك المحاولات في هذا الجانب إلى غاية حصول الجزائر على استقلالها، حيث أصدر المشرع أول قانون آنذاك ينظم هذا الجانب وهو قانون 1963 –والذي سبق الإشارة إليه ضمن الباب الأول من هذه الدراسة –حيث كرس فكرة وجوب الحصول على ترخيص قضائي مسبق للإعفاء من السن القانونية للزواج وسار على هذا النهج قانون 84-11 والأمر 05-02 المعدل له. لتفصيل أكثر راجع: عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015، ص 83 وما يليها. العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 122 وما يليها.

1- دور قاضي شؤون الأسرة في الإعفاء من السن القانوني للزواج:

إن اشتراط المشرع للأهلية في إبرام عقد الزواج يعد من أوجه الحماية المقررة للقاصر في هذا الجانب؛ لأن في ذلك منع له من الإقدام على إبرام هذه التصرفات القانونية المهمة التي تتعدى آثارها نفس القاصر وإنما تشمل ماله ومسؤولياته تجاه الغير، غير أنه ولاعتبارات إنسانية واجتماعية تتعلق بالقاصر قرر إمكانية إعفائه من هذا الشرط القانوني المكون لعقد الزواج، ولكن حرصا عليه أحاطه بجملة من الضمانات القانونية تمثلت في وجوب مباشرة نائبة الشرعي لهذا التصرف نيابة عنه مع إبقاء الاعتبار لإرادته ورضاه[1].

كما جعل من رقابة القضاء المسبقة على برام هذا العقد أمر الزامي وهذا تفعيلا للحماية القانونية المقررة له بإعطاء قاضي شؤون الأسرة دورا مهما في إنشاء هذا العقد ويتجلى ذلك في:

أ- تدخل القاضي باعتبار الولاية العامة:

حيث بالرجوع إلى أحكام المادة 2/11 من ق أ نجد أن المشرع خول للقاضي سلطة التمثيل القانوني للقاصر في حال غياب الأقارب[2]، وهذا بحكم أن القاضي ولي من لا ولي له، كما له أن يتدخل في حال عضل الولي[3]؛ وذلك في حال منع الولي للقاصرة التي تحت ولايته من الزواج أو تزويجها دون موافقتها[4]؛ فالمشرع نص بشكل صريح على أن الولاية على القاصر هي ولاية مشاركة لا ولاية إجبار وهذا

---

[1] حسن إبراهيمي، زواج القاصر بين دواعي الإلغاء ومبررات الإبقاء، دفاتر الحكامة، كلية الحقوق، سلا، أماليف، ع1، نونمبر 2015، ص 113.

[2] حيث جاء فيها:" دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له ".

[3] اتفق فقاء الإسلام على أن ليس للولي أن يعضل من في ولايته وأنّ لا يمنعها من الزواج إذا كان من سيتزوجها كفء لها شريطة أن يدفع لها مهرا، وإلا رفع أمرها إلى القاضي. فالعضل يتحقق في منع الولي المرأة من الزواج بشخص ترغب فيه. وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع منع ذلك بنص قانوني من خلال منح الراشدة مباشرة عقد زواجها بنفسها حيث تمثل نفسها بنفسها ويقتصر حضور الولي في عقد على كونه أحد شروط العقد طبقا للمادة 9 مكرر، غير أن هذا المفهوم وإن لم ينص عليه صراحة بالنسبة للقاصرة إلاّ أنه يفهم من أحكام المادة 13 التي تمنع ولاية الإجبار وبالتالي يمكن للقاصر رفع أمرها إلى القاضي في حال تزويجها دون رضاها أو منعها من الزواج إن رغبت في ذلك. لتفصيل أكثر راجع: إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج " دارسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري "، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، مج 10، ع3، 2017، ص 125. رزيق بخوش، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، مج 3، ع2، جوان 2016، ص 359.

[4] ملف رقم: 90468، بتاريخ 30-3-1993، م ق، ع3، 1994، ص 66.

استنادا إلى أحكم المادة 13 معدلة من ق أ[1]، حيث يكون تدخله في هذه الحالة حماية للقاصر ورفعا للظلم الواقع عليها.

ويلاحظ أن تدخل القاضي في كلتا الحالتين يكون من باب الاحتياط وليس بالأمر الأساسي والضروري، وعليه إذا وجد الأب أو أحد الأقارب الأولين للقاصر ولم يلحق ظلم للقاصر في تزويجه أو منعه فإن القاضي لا يتدخل لأن تدخله في هذه الحالة يكون تجاوز للقانون، أما إذا انعدم أولياء القاصر أو وقع ظلم عليه يتوجب تدخله في هذه الحالة ويعد ذلك مبررا قانونا[2].

ب-تدخل القاضي باعتباره المخول قانونا بالسهر على مصالح القاصر:

لقد خول المشرع لقاضي شؤون الأسرة مهمة السهر والمحافظة على القاصر في نفسه وماله باعتباره حامي الحقوق والحريات، وباعتبار أن عقد الزواج من التصرفات القانونية المتعلقة بمصالح القاصر وتدخل ضمن الولاية على نفسه؛ فقد أوجب القانون تدخل القاضي لحمايته وهذا بموجب آلية إجرائية دقيقة تتمثل في ضرورة الحصول على الترخيص المسبق من القضاء وهذا يعد كوسيلة حِمائية وضعها المشرع كأداة لرقابة ورعاية القاصر في نفسه[3]، وكذا وسيلة لمراقبة الولي على النفس من خلال إخضاع سلطة تزويجه للقاصر الذي تحت ولايته تحت رقابة القضاء حتى لا يكون هناك تعسف في استعمالها في غير الغاية المقررة لها، وهي مراعاة مصلحة القاصر من هذا الزواج وقيام ضرورة تستدعي ذلك، إضافة إلى قدرته على المضي في هذا العقد وتحمل ما ينجم عنه من التزامات وهو ما تبينه وتؤكده المادة 7 المعدلة من ق أ التي جاء فيها: " ... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..." .

ولا بد من التنبيه أن تدخل القاضي في هذه الحال هو أمر أساسي وإلزامي بالنسبة لجميع الأطراف بما في ذلك القاضي، وهو يدخل ضمن مهامه القضائية التي يمارسها وبذلك يختلف دور قاضي شؤون الأسرة في هذه الحالة عن الدور السابق بيانه وهو تدخله بحكم الولاية العامة في حال غياب الأولياء أو وقوع ظلم على القاصر.

---

[1] حيث جاء فيها: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها ".

[2] وهو ما تضمنته أحكام المادة 2/11 والمادة 13 من ق أ.

[3] عبد الرحمن دريوش، مرجع سابق، ص ص 189، 190.

كما يجب الذكر أن القاضي غير مستقل تماما بهذا الدور حيث يتوجب عليه إطلاع النيابة العامة بذلك طبقا للمادة 3 مكرر كي تبدي رأيها بشأن ذلك من خلال تبليغها نسخة من الطلب[1]، فإشراك النيابة العامة فيما يصدره القاضي يأتي من باب المحافظة على النظام العام لكون كل ما يتعلق بالقصر يدخل ضمنه وكذا تطبيقا للقانون، ولا يعني إنقاصا من الدور الأساسي للقاضي لكونه هو المخول وحده في منح الترخيص من عدمه.

إن اشتراط المشرع لوجوب الحصول على الترخيص القضائي المسبق يعد مكملا لباقي الشروط الموضوعية المتعلقة بعقد الزواج المنصوص عليها ضمن المادة 9 مكرر من ق أ، كما أن منح هذا الترخيص لا يخول للقاصر مباشرة عقد زواجه بنفسه وإنما ينوبه في ذلك وليه طبقا للمادة 2/11 من ق أ.

ويمكن القول أنّ المشرع الجزائري لم يسلك وحده هذا الاتجاه المتضمن الإعفاء من السن القانوني للزواج ومنح القاضي رقابة مسبقة عن طريق الترخيص القضائي، وإنما نجد كثيرا من التشريعات تضمنت ذلك. فعلى سبيل المثال بالرجوع إلى القانون المغربي نجد أنه نص بموجب المادة 20 من م أ م على إمكانية الإعفاء من شرط الأهلية ويكون ذلك بناء على إذن من القضاء يكون في شكل مقرر معلل من طرف قاضي الأسرة يبين فيه الأسباب والمصلحة المبررة لذلك، ويلاحظ أن المشرع المغربي لم يشترط بحث مدى قدرة الزوجين، كما أنه ألزم بضرورة الاستماع إلى أبوي القاصر أو نائبه الشرعي وكذا الاستعانة بخبرة طبية[2]. وذهب المشرع التونسي بموجب الفصل 5 من م أ ش إلى تقرير الإعفاء من السن القانوني للزواج لكن استلزم ذلك أن يخضع لرقابة القضاء الذي يقدر ذلك بناء على وجود أسباب خطيرة

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى...، مرجع سابق، ص 124.

[2] حيث جاء في المادة 20 من م أ م ما يلي:" لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي...".

ووجود مصلحة تقتضي زواج القاصر[1]، كما اشترط ضرورة موافقة كل من الأب والأم على هذا الزواج وإلاّ رفع الأمر للقاضي الذي يفصل في ذلك وهو ما أوضحه الفصل 6 من م أ ش[2].

2- تقدير قاضي شؤون الأسرة لمدى توفر شروط منح الترخيص بالزواج:

لقد نص المشرع بموجب المادة 7 المعدلة من ق أ أعلاه على أنه يشترط لمنح الترخيص المسبق بالزواج توفر كل من المصلحة والضرورة والقدرة، وأخضع تقدير ذلك إلى قاضي شؤون الأسرة[3]، حيث يستند هذا الأخير في تقديره إلى جملة من المعايير كما له الاستعانة بالوسائل القانونية المنصوص عليها ضمن المادة 425 من ق إ م إ وهذا كالآتي:

أ- تقدير القاضي لمدى توفر المصلحة في زواج القاصر:

استنادا إلى أحكام المادة 7 من ق أ أعلاه لم يحدد المشرع المقصود من المصلحة والمعايير التي على ضوئها يتم تحديد ذلك، تاركا الأمر لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة[4]، وما يقدمه من تبريرات تتعلق بمنحه لترخيص، لذلك قد تتعلق المصلحة الخاصة للقاصر بالزواج بالمصلحة العامة[5]؛ وهذا عند قيام القاضي ببحثها في ضوء أحكام المادة 4 من ق أ التي تحدد الغاية والهدف من الزواج والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحسان والمحافظة على الأنساب، إضافة إلى مسألة الاستقرار العائلي خاصة إذا كان كليهما أو أحدهما يتيما[6].

وقد تتعلق بمصلحة خاصة فقط قد تخص القاصر وحده كالتوقف عن الدراسة أو مكوثها في البيت دون عمل، وقد تتعلق المصلحة بوالدي القاصر والمتمثلة في ظروفهم المادية وعدم قدرتهما على تلبي

---

[1] تم تنقيح هذا الفصل بموجب المرسوم ع 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964المصادق عليه بالقانون ع 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964 وقانون ع 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007. حيث جاء فيها:" كل من لم يبلغ الثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه إبرام عقد الزواج. وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلاّ لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين ".

[2] نقح هذا الفصل بموجب القانون ع 74 لسنة 1993 المؤرخ في12 جويلية 1993 حيث جاء فيه:" زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر إلى القاضي، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه ".

[3] وهو ذات الأمر الذي نصت عليه المادة 20 من م أ م ماعدا مسألة القدرة.

[4] رزيق بخوش، مرجع سابق، ص 363

[5] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 129 وما يليها. فريدة اليوموري، زواج القاصر بين القانون والواقع، دفاتر الحكامة، اماليف، كلية الحقوق، سيلا، ع 1، نونمبر 2015، ص 36.

[6] رزيق بخوش، مرجع سابق، ص 364.

متطلبات القاصر خاصة إذا كان الشخص الذي تقدم للزواج كفء لها، كما قد ترتبط المصلحة بما يبرره القاضي من اعتبارات تتعلق بالعادات والتقاليد لتلك المنطقة والتي اعتاد أهلها تزويج الصغار مبكرا[1]، هذا ويتوجب أن تكون هذه المصلحة أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي للزواج[2].

ب- تقدير قاضي شؤون الأسرة لمدى توفر الضرورة والقدرة على الزواج:

اشترط المشرع إضافة إلى وجوب توفر المصلحة في زواج القاصر قيام ضرورة تستدعي ذلك، ويخضع تقدير ذلك للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي، وهو ذات الشرط الذي ذكرته المادة 20 من م أ م، غير أن هذه الأخيرة أضافت شرطا آخر لم ينص عليه المشرع الجزائري وهو ضرورة ووجوب استماع القاضي لأبوي القاصر وكذا اشتراط موافقته بتوقيعه مع القاصر على الطلب طبقا للمادة 21 من م أ م[3].

غير أن المشرع أضاف شرطا آخر يتمثل في قدرة الطرفين على الزواج دون أن يحدد ما إذا كان يقصد بها القدرة المادية أو القدرة الفسيولوجية وتحمل المسؤولية الزوجية[4]، حيث ترك تقدير ذلك للقاضي باعتبارها مسائل موضوعية يستخلصها ويتأكد من مدى قيامها بحضور القاصر أمامه[5]؛ كما مكنه المشرع المشرع في سبيل ذلك الاستعانة بجملة من الوسائل القانونية؛ من ذلك القيام بإجراء بحث اجتماعي يتعلق بمدى القدرة المادية، كما له أن يستعين بطبيب نفساني حتى يتأكد من مدى قابلية كلا الطرفين على تحمل المسؤولية الزوجية بكل مشتملاتها، كما له أن يستعين بخبرة طبية للتأكد من مدى قدرة الطرفين على ذلك، إضافة إلى ضرورة القيام بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج الذي يعتبر من الأمور الإلزامية بموجب المادة 1/7 مكرر من ق أ التي اشترطت ذلك دون التفرقة بين القاصر والراشد[6]؛ وذلك بقولها: " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج..."

هذا وتكمن الغاية من هذا الفحص الطبي في حماية كل من الطرفين المقبلين على الزواج لذلك هو إجراء وقائي يهدف إلى حماية الأسرة ككل[7]، غير أن الهدف الذي سطره المشرع من وراء استحداثه لهذا

---

[1] فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 63.

[2] عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، ص 154.

[3] أحمد الأمراني، سلطة القاضي التقديرية في الإذن بتزويج القاصر مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات، دار القلم، المغرب، ع 5، ماي- يونيو 2015، ص 181.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 60.

[5] عبد العزيز سعد، مرجع نفسه، ص 60.

[6] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 105 وما يليها.

[7] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 127.

الشرط المكمل لباقي الشروط المتعلقة بالزواج لم يتحقق بسبب ما ورد ضمن المرسوم التنفيذي رقم (06-154) الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر أعلاه[1]؛ كونه تضمن بعض الثغرات القانونية التي جعلت من أحكام هذه المادة نصا بلا روح، خاصة عند عدم تحديد وجوب أن يكون الفحص من طرف طبيب محلف؛ فهذا الأمر جعل من هذا الفحص أمرا شكليا؛ بل إنه في كثير من الحالات لا يتم أصلا إجراء الفحوص من قبل الأطراف المعنية حيث يكتفى الطبيب فقط بملء النموذج المتعلق بهذه الشهادة دون التأكد فعلا من مدى سلامة الأطراف.

ثانيا: النظام القانوني للترخيص القضائي بالزواج

اتضح مما سبق بيانه أن نطاق الترخيص بالزواج ومضمونه لا يخرج عن إطار المهام القضائية التي يمارسها قاضي شؤون الأسرة باعتباره حامي حقوق القصر والراعي لمصالحهم والتي تتسم بالطابع الحمائي استنادا لما يمارسه من رقابة قبلية بموجب هذا الترخيص، حيث أنه لولا هذه الآلية الإجرائية لما تمكن من توفير الحماية النفسية للقاصر في مجال عقد الزواج، كما اتضح كذلك أن نطاق ومضمون هذا الترخيص يتعلق فقط بعقد الزواج طبقا لما هو وارد ضمن المادة 7 أعلاه ولا يتعدى إلى العقود والتصرفات الأخرى المبرمة من طرف القاصر أو نائبه الشرعي.

إذا وبعد توضيح ذلك سنحاول بيان الإجراءات القانونية المتعلقة بهذا الترخيص وكذا تحديد طبيعته القانونية وما مدى إمكانية الطعن فيه؟

1- الإجراءات القانونية المتعلقة بالترخيص القضائي بالزواج:

يتضمن الحديث عن الإجراءات القانونية المتعلقة بالحصول على الترخيص القضائي بالزواج؛ تحديد الجهة القضائية المختصة بذلك نوعيا وإقليميا، ثم تحديد الشكل القانوني الذي يتخذه الطلب المتضمن الحصول على هذا الترخيص وأهم البيانات التي يجب أن يحتويها وكذا الوثائق المرفقة به.

أ- من حيث الاختصاص النوعي:

باعتبار أن المادة 423 من ق إ م إ أعطت الولاية العامة لقاضي شؤون الأسرة في كل ما يتعلق بأحكام الأسرة حيث ذكرت جملة من الدعاوى التي يختص بها وهذا على سبيل المثال لا الحصر، كما أنه وبتحليل ما سعى إليه المشرع من خلال أحكام المادة 7 من ق أ والمتمثل في إلزامية الحصول على

[1] مؤرخ في 11 مايو 2006، ج ر ع 31، مؤرخة في 14 مايو 2006، ص 04 الذي حدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر المستحدثة بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

ترخيص من القضاء حماية للقاصر عند إبرامه لعقد الزواج، واستنادا إلى ما ورد ضمن أحكام المادة 424 من ق إ م إ والمتضمنة إلزامية تكفل قاضي شؤون الأسرة برعاية مصالح القاصر؛ فإن مهمة منح الترخيص هي من اختصاص قاضي شؤون الأسرة متمثلا في رئيس قسم شؤون الأسرة، كما قد يؤول هذا الاختصاص إلى رئيس المحكمة لأنه يدخل ضمن الأعمال الولائية[1].

ب- من حيث الاختصاص الإقليمي:

استنادا إلى ما تضمنته المادة 7/426 من ق إ م إ فإن الاختصاص في منح الترخيص القضائي بالزواج يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان طالب الترخيص.

ت- الوثائق والبيانات التي يتضمنها الترخيص بالزواج:

بالرجوع إلى قانون الأسرة وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنهما لم يشيرا إلى الوثائق التي يتوجب إرفاقها مع طلب الترخيص؛ كما لم يشيرا إلى البيانات الواجب إدراجها ضمن الترخيص[2]، الأمر الذي جعل من قضاة المحاكم تجتهد في تحديد جملة من الوثائق التي يتطلب إدراجها مع الترخيص[3]، لذلك لكل محكمة أنموذجا يتعلق بها؛ إذ ليس هناك توحيد لهذه المسألة في كامل القطر

---

[1] أنظر في ذلك : الملحق رقم03، ص ص 518 – 519.

[2] وهو ذات الأمر الذي قام به المشرع المغربي الذي وإن حدد الجهة المختصة نوعيا بالفصل في طلب الترخيص وهذا بشكل صريح ضمن المادة 20 من م أ م؛ إلاّ أنه لم يبين البيانات التي يجب أن يتضمنها طلب الترخيص تاركا ذلك إلى القواعد العامة المنصوص عليها ضمن المسطرة المدنية المادة 32 منه التي وضحت البيانات التي تتضمنها مقالات الدعاوى المقدمة إلى القضاء والتي يجب أن تتضمن البيانات الجوهرية التالية:

- الأسماء العائلية والشخصية وموطن أو محل إقامة القاصر ونائبه الشرعي أو من يقوم مقامه؛ مع ذكر التاريخ الكامل لولادة القاصر.
- بيان موضوع الطلب وهو الرغبة الأكيدة في تزويج القاصر أو القاصرة، مع ذكر الاسم الكامل للشخص المراد التزوج به وتاريخ ازدياده ومهنته.
- بيان الأسباب المبررة للطلب.

كما يرفق الطلب بـ:

- رسم الولادة لكل من الطرفين المقبلين على الزواج.
- شهادة إدارية لكل واحد منهما.
- شهادة طبية لكل واحد منهما.
- ما يثبت هويتهما. لتفصيل أكثر راجع: عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، ص ص 153، 154.

[3] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص ص 88، 89.

الجزائري[1]؛ وعليه فإنه يقترح في هذا المجال قيام المشرع بوضع أنموذجا موحد في كامل التراب الوطني يبين البيانات الواجب توافرها في الترخيص وكذا الوثائق المرفقة بالطلب.

الوثائق الواجب إرفاقها مع الطلب المتضمن الترخيص بالزواج للقاصر[2]:

- طلب يتضمن الموافقة على الترخيص بإبرام عقد الزواج للقاصر.
- شهادة ميلاد أصلية للقاصر طالب الزواج.
- شهادة ميلاد أصلية للأب أو ولي القاصر.
- شهادة ميلاد أصلية للزوج.
- شهادة الإقامة لتحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا بالفصل في الطلب.
- شهادة طبية محررة تثبت قدرة القاصر على أداء الالتزامات الزوجية.
- شهادة طبية من طبيب مختص تثبت عدم حمل القاصرة.
- شهادة طبية محررة من طبيب مختص طبقا للمادة 7 مكرر تثبت خلو القاصر من أي مرض.
- إثبات هوية الولي ودرجة قرابة للقاصر من أجل تطبيق أحكام المادة 9 مكرر و11 من ق أ.
- شهادة عمل لإثبات القدرة المادية على الزواج.

وفي حالة كان الزوج قد سبق له الزواج فيتوجب هنا تطبيق أحكام المادة 8 من ق أ المتضمنة إحضاره الترخيص من القضاء يثبت موافقة الزوجة السابقة والزوجة القاصر المراد الزواج بها[3].

أما البيانات التي يتضمنها الترخيص فغالبا ما نجده يحتوى على:

- الدولة التي تم إصدار الترخيص بها وهذا أمر ضروري يفيد في حال وجد تنازع بين القوانين في هذه المسألة.
- الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا.
- الإشارة إلى أنه تم تقديم طلب يتعلق بالترخيص وأنه تم الاطلاع عليه من جهة المختصة.
- بيان اسم ولقب ومكان إقامة ولي القاصر الذي قدم الطلب.
- بيان اسم ولقب القاصر المعني برخصة الزواج.

[1] أنظر في ذلك: الملحق رقم03، ص ص 518 – 519.

[2] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص89.

[3] عبد الله فاسي، مرجع نفسه، ص 90.

- النص على التأكد من موافقة القاصر على الزواج تطبيقا للمادة 4 من ق أ وكذا التأكد من الهوية.
- النص على أنه تم الاطلاع على كافة الأوراق المرفقة بالطلب.
- النص على أنه تم إطلاع وكيل الجمهورية لإبداء ملاحظاته.
- تسبيب القانوني من خلال بيان مدى قيام المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج مع بيان الأساس القانوني لذلك.
- بيان موقف قاضي بشكل صريح بالترخيص بالزواج.
- ذكر الاسم واللقب وتاريخ ومكان ولادة الزوج.
- بيان تاريخ منح الترخيص بالزواج.
- إمضاء الجهة التي منحت الترخيص بإبرام عقد الزواج[1].

2- طبيعة الترخيص القضائي:

أثير خلاف بين الفقه حول تحديد طبيعة الترخيص القضائي بالزواج حيث يرى الفريق الأول أن القاضي بإصداره للأمر أو الإذن بالزواج إنما يمارس عملا قضائيا لكن ليس بالمعنى التقليدي الذي يستلزم وجود نزاع قائم يتوجب تدخل القاضي لحله؛ وعليه فوظيفته القضائية يتسع مجال سلطاتها في إطار الترخيص أكثر منه في مجال المنازعة.

بينما ذهب فريق الثاني إلى القول أن " عنصر انتقاء النزاع كأساس لسلطة القاضي في إصدار الإذن " مؤكدا أنه أي مطالبة قضائية أساسها وجود نزاع وإن كان خفيا وهو الحال في الأذون القضائية[2].

غير أن هناك من يعتبر أن ما يمارسه القاضي يدخل ضمن التدابير الوقائية التي تهدف إلى حماية القاصر وهي تدخل ضمن الوظيفة القضائية التي يمارسها بموجب الإذن القضائي الذي يدخل ضمن العمل الولائي الذي يقوم بموجبه بالإشراف على مصالح القاصر ورقابتها[3]. وهذا الموقف الأخير هو الذي تضمنه موقف المشرع الجزائري الذي اعتبر الترخيص بالزواج من الأعمال الولائية التي يقوم بها القاضي وهي تدخل ضمن وظيفته القضائية ويتسم في هذه الحالة بطابع حمائي للقاصر.

[1] أنظر: الملحق رقم03، ص ص 518 – 519.

[2] عبد الرحمن دريوش، مرجع سابق، ص 193.

[3] عبد الرحمن دريوش، مرجع نفسه، ص 193.

3- مدى إمكانية الطعن في القرار الصادر في طلب الترخيص:

لم ينص المشرع صراحة على مدى جوازية الطعن في القرار الذي يصدره رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة في طلب الترخيص سواء بالقبول أو الرفض، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه لا يقبل أية طريقة من طرق الطعن، لكن يجوز مراجعة الطلب في حالة الرفض كما يمكن أن يتم تقديم الطلب من جديد بعد مرور مدة معينة أمام ذات الجهة أو أمام جهة أخرى[1].

وبالرجوع في هذا الجانب إلى التشريعات المقارنة وعلى سبيل المثال نجد أن كلا من المشرع المغربي والتونسي قد نصا بشكل صريح على أن استجابة القاضي لطلب الإذن بالزواج غير قابلة لأي طعن، أما في حالة رفض القاضي الاستجابة فإنه أيضا لا يمكن الطعن لكن يجوز للشخص أن يقدم من جديد الطلب أمام جهة أخرى أو أمام ذات الجهة[2].

ثالثا: الآثار القانونية المترتبة على الترخيص للقاصر بالزواج

لقد نص المشرع بموجب المادة 7 من ق أ على الآثار القانونية التي تترتب على منح القاصر الترخيص بالزواج بقوله: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ". فبموجب هذا النص نجد أن المشرع قد رشد القاصر بقوة القانون بمجرد الحصول على الترخيص وإن لم يكمل السن القانوني؛ غير أن هذا الترشيد ليس مطلقا وإنما يتعلق فقط بالتقاضي بشأن آثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وهذا إعمالا لمبدا " الامتداد التلقائي لأهلية إبرام العقد على ممارسة آثاره "[3]، دون أن يتعدى ذلك إلى مجال الأهلية في التصرفات المالية التي تستوجب الترشيد القانوني طبقا للمادة 84 من ق أ.

حقيقة إن ترشيد القاصر بالزواج له غايات اجتماعية تتمثل في منح القاصر ضمانات قانونية لممارسة كافة حقوقه الزوجية وكذا من جانب آخر تحمل الالتزامات؛ إذ كما يقول الفقيه بلانيول أن بناء أسرة يفرض الاستقلال الذاتي لطرفيها إذ لا يعقل أن يكون الزوج القاصر وهو بهذا الترشيد قد أصبح مؤهلا ليكون رب أسرة إن بقي تحت السلطة والتبعية لوليه، فكونه مسؤولا عن أسرة يتنافى وأن يكون محل رقابة عليه وعلى زوجته[4].

---

[1] قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 60.

[2] أنظر في ذلك: المادة 20 من م أ م، والفصل 6 من م أ ش.

[3] عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، ص 158.

[4] فريد بن جحا، مرجع سابق، ص 54.

إن هذا القول منطقي بشكل كبير الأمر الذي يدعو إلى إعادة النظر في موقف المشرع المتعلق بتضييق مجال الترشيد القانوني بالزواج، إذ يفترض أن الترشيد يعتبر امتيازا منحه له القانون لكي يستقل بتسيير أموره الشخصية ومجابهة كل ظروف الحياة[1]؛ وهذا الامتياز كان سيكون ذا فعالية وأهمية أكبر لو اتسع مجاله إلى تأهيله في تولي شؤونه ومصالحه المالية ولا يستدعي هذا الأخير ضرورة الحصول من جديد على إذن بذلك وهو الأمر الذي نأمل من المشرع تداركه في تعديله القادم لقانون الأسرة.

إن ما تم قوله سابقا بشأن الأثر المترتب عن الحصول على الترخيص بالزواج يطرح تساؤلا عن: إمكانية اكتساب القاصر لأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج إذا لم يستصدر الترخيص وتم تثبيت عقد زواجه؟

رابعا: أثر تخلف الترخيص بالزواج

ذكر المشرع بموجب المادة 7 من ق أ أنه لا بد من حصول القاصر على ترخيص أو إذن من القضاء حتى يتم إبرام عقد الزواج؛ غير أنه لم يبين مصير عقد الزواج في حال لم يتم استصدار الترخيص القضائي هل يفسخ عقد الزواج أم لا؟

لم يتضمن قانون الأسرة إجابة على مصير عقد الزواج دون الحصول على ترخيص من القضاء الأمر الذي جعل من هذه المادة نص بلا روح؛ وبالتالي ما جاءت به هذه المادة من حماية للقاصر هي حماية منقوصة لعدم نصها على الجزاء القانوني في حال مخالفتها فهذا الأمر حد من فعاليتها ولم يمكنها من أداء الدور الذي شرعت لأجله.

لذلك غالبية الأشخاص وهروبا من هذا المسلك القانوني يقومون بإبرام الزواج العرفي، ثم بعد الدخول يطالبون بتثبيته بقوة القانون أمام القضاء وهذا استنادا لأحكام المادة22من ق أ، فهذا النص أعطى إمكانية خرق مقتضيات أحكام المادة 7 من ذات القانون، حيث أن هناك العديد من الأحكام القضائية المتعلقة بذلك.

هذا لم يكن مسلك المشرع وحده بل أيضا ما سار إليه التشريع المقارن الذي وإن أحاط القاصر بضمانات قانونية عند إبرام عقد الزواج إلاّ أنه أغفل الحديث عن الجزاء المترتب في حالة خرق ذلك، مما جعل نسبة زواج القاصرات ترتفع نتيجة قبول المحاكم سماع دعوى الزوجية[2].

---

[1] فريد بن جحا، مرجع نفسه، ص 52.

[2] من ذلك ما أصدرته المحكمة الابتدائية بخنيفرة بتاريخ 17-6-2005 جاء فيه:" حيث أنه بتاريخ 1-3-2005 تقدم المدعيان بطلب واللذان يعرضان فيه أنهما زوجان يتعاشران معاشرة الأزواج وأنهما أنجبا خلال هذه الفترة الزوجية أبناء إلاّ

وعليه كان أحرى بالمشرع الجزائري أن ينص على أثر تخلف الإذن القضائي ضمن أحكام المادة 33 من ق أ حتى تؤدي المادة الأحكام التي شرعت من أجلها وتكون رقابة القاضي لمصالح القاصر ذات فعالية، لأنه وإن كان القانون يمنع ضابط الحالة المدنية من إبرام عقد زواج القاصر دون إذن من القضاء[1]، إلاّ أنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من اللجوء إلى الزواج العرفي ثم القيام بتثبيته طبقا للمادة 2/6 وكذلك المادة22من ق أ[2].

خامسا: حالة زواج القاصر بعد الاختطاف أو هتك العرض

لقد نص المشرع بموجب المادة 326 من ق ع على إمكانية عدم متابعة مختطف القاصرة من المتابعة الجزائية إذا ما قام بالزواج بها، غير أن ما يطرح هنا من تساؤل هو: كيف يتدخل القاضي لحماية القاصر في هذه الحالة وهل هو من يرخص لها بالزواج في هذه الحالة؟ ومن الذي يقدر مدى قدرتها على ذلك؟ فإن كانت الضرورة تقتضي زواجها وهذا هروبا من العار و رد الاعتبار لمشاعر الأسرة، فإن شرط المصلحة في هذه الحالة لا يوجد؛ بل العكس صحيح إذ أن المجرم الذي قام بالاختطاف وباغتصاب القاصر هو المستفيد في هذا الوضع حيث لا يتم متابعته .

كما أن تقدير مدى قدرة القاصر على الزواج لا تكون لها فائدة لكون القرار في هذه الحالة حول مدى قبول زواجها من عدمه وُكّل إلى أولياءها باعتبارهم من يحملون صفة القانونية في تقديم الشكوى في حال وقوع الجريمة أو عدم القيام بذلك في حال تم قبول تزويجها.

هذا وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا الجانب نجد أنها أكدت على أ ن زواج المتهم لا يحول دون إحالته إلى محكمة الجنايات في حالة هتك عرض قاصر لم يبلغ سن 16[3].

الفرع الثاني: الإذن القضائي كآليه للرقابة القبلية على أموال القاصر

يتضح حرص المشرع على حماية مصالح القاصر المالية من خلال السياسة الوقائية والحمائية التي انتهجها في رعاية مال القاصر، فبالرغم من منحه سلطات للنائب الشرعي " الولي أو الوصي أو

أنهما تقاعسا عن توثيق زواجهما أمام العدول بشكل قانوني لظروف قاهرة ... وحيث أن سبب عدم التوثيق كون الطرف الثاني كان قاصرا ". لتفصيل أكثر راجع: فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص ص 36، 37.

[1] أنظر في ذلك: المادة 77 من ق ح م.

[2] "غير أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ".

[3] م ع، غ ج، ملف رقم: 715757، بتاريخ 19-05-2011، م م ع، ع2، 2013، ص346.

المقدم "، إلاّ أنه أخضعها إلى رقابة القضاء خاصة إذا ما تعلق الأمر بالمكاسب ذات الأهمية للقاصر والتي تمس بالذمة المالية له، وذلك عن طريق إلزامية الحصول على إذن من القضاء للقيام بهذه التصرفات.

فالإذن القضائي يعد وسيلة قانونية وضعها المشرع في يد القاضي لبسط رقابته على التصرفات التي سيجريها النائب الشرعي والتي تمس الذمة المالية للقاصر حيث يعد الآلية التي يتم عن طريقها إعمال الرقابة السابقة على بعض صلاحيات النائب الشرعي[1]، وعليه سيتم تحديد التصرفات التي تستوجب الإذن المسبق أولا، ثم بيان مدى سلطة القاضي في منح الإذن من عدمه ثانيا، ثم تخصيص الحديث عن رقابة القاضي لبيع عقار القاصر والضمانات القانونية المتعلقة بالتصرف فيه باعتباره من أهم مكاسب القاصر ثالثا.

أولا: تصرفات النائب الشرعي التي لا يجوز مباشرتها إلاّ بموجب إذن قضائي

الأصل أن للنائب الشرعي الحرية في إدارة مال القاصر الذي يكون تحت ولايته مادام في هذه الإنابة رعاية ونماء لماله ولا تضر بمصالحه المالية وتفقره، أما التصرفات الضارة فإنه لا يجوز له القيام بها البتة لكونها لا تصب في مصلحة القاصر، لذلك يتوجب على النائب الشرعي أن يحرص في إدارته لهذا المال ورعايته رعاية الرجل الحريص وهو ما نصت عليه المادة 88 من ق أ، بل إن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال تحديده جملة التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي والتي قد تجلب للقاصر المنفعة ويمكن أن تجلب له المضرة لذلك أحاط هذه التصرفات في مثل هذه الحالة بإجراءات حمائية وذلك باشتراطه أخذ إذن قضائي مسبق[2].

وقد وردت هذه التصرفات على سبيل الحصر وتتمثل فيما يلي[3]:

- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

---

[1] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص 29.

[2] راجع في ذلك: م أ، ملف رقم: 41470، بتاريخ 30-6-1986، م ق، ع2، 1989، ص81.

[3] لقد سبق الحديث عن سلطات النائب الشرعي على مال القاصر وكذا بيان حدود هذه السلطة من خلال الحديث عن ما ورد في المادة 88 من ق أ وهذا ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة، وما سنحاول بحثه هنا هو دور القاضي في الحد من هذه السلطات عن طريق صلاحية الإذن القضائي وهذا كأداة لحماية القاصر ومصالحه المالية.

ويلاحظ على المشرع في هذا الجانب أنه ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى إمكانية منح الإذن من عدمه؛ خاصة في ظل الغموض الذي يكتنف أحكام هذه المادة من ذلك نصه على المنقولات ذات الأهمية الخاصة دون بيانه للمعيار الذي على ضوئه يتم اعتبار منقول ما ذا أهمية؟

فهذا الموقف للمشرع الجزائري نجد ما يخالفه في التشريع المقارن حيث وعلى سبيل المثال بالرجوع إلى التشريع المغربي نجد أنه بين حدود حرية النائب الشرعي كما بين حدود سلطة القاضي في التدخل لحماية القاصر بموجب الإذن القضائي خاصة فيما يتعلق ببيع المنقول حيث كان تعديله للمدونة الأحوال الشخصية تداركا منه للنقائص الموجودة بها[1]؛ والتي لا تزال موجودة بالتشريع الجزائري بالرغم من تعديله هو أيضا لقانون الأسرة، لذلك نجد المشرع المغربي نص بشكل صريح على حدود حرية النائب الشرعي في بيع منقول القاصر حيث أعفي من استصدار ترخيص قضائي ببيع منقول القاصر ما دام لم تتعدى قيمته لـ10.000 درهم، أما إذا تعدت ذلك فإنه يتوجب الحصول على إذن قضائي مسبق من قبل قاضي المكلف بشؤون القاصرين حتى تكون له رقابة على مصالح القاصر وهو ما جاء في المادة 271 من م أ م.

كما أنه أيضا أورد استثناء عن أحكام هذه المادة حيث سمح ببيع منقول القاصر دون استصدار إذن بذلك إذا ما كان هذا المنقول معرض للتلف حتى لو تجاوزت القيمة أعلاه وهذا تفاديا للضرر الذي قد يلحق القاصر جراء بقاء المنقول في حوزته[2].

كما أنه بالرجوع إلى التشريع المصري في هذا الجانب نجد أنه وبموجب المادة 118 من القانون المدني حصر وظيفة الأولياء والأوصياء على القاصر بالحدود التي رسمها القانون وإلاّ فقد صفة النيابة[3]. ونصت المادة 4 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 على أن الولي يقوم برعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها لكن في إطار ما رسمه له القانون، وعليه للأب التصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا لم تزد قيمتها على ثلاثمئة جنيه دون استصدار إذن قضائي مسبق بذلك؛ أما إذا زادت

---

[1] مليكة الغنام، مرجع سابق، ص196.

[2] أنظر في ذلك: المادة 272 من م أ م. مع العلم أن المادة وقع فيها إغفال يتعلق برفع القيمة. لتفصيل أكثر راجع: مليكة غنام، مرجع سابق، ص197.

[3] من ذلك ما جاءت به محكمة النقض المصرية:"... إن نيابة الولي على القاصر هي نيابة قانونية يتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز العمل هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها ". طعن31-1-1987، س28، ص 310. نقلا عن: أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 215.

عن هذه القيمة فإنه يتوجب استصدار إذن من المحكمة وهذا رعاية لمصلحة القاصر طبقا للمادة 7 من ذات القانون، والعبرة بقيمة العقار أو المحل التجاري وكذا الأوراق المالية بوقت التصرف فيها[1].

ما يلاحظ على موقف كل من التشريع المصري وكذا المغربي أنهما بيّنا حدود سلطة النائب الشرعي التي تم تقييدها كلما كان هناك تصرف من شأنه أن يشكل خطرا على مصالحه المالية، كما أنها أيضا ورعاية لمصلحة القاصر قيدت سلطة القاضي في التدخل للحد من سلطات النائب الشرعي بموجب الإذن القضائي من خلال تحديد القيمة المالية للعقار والمنقول التي تستوجب إلزامية الحصول على إذن مسبق من القضاء من عدمه، كما أن المشرع المصري قد ذكر المحل التجاري وكذا الأوراق المالية باعتبارهما مالا منقولا بشكل صريح وبين حدود سلطة النائب في التصرف فيهما وهذا نظرا لدورهما وأهميتهما الخاصة في تكوين الذمة المالية للقاصر، وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يوضح ذلك؛ والذي يختلف أيضا مع كلا التشريعين في كونه وإن حد من سلطات النائب الشرعي بموجب المادة 88 من ق أ إلاّ أنه وسع من سلطة القاضي التقديرية في هذا المجال. الأمر الذي يدعو بحث كيفية تدخل القاضي لحماية مال القاصر بموجب الإذن القضائي؟

ثانيا: مدى سلطة القاضي في منح الإذن القضائي المتضمن التصرف في مال القاصر

لقد سار التشريع الجزائري حذو الفقه الإسلامي من خلال إعطاء القضاء دورا في حماية مال القاصر وذلك بمنحه صلاحية الرقابة على أعمال النائب الشرعي، ولم يكن هذا منهج المشرع الجزائري وحده وإنما هو ذات المنهج الذي سار عليه التشريع المصري والمغربي وكذا التونسي[2]، غير أنه وإن منح للقاضي سلطة رقابة السابقة على تصرفات النائب الشرعي إلاّ أن هذه السلطة تراوحت بين التوسيع والتقييد دون الإطلاق، فبالرغم من أن المشرع الجزائري وسع من سلطة القاضي التقديرية بموجب المادة

---

[1] وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث جاء في قرار لها:" بأنه إذا كان الثابت أن الطاعن الأول بصفته وليا على أولاده باع إلى المطعون عليها قطعة أرض فأقام عليها مباني بثمن قدره 6300 جـ وقضى بإبطال هذا العقد استنادا إلى أن الولي يتصرف في عقار تزيد قيمته على 300جـ آلت ملكيته إلى القصر بطريق الشراء من مال والدتهم دون أن يحصل على إذن من محكمة الأحوال الشخصية طبقا للمادة 7 من المرسوم بقانون 119 لسنة 1952 م مما مفاده أن الحكم أثبت أن الولي حين تصرف في هذا العقار قد تجاوز حدود ولايته، فإن هذا التصرف لا ينصرف أثره إلى القصر ولا يلزمون برد شيء من المبلغ المدفوع من الثمن إلاّ بقدر ما أفادوه منه ". طعن رقم 508 لسنة 42 ق جلسة 31-1-1977. راجع أيضا: طعن رقم 1020 لسنة 58 ق جلسة 7-2-1990. نقلا عن: أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 222.

[2] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص 28. أدهم محمد شبل محمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 219 وما يليها. مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 194 وما يليها.

88 من ق أ أعلاه إلاّ أنه من جانب آخر لم يطلقها وإنما قيدها بشرطين وهما: **المصلحة والضرورة** اللّذين نص عليهما المشرع بموجب المادة 89 من ق أ[1]؛ وهي ذات الشروط التي احتوتها التشريعات المقارنة[2].

غير أنه يجب القول أنه حتى وإن قيّد المشرع القاضي بهذين الشطرين لمنح الإذن القضائي؛ إلاّ أنه من جانب آخر لم يحدد المقصود بهما مما ترك للقاضي من جديد سلطة واسعة في تقدير مدى قيام كل منهما. فإن كان شرط المصلحة إلزاميا لبعض التصرفات استنادا لقوله تعالى:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** ﴾ فإن هذا الشرط دلالته غير واضحة تستلزم اجتهاد القاضي في التأكد من قيامه عند منح الإذن، أما شرط الضرورة فلم يحدد هو الآخر المقصود به، ولذلك ذهب بعض من شراح القانون إلى محاولة تفسير شرط الضرورة وكذا إيراد أمثلة عن ذلك بالقول: " يمكن تفسير شرط الضرورة بكون عدم إبرام تصرف معين في حق المقدم عليه من شأنه أن يلحق ضررا بذمته المالية أو أن إبرام هذا التصرف يستجيب لحاجة ملحة للمقدم عليه... " من ذلك وجود منقولات سريعة التلف تستلزم البيع وإلاّ تعرض للخسارة، أو سحب مبلغ مالي من رصيده وباسمه بغية الدراسة أو العلاج أو السفر، أو التقدم بطلب إذن ببيع عقار قاصر لإخراجه من حالة الشيوع مع إخوته الراشدين، أو القيام برهن عقار القاصر كضمان للحصول على القرض مسكن على العقار المرهون...إلخ، وهنا يتوجب إرفاق كل الوثائق والمستندات عند تقديم الطلب لبسط القاضي رقابته على مدى توفر شرط الضرورة لترخيص بذلك وإلاّ كان رفضه للإذن[3].

هذا ويرى بعض الفقه أن الشرطين السابقين ليس بالمتلازمين إذ يكفي توفر أحدهما للحصول على الإذن، لأنه توجد حالات تتوفر فيها المصلحة دون الضرورة أو العكس[4]. وهو ما قصده المشرع الجزائري في نص المادة 89 من ق أ أعلاه حيث لم يشترط تلازم هذين الشرطين لكون التصرفات المنصوص عليها ضمن المادة 88 من ق أ أعلاه تستلزم بعضها مراعاة المصلحة وكذا الضرورة عند منح الإذن، كما قد تستلزم توفر أحدهما عندما يتعلق الأمر مثلا ببيع عقار للقاصر موجود في منطقة نائية والشراء له عقار للسكن في المدينة لتوفير عبء التنقل للدراسة وغيرها، كما أنه في بعض التصرفات يجب إثبات قيام مصلحة القاصر فقط للإذن بها من ذلك إيجار عقار أو منقول للقاصر أو المساهمة في شركة فهاتين المسألتين لا تتطلبان شرط الضرورة.

---

[1] حيث جاء فيها:" على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار في المزاد العلني ".

[2] من ذلك الفصل 15 من م إ ع ت، الفصل 11 من ق إ ع م.

[3] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص30.

[4] المهدي قيّاس، مرجع نفسه، ص 31.

ثالثا: الضمانات القانونية المتعلقة برقابة القاضي لبيع عقار القاصر

شدد المشرع في رقابة النائب الشرعي إذا تعلق الأمر ببيع عقار القاصر لما يكتسيه من أهمية في تكوين ماله لذلك أحاطه بجملة من الضمانات تتمثل إضافة إلى الحصول على إذن مسبق من القضاء وجوب عرض وبيان موجبات البيع ومدى توفر الضرورة المصلحة في بيعه، كما اشترط إضافة إلى كل ذلك وجوب بيع العقار بالمزاد العلني وهو ما نصت عليه المادة 89من ق أ وهذا حتى لا يكون في البيع مضرة وغبن للقاصر.

1- ثبوت الأسباب الموجبة لبيع العقار:

لقد اشترط المشرع لبيع عقار القاصر من قبل النائب الشرعي سواء كان أبا أو وصيا أو مقدما ضرورة طلب إذن من القضاء من أجل ذلك، ويقع على القاضي دور مهم في حماية القاصر من خلال إثبات موجبات البيع وذلك استنادا لأحكام المادة 89 من ق أ وهو التحقق من مدى وجود مصلحة محققة وأكيدة للقاصر في هذا البيع وكذا وجود ضرورة تستدعي ذلك وله أن يستعين بخبرة فنية في هذا المجال، فإذا ما تأكد القاضي من هذه الأسباب رخص ببيع العقار، غير أن هذا لا يجعل للولي حرية بل هو مقيد بإجراءات معينة في بيعه وتتمثل في ضرورة بيعه عن طريق المزاد العلني.

2- إجراءات طلب الإذن القضائي وبيع العقار:

إن طلب الإذن لبعض التصرفات الواردة على مال القاصر من بينها بيع عقاره تكون من طرف نائبه الشرعي نيابة عن القاصر، حيث وكأصل عام يقدم الطلب أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر وهذا طبقا للمادة 464 من ق إ م إ ، غير أنه وباعتبار التصرف متعلق بالعقار فإن الاختصاص ينعقد في هذه الحالة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وجود العقار وهذا طبقا للمادة 40 من ق إ م إ[1]، أما المخول قانونا بالفصل في هذا الطلب ومنح الإذن من عدمه هو قاضي شؤون الأسرة[2]، الذي يفصل في ذلك بموجب أمر على ذيل عريضة طبقا للمادة 481 من ق إ م إ، بعد أن يقدم إليه الطلب بموجب عريضة من نسختين تكون معللة ومرفقة بالوثائق والحجج طبقا للمادة 311 من نفس القانون [3].

[1] لتفصيل أكثر راجع: كوثر فراجي، إجراءات بيع عقار القاصر في التشريع الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة محمد بن احمد، وهران-2-، الجزائر، مج9، ع1، 2018، ص 212.

[2] أنظر في ذلك: الملحق رقم04، ص ص 520 – 521.

[3] أنظر أيضا: المادة 474 من ق إ م إ.

3- إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني:

نظرا لأهمية بيع عقار القاصر وخطورته فقد شدد المشرع في إجراءات بيعه وهذا كضمانة لحمايته وحفظ مال القاصر، بل وجعل من القاضي الرقيب على كل الإجراءات المتعلقة بذلك من خلال منحه صلاحية بيعه وذلك وفق إجراءات قانونية خاصة وذلك بموجب المادة 783 من ق إ م إ وما يليها التي وردت تحت قسم البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس تحت الفصل المعنون بالبيوع العقارية الخاصة وهي تعتبر أمور مستحدثة تضمنها قانون الاجراءات الجديد وهي مكملة لما هو وارد ضمن قانون الأسرة في هذا الجانب.

حيث يجب أولا – وبعد الحصول على الإذن القضائي – إيداع قائمة شروط البيع من قبل المحضر القضائي الذي يودعها لدى أمانة ضبط محكمة المختصة[1]، بعده يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لكل من الدائنين أصحاب التأمينات العينية وكذا النيابة العامة[2]؛ وباقي الورثة في حال كانوا مالكين على الشيوع للعقار مع القاصر حيث يكون لهم حق الاعتراض طبقا للمادة 742 من ق إ م إ؛ حيث يترتب على هذا الوضع إما مواصلة إجراءات البيع إذا لم يقدم المعترض الحجج والوثائق المثبتة لادعائه، أو قد يتم وقف إجراءات البيع في حالة ما إذا أثبت ما يدعيه[3].

ويجدر الذكر أن الاعتراض يجب أن يقدم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل وتسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها[4]، وتعقد الجلسة في غرفة المشورة بحضور المعترض والمحضر القضائي ويفصل في الأمر من قبل رئيس المحكمة بأمر غير قابل للطعن في أجل 8 أيام[5]، أما إذا لم يقدم الاعتراض في الآجال القانونية يتعين على الغير الحائز

---

[1] تتضمن قائمة شروط البيع طبقا للمادة 783 من ق إ م إ:

- الإذن الصادر بالبيع
- تعين العقار المراد بيعه تعينا دقيقا.
- تحديد الثمن الأساسي الذي يبدأ به المزاد من قبل خبير عقاري.

ويجب أن يرفق بـ: سند الملكية وكذا مستخرج من جدول الضريبة العقارية وعقد الملكية، وكذا الشهادة العقارية. لتفصيل أكثر راجع: سميحة حنان خوادجية، بيع عقار القاصر بالمزاد العلني في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع 12، ديسمبر 2017، ص ص 157، 158.

[2] أنظر في ذلك: المادة 785 من ق إ م إ.

[3] كوثر فراجي، مرجع سابق، ص ص 218، 219.

[4] أنظر في ذلك: المادة 1/742 و2 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 2/742 من ق إ م إ.

للعقار بسند ملكية أن يقوم برفع دعوى استعجالية، وله أن يطلب وقف إجراءات البيع بموجب عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل بشرط أن يودع مبلغ الكفالة الذي يحدد بموجب أمر على ذيل عريضة بحيث تكون كافية لتغطية مصاريف إعادة النشر والتعليق وهذا طبقا للمادة 772 من ق إ م إ[1].

أما إذا لم يتم الاعتراض على البيع فإنه يؤشر أمين الضبط على ذلك في السجل الخاص[2]، ويقوم المحضر القضائي بالإعلان الخاص وذلك بإخطار المعنيين ثمانية أيام على الأقل[3]، كما يقوم بالإعلان العام عن البيع حتى يتسنى لأكبر عدد من الناس المشاركة في المزاد[4].

بعد الإعلان عن المزاد يتم إجراء المزايدة في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو من قبل القاضي الذي يعينه لذلك بمقر المحكمة التي تم إيداع شروط البيع بها، ويتم المزاد بحضور المحضر القضائي وأمين الضبط؛ وكذا حضور النائب الشرعي عن القاصر وكذا المزايدين الذين لا يجب أن يقل عددهم عن ثلاث أشخاص وكل من تم إخطارهم[5].

وبعد فتح جلسة المزاد والتأكد من هوية جميع الأطراف وكذا تلاوة شروط البيع وكذا بيان كل المعلومات المتعلقة بالعقار المراد بيعه تبدأ عملية المزايدة التي تكون بالثمن الأساسي والذي يشترط أن لا يقل عن (10.000) د ج في كل عرض طبقا للمادة 754 من ق إ م إ، وإذا لم يتوفر المزاد على هذا النصاب تم تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن[6]، ويتم تحديد تاريخ الجلسة الجديدة التي يجب أن لا لا تقل فترتها عن 30 يوما ولا يتجاوز 45 يوما من تاريخ التأجيل ويعاد النشر والتعليق طبقا للمادتين 749 و750 من ق إ م إ[7]، أما في حال ما إذا كانت العروض في الجلسة الجديدة أقل من الثمن الأساسي أمر رئيس المحكمة إنقاص عشر الثمن وتأجيل البيع حيث يرسو في هذه الحالة المزاد على من قدم أعلى عرض حتى وإن كان أقل من الثمن الأساسي. وهناك من انتقد موقف المشرع في هذا الحالة لكونه وإن كان يخدم الدائنين في الحجوز العقارية فإنه لا يحمي مصلحة القاصر فكان له إلغاء عملية البيع لعدم قيام المصلحة منها لكون القاصر في هذه الحالة لا يمكن له الطعن بالغبن إذا بيع العقار

---

[1] سميحة حنان خوادجية، بيع عقار القاصر...، مرجع سابق، ص 160.

[2] أنظر في ذلك: المادة 3/742 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 474 من ق إ م إ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 748 و749 و750 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 753 من ق إ م إ.

[6] كوثر فراجي، مرجع سابق، ص 220.

[7] أنظر في ذلك: المادة 754 و755 من ق إ م إ

بالمزاد العلني ولذلك يستحسن بالمشرع إفراد نصوص خاصة تتعلق بتنظيم البيع القضائي لعقار القاصر واستقلالية نصوصه عن بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني[1].

يرسو المزاد على من قدم أكبر عرض بعد مناداة الرئيس للراسي عليه المزاد ثلاث مرات[2]، حيث يتولى القاضي الحكم برسو المزاد والذي يكون غير قابل للطعن فيه[3]، وهو بذاته يعد سند ملكية بعد تقييده تقييده من قبل المحضر القضائي بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره[4]، ويلتزم الراسي عليه المزاد بدفع خمس الثمن والمصاريف المستحقة، ثم يتم دفع باقي المبلغ في أجل أقصاه ثمانية أيام بأمانة ضبط المحكمة وإذا لم يقم بذلك فإنه يتم إعذاره خلال خمسة أيام وإلاّ أعيد البيع على حسابه[5].

الفرع الثالث: الترشيد القضائي للقاصر

لا تتعلق الرقابة القضائية فقط بتصرفات النائب الشرعي وإنما قد تكون حتى على القاصر ذاته من خلال آلية الإذن القضائي التي يتم من خلالها ترشيده للتصرف في ماله وكذا إمكانية ولوج التجارة وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. وهو ما سنوضحه في هذا الفرع من خلال بيان تعريف الترشيد القضائي أولا، ثم بيان حقيقة الاختلاف بين الترخيص للقاصر وترشيده ثانيا، ثم بيان ميدان الترشيد القضائي ثالثا، وتحديد دور القاضي في مسألة ترشيد القاصر وطبيعة الأمر الصادر فيه رابعا.

أولا: تعريف الترشيد القضائي للقاصر

نص المشرع الجزائري بموجب المادة 84 من ق أ على ترشيد القاصر من خلال آلية الإذن القضائي للتصرف في أمواله دون بيان تعريفه وذلك بقوله:" للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما

---

[1] لتفصيل أكثر راجع: سميحة حنان خوادجية، بيع عقار القاصر، مرجع سابق، ص ص 164-167.

[2] أنظر في ذلك: المادة 757 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 765 من ق إ م إ.

[4] تلعب المحافظة العقارية باعتبارها هيئة عمومية تابعة لأملاك الدولة دورا هاما ومكملا للدور الذي يلعبه القضاء من خلال مراقبتها حصول على الإذن للتصرف في عقار القاصر حيث إذا لم يرفق الملف بالإذن في التصرف في مال القاصر فإن المحافظ العقاري يرفض إجراء الشهر العقاري حيث يبلغ الأطراف المعنية خلال 15 يوما بضرورة إكمال الملف ويؤشر على البطاقة العقارية بعبارة " إجراء قيد الإنتظار" فإذا لم يحظر المعني الإذن بالرغم من تبليغه فإنه يرفض المحافظ العقاري في هذه الحالة شهر التصرف. لتفصيل أكثر راجع: كوثر زهدور، الحماية القانونية للملكية العقارية للقاصر على ضوء التشريع الجزائري، مجلة القانون المغربي، أكدال، الرباط، ع 20، 2013، ص ص 233، 234. أنظر أيضا: المادة 762 و764 والمادة 774 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 757 و758 و760 من ق إ م إ.

يبرر ذلك ". يتضح من هذا النص أن المشرع لم يعرف الترشيد وإنما ترك ذلك للفقه الذي وإن اختلفت تعاريفه من حيث المصطلح إلاّ أنها تتفق في الجوهر؛ حيث أن هناك من يعرفه بأنه عمل قانوني يخول للقاصر إدارة وتسيير شؤونه المالية، وبذلك يتخلص من السلطة الأبوية وكذا نظام الولاية، كما أن هناك من عرفه بأنه مؤسسة قانونية تجعل من القاصر كامل الأهلية قبل بلوغه سن الرشد. أما الترشيد القضائي فقد عرّف بأنه: " صلاحية هامة منحها القانون للقضاء ليتدخل بموجبها في تقرير حق القاصر في التمتع بامتياز الأهلية وتجاوز العراقيل المرتبطة بعامل السن"[1].

فيتضح من خلال هذه التعاريف أن منها من ركز على بيان مصدر الترشيد بشكل عام ووظيفته بشكل خاص وهو ما يتضح من خلال التعريفين السابقين بخلاف التعريف الأخير الذي عرّف الترشيد القضائي الذي يعد إحدى نوعي الترشيد[2]، وهو النوع الذي عناه المشرع من خلال المادة 84 من ق أ أعلاه. وعليه الترشيد هو وسيلة قانونية يتم من خلالها إخراج القاصر من قيد الرشد المرتبط بالسن القانوني حتى يتسنى له تولي أموره الشخصية أو المالية. حيث يهدف إلى حماية القاصر الذي قد يكون قادرا على تصريف شؤونه وتولي أموره؛ غير أنه مقيد بعامل السن لذلك شرع لرفع حجر السن عنه[3]، ولهذا أساس شرعي.

---

[1] فريد بن جحا، مرجع سابق، ص 12.

[2] أما النوع الثاني فيتمثل في الترشيد القانوني وقد سبق الحديث عنه في الإذن القضائي بالزواج وما يترتب عليه من ترشيد للقاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، فالترشيد في هذه الحالة مصدره القانون ويكون بقوة القانون دون حاجة للجوء إلى القضاء وهو ما نصت عليه المادة 2/7 من ق أ .

[3] يعد القانون الروماني المصدر التاريخي للترشيد حيث كان سن الرشد محدد ب25 سنة ويمكن للإمبراطور أن يرشد القاصر الذكر إذا بلغ السن العشرين والأنثى سن الثامنة عشر بشرط التحقق من قدرته على إدارة أمواله، غير أن هذه الأهلية ليست كاملة إذ أنه يمنع على القيام ببعض التصرفات كالهبة والبيع ...الخ، وقد تأثرت العديد من التشريعات بالقانون الروماني من ذلك فرنسا حيث في القرن 18 عرف قانونها القديم " رسائل امتياز السن "، من خلال منح القاصر أهلية جزئية في إدارة أمواله، ثم تم إلغاء هذا القانون حيث وقع إقرار نظامين للترشيد أحدهما يمنح بقوة القانون في حالة الزواج والآخر يمنح بموجب تصريح يخضع لإرادة العائلة أو مجلس العائلة، كما أدى التطور التاريخي للترشيد إلى إقرار وسيلة أخرى لترشيد تعتمد على أداء واجب الخدمة العسكرية، غير أنه بعد التعديل للقانون الفرنسي أدى إلى إلغاء الترشيد عن طريق الخدمة الوطنية كما وضح بموجب قانون 308-2007 المؤرخ في 05 مارس 2007 المعدل للقانون المدني تم تحديد الأطراف التي يمكنها تقديم طلب الترشيد كما حدد مصادره وآثاره والجهة المختصة به وذلك ضمن المادة 413 من الفقرة 1 الى 8. لتفصيل أكثر راجع: فريد بن جحا، مرجع سابق، ص 5 وما يليها.

ثانيا: حقيقة الاختلاف بين الترخيص للقاصر وترشيده

يفرق الأستاذ عبد العزيز سعد بين الترخيص للولد القاصر وبين ترشيده حيث يرى بأن ما جاءت به أحكام المادة 84 من ق أ وكذا ما جاء في المادة 479 من ق إ م إ إنما يتعلق بالترخيص للقاصر للقيام ببعض التصرفات المتعلقة بماله هي في الأصل من صلاحية الولي، وإنما يجوز للقاضي أن يأذن لهذا القاصر المميز أن يقوم بالتصرف في ماله لكن بعد الحصول على ترخيص من القضاء الذي يكون بموجب أمر على ذيل عريضة يقدمه الولي أو الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة في ذلك. أما ترشيد القاصر فإنه يجعل من القاصر راشدا للتصرف في ماله، ومباشرة الأعمال التجارية ويكون الترشيد بعد مرحلة الترخيص أي بموجب هذا الأخير تم اختبار القاصر والتأكد من قدرته على تحمل مسؤولية إدارة أمواله ولا يرشد القاصر في هذه الحالة إلاّ بموجب أمر ولائي وهو ما قصده المشرع في نص المادة 480 من ق إ م إ ويشترط أن يكون القاصر بالغا سن 18 وهذا استنادا للمادة 5 من القانون التجاري[1].

وباستقراء أحكام المادة 479 من ق إ م إ وكذلك أحكام المادة 480 من ذات القانون اللّتين وردتا تحت عنوان الترخيص والترشيد يتضح أن كلا المصطلحين مختلفين وهو الأمر الذي قال به الدكتور عبد العزيز سعد، غير أنه بالرجوع إلى محتوى كلا المادتين نجد أن المادة 479 توضح ما الذي عناه المشرع بمصطلح الترخيص وكذا أسبابه وإجراءاته والجهة المخولة به من خلال نصها:" يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة "، فيتضح من خلال هذا النص أن الترخيص يمنح للنائب الشرعي للتصرف في أموال القاصر إذا ما اشترط القانون ذلك مسبقا وهو يدخل تحت مسمى الإذن القضائي والذي ورد النص عليه ضمن المادة 88 من ق أ، إذ لا يعقل أن يتعلق الترشيد بالنائب الشرعي لأنه يشترط القانون لنيابته عن القاصر توفر كامل الأهلية.

فالترخيص إذا طبقا للمادة 479 أعلاه هو إذن من القضاء للنائب الشرعي للتصرف في مال القاصر لكون القانون يشترط حصول على إذن من القضاء للقيام بذلك وفق ما ورد في المادة 88 من ق أ، حيث يختص به قاضي شؤون الأسرة والذي يمنحه بموجب أمر على ذيل عريضة.

أما بالرجوع إلى أحكام المادة 480 من ق إ م إ فإنها بينت المعني بالترشيد وكذا المخول بالإذن به وكذا طبيعته من خلال نصها:" يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا ". فهذا النص يوضح أن الترشيد يتعلق بشخص واحد وهو القاصر الذي لا يتوفر

[1] إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة ...، مرجع سابق، ص 119 وما يليها.

على السن القانوني لإدارة أمواله والتصرف فيها أو للقيام بمزاولة التجارة، وأنه من خلال ترشيده يرفع عنه الحجر القانوني المتعلق بالسن ولا يمكن تفعيل أحكام هذه المادة إلا من خلال الرجوع إلى أحكام المادة 84 من ق أ وكذا المادة 5 من ق ت لكونهما تحدثا على مسألة ترشيد القاصر وهو ما اشترطته المادة 480 من ق إ م إ بقولها " حسب الشروط المنصوص عليهما قانونا " وهذه الشروط نجدها ضمن أحكام المادة 84 من ق أ و5 من ق ت.

لذلك يمكن القول أن الترشيد طبقا للمادة 480 هو تأهيل القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد لتصرف في ماله أو مباشرته للأعمال التجارية ويكون ذلك بناء على أمر ولائي يصدره قاضي شؤون الأسرة طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا. كما أن كل من الترخيص والترشيد هما إذن من القضاء يمارسه القاضي في مجاله بموجب نص قانوني ويهدف بهما إلى حماية القاصر.

ثالثا: مجال الترشيد القضائي

لقد حدد المشرع بموجب المادة 84 من ق أ مجال الترشيد القضائي بقوله:" ...في التصرف جزئيا أو كليا في ماله ...". فيتضح من هذه العبارة أن الترشيد يتعلق بالجانب المالي والمتمثل في التصرف في كل ماله أو جزء منه، فالقاصر المميز لا يمكنه التصرف كليا أو جزئيا في ماله فهذه الصلاحيات مخولة للنائب الشرعي وحده؛ غير أنه واستثناء قد تمنح هذه الصلاحية للقاصر في التصرف في كل ماله أو جزء منه[1].

إن تحديد المادة 84 من ق أ مجال ترشيد القاصر يطرح تساؤلا حول مدى إمكانية القاصر المميز ممارسة الأعمال التجارية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل نجدها ضمن أحكام المادة 5 من ق ت حيث أنه وإعمالا لما هو وارد ضمن المادة 84 من ق أ أعلاه والمتضمنة الترخيص للقاصر المميز القيام بالتصرف في ماله؛ فإن المشرع في المادة التجارية سمح للقاصر أيضا ممارسة الأعمال التجارية وهذا استثناء وخروجا على الأصل العام الذي يقضي بضرورة توفر الأهلية كشرط لممارسة الأعمال التجارية وكذا اكتساب صفة التاجر، ولكن نظرا لخطوة الممارسة التجارية على القاصر وماله نتيجة القواعد القانونية الصارمة التي يخضع لها خاصة نظام الإفلاس فإن المشرع شدد على الشروط القانونية لترشيد القاصر للقيام بهذه الأعمال وهو ما توضحه المادة 5 من ق ت وتتمثل في الآتي:

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة...، مرجع سابق، ص 121.

- أن المشرع رفع سن القاصر في طلب الحصول على الترشيد إلى 18 سنة وليس سن التمييز كما هو وارد في المادة 84 من ق أ.
- أنه أشرك جهات أخرى في مسألة تقدير وتقرير مدى قدرة القاصر للقيام بهذه الأعمال من خلال اشتراطه لإذن مسبق من والده، فإذا كان والده غائبا أو متوفيا أو سقطت عنه السلطة الأبوية أو استحالت مباشرتها فإنه يتم الإذن من قبل الأم وفي حالة وفاتهما، أو في حال غيابهما أعطى سلطة تقدير ذلك إلى جهة لم يرد الحديث عنها إلا ضمن القانون التجاري وهي مجلس العائلة[1]، ويلاحظ هنا أن المشرع منح لهذه الجهة الأولوية في تقرير مدى إمكانية القاصر القيام بالأعمال التجارية في حال غياب والدي القاصر حيث قدم هذه الجهة على الوصي والمقدم ، غير أنه ما يعاب على المشرع في هذا النص أنه تطرق إلى هذه الهيئة دون بيان كيفية تكوينها وحدود مهامها.
- أن الإذن المسبق للقاصر من الولي أو قرار مجلس العائلة يجب أن يصادق عليه من قبل المحكمة وهذا تفعيل للدور القاضي في بسط رقابته وحماية للقاصر وأمواله.
- أن هذا الإذن يجب أن يكون كتابيا ويقدم دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.
- أن آثار هذا الترشيد الوارد في المادة 5 من ق ت محصورة فقط في ترشيد القاصر بممارسة التجارة والقيام بالأعمال التجارية، وأنه يكون له الأهلية الكاملة في إبرام التعهدات عن أعماله التجارية من ذلك ترتيب رهن على عقاراته، غير أنه لا يمكنه القيام بالتصرف في هذه الأموال سواء اختياريا أو جبريا إلاّ باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر وعديمي الأهلية[2]، وفي ذلك تأكيد على أن هذا الترشيد لا يمتد إلى منح القاصر الأهلية في التصرف في أمواله وإنما يستلزم ذلك الرجوع إلى القاعدة العامة الواردة ضمن المادة 84 و88 و89 من ق أ.
- إن الإذن يكسب القاصر صفة التاجر.
- أن تصرف القاصر يجب أن يكون في حدود الإذن الممنوح له فإن تجاوز ذلك فإن يجوز له التمسك بإبطال التصرفات الخارجة عن دائرة الإذن مع بقاء احتفاظه بصفة التاجر[3].

---

[1] يعزى نص المشرع على هذه المؤسسة ضمن القانون التجاري فقط دون غيره من القوانين إلى تأثره بالقانون الفرنسي الذي يمنح لهذه الهيئة دورا مهما في ترشيد القاصر.

[2] أنظر في ذلك: المادة 6 من ق ت. راجع أيضا: نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص ص159، 160.

[3] نادية فضيل، مرجع نفسه، ص 160.

رابعا: دور القاضي في ترشيد القاصر

إن المهام التي أوكلت للقضاء في ضمان حماية القاصر ومصالحه تستلزم تدخله في مسألة ترشيده لما تكتسيه من خطورة على ماله وعلى الغير، لذلك يتضح جليا دور القاضي من خلال ما جاء ضمن المادة 84 التي منحته صلاحية ترشيد القاصر من خلال آلية الإذن القاضي بقولها:" للقاضي أن يأذن..." فهذه العبارة تدل على أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ترشيده للقاصر من عدمه؛ غير أن هذه السلطة غير مطلقة إذ يرد عليها قيود تتعلق بـ[1]:

- أن الترشيد يتعلق بالقاصر الذي بلغ سن التمييز هو 13 سنة فما فوق.
- أن الترشيد يتعلق بالتصرف في ماله، أي يجب أن يكون المال ملكا للقاصر[2].
- أن الترشيد يكون بناء على طلب من له مصلحة.

ويقتضي الحديث عن دور القاضي في ترشيد القاصر بيان الجهة القضائية المختصة به وكذا إجراءات صدوره وطبيعة الحكم الصادر فيه.

1- الاختصاص النوعي:

استنادا إلى أحكام المادة 480 من ق إ م إ فإن القاضي المخول بالنظر في طلب الإذن بترشيد القاصر للتصرف في أمواله هو قاضي شؤون الأسرة.

2- الاختصاص المحلي:

ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القصر وهذا طبقا للمادة 464 من ق إ م إ وهو ما تؤكده كذلك المادة 426 المحددة للاختصاص الإقليمي في المسائل الأسرية.

[1] أنظر في ذلك: المادة 84 من ق أ.

[2] سناء شيخ، مرجع سابق، ص 259.

3- إجراءات الترشيد القضائي وطبيعة الأمر الصادر فيه:

أ- الأشخاص المخول لهم قانونا تقديم طلب الترشيد:

بالرجوع إلى أحكام المادة 84 من قانون الأسرة نجد أنها خولت لكل من له مصلحة تقديم طلب الترخيص لذلك فقد يتم تقديمه إما من ولي القاصر أو وصيه أو المقدم عليه، كما يمكن تقديمه من طرف النيابة العامة بحكم الدور الذي تلعبه في مجال حماية القاصر وكذا أمواله، أما القاصر فإنه وإن كانت له مصلحة في تقديم طلب الترشيد إلاّ أنه لا يملك أهلية تقديم الطلب الأمر الذي يطرح تساؤلا عن إمكانية ذلك خاصة أن من له مصلحة من الترشيد هو القاصر بالدرجة الأولى؟

ب- كيفية تقديم طلب الترشيد:

يستلزم قبول طلب الترشيد ضرورة توفر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية لذلك، حيث فيما يتعلق بالجانب الشكلي فإنه ونظرا لانعدام نص قانوني صريح يوضح ذلك وباعتبار أن الترشيد القاصر يكون بأمر ولائي؛ كما أنه يعتمد أسلوب الأذون التي أقرها المشرع لاتخاذ جميع الوسائل لحفظ الحقوق والمصالح التي لا يمكن أن تبقى دون حماية "[1]؛ لذلك فإن طلب الإذن بترشيد القاصر يتم تحريره في عريضة من نسختين ويقدم إلى قاضي شؤون الأسرة طبقا للمادة 480 من ق إ م إ.

أما فيما يتعلق بالجانب الموضوعي فإنه يتعين على القاضي وقبل الفصل في طلب ترشيد القاصر التأكد من بلوغ القاصر سن التمييز طبقا للمادة 42 من ق م، وكذا التأكد من قيام مصلحة القاصر في ذلك خاصة وأن هذه الآلية وجدت لحمايته بالدرجة الأولى، وعليه لا بد من بسط القاضي رقابته على مبررات التي تم الاستناد إليها في طلب ذلك وهذا من خلال تحري مدى صحتها[2]، وله في سبيل تحقيق ذلك الاستعانة بالوسائل القانونية المنصوص عليها ضمن المادة425 من ق إ م إ ، ولذلك فللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير مدى قدرة القاصر على تولي أموره المالية والتصرف فيها وهو المخول قانونا بالإذن للقاصر إذا ثبتت لديه المبررات الشرعية وتوفرت في هذا الأخير الشروط التي تجعله قادرا على تحمل مسؤولية رعاية ماله .

ت- طبيعة الأمر الصادر في طلب الترشيد:

يعد الفصل في طلب الترشيد من قبيل الأعمال الولائية التي يقوم بها القاضي والتي لا تتعلق بالفصل في نزاع قائم وإنما هي إجراء وقائي يهدف إلى حماية حقوق مهددة بالضياع لذلك فإنه يتم

[1] فريد بن جحا، مرجع سابق، ص 40.

[2] فريد بن جحا، مرجع نفسه، ص ص 13، 14.

إصداره بموجب أمر ولائي طبقا للمادة 480 من ق إ م إ وبالتالي يخضع لأحكام الأوامر على العرائض من حيث إمكانية الرجوع فيه وهذا استنادا لأحكام المادة 1/312 من ق إ م إ وهو ما تضمنته أحكام المادة 84 من ق أ التي أعطت للقاضي سلطة الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك، كما يمكن الطعن فيه حالة عدم الاستجابة إلى ذلك طبقا لما هو منصوص عليه ضمن المادة 312 من ق إ م إ.

ويجدر التنبيه أن الإذن الذي يصدره القاضي والمتعلق بترشيد القاصر يتوجب تحديد فيه وبدقة نوع الترشيد هل هو مقيد يتعلق بجزء من الأموال فقط؛ أم هو مطلق يتعلق بجميع ماله كما يتوجب أن يتضمن تحديد ميدانه أي يتعلق فقط بالإدارة فقط أم يشمل كذلك أعمال التصرف لأنه على ضوء ذلك تترتب آثار الترشيد ومدى استقلالية القاصر عن سلطة الولي أو خضوعه لها جزئيا.

نستنتج من كل ما سبق أن ترشيد القاصر يتعلق فقط بالجانب المالي من خلال منحه أهلية التصرف كليا أو جزئيا في ماله وهي توقيف مؤقت للولاية على القاصر لكون هذا الترشيد ليس كاملا ومطلقا وإنما يجوز للقاضي الرجوع فيه إذا ما كانت مصالح القاصر مهددة، لذلك لا يمكن القول بأن الترشيد يجعل القاصر راشدا قبل الأوان وإنما هو مرحلة نحو الرشد لأنه وإن تملص من رقابة النائب الشرعي فإنه لايزال يخضع لرقابة القاضي وتحت سلطة ولايته العامة.

المطلب الثالث: التدابير المؤقتة كآلية للحماية القبلية للقاصر

من بين الآليات القضائية التي سخرها المشرع لحماية القاصر منح القاضي صلاحية اتخاذ تدابير مؤقتة لحماية مصلحة القاصر إذا كانت مهددة أو محل خطر حيث تعد من بين الإجراءات الوقائية التي يسعى من خلالها القضاء إلى حمايته في نفسه أو ماله وهو ما استحدثته المادة 57 مكرر من ق أ، وكذا ما جاء ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه سيتم التطرق إلى مفهوم التدابير المؤقتة وهذا ضمن (الفرع الأول)، ثم تحديد حالات تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب هذه التدابير ضمن (الفرع الثاني)، ثم بيان الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك ضمن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التدابير المؤقتة

لقد نص المشرع الجزائري على إمكانية القاضي إلى اتخاذ تدابير مؤقتة بهدف حماية القاصر في نفسه وماله وذلك من خلال نصه بموجب المادة 57 مكرر من ق أ:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة في جميع التدابير المؤقتة لا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن ". كما نص في المادة 460 من ق إ م إ:" يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة

القاصر، أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية "[1]، غير أنه لم يقم بتعريف هذه التدابير تاركا ذلك للفقه وهو الأمر الذي سنتطرق إليه أولا، ثم نتطرق إلى تمييز التدابير المؤقتة عن غيرها من المصطلحات الشبيهة ثانيا.

أولا: تعريف التدابير المؤقتة

إن البحث في تعريف التدابير المؤقتة يتطلب التعرض إليه في الجانب اللغوي وكذا الاصطلاحي:

1- التدابير المؤقتة في اللغة:

التدابير هي اسم وجمع مفرده تدبير ومصدره دبّر ويقصد بها الإجراءات والترتيبات، كما تعني التسيير والترتيب، كما تعني حسن القيام على شؤون الغير، والنظر في عاقبة الأمر[2].

يتضح إذا أن التدابير المؤقتة في اللغة يقصد بها الإجراءات أو الترتيبات المتخذة والمرتبطة بوقت محدد وهي زائلة غير دائمة لكونها تستند على ترخيص مؤقت ومحدد بسبب معين أو وقت معين لذلك فإنها غير دائمة وتزول بزوال السبب الذي أوجدها أو الذي وجدت بسببه.

2- التدابير المؤقتة اصطلاحا:

قبل إيراد التعريف الاصطلاحي للتدابير المؤقتة يجب التنويه بدء أن هذه التدابير التي يصطلح عليها أيضا التدابير المستعجلة تم استحداثها من قبل المشرع الجزائري عند تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر (05-02) وذلك بموجب المادة 57 مكرر منه، ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنها مستوحاة من نص المادة 242 من القانون المدني الفرنسي وتكاد تكون نقلا حرفيا لها، غير أنه يرى أن ذلك لا يمنع من الإشادة باستحداثها وأهميتها لكونها أتت بإجراءات جديدة لم يعهدها رجال القانون مسبقا[3].

غير أن لهذا الموقف ما يخالفه حيث يرى الأستاذ فضيل العيش أن هذه المادة لم تقدم حلول قانونية وإنما خلقت إشكالات عملية لكونها تتعلق بتوابع الطلاق وبالتالي هي تمس بأصل الحق وهذا مخالف لاصطلاح التدابير المؤقتة التي تعد إجراء تحفظي وقائي لا يمس أصل الحق[4]، غير أن هذا الرأي خالفته المحكمة العليا وذلك في قرار صادر لها بتاريخ 19-01-2005 حيث اعتبرت أن القضاء

---

[1] أنظر أيضا: المواد461 و467 و473 و 495 و499 من ق إ م إ.

[2] القاموس المحيط، مرجع سابق، مادة دبّر، ص 390.

[3] قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 155.

[4] مرجع سابق، ص 75.

للأبناء والزوجة بالنفقة الغذائية بصفة مستعجلة أمر لا يمس أصل الحق لكونه قضى بذلك قبل الفصل في الموضوع[1].

نتيجة الاختلاف السابق الإشارة إليه لم يحرص الفقه وشراح القانون على تعريف التدابير المؤقتة بقدر حرصهم على بيان وتفسير الأحكام المتعلقة بها، لذلك كان تعريفهم لها منبثقا من طبيعتها القانونية وكذا الإجراءات المتعلقة بها.

حيث أن هناك من عرفها بأنها:" إجراء تحفظي لا يمس أصل الحق حيث ينتهي مفعوله بمجرد صدور حكم قضائي "[2].

وهناك من عرفها بأنها:" أوامر يصدرها القاضي بما له من سلطة ولائية بناء على طلبات يقدمها له ذو الشأن في عرائض ومن هنا جاءت تسميتها بالأوامر على العرائض وهذه الأوامر لا تحسم نزاع معين وإنما تكون في شكل تدابير للمحافظة على الحق أو ضماناته قبل أو بعد النزاع القضائي "[3].

استنادا لما سبق يمكن القول أن المقصود بالتدابير المؤقتة هي كل إجراء مؤقت لا يمس أصل الحق يتخذه القاضي وفقا لصلاحياته القانونية يهدف إلى الحفاظ على مراكز قانونية مهددة وتكون بموجب أمر ولائي يقبل التعديل أو الإلغاء.

ثانيا: تمييز التدابير المؤقتة عن التدابير الوقائية

تعرف التدابير الوقائية في الفقه الإسلامي بأنها كل إجراء تربوي أو اجتماعي يهدف إلى تقوية الصلة بالله عز وجل وكذا نشر المحبة والوئام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتنقية المجتمع من الرذيلة والإجرام من خلال سد الذرائع المفضية لها وإيجاد البدائل التي تلبي كل ما يحتاجه الإنسان[4].

أما قانونا فإن المشرع أورد مصطلحات أخرى مرادفة للتدابير الوقائية وهي " تدابير الأمن " أو " التدابير الاحترازية "[5]، حيث أن المشرع ذكر مصطلح " تدابير الأمن " ضمن المادة 4 من ق ع والذي لم

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 333042، م م ع، ع1، 2005، ص 321.

[2] رشدي شحاتة ابو زيد، الاجراءات القانونية في مسائل الاحوال الشخصية، ط1، دار الوفاء الاسكندرية، 2008، ص510، 511. نقلا عن: كريمة محروق، دور القاضي في حماية الاسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، ط1، ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ص 14.

[3] كريمة محروق، مرجع نفسه، ص 12.

[4] سديد بلخير، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي وقانون الجزائري – دراسة مقارنة –، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 47.

[5] سديد بلخير، مرجع نفسه، ص 48.

يعرفها وإنما بيّن هدفها بقوله:" يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات وتكون الوقاية منها باتخاذ تدابير الأمن ". لذلك فإن تدابير الأمن تعد تدابير وقائية تقي من الوقوع في الجريمة. ومن هذا المنطلق هناك من عرفها بأنها:" مجموعة الإجراءات التي يصدرها القاضي لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص مرتكب الجريمة بغرض تخليصه منها "[1]

هذا وقد حدد المشرع بموجب المادة 19 المعدلة من ق ع قائمة التدابير مقيدا بذلك من سلطة القاضي في الخروج عنها وهذا بخلاف المعمول به في الفقه الشرعي الذي أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ ما يلزم من تدابير وقائية لحماية الفرد والمجتمع.

كما نص المشرع بموجب قانون (15-12) المتعلق بحماية الطفل على التدابير المؤقتة المتخذة من قبل قاضي الأحداث لصالح الطفل في خطر معنوي حيث تكتسي هذه التدابير الطابع الوقائي والتربوي الذي يهدف إلى إصلاح الحدث[2].

يتضح مما سبق أن التدابير المؤقتة هي إجراء وقائي يهدف إلى حماية المصلحة العامة وباعتبار أن مصالح القاصر وحمايته تعد من النظام العام فإنها تدخل ضمن المصالح العامة لذلك كان الهدف من هذه التدابير المؤقتة حماية المصالح المالية والشخصية المهددة والتي لا تحتمل التأجيل، وهو الأمر الذي يستلزم تدخل القضاء بصفة مستعجلة لرفع هذا الخطر وضمان هذه الحماية بشكل فعلي[3].

كما أنها تدخل ضمن التدابير الوقائية بمفهوم الفقه الشرعي لكونها تمنح للقضاء سلطة واسعة في اتخاذ هذه التدابير كلما اقتضت مصلحة القاصر ذلك، حيث أن المشرع وبموجب المادة 57 مكرر من ق أ لم يقم بإيراد قائمة لها وإنما ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، أما تدابير الأمن فإنها تختلف عن التدابير المؤقتة في كون الأولى مجالها هو قانون العقوبات وأن المشرع حدد للقاضي قائمة مسبقة بهذه التدابير وبذلك قيد سلطة القاضي لكونه أورد ذلك على سبيل الحصر وبالتالي لا يستطيع القاضي اتخاذ هذه التدابير إلاّ بموجب نص قانوني.

الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب التدابير المؤقتة

لقد منح المشرع للقاضي في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية وظائف جديدة لم تكن معهودة من قبل، من ذلك منحه صلاحية التدخل لحماية القاصر كلما

[1] أحمد بوسقيعة، الوجيز في شرح قانون الجزائي العام، ط11، دار هومة، 2012، ص 306.

[2] أنظر في ذلك: المادة 35 وما يليها من ق ح ط. راجع أيضا: جمال نجيمي، مرجع سابق، ص 63.

[3] Parquet Muriel, Article cité ; p 118.

كانت مصالحه الشخصية والمالية محل تهديد حيث يتم ممارسة هذه الوظائف عن خلال آليات قانونية متنوعة من ذلك اتخاذه ما يلزم من تدابير مؤقتة لحمايته في نفسه وماله، وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى دور القاضي في حماية القاصر من خلال هذه التدابير وهذا كالآتي:

أولا: تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب التدبير المتعلق بالنفقة المؤقتة

تعد النفقة من الحقوق المادية للقاصر وهي تدخل ضمن الحماية النفسية له باعتبارها تقيه من آفة التشرد والإهمال والضياع كما أنها تعد واجبا على الأب بحكم رابطة الأبوة، فهو ملزم بالإنفاق على أولاده القصر سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو انحلالها حيث أنه في حال أي تقصير أو عدم قيامه بهذا الواجب يحق للأم أو الحاضن رفع الأمر للقضاء من أجل إلزامه بذلك.

بل إن المشرع ذهب أبعد من ذلك من خلال توفير الضمانات القانونية خاصة بحماية القاصر حيث أنه اهتم بمصلحة هذا الأخير في حال وجود نزاع قضائي بين والديه من خلال جعل مصلحته الفضلى فوق كل اعتبار، حيث وحماية له مما قد يضره نص على إمكانية الحصول على نفقة مؤقتة لسد احتياجاته في حال توقف الأب عن الإنفاق عليه إلى غاية الفصل في موضوع الطلاق[1] وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 57 مكرر من ق أ بقولها:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ".

فمن خلال هذه المادة ربط المشرع استحقاق النفقة المؤقتة بعنصر الاستعجال ولم يربطها بآجال محددة وهذا حماية للقاصر، لذلك فإنه يجوز المطالبة بها أمام المحكمة كما يمكن تقديمها أثناء مرحلة الاستئناف لأنها لا تعد طلبا جديدا[2]؛ وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها[3].

غير أن ما يجدر التنبيه إليه أن القاضي وإن خول صلاحية اتجاذ تدابير مستعجلة بمنح النفقة بشكل مؤقت لصالح القاصر إلى غاية الفصل في موضوع النزاع؛ إلاّ أنه لا يجوز له أن يأمر بذلك من تلقاء نفسه لأن المادة 57 مكرر أعلاه اشترطت وجوب تقديم طلب مسبق إلى القضاء وهذا من خلال إدراجه ضمن العريضة الافتتاحية للدعوى كما يمكن تقديمه لاحقا ويجوز حتى تقديمه شفاهة أمام القاضي الذي يدونه في محضر الجلسة.

فيشترط إذا لتقديم طلب النفقة المؤقتة:

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 156.

[2] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 18، 19.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 59140، بتاريخ 19-03-1990، م ق، ع 4، 1991، ص 121.

- وجود نزاع مسبق أمام القضاء وذلك بموجب دعوى بفك الرابطة الزوجية أو دعوى النفقة حتى يتم الاستجابة من طرف القاضي لهذا الطلب وإلاّ يتم رفضه[1].
- توفر عنصر الاستعجال: فلكي يستجيب القاضي للطلب المتعلق بالنفقة المؤقتة يستلزم بدء التأكد من توفر عنصر الاستعجال من خلال ملف الدعوى[2] كأن تكون الأم ماكثة في البيت وليس للأولاد مورد للرزق، أما إذا كان للأم دخل كأن تكون عاملة مثلا فإن عنصر الاستعجال هنا غير موجود وبالتالي يقضي القاضي برفض الطلب.
- يشترط كذلك أن لا يمس الطلب بأصل الحق أي يجب أن يكون موضوعه طلب نفقة مؤقتة تتعلق بالأولاد القصر إلى غاية الفصل في دعوى الطلاق.
- يشترط أيضا أن لا يكون الأساس الذي بني عليه الطلب ليس محل انكار من طرف المدعي فأساس المطالبة بالنفقة المؤقتة هو وجود رابطة زوجية أو رابطة أبوة، فإذا ما تم إنكار ذلك من طرف المدعى عليه يستلزم هنا على القاضي التحري على مدى صحة هذا الادعاء من خلال ما هو وارد أمامه من مستندات، فإذا تبيّن له جدّية الدفع فإنه يحكم بعدم التأسيس، أما إذا تبيّن له من ظاهر ملف الدعوى أن الرابطة الزوجية ورابطة البنوة قائمة استجاب للطلب وأمر بنفقة مؤقتة للأولاد[3].

ثانيا: تدخل القاضي في إسناد الحضانة مؤقتا وحق الزيارة

تعد كلا من الحضانة والزيارة من الحقوق المعنوية للقاصر وقد كفل القانون حمايتها من خلال جعله مصلحة القاصر فوق كل اعتبار عند منح الحضانة وكذا القضاء بحق الزيارة في حال فك الرابطة الزوجية، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حيث خول للقاضي صلاحية حفظ هذا الحق بمجرد رفع دعوى الطلاق حتى لا يكون القاصر حلبة صراع بين الطرفين فأعطى له إمكانية إسناد الحضانة الطفل بصفة مؤقتة لأحد الطرفين أو إلى أي شخص من الأشخاص الذين حددتهم المادة 64 من ق أ إلى غاية الفصل في النزاع المرفوع من طرف والديه.

هذا التدبير من شأنه كفالة حماية القاصر مما قد يتعرض له من أذى إذ قد يتم حجز الطفل من أحد والديه وعدم تمكينه من رؤية الآخر كما قد يكون عرضة لتشرد والإهمال واللاّمبالاة الأمر الذي

---

[1] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 19. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 157.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 157.

[3] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 20، 21.

يستدعي تدخل القاضي لفرض حمايته بموجب تدابير مستعجلة وهو الأمر الذي لم يكن قبل استحداث المادة 57 مكرر من ق أ[1].

إن إسناد حضانة الطفل بصفة مؤقتة إلى الشخص الذي يقدر فيه القاضي القدرة على رعاية وحماية وحفظ القاصر إلى غاية الفصل في موضوع النزاع القائم بين والديه لا يعني حرمان الطرف الآخر من حق الزيارة[2]، إذ تعد هذه الحالة كذلك من المسائل المستعجلة لذلك فإن القاضي عندما يمنح حق الحضانة مؤقتا إلى أحد الأطراف فإنه من جانب آخر يقضي بحق الزيارة لطرف الغير الحاضن كما يحدد زمان ومكان الزيارة[3].

إن المشرع وإن لم يعرف حق الزيارة ولم يتطرق إلى شروطها وحالاتها وبيان ما إذا كان يتعلق فقط بوالدي الطفل أم يشمل هذا الحق كل من له حق حضانة الطفل[4]؛ إلا أنه بيّن بأنها حق لكل من القاصر المحضون وكذا لغير الحاضن لما لها من دور في الرقابة على مدى اهتمام الحاضن وأدائه لواجباته القانونية، كما أن لها دور في التوازن العاطفي والاستقرار النفسي للمحضون، بل إن عدم زيارته خاصة من قبل والديه قد يعرضه إلى خطر معنوي خاصة في الفترة الممتدة بين رفع الدعوى والفصل فيها.

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 158. كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 22. حسين طاهري، مرجع سابق، ص 174.

[2] حسين طاهري، مرجع نفسه، ص 174.

[3] بالرغم من أن المشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة إلاّ أن القضاء الجزائري اجتهد في هذا الجانب من خلال عدة قرارات قضائية تعلق بذلك منها ما جاء في إحدى القرارات المحكمة العليا التي قضت بوجوب مراعاة حالة الصغار عند تقرير حق الزيارة وذلك بقولها:" متى أوجبت المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.=

= ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ". غ أ ش، ملف رقم: 59784، بتاريخ 16-04-1990، م ق، ع 4، 1991، ص 126.

كما قضت أيضا ومراعاة لمصلحة القاصر المحضون بضمان مكان ممارسة الحضانة بقولها:" يتحدد مكان ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية أو مكان تواجد أهل الحاضنة ". غ أ ش، ملف رقم: 581700، بتاريخ 11-11-2010، م م ع، ع 1، 2011، ص 252.

[4] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة..، مرجع سابق، ص 63.

ثالثا: تدخل القاضي في اتخاذ التدابير المتعلقة بالبقاء في المسكن

يعتبر السكن من الحقوق المادية التي منحت للقاصر المحضون حماية له من التشرد والبقاء بلا مأوى في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، فالسكن يعد من مشتملات النفقة وهو ما قضت به المحكمة العليا في عديد من قراراتها[1]، كما أن المشرع ألزم الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة وفي حال تعذر عليه ذلك؛ فإنه ملزم بدفع بدل الإيجار وهو ما نصت عليه المادة 72 معدلة من ق أ[2]، ويسري هذا من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة حيث يعد حقا للقاصر المحضون وإن كان ولدا واحدا[3].

بل إن المشرع وحماية للقاصر المحضون ألزم الحاضنة بالبقاء في بيت الزوجية إلى غاية توفير سكن لها[4]، حيث أن حرص المشرع على مراعاة مصلحة القاصر الفضلى جعلته لا يكترث إلى مصير الأب في هذه الحالة، إذ أنه لم يراعي ظروفه الاجتماعية والاقتصادية[5]، الأمر الذي يلقي على القضاء عبء الموازنة بين مصلحة المحضون وكذا تقدير الظروف المتعلقة بالأب المطلِق حتى يتسنى رقابة مصلحة القاصر من جهة وحماية المؤسسة الأسرية باعتبارها الوسط الذي ينشا فيه من جهة أخرى[6].

إن حرص المشرع على حماية ومراعاة مصلحة القاصر المحضون جعلته يرخص للقضاء اتخاذ كل ما يلزم من تدابير استعجالية من أجل ضمان بقائه في المسكن الأسري ليس فقط بعد فك الرابطة الزوجية وإنما منح له هذا الحق بمجرد رفع والديه دعوى للقضاء للطلاق وهذا استنادا إلى أحكام المادة 57 مكرر من ق أ، فبهذا النص يمنع على الأب أن يقوم بطرد أبنائه من السكن لمجرد وجود نزاع بينه وبين والدتهم وتعريضهم للتشرد وفي حال قيامه بذلك فإنه يجوز للمرأة في هذه الحالة رفع أمرها إلى القضاء بغية حماية نفسها وأبنائها القصر، من خلال تقديمها طلب إلى القاضي يتضمن بقاءها في مسكن الزوجية بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في الموضوع وهذا تأسيسا على أحكام المادة 57 مكرر، حيث

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 481957، بتاريخ 14-1-2009، م م ع، ع 2، 2009، ص 292. ملف رقم: 554808، بتاريخ 15-4-2009، م م ع، ع 1، 2010، ص 245.

[2] الحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، مرجع سابق، ص 80.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم 112705، بتاريخ 29-11-1994، م ق، ع1، 1994، ص 140.

[4] أنظر في ذلك: المادة 2/72 من ق أ. راجع أيضا: الشافعي عبيدي، القواعد الموضوعية والاجرائية لقانون الأسرة مذيلا بمبادئ الفقه القضائي، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2016، ص57.

[5] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 477191، بتاريخ14-1-2009، م م ع، ع2، 2009، ص 275.

[6] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 26.

وبعد تأكد القاضي من جدية طلب المرفوع إليه يأمر ببقائها في المسكن الزوجي وأبنائها إلى غاية الفصل في موضوع النزاع[1].

يتضح إذا أن نص المادة 72 المعدلة من ق أ أتت لتحل الإشكال القانوني المتعلق بسكن الحاضنة مع محضونها القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية، أما المادة 57 مكرر فإن استحداثها كان بغرض معالجة المسائل المستعجلة المتعلقة ببقاء الحاضنة ومحضونها في مسكن الزوجية إلى غاية الفصل في موضوع النزاع، وعليه فان كلا المادتين تهدف غلى حماية القاصر المحضون وكذا حاضنه.

رابعا: تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب التدابير المؤقتة المتعلقة بممارسة الولاية

لقد سمحت المادة 57 مكرر من ق أ للقاضي اتخاد تدابير مؤقتة لحماية مصلحة القاصر حيث أورد المشرع ضمن ذات المادة الحالات التي يجوز للقاضي اتخاذ تدابير مؤقتة ويتعلق الأمر بالمسائل المستعجلة التي لا تحتمل التأخير إلى غاية الفصل في النزاع.

وقد بيّنت المادة 57 مكرر من ق أ أعلاه هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر الأمر الذي سمح بإيراد حالات أخرى خارجة هذه المادة يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة بشأنها إذا ما كانت مصلحة القاصر محل خطر. ويتعلق الأمر هنا بما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص على إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة تتعلق بممارسة الولاية وهو ما تضمنته المادة 459 و460 منه حيث نصت كل منهما على أنه يجوز للقاضي القيام بجمع المعلومات التي يراها مناسبة حول أوضاع القاصر وعائلته وسلوك الأبوين، ويجوز له مراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر باتخاذ تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية حيث يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر إلى أحد الأبوين وإذا تعذر عليه ذلك جاز أن يسندها إلى أي أحد من الأشخاص المذكورين في قانون الأسرة.

إذا تبين للقاضي من خلال التحريات التي يقوم بها المتعلقة بوضعية القاصر أنه في خطر وأنه مهدد بالضياع وسوء السلوك فإنه يقوم باتخاذ أي تدبير من شأنه حماية القاصر من هذا الخطر من خلال إسناد حضانته إلى غير الولي الذي تحت ولايته، كما له أن يسند حضانته إلى أحد الأشخاص المخول لهم قانونا حضانة القاصر طبقا لقانون الأسرة[2]. وهو ذات الأمر الذي أورده المشرع ضمن قانون (15- 12) المتضمن حماية الطفل حيث نص المشرع بموجب المادة 2 منه على تحديد المقصود بالطفل في خطر بقوله: " الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 156.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى...، مرجع سابق، ص 101.

تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر "، كما يرى الأستاذ نجيمي جمال أن الطفل يكون في خطر معنوي " إذا ظهرت عليه بوادر تصرفات توحي بالعصيان والمروق عن طاعة أولياء أمره أو الخروج عن قواعد السلوك الاجتماعي السّويّ المتعارف عليها مثل التسول أو الهروب من البيت أو المدرسة أو مخالطة الأشرار والمنحرفين أو تعاطي ما يضره صحيا كالخمر والمخدرات "[1].

فعلى غرار ما خوله المشرع للقاضي في البحث والتحري على عائلة القاصر وسلوك الأبوين ومدى تأثيره على مصلحة القاصر وذلك بموجب المادة 459 و 460 من ق إ م إ وكذا المادة 57 مكرر من ق إ، فإن ما جاء به قانون(15-12) يعد مكملا للحماية القانونية للقاصر كونه كذلك نص على تدابير حماية القاصر[2]؛ حيث خول لقاضي الأحداث صلاحية التدخل لحماية القاصر من الخطر الذي يهدده والعمل على إصلاح وضعه لذلك له أن يتخذ هذه التدابير بموافقة ممثل الشرعي للقاصر أو دون موافقته[3]، لذلك هناك من يرى أن تدخل قاضي الأحداث في هذه الحالة " يندرج ضمن نشاط القضاء المدني وليس الجزائي لكون التدابير المتخذة هي تدابير تربوية "[4]، حيث له القيام بجمع كل المعلومات والتقارير المتعلقة بوضعية الطفل وكذا تصريحات كل شخص يرى فائدة من سماعه[5]، وله أن يستعين في ذلك بمصالح الوسط المفتوح[6] وعلى ضوء ذلك له اتخاذ أي تدبير لحماية القاصر.

استنادا لكل ما سبق يمكن القول أن الغرض من إشراك كل الهيئات القضائية سواء المدنية أو الجزائية هو توفير حماية قضائية للقاصر تضمن تفعيل حماية الحقوق المادية والمعنوية له والمبينة قانونا،

---

[1] مرجع سابق، ص 54. أنظر أيضا: المادة 2 من قانون 15-12 المتضمن حماية الطفل التي بينت الحالات التي يكون فيها الطفل في خطر.

[2] من بين هذه التدابير ما تضمنته المادة 35 من ق ح ط من ذلك: "

- إبقاء الطفل في أسرته.
- تسليم الطفل لوالده أو والدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه، مالم تكن قد سقطت عنه بحكم.
- تسليم الطفل إلى أحد أقاربه.
- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة...".

[3] نصت المادة 32 من قانون 15-12 المتضمن حماية الطفل على الاختصاص الإقليمي لقاضي الأحداث والأشخاص المخول لهم قانونا برفع العريضة المتعلقة بتدخل القاضي لحماية الحدث الموجود في حالة خطر معنوي.

[4] جمال نجيمي، مرجع سابق، ص 60.

[5] أنظر في ذلك: المادة 2/34 من ق ح ط. وهذا النص شبيه في مضمونه مع ما تضمنته المادة 460 من ق إ م إ المتعلقة بتدخل القاضي المدني.

[6] عرفت المادة 2 من ق ح ط مصالح الوسط المفتوح بقولها:" مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح ".

كما يمكن القول أن تكاتف المؤسسات القضائية لم يمنع من الاستعانة بمؤسسات وهيئات غير قضائية تسهر على حماية القاصر[1].

إضافة إلى الرقابة التي يفرضها القانون على نفس القاصر وكل ما من شأنه أن يهدد سلامته النفسية والعقلية، فإنه أيضا فرض ذات الرقابة على ماله حيث نص بموجب المادة 467 من ق إ م إ على إمكانية أن يؤمر القاضي باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر كلما كانت محل تهديد؛ من ذلك تقصير الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه فإن له اتخاذ الإجراءات المؤقتة لحماية مصالح المولى عليه[2]. وكذا في حال تصفية التركة حيث يجوز للقاضي اتخاذ جميع التدابير التحفظية إلى غاية تصفية التركة من ذلك الأمر بوضع الأختام أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى[3].

الفرع الثالث: الإجراءات المتعلقة بالتدابير المؤقتة وطبيعة الأمر الصادر بشأنها

لقد مُنح القاضي صلاحية التدخل لحماية القاصر بموجب التدابير المؤقتة، غير أن هذا التدخل لا يكون تلقائيا وإنما لا بد من مطالبة من القضاء بذلك وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا الفرع، حيث سيتم بيان الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطلب أولا، ثم نبين طبيعة الأمر الصادر من القاضي بشأنها ثانيا.

أولا: الجهة القضائية المختصة بالفصل في التدابير المؤقتة

لقد نصت المادة 57 مكرر من ق أ على أنه:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة...". يتضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يبين لمن ينعقد الاختصاص هل لرئيس المحكمة أو لرئيس قسم شؤون الأسرة؟

إن ذكر مصطلح الاستعجال وكذا ذكر مصطلح أمر على ذيل عريضة كان السبب في طرح التساؤل السابق[4]؛ فمصطلح الاستعجال يعني به انعقاد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة ومهمة إصدار الأوامر على ذيل العرائض هي من اختصاص رئيس المحكمة لكونها تدخل ضمن الأعمال الولائية والإجراءات المتبعة تختلف[5].

---

[1] من بينها مصالح الوسط المفتوح، مراكز الطفولة المسعفة وكذا مصلحة التضامن الاجتماعي...إلخ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 473 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 499 من ق إ م إ.

[4] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 75.

[5] كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص 16.

لقد اختلف الفقه حول الجهة القضائية المختصة بالنظر في التدابير المؤقتة حيث ذهب جانب منه إلى القول أن الاختصاص ينعقد لرئيس المحكمة لكونه يدخل ضمن الأعمال الولائية التي تتخذ في غرفة المشورة دون تبليغ للخصم، كما استندوا في ذلك أيضا إلى ما جاء في النص الفرنسي للمادة 57 مكرر والتي نصت على مصطلح الاستعجال " référé " كما أن ذكر المادة لعبارة " امر على ذيل عريضة " يفيد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة لكونها لا تفصل في الموضوع وإنما لها طابع تحفظي ولا تمس بأصل الحق[1].

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى القول أن الاختصاص ينعقد لرئيس قسم شؤون الأسرة باعتباره المطلع والعالم بالقضايا الأسرية من غيره. وهذا الاختصاص إنما استحدثته المادة 57 مكرر وأنه لا يوجد ما يخالف هذا التوجه، لذلك يجوز للقاضي الأسري الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في كل المسائل التي تتطلب تدخلا سريعا من قبله للمحافظة على الحقوق وحماية المراكز القانونية إلى غاية الفصل في الموضوع، ولا يعد ذلك تعديا على اختصاص رئيس المحكمة الذي تبقى له كذلك السلطة في إصدار مثل هذه الأوامر[2].

إن اختلاف المواقف الفقهية المحددة للجهة القضائية المختصة بالنظر في التدابير المؤقتة يعزى إلى كون أن هذه المادة عندما استحدثها المشرع بموجب تعديل 05-02 المتعلق بقانون الأسرة لم يكن هناك نص إجرائي يبيّن مقصد المشرع، غير أنه وبعد مجيء التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

وما ستحدثه من قواعد إجرائية تخص القضاء الأسري يكون قد حسم الجدل حول الغموض الذي كان يعتري أحكام المادة 57 مكرر.

لقد نص قانون الإجراءات المدنية بشكل صريح على إمكانية ممارسة رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحية المخولة لقاضي الاستعجال حيث جاء في المادة 425 من ق إ م إ على:" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة...". كما أعطت هذه الصلاحية حتى لقاضي شؤون الأسرة حيث نصت المادة 499 من ق إ م إ:" يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لا سيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 156 وما يليها. كريمة محروق، مرجع سابق، ص ص 16، 17.
[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص 156 وما يليها.

المتوفى إلى غاية تصفية التركة "، كما جاء في المادة 467 من ذات القانون:" يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر ".

إن ما استحدثه المشرع بموجب المادة 57 مكرر وكذا مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بوظائف قاضي شؤون الأسرة هو إخراج القاضي الأسري من الدور التقليدي ومنحه صلاحيات موسعة تهدف بالأساس إلى تقليل الضغط على رئيس المحكمة، كما أن قاضي شؤون الأسرة هو الأكثر اطلاعا وعلما بالقضايا الأسرية فكان منحه لهذه الصلاحيات هو حماية الأسرة بمختلف فئاتها وبذلك فهو مكسب وضمانات إضافية لتفعيل أحكام قانون الأسرة الذي ينظمها ويحفظ حقوقها، كما أن هذا لا يغني على ما تم التفضل به من اقتراح يتعلق بتعدد القضاة داخل قسم شؤون الأسرة وتوزيع المهام بينهم كما هو عليه الحال في التشريعات المقارنة من ذلك المغرب الشقيق .

أما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي فإنه يرجع في ذلك إلى أحكام المادة 426 من ق إ م إ وذلك تبعا للمسألة محل التدبير.

ثانيا: طبيعة الأمر المتضمن التدابير المؤقتة ومدى قابليته للطعن

طبقا لما ورد ضمن أحكام المادة 57 مكرر من ق أ التي نصت على أن التدابير المؤقتة تكون بموجب أمر على ذيل عريضة، وبذلك فإن هذه الأوامر تدخل ضمن الأعمال الولائية للقاضي التي لا تمس أصل الحق فهي أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك، حيث أنه يتخذ على مستوى غرفة المشورة، حيث يقدم الطلب إلى الجهة القضائية المختصة – رئيس المحكمة أو رئيس قسم شؤون الأسرة أو قاضي شؤون الأسرة – بعد دفع الرسوم واستلامه وصلا بذلك من قبل كتابة الضبط ، هذا ويجب أن يكون الطلب المقدم محرر في نسختين ويجب أن يكون معلل ويتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها[1]، وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة وجب بيان المحكمة المعروضة أمامها[2].

بعد بحث القاضي للطلب وتحري جديته يصدر أمرا كتابيا مذيلا بتوقيعه ومسببا وتسلم نسخة من الأمر لطالبه. ويعتبر هذا الأمر سندا تنفيذيا وهذا خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره وإلاّ سقط ولا يرتب أي أثر له[3].

[1] أنظر في ذلك: المادة 1/311 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 2/311 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 3/311 و4 من ق إ م إ.

أما فيما يتعلق بإمكانية الطعن في هذه الأوامر فإنه واستنادا إلى كونها تعد من الأعمال الولائية فإن المشرع جعلها غير قابلة للطعن وذلك في حالة الاستجابة للطلب وهو ما يستشف من نص المادة 312 من ق إ م إ، وكذلك ما نصت عليه صراحة المادة 467 من ق إ م إ:" يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن ".

غير أن عدم الطعن في هذا الأمر لا يمنع إمكانية تعديله أو التراجع عنه من قبل القاضي الذي أصدره حيث جاء في المادة 312 من ق إ م إ:" في حالة الاستجابة للطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله "، وعليه إذا ما طرأت وقائع جديدة تتعلق بالأمر موضوع التدبير فإنه يمكن الرجوع إلى القاضي لتعديله أو إلى إلغائه وفقا لما يمتلكه من سلطة تقديرية[1].

أما في حالة عدم الاستجابة للطلب فإن أمر الرفض يجوز استئنافه أمام رئيس المجلس القضائي وهذا خلال مدة 15 يوما من تاريخ صدور أمر الرفض، حيث يتوجب على رئيس المجلس القضائي أن يفصل في الأمر في أقرب الآجال دون أن يلزمه القانون بمدة معينة[2].

إن ما تم مناقشته من تحديد طبيعة الأمر الصادر بشأن التدابير المؤقتة يتعلق بما تضمنته أحكام المادة 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر (05-02) المعدل لقانون الأسرة، والمعلوم أن هذا النص لم ينظم وحده مسألة التدابير المؤقتة؛ فهناك نصوص قانونية أخرى استحدها المشرع بعد هذه المادة ويتعلق الأمر بالقانون الإجرائي الذي يحدد الإجراءات المتبعة أمام القسم الأسري فهذا القانون يعد مكملا لقانون الأسرة لأنه هو الآخر تضمن أحكاما تتعلق بطبيعة الأمر الصادر في التدابير المؤقتة كما نص على بعض المسائل القانونية التي يمكن اتخاذ تدابير بشأنها حفاظا على القاصر ورعاية لمصالحه.

فبالرجوع إلى أحكام المادة 460 من ق إ م إ نجد أن المشرع منح للقاضي صلاحية اتخاذ تدابير مؤقتة لها علاقة بممارسة الولاية وهذا مراعاة لمصلحة القاصر، دون أن يوضح ما إذا كان ذلك يتم بموجب أمر على ذيل عريضة أم غير ذلك مما يستلزم هنا إعمال أحكام المادة 57 مكرر من ق أ وكذا المواد السابق الإشارة إليها المتعلقة بحالات اللجوء إلى هذه التدابير. غير أن المشرع لم يخالف ما سبق ذكره ونص على إمكانية تعديل التدبير المؤقت المتعلق بممارسة الولاية أو إلغائه إذا رأى قاضي شؤون

[1] من ذلك ما نصت عليه المادة 445 من ق إ م إ:" يجوز للقاضي في حال ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها ما لم يتم الفصل في الموضوع ".

[2] أنظر في ذلك: المادة 2/312 و3 من ق إ م إ.

الأسرة ضرورة لذلك، حيث يمكن للقاضي القيام بذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الولي أو القاصر إذا أصبح مميزا، أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر[1]. غير أن الجديد الذي جاء به المشرع هو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 460 من ق إ م إ التي نصت على أنه:" يفصل القاضي في هذا الطلب بموجب أمر استعجالي ". فاستنادا إلى هذا النص فإنه إذا تم تقديم الطلب من غير ممثل النيابة العامة فإنه يتوجب تقديمه بموجب عريضة تبلغ نسخة منها إلى ممثل النيابة العامة وعلى القاضي أن يفصل في الطلب بموجب أمر استعجالي، وبالتالي يكون ذلك الأمر الصادر سواء بالإيجاب أو السلب محل طعن بالاستئناف[2]، وبذلك يكون تعديل هذا التدبير بموجب أمر استعجالي وليس بموجب أمر على عريضة كما هو الحال في التدبير المتعلق بالنفقة وحق الزيارة وحق السكن المنصوص عليه ضمن المادة 57 مكرر من ق أ.

وكذلك الأمر بالنسبة لإلغاء تدبير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة للولاية كليا أو جزئيا حيث نصت المادة 461 من ق إ م إ إمكانية قيام القاضي بذلك لكن بناء على طلب من والد القاصر المسقطة عنه الولاية، حيث يقدم الطلب إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الإقليمي مقر أو مكان ممارسة الولاية[3]، " حيث يفصل القاضي في الطلب في جلسة تنعقد بغرفة المداولات أو في مكتب القاضي وليست في جلسة علنية بقاعة الجلسات وذلك بعد أن تقدم النيابة العامة طلباتها "، ويكون الأمر الفاصل في الطلب قابلا للاستئناف وذلك خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي بالنسبة للأطراف، أما بالنسبة لممثل النيابة العامة فيسري من اليوم الموالي لصدور الأمر والنطق به[4].

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 3/460 من ق إ م إ.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعوى...، مرجع سابق، ص 102.

[3] أنظر في ذلك: المادة 462 من ق إ م إ. وأيضا: المادة 299 من ق إ م إ.

[4] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعوى...، مرجع سابق، ص 103. الحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة شرحا ونصا، ج1، مرجع سابق، ص 72. أنظر أيضا: المادة 304 م ق إ م إ.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية البعدية كآلية لحماية القاصر

لا تقتصر الحماية القضائية للقاصر وتفعيل بنودها فقط على الرقابة القبلية؛ وإنما أيضا تتم بموجب رقابة لاحقة وهذا حتى تكون عين القضاء دائما رقيبا على مصالح القاصر ومدى قيام النائب الشرعي بالمهام الموكلة له[1].

إن رقابة القضاء لما صدر عنه من أحكام تتعلق بمصالح القاصر تقتضى منه مواصلة مراقبته مدى تطبيقها من خلال الإشراف عليها وكذا متابعة كل من أخل بتنفيذها، كما له أن يحل كل الإشكالات المتعلقة بتطبيقها .

فالرقابة البعدية هي وسيلة متابعة وإشراف ومحاسبة يقوم بها الجهاز القضائي باعتباره حامي للحقوق، لذلك فإن حمايته للقاصر في هذه الحالة لا تقتصر على الوقاية فقط كما هو عليه الأمر في الرقابة القبلية وإنما هي تقوم على الجزاء الذي يتعرض إليه كل من خالف ما صدر عن القضاء.

تتجلى الرقابة البعدية للقضاء على مصالح القاصر من خلال إجرائين يتمثل أولها في: المراقبة من قبل القضاء لمصلحة القاصر ومدى مراعاتها في الجانب النفسي والمالي، ففي الجانب النفسي يكون ذلك من خلال متابعة ومراقبة مدى تطبيق المصلحة الفضلى للطفل فيما صدر من أحكام وقرارات تتعلق بحفظ حقوقه المادية والمعنوية، أما في الجانب المالي فتكون بمراقبة النائب الشرعي ومدى قيامه بوظيفته التي عين لأجلها.

أما الإجراء الثاني فإنه يتخذ بناء على ما توصل إليه القضاء من خلال الإجراء الأول المتمثل في المراقبة لمدى احترام الأحكام والقرارات وغيرها، حيث اذا ما ثبت اخلال تمت المتابعة التي قد تكون مدنية أو جزائية لكل من أخل بواجباته القانونية تجاه القاصر وعدم المحافظة عليه في نفسه أو ماله .

وللإفاضة وتوضيح ما سبق ذكره تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول : تدخل القضاء لحماية القاصر بموجب الرقابة البعدية.

المبحث الثاني: المساءلة القضائية كآلية لرقابة البعدية لحماية مصالح القاصر الشخصية والمالية.

[1] لا بد من التنبيه أن الأشخاص المخول لهم قانونا حماية القاصر بموجب الرقابة القبلية هم ذاتهم المخولين بحمايته بموجب الرقابة البعدية.

المبحث الأول : تدخل القضاء لحماية القاصر بموجب الرقابة البعدية

إن تفعيل الرقابة القضائية كآلية لحماية القاصر يكون من خلال عدم الاكتفاء بإصدار قرارات تتعلق بحفظ حقوقه المادية والمعنوية وكذا الحفاظ على مصالحه المالية، وإنما ضمان تحقيق هذه الحماية يكون من خلال المراقبة والمتابعة وكذا الإشراف على كل ما يتعلق بمصلحته، وهو الأمر الذي سعى إليه المشرع من خلال الدور الإيجابي الذي منحه للقاضي الأسري ونلمس ذلك من خلال جملة النصوص المتضمنة تطبيق ذلك والمستحدثة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلق بتطبيق القواعد الموضوعية لقانون الأسرة، إلى جانب ما استحدثه بموجب قانون (15-01) المتعلق بإنشاء صندوق النفقة والذي يعد مكملا لأحكام قانون الأسرة الرامية إلى حفظ الحقوق المادية للقاصر المرتبطة بالجانب النفسي له من خلال الدور الذي منحه للقاضي في رقابته البعدية لأحكامه المتعلقة بالنفقة، إضافة إلى الحرص على المحافظة على الحقوق المعنوية للقاصر من خلال تخويل القضاء مهمة مراقبته لمصلحة المحضون والمكفول بعد إسناد كل من الحضانة والكفالة.

وأهم ما جاء به القانون الإجرائي نصه على وجوب مراقبة القاضي الأسري للنائب الشرعي بعد تسليمه مهامه وهذا حماية لمال القاصر من كل الممارسات التي قد يقوم بها نائب الشرعي وتؤدي إلى ضياع ماله.

بناء على ما سبق ذكره تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، حيث سيتم الحديث عن الرقابة البعدية كآلية لتفعيل الحماية المادية للقاصر من خلال أحكام صندوق النفقة ضمن(المطلب الأول)، ونتحدث عن المراقبة القضائية البعدية لمصلحة المحضون والمكفول وهذا ضمن(المطلب الثاني)، ونتحدث عن المراقبة القضائية للنائب الشرعي وهذا ضمن(المطلب الثالث) .

المطلب الأول: تفعيل الحماية المادية للقاصر من خلال أحكام صندوق النفقة

إن حرص المشرع الشديد على حماية القاصر باعتباره الأضعف في الرابطة الأسرية خاصة في ظل انحلال الرابطة الزوجية إذ إنه أول من يقع عليه الضرر في هذه الحالة، لذلك عمل على ضمان الحماية المادية له في حالة التقصير أو الإهمال العائلي من خلال آلية قانونية استحدثت بموجب قانون (15-01) المتضمن إنشاء صندوق النفقة، حيث تعد أحكام هذا القانون مكملا للحماية القانونية المقررة ضمن قانون الأسرة.

وعليه سيتم الحديث هنا عن دور هذه الآلية في حماية القاصر وكذا الدور الايجابي الذي منح للقاضي في تفعيل ذلك والسهر على حسن تطبيقه، ولذلك سنتحدث عن دور قاضي شؤون الأسرة من خلال الإجراءات المتبعة للاستفادة من مستحقاته المالية ضمن(الفرع الأول) ثم نتحدث عن كيفية دفع

المستحقات المالية ضمن(الفرع الثاني) ونتحدث عن الآثار القانونية المترتبة بعد صرف المستحقات المالية ضمن(الفرع الثالث).

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تفعيل أحكام الاستفادة من صندوق النفقة

لقد تم استحداث صندوق النفقة بموجب قانون (15-01) لدواعي اجتماعية تنبع من السياسة الوطنية التي انتهجت بشكل خاص لحماية الطفل القاصر وإخراجه من دائرة الصراعات الأسرية، وقد كان للقاضي الأسري دورا في تفعيل ذلك، وعليه سيتم تحديد المقصود بصندوق النفقة أولا، ثم بيان الإجراءات القانونية للاستفادة من أحكام هذا القانون ثانيا.

أولا: المقصود بصندوق النفقة

أوجد المشرع آلية قانونية كفيلة بسد احتياجات القاصر حماية له من الضياع والإهمال؛ لذلك سنبين هنا تعريف صندوق النفقة وكذا بيان الأسباب والدواعي لإنشائه.

1- تعريف صندوق النفقة:

فيما يتعلق بتعريف النفقة أحالت المادة 2 من قانون (15-01) إلى أحكام قانون الأسرة، وهذا الأخير بدوره لم يعرفها بل بين أحكامها ومشتملاتها وعلى ضوء ذلك هناك من عرفها :" بأنها حق الطفل في النفقة وتوفير الاحتياجات الضرورية له من مأكل وملبس ومشرب ومأوى ، بالإضافة إلى دفع مستحقات الطفل في شؤون حياته ،كمصاريف العلاج والدواء ومصاريف الدراسة وغيرها من الأمور التي جرى العرف الاجتماعي على إرسائها "[1].

ويمكن القول أنها جملة المبالغ المالية المحكوم بها قضائيا لصالح الطفل لسد احتياجاته اليومية من ملبس ومشرب وتطبيب وإيواء والتي تقع على الأب استنادا إلى السلطة الأبوية في حال امتناعه عن القيام بها طوعا.

أما صندوق النفقة ومن خلال ما احتوته أحكام المادة 1 و2 و3 من قانون (15- 01) يمكن تعريفه أنه: وسيلة قانونية أوجدها المشرع بغية ضمان حماية قانونية للطفل المحضون في حال فك الرابطة الزوجية تتم من خلال حلوله قانونا محل العاجز أو المماطل أو الممتنع عن النفقة من أجل تسديد مستحقات مالية محكوم بها على الزوج المطلق وهذا حماية للمحضون من الضياع والتشرد بسبب الحاجة

[1] عثمان حويدق ومحمد لمين مجرالي، صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، الشهاب، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، ع5، ديسمبر2016، ص 199.

المادية. وهذا الحلول القانوني محل المدين الأصلي بالنفقة لا يعفيه من التزاماته القانونية وكذا المتابعات الجزائية بشأنه[1].

2- دواعي نشوء صندوق النفقة:

هو صندوق الطفل لا صندوق المطلقات كما روج له لأنه بالأساس يهدف إلى حماية القاصر المحضون في حال فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

ولعل أهم الأسباب والدوافع التي أدت إلى إحداثه حجم القضايا المعروضة على الساحة القضائية حيث تقارب حوالي 22 ألف قضية لم تسوى منها سوى 2489 قضية خلال الأعوام الأخيرة[2] التي كان السبب الأصيل فيها عقم النصوص القانونية التي اكتفت بالمتابعة المدنية والجزائية للممتنع عن تسديد النفقة التي يصل حدها إلى الزج به في السجن دون إعطاء حل قانوني للإشكال الأصلي والمتمثل في ضياع حقوق المادية للطفل والتي قد تؤدي إلى ضياعه وتشرده.

إن المتضرر من عدم الإنفاق في الحقيقة ليس المرأة المطلقة لأن فترة الإنفاق عليها مرتبطة بالعدة فقط وتنتهي، في حين نفقة الأبناء في استمرارية إلى غاية انتهاء سببها، إضافة إلى هذا هناك سبب آخر وهو العجز المالي الذي يصيب الحاضن وهو يسعى في أروقة المحاكم للمطالبة بهذه النفقة وما ينفقه من مصاريف قضائية وينتهي في الأخير إلى عدم تحصيلها مما قد يؤدي به إلى التوقف عن المطالبة بها، وبوجود مثل هذه الآلية فإنها من شأنها أن تحفظ الحقوق خاصة للقاصر باعتباره الحلقة الأضعف أثناء فك الرابطة الزوجية وتمنع استعطاف الحاضنة للمطلق من أجل تحصيل حقوق أبناءها[3].

ثانيا: شروط وإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة

1- الشروط المطلوبة للاستفادة من صندوق النفقة:

حدد المشرع شروط الاستفادة من أحكام صندوق النفقة من خلال بيانه الفئة المعنية بذلك حيث نصت المادة 2 من قانون (15-01) أن يكون المستفيد طفل محضون الذي لم يتجاوز 16 سنة إذا كان ذكرا و الفتاة التي لم تبلغ سن الزواج أي 19 سنة والذي يكون تحت الولاية القانونية للحاضن.

---

[1] وهناك من عرفه بأنه:" صندوق مالي إحتياطي يتولى دفع مستحقات النفقة للطفل المحضون تقبضه المرأة الحاضنة في حالة تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو في حالة جهل محل إقامته ". عثمان حويذق ، محمد لمين مجرالي، مرجع سابق، ص 201.

[2] أمين لونيس، صندوق النفقة يزيد الطلاق والخلع في الجزائر، مقال منشور بتاريخ 26-5-2016 على الساعة: 03:12:09 على موقع:.www .alhayat.com

[3] أمين لونيس، مرجع نفسه.

يتضح من هذا النص أن الطفل المهمل في ظل قيام الرابطة الزوجية غير معني بأحكام هذا الصندوق وكذلك الأمر بالنسبة لليتامى ومجهولي النسب، وهو الأمر الذي يستوجب تداركه من قبل المشرع ضمن التعديلات القادمة، إذ أن حرصه على منح الأولية لفئة القصر المهملين في ظل انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق والذي مرده إلى احتياجها لذلك لا يعفي إمكانية أن يتضمن فئات أخرى[1].

ولا بد من التذكير أن المحضون وإن كان هو الدائن والمستفيد بالنفقة إلاّ أن طلب الحصول على هذه المبالغ المالية يقدم من طرف النائب الشرعي للقاصر والمتمثل في الحاضن ضد المدين بالنفقة وهو أب الأطفال المحضونين طبقا للمادة 2 من قانون (15- 01).

كما يستفيد من أحكام هذا الصندوق المرأة المطلقة والتي يجب أن تحوز على حكم بالطلاق وكذا حكم بالنفقة لها ولأولادها، لم يتم تنفيذه من قبل المدين بذلك[2].

2- الشروط المطلوبة لتكوين ملف الحصول على المستحقات المالية:

لقد نص القرار الوزاري المشترك على ما يجب توفره من وثائق مكونة لملف الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة المتمثلة فيما يلي[3]:

- طلب الاستفادة وفقا للنموذج الملحق بقرار المشترك المتضمن الوثائق المطلوبة للاستفادة من صندوق النفقة وهذا النموذج هو نسخة إلكترونية موضوعة تحت تصرف المستفيدين.
- نسخة من الحكم القضائي، أو نسخة من الأمر أو الحكم المتضمن إسناد الحضانة ومنح النفقة إذا لم يتضمن حكم الطلاق ذلك، أو تم رفع الدعوى طبقا لما هو وارد في المادة 57 مكرر من ق أ.
- محضر إثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المتضمن وجوب النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته وهذا ما تتضمنه كذلك أحكام المادة 3 من قانون (15-01).
- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطوب إذا اختار المستفيد هذا الدفع .

---

[1] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15-01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة باتنة1، الحاج لخضر، الجزائر، ع5، مارس 2015، ص 220. عثمان حويدق ومحمد لمين مجرالي، مرجع سابق، ص 304 وما يليها.

[2] مبروك بن زيوش، مرجع سابق، ص 221.

[3] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 يونيو سنة 2015 يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

3- الإجراءات القانونية المتبعة للاستفادة من المستحقات المالية:

نصت عليها المادة 4 من قانون (15- 01) وهي إجراءات قضائية تتمثل في تقديم الطلب مرفوقا بالوثائق المحددة في المرسوم الوزاري المشترك من أجل الحصول على الاستفادة إلى قاضي رئيس قسم شؤون الأسرة للمحكمة الموجود بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة. ويتم دراسة الملف من طرف القاضي في مهل قانونية قصيرة ثم يقضي في الطلب بموجب أمر ولائي.

بعد تكوين الملف يتوجب على المستفيد ممثلا بنائبه الشرعي أن يتوجه إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بها طبقا للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتوجب عليه أن يقدم أمام قاضي رئيس قسم شؤون الأسرة طبقا للمادة 3 من قانون (15- 01) وكذا المادة 423 من قانون الأسرة باعتباره مختصا في مثل هذه القضايا حيث يقدم له طلب الاستفادة ؛ مرفقا بالوثائق طبقا للقرار الوزاري المشترك بين وزير العدل حافظ الاختام ووزير المالية السابق الإشارة إليه وهذا طبقا للمادة 4 من قانون (15- 01) حيث يقوم قاضي شؤون الأسرة بموجب المادة 5 بدراسة الطلب الذي يقضي فيه بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه 5 أيام من تاريخ تقديم الطلب وهذا حرصا على مصلحة القاصر وتقريرا للحماية المادية له.

بعد توقيع القاضي على الأمر المتضمن الاستفادة من المستحقات المالية، يتعين على كتابة ضبط المحكمة أن تقوم بتبليغ الأمر إلى كل من الدائن والمستفيد و المصالح الإدارية المختصة المتمثلة في المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني، وهذا في ظرف أقصاه 48 ساعة ويبدأ سريانه من تاريخ صدوره.

الأمر الصادر عن قاضي شؤون الأسرة لصرف المستحقات المالية غير قابل للطعن فيه بأي وجه من أوجه الطعن، وفي حال وجود إشكال في التنفيذ يتوجب الرجوع فيه إلى رئيس قسم شؤون الأسرة للبت فيه طبقا للمادة 15 من قانون (15-01).

ثالثا: إمكانية مراجعة مبالغ النفقة المحكوم بها

هنا يمكن القول أنه يجوز رفع دعوى مراجعة النفقة طبقا لما هو وارد في أحكام قانون الأسرة[1]؛كما يمكن مراجعتها استنادا إلى المادة 7 و8 من قانون (15-01) حيث أنه إذا ما حدث تغيير في الحياة الاجتماعية أو القانونية من شأنه احتمال التأثير في استحقاق النفقة، فإنه يتوجب على المستفيد إعلام القاضي المختص بذلك في خلال 10 أيام من تاريخ حدوثه، حيث يفصل القاضي في مدى تأثيره على

[1] أنظر في ذلك: المادة 80 من ق أ.

استحقاق النفقة بموجب أمر ولائي يبلغ إلى المدين والدائن والجهات المختصة في ظرف 48 ساعة من تاريخ الصدور، غير أن الملاحظ هنا أن المشرع لم يتحدث عن آجال إصدار الأمر هل تخضع لأحكام المادة 5 أعلاه.

الفرع الثاني: كيفية دفع المستحقات المالية

لقد حدد المشرع بموجب المادة 2 من قانون (15-01) الهيئة الإدارية المخولة بدفع المستحقات المالية نيابة عن المدين وتتمثل في مديرية النشاط الاجتماعي، غير أن دفع هذه المستحقات من قبلها يتطلب إجراءات قانونية نص عليها ذات القانون، ولكن قبل بيان ذلك يتوجب أولا بيان كيف يتم الحصول على هذه المستحقات وصبها في الصندوق وكيفية صرفها أولا، ثم بيان الإجراءات القانونية التي يتم على ضوئها دفع المستحقات المالية للمستفيد من قبل الجهة المخولة بذلك ثانيا.

أولا: طرق تمويل صندوق النفقة

نصت المادة 10 من قانون (15- 01) أن هناك طرق مالية يتم بموجبها تمويل صندوق النفقة وهذا عن طريق فتح التخصيص الخاص رقم (302-142) الذي عنوانه " صندوق النفقة "[1] الذي حددت كيفية حسابه بموجب مرسوم التنفيذي[2] وبذلك يكون المشرع بين كيفية تمويل الصندوق من خلال النص على إيراداته وهو ما تضمنته المادة 3 من المرسوم التنفيذي أعلاه و المادة الآنفة الذكر والمتمثلة فيما يلي:

- مخصصات ميزانية الدولة وهي جملة المبالغ المالية التي تم ضخها في الصندوق في المرحلة الأولية لبداية عمله.
- مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من قبل المدين بها.

رسوم جبائية وشبه جبائية تنشأ وفقا للتشريع المعمول به لفائدة صندوق النفقة.

- الهبات والوصايا التي تكون من الأفراد أو الأشخاص المعنوية.
- وأي مورد آخر يمكن أن يساهم في دعم الصندوق.

---

[1] محمد الصالح بن عومر، صندوق النفقة كآلية قانونية لتسديد النفقة، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مج4، ع2، 2016، ص115.

[2] مرسوم تنفيذي رقم107-15 مؤرخ في 2 رجب عام 1436هـ موافق لـ21 أبريل 2015 يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه " صندوق النفقة ".

ثانيا: إجراءات دفع المستحقات المالية من قبل الجهة المختصة

بعد حصول المستفيد على أمر الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق وبعد تبليغ الجهة المختصة بذلك، يتعين على هذه الأخيرة وفي ظرف 25 يوما أن تقوم بدفع المستحقات المالية للمستفيد عن طريق صك بريدي أو بنكي[1]، وتتم هذه العملية بناء على تعليمات آمر الصرف الرئيس المتمثل في الوزير المكلف بالتضامن الوطني الذي يأمر بصرف هذا الحساب الى آمر الصرف الثانوي والمتمثل في من يسير كتابات أمين الخزينة الرئيس وأمناء خزائن الولايات[2]، وبالرجوع إلى أحكام المادة 2 من المرسوم التنفيذي السابق يتضح أن آمر الصرف الثانوي هو مدير النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية[3].

ويجدر التنبيه أن المصالح المختصة تستمر في دفع مستحقات النفقة إلى المستفيد شهريا إلى غاية سقوط أو انتهاء سبب صرفها.

وفي حال ما إذا قام المدين بدفع النفقة ثم توقف عن ذلك بعد شروعه فيها فإنه يتوجب على مديرية النشاط الاجتماعي أن تواصل دفع النفقة بعد انقطاعها عن ذلك وهذا حماية للأطفال المحضونين حتى لا يكونوا محل خطر معنوي، غير أن صرفها للمستحقات المالية في هذه الحالة يتم بناء على تبليغها بأمر ولائي صادر عن رئيس قسم شؤون الأسرة " يتم إصداره في خلال ثلاث أيام من تاريخ إخطاره ويبلغ إلى الجهة المعنية في أجل 48 ساعة من تاريخ صدوره " والذي يكون مستندا أيضا على محضر يحرره المحضر القضائي وهو ما نصت عليه المادة 6 فقرة 3 والمادة 5 فقرة 2 و3 من قانون (15-01).

يتضح مما سبق أن الإجراءات القضائية وكذا الإدارية المتعلقة بصندوق النفقة ذات طابع استعجالي وهذا بحكم الجهة القضائية المختصة في ذلك وكذا المهل القانونية المتعلقة بإصدار الأمر بالاستفادة وكذا صرف هذه المستحقات.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 6 من قانون 15-01.

[2] أنظر في ذلك: المادة 10 و11 من قانون15-01.

[3] كما تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 107-15 على أن من مهام آمر الصرف الثاني أيضا إعداد برنامج عمل يبين فيه الأهداف المسطرة والآجال المحددة لتحقيقه.

لا شك أن حرص المشرع تقليص المدد القانونية للاستفادة من المستحقات المالية يهدف بالأساس إلى حماية القاصر المحضون والعناية به ماديا، وحتى لا يكون هناك تعسف في حق الطفل والمرأة الحاضنة من خلال إطالة مدد المطالبة وتعقيد الإجراءات.

الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة بعد صرف المستحقات المالية

لقد جعل المشرع صندوق النفقة كآلية احتياطية خصصت لحماية الطفل والمرأة المطلقة أو الحاضنة وهذا في حال تماطل أو امتناع أو عجز المدين متمثلا في الأب عن دفع النفقة، حيث يحل محل المدين في تسديد النفقة غير أن صرف الصندوق لهذه المستحقات لا يعني تملص المدين الأصلي من التزاماته، كما أن صرف هذه المستحقات مبناه الصفة القانونية وشروط المتطلبة لذلك قانونا، لذلك فإن صرف المستحقات المالية تترتب عليه متابعات قضائية في حال التصريح الكاذب من قبل المستفيد، إضافة إلى أن صرف هذه المستحقات على سبيل التأقيت لا التأبي، وعليه سنحاول بيان كيفية تحصيل المستحقات المدفوعة من قبل الصندوق من المدين أولا، وبيان العقوبات الجزائية في حال استحقاق النفقة دون وجه حق ثانيا، وحالات انتهاء وسقوط الحق في الاستفادة من خدمات الصندوق ثالثا، ثم تقييم أداء صندوق النفقة رابعا.

أولا: تحصيل المستحقات المالية من المدين

نصت المادة 13 من قانون (15- 01) على:" لا تحول الاستفادة من أحكام هذا القانون دون المتابعة القضائية للمدين عن جريمة النفقة عن عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها في قانون العقوبات ". يتضح من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع وإن أوجد هذه الآلية القانونية إلاّ أنه أبقى على التزامات المدين وضرورة تحمله للأعباء القانونية الملقاة عليه، وبالتالي فإن تسديد النفقة بدل المدين من قبل المصالح المختصة لا يعفيه من المساءلة الجزائية المتمثلة في الإهمال للقصر من خلال جريمة عدم تسديد النفقة وهذا الأمر يجعل من الصندوق آلية استثنائية تتدخل للضرورة المتمثلة في حماية القصر من الضياع والتشرد دون أن تكون هي الأصل، وهذا النص من شأنه أن يجعل المدين يسعى لتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه ولا يجعله يتكل على الصندوق لتنفيذ التزاماته.

إضافة إلى إقرار المشرع للمتابعة الجزائية في حق المدين فإن ما دفعه الصندوق نيابة عن المدين لا يزال دينا في ذمته تتولى المصالح المختصة بالنشاط الاجتماعي تحصيل هذا الدين، فهذا الدين في

أصله يعد من إيرادات الصندوق طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي وكذا المادة 10 من قانون (15-01).

ويتولى مهمة تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدين بها طبقا للمادة 9 من قانون (15-01) أمين الخزينة للولاية بناء على أمر تصدره المصالح المختصة. ويتم التنفيذ وديا وفي حال التعنت ينفذ جبرا طبقا للقواعد المعمول بها في التنفيذ حيث يتم بدء بالمنقولات ثم العقارات.

ثانيا: العقوبات الجزائية في حال الاستفادة من المستحقات صندوق النفقة دون وجه حق

لقد نص المشرع بموجب المادة 14 وكذا المادة 15 من قانون (15-01) على أنه في حال الإدلاء بمعلومات غير صحيحة للاستفادة من مستحقات المالية للصندوق فإنه يعرض صاحبه للمتابعة الجزائية بجريمة التصريح الكاذب المنصوص عليه بموجب المادة 223 التي تنص على معاقبة فاعلها بجنحة التصريح الكاذب التي تتراوح عقوبتها بين 3 أشهر إلى 3 سنوات إضافة إلى غرامة مالية، وكذلك ما هو منصوص عليه في المادة 228 من قانون العقوبات، فكل تصريح أو تقديم لوثائق غير صحيحة من أجل الاستفادة من المستحقات المالية يعرض صاحبه للمتابعة الجزائية، إضافة إلى وجوب استرداد كل المبالغ التي تم أخذها بغير وجه حق وفي هذا تشديد لعدم التحايل على القانون من أجل الاستفادة من أحكامه.

إن المبالغ التي تدفع من قبل الصندوق هي مبالغ تتبع الخزينة العمومية وكل تجاوز واحتيال يعد اختلاس المال العام وأخذه دون وجه حق يستوجب استرداده.

ثالثا: حالات انتهاء وسقوط الحق في الاستفادة من صندوق النفقة

بما أن الاستفادة من خدمات الصندوق تعد استثناء واحتياطا أوجده القانون لحل مشكل عدم تسديد النفقة من طرف المدين بها لأي سبب من الأسباب وكذلك لحماية الطفل المحضون حتى لا يكون محل صراعات بسبب فك الرابطة الزوجية وحفظا له في نفسه وجسمه فقد ربط المشرع الاستفادة من أحكام صندوق النفقة بأسباب إذا زالت أو انعدمت زال الحق المقرر فيها أو سقط وهو ما قرره قانون (15-01) الذي أورد في أحكامه الحالات التي ينتهي معها الحق في الاستفادة من خدمات الصندوق وكذلك قيام سبب من الأسباب التي تحول دون المواصلة في الاستفادة منه عن طريق سقوط هذا الحق وهذا كالآتي:

1- حالات انتهاء الحق في الاستفادة من صندوق النفقة:

بين المشرع بموجب المادة 2 من قانون (15-01) الفئات المستفيدة من الصندوق وقد سبق بيان ذلك كما نص بصريح العبارة على أن الطفل المحضون وحده من له الحق في الاستفادة من أحكامه وسماه بالمستفيد أو الدائن إضافة إلى المرأة المطلقة، وكما هو معلوم فإن النفقة بالنسبة للمرأة المطلقة مرتبطة بفترة عدتها ثم تزول أما النفقة التي تستمر وتدفع شهريا للدائن بها هي نفقة الطفل المحضون، وعليه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة فإننا نجد أن المشرع بيّن أن تاريخ انتهاء الحضانة كحد أقصى بالنسبة للطفل هو 16 سنة أما الفتاة فهي 19 سنة[1].

من خلال ما سبق يتضح أن الطفل المحضون يمتلك صفة المستفيد أو الدائن بالنفقة مادامت لم تنقضي حضانته، وهو بذلك يتمتع بمركز قانوني الذي خوله الاستفادة من أحكام صندوق النفقة، غير أنه وعند انتهاء فترة الحضانة فإنه ينتهي معها حقه في الاستفادة من المستحقات المالية المقررة بموجب قانون(15-01) وهذا الانتهاء ليس اختياريا وإنما هو بقوة القانون وهذا خلافا لأحكام النفقة الواردة ضمن المادة 75 من قانون الأسرة التي لا تربط نفقة الأب على أبنائه بسن الحضانة ولا تفرق كذلك بين كون الرابطة الزوجية قائمة من عدمها حيث تلزم الأب بالإنفاق على أبنائه إلى غاية سن الرشد وفي حال الدراسة إلى غاية إنهاء الدراسة وبالنسبة لذوي الاحتياجات الخاصة فإنه يستمر في الإنفاق عليهم حتى في حال استفادتهم من منحة المخصصة لهم[2]، ويسقط الحق في النفقة بالاستغناء عنها بالكسب.

وبالمقارنة بين ما سبق قوله فإن الطفل الذكر الذي انتهت حضانته يصبح ممثلا من قبل وليه الشرعي الذي هو الأب طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة فقرة 1؛ وليس من قبل الحاضن؛ وهو الذي يتوجب عليه الإنفاق طبقا لأحكام المادة 75،وفي حال امتناع الأب أو عدم دفعه للنفقة لهذا الطفل القاصر فان هذا الأخير ليس له الحق في الاستفادة من أحكام صندوق النفقة، كما أنه لا يمكن له المطالبة بحق النفقة لانعدام أهلية التصرف طبقا للمادة 40 من القانون المدني وكذا المادة80 من قانون

[1] أنظر في ذلك: المادة 65 من قانون الأسرة.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 179126، بتاريخ 17-2-1998، ع خ،2001، ص 198.

الأسرة الأمر الذي قد يعرضه للخطر ولذلك يتوجب على المشرع تدارك ذلك من خلال إيجاد سبل قانونية تحمي القاصر في هذه الحالة [1].

أما بالنسبة للبنت فإنها تبقى لها الحق في الاستفادة من أحكام الصندوق إلى غاية بلوغها سن الرشد حيث ينتهي حقها في الاستفادة منه، وهنا تكون لها الأهلية القانونية في مقاضاة وليها الشرعي للإنفاق عليها طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة[2].

2- حالات سقوط الحق في الاستفادة من صندوق النفقة:

الأصل أنه وبصدور الأمر القاضي بصرف أو دفع النفقة فإنه يقع على عاتق المصالح المختصة التي تقف على الصندوق مهمة صرف هذه المستحقات المالية إلاّ إذا وجد سبب من الأسباب التي تقتضي سقوطها وهو ما بينته المادة 2 من قانون (15-01) حيث بينت أن من أسباب سقوط الحق في الاستفادة من المستحقات المالية :

- سقوط الحق في النفقة طبقا لما هو وارد في المادة 66 و67 و68 و70.
- استجابة المدين لتنفيذ الكلي للحكم القاضي بالنفقة أو التزامه بذلك يسقط معه الحق في الاستفادة من الصندوق.
- الإدلاء بتصريحات كاذبة من طرف المستفيد.
- حالة ما إذا كان الطفل ميسور ماديا أو ثبت سقوط حقه في النفقة عن طريق الكسب كما هو وارد في أحكام المادة 75 من قانون الأسرة.

رابعا: تقييم أداء صندوق النفقة:

مما لا شك فيه أن هذا القانون وإن تضمن ثغرات قانونية تستدي إعادة النظر في بعض نصوصه؛ إلاّ أن ذلك لا يحجب الإيجابيات التي تضمنها من ذلك الحماية التي جاء بها للقاصر في حال فك الرابطة الزوجية بالطلاق، حيث قلص من حجم الإشكالات العملية المتعلقة بتحصيل النفقة وما يصاحبها من امتناع للمدين بها عن تسديدها، فهذه الآلية وجدت كحل مؤقت واستثنائي الغاية منها حماية القصر

[1] لتفصيل أكثر راجع: عبد سلام ديب، مرجع سابق، ص ص105، 106.

[2] وهو ما أقرته المحكمة العليا. لتفصيل أكثر راجع: يوسف دلادنة، مرجع سابق، ص183 وما يليها.

من الضياع والتشرد والإهمال، غير أن لهذا القانون كما سبق الإشارة إليه بعض المآخذ نحاول إبراز بعضها في الآتي:

- عدم إقراره المساواة بين الأطفال في الاستفادة من أحكامه بالرغم من أنه شرع لحمايتهم وحفظ مصالحهم .
- أن نص المادة 15 على أن هذا القانون لا يسري بأثر رجعي جعل من هذا الصندوق لا يؤدي الغاية الحقيقية منه وهي إنهاء وإيجاد حل للقضايا المتراكمة في ساحة القضاء والمتعلقة بالنفقة والتي أدت إلى صدوره.
- كان على المشرع ان ينص على أن حق الاستفادة من مستحقاته المالية يكون إلى غاية سن الرشد ويتواصل في حال الدراسة أو العجز.
- أن يكون هناك تعديل لأحكام المادة 75 التي تقضي بسقوط حق النفقة بالاستغناء عنها بالكسب، لأنه معلوم أن أول ما ينجم عن فك الرابطة الزوجية هو ضياع وتشرد الأطفال بسبب التفكك الأسري مما يجعل من الطفل غير مراقب، حيث يتوقف على الدراسة ويتوجه إلى الحياة العملية بدافع عدم كفاية النفقة المقررة مما يعطي للأب مسوغ بالتوقف عن دفع النفقة بحجة الاستغناء عنها بالكسب خاصة وأن قانون العمل يعتبر الطفل هو كل شخص دون سن 16 سنة وهو سن انتهاء الحضانة بالنسبة للذكر.
- في حال سقوط الحق في الحضانة فإنه يكون لمن يلي الترتيب الحق فيها باعتبار أن الترتيب ليس إلزامي وهو يخضع للقاضي الذي يقدر مصلحة المحضون، وعلى ضوء ذلك فإن تحديد المشرع بموجب المادة 2 مصطلح سقوط حق الاستفادة من صندوق النفقة الذي يكون في حال سقوط الحق في الحضانة أو انقضائها طبقا لأحكام الأسرة يؤدي إلى تناقض بين ذات المادة التي تنص على أن المستفيد الطفل المحضون ينوبه حاضنه. وهنا يمكن القول أن سقوط الحضانة يترتب عليه مطالبة جديدة بضرورة إسنادها إلى غير الذي سقطت منه وبالتالي عندما يتم إسنادها فإنه يتم تتبع إجراءات جديدة للمطالبة بالنفقة وإمكانية الاستفادة من الصندوق وهو ما عناه المشرع في المادة 7 من قانون (15-01) خاصة أن قضايا النفقة والحضانة تعد من القضايا الاستعجالية التي تخول لقاضي شؤون الأسرة اتخاذ تدابير استعجالية بشأنها طبقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة. وعليه ما هو ورد في أحكام المادة 2 من قانون (15-01) جعل من

الكثيرين يعتقدون أن المشرع حصر فقط المرأة المطلقة الحاضنة وخولها الحق في إنابة الطفل القاصر، في حين يقتضي الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في ذلك .

- بالرغم من عدم نص المشرع ضمن هذا القانون عن مدى استفادة الأطفال الناتجين عن زواج الباطل طبقا للمادة 32 و33 و34 من قانون الأسرة من أحكام هذا القانون، إلاّ أنه يمكن القول أنه باعتبار أن القاضي هو الذي يختص بالنظر في مدى صحة عقد الزواج وهو الذي يقرر بطلانه فإنه يقضي إلى جانب ذلك بالفرقة البائنة بين الزوجين لهذا السبب ويقضي كذلك بإسناد الحضانة والنفقة وباعتبار أن نسبهم ثابت بقوة القانون. وعليه يدخلون ضمن مصطلح الطفل المحضون .

المطلب الثاني: المراقبة القضائية البعدية لمصلحة المحضون والمكفول

لا تقتصر مراقبة القاضي لمصالح القاصر على حقوقه المادية ومدى الالتزام بها وكفالتها؛ وإنما تشمل كذلك الحقوق المعنوية له من ذلك مسألة الحضانة حيث أن مهمة القضاء لا تقف عند إسناد الحضانة فقط وإنما تتعدى ذلك بالسهر على مصلحة المحضون خلال فترة حضانته حيث يعد القاضي الرقيب على مدى أداء الحاضن لالتزاماته حيث أنه كلما طرأت مستجدات تمس بمصلحة القاصر المحضون تدخل القاضي لحمايته .

كما أنه وحفاظا على نفس القاصر المكفول فإن للقضاء أيضا دورا مهما في حمايته ومراقبته للكافل ومدى أدائه لالتزاماته المتعلقة بالكفالة. وعليه سنتحدث في هذا المطلب عن دور القضاء في حماية مصلحة المحضون بموجب المراقبة البعدية ضمن (الفرع الأول)، ونتحدث عن دور القضاء في حماية مصلحة المكفول بموجب المراقبة البعدية وهذا ضمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور القضاء في حماية مصلحة القاصر المحضون من خلال المراقبة البعدية

أمام العديد من الفراغات القانونية التي تضمنها قانون الأسرة وكذا الطابع الشخصي المتعلق بحق الحضانة فإن للقاضي الأسري دور كبير في هذا المجال من خلال السلطة التقديرية المخولة له بموجب النصوص القانونية التي تمنح له الحق في التدخل لحماية القاصر المحضون وفقا لمعيار المصلحة.

فإضافة لاجتهاداته في حال غياب النص القانوني ومنح الحلول استنادا إلى معيار مصلحة المحضون؛ فإنه أيضا يبقى رقيبا على حسن تطبيق الحضانة بعد إسنادها إلى مستحقها، من خلال إمكانية تمديد الحضانة كلما كان في ذلك صالح للقاصر، كما له أن يأذن له بالسفر وتثبيت الحضانة للحاضن في هذه الحالة، وله أن يقوم أيضا بإسقاط الحضانة عن مستحقها من خلال مراقبة وتقدير توفر الشروط القانونية المتعلقة بسقوطها أو كان ذلك يحفظ مصلحة القاصر، كما أن له دور كبير في معالجة الإشكالات المتعلقة بإسناد الحضانة في حال وفاة الحاضن.

أولا: دور قاضي شؤون الأسرة في إسقاط الحضانة وعودتها

لقد نص قانون الأسرة على مسقطات الحضانة وذلك من خلال المواد 66 إلى 70 من ذات القانون، ومن خلال استقراء هذه المواد يتضح أن تقدير مسألة إسقاط الحضانة عن الحاضن موكلة إلى قاضي شؤون الأسرة وحده حيث أنه ينظر في المسألة بعد رفع الدعوى من الطرف الذي يريد إسقاطها. وقد منح المشرع للقاضي تقدير ذلك استنادا إلى النصوص القانونية وترجيحا لمصلحة القاصر المحضون التي تعد معيارا لذلك .

إن إسقاط الحضانة فيه زعزعة للاستقرار النفسي للقاصر ولها تأثير كبير عليه لذلك يجب أن يكون بموجب حكم قضائي ويجب على القاضي في هذه الحالة الحذر والحرص عند القيام بهذا الإجراء وذلك من خلال البحث في كافة الأدلة المقدمة ورقابة مدى توفر الأسباب الموجبة لذلك وترجيح مصلحة المحضون وهو الأمر الذي قضى به المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 24 فيفري 1986 حيث جاء فيه:" يجب على قضاة الموضوع مراعاة أسباب سقوط الحضانة ...وأن يتأكدوا من أسباب سقوط الحضانة القانونية "[1].

هذا وقد فرق المشرع بين إسقاط الحضانة عن الحاضن بموجب دعوى قضائية ينظر ويفصل فيها القاضي وبين مسألة انقضاء الحضانة الذي يكون بقوة القانون كلما توفرت الشروط المنصوص عليها ضمن المادة 65 من ق أ، حيث يقتصر دور القاضي في هذه الحالة فقط بالتدخل بموجب طلب ممن له مصلحة في تمديد الحضانة وذلك وفق شروط حيث جاء في المادة 65 أعلاه: " تنقضي مدة حضانة

[1] ملف رقم: 39768، غير منشور. نقلا عن : زكية حميدو، مرجع سابق، ص 391.

الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ".

1- تقدير القاضي الأسري لمدى توفر أسباب سقوط الحضانة:

أ- تقدير القاضي لأسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها بموجب المادة 66 من ق أ:

يعد السبب الأول الذي من شأنه إسقاط الحضانة عن صاحبها ما جاء ضمن المادة 66 من ق أ: " يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ".

فالملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع جعل من أسباب سقوط الحضانة إعادة الحاضنة للزواج وكان الشخص المتزوج به قريب غير محرم للمحضون. وهو الأمر الذي سارت عليه التطبيقات القضائية[1].

كما جعل من أسباب سقوطها التنازل الإرادي عن الحضانة، غير أن المشرع ربط إمكانية سقوطها بشرط آخر وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وهذه المسألة الأخيرة يخضع تقديرها للقاضي وحده حيث أنه قد يتوفر سبب لسقوط الحضانة كتنازل الحاضن عنها غير أن هذا التنازل من شأنه إلحاق ضرر بالقاصر المحضون، ويحدث هذا في حال التنازع السلبي عن الحضانة حيث أن الأم تتنازل عن حقها في الحضانة ولا يوجد هناك شخص آخر غيرها تتوفر فيه شروط الحضانة؛ كما أنه لم يتقدم أي شخص ممن لهم الحق في حضانته بطلب ذلك حيث يعمل القاضي ووفقا لسلطته التقديرية على ترجيح مصلحة هذا القاصر المحضون وإجبار الأم على حضانته بالرغم من تنازلها عن ذلك[2].

كما أنه وفي ذات السياق قد لا تسقط الحضانة عن أم الطفل التي تزوجت بقريب غير محرم وهذا ترجيحا لمصلحة المحضون لأنه لا يوجد شخص آخر يتكفل بحضانته ورعايته غيرها[3]، فبالرغم من توفر أسباب سقوط الحضانة طبقا للمادة 66 أعلاه إلاّ أن القاضي لا يقضي بها وهذا مراعاة لمصلحة المحضون.

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم 331058، بتاريخ 18-05-2005، م ع، ع2، 2005، ص 383.

[2] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 62.

[3] فضيل العيش، مرجع نفسه، ص 62.

ب- تقدير القاضي لأسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها بموجب المادة 67 من ق أ:

أما السبب الثاني لسقوط الحق في الحضانة هو ما جاء ضمن المادة 67 من ق أ:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ".

بالربط بين ما جاء ضمن الفقرة الأولى من المادة 67 أعلاه وما هو وارد ضمن المادة 62 من ذات القانون يتضح أن من أسباب سقوط الحضانة عدم توفر الشروط القانونية لممارستها والتي تتمثل في السلامة العقلية والجسدية للحاضن وكذا الاستقامة في السلوك.

ففي ما يتعلق بالسلامة الجسدية والعقلية فإنه واستنادا إلى الفقرة الأولى من هذه المادة أعلاه فإن تقدير مدى عجز الحاضن عن توفير الرعاية والتربية للقاصر المحضون وكذا عدم قدرته على القيام بتربيته وحفظ صحته يخضع لتقدير قاضي شؤون الأسرة[1]، فإذا رأى أن الحاضن لم يقم بممارسة مهامه وفقا لما هو مقرر ضمن المادة 62 من ق أ فإن له أن يقبل الطلب المتضمن إسقاط الحضانة تأسيسا على أحكام المادة 67 أعلاه ورعاية لمصلحة المحضون .

وهو الأمر الذي سارت عليه التطبيقات القضائية من ذلك اعتبار أن من أسباب سقوط الحضانة ورعاية لمصلحة القاصر مرض الحاضن يتعذر معه القيام على شؤون المحضون حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا بتاريخ 9 جويلية 1984 قوله:" المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأخرس والمقعد والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبناءها ومن ثم فإن قضاة القرار المطعون فيه بإسنادهم حضانة الأولاد إليها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الشرعية مخالفة يتعين معها نقض قرارهم فيها "[2].

هذا ولا يعد تقدم السن سببا من أسباب سقوط الحضانة ما دام هناك القدرة على القيام شؤون القاصر وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 20 جوان 2000 جاء فيه:" أن قضاة

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص 142.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 33921، م ق، ع4، 1989، ص 76.

الموضوع لم يشيروا في القرار موضوع الطعن إلى الأدلة التي تجعلهم يصرحون أن الجدة غير قادرة على القيام بشؤون الطفل ورعايته وهل اعتمدوا على تصريحات مرشدة اجتماعية بخصوص كون الجدة غير مؤهلة صحيا للقيام بتربيته... ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسناد حضانة الولد للأب يكونوا بذلك قد خرقوا أحكام المادة 62 وما بعدها من قانون الأسرة..."[1].

ولا بد من التنبيه أن تقدير القاضي لمدى القدرة الجسدية والعقلية للحاضن يكون باعتماده على وسائل قانونية وتقنية في ذلك من ذلك الاستعانة بالخبرة الطبية طبقا للمادة 426 من ق إ م إ، وهو ما أكدته التطبيقات القضائية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23 فيفري 2002:" أن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الأم عقليا دون إثبات هذا المرض، يعد مخالفا للقانون..."[2]، كما جاء في قرار آخر بتاريخ 14 فيفري 2013:" أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم في إسناد الحضانة للأب إلى ما خلصت إليه الخبرة المجراة على الحاضنة ، والتي أكدت أنها تعاني من مرض نفسي ولم تقدم ما يثبت شفاءها منه..."[3]، وجاء في قرار آخر بتاريخ 13 سبتمبر 2012 جاء فيه:" حيث بالرجوع إلى الخبرة العقلية التي أجراها الطبيب المختص في الأمراض العقلية والذي أكد فيها أن الطاعنة تعاني من مرض نفسي من نوع القلق المزمن، وبالتالي فإن هذا المرض الذي تعاني منه الطاعنة لا يساعد الطفلين على بقائهما تحت حضانة والدتهما المريضة وذلك من مصلحتهما أن يتولى والدهما حضانتهما الشيء الذي يؤدي إلى القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم حيث أسندوا الحضانة للأب الأمر الذي يستوجب رفض الطعن "[4].

ويعتبر من الأسباب المؤدية إلى سقوط الحضانة استنادا إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 67 أعلاه السلوك المشين للحاضن والذي يقصد به كل فعل يأتيه الحاضن ويكون فيه مخالفة للآداب

---

[1] غ أ ش، ملف رقم: 246783، غير منشور. نقلا عن: زكية حميدو، مرجع سابق، ص 403 . موجود ضمن الملحق رقم 49 من الرسالة.

[2] غ أ ش، ملف رقم: 265727، م ق، ع 2، 2002، ص 432.

[3] غ أ ش، ملف رقم: 714540، غير منشور، ملف رقم: 0846510، غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017-2018، ص 110.

[4] غ أ ش، ملف رقم: 692322، غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص110.

والأخلاق والتي من شأنها أن تؤثر على سلوك وأخلاق القاصر المحضون من ذلك تعاطي المخدرات والقيام بالأفعال المخلة بالحياء من ذلك جريمة الزنا ...وغيرها من السلوكيات[1].

إن الاستقامة والأمانة تعد من الشروط التي تضمنتها أحكام المادة 62 من ق أ وعدم توفر ذلك يؤدي إلى انحراف القاصر المحضون وضياعه أخلاقيا لذلك خول المشرع للقاضي رخصة إسقاط الحضانة بسبب انحراف الحاضن وترك له سلطة تقدير ذلك استنادا إلى معيار مصلحة المحضون وللقاضي في سبيل تحقيق ذلك الاستعانة بالبحث الاجتماعي وكذا القرائن والأدلة التي تؤكد ذلك من ذلك الأحكام الجزائية التي تدين الحاضن، وهو ما أكدته التطبيقات القضائية للمحكمة العليا حيث جاء في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ 30 سبتمبر1997:" أن جريمة الزنا تعتبر من مسقطات الحضانة ومخالفة لأحكام المادة 62من قانون الأسرة..."[2]،" وأن القضاء بإسقاط الحضانة على الطاعنة بناء على اعترافها بممارسة الزنا هو قضاء سليم" [3].

وجاء في قرار آخر بتاريخ 15 مارس 2012: " صفح الزوج عن الزوجة المدانة بجريمة الزنا لا ينفي عنها الجرم، وهي غير مؤهلة لممارسة الحضانة، وتسقط عليها "[4]، وقضت في قرار آخر لها بتاريخ 11 جوان 2015 :" متى ثبت أن المطعون ضدها ارتكبت فعل إنشاء محل للفسق والدعارة وصدر حكم جزائي نهائيا يدينها بالواقعة محل المتابعة، فإنها لم تعد أهلا للحضانة وفقا لنص المادة 62 من قانون الأسرة، كون الحضانة تستهدف تربية الولد على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وأن هذا التصرف المنسوب للمطعون ضدها يضر بمصلحة البنات المحضونات، مما يتعين معه نقض القرار فيما يخص حضانة البنات "[5].

---

[1] لتفصيل أكثر راجع: زكية حميدو، مرجع سابق، ص 397 وما يليها.

[2] غ أ ش، ملف رقم: 171684، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 169.أنظر أيضا: ملف رقم: 53578، م ق، ع4، 1991، ص99.

[3] غ أ ش، ملف رقم: 449429، بتاريخ 16-07-2008. غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 111. أنظر أيضا: ملف رقم477048، بتاريخ 14-01-2009، غير منشور، مرجع نفسه، ص ص112،111.

[4] غ أ ش، ملف رقم: 702213، غير منشور. ملف رقم: 828401، بتاريخ 13-11-2014، غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 112.

[5] غ أ ش، ملف رقم: 874320، غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 112.

غير أن هناك من الأحكام القضائية من خالفت ما هو مقرر سابقا وهذا ترجيحا أيضا لمصلحة القاصر المحضون حيث منحت الحضانة للأم بالرغم من سوء أخلاقها حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15-07-2010 :" يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون ". حيث جاء ضمن حيثيات القرار وفي رد المحكمة العليا عن الطعن المثار بشأن: أن من مسقطات الحضانة اختلال أحد الشروط المنصوص عليها ضمن المادة 62 من ق أ ومن ذلك سوء الأخلاق جاء فيه :" ...لكن حيث أن الحضانة، وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من ق أ، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلاّ أن المادة 67 سالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء..."[1].

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 67 أعلاه على سبب آخر من أسباب سقوط الحضانة لكنها لم تتعرض إليه بشكل صريح ويتعلق الأمر بعمل المرأة، حيث اعتبر المشرع عملها لا يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وهذا كأصل عام، مسايرا بذلك التطورات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع واستحداث المشرع لهذا السبب لم يكن إلا بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة وهذا حتى لا يستغل عمل المرأة لحرمانها من حضانة أبناءها ورعاية شؤونهم مادامت قادرة على التوفيق بينهما[2].

وهو ما أكدته التطبيقات القضائية من ذلك ما جاء في قرار لها بتاريخ 03 جويلية 2002 أن: " عمل المرأة الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها مالم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية "[3]. لكن يجب التنبيه أنه وإن كان عمل المرأة لا يشكل سبب من أسباب سقوط الحضانة كأصل عام فإن ذلك يخضع إلى استثناء قد يجعل منه سببا من أسباب سقوطها وهو الأمر الذي أورده المشرع ضمن الفقرة الأخيرة من المادة 67 من ق أ أعلاه، حيث أنه منح للقاضي الأسري سلطة تقدير ذلك كما ربط ذلك بعدم المساس بمصلحة المحضون، وعليه قد يشكل عمل المرأة

[1] غ أ ش، ملف رقم:564787، م ع، ع2، 2010، ص 262.
[2] مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 115. زكية حميدو، مرجع سابق، ص 445 وما يليها .
[3] غ أ ش، ملف رقم: 274207، م ق، ع1، 2004، ص 263.

أحد الأسباب لسقوط الحضانة عنها إذا ما رأى القاضي أن في ذلك ضرر على المحضون ومن شأنه أن يحرمه من رعايتها وعنايتها[1].

وبما أن المشرع تحدث عن عمل المرأة دون عمل الرجل فإن هناك من تساؤل عن مدى أحقية الأب العامل للحضانة؟ حيث أجابت المحكمة العليا عن هذا التساؤل بموجب قرار صدر عنها بتاريخ 12 جوان2014:" أن عمل الأب وعدم إثبات فقدانه لشروط أهلية الحضانة لا يسقط عنه حق في الحضانة"[2].

ما يجب قوله هنا أن الأب وباعتباره المسؤول قانونا وشرعا على الإنفاق على أسرته سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو انقضاءها فإنه لا يتوجب طرح هذا التساؤل لأن عمله ضروري بخلاف المرأة التي تكون غير ملزمة بذلك، غير أن ما يتوجب التساؤل بشأنه ليس عمل الأب وإنما طبيعة هذا العمل وما إذا كان بإمكان الأب التوفيق بينه وبين حضانة أبناءه ورعايتهم والاشراف عليهم، إذ أن هناك بعض الأعمال التي يصعب على الأب ممارستها والحضانة من ذلك عمله ليلا .

ت- تقدير القاضي لأسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها بموجب المادة 68 من ق أ:

من بين الأسباب المؤدية إلى سقوط الحضانة عدم المطالبة بها ممن له الحق في ذلك قانونا، فإذا كان المحضون تحت الحضانة الفعلية لأحد أقاربه كخالته مثلا ولم يتقدم الأب أو الأم أو الجد بطلب حضانته لمدة تزيد على سنة دون عذر يبرر ذلك سقط حقهم في ذلك طبقا للمادة 68 من ق أ[3].

هذا وقد أوكل المشرع مسألة تقدير مدى جدية العذر وكذا المهلة المتجاوزة للسنة للقاضي الأسري كما أنه لم يربط ذلك بمصلحة المحضون، وإنما تقدير ذلك يكون بناء على المدة وكذا العذر المقدم[4].

هذا وقد اختلف الفقه في تحديد متى يبدأ سريان المدة، حيث هناك من يرى أنها تبدأ من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة، وهناك من يرى أن سريانها يبدأ من يوم زواج الحاضنة، وهناك من يرى أن استحقاقها يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم بالطلاق[5]. غير أن ما يمكن قوله هنا أن المشرع بإيراده عبارة "دون

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص142.

[2] غ أ ش، ملف رقم: 789850، غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 115.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، 142.

[4] جاء في المادة 68 من ق أ قولها:" إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

[5] لتفصيل أكثر راجع: زكية حميدو، مرجع سابق، ص 511 وما يليها.

عذر" انقصت من أهمية المدة التي يسري فيها السقوط وذلك أنه قد تنقضي مدة سنة سواء تم احتسابها من تاريخ العلم بالاستحقاق أو من تاريخ تبليغ الحكم، لكن كان عدم المطالبة بها لعذر فيحكم القاضي في هذه الحالة بإسناد الحضانة وبالتالي لا يسقط الحق فيها.

وما يمكن قوله هنا وإن كانت الآراء قد اختلفت في تفسير ما قصده المشرع ضمن المادة 68 من ق أ، إلاّ أن موقف القضاء في هذا الجانب كان صريحا من خلال احتساب مدة سنة استنادا إلى الفقه الإسلامي تأسيسا على أحكام المادة 222 من ق أ حيث تبدأ من تاريخ التنازل عن الحضانة أو تاريخ الفصل فيها وهذا كأصل عام وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 25-6-1984:" إذا كان من الثابت – في القضية الحال- أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عليه سقوط حقها في الحضانة....وأنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة..."[1].

غير أنه قد لا يعتد بهذه المدة إذا ما وجدت أعذارا تبرر عدم المطالبة بها وهو ما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 27 فيفري 1978 جاء فيه:" أن قضاة الموضوع أسندوا حضانة البنتين إلى الأم بعد مرور ستة سنوات، في حين أن المشرع قرر أن الحضانة تطلب لمستحقها لمدة سنة وإلاّ سقط حقه فيها" "حيث أن المطعون ضدها لما تركت حضانة البنتين كانت مصابة بمرض خطير أرغمها على إجراء عدة عمليات جراحية والإقامات الطويلة على سرير المرض بالمستشفى وبدار والديها وتركها حضانة بنتيها لوالدهما كان أمر ضروريا..."[2].

ث- تقدير القاضي لأسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها بموجب المادة 69 من ق أ:

لقد تضمنت المادة 69 من ق أ أحكاما تتعلق بمدى إمكانية الحاضن السفر بالمحضون وما إذا كان يعد ذلك أحد أسباب سقوطها، وذلك من خلال ما منحته لقاضي شؤون الأسرة من دور في تقدير ذلك حيث نصت على ما يلي:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

---

[1] ملف رقم: 33636، م ق، ع 3، 1989، ص 45.

[2] غ أ ش، ملف رقم: 15403، غير منشور. نقلا عن: زكية حميدو، مرجع سابق، ص 514. راجع أيضا: م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 222655، م ق، عدد خاص، 2001، ص 185 وما يليها.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع اشترط تدخل القاضي في النظر في مدى إسقاط الحضانة على الحاضن، وذلك إذا ما أراد هذا الأخير الانتقال بالمحضون والإقامة معه في بلد أجنبي، أما إذا تعلق الأمر بالسفر للعلاج أو التنزه فإن ذلك لا يتطلب تدخل القاضي لكون الحاضن يملك الولاية على المحضون[1].

كما أن المادة كذلك اشترطت السفر خارج التراب الوطني كسبب من أسباب السقوط لأن في ذلك حرمان للأب من رقابته للمحضون ومدى التزام الحاضن بواجباته وفي ذلك جاء قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21-11-1995 بمبدأ يقضي بأن:" إقامة الأم بالخارج من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الاشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة"[2]. ويترتب على هذا القول أن السفر والسكن بالمحضون داخل التراب الوطني لا يستدعي تدخل القاضي وذلك مهما بعدت المسافة ولا يمكن أن يشكل سببا لسقوط الحضانة[3]، وهذا ترجيحا لمصلحة المحضون خاصة في ظل تطور وسائل النقل [4].

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 249196، م ق، ع1، 2004، ص 250.

[2] غ أ ش، ملف رقم: 111048، ن ق، ع 52، 1997، ص 102.

[3] لا بد من التنبيه أن المشرع لم يتعرض إلى ذلك صراحة الأمر الذي جعل القضاء يحتكم إلى المادة 222 من ق أ التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الجانب والتي هي أيضا كان فقهاؤها مختلفين حول مدى إسقاط الحضانة في حال بعد المسافة من عدمه وكذا تقدير تلك المسافة . لتفصيل أكثر راجع: عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 461 وما يليها.

من ذلك انتهاج القضاء الجزائري لموقف الفقه المالكي في تقدير إسقاط الحضانة استنادا إلى بعد المسافة ضمن اجتهاد له حيث جاء في ذلك:" من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان الثابت – القضية الحال- أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد عن ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون...".ملف رقم: 43594، بتاريخ 22-9-1986، م ق، ع 4، ص 41.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، مرجع سابق، ص 142.

كما أنه أيضا واستنادا لأحكام المادة 69 من ق أ أعلاه أعطت للقاضي الأسري سلطة واسعة في تثبيت حق الحضانة له والترخيص له بالسفر بالمحضون، أو إسقاط الحضانة عنه وربطت تقدير ذلك بمصلحة المحضون التي وضعت معيارا لذلك. وهو الأمر الذي أكدته التطبيقات القضائية [1].

ولذلك كان الأصل في مكان ممارسة الحضانة هو اشتراط الإقامة في الجزائر، أما إذا رغب الحاضن الاستيطان بالمحضون رجع الأمر إلى القاضي الذي يجب عليه مراعاة وضع الطرفين وكذا مصلحة المحضون ، ومن ذلك يمكن للقاضي أن يثبت الحضانة ويسمح بمخالفة هذا الشرط إذا كان والدي الطفل يقطنان في ذلك البلد الأجنبي وهو ما تضمنه القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا الذي أعاب على قضاة الموضوع اشتراطهم إقامة الأم الحاضنة في الجزائر دون بحثهم مدى معارضة الأب إقامة ابنه بفرنسا مع أمه لأنه هو أيضا يقيم هناك وبذلك لم تراعي حال الطرفين وكذا مصلحة المحضون التي تعد من المسائل الموضوعية التي يجب على القضاة الانتباه لها[2].

كما يمكن مخالفة شرط الإقامة بالجزائر إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك وهو ما أكده قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-03-2008 جاء فيه :" يمكن إسناد حضانة الأبناء إلى الأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم ". وقد جاء ضمن حيثيات القرار المطعون فيه؛ وفي رد المحكمة العليا على أوجه الطعن بقولها أن: " ...لكن حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا حضانة الأبناء للأم المطعون ضدها المقيمة لمصلحتهم ولأنهم يدرسون بفرنسا، حيث أن هذا التسبيب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضونين تكون في المقام الأول..."[3].

ج- تقدير القاضي لأسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها بموجب المادة 70 من ق أ:

من بين الحالات التي تؤدي إلى سقوط الحضانة ما نصت عليه المادة 70 من ق أ:" تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذ سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة من قريب غير محرم ".

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 347064، بتاريخ 17-10-1998. نقلا عن: حسين طاهري، مرجع سابق، ص 539 وما يليها.

[2] ملف رقم: 91671، 23-06-1993، م ق، ع 1، 1994، ص 72.

[3] غ أ ش، ملف رقم: 426431، م ع، ع 1، 2008، ص 271.

يتضح من خلال هذ النص أن هناك شرطين أساسيين لإسقاط الحضانة يتمثل أولها: في إقامة الحاضنة مع أم الطفل المحضون المتزوجة. والشرط الثاني: أن يكون زوج الأم هو غير قريب محرم للمحضون، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين لا تسقط الحضانة .

غير أن عدم وضع معيار مصلحة المحضون محل اعتبار من قبل المشرع في هذه الحالة ؛ يطرح تساؤلا عن: ما إذا كان القاضي يكتفي بتطبيق حرفية النص؟ أم أنه يقوم بتقدير هذه الحالة دون تجاهل لهذا المعيار الذي اعتمده المشرع ضمن جل نصوص الحضانة؟

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تمديد مدة الحضانة وعودتها بعد سقوطها

لقد منح المشرع للقاضي الأسري سلطة واسعة في مجال الحضانة لما تشكل من أهمية تتعلق بمصلحة المحضون ومن ذلك مسألة تمديد الحضانة تفعيلا لمعيار مصلحة المحضون وكذا مسألة عودة الحضانة بعد سقوطها .

1- إمكانية تمديد الحضانة:

نجد أن المادة 65 من ق أ:" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع فرق بين مدة حضانة الذكر والأنثى وكذا فترة انتهائها حيث أنها تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات ويكون ذلك بتدخل القضاء وهو ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 65 سالفة الذكر، وهو ما أكدته التطبيقات القضائية من ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10-2-2011 جاء فيه:" لا تنتهي الحضانة إلاّ بموجب حكم قضائي"[1]، حيث ينتقل في هذه الحالة إلى ولاية الأب، أما الأنثى فحضانتها تستمر بقوة القانون إلى غاية بلوغها سن الزواج والذي هو 19 سنة طبقا للمادة 7 من ق أ دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها [2].

[1] غ أ ش، ملف رقم: 599850، م ع، ع 1، 2012، ص 281.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 347914، بتاريخ 04-01-2006، م ع، ع 1، لسنة 2006، ص 449.

كما يتضح من خلال هذا النص أن المشرع منح للقاضي – إضافة للتدخل في إنهاء حضانة الذكر بموجب حكم– سلطة التدخل من خلال منحه دورا في تمديد حضانة الذكر، غير أنه ربط ذلك بشروط تتمثل في :

- أن يكون التمديد إلى غاية 16 سنة.
- أن يكون طلب التمديد مقدم من الأم الحاضنة ولصالحها دون غيرها من الحواضن.
- أن لا تكون الحاضنة قد تزوجت ثانية.
- مراعاة مصلحة المحضون عند بحثه لطلب التمديد والاستجابة له من عدمه.

غير أن السؤال الذي يطرح هنا هو: ماهي الإجراءات القانونية التي يتم بها هذا الطلب؟ وما إذا كان يدخل ضمن الأعمال الولائية أو القضائية؟

أجابت على هذا السؤال التطبيقات القضائية التي اعتبرت ذلك من الأعمال القضائية التي يفصل فيها قاضي الموضوع بناء على دعوى قضائية ترفع من قبل الأم الحاضنة حيث يفصل القاضي في الطلب بناء على ما تضمنته أحكام المادة 65 من ق أ مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك[1].

2- إمكانية عودة الحضانة بعد سقوطها:

مما لا شك فيه أن القاضي لا يكتفي بإصدار الأحكام وإنما يسهر على مراقبتها ومدى الالتزام بها[2]، وكذا حل كل الإشكالات التي تواجه تطبيقها كما له أن يعيد النظر فيها كلما اقتضت الضرورة ذلك، وكل ذلك يجب أن يكون في إطار القانون ومن بين هذه المسائل النظر في إمكانية عودة الحضانة إلى صاحبها بعدما حكم بسقوطها وهو ما نصت عليه المادة 71 من ق أ:" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". وهو المبدأ الذي قضت به التطبيقات القضائية التي اعتبرت سقوط حق الأم في الحضانة لزواجها بأجنبي لكون زواجها بهذا الأخير هو تصرف إرادي واختياري[3]، كما جاء في قرار آخر أن مطالبة الأم بعودة الحضانة بعد زوال سبب سقوطها وذلك لطلاقها من غير قريب محرم هو أمر يستدعي استعادة حقها في الحضانة[4].

---

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 123889، بتاريخ 24-10-1995، ن ق، ع 52، 1997، ص 111.

[2] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص 68.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 58812، بتاريخ 05-02-1990، م ق، ع 4، 1992، ص 58.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 252308، بتاريخ 21-11-2000، م ق، ع 2، 2001، ص 284. ملف رقم: 201336، بتاريخ 21-07-1998، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص178.

وعليه فإن التنازل الإرادي عن الحضانة أو عدم المطالبة بها دون مبرر شرعي وقانوني يقتضي عدم عودة حق الحضانة كأن يكون زواج الحاضنة بأجنبي لايزال قائما، أو تنازلها عن الحضانة بشكل صريح مثلا، أما إذا كان سقوط الحضانة لسبب غير اختياري وخارج عن الإرادة فيجوز إعادة طلب الحضانة وقد يحكم بها القاضي استنادا إلى مبررات قانونية لذلك[1].

ثالثا: إشكالية انتقال الحضانة والولاية في حال موت الحاضن ودور القضاء في حلها

لم يتطرق المشرع إلى إشكالية انتقال الحضانة والولاية في حال موت الحاضن؛ وهنا يطرح تساؤل حول: مدى تطبيق أحكام المادة 64 من ق أ وانتقال الحضانة والولاية إلى الذي يلي الحاضن؟ ومن هو الشخص المخول قانونا برفع الأمر إلى القضاء من أجل الحصول على حضانة القاصر في هذه الحالة؟ هل هم ذات الأشخاص الذين حددتهم المادة 64 من ق أ أم يكون في هذه الحالة الأب وحده؟ وما هو الوضع إذا كان الأب مثلا لم يقم بالالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه تجاه ابنه القاصر والمتمثلة في واجب الإنفاق عليه حيث أنه لم يقم بذلك بالرغم من وجود أحكام تلزمه بذلك؟ كيف يتم في هذه الحالة تطبيق أحكام ذات المادة وانتقال الحضانة والولاية إليه وهو كان مهملا له؟ ومن المكلف برفع الأمر إلى القضاء من أجل طلب حماية هذا القاصر والمطالبة بحقوقه بعد وفاة حاضنه؟

هذا الإشكال هو قضية واقعية تتلخص حيثياتها في ابن أسندت حضانته إلى أمه عند الحكم بالطلاق بينها وبين والده، حيث أن الأم قامت بعدة مطالبات قضائية من أجل إلزام الأب بدفع نفقة الحضانة وأجرة الإيجار وقد صدر حكم يلزمه بذلك غير أنه لم يقم بتنفيذه، كما تمت متابعته جزائيا بذلك لكن دون جدوى، مع العلم أن الأم كانت تجهل الآليات القانونية التي استحدثها المشرع والمتمثلة في صندوق النفقة وإمكانية حصولها على النفقة المحكوم بها عن طريقه ، حيث حدث وتوفيت الأم الحاضنة والطفل لا يتجاوز سنة الذي بقي في عهدة جدته لأم بحكم أن أمه كانت قاطنة معها، حيث أنه وبعد وفاة الأم لايزال الأب ممتنعا عن واجب الإنفاق. وهنا يطرح التساؤل حول الشخص المخول قانونا برفع الدعوى إلى القضاء بعد وفاة حاضنه القانوني من أجل حماية هذا القاصر والمطالبة بحقوقه؟ وقبل ذلك من هو الشخص الذي له الحق في حضانة الطفل في هذه الحالة؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات يكون من خلال عرض ما تضمنته التطبيقات القضائية من اجتهاد في هذا الجانب لأن المشرع الجزائري – وبخلاف التشريعات المقارنة– لم يجبنا عن ذلك.

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة...، مرجع سابق، ص ص 190، 191.

استنادا إلى المبدأ القضائي الذي أقرته المحكمة العليا في إحدى قرارتها فإن أحكام المادة 64 من ق أ وفي صياغتها الجديدة وفق تعديل (05-02) تطبق على حالة الطلاق والوفاة[1]، وقد جاء في حيثيات القرار المطعون فيه وردا على أوجه الطعن المثارة والمتمثلة في انعدام الأساس القانونى لقضاة المجلس الذين اعتبروا أن الحضانة أثر من آثار الطلاق وليس كأثر للوفاة حيث كان رد المحكمة العليا على ذلك هو أن ما تضمنته المادة 64 من ق أ لم تربط الحضانة بالطلاق وإنما اشترطت فقط مراعاة مصلحة المحضون التي يتعين بيانها وتسبيب ما تعلق بها[2].

إن هذا الموقف للمحكمة العليا يعد سدا للفراغ التشريعي الذي تضمنته نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة ومخرجا تم بموجبه إيجاد الحل لهذه الإشكالات التي كثيرا ما تطرح في ساحة القضاء، غير أن قولها أن التعديل الجديد في صياغته هو الذي أدى إلى هذا الاجتهاد فإن هذا يستلزم التعقيب

عليه بالقول أن المادة 64 أدرجها المشرع ضمن الفصل الثاني المعنون بآثار الطلاق والذي يندرج ضمن الباب الثاني المعنون بـ: انحلال الزواج والذي يعد الطلاق إحدى صوره، كما أن هذا القول للمحكمة العليا وإن جاء بعد تعديل قانون الأسرة؛ فإن هذا ليس بالأمر الجديد فقد سبق لها وأن قضت بذات المبدأ في إحدى قراراتها قبل تعديل قانون الأسرة وذلك ضمن قرار بتاريخ 23-12-1997 حيث استند القرار إلى ذات السبب وهو ترجيح مصلحة المحضون وتسبيب أحقية الحاضن للحضانة[3].

إن أساس إسناد الحضانة في حالة وفاة أحد الأبوين أو وفاتهما الاثنين يرجع الفصل فيه إلى القضاء الذي يقوم بمنحها لمستحقيها الذين تم ذكرهم ضمن المادة 64 من ق أ حيث يمنحها إلى أحد هؤلاء الأشخاص استنادا إلى معيار مصلحة المحضون الذي يتحراه القاضي بإتباع الوسائل القانونية للوصول إلى ذلك من ذلك إجراء التحقيق والاستعانة بمرشدة اجتماعية ...إلخ[4].

وعليه وكإجابة على التساؤلات التي تم طرحها في القضية المشار إليها أعلاه يمكن القول أن يجوز للحاضنة الفعلية المتمثلة في الجدة لأم أن تتقدم بطلب حضانة حفيدها لأن لها الحق في ذلك أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة أمام قسم شؤون الأسرة ، ويرجع إلى

---

[1] جاء في المادة 64 من ق أ:" الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 511644، بتاريخ 16-09-2009، م م ع، ع1، 2010، ص 228.

[3] ملف رقم: 178086، ن ق، ع 56، "د س ن"، ص 33. نقلا عن : يوسف دلادنة، مرجع سابق، ص137. أيضا: ملف رقم: 256629، بتاريخ 12-02-2001، م ق، ع 2، 2004، ص 421.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 364850، بتاريخ 17-05-2006، م م ع، ع2، 2007، ص 437.

القاضي سلطة الاستجابة إلى طلبها من عدمه بناء على ما يراه مناسبا لمصلحة المحضون من خلال الأدلة التي تثبت إهمال الأب وتهربه من الإنفاق على الصغير وله أيضا القيام بالتحقيق والاستعانة بمرشدة اجتماعية لتحري ذلك.

الفرع الثاني: دور القضاء في حماية مصلحة المكفول من خلال المراقبة البعدية

يقتضي بحث دور القضاء في حماية المكفول من منطلق المراقبة البعدية البحث في كيفية تدخل قاضي شؤون الأسرة في تفعيل النصوص القانونية المتعلقة بحماية المكفول من خلال ما يملكه من سلطة رقابية لاحقة على إنشاء عقد الكفالة، فباعتبار عقد الكفالة تصرف قانوني ينطوي على فكرة التبرع فإن لهذا التصرف وكسائر التصرفات القانونية آجال لانقضائه أو ظروف تنهيه، ومن هذا المنطلق تكون الرقابة البعدية على ذلك.

لقد تضمن قانون الأسرة حالات معينة تنتهي بها الكفالة، كما بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات التي يتم بها إنهاء الكفالة وذلك إما عن طريق إلغاءها أو التخلي عنها؛ حيث أن الإلغاء يكون من الغير، أما التخلي فإنه يكون من الكافل ، كما أنه توجد حالة أخرى تتعلق بموت الكافل وإمكانية انتقال الكفالة، ومما لا شك فيه أن التخلي عن الكفالة أو إلغائها أو انتقالها من شأنه أن يؤثر على المكفول خاصة في الجانب النفسي لذلك كان تدخل القضاء في هذه الحالة من باب الحماية له من خلال تقدير القاضي لمدى مراعاة مصلحة المكفول في ذلك وهو ما سيتم بحثه.

أولا: تدخل قاضي شؤون الأسرة في إنهاء الكفالة

1- إنهاء الكفالة بمطالبة الأبوان أو أحدهما بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما:

نصت على هذه الحالة المادة 124 من ق أ بقولها:" إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

تبين أحكام هذه المادة صورة من صور إنهاء الكفالة وتخص هذه الحالة الطفل معلوم النسب وكذلك الطفل الذي يكون مجهول الأب ومعلوم الأم[1]، إذ لا يتصور أن تتعلق هذه المطالبة بمجهول

[1] وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 11-11-2010 جاء فيه: " أم البنت مجهولة الأب، المتكفل بها من طرف الغير، هي أولى بحضانتها ". راجع في ذلك: ملف رقم: 582813، م م ع، ع 1، 2011، ص 262.

النسب من الأبوين إلاّ في حالة ثبوت نسبه كأن يكون لقيط عثر عليه ثم يتبين فيما بعد أنه ابن شرعي وعلم من هم أبواه .

ولا شك أن إثبات النسب يكون وفقا للضوابط الشرعية والقانونية المنصوص عليها بموجب المادة 40 من ق أ من ذلك البينة أو الإقرار عن طريق الاستلحاق[1]، ففي هذه الحالة يمكن عودة الطفل المكفول لأبويه أحدهما أو كلاهما وفي هذا حماية للمكفول وإحياء له.

ولقد فرق المشرع عند النص على هذه الإمكانية لإنهاء عقد الكفالة بين حالتين تتعلقان بسن المكفول ومدى إدراكه لهذه المرحلة وهي الانتقال من سلطة الكافل إلى سلطة الأبوين الحقيقين.

أ- حالة القاصر المكفول البالغ سن التمييز:

في حالة ما إذا كان المكفول بالغ 13 سنة فإن المشرع جعل إنهاء الكفالة يخضع لموافقته وقبوله وحده من خلال منح حق التخيير له بين البقاء عند الكافل أو عودته إلى أبويه الحقيقين[2]، ويعد هذا الإجراء جوهريا لا يمكن إغفاله من قبل القاضي وإلاّ عرّض حكمه للطعن وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21-05-1991؛ الذي كان موضوعه: منح كفالة عدة أطفال قاصرين لجدهم الذي التزم وزوجته بكفالتهم والقيام بشؤونهم وتم تحرير عقد الكفالة أمام الموثق، حيث قامت الأم بعد قرابة ثلاث سنوات بعدها بالمطالبة قضائيا بعودة الأطفال إليها، حيث تم رفض طلبها أمام المحكمة لعدم التأسيس مما أدى بها إلى رفع استئناف أمام المجلس القضائي، حيث تمت الاستجابة لطلبها بإلغاء الحكم المستأنف والحكم بإبطال عقد الكفالة وإلزام الجد بتسليمه لها الأبناء المكفولين، غير أن قرار المجلس تم الطعن فيه أمام المحكمة العليا من قبل الجد، حيث أسس طعنه على الآتي:

- أن الكفالة تمت طبقا للمادتين 116 و125 من قانون الأسرة أمام الموثق.
- أن المطعون ضدها التزمت بعدم الرجوع على الجد في طلب الأولاد مستقبلا.
- أن الكفيلين قاما بجميع التزاماتها.

---

[1] من طرق إثبات النسب البينة: التي تعني شهادة شهود إثنين رجلين وفق الفقه المالكي، وعليه في حال ثبوت النسب بموجب شهادة شهود فإنه يتم إلحاق نسبه بمن يدعيه. ولذلك يجوز إثبات هذا النسب حتى في ظل الكفالة وحمل المكفول لقب الكافل لأن هذا الاستعمال مؤقت وغير حقيقي، ومصلحة المكفول تقتضي انتسابه إلى أبويه الحقيقين في حال العلم بهما لما فيه من آثار قانونية واجتماعية على شخصه وخلفه، كما يمكن إثبات النسب بطريق الإقرار بالأبوة أو الأمومة من خلال الاستلحاق حتى في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة والعرف وفقا لضوابطه الشرعية طبقا للمادة 44 من ق أ. لتفصيل أكثر راجع: يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص 23 وما يليها.

[2] مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 531. عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 247. علاوة بوتغرار، خدروش الدراجي، مرجع سابق، ص 39.

- أن وجود الأولاد عند الجد أصلح لهم.

غير أن المحكمة العليا أجابت عن ذلك بما يلي:"

"– أن المكفولين بالغين سن التمييز عبروا عن رغبتهم في العودة إلى أمهم ..."

أما فيما يتعلق بالوجه المثار من قبل الطاعن والمتضمن التنازل النهائي عن الأولاد فقد أجابت المحكمة العليا بأن هذا التنازل غير نهائي بدليل المادة 124من ق أ مراعاة لمصلحة المكفول وما دام الأطفال فضلوا العودة إلي أمهم فإنه ما على القاضي إلاّ الاستجابة لرغبتهم، لكونها أولى بحضانتهم، واستندت المحكمة العليا في تسبيب ردها بمبدأ قانوني مفاده: " أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلاّ بنص خاص " وبالتالي لا يمكن الاعتماد على وثيقة الصلح في إسناد الكفالة[1].

كما نضيف في هذا المقام أن تأسيس الطاعن على أحكام المادة 125 في التنازل النهائي عن الأطفال ليس في محله لأن ما تعالجه هذه المادة هو تخلي الكافل وتنازله عن الكفالة ولا تتعلق بتنازل الوالدين عن الطفل لصالح الكافل.

يمكن القول أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في ردها على أوجه الطعن المثارة من قبل الجد الكافل لها أساس قانوني تضمنته أحكام المادة 24 من ق أ التي وضعت مصلحة المكفول فوق كل اعتبار عند إنهاء الكفالة وكذا اشتراط ضرورة سماع المكفول البالغ سن التمييز لكونه أصبح مدركا ولو بشكل نسبي أيهما أنفع له البقاء مع الكافل أو العودة إلى والديه الحقيقين، وجعلت من القاضي الرقيب على حسن تطبيق ما تضمنته هذه المادة من أحكام وكذا الحامي لمصلحة المكفول.

غير أن ما يعاب على مضمون المادة 124 أعلاه هو أنه بالرغم من حرص المشرع على مصلحة القاصر في تخييره بين العودة لولاية والديه من عدمها أغفل النص على رقابة القاضي لمدى توفر شروط الولاية المنصوص عليها في المادة 87 من هذا القانون خاصة فيما يتعلق بالأهلية والقدرة على رعاية شؤون القاصر. وهذا يقتضي تعديلا لأحكام هذه المادة.

[1] الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 620 وما يليها. راجع أيضا: قرار للمحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: 71801، م ق، ع 1، 1996، ص 107.

هذا وقد أيدت المحكمة العليا في قرار آخر لها ما سار عليه قضاة الموضوع من خلال ترجيحهم لمصلحة المكفول بناء على محضر سماع الولدين المكفولين الذين صرحا برغبتها في العودة إلى أمهما ، حيث تم بناء على ذلك إلغاء عقد الكفالة الذي أبرمه وليهما حال حياته لكون الولاية بعد وفاة الأب تكون للأم قانونا وبالتالي كان طلبها لذلك مؤسس قانونا طبقا للمادة 87 و 124 من ق أ، وقد جاء في هذا القرار:"...ومن المقرر أيضا أنه " في حالة وفاة الأب تحل الأم محله قانونا ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض والقصور في الأسباب ليس في محله.

ومن الثابت – في القضية الحال– أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

ب– حالة القاصر المكفول دون سن التمييز:

نصت المادة 124 من ق أ على أنه في حال ما إذا كان القاصر المكفول دون سن التمييز ورغب والداه أو أحدهما في إنهاء عقد الكفالة وإعادته؛ فإن هذا الإجراء يخضع لسلطة القاضي التقديرية الذي يراعي في إنهائه لهذا العقد مصلحة المكفول ولا يتم تسليمه في هذه الحالة إلا بإذن من القاضي وهو ما أكده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 11–10–2006 جاء فيه:" من المقرر قانونا وفقا للمادة 42 من القانون المدني والمادة 124 من قانون الأسرة، فإن عودة الابن المكفول غير المميز لا يسلم إلاّ بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول ومتى تبين في القضية الحال أن البنت المكفولة غير مميزة، وقضاة الموضوع قضوا بإلحاقها بأمها مراعاة لمصلحتها يكونوا قد طبقوا القانون ولم يخالفوه..."[2].

يتضح من خلال نص المادة 124 وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا أنه في حالة كون القاصر غير مميز وأراد والداه إلغاء عقد الكفالة وإرجاعه إلى ولايتهما فإن للقاضي الأسري سلطة تقديرية واسعة في هذه الحالة مقارنة بالقاصر المكفول المميز إذ أن ترجيح مصلحة هذا الأخير تكون بناء على رغبته، بخلاف القاصر غير المميز الذي ترجح مصلحته في العودة إلى أهله أو بقائه في ولاية الكافل بناء على عدة اعتبارات موضوعية يقدرها القاضي وفق ما يقدم إليه من حجج متعلقة بإلغاء عقد الكفالة.

---

[1] راجع أيضا: م ع، غ أ ش، ملف رقم: 184172، بتاريخ 17–3–1989، م ق، ع 2، 1998، ص 89.

[2] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 367977، م م ع، ع 1، 2007، ص 476.

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في حالة التخلي عن الكفالة

باعتبار أن عقد الكفالة من عقود التبرعات وهدفها إنساني بحت لذلك جعل من مبدأ سلطان الإرادة هو أساس إنشائها وكذلك إنهائها من خلال منح الكافل حق في التخلي عنها ولم يشترط المشرع أي شروط تقتضي هذا التخلي، وبالتالي يجوز للكافل إبداء أسبابه التي على ضوئها أراد إنهاء هذا العقد كما يمكنه الاحتفاظ بها وإنهاء هذا العقد دون تسبيب. والغالب أن أسباب التخلي تكون بقيام ظروف معينة تجعل من الكافل غير قادر على أداء التزاماته تجاه المكفول سواء كانت مادية كعدم القدرة على الإنفاق لعجزه بسبب المرض أو غيره[1]؛ أو معنوية كعدم القدرة على السيطرة على تصرفات المكفول .

لكن ما يعاب على المشرع في هذه الحالة إغفال النص على التدابير الوقائية التي يتوجب على القاضي اتخاذها حماية للقاصر المكفول من الضياع والتشرد بعد إصدار حكم التخلي؛ حيث يتوجب النص على الجهة المخولة قانونا بالمحافظة على القاصر إلى غاية إرجاعه إلى والديه إن كان معلوم النسب أو تسليمه إلى الجهة المختصة برعاية الأطفال.

ثالثا: إجراءات إنهاء الكفالة بإلغائها أو التخلي عنها

لقد تضمنت أحكام المادة 496 من ق إ م إ على الإجراءات القانونية المتعلقة بإلغاء الكفالة أو التخلي عنها، حيث اشترطت وجوب رفع دعوى قضائية حسب قواعد الإجراءات العادية لرفع الدعوى حيث يتم الفصل في الدعوى من قبل قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة في جلسة سرية لا يحضرها سوى أطراف الدعوى ومحاموهم وبحضور النيابة العامة وإبداء طلباتها طبقا للمادة 3 مكرر من ق أ، لأن عدم حضور النيابة العامة يجعل الحكم معيبا ويعرضه للطعن[2].

بعد صدور الحكم القاضي إما بقبول أو رفض إلغاء الكفالة أو التخلي عنها، فإنه يجوز للطرف الذي قضى الحكم لغير صالحه سلوك طرق الطعن المقررة في القانون وهو ما نصت عليه المادة 3/496 من ق إ م إ.

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 619. عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 247.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة...، مرجع سابق، ص ص 164، 165.

رابعا: دور قاضي شؤون الأسرة في حالة انتقال الكفالة بعد وفاة الكافل

إن من أصعب المواقف التي قد تعترض حياة المكفول وتعرضه إلى إمكانية التشرد والإهمال هو موت الكافل والذي تنتهي معه الكفالة؛ لذلك ارتأى المشرع في هذه الحالة النص على إمكانية استمرار التكفل بالقاصر حتى بعد وفاة كافله من خلال عرض الكفالة على ورثته، وبالتالي إمكانية انتقال هذا الالتزام الشخصي من قبل الكافل إلى ورثته إن قبلوا به باعتباره مبني على فكرة التبرع، ويكون عرضها من قبل القاضي الذي له أن يثبتها إن قبلوا بها ،أما في حال رفضهم ذلك فإنه يقوم بإسناد أمر القاصر إلى الجهة المختصة برعاية الأطفال وهو ما تضمنته أحكام المادة 125 من ق أ[1].

ويلاحظ من خلال نص المادة 125 من ق أ أعلاه أن المشرع بدوره أغفل النص على ضرورة توفر شروط الكفالة في الورثة حتى يتم انتقالها إليهم، كما أنه ذكر مصطلح الورثة عموما في حين الأصح قوله إلى أحد الورثة وهذا رعاية وحماية لمصلحة المكفول، كما أنه كذلك أغفل الحديث عن الفترة القانونية التي تتم بها انقال الكفالة هل هي لحظة وفاة الكافل وهذه من الناحية الواقعية إجراءها صعب.

أما إن كانت بعد ذلك فترجيحا لمصلحة القاصر الفضلى يتوجب النص على إجراء وقائي يتمثل في وضع القاصر المكفول تحت عهدة أحد الورثة إلى غاية الفصل في مسالة كفالته وهذا حماية للقاصر من الإهمال والتشرد بعد وفاة كافله وهذا المطلب تؤكده حيثيات قضية للطفلة (س ب) المولودة بتاريخ 5 سبتمبر 2001 والتي ليس لها أب وهي من أبناء الطفولة المسعفة والتي تم كفالتها من قبل السيد (ط ب) بتاريخ 22 مارس 2003 بموجب عقد كفالة صادر عن رئيس محكمة قسنطينة[2]، ثم توفي الكافل بتاريخ 21- اوت- 2007 حيث بقيت مع زوجته، حيث أن الطفلة (س ب) بعد وفاة كافلها أصبحت غير مسيطر عليها وعلى تصرفاتها خاصة وأنها في سن المراهقة الأمر الذي أدى بها في حالات كثيرة مغادرة البيت إلى وجهات لا تعلمها أرملة الكافل التي لم تعد قادرة على مراقبتها ومراقبة تصرفاتها، حيث وفي ظل هذه ظروف تعرضت المكفولة لاعتداءات جنسية وهذا استنادا إلى الحكمين الجزائيين اللذين يثبتان تعرضها للفعل المخل بالحياء[3]، وهو ما نتج عنه حملها وهي لا تزال في عمر 13 سنة هذه الظروف التي

[1] كمال لدرع، مرجع سابق، ص 620. عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 247.

[2] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 01 ، ص 512.

[3] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 05، ص ص 522 – 524. وأيضا: الملحق رقم: 06، ص ص 525 – 528.

مرت بها القاصرة المكفولة جعلها تعاني من حالة نفسية خطيرة وهذا حسب التقرير النفسي الذي تم إعداده بتاريخ 29-07-2015[1].

أمام كل هذه الأحداث أقدمت أرملة الكافل برفع دعوى إلى القضاء بتاريخ 15 فيفري 2017 تطالب فيها إلغاء الكفالة استنادا إلى أحكام المادة 496 و497 من ق إ م إ والمادة 125 من ق أ، وقد بررت طلبها بكونها لم تعد قادرة على السيطرة على الفتاة لتقدمها في السن، حيث استجابت المحكمة لطلبها وقامت بإنهاء كفالة الفتاة وإعادتها إلى دار الطفولة المسعفة[2].

بعد عرض حيثيات القضية لا بد من إبداء جملة من الملاحظات بالاستناد إلى النصوص القانونية، حيث بالرجوع إلى الأساس القانوني الذي بنت عليه المدعية طلبها في إنهاء الكفالة هو المادة 125 من ق أ التي جاء نصها:" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلاّ فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ".

وبالرجوع إلى القواعد الإجرائية في هذا الجانب نجد أن المادة 496 من ق إ م إ بيّنت لنا الإجراءات الواجب اتخاذها في مثل هذه الحالة وهو الأساس القانوني الذي استندت إليه المدعية في دعواها من خلال رفع دعوى أمام الجهة المختصة بالنظر في مثل هذه الدعاوى والتي بينتها المادة 125 من ق أ وهي الجهة التي أقرت الكفالة، أما الاختصاص النوعي فينعقد لقاضي شؤون الأسرة .

في حين نصت المادة 497 من ق إ م إ على الإجراءات الواجب سلوكها في حال وفاة الكافل والتي تتمثل فيما يلي:

- إخبار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة عند وفاة الكافل، وهنا باعتبار الكفالة صدرت عن رئيس المحكمة فإنه في هذه الحالة يتم إخبار قاضي شؤون الأسرة للمحكمة التي أصدرت الكفالة.
- يقوم القاضي بجمع الورثة في مدة شهر، وهنا يلاحظ أن المشرع لم يوضح متى يبدأ حساب هذه المدة هل من تاريخ وفاة الكافل أم من تاريخ اخبار القاضي بواقعة الوفاة وأمر الكفالة.

[1] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 12، ص 549.

[2] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 02، ص ص 515 – 517.

- في حال إلتزام الورثة بالإبقاء على الكفالة يعين القاضي أحد الورثة كافلا. غير أن اشتراط المشرع التزام كافة الورثة بالكفالة في غير محله، إذ يكفي قبولها من أحدهم. لذلك كان يستحسن أن تكون صياغتها كالآتي:" **إذا التزم أحد الورثة بالإبقاء على الكفالة قام القاضي بتعيينه كافلا** ".
- أما في حالة رفض الكفالة من قبل الورثة فإنه يتعين على القاضي إنهاء الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها.

غير أن ما يلاحظ هنا واستنادا إلى المادة 492 و493 من ق إ م إ فإن الكفالة تمنح بناء على طلب ويفصل في هذا الطلب بأمر ولائي. في حين بينت المادة 496 من ق إ م إ السالفة الذكر أن إنهاء الكفالة بمختلف صورها يكون بموجب دعوى قضائية ويصدر بشأنها حكم قضائي. لذلك حري بالمشرع الجزائري أن يعيد صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 497 وهذا من خلال التأكيد على أن إنهاء الكفالة في حال موت الكافل وعدم قبولها من الورثة يكون وفقا للإجراءات المنصوص عليها ضمن المادة 496 من ذات القانون.

استنادا إلى ما تضمنته النصوص القانونية الآنفة الذكر وربطها بما تضمنته حيثيات القضية وصولا إلى الحكم الذي صدر بشأنها نجد أن واقعة وفاة الكافل كانت بتاريخ 21 أوت2007، وأن أرملة الكافل أبقت على الفتاة باعتبارها كافلة فعلية لها ولم تطلب إلغاء الكفالة إلاّ سنة 2017، في حين تنص المادة 497 من ق إ م إ أعلاه أن على الورثة إخبار القاضي الأسري بمجرد وفاة الكافل، حتى يقوم باتخاذ الإجراءات القانونية المتعلقة بانتقال الكفالة أو إنهاءها وهذا يعد من الضمانات القانونية التي وضعت لحماية المكفول حتى لا يكون محل تشرد وإهمال في حال موت كافله، في حين يتضح في القضية الحال أنه لم يتم اللجوء إلى هذا الإجراء القانوني إلاّ بعدما أن تم انحراف القاصرة .

إن افتقار النصوص القانونية للمسؤولية المترتبة على عدم احترام النصوص القانونية وكذا انعدام النصوص التي ترتب المسؤولية القانونية للكافل في حال الإخلال بالتزاماته المتعلقة بالكفالة. هو الأمر الذي أضعف من الحماية القانونية الممنوحة للقاصر المكفول بموجب هذا النظام.

وهو الامر الذي وقع في القضية الحال حيث أنه لم تترتب أي مساءلة قانونية لأرملة الكافل باعتبارها من الورثة لعدم احترامها للآجال القانونية المتعلقة بانتقال الكفالة أو انهاءها المنصوص عليها بموجب المادة 497 من ق إ م إ.

إن الحماية القانونية التي وضعها المشرع للمكفول بموجب نظام الكفالة لم تجد لها تطبيقا في الواقع وهذا يستنتج من خلال هذه القضية التي تعد نموذجا للكثير من القضايا الخاصة بهذه الفئة التي تكون دائما محل خطر معنوي في ظل الظروف التي أتت بها إلى هذا الوجود، إضافة إلى نقص الوعي القانوني وكذا روح المسؤولية الذي نلتمسه من هذه القضية مما ترك الفتاة في حالة انحراف استتبع إخراجها من الجو العائلي الذي كانت تعيش فيه لترجع مجددا إلى دار الطفولة المسعفة والتي رجعت إليها وهي تحمل أثقالا من الهموم والمشاكل الاجتماعية والنفسية بعكس الحالة التي خرجت منها. ومن ذلك فإن الدور الذي سعى إليه المشرع من خلال نظام الكفالة لم يأتي بثماره في هذه الحالة لأنه لم يوفر الحماية المرجوة للمكفول، غير أن هذه الحالة لا يجب تعميمها.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري نص على طريقتين لإنهاء الكفالة وتتمثل أولاهما في الإرادة المنفردة للكافل أو المكفول، أما الثانية فتتمثل في الموت الذي هو خارج عن إرادة اطراف العقد، غير أن المشرع أغفل عدة أسباب أخرى قد تنقضي بهم الكفالة من ذلك، موت المكفول، أو عجز الكافل أو فقده لأهليته والقدرة على قيام بشؤون المكفول، كما أنه لم يتحدث عن حالات إسقاط الكفالة في حال الإخلال بالالتزامات الواردة في المادة 116 من ق أ، وكذا حال قيام الكافل بجريمة تكون لها أثر على المكفول، وأيضا في حال فك الرابطة الزوجية، كما أنه لم يرتب المساءلة القانونية للكافل في حال الاخلال بالتزاماته لما في ذلك من حماية للقاصر المكفول وهو الأمر الذي يستدعي إعادة النظر في النصوص المنظمة لنظام الكفالة.

إذ أنه وبالرجوع إلى القانون المقارن وعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن القانون المغربي وفيما يتعلق بهذه المسألة نص على حالات إسقاط الكفالة وحالات إنهاءها وذلك بموجب المادة 25 من قانون15. 01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بقوله أن الولاية تنتهي لأحد الأسباب التالية:

- بلوغ المكفول سن الرشد القانوني ويستثنى من ذلك الفتاة والمكفول المصاب بإعاقة.
- موت المكفول
- موت الزوجين الكافلين أو المرأة الكافلة.
- فقدان الزوجين الكافلين لأهليتهما.
- فقدان المرأة الكافلة لأهليتها.
- حل المؤسسة الكافلة.

- إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله بمحض إرادته عن الكفالة.
- الإهمال هو سبب من أسباب سقوط الولاية.

في حال فك الرابطة الزوجية يتولى القاضي الفصل في منح الكفالة لأحد الطرفين طبقا للمادة 26 من ذات القانون.

خامسا: مصير المكفول في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

من بين الإشكالات التي تثار في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق هو التساؤل عن مصير المكفول في هذه الحالة خاصة إذا كان الزوجين كافلين ؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع وبخلاف انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة التي بيّن فيها مصير المكفول؛ لم يتحدث عن مصير المكفول في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، وهو الأمر الذي خالف فيه أيضا التشريع المغربي الذي نص في الفقرة الأخيرة من المادة25 من قانون15. 01 أعلاه عن منح القاضي سلطة الفصل في إسناد الكفالة إلى أحد الطرفين .

أما بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذه الحالة نجد في ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10-03-2011 : " لا تسري آثار الطلاق من حضانة ونفقة، على الطفل المكفول، الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل"[1].

وقد تضمنت حيثيات القرار المطعون فيه ومن خلال الرد على أوجه الطعن المثارة من قبل مطلقة الكافل ومطالبتها بالحضانة والنفقة للطفلة المكفولة أنه وباعتبار:" أن الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وفقا لنص المادة 116 من ق أ وأن المطعون ضده الكافل إذا كان ملزما بذلك بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه فإن ذلك مقيد بأن تكون المكفولة تحت حضانته ورعايته وبالتالي فطالما أن البنت تعيش مع مطلقة الكافل الطاعنة فإن واجب الرعاية والنفقة يسقط عن الكافل ويؤول على المطلقة التي تطوعت وأخذت البنت المكفولة معها لأن آثار الطلاق وما يترتب عنه من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام هنا على وجه التبرع وهذا الالتزام لا ينتج آثاره إلا إذا كان المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل...".

[1] غ أ ش، ملف رقم: 613481، م م ع، ع 1، 2012، ص 290.

يتضح من خلال هذا القول للمحكمة العليا أنها لم تتطرق إلى مسألة جوهرية تتعلق بمصلحة المكفول وقامت بمناقشة مسائل تنازعها الطرفين دون اعتبار لمصلحة المكفول والتي تتجلى في ضرورة التصريح ببقاء المكفول تحت رعاية الكافل ويجب الإنفاق عليه بحكم الولاية القانونية عليه ولا يجوز للمطلقة القيام بالكفالة الفعلية والكافل القانوني موجود ولم يتنازل بشكل قانوني عن ذلك. والأحرى هنا إن كان هو يقبل كفالة مطلقته للبنت أن يقوم بالإجراء القانوني المنصوص عليه ضمن المادة 125 من ق أ وذلك بالتخلي عن الكفالة قانونا، حيث يتعين بعدها قيام مطلقته بالمطالبة بالكفالة بشكل قانوني طبقا للمادة 116 وما يليها من ق أ وكذا المادة 494 و493 من ق إ م إ وهنا يتوجب على القاضي وقبل إسناده الكفالة التأكد من مدى توفر الشروط القانونية فيها، وبعد الاستجابة إلى طلب الكفالة تصبح لها الولاية القانونية على البنت وبالتالي تكون ملزمة بالإنفاق عليها ورعايتها.

إن الفراغ التشريعي الذي تضمنته نصوص الكفالة حول مصير المكفول في حال الطلاق أدى بالقضاء إلى الاجتهاد في إيجاد الحلول القانونية المتعلقة بهذه المسألة والتي نرجو من القضاء أن يضع نصب عينه مصلحة المكفول في كل ذلك حماية له، إذ أنه في كثير من الحالات وبمجرد رفع الطرفين دعوى إلى القضاء يقوم القاضي بإجراء تحفظي يتمثل في إعادة المكفول إلى دار الطفولة المسعفة إلى غاية الفصل في النزاع القائم دون النظر إلى ما يرتبه هذا الإجراء من آثار على نفسية المحضون من خلال إخراجه من الوسط العائلي الذي تأقلم معه وإعادته إلى وسط قد يكون غريبا عنه خاصة إذا تم التكفل به وهو صغير جدا فهذا قد يؤدي إلى تعقيدات نفسية واجتماعية تجعل من المكفول في حالة خطر معنوي.

يمكن القول في الأخير أن المشرع وإن اجتهد في وضع نصوص قانونية تضبط الإطار الشرعي والقانوني للكفالة؛ إلاّ أنه أهمل النص على جوانب كثيرة متعلقة بها، الأمر الذي قد يؤدي في ظل وجود هذه الثغرات القانونية إلى تهديد مصلحة القاصر المكفول وإنقاص من الحماية القانونية المقررة له بموجب هذا النظام.

المطلب الثالث: المراقبة القضائية للنائب الشرعي كآلية لحماية القاصر

من أهم الآليات القانونية التي تهدف إلى تفعيل الحماية القانونية للقاصر في شخصه وماله هي مراقبة القضاء ومتابعته للنائب الشرعي في أداءه لوظيفته سواء باعتباره وليا على النفس أو على المال أو

باعتباره وصيا أو مقدما، وقد بين قانون الإجراءات المدنية عمل هذه الآلية التي لم يكن منصوصا عليها قبل صدور هذا القانون سنة 2008 خاصة في مراقبة الولاية على النفس وبالتالي تعد هذه ضمانة إضافية لحماية القاصر يسعى القضاء إلى تفعيلها.

وعليه سنتحدث عنه ضمن هذا المطلب، حيث سنتحدث عن مراقبة القضاء للولي على نفس ومال القاصر ضمن (الفرع الأول)، في حين سنتحدث عن مراقبة القضاء للوصي والمقدم وهذا في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراقبة القضاء للولي على نفس ومال القاصر

تتأتى مراقبة القضاء للولي من خلال متابعته لمدى التزام الولي لأداء مهامه وتكون المراقبة إما تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، فإذا ما تأكد القاضي من وجود خطر يهدد القاصر في ماله أو نفسه قام بإسقاط هذه الولاية وعليه.

وعليه سنتحدث في هذا الفرع عن: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للولي على نفس القاصر أولا، ثم نتحدث عن مراقبة قاضي شؤون الأسرة للولي على مال القاصر ثانيا.

أولا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للولي على نفس القاصر

لقد أوكل المشرع بموجب قانون الأسرة مهام حماية القاصر في نفسه وشخصه إلى وليه الذي يعتبر نائبا شرعيا عنه، حيث أنه منحها في الأصل للأب في حال قيام الرابطة الزوجية، أما في حالة غيابه فإنها تمنح بصفة مؤقتة للأم، أما في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة فإنها تنتقل قانونا إلى الأم، وفي حالة الطلاق تمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة .

إن منح الولاية لأحد الأطراف السابقة إنما الهدف منه حماية ورعاية القاصر، ولتأكد من بلوغها هذا الهدف لا بد أن تكون متابعة وتقييما لها؛ وهو ما حرص عليه المشرع من خلال منح القضاء سلطة مراقبة ذلك، حيث رخص لقاضي شؤون الأسرة تتبع مدى أداء الولي لمهامه المتعلقة بالإشراف على شؤون القاصر والمحافظة عليه، ومنح له سلطة إنهاء أو سحب هذه الولاية إذا لم تؤدي الغاية منها وكان القاصر محل خطر.

أورد قانون الأسرة حالات انتهاء وظيفة الولي بموجب المادة91 منه[1]؛ غير أنه لم يبين إجراءات ذلك وحدود سلطة القاضي في ذلك وهو الأمر الذي استدركه المشرع وعالجه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

1- إجراءات تقديم طلب الإنهاء أو السحب المؤقت للولاية وكيفية الفصل فيه:

تبعا لما جاءت به المادة 453 و458 من ق إ م إ، فإن طلب إنهاء أو السحب المؤقت للولاية يتم بموجب دعوى استعجالية طبقا لقواعد الإجراءات المتعلقة بذلك، حيث يتم رفعها أمام قاضي شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية[2]، كما أن هذا الطلب يقدم من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر[3].

بعد تقديم الطلب للمحكمة يقوم قاضي شؤون الأسرة وتطبيقا لأحكام المادة 454 من ق إ م إ[4]؛ بتحري مدى جدية الطلب المقدم والأسباب التي تم الاستناد إليها، وله أن يستعين للوصول إلى ذلك بالوسائل القانونية التي من شأنها أن تطلعه على حقيقة وضعية القاصر وما إذا كان لهذا الإجراء الفعالية في حمايته، حيث يمكن له من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من أحد الوالدين أو من ممثل النيابة العامة بـ:

---

[1] حيث جاء فيها:" تنتهي وظيفة الولي:
- بعجزه.
- بموته.
- بالحجر عليه.
- بإسقاط الولاية عنه."

[2] وهو ما تضمنته المادة 458 من ق إ م إ:" تقدم الطلبات المشار إليها في المادة 453أعلاه، حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية ".

[3] وهو ما تضمنته المادة 453 من ق إ م إ التي جاء نصها:" يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية".

[4] حيث جاء نصها:" يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:
- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
- سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

- القيام بسماع أب وأم القاصر كما له أن يقوم بسماع أي شخص يرى أن سماعه مفيدا في القضية حتى يتم التأكد من الادعاءات والأسباب المقدمة لإنهاء الولاية أو سحبها.
- كما يمكن له أن يقوم بإجراء بحث اجتماعي لتحري وضعية القاصر وكذا عرض القاصر على طبيب نفساني وعقلي حتى يتأكد من السلامة النفسية والعقلية له، وأنه لا توجد أي ضغوط أو ممارسات من قبل الولي من شأنها أن تؤثر في نفسه وعقله، كما يمكن أن يجرى هذا الفحص على الولي ذاته إذا ما أثيرت مسألة مرضه النفسي أو العقلي كسبب من أسباب إنهاء الولاية. وهذا الإجراء الهدف منه السماح للقاضي من التحري حول مدى صحة الادعاءات المتعلقة بعدم صلاحية الولي لممارسة الولاية على القاصر.

كما أن من شأن هذا الإجراء أن يؤدي إلى جمع المعلومات حول أوضاع القاصر وعائلته وسلوك الأبوين وهو ما نصت عليه المادة 459 من ق إ م إ[1].

- من بين أهم الإجراءات القانونية التي جاء بها المشرع النص على إمكانية سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك، وهذا الإجراء له مصدر شرعي ينبع من السنة النبوية الشريفة حيث أن الرسول صلى الله عليه وسلم خير صبيا بين البقاء مع أمه أو أبيه حيث جاءت امرأة إلى رسول الله فقالت:" يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" **هذا أبوك وهذه أمك .فخذ بيد أيهما شئت. فأخذ بيد أمه فانطلقت به** ". وقد قضى الصحابة رضوان الله عليهم بهذا المبدأ وهو الأمر الذي أجاز المشرع للقضاء العمل به[2].

إن سماع القاصر لتحري مصلحته يعد من الضمانات القانونية التي منحها المشرع له لكونه طرفا في العلاقة وله أحاسيس وميول ورغبات يقتضي احترامها لكن تماشيا مع مراعاة مصلحته[3]؛ خاصة إذا كان في مرحلة الإدراك والتمييز إذ أنه وإن كان لا يعلم يقينا تاما فيما تكمن مصلحته إلا أنه يكتسب من القدرة العقلية ما تمكنه على الأقل من ترجيح ذلك تبعا للمداومة والاحتكاك والتقارب الذي يكون بينه وبين الولي وهو المبتغى من سماعه حيث يمزج بين رغبة القاصر ومصلحته فيتوصل بذلك القاضي إلى حمايته.

---

[1] وقد جاء فيها:" يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين ".

[2] زكية حميدو، مرجع سابق، ص 168.

[3] زكية حميدو، مرجع نفسه، ص 168.

بعد قيام القاضي بالنظر والتأكد في مدى جدية الطلب المتعلق بإنهاء أو السحب المؤقت للولاية يقوم بالفصل فيه في غرفة المشورة، بعد سماع ممثل النيابة العامة والخصوم أو محاموهم إن اقتضى الأمر وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 458 من ق إ م إ.

ويكون الأمر الاستعجالي الصادر قابلا للاستئناف طبقا للمادة 456 من ق إ م إ، حيث يتم التبليغ الرسمي للأمر من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل إلى باقي الخصوم خلال ثلاثين يوما من تاريخ النطق به، تحت طائلة سقوط الأمر[1].

أما عن مدة استئناف الأمر فقد جعلها المشرع خمسة عشر(15) يوما طبقا للمادة 456 من ق إ م إ؛ غير أنه فرق بين النيابة العامة والخصوم فيما يتعلق ببدأ سريان المدة حيث[2]:

- من قبل الخصوم يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر.
- من قبل النيابة العامة يبدأ سريانها من تاريخ النطق بالأمر.

ويتم النظر في الاستئناف في غرفة المشورة في آجال معقولة[3].

2- إمكانية الأمر بالتدابير المؤقتة لحماية القاصر:

ولا بد من الإشارة هنا أن لقاضي شؤون الأسرة وبموجب الرقابة البعدية أن يأمر بأي تدبير له علاقة بممارسة الولاية، كما له أن يسند مؤقتا حضانة الطفل إلى أحد الأبوين أو إلى أي شخص آخر طبقا لما هو وارد ضمن أحكام قانون الأسرة[4].

هذا الإجراء المتخذ من القاضي يتسم بالتأقيت لذلك يجوز تعديله رعاية لمصلحة القاصر من طرف القاضي تلقائيا كما يجوز تقديم طلب من طرف الولي أو ممثل النيابة العامة وحتى من قبل القاصر البالغ سن التمييز أو من قبل أي شخص تهمه مصلحة القاصر، ويتم الفصل في الطلب بموجب أمر استعجالي[5].

هذا ويجوز للولي المسقطة عنه الولاية أن يتقدم بطلب إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية يتضمن إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 455 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 456 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 457 من ق إ م إ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 460/1-2 من ق إ م إ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 460 /3 من ق إ م إ.

بممارسة الولاية كليا أو جزئيا[1]، كما للقاضي في هذه الحالة تلقي تصريحات القاصر إذا كانت ظروفه تسمح بذلك؛ ووالده وأمه أو الحاضن أو أي شخص يكون سماعه مفيدا في القضية، حيث يقوم القاضي بعد ذلك الفصل في الطلب في غرفة المشورة، بعد تقديم النيابة العامة لطلباتها، ويكون الأمر الصادر في الطلب قابلا للاستئناف في ظرف خمسة عشر يوما تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر بالنسبة للخصوم، أما النيابة العامة فيبدأ سريانه من تاريخ النطق بالأمر[2].

ثانيا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للولي على مال القاصر

يسعى ولي القاصر إلى الإشراف على ماله الذي تحصل عليه من ميراث أو تجارة أو هبة أو وصية وغيرها من المصادر، حيث يعمل على استثماره وتنميته استنادا إلى ما هو منصوص عليه قانونا، كما له أن ينفق على هذا القاصر من هذا المال دون إسراف أو تقتير.

فوظيفة الولي على المال هي رعاية مصالح القاصر المالية وهي في ذاتها سلطة ممنوحة له يتوجب عليه حسن التصرف فيها، إلى غاية انتهائها بشكل طبيعي وهذا كأصل عام من ذلك وفاة الولي أو بلوغ القاصر سن الرشد القانوني غير محجور عليه حيث تسلم إليه هذه الأموال.

غير أنه وأثناء تقلد الولي هذه الوظيفة فإنه لا يكون بمعزل عن المراقبة لمدى حسن تصرفه في هذه السلطة ومدى أدائه لهذا الالتزام بالشكل الذي يخدم مصالح القاصر ، حيث يتولى هذه المهمة جهاز القضاء الذي يسهر على رعاية مصالح القاصر فإذا أحسن الولي إدارة المال بقي في منصبه أما في حالة إخلاله وجب إنهاء وظيفته .

1- إجراءات مراقبة الولي على المال:

والتساؤل الذي يطرح هنا: ماهي الإجراءات المتبعة لمراقبة الولي؟ وفيما تتمثل هذه المراقبة؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن نصوصه لم تبين القواعد الإجرائية المتعلقة بمراقبة الولي حيث اكتفت في الغالب ببيان أوجه الحماية الموضوعية لماله كما نصت على وجوب رعاية هذا المال والقيام عليه قيام الرجل الحريص، وتطلبت وجوب استئذان القضاء في بعض التصرفات التي تكون فيها خطر على مال القاصر وهذا بموجب المادة 88 من ق أ ، كما بينت حالات انتهاء وظيفة الولي، وتوقفها في حال تعارض مصالحه مع مصالح القاصر[3].

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 462 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 4463 من ق إ م إ.

[3] أنظر في ذلك: المادة 90 و91 من ق أ.

أما بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده بين ذلك من خلال بيانه الجهة المخولة بالنظر في هذه المسألة كما بيّن الأشخاص المخول لهم قانونا القيام بهذه المراقبة، كما بين الإجراءات الواجب اتخاذها بغرض ذلك[1]:

يتضح من أحكام المادة 464 من ق إ م إ أن الاختصاص الإقليمي لمراقبة الولاية على المال ينعقد للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارستها.

أما فيما يتعلق بالأشخاص المخولين بهذه المراقبة فقد نصت عليه المادة 465 من ق إ م إ حيث جاء فيها: " يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية ".

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن المخول قانونا بمراقبة الولي هو قاضي شؤون الأسرة حيث يتمتع بسلطات واسعة في هذا المجال، حيث يقوم بهذه المراقبة وفق معيارين؛ يتمثل أحداهما في معيار المبادرة حيث يتولى القيام بهذه المراقبة تلقائيا من نفسه، أما الثاني فهو إعلامه من قبل ممثل النيابة العامة أو أي شخص تهمه مصلحة القاصر[2].

في حالة قيام القاضي بالمراقبة من تلقاء نفسه أو في حال طلب ذلك من طرف ممثل النيابة العامة فإنه يجوز للقاضي استدعاء كل شخص يرى أن سماعه مفيدا في التحري حول إدارة الولي لمال القاصر، أما إذا تم طلب المراقبة من قبل الغير فإنه يجب اتباع إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة التي تعقد بغرض الفصل في طلب المراقبة على الولاية[3].

قد يستلزم الأمر من القاضي وهو بصدد النظر في طلب المراقبة المقدم إليه أن يتخذ جملة من التدابير المؤقتة قبل الفصل في الموضوع لحماية مصالح القاصر المالية إذا كانت محل تهديد وذلك بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن[4].

---

[1] بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية القديم نجد أنه لم يتضمن أي إشارة إلى الإجراءات التي يتوجب اتخاذها لحماية أموال القاصر من ذلك مسألة مراقبة الولي، حيث أن المتابعة القانونية لحماية أموال القاصر كانت تتم على ضوء ما هو وارد فقط ضمن أحكام قانون الأسرة.

[2] نسيمة شيخ، سناء شيخ، حماية أموال القاصر في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع1، 2017، ص 88. عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص ص 346، 347.

[3] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة...، مرجع سابق، ص ص 106، 107.

[4] أنظر في ذلك: المادة 467 من ق إ م إ.

ولا بد من التنبيه أن حماية القضاء لمال القاصر لا تقتصر فقط على مراقبة الولي وحسن إدارته لهذا المال؛ وإنما تمتد أيضا إلى حماية هذا المال في حال وفاة والدي القاصر وبالتالي انتهاء الولاية عليه حيث تنتقل في هذه الحالة الولاية مؤقتا إلى القاضي الأسري الذي يتولى إدارة أمواله ويقوم بمراقبتها إلى غاية تعيين وصي أو مقدم عليها[1].

يتضح مما سبق أن المشرع وإن نص على وجوب حماية مال القاصر من خلال النص على خضوع الولي إلى الرقابة البعدية في إدارته لهذا المال وكذا بيانه إجراءات ذلك إلاّ أنه لم يبيّن مظاهر ذلك وما الذي تشتمل عليه هذه الرقابة؟ هل تتم بناء على الالتزام العام المنصوص عليه بموجب الماد 88 من ق أ وهو أن يتصرف في هذا المال تصرف الرجل الحريص أم أن هناك التزامات تقتضي تتبع مدة حرصه من عدمه من خلال إلزامه مثلا بتقديم تقرير سنوي عن إدارته لهذا المال وكذا ضرورة تقديم تقرير نهائي عند انتهاء الولاية تماما؟

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا نجد أي نص يلزم الولي بذلك بخلاف الوصاية والتقديم كما سيأتي بيانه، بل ترك للقاضي سلطة واسعة في مراقبة ذلك مما يخوله إمكانية الطلب من الولي تقديم مثل هذه التقارير لكونها جاءت غير مقيدة بالتزام معين.

بخلاف ما هو معمول به وفق التشريع الجزائري وبالرجوع إلى التشريع المقارن في هذا المجال وعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المشرع المغربي بعدما خالف المشرع الجزائري في عدم نصه صراحة على الرقابة القبلية للولي فإنه أيضا خالفه في هذه المسألة .

حيث استنادا للمادة 243 من م أ م نجدها تنص على: " في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة، يقدم الولي تقريرا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه ". يتضح من هذا النص أن المشرع المغربي وبالرغم من منحه الحرية الواسعة للولي في إدارة مال القاصر إلاّ أنه ألزمه بعد ذلك بتقديم تقرير في نهاية كل سنة يوضح فيها كيفية إدارته لمال القاصر وأهم التصرفات التي قام بها بغرض تنمية هذا المال وعن العناية به وهذا كله يدخل ضمن إطار المراقبة اللاحقة للولي على المال من طرف القضاء[2].

من خلال التقرير المقدم من الولي تتكون لدى القضاء فكرة عن الوضعية المالية للقاصر وبناء علي النتيجة الموصل إليها يتم اتخاذ الإجراءات القانونية الكفيلة بالمحافظة على المال[3]، وهو ما تضمنته

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 468 من ق إ م إ.

[2] مليكة غنام، مرجع سابق، ص ص 176، 177.

[3] مليكة غنام، مرجع نفسه، ص 177.

الفقرة 2 من المادة 243 من م أ م بقوله: " للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور، ومصالحه المادية والمعنوية ".

هذا ولم يكتفي المشرع المغربي بإلزام الولي بتقديم تقرير سنوي عن إدارته لمال القاصر لممارسة الرقابة بموجبه؛ وإنما أيضا ألزمه بتقديم تقرير نهائي بعد انتهاء ولايته وهو ما نصت عليه المادة 242 من م أ م حيث جاء فيها:" يجب على الولي عند انتهاء مهمته في حال وجود ملف النيابة الشرعية، إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه ".

إن إلزام الولي بتقديم تقرير نهائي عن الوضعية المالية للقاصر التي كان يديرها عند انتهاء ولايته وتسليم مال القاصر يعد تطبيقا للرقابة اللاّحقة على الولاية.

بالرغم من الحماية القضائية التي فرضها المشرع المغربي على مال القاصر بموجب الرقابة البعدية كإجراء وقائي، إلاّ أن هناك من يرى بأنها صورية لا تجد التطبيق الفعلي لها لكونه لم يبيّن شكل التقرير المقدم من الولي في كلتا الحالتين، كما لم يبيّن أجله والجزاء المترتب عن مخالفته ، إضافة إلى أنه لم يبيّن الجهاز المكلف بالتدقيق في هذه الحسابات[1].

أما التشريع المصري فقد كان صارما في نصه على مراقبة الولي من خلال ما فرضه من رقابة قبلية ولاحقة على تصرفاته حيث نصت المادة 25 من المرسوم بقانون :" الأب يحاسب على ربع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة "[2].

إن الهدف من مراقبة الولي هو حماية القاصر وماله من سوء التسيير والاستعمال وليس التضييق على سلطته، لذلك يجب على المشرع الجزائري وتفعيلا لذلك أن يفصّل في كيفية هذه المراقبة ومشتملاتها[3].

الفرع الثاني: مراقبة القضاء للوصي والمقدم

لقد سبق الحديث أن الوصاية والتقديم هما نظامان أوجدهما القانون لحماية مصالح القاصر المالية حيث يحل كل وفق شروطه وأحكامه نائبا عن القاصر في إدارة شؤونه[4]، وباعتبار أن كلا من المقدم أو الوصي يعمل على إدارة مال القاصر فقد أخضعه المشرع للرقابة البعدية بحكم وظيفته.

---

[1] مليكة غنام، مرجع سابق، ص ص178، 179.

[2] محمد كمال حمدي، مرجع سابق، ص 50.

[3] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعاوى شؤون الأسرة...، مرجع سابق، ص107.

[4] الحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة...، مرجع سابق، ص ص97-101.

تعد الرقابة اللاّحقة على تصرفات الوصي أو مقدم تكريسا لحماية القاصر الذي غلت يده عن تصريف شؤونه ووكلت إلى غيره، لذلك لا بد من الحرص على حسن التدبر في ماله حتى لا يكون محل استغلال، فهذه الرقابة إذا هي إجراء ضروري يهدف إلى الوقاية لا العقاب.

أولا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للوصي

لقد حرص المشرع بموجب أحكام قانون الأسرة أن يجعل من مهام الوصي ذات المهام الموكلة للولي وذلك بموجب المادة 95 منه حيث ألزمه بالمحافظة على أموال القاصر وحسن إدارتها، كما ألزمه بضرورة استئذان القضاء في التصرفات ذات الأهمية من ذلك مثلا التصرف في عقار القاصر بالبيع أو الرهن...الخ، كما أنه حرص على وجوب خضوعه للرقابة البعدية وتوكيل قاضي شؤون الأسرة مهمة ذلك.

وتتجلى الرقابة اللاّحقة على إدارة الوصي لمال القاصر فيما تضمنته المادة 97 من ق أ حيث جاء فيها:" على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر."

يتضح من أحكام المادة 97 أعلاه أن المشرع لم يلزم الوصي بتقديم تقرير عن إدارته لأموال القاصر خلال فترة ممارسته للوصاية، وإنما أخضعه لرقابة القضاء اللاحقة عند انتهاء مهمته التي قد تكون بإرادته كموافقة المحكمة على اعتذاره بعدم مواصلة مهمة الوصاية وتخليه عنها، وقد تكون خارجة عن إرادته، كموت القاصر أو عزله من طرف القضاء أو انتهاء المهمة التي أقيم لأجلها، أو بلوغ القاصر ما لم يحجر عليه...إلخ[1].

لقد ألزم المشرع الوصي إن كان على قيد الحياة وانتهت مهمته أن يسلم أموال القاصر التي كانت تخضع لإدارته كما يرفقها بحساب مرفق بمستندات إلى خلفه، وهنا لم يوضح المشرع محتوى هذه الحسابات وما يجب أن تتضمنه، كما لم يوضح ما المقصود بمن يخلفه وما إذا كان يتعلق الأمر هنا بالمقدم الذي يتم تعينه بدلا عنه في حالة عزله أو قبول اعتذاره عن انتهاء مهمته؟

[1] أنظر في ذلك: المادة 96 من ق أ التي توضح حالات انتهاء مهمة الوصي.

في حالة ترشيد القاصر من طرف القضاء أو بلوغه سن الرشد القانوني فإن المشرع ألزم الوصي بتسليم الأموال.

أما في حالة موت القاصر فإنه يلزم الوصي بتسليم أمواله إلى ورثته.

لقد شدد المشرع في الرقابة على الوصي حال انتهاء مهمته بخلاف الولي حيث أنه ببيانه وجوب تسليم أموال القاصر مرفقة بحسابات ومستندات توضحها؛ ألزمه أيضا بضرورة تقديمها ضمن آجال محددة وهي عدم تجاوزه لمدة شهرين يبدأ سريانها من تاريخ انتهاء مهمته. غير أن ما يعاب على المشرع هنا أنه لم ينص على الجزاء المترتب في حال مخالفة الوصي لهذا الالتزام أو الآجال المنصوص عليها ضمن المادة 97 أعلاه الأمر الذي يحد من فعاليتها.

من بين الضمانات القانونية التي جاءت بها المادة 97 أعلاه نصها على وجوب تقديم نسخة من الحسابات المتعلقة بإدارة أموال القاصر من طرف الوصي إلى القضاء وهذا حتى يعمل على مراقبتها، غير أنه من جانب آخر فإن هذه الضمانة القانونية تعد منقوصة لكون المشرع لم يبيّن كيف يتم التدقيق في هذه الحسابات من قبل القضاء وما إذا كانت ستعرض من قبله على ذوي الاختصاص للتحقق فيها.

أما في حالة وفاة الوصي أو فقده فقد ألزم المشرع ورثته بتسليم أموال القاصر عن طريق القضاء إلى المعني بالأمر ويلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد المهلة القانونية التي يجب أن يلتزم بها الورثة في تسليم المال، كما أنه جعل من القضاء الوسيط في عملية التسليم والأحرى به أن توضع هذه الأموال تحت رقابة القضاء إلى غاية تسليمها إما للقاصر إن أصبح راشدا أو إلى المقدم الذي سيعينه القاضي خلفا للوصي.

كما أن المشرع أغفل مسألة جد هامة وتتعلق بحالة فقدان الوصي لأهليته والحجر عليه، فكان هنا وجوب النص على الشخص المخول بتسليم الأموال والذي يكون في هذه الحالة مقدم الوصي المحجور عليه[1].

ثانيا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للمقدم

لقد سبق القول 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 ممن له مصلحة أو من النيابة العامة[2]، حيث يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه وهذا استنادا للمادة 100 من ق أ، من ذلك وجوب حسن إدارة مال

[1] أنظر في ذلك: المادة 104 من ق أ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 99 من ق أ.

القاصر وتنميته والتصرف فيه تصرف الرجل الحريص، ومن ذلك أيضا خضوعه للمراقبة اللاّحقة من طرف القضاء حيث يتعين عليه تسليم مال القاصر في حال انتهاء مهمته وفق القواعد المنصوص عليها ضمن المادة 97 من ق أ أعلاه وفي حالة وفاته أيضا أو فقده فإن هذا الالتزام يقع على عاتق ورثته.

ثالثا: القواعد الإجرائية الخاصة بمراقبة الوصي والمقدم

بخلاف ما تضمنته المادة 97 من ق أ من إجراءات تتعلق برقابة قاضي شؤون الأسرة للوصي أو المقدم نجد أن قانون الإجراءات المدنية لم ينص على القواعد الإجرائية المتعلقة بمراقبة الوصي وكيفية تطبيق أحكام المادة 97 من ق أ من الناحية الإجرائية، حيث اكتفى فقط بالنص على كيفية مراقبة القاضي الأسري للمقدم، حيث جاءت الفقرة الثانية من المادة 471 من ق إ م إ على قواعد جديدة تتعلق بالرقابة البعدية على المقدم لم يتم النص عليها ضمن القواعد الموضوعية التي تضمنها قانون الأسرة حيث جاء فيها: " يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة ".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع نص على المراقبة البعدية والدورية للمقدم وهذا بخلاف الوصي حيث يتوجب على المقدم باعتباره معينا من طرف القاضي أن يقدم عرضا دوريا عن إدارة أموال القاصر كما له أن يرجع إلى القاضي الذي عينه في حال وقع له أي إشكال يتعلق بإدارة أموال القاصر وفي حال وقوع أي طارئ يتوجب الرجوع كذلك إلى القاضي وإعلامه بذلك.

بالرغم من ما جاءت به المادة 471 من ق إ م إ أعلاه من مراقبة دورية للمقدم من قبل قاضي شؤون الأسرة لكونه أمر مستحدث لم يكن منصوص عليه قبلا ضمن أحكام قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية؛ إلاّ أن هذه المادة لم تفصّل في آليات وكيفية هذه المراقبة وما الذي يشتمل عليه هذا العرض الدوري وكذا آجال تقديمه، كما أنه كان أحرى بالمشرع النص على خضوع الوصي لنفس الأحكام التي يخضع لها المقدم باعتبار هذا الأخير يخضع لنفس أحكام الوصي في حالة عدم وجوده[1].

رابعا: الآليات المستحدثة في مراقبة الأوصياء

من بين الآليات التي استحدثها أيضا المشرع الجزائري للرقابة على الأوصياء ما تضمنه الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعنون بـ: دعاوى المحاسبة حيث جاء في المادة 590 منه:" إذا أمرت أية جهة قضائية بتقديم حساب لتصفية حسابات أموال القاصر أو حسابات أموال الشركات المدنية، يمكنها ندب قاض وتحديد أجل لتقديم الحساب.

[1] أنظر في ذلك: المادة 99 و100 من ق أ.

يقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله."

من خلال المادة أعلاه يتضح أنه يمكن القيام بطلب تقديم الحساب من قبل الأوصياء حيث تتم المحاسبة بتعيين قاضي منتدب يحدد أجلا لتقديم الحساب، ويتم تقديم الحساب من الوصي أمام المحكمة التي عينته[1]، وفي حالة امتناعه يتم التنفيذ على أمواله الخاصة بعد حجزها لاستيفاء المبلغ الذي يحدده القاضي[2].

يتضح من كل ما سبق أن المشرع الجزائري وإن نص على ضرورة الرقابة اللاحقة على كل من الوصي والمقدم كإجراء وقائي يهدف حماية مال القاصر، إلاّ أن هذه الحماية منقوصة لأنها لم تكن مفصلة.

خامسا: موقف التشريعات المقارنة من الرقابة البعدية كآلية لحماية القاصر

على غرار ما ذهب إليه المشرع الجزائري، نجد أن التشريعات المقارنة هي بدورها تفرض رقابة لاحقة على تصرفات الوصي أو المقدم ، فبالرجوع إلى المشرع المغربي نجد أنه ألزم كلا من الوصي والمقدم بضرورة إعداد تقارير وحسابات سنوية عن إدارته لأموال القاصر ورفعها إلى القضاء حتى يقوم بمراقبتها والفصل فيها حيث جاء في المادة 255 من م أ م:" يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حسابا سنويا مؤيدا بجميع المستندات على يد محاسبين يعينهما القاضي.

لا يصادق على هذه الحسابات إلاّ بعد فحصها ومراقبتها والتأكد من سلامتها.

وعند ملاحظته خلل في الحسابات يتخذ الإجراءات الكفيلة بحماية حقوق المحجور".

يعد تقديم الحسابات من قبل الوصي أو المقدم من الالتزامات التي فرضها القانون عليه في إطار أدائه لمهامه النيابية وفي حال التقاعس أو عدم قيامه بذلك يكون قد أخل بالتزام فرضه القانون.

هذا وللمحكمة سلطة واسعة في فحص الحساب المقدم من الوصي أو المقدم ولها أن تتخذ في سبيل ذلك كل الإجراءات الكفيلة لحماية مال القاصر إن كان محل تهديد من ذلك تكليف الوصي أو المقدم بالحضور إلى المحكمة من أجل التوضيح كما يكون للنيابة العامة أن تبدي رأيها في هذه المسألة

[1] أنظر في ذلك: المادة 599 من ق إ م إ.

[2] أنظر في ذلك: المادة 592 من ق إ م إ. راجع أيضا: عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 403.

باعتبارها طرفا أصليا في الدعاوى الرامية إلى تطبيق أحكام مدونة الأسرة وهذا الدور لكل من النيابة العامة والمحكمة من شأنه تفعيل حماية القاصر[1].

هذا وإن ثمة بعض المصروفات التي لا يقدم بشأنها حساب وإن كانت محل مراقبة من طرف المحكمة من ذلك مصروفات المأكل والملبس والمأوى الخاصة بالقاصر إذ تخضع لتقدير القاضي الذي يراعي فيها المستوى الاجتماعي وسن القاصر وكذا مكان الإقامة وغيره[2].

إضافة إلى المراقبة الدورية اللاّحقة على الوصي أو المقدم حول إدارة أموال القاصر من خلال تقديم تقرير سنوي إلى المحكمة التي تتولى فحصه ومراقبته وكذا المصادقة عليه؛ فإن المشرع المغربي ألزم كليهما بضرورة تقديم الحساب مرفقا بالمستندات اللازمة لذلك وفق مدة قانونية يتم تحديدها من قبل القاضي شؤون القاصرين لا تتجاوز ثلاثين يوما إلاّ لعذر قاهر وهذا في حالة انتهاء الوصاية أو التقديم لأي سبب من الأسباب دون الوفاة أو فقدان الأهلية[3].

من بين الضمانات القانونية التي كفل بها المشرع المغربي حماية أموال القاصر التي تكون تحت يد الوصي أو المقدم ما خول لقاضي شؤون الاسرة من سلطات من ذلك اتخاذه الإجراءات اللازمة للمحافظة على مصالح القاصر المالية من خلال المراقبة التلقائية لذلك، حيث يمكن للقاضي استدعاء كل من الوصي أو المقدم من أجل الإدلاء بإيضاحات حول إدارته لمال القاصر أو تقديم حساب حولها وذلك في أي وقت كما يجب على الوصي أو المقدم الاستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين [4].

وفي حال عدم الامتثال إلى ذلك فقد منح المشرع للقاضي المكلف بشؤون القاصرين صلاحيات واسعة لحماية أموال القاصر حيث جاء في الفقرة الأولى من الماد 270 من م أ م :" يمكن طبقا للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يمتثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد له ".

---

[1] مليكة غنام، مرجع سابق، ص ص 188، 189.

[2] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 189.

[3] حيث نصت على ذلك المادة 259 من م أ م حيث جاء فيها:" إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية، وجب عليه تقديم الحساب مرفقا بالمستندات اللازمة داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين دون أن تتجاوز ثلاثين يوما إلا لعذر قاهر.
تبت المحكمة في الحساب المقدم إليها ".

[4] أنظر في ذلك: المادة 256 من م أ م.

إن الإجراءات التي تضمنتها أحكام المادة أعلاه هي إجراءات ردعية تهدف إلى حمل الوصي أو المقدم على تنفيذ التزامه واستجابته للقضاء[1].

إن ما تضمنته مدونة الأسرة المغربية من أحكام تهدف إلى حماية أموال القاصر التي يديرها الوصي أو المقدم هو ما لم يتضمنه قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية الجزائرية الذي لم تتضمن نصوصه الآليات الكفيلة بحماية أموال القاصر التي تحت يد كل من الوصي أو المقدم بدءا من اخضاع مراقبتها للقاضي الذي يعين محاسبين من ذوي الاختصاص للتدقيق فيها، إضافة إلى الإجراءات المتخذة في حالة امتناعه عن تسليمها أو تقديم حساب أو مستندات متعلقة بها وكذلك بالنسبة لورثتهم.

أما التشريع التونسي فقد حرص هو الآخر على مراقبة القضاء للأوصياء والمقدمين على مال القاصر إذ بالإضافة إلى حرصه على مصلحة القاصر من خلال فرض الرقابة على الولي وإمكانية إسقاط الولاية على من يسيء استعمالها أو كان غير قادر على القيام بها وهذا حماية لمصالح القاصر المالية حيث يتدخل القاضي لإسقاط الولاية جزئيا أو كليا وذلك من باب الحماية لمال القاصر[2].

وكذلك الأمر بالنسبة للوصي أو المقدم حيث أخضعهما المشرع التونسي إلى الرقابة اللاّحقة من خلال ما تضمنه الأمر المؤرخ في 20 ذي الحجة 1376 (18 جويلية 1957) المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم حيث جاء في الفصل السادس منه:" على الوصي أو المقدم على القاصر أن يدلي لوكيل الجمهورية في نهاية شهر مارس ونهاية شهر أكتوبر من كل عام بحساباته دخلا وخرجا مصحوبة بالحجج المثبتة بقدر الإمكان .

ووكيل الجمهورية أو من ينوبه يحقق الحسابات ويضمنها بالدفتر المعد لذلك ويختمها بإمضائه إن صادق عليها ".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع التونسي وإن اتفق مع الجزائري والمغربي من حيث مبدأ خضوع الوصي أو المقدم إلى الرقابة البعدية إلا أنه اختلف معهما في الأشخاص المخولة بهذه المراقبة من خلال إخضاعها إلى وكيل الجمهورية وليس إلى القاضي، كما أنه ألزم الوصي أو المقدم بتقديم الحسابات مرتين في السنة وذلك في شهر مارس وكذا أكتوبر، غير أنه لم يحدد الأجل القانوني الواجب مراعاته عند تسليم ذلك، كما أنه لم يبين كيفية تسليم مال القاصر في حالة انتهاء الوصاية والتقديم.

---

[1] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 190.

[2] وهو ما جاء في الفصل 155 /2 من م أ ش:" للأب ثم الأم ثم للوصي الولاية على القصر أصالة ولا تبطل إلاّ بإذن من الحاكم لأسباب شرعية ".

إن إلزام الوصي أو المقدم بضرورة تقديم الحسابات المتعلقة بإدارتهم لمال القاصر يعد واجبا قانونيا يرتب آثارا قانونية حيث نصت في هذا الإطار المادة 20 من ذات الأمر أن:" المقدم أو الوصي الذي يقع استدعاؤه قانونيا للقيام بالواجبات التي يلزمه القيام بها عملا بأحكام هذا الأمر ولم يفعل بدون عذر شرعي فإنه يعوض بغيره بقطع النظر عما عسى أن يقام به عليه من النوازل عند الاقتضاء والأمر كذلك بالنسبة لكل مقدم تثبت خيانته أو جهله لما يقتضيه واجبه ".

إضافة إلى ما سبق يمكن القول أن المشرع التونسي وهو بصدد إقرار مبدأ الرقابة اللاّحقة على الوصي أو المقدم فإنه وزع هذه الرقابة بين هيئتين وهما وكيل الجمهورية الذي يتولى مراقبة الحسابات والتحقق منها، وقاضي التقاديم الذي تكون مهمته الفصل في الخلاف المتعلق بعدم المصادقة من طرف وكيل الجمهورية على هذه الحسابات، إضافة إلى سلطته في تعيين وعزل الوصي أو المقدم وتعويضه بغيره[1].

هذا وهناك من يرى أن الموقف الذي تبناه المشرع التونسي في الحرص على مصلحة القاصر و تتبع كل ما يمارسه الوصي أو مقدم من تصرفات تتعلق بماله من طرف جهاز القضاء بمختلف هيئاته إنما ينم على احتكامه للمنطق في اشتراطه أن يكون عزله بناء على أسباب مبررة وموجبة له، لأن عمله في هذا المجال يدخل في مجال القضاء الولائي وليس من قبيل فصل الخصومات وهو الأمر الذي أكده القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب التونسية مؤرخ في 19 أفريل 1960 حيث جاء فيه:" ... وحيث يستنتج من الفصول 5 و7 و11 و20 من الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بنظام المقدمين أن الحاكم صاحب الولاية العامة المسندة إليه من الشارع هو الذي نصب المقيمين سواء على الأشخاص أو على الأوقاف ويراقب تصرفاتهم ويعزلهم عن التقديم إن اقتضى الحال ذلك وأن مباشرة الحاكم جميع ذلك ليس من قبيل فصل الخصومات وإنما من باب القضاء الولائي ومن المقرر قانونا أن من له حق الولاية له حق العزل..."[2].

أما المشرع المصري فلم يخرج هو الآخر عن الموقف الذي سارت عليه التشريعات السابقة بشأن رقابة الأوصياء والمقدمين على القاصر حيث تأتي هذه الرقابة من باب رعاية حقوقهم والمحافظة على

[1] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص ص 36، 37.

[2] المهدي قيّاس، مرجع نفسه، ص ص37، 38.

أموالهم. ونظرا لخطورة المهام الموكلة إليهم تم تنصيب محكمة الأحوال الشخصية على المال رقيبا في هذا الصدد وهو إجراء وجد لحماية ورعاية مصالح القاصر دون غيره[1].

ويبرز موقف المشرع المصري من الرقابة اللاّحقة على الوصي أو المقدم من خلال ما تضمنته المادة 49 من مرسوم بقانون 119 لسنة 1952 التي نصت على إمكانية عزل الوصي من قبل المحكمة إذا رأت عدم صلاحيته للوصاية[2].

كما ألزم الوصي بأن يسلم الأموال التي في عهدته إلى القاصر بواسطة محضر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته في حالة وفاته أو إلى الوصي الذي عين بدله أو إلى الولي الشرعي وهذا خلال مدة ثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية، وقد ألزمت المادة 50 من ذات القانون الوصي أن يودع قلم الكتاب في الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال، وكذلك أكدت الفقرة الأخيرة من المادة 45من ذات القانون على الميعاد القانوني لتقديم الحساب عند انتهاء الوصاية. أما المادة 51 من ذات القانون فقد ألزمت ورثة الوصي الذي مات بتسليم أموال القاصر وتقديم حساب عن ذلك، أما في حالة فقدانه أهليته والحجر عليه أو غيابه فإنه يتولى ذلك من ينوب عنه قانونا[3].

المبحث الثاني: المساءلة القضائية كآلية لحماية القاصر في نفسه وماله

إن مراقبة النائب الشرعي من طرف القضاء سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما إنما الهدف منه هو التأكد من أداءه لالتزاماته تجاه القاصر، فإذا ما ثبت إخلال من قبله أو تقصير وجب هنا اتخاذ الإجراءات اللاّزمة لمساءلته مدنيا وجزائيا وهنا تظهر إلزامية القواعد القانونية من خلال الجزاء المترتب عنها.

فالإخلال بواجبات الولاية أو الوصاية والتقديم ومخالفة الشروط التي وضعها المشرع لذلك يترتب عنه الجزاء القانوني الذي هو بذاته من صور الحماية المقررة للقاصر التي يتم تفعليها عن طريق القضاء.

---

[1] راجع في ذلك: نقض مدني 4-4-1991، س 42، ص875، 25-12-1988 (طعن رقم 1317 س 56 ق)، 10-12-1986 (طعن رقم 2143 س 52 ق)، 25-3-1984 س 35 ص 803، 13-5-1982 س 33 ص 517، 16-2-1971 س 22 ص 179، 4-5-1950 س 1 ص 480. نقلا عن: كمال حمدي، مرجع سابق، ص 151.

[2] كمال حمدي، مرجع نفسه، ص 147.

[3] لتفصيل أكثر راجع: كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص 147، 148. محمد مصطفى الشحاتة الحسني، مرجع سابق، ص 61. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ص 495، 496.

وبما أن حماية القاصر تتعلق بنفسه وماله فكان لزاما المتابعة القضائية للنائب الشرعي في حالة تقصيره أو إهماله لوظائفه المتعلقة بحفظ نفس القاصر، وكذا في حالة سوء إدارته لمال القاصر وعدم المحافظة عليه.

والمساءلة القضائية بوصفها تهدف إلى حماية القاصر في نفسه وماله تكون من خلال المتابعة المدنية والجزائية للنائب الشرعي ، وهو ما سيتم الحديث عنه ضمن هذا المبحث، حيث سنتحدث عن المسؤولية المدنية للنائب الشرعي ضمن(المطلب الأول)، في حين نتحدث عن المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بالتزامات الولاية على النفس ضمن(المطلب الثاني)، ونتحدث عن المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بالتزامات الولاية على المال ضمن(المطلب الثالث).

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي

إن الأصل في التصرفات التي يأتيها الشخص الحرية، غير أن هذه الأخيرة تخضع إلى قيد يحد من استعمالها ويكون إما أخلاقيا و قانونيا يقضي بعدم الإضرار بالغير. ففي حال حدوث ضرر فإن الشخص يتحمل تبعة ذلك وهنا تقوم المسؤولية التي قد تكون أدبية أو قانونية ، فالمسؤولية الأدبية تكون نتيجة الإخلال بواجب أخلاقي ، في حين تكون المسؤولية القانونية نتيجة الإخلال بالتزام قانوني [1].

[1] تنقسم المسؤولية القانونية إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية، فالمسؤولية لمدنية يقصد بها الجزاء الذي يترتب على المدين في حال إخلاله بالتزامه الذي أدى إلى إلحاق الضرر بالدائن وإفقار ذمته، كما تعرف أيضا بأنها الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي يسببه إخلال المدين بالتزامه. أما اقسامها فتنقسم إلى عقدية والتي هي جزاء مترتب عن الإخلال بالتزام عقدي وقد بينها المشرع بموجب المواد من 54 إلى 123 من ق م، وتقصيرية وهي الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام قانوني عام وهو عدم الإضرار بالغير وقد بينها المشرع بموجب المادة 124 إلى 140 من ق م. والهدف من المسؤولية المدنية عموما حماية الأشخاص من ضرر الغير وتعويضهم نتيجة ذلك، حيث يتسع مجالها ليشمل الأفعال المرتكبة عن عمد وحتى لمجرد الإهمال. أما المسؤولية الجنائية فيقصد بها: الجزاء المترتب على إخلال الشخص بقاعدة قانونية منصوص عليها ضمن قانون العقوبات أو أي نص جزائي. ومن خصائصها أنها:

- لا تقوم إلاّ على ضرر أصاب المجتمع حيث يكون الجزاء عقوبة نتيجة هذا الضرر.
- تطالب بها النيابة العامة بصفتها ممثل للمجتمع.
- تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
- لها أركان تقوم عليها.
- ولها شروط تقوم عليها وهي الإدراك ويقصد به الأهلية الجزائية وحرية الاختيار وهي القدرة على توجيه السلوك نحو إتيان الفعل أو الامتناع عنه. لتفصيل أكثر راجع: محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، " د ط "، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 11 وما يليها. أحمد بوكرزازة، المسؤولية =

وباعتبار الولاية تعد واجبا قانونيا يقع على عاتق الولي فإن ذلك يجعل الولي مسؤولا تجاه القاصر وعليه، إما لكون القاصر يخضع لرقابته وبالتالي يسأل عن ما يحدثه القاصر من ضرر للغير وهو ما جاء ضمن نص المادة 135 من ق م، وإما بصفته قائما وراعيا لماله حيث يسأل عن سوء إدارته وهذا استنادا إلى المادة 88 من ق أ.

فبحكم أن المسؤولية المدنية للولي ترتبط بشقين أساسيين بحكم المهام المسندة إليه قانونا – ولاية على النفس وولاية على المال– الأمر الذي يقتضي ضمن هذا المطلب بيان أساس قيام هذه المسؤولية في حال ارتباطها بنفس القاصر ومدى إمكانية التملص منها وهذا ضمن (الفرع الأول) ، ثم بيان أساس قيام هذه المسؤولية أيضا إذا تعلق الأمر بمال القاصر وحالات انتفاءها وهذا ضمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ارتباط المسؤولية المدنية بالولاية على نفس القاصر

مما لا شك فيه أن الشخص يكون مسؤولا عن ما يقوم به من تصرفات بنفسه ، غير أنه استثناء قد يكون مسؤولا عن أفعال غيره إما بقوة القانون أو لقيام اتفاق يقضي بذلك، وهذا الأمر ينطبق على ولي القاصر الذي قد تتعدى مسؤوليته عن تصرفاته لتشمل تصرفات القاصر الذي تحت ولايته، فولي القاصر كما سبق تعريفه وبيان مراتبه قد يكون الأب في حال قيام الرابطة الزوجية، أما في حالة غيابه أو فقده أو حصول مانع له فإن الأم تحل محله قانونا للقيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالقاصر، أما في حالة الوفاة فإن الأم تصبح وليا عن القاصر بقوة القانون، و في حال انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق فإن الولاية تسند قضائيا إلى الحاضن[1].

إن تغيّر صفة الولي بحكم الوضعية الأسرية للقاصر يحتم طرح التساؤل حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الولي عن الأفعال الضارة التي يقوم بها في حق القاصر؟ وكذا الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الولي عن الفعال الضارة التي يلحقها القاصر بالغير؟ هل تخضع إلى شرط المساكنة؟ أم تخضع لرابطة الأبوية بحكم المسؤولية المشتركة لكلا الأبوين؟

أولا: المسؤولية المدنية للولي على أفعاله الضارة التي تلحق القاصر

لقد سبق القول أن من مهام المنوطة بالولي على النفس حفظ ورعاية وتأديب القاصر، فعلى الولي الحرص في أداء التزامه على الوجه المطلوب والتساؤل الذي يطرح هنا ما هو: الجزاء القانوني المترتب

=المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014، ص ص 9، 10.

[1] أنظر في ذلك: المادة 87 من ق أ.

على مخالفة الولي لواجباته في حفظ ورعاية القاصر؟ وهل يجازى الولي نتيجة تجاوز سلطته في تأديب القاصر وما هو الأساس القانوني لذلك؟

1- أساس المسؤولية المدنية للولي على أفعاله الضارة التي تلحق القاصر:

بالرجوع إلى قانون الأسرة يتضح أن نصوصه لم تتطرق إلى هذه الالتزامات بشكل صريح ما عدا ما تضمنته المادة 62 منه، وإنما تم استنباط هذه الالتزامات من مضامين نصوصه وكذا بالرجوع في ذلك إلى الفقه الإسلامي باعتباره من مصادره. وعلى أساس ذلك لم تتضمن نصوص قانون الأسرة إجابة صريحة للجزاء المترتب في حال مخالفة الولي لذلك؛ الأمر الذي يحتم الرجوع إلى الفقه الإسلامي لبحث مدى قيام هذه المسؤولية باعتبارها مصدر له وهذا استنادا إلى المادة 222 منه.

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن نصوصها توجب مسؤولية الشخص على أفعاله فكل إنسان يسأل عن أفعاله الشخصية كما أنه يلتزم بالتعويض عن ذلك من ذمته المالية الخاصة[1]، وذلك استنادا إلى قوله تعالى:﴿**كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ**﴾[2]، وقوله أيضا جل وعلا ﴿ **تِلْكَ أُمَّةٌ قَدْ خَلَتْ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَلَكُمْ مَا كَسَبْتُمْ وَلَا تُسْأَلُونَ عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ** ﴾"[3].

إن المحافظة على القاصر هي من مهام الولي على النفس في الفقه الإسلامي لذا يتوجب عليه عدم تعريضه إلى الهلاك ويشترك في واجب المحافظة على القاصر كل من الحاضن والولي على النفس. وفي حال تعرضه إلى الأذى في جسمه أو نفسه تحمل الآباء ما يترتب من ضرر نتيجة إهمالهم هذا إذا كان القاصر دون سن التمييز لأنه لا يدرك محاسن الأمور ومساوئها وقد أورد الفقه بعض الأمثلة عن ذلك[4]:

- خروج الأم وترك الصغير وحده فوقع في النار حيث تقصيرها في المحافظة عليه يوجب ضمانها الدية.
- تعهد امرأة بالمحافظة على الصغير فيصاب بأذى في جسمه أيضا يوجب الدية عليها لا على الأم التي سلمتها إياه وهذا نتيجة إهمالها في عدم المحافظة عليه.

---

[1] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط1، "د ن "، "د م ن"،1971، ص 255. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، " د م ن" ، 1984، ص 11.

[2] سورة المدثر: الآية 38.

[3] سورة البقرة: الآية 134.

[4] الأسروشيني، مرجع سابق، ج1، ص 154 وما يليها، وأيضا :ج 2، ص 110.

- أمر الولي الصغير القيام بأمور خطرة كتسلق شجرة فسقط ومات أو منحه سكينا فقتل نفسه هنا يعزر وكذا يضمن الدية لأنه هو المتسبب في ذلك ولم يحافظ عليه.

إضافة إلى قيام المسؤولية الشخصية للولي عن ما يقع من ضرر على نفس القاصر ووجوب الضمان؛ فإن حقه في الولاية قد يسقط ترجيحا لمصلحة القاصر[1].

وفي مسألة تأديب القاصر نجد الفقه الشرعي يتفق من حيث الأصل في هذه الأفعال أنها مأذون بها للولي لكن في حدود الشرعية، إذ أن الولي و نظرا لما يمتلك من شفقة وحنان على من هو تحت ولايته فإنه في هذا الفعل يقصد مصلحته وتوجيهه إلى ما هو أفضل له ولا يقوم بذلك لمجرد الأذى لذلك لا مسؤولية عليه في ذلك ما دام لم يتجاوز الحد المطلوب من التأديب وهذا كأصل عام.

غير أن موقفهم فيه اختلاف في حال ما إذا أدى التأديب إلى ضرر جسيم كإتلاف جزء أو عضو من الجسم أو أحدث عاهة؛ حيث هناك من يرى بوجوب الضمان و يكون الولي مسؤولا عن الضرر الذي أوقعه لكونه تجاوز سلطته في التأديب، وهناك من يرى بعدم وجوب ذلك لكون التأديب فعل مأذون به وإتلاف العضو في إطار ما هو مأذون به لا يؤدي إلى الضمان استنادا للقاعدة الشرعية" الجواز ينافي الضمان"، بالإضافة إلى أنه لو تم وجوب الضمان لامتنع الولي عن القيام بهذا الواجب خشية ذلك[2].

هذا ويرى الإمام أبو زهرة في هذه المسألة أنه يتوجب الاقتداء بالسنة النبوية الشريفة في هذا الجانب حيث يجب أن لا ينتقل التأديب إلى حد الأذى لأن في ذلك إيذاء نفسي للصغير، وعليه إن كان الاذى الذي أوقعه الولي " كان من فعل غير غليظ، كان صده بغير عنف فوقع على جسم صلب لعدم توقعه الصدمة، فشج رأسه أو كسرت ذراعه، فإننا نوجب ألا يكون ضمانا، وإن كان الفعل في ذاته غليظا، فإنه لا يكون مأذونا فيه، فما يفضي إليه لا إذن فيه قط، ويعد جريمة خطأ يعاقب عليها عقوبة الخطأ، فإنه يجب تعزيره، وغيرهما من الأولياء يضمنون إذا كان أصل الفعل غليظا لا رفق فيه قط، فقد يكون الأذى مقصودا من هؤلاء.

وقد يكون من الواجب التسامح مع الأب والجد من الأولياء إلاّ إذا كان من أعمالهم ما اقترن بما يدل على عنف خاص في معاملة ذلك الولد" [3].

---

[1] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 24.

[2] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع نفسه، ص 21.

[3] مرجع نفسه، ص ص 22،23.

إن هذا الموقف للفقه الشرعي يمكن اعتماده كأساس قانوني للحصول على الحماية القضائية من خلال رفع دعوى المسؤولية للحصول على تعويض للقاصر نتيجة هذا الإهمال، أو من خلال رفع دعوى إنهاء الولاية.

بل إن لهذا الأساس الفقهي سند قانوني تضمنته القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية الواردة ضمن القانون المدني، وكذا ما استحدثه المشرع في هذا الإطار بموجب قانون حماية الطفل.

فاستنادا إلى القانون المدني نجد أن قواعده ترتب المسؤولية الشخصية لكل من أخل بواجب قانوني أدى إلى وقوع الضرر للغير كما أوجب تعويضه نتيجة ذلك وهو ما جاء ضمن المادة 124 من ق م حيث جاء نصها:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

ولذلك يسأل الآباء عن تقصيرهم وإهمالهم في رعاية أبنائهم القصر استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، فنطاق هذه المسؤولية يتحدد استنادا إلى الإخلال بالواجب الذي فرضه القانون على الولي المتضمن حفظ ورعاية القاصر، غير أن مجرد الإخلال لا يكفي لترتيب المسؤولية وإنما لا بد من توافر أركان أخرى لقيامها وهي الأركان العامة للمسؤولية التقصيرية؛ حيث إضافة إلى وجوب قيام خطأ يرتكبه المسؤول لا بد أن ينتج عن هذا الخطأ ضرر يصيب القاصر سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، إضافة إلى وجود رابطة سببية بين الضرر والخطأ[1].

إن انعدام أحد هذه الأركان ينفي معه قيام المسؤولية في حق الولي لذلك يمكن لهذا الأخير أن يثبت أنه قام ببذل العناية الكافية والحرص في حفظ القاصر ورعايته وأن ما حدث من ضرر لم يكن في الإمكان منع وقوعه، كما له أن يقطع الرابطة السببية من خلال إثبات أن الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، كما له إثبات انعدام الضرر.

إضافة إلى ما تضمنته أحكام قانون الأسرة وكذا أحكام القانون المدني من ضمانات قانونية جسدتها الرقابة القضائية على الأولياء من خلال ترتيب المسؤولية المدنية في حقه نتيجة الإخلال بالتزاماته في

[1] لقد اختلفت آراء الفقه وحتى التشريعات حول صياغة وحدود وآثار هذه المسؤولية، فمن حيث الصياغة هناك من يحدد حالات معينة لقيام هذه المسؤولية وهناك من يعتمد على مبدأ عام يقضي بتعويض كافة الأضرار، أما من حيث الأساس فهناك من يعمد على أساس فكرة ثبوت الخطأ، وهناك من يبني قيامها على مجرد ارتكاب فعل غير مشروع ويسبب ضرر للغير، وهناك من يجعلها مبنية على فكرة تحمل التبعة أو الضمان، أما من حيث وظيفتها فهناك من يرى بأن لها دور إصلاحي يهدف إلى جبر الضرر وهناك من يعتبرها أداة عقاب. لتفصيل أكثر راجع: أحمد بو كرزازة، مرجع سابق، ص ص 13، 14.

رعاية وحفظ القاصر، فإنه من بين الضمانات التي استحدثها المشرع كتعزيز لهذه الحماية هو ما تضمنه قانون حماية الطفل من خلال الدور الحِمائي الذي منح لقاضي الأحداث.

إن تدخل قاضي الأحداث لحماية القاصر ليس الغرض منه الفصل في نزاع قائم وإنما الهدف منه إصلاح حال القاصر الذي يكون محل تهديد، فهذا الدور يدخل ضمن نشاط القضاء المدني، وهو أمر لم يتم النص عليه ضمن قانون الاجراءات الجزائية[1].

لقد سمح قانون حماية الطفل لقاضي الأحداث بالتدخل في العديد من الحالات التي يكون فيها القاصر محل خطر معنوي ومن بين هذه الحالات التدخل في حالة إخلال الولي بالتزاماته القانونية التي تدخل ضمن ولايته على نفس القاصر وهذا استنادا إلى المادة 2 من ذات القانون التي حددت الحالات التي تعرض الطفل للخطر من ذلك:

- المساس بحقه في التعليم.
- التسول بالطفل أو تعريضه للتسول.
- التقصير البيّن والمتواصل في التربية الرعاية.
- سوء معاملة الطفل، لا سيما بتعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي.
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي.
- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، من خلال استغلاله لا سيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية.
- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لا سيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية أو المعنوية.

فهذه الحالات كلها تؤدي إلى أضرار تلحق القاصر في شخصه كانت نتيجة لإخلال الولي بأداء التزامات الولاية.

[1] جمال نجيمي، مرجع سابق، ص 60. أنظر في ذلك أيضا: الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ع 48، المؤرخة في 10 يونيو 1966، المعدل والمتمم حسب آخر تعديل بالقانون رقم 19-10 مؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ج ر ع 78، المؤرخة في 18 ديسمبر 2019.

غير أن ما يتخذ من قبل قاضي الأحداث له طابع خاص يختلف عن الإجراءات المتبعة استنادا إلى أحكام قانون الأسرة أو القانون المدني وهو ما سنبينه فيما يلي.

2- إجراءات رفع دعوى المسؤولية المدنية للولي:

تختلف الاجراءات المتخذة لحماية القاصر في هذه الحالة تبعا للتقنين الذي يستند إليه في ذلك وكذا الجهة القضائية التي يرفع أمامها.

فكما سبق توضيحه فإن قانون الأسرة لم يتضمن نصا صريحا ينظم أحكام هذه المسؤولية؛ وإنما تم استنتاج ذلك من أحكام الفقه الاسلامي استنادا الى المادة 222 منه التي خولت للمتضرر من تقصير الولي وإهماله رفع دعوى للتعويض استنادا لنظرية الضمان –المسؤولية التقصيرية– أو من خلال إجراء آخر يتمثل في إسقاط الولاية.

وباعتبار أن المشرع قد نص بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، ومن ضمنها الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة وبتفحص النصوص المنظمة لذلك[1]؛ نجد أن السبيل الوحيد للمتابعة المدنية للولي في هذه الحالة يكون من خلال إنهاء الولاية أو سحبها المؤقت وهذا بموجب دعوى استعجالية طبقا للمادة 453 وما يليها من ق إ م إ؛ وهي إحدى طرق المتابعة المدنية للولي – كما سبق قوله – [2].

كما يمكن رفع هذه الدعوى استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ويقتضي في هذه الحالة اللجوء إلى القسم المدني باعتبار أن له الولاية العامة ويكون ذلك بموجب دعوى عادية ترفع من قبل المتضرر أو من طرف النيابة العامة حيث ينظر فيها القاضي المدني استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها ضمن القانون المدني.

إضافة إلى ما سبق يمكن الاستناد في متابعة الولي عن أفعاله الضارة التي لحقت القاصر الذي تحت ولاية استنادا إلى قانون حماية الطفل الذي – كما سبق الإشارة إليه – يحمل طابعا خاصا استحدثه

---

[1] أنظر في ذلك: المواد 423– 499 من ق إ م إ.

[2] بالرغم من أن المشرع واستنادا إلى أحكام المادة 423 من ق إ م إ منح الاختصاص لقسم شؤون الأسرة النظر في كل المسائل المتعلقة بالأسرة ومن ضمنها الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها بشكل عام دون تحديد؛ مما يفتح المجال أمام رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي أحدثه الولي للقاصر وهذا استنادا إلى أحكام قانون الأسرة وكذا هذا النص، لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 453 وما يليها نجد أنها تفصل في إجراءات الولاية على نفس القاصر وتحدد مجالها الأمر الذي يجعل من قاضي شؤون الأسرة غير مختص بالنظر في هذه الدعوى، وإنما يمكن رفع الطلب إلى القاضي الأسري من قبل القاصر أو النيابة العامة يتضمن إنهاء أو السحب المؤقت للولاية.

المشرع الجزائري من خلال الدور الإيجابي والإصلاحي الذي منح لقاضي الأحداث من خلال ما جاء في المادة 32 منه: " يختص قاضي الأحداث لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو مسكنه أو محل إقامة أو مسكن ممثله الشرعي، وكذلك قاضي الأحداث للمكان الذي وجد به الطفل في حال عدم وجود هؤلاء، بالنظر في العريضة التي ترفع إليه من الطفل أو ممثله الشرعي أو وكيل الجمهورية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل أو مصالح الوسط المفتوح أو الجمعيات أو الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفولة ".

فيتضح من خلال هذه المادة أن قاضي الأحداث له طريقتين لحماية القاصر وهي إما التدخل التلقائي لحماية القاصر في خطر معنوي، كما يمكن تلقي الإخطار من الطفل شفاهة، وله أن يتدخل بموجب عريضة مقدمة من قبل الأشخاص المحددة قانونا[1].

إن هذا الإجراء المنصوص عليه ضمن قانون حماية الطفل لا يهدف إلى منح تعويض للقاصر نتيجة الضرر الذي أصابه، ولا إلى إسقاط الولاية عنه وإنما الهدف منه اتخاذ كل الإجراءات واتخاذ كل التدابير الكفيلة بحماية مصلحة القاصر وهذا الأمر متروك لسلطة قاضي الأحداث في إطار ما يفرضه القانون[2].

يتضح من كل ما سبق أنه وإن تعددت أوجه المتابعة القضائية للولي إلاّ أنها تهدف إلى أمر واحد وهو حماية القاصر.

ثانيا: المسؤولية المدنية للولي على الأفعال الضارة التي يلحقها القاصر بالغير

تقتضي الولاية على القاصر رعايته والإشراف عليه ومراقبته حتى لا يلحق بالغير أي ضرر؛ لكن قد يحدث إهمال أو تقصير من الولي في عدم حراسة ومراقبة القاصر مما قد يجعله يقوم بتصرفات تلحق ضررا بالغير الأمر الذي يستدعي التساؤل عن من يتحمل مسؤولية تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه في هذه الحالة: هل القاصر على أساس المسؤولية على الفعل الشخصي؟ أم على المكلف بالرقابة وما هو الأساس القانوني لذلك؟

إن توجه نصوص قانون الأسرة في تحديد من يتحمل المسؤولية على الفعل الضار الذي يحدثه القاصر للغير غير واضحة المعالم، إذ أنه لم يحدد السن القانوني الذي يكون فيه القاصر مسؤولا بصفته الشخصية عن ما يحدثه من ضرر واكتفى بالنص على أن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد ينوب عنه

[1] أنظر في ذلك: المادة 32 من ق ح ط.

[2] أنظر في ذلك: المواد 33- 45. من ق ح ط.

قانونا ولي أو وصي أو مقدم وهذا بموجب المادة 81 منه، كما أنه بيّن أصحاب الولاية الكاملة على القاصر دون أن يوضح مدى مسؤوليتهم في حال قيام من هو تحت ولايتهم بأفعال ضارة بالغير؟

على ضوء هذا الغموض الذي اكتنف نصوص قانون الأسرة ذهب البعض إلى القول بأن القاصر غير مسؤول عن فعله الشخصي وإنما من يتحمل ذلك هو المكلف برقابته ، وهذا استنادا إلى أحكام المادة 36 و87 من ق أ، وكذا ما جاء ضمن التطبيقات القضائية للمحكمة العليا من ذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21 -4-2011 :" المسؤول المدني هو الذي يتحمل دفع التعويض عن أفعال الحدث ، وقد حدد القانون أن ولي القاصر هو والده وبعد وفاته تأتي أمه"[1]، وعليه في حال قيام الرابطة الزوجية يقع على عاتق الأبوين واجب الرقابة غير أن المسؤولية عن الفعل الضار الذي يحدثه القاصر تقع على الأب بصفته الولي الشرعي له، وكذلك الأمر في حالة غيابه أو حصول مانع له لعدم زوال الولاية عنه، أما في حالة الوفاة فإن الولاية تنتقل إلى الأم قانونا وبالتالي تكون هي المسؤولة مدنيا على ما يحدثه القاصر من ضرر للغير وهو الأمر الذي استقرت عليه التطبيقات القضائية.

غير أنه وإن تم تحديد المكلف بالرقابة أثناء قيام الرابطة الزوجية ومن يتحمل المسؤولية عن ذلك؛ من خلال تفسير الغموض الوارد ضمن قانون الأسرة؛ فإن الإشكال يبقى مطروحا في حال انقضاء الرابطة الزوجية بالطلاق وانتقال الولاية إلى الحاضن هل يكون الحاضن في هذه الحالة مسؤولا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها القاصر؟

هذا التساؤل كذلك لا إجابة صريحة له، وعليه هناك من فسر انتقال الولاية للحاضن يترتب عليه انتقال واجب رقابة القاصر المحضون وبالتالي هو من يتحمل مسؤولية أفعاله الضارة وهذا استنادا إلى المادة 87 من ق أ[2].

غير أن ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 24-12-2008 يخالف هذا التفسير حيث أن المحكمة العليا في هذا القرار سارت إلى ما سارت عليه الشريعة الإسلامية من خلال تبنيها مبدأ الفصل بين الحضانة وواجباتها وبين الولاية على النفس وواجباتها، دون التعمق في أحكام المسؤولية المدنية " الضمان" الواردة في الفقه الإسلامي، حيث جاء في هذا القرار عدم مسؤولية الحاضنة عن الأضرار التي ارتكبها المحضون وذلك بقوله:" الحاضنة ليست لها الولاية على ابنها القاصر ولا تعد الحاضنة مسؤولة مدنيا على تحمل عبء التعويض المدني على الفعل الضار الذي اقترفه المحضون "[3]. غير أن ما يلاحظ

[1] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 0650823، غير منشور. نقلا عن: مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 170.

[2] مبروكة غضبان، مرجع سابق، ص 169.

[3] م ع، غ م، ملف رقم: 446467، م م ع، ع 2، 2009، ص 133.

على هذا القرار أنه جرّد الحاضنة من الولاية على القاصر في حين أن هذه الأخيرة مقررة لها بقوة القانون الذي يلزم القضاء بمنحها إياها وهذا وفق التعديل الجديد للمادة 87 من ق أ، فهذا القول للمحكمة العليا قد يجد سندا له قبل تعديل أحكام الأسرة لا بعدها خاصة وأن القرار صدر عن الغرفة المدنية.

تعليقا على ما سبق يمكن القول أن قانون الأسرة لم يقدم الإجابة الواضحة بشأن مسؤولية الولي مدنيا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها القاصر الذي يكون تحت ولايته، مما يقتضي البحث في مصادره حتى يتسنى تفسير الغموض الوارد به .

ولذلك يمكن البحث في أحكام الشريعة الإسلامية من خلال آراء الفقه الإسلامي في هذا الجانب والذي يتفق فقهاؤه حول مسؤولية الولي على النفس في المحافظة على الصغير وتهذيبه وكذا منعه من الاعتداء على الغير ومنع الاعتداء عليه[1]، وفي هذا حفاظ على ماله، وفي حال وقوع اعتداء منه على الغير كان العفو عنه رحمة لقوله صلى الله عليه وسلم:" **من لم يرحم صغيرا، ويوقر كبيرا فليس منّا** " فكان هذا القول سببا لإسقاط كل تبعة الضمان[2].

أما في حال لم يتم العفو عنه فإنه في هذه الحالة تم التفريق بين العقوبة البدنية حيث أنه لا تبعة دينية عليه لأنه ليس مكلفا، أما العقوبة المالية تجب في ماله[3]، وبذلك يكون " نظام أخذ المتبوع بالتابع ليس له صورة واضحة في الفقه الاسلامي " لأنه لا يحمل الولي تبعة ما يقوم به الصغير الذي تحت ولايته من تعدي وفي ذلك يقول أحد فقهاء :" إذا رمى صبي سهما فأصاب عين امرأة غرم الصبي لا أبوه، ولو كان لا مال له فنظرة إلى ميسرة "[4].

بخلاف ما ورد ضمن قانون الأسرة نجد أن القانون المدني أجاب على التساؤل المطروح أعلاه وهذا من خلال مواده المنظمة للمسؤولية عن الأفعال الشخصية وكذا المسؤولية عن فعل الغير، حيث نص بموجب المادة 125 المعدلة بموجب الأمر (05- 10) على أن مناط المسؤولية عن الأفعال الشخصية

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص 747.

[2] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 26.

[3] " وقد قرر الفقهاء أن العقوبات البدنية في الحدود والقصاص لا تقع عليه، كعقوبة، ولكن تجب مغارم مالية، وقد قالوا أنه لو سرق لا يقام عليه الحد، ولكن يدفع قيمة المسروق إن كان قد اتلفه، وامتنع ارجاعه، وإذا كانت قيمة المسروق تزيد على عشر الدية فإن العاقلة تشاركه، وإن كانت في حدود عشر فإنها تجب في ماله، فإذا سرق قطعة من الذهب واتلفها بأن أضاعها، فإن كانت قيمتها فوق مئة مثقال، فإن القيمة تكون على العاقلة، وإن كانت قيمتها دون المائة أوفي حدودها، فإن القيمة كلها تؤخذ من ماله ". لتفصيل أكثر راجع: محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع نفسه، ص 28. أحمد بو كرزازة، مرجع سابق، ص 277 وما يليها.

[4] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 27.

هو سن التمييز والذي يعد الركن المعنوي للخطأ[1]، وبالتالي لا يسأل القاصر ما دون 13 سنة عن ما يلحقه من ضرر بالغير سواء بصفة أصلية أو بصفة استثنائية [2].

ويجدر الذكر هنا أنه قبل تعديل أحكام المادة 125 أعلاه كان القاصر غير المميز يسأل عن أفعاله الشخصية لكن بصفة استثنائية وقد منح للقاضي سلطة تقديرية في الحكم على القاصر بتعويض عادل للمضرور مراعيا في ذلك حالة الأطراف، حيث لا يقضي بهذه المسؤولية إلاّ في حالة لم يكن هناك مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المكلف بالرقابة، غير أنه بعد التعديل تم إلغاء هذه المسؤولية الاستثنائية للقاصر غير المميز[3].

يتضح من خلال أحكام المادة 125 المعدلة أن مناط المسؤولية عن الأفعال الشخصية هو سن التمييز الأمر الذي يؤدي إلى القول أن القاصر غير المميز لا يسأل عن أفعاله الضارة. وهو ما يستدعي البحث عن من يتحمل مسؤولية ذلك؟ وكذلك يطرح تساؤلا آخرا حول مصير حق المضرور في حال ما إذا لم يستطع القاصر المميز تحمل مسؤولية التعويض إلى من تنتقل هذه المسؤولية؟

كل هذه التساؤلات قد نجد إجابة عنها في أحكام المادة 134 المعدلة بموجب الأمر رقم (05-10) حيث نصت على أنه :" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بالتعويض الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

إن ما ورد ضمن المادة أعلاه يكمل ما هو وارد ضمن المادة 125 إذ يتضح على ضوئها أن متولي رقابة القاصر بشكل عام هو من يتولى المسؤولية عن فعل الضار الذي يحدثه القاصر للغير حيث تكون مسؤوليته أصلية في حال كان القاصر غير مميز، وتكون مسؤوليته احتياطية إذا كان مميزا حيث يكون مسؤولا قانونا على أساس الخطأ المفترض المتمثل في الإخلال بواجب الرقابة، ويقصد بالرقابة هنا:" الإشراف عليهم وحسن تربيتهم ومنعهم من الإضرار بالغير باتخاذ الاحتياطات اللازمة ، وهنا تقوم المسؤولية نتيجة تقصير وإهمال متولي الرقابة وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس "[4].

---

[1] نصت المادة 125 من ق م على: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا ".

[2] أحمد بوكرزازة ، مرجع سابق، ص 261.

[3] نصت المادة 125 من ق م قبل التعديل على: " يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز.

غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم ".

[4] العربي بلحاج، نظرية الالتزام، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص ص 286، 287.

كما يتضح من أحكام هذه المادة أنها أوردت قاعدة عامة تتعلق بمسؤولية المكلف بالرقابة عن الأفعال الضارة التي تقع ممن يكون تحت رقابته، غير أن هذا النص وإن بين الحالات التي تستلزم الرقابة ومن بينها القصور وكذا شروط قيامها والتي تتمثل في تولي شخص رقابة شخص آخر؛ وكذا قيام من يخضع للرقابة بفعل ضار للغير، إلاّ أنه لم يبين الأشخاص الملزمين بهذه الرقابة[1].

وهنا لا بد من التنبيه أن هذا القول لم يكن له وجود قبل تعديل المشرع للقانون المدني بموجب الأمر (05-10) وإلغائه للمادة 135 منه والتي كانت تنص على :" يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولين عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف مسؤولين عن الضرر الذي يسببه تلاميذهم والمتمرنون الذين يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل المعلمين والمربين ".

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرع بين الأشخاص الملزمين بالرقابة حيث بيّن أن الولي يكون مسؤولا مدنيا عن القاصر وهو الأب وفي حال وفاته تكون الأم كما أنه نص على شرط آخر لم يتضمنه سوى هذا النص الملغى ويتمثل في شرط المساكنة والذي يعد شرط إلزاميا للمراقبة، ويقصد بالمساكنة: "هي تلك الإقامة المعتادة أي التي يتوفر فيها معنى الثبات والاستقرار"، والغاية من هذا الشرط هي:" تمكين الوالدين من الإشراف على أولادهم خاصة إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة "[2].

غير أن هذا النص وإن تضمن شرطا إيجابيا قد يكون له دور في تحديد المسؤول عن أفعال القاصر الضارة إلاّ أن المشرع لم ينتبه إلى مسألة أخرى تجعل هذا الشرط مصدر إشكال ويتعلق الأمر بحالة الطلاق، حيث أنه لو منحت الحضانة للأب لا إشكال يطرح، أما إذا منحت لغير الأب هنا نتساءل هل يبقى الأب مسؤولا عن تصرفات ابنه القاصر لكونه لا يزال على قيد الحياة أم أن هذه المسؤولية تنتقل إلى الحاضن؟

إن هذا السؤال قد نجد له إجابة في ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-12-2008 السابق الإشارة إليه، كما قد نجد إجابة له ضمن التشريع والقضاء المقارن، حيث بالرجوع إلى كل من التشريع المغربي وكذا التونسي على سبيل المثال نجد أن كلا من التشريعين حصرا المسؤولين عن الأفعال الضارة الصادرة من القاصر الذي تحت ولايته حيث يكون الأب مسؤولا وفي حال وفاته تحل الأم

[1] أحمد بوكرزازة، مرجع سابق، ص 262.

[2] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص ص 46، 47.

محله، كما نصا على شرط المساكنة ، وقد تم ربط مسؤولية كل من الأب والأم بحكم الولاية على أبنائهم القصر حيث أنها تقوم على الاعتبارات التالية[1]:

- أن المسؤولية تترتب على الأب أولا لأنه هو الولي الأول على القاصر وبعد وفاته أو فقده أهليته تحل الأم محله.
- أنه في حالة الطلاق بالرغم من أن الحضانة قد تنتقل إلى الأم إلاّ أن الأب يظل مسؤولا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها أبناؤه القصر إما بحكم الولاية الشرعية وهو ما أخذ به التشريع المغربي[2]، وإما وفقا للمسؤولية التضامنية عن القاصر كما ذهب إلى ذلك القضاء التونسي الذي وسع في مفهوم المساكنة حماية للقاصر في نفسه وفي ذمته المالية، وذلك من خلال توظيف ما ذهب إليه المشرع من تحميل الأب والأم مسؤولية تضامنية عن القاصر و تشديد القضاء على ما يقدم من دفوع تتعلق بدرء المسؤولية عنهما[3].

إن سعي القضاء التونسي إلى حماية القاصر بإثبات مسؤولية متولي الرقابة قادته إلى مطالبة الأب بأن تكون مراقبته لابنه مراقبة مادية، حيث سعى الأب إلى درء هذه المسؤولية من خلال انتفاء شرط المساكنة لكون الابن يسكن مع حاضنته، غير أن القضاء لم يقبل هذا الدفع مسببا ذلك بكون أن واجب الرقابة يقع على كلا الأبوين حتى وإن لم يكونا تحت سقف واحد ما دام الأب مقر سكناه قريب من مسكن المحضون، وهو ما جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية قولها إن:" طلب سماع البينة ليس من شأنه لأن يغير من الوضعية شيئا ما دامت الفعلة المنسوبة للابن ثابتة لا جدال فيها ضرورة أن البينة ولو أنها ستؤكد عناية الوالد بابنه المعتدي فإن ظروف الحادثة تحقق عكس ذلك بصورة قطعية إذ كان على الأب

---

[1] نص الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود التونسية المضاف بمقتضى القانون عدد 95 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995:" الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الضار الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معهما.
ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أحدهما:
أنه راقب الطفل كل المراقبة الآزمة.
أو أن الضرر عن خطأ من المتضرر نفسه.
وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تنطبق على الحاضر.
وفي صورة وفاة الأبويين أو فقدانهما الأهلية يكون الكافل مسؤولا عن الفعل الضار الصادر من الطفل ...".
أما المشرع المغربي فقد نص في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود على :" الشخص لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدته. الأب فالأم بعد موته يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القاصرون الساكنون معهما..."قانون الالتزامات والعقود الظهير الشريف 9 رمضان 1331"12 اغسطس 1913" .

[2] مليكة غنام، مرجع سابق، ص222.

[3] المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص 49.

أن يراقب ابنه خارج المدرسة وأن لا يغفل عن تلك الآلة التي استعملها بالطريق العام حتى أحدث الضرر المدعى به"[1].

استنادا إلى كل ما سبق يمكن القول أن التعديل الذي أدخله المشرع على أحكام مسؤولية متولي الرقابة ضمن القانون المدني قد أعطى لنا إجابة عامة عن بعض التساؤلات؛ إلاّ أنه لم يمكنا من الإجابة على بعضها الآخر خاصة بإلغائه أحكام المادة 135 من ق م.

كما أنه خلق إشكال آخر بموجب الفقرة 2 من المادة 134 المعدلة حيث خول للمكلف بالرقابة إمكانية دفع المسؤولية دون النظر بعين الاعتبار إلى الطرف المضرور[2]، فإذا كان للمضرور الرجوع على المميز استنادا إلى المادة 124 و125 من ق م فإنه لا يمكنه ذلك بالنسبة لغير المميز لأنه ألغى مسؤوليته الاستثنائية[3]، وهو الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع لحل هذا الإشكال.

خلاصة لكل ما سبق نلتمس من المشرع تعديل أحكام قانون الأسرة والنص بشكل صريح على المسؤولية المدنية للولي على النفس، وفي هذا الصدد نقترح النص على أن يكون: الأب هو المسؤول الأول عن ابنه القاصر بحكم الولاية القانونية عليه، وتبقى هذه المسؤولية قائمة حتى في ظل غيابه أما في حالة وفاته فإنها تنتقل إلى الأم وذلك بحكم الولاية المقررة قانونا، أما في حال الطلاق فإن المسؤولية تكون للولي الشرعي وهو الحاضن ولا يمكن له أن يتملص منها إلاّ إذا تعذر عليه دفع التعويض حيث تنتقل في هذه الحالة المسؤولية إلى الأب بحكم رابطة الأبوة وكونه لا تزال تقع عليه واجبات تجاه ابنه القاصر من ذلك واجب الإنفاق، كما أن في إقرار حق الزيارة واشتراط إقامة المحضون داخل الوطن إنما الهدف منه اشراك الأب في مراقبة ابنه فهذا القول يتماشى والمقصود بالممثل الشرعي الذي نصت عليه المادة 2 من ق ح ط بقولها:" وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو الحاضنة ".

الفرع الثاني: ارتباط المسؤولية المدنية بالولاية على مال القاصر

إن حماية القاصر وإن تأكدت قواعدها الأساسية ضمن قانون الأسرة إلاّ أن ذلك لم يجعله الفرع الوحيد في تنظيم ذلك؛ بل تأكد لنا تداخله مع فروع القانون الأخرى من ذلك القانون المدني الذي تحيلنا إلى قواعده نصوص قانون الأسرة ذاتها إما صراحة أو ضمنا.

---

[1] قرار تعقيبي عدد 648 بتاريخ 19-1-1978، م ق ش، 1978، ع 6. نقلا عن: المهدي قيّاس، مرجع سابق، ص49.

[2] حيث نصت على :" يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة وأثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ".

[3] أحمد بوكرزازة، مرجع سابق، ص 268.

فبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أنه – وكما سبق تفصيله ضمن الباب الأول من هذه الدراسة– نص على جملة من الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق النائب الشرعي سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما بحكم الولاية على القاصر، حيث ترتبط هذه الالتزامات – إضافة إلى نفس القاصر– بمال القاصر حيث يكون مسؤول عن حفظ هذا المال وحسن إدارته والتصرف فيه تصرف الرجل الحريص وإلاّ كان محل مساءلة نتيجة تقصيره[1]، أما القانون المدني فقد بيّن كيفية قيام مسؤولية المكلف بذلك وحالات انتفائها.

وعليه سيتم الحديث ضمن هذا الفرع عن أساس المسؤولية المدنية للنائب الشرعي على مال القاصر أولا، ثم نتحدث عن دور القضاء في حماية مال القاصر من خلال المساءلة المدنية للنائب الشرعي ثانيا:

أولا: أساس المسؤولية المدنية للنائب الشرعي على مال القاصر

إن الحديث عن أساس مسؤولية النائب الشرعي بمناسبة إدارته لمال القاصر يقتضي تحديده من ناحية فقه الشريعة الإسلامية، ثم من الناحية القانونية:

1– الأساس الفقهي للمسؤولية المدنية للنائب الشرعي على مال القاصر:

إن الهدف من إقرار نظام الولاية والوصاية والتقديم على مال القاصر هو المحافظة عليه وحسن تنميته بما يخدم مصلحة القاصر وهو ما سعت إليه الشريعة الإسلامية وكذا القانون، إذ من الناحية الشرعية لم يختلف الفقهاء على اعتبار الأولياء والأوصياء والمقدمين أمناء على هذا المال فقد جاء في صحيح البخاري أن:" ابن سيرين كان أحب الأشياء إليه في مال اليتيم أن يجتمع إليه نصحاؤه وأولياؤه فينظروا الذي هو خير له وكان طاوس إذا سئل عن شيء من أمر اليتامى قرأ "**والله يعلم المفسد من المصلح**" وقال عطاء في يتامى الصغير والكبير: ينفق الولي على كل إنسان بقدره من حصته"[2]. وعليه وجب على القاضي أن يكون رقيبا عليهم ويقوم بمحاسبتهم على سوء التصرف في هذا المال تحت طائلة المسؤولية التقصيرية إذا أهملوا أو تعمدوا التقصير في أداء الأمانة التي تعهدوا بالحفاظ عليها[3].

وقد سطر الفقه الشرعي قاعدة عامة يتوجب على النائب الشرعي السير وفقها وهو خدمة مصالح القاصر ورعاية ماله والحرص على حسن التدبر فيه ولا نيابة لهم خارج هذا الأساس لذلك هناك أمرين أساسيين اتفق حولهما الفقه:

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 88 من ق أ.

[2] مرجع سابق، ج 2، ص 227.

[3] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 514.

- أجمع الفقه الشرعي على أن مال القاصر هو أمانة في عهدة النائب الشرعي فلا يسأل إلاّ في حدود معينة.
- أجمع الفقه الشرعي على أن الولاية على مال القاصر مقيدة بتحقيق مصلحته[1].

إن اتفاق الفقه الشرعي حول مسؤولية النائب الشرعي سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما تستمد أساسها من القرآن الكريم وكذا السنة النبوية الشريفة.

بالرجوع إلى القران الكريم نجد أن نصوصه حثت على وجوب رعاية مال القصر والحرص على التصرف فيها بما يحقق مصالح المولى عليهم، كما تكفل عز وجل بمحاسبة من يسيء التصرف في هذا المال أو أكله بغير وجه لأن في ذلك ظلم وتعدي، فقد قال تعالى في ذلك:﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** ﴾[2]. وقوله أيضا عز وعلا:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** ﴾[3]، وقوله:﴿ **وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا** ﴾[4].

أما من السنة النبوية الشريفة نجد العديد من الأحاديث التي تدل على حسن معاملة اليتيم وكذا حسن رعاية ماله بقوله صلى الله عليه وسلم:" **كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته**"[5]، و النهي عن إضاعة المال[6]، ومنع أكل ماله بغير وجه حق لأن ذلك من الموبقات السبع، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " **اجتنبوا السبع الموبقات** ". قالوا وماهن؟ قال :" **الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلاّ بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات** "[7].

باعتبار أن الأساس الشرعي الذي تقوم عليه مسؤولية النائب الشرعي على مال القاصر هو الإخلال بالواجب الشرعي المقرر عليه نتيجة إهماله وسوء تصرفه فإنه يترتب على ذلك من الناحية المدنية جزاءين يتولى القاضي بتوقيعهما وهما عزله من المهام الموكلة إليه، إضافة إلى الضمان والذي يقصد به:" ضمان أموال المولى عليه لا مال المتعامل معه، لأن المفرط أولى بالخسارة، والضمان يتحمله

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 515.

[2] سورة النساء: الآية 10.

[3] سورة الإسراء: الآية 34.

[4] سورة النساء: الآية 06.

[5] أخرجه البخاري في صحيحه، مرجع سابق، ج2، ص132.

[6] راجع في ذلك: صحيح البخاري، مرجع نفسه، ص 134.

[7] أخرجه البخاري، مرجع نفسه، ج2، ص226.

الولي في ماله، تنشغل به ذمته ولا تتبرأ منه إلاّ بأداء ما عليه للمولى عليه بمقتضى المسؤولية التقصيرية التي هي وجه من وجوه الضمان "[1].

وقد فصل الفقه في مدى قيام مسؤولية الأولياء والأوصياء والمقدمين حيث أجمعوا على عدم قيام هذه المسؤولية في حال إثبات عدم تفريطهم في أداء مهامهم وإن ما حدث من ضرر في مال المولى عليه كان خارجا عن إدارتهم وأن ما حدث لا يمكن تلافيه كحدوث زلازل أو فيضانات أو حرائق أدت إلى إتلاف محاصيله الزراعية...إلخ، أما إذا ثبت إهمالهم وتقصيرهم في إدارة مال القاصر وجبت هنا مساءلتهم وقد كان للفقهاء تفصيل في ذلك:

حيث واستنادا إلى الفقه الحنفي فإن مسؤولية كل من الولي والوصي تقوم في حال إهمال مال القاصر وإتلافه دون وجه حق غير أنهم يجعلون من مسؤولية الأب أقل درجة من الوصي حيث يسأل الأب عن الخطأ الجسيم أما الوصي فيسأل حتى عن الخطأ اليسير[2].

أما فقه الشافعي فقد قال بمسؤولية الولي لكون أكل مال اليتيم وفقهم من الكبائر لذلك وجب ضمان ما أتلفه من مال المولى عليه ولا يجوز إسقاط حقه في ذلك [3].

أما الفقه الحنبلي فتردد في تضمين الأب في حال تعديه واستلائه على مال ولده بغير وجه حق، أما الوصي فقد رتب الضمان في ماله لمال من هو تحت ولايته لكن في ثلاث حالات:"

- إذا رد مال المولى عليه عند رشده بلا بينة.
- إذا فرط في أموال المولى عليه بإساءة التصرف فيها.
- إذا تعدى في التصرف لزوال أمانته بتعديه."[4]

أما الفقه المالكي فقد أقر فقهاؤه بمسؤولية الولي في حال تقصيره أو إهماله لمال المولى عليه تحت طائلة المسؤولية التقصيرية، إذ الغاية من الولاية هي حفظ مصلحة القاصر فإن لم تتحقق بإتلاف أو ضياع مال القاصر وجب ضمانه، وقد بينوا الحالات التي تكيف على أنها تعدي وإهمال من الولي في مال المولى عليه توجب المساءلة من ذلك إذا قام بتسليمه المال دون إيناس الرشد منه فأضاعه القاصر،

---

[1] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 516.

[2] الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 588.

[3] ولي الدين أب زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن، تحرير الفتاوي على "التنبيه" و"المنهاج" و" الحاوي" المسمى النكت على المختصرات الثلاث، ط1، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 2011، ص 43 وما يليها.

[4] عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص 519، 520.

أو في حالة ما إذا لم يرشده وهو رشيد ولم يقم برد ماله وضاع أو هلك المال بتفريط منه، وكذا تصرفه في مال القاصر بالبيع بغبن حيث يسأل الأب عن الغبن الفاحش أما الوصي والمقدم فيسألان حتى على الغبن اليسير، كذلك إذا سلمه المال دون بينة أو دون حساب لتفريط منه[1].

يتضح مما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون حول قيام مسؤولية النائب الشرعي في حال تقصيره وإهماله في إدارة ورعاية مال القاصر الذي في عهدته حيث يترتب عنها ضمان ما ضاع أو هلك من المال كما قد يقتضي ذلك عزله. غير أن هذه المسؤولية تنتفي في حال إثبات النائب الشرعي حسن إدارته والتصرف في مال القاصر وأن ما حدث من ضرر هو خارج عن إرادته.

2- الأساس القانوني للمسؤولية المدنية للنائب الشرعي على مال القاصر:

بخلاف الولاية على النفس نص المشرع الجزائري بموجب المادة 88 من ق أ على مسؤولية الولي في حالة إساءة التصرف في مال من تحت ولايته، حيث جاء فيها:" على الولي أن يتصرف في أموال القصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام "، كما نصت المادة 98 من ذات القانون على :" يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره ".

يتضح من خلال هذين النصين أن النائب الشرعي يقع عليه واجب حسن التصرف في مال القاصر وأن يحرص عليه حرصه على ماله، وفي حال ارتكابه لخطأ أو غش أو تدليس فإنه يكون محل مساءلة تحت طائلة المسؤولية التقصيرية[2].

بالرغم من أن قانون الأسرة لم تتضمن نصوصه كيف تترتب هذه المسؤولية؛ إلاّ أنه يمكن تدارك هذا النقص من خلال الرجوع إلى القواعد العامة المحددة لأحكام المسؤولية التقصيرية ضمن القانون المدني، فباعتبار أن الولاية على مال القاصر تعد واجبا قانونيا على كل من الولي أو الوصي أو المقدم؛ فإن الإخلال به يدخل ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية وبالتحديد المسؤولية عن الأفعال الشخصية والتي وردت أحكامها ضمن المواد من 124 إلى 133 من ق م.

---

[1] "سئل ابن لب عن رجل ركبته الديون حتى استغرقت ذمته، فباع بعض أملاك بناته اللواتي في حجره، يريد أن يبيع باقي أملاكهن لسداد ديونه فهل يقر على ذلك أم لا؟ واجب: ليس للأب ولا لغيره من الأولياء التصرف في مال المولى عليه لمصلحته، لأن الولاية تقوم على أساس المصلحة العائدة إلى القاصر لا إلى الولي، فقد أجاب النوازلي بأن الحكم الشرعي= = منع بيع الأب لما هو على ملك بناته، لمصلحة نفسه، إذ لا سبيل له عليه بموجب شرعي، وإنما السبيل الذي له على مال من تحت ولايته هو حفظه، والتصرف فيه لمصلحة المولى عليه...". أبي عيسى المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، " د ط"، ج 6، المطبعة الحجرية، فاس، 1328، ص 22 و142 و158 و159. نقلا عن عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص ص521،522.

[2] الحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، مرجع سابق، ص 94.

حيث أوردت المادة 124 من ذات القانون الأركان العامة لقيام هذه المسؤولية والمتمثل في الخطأ والضرر والرابطة السببية، ولذلك فإن إثبات الخطأ في هذه الحالة يتم بإثبات إخلال الولي بالتزامه القانوني المتمثل في إهمال مال القاصر وعدم التصرف فيه تصرف الرجل الحريص، كما أن المشرع لم يتطرق إلى نوع الخطأ الذي يرتب المسؤولية مما يعني مساءلته عن الخطأ الجسيم واليسير، وبالإضافة إلى ذلك يجب أيضا إثبات أن هذا الإهمال أدى إلى إلحاق الضرر بمال القاصر كإتلافه أو هلاكه وغير ذلك فإذا لم ينتج ضرر عن ذلك فلا مسؤولية على النائب الشرعي، إضافة إلى ضرورة وجود الخطأ والضرر لا بد من وجود الرابطة السببية بينهما.

إضافة إلى قيام مسؤولية النائب الشرعي نتيجة تقصيره وإهماله في أداء الالتزام القانوني الذي يقع عليه، فإنه يمكن للقاضي أن يقوم بعزله نتيجة لذلك لأنه ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر وهو ما سبق توضيحه[1]، كما أنه قد تترتب عليه مسؤولية لأنه لم يستأذن القضاء في بعض التصرفات التي تستوجب ذلك طبقا للمادة 88 من ق أ وهو ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10-4-1991 حيث جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأملاك القاصر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

ولما كان الثابت – في القضية الحال – أن الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك القاصرة ليس له عليها صفة الولي، فإن قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن "[2].

إن هذا الموقف الذي ذهب إليه المشرع في ترتيب مسؤولية المدنية للنائب الشرعي في حالة إهماله وتقصيره في إدارة مال القاصر له ما يوافقه ضمن التشريعات المقارنة إذ أن منها من شددت في ترتيب هذه المسؤولية كما هو عليه موقف المشرع المصري الذي رتب مسؤولية الأب على الخطأ الجسيم الذي يرتكبه بمناسبة إدارته لمال القاصر الذي تحت ولايته كأن يتصرف بغبن فاحش فيكون مسؤولا عن تعويض ابنه، في حين يسأل الجد و الوصي حتى على الخطأ اليسير وهو ما نصت عليه المادة 24 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 [3].

[1] راجع في ذلك: الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة. وأنظر أيضا: المادة 96 من ق أ.

[2] م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 72353، م ق، ع 3، 1993، ص 115.

[3] محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 232.

هذا وقد شدد المشرع المصري في مسؤولية الوصي من خلال مساءلته مدنيا وذلك وفقا لقواعد القانون المدني حيث باعتباره وكيلا بأجر فإنه يكون ملزما ببذل عناية الرجل المعتاد لذلك فإنه يسأل مسؤولية الوكيل بأجر[1]، والحكمة من ذلك تكمن في رغبة المشرع المصري حماية القاصر ورعاية مصالحه المالية[2].

كما مكّن من متابعته وفقا لأحكام قانون الولاية على المال من خلال فرض غرامات مالية عليه، أو حرمانه من أجره كله أو بعضه، وجعل ذلك يخضع لسلطة المحكمة وذلك في حال إخلاله في أداء التزاماته القانونية أو امتناعه عن تقديم الحساب أو تقديمه خارج الميعاد المحدد لذلك[3]، بل ذهب المشرع المصري إلى أبعد من ذلك حيث فرض بموجب ذات القانون عقوبات جزائية على الوصي حيث أوكل الاختصاص في ذلك للمحكمة الجزائية[4].

أما مدونة الأسرة المغربية فإنها وإن لم تتضمن نصوصها إقرارا لمسؤولية الولي، فإنها أقرت ونصت من جانب آخر بمسؤولية الوصي والمقدم بالنص صراحة على مسؤوليتهما وهو ما نصت عليه المادة 275 من م أ م:" يسأل الوصي عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان ويمكن مساءلته عند الاقتضاء " كما أنها وسعت من هذه المسؤولية إلى إمكانية الحجز على أملاك الوصي إذا لم يقم بأداء واجباته من ذلك امتناعه عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي من مال القاصر وهو ما نصت عليه المادة 256 من م أ م :" يمكن طبقا للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه، إذا لم يمتثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما بقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد " [5].

إن تفصيل وتوسيع المشرع المغربي لمسؤولية الوصي والمقدم أدى ببعض شراح القانون المغربي إلى تأكيد قيام مسؤولية الولي وذلك بالقول أن عدم النص على مسؤولية الولي هو قصور تشريعي منه يمكن سده من خلال الاحتكام إلى قواعد الفقه المالكي التي ترتب هذه المسؤولية وهذا استنادا إلى أحكام

---

[1] وهو ما نصت عليه المادة: 36 و86 من مرسوم بقانون 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص ص 158، 159.

[3] وهو ما نصت عليه المادة: 50 و84 من مرسوم بقانون 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال.

[4] أنظر في ذلك: المادة: 88 من مرسوم بقانون 119 لسنة 1952. راجع أيضا لتفصيل أكثر: كمال حمدي، مرجع سابق، ص 159 وما يليها.

[5] وقد نصت المادة 903 من ق إ ع م:" على الوكيل أن يبذل في أداءه المهمة التي كلف بها عناية الرجل المتبصر حي الضمير". ولتفصيل أكثر راجع: مليكة غنام، مرجع سابق، ص 230 وما يليها.

المادة 400 من م أ م، كما يمكن ترتيب هذه المسؤولية بالرجوع إلى القواعد العامة التي تضمنها الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالمسؤولية التقصيرية لكون نصها جاء عاما، إضافة إلى أن للقاضي الأسري السلطة التقديرية الواسعة في التدخل لحماية مصالح القاصر استنادا للمادة 243 من م أ م، وهو الأمر الذي سار عليه الاجتهاد القضائي المغربي في هذا الجانب[1].

3- المسؤولية عن التصرفات المالية التي يقوم بها القاصر:

إن الحديث عن مسؤولية الشخصية للنائب الشرعي يقتضي طرح تساؤل حول: من يتحمل مسؤولية التصرفات المالية التي يقوم بها القاصر؟

استنادا لما جاء ضمن قانون الأسرة يجب التفرقة بين التصرفات المالية التي يقوم بها القاصر غير المميز والقاصر المميز، فاستنادا إلى المادة 82 من ق أ يتضح أن كل ما يبرمه القاصر غير المميز من تصرفات تقع باطلة سواء كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر، لذلك فإنه لا يترتب عليها أي مسؤولية في ذمة القاصر أو الولي.

أما إذا بلغ القاصر سن التمييز فإن لتصرفاته ثلاثة أوضاع قانونية حيث نصت المادة 83 من ق أ على أن التصرفات التي تكون نافعة له نفعا محضا تعتبر تصرفات صحيحة أما الضارة ضررا محضا فتعتبر باطلة، أما الدائرة بين النفع والضرر فتتوقف على إجازة الولي إذا أجازها نفذت أما إذا لم يجزها وقعت باطلة[2].

أما في حالة الإذن للقاصر من قبل القاضي في التصرف جزئيا أو كليا في ماله طبقا للمادة 84 من ق أ؛ فانه في هذه الحالة تم رفع الولاية عنه مؤقتا من يعني تحمله للمسؤولية الناجمة عن هذه التصرفات بصفة شخصية ما دام له الإذن بذلك، أما إذا تم رجوع القاضي على الإذن فلا يجوز له بعدها إبرام التصرفات وفي حال قيامه بذلك تقع باطلة، وفي كل ما سبق قوله حماية للقاصر ولذمته المالية حيث في حالة النزاع يتدخل القضاء لحل ذلك.

[1] لتفصيل أكثر راجع: عبد الصمد عبو، الرقابة البعدية على اختصاصات الولي، المنبر القانوني، المغرب، ع7-8، أبريل 2015، ص ص 200-202.

[2] لقد سبق التفصيل في هذه المسألة ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

ثانيا: دور القضاء في حماية مال القاصر من خلال المساءلة المدنية لنائب الشرعي

إن تدخل القضاء لحماية مال القاصر له منطلق وأساس فقهي وشرعي باعتباره حامي الحقوق بشكل عام وحقوق الضعفاء بشكل خاص لكونها من النظام العام[1]، كما أنه عن طريقه يتم تفعيل النصوص وتوقيع الجزاءات التي تتضمنها.

ولذلك كان تدخل القضاء وفق هذه الصورة هو للحد من سلطة النائب الشرعي الذي أخل بالتزامه في المحافظة على هذا المال، وتوقيع الجزاء المدني عليه من خلال جبر الأضرار التي ألحقها بالمولى عليه[2].

ومن أهم ما استحدثه المشرع الجزائري النص على القواعد الإجرائية المتعلقة بمنازعات حسابات الولاية على مال القاصر وإدارتها[3]، حيث منح اختصاص النظر فيها إلى قاضي شؤون الأسرة وذلك بموجب دعوى عادية، أما في حالة الاستعجال فإنه يتم الفصل فيها طبقا للإجراءات الاستعجالية[4].

تكون الأحكام الصادرة في هذه الدعوى قابلة لطرق الطعن[5]، وقد مكّن المشرع القاصر الذي بلغ سن الرشد أو تم ترشيده لرفع هذه الدعوى المتعلقة بحسابات الولاية على ماله وإدارتها[6]، وهنا يطرح تساؤل حول مدى إمكانية رفع أطراف أخرى لهذه الدعوى؟ ومدى تطبيق هذه الأحكام والقواعد على الوصاية والتقديم باعتبارهما يدخلان ضمن المفهوم الموسع للولاية؟

إضافة إلى ذلك فقد خول قاضي شؤون الأسرة بالنظر في المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر المميز وهذا استنادا إلى المادة 478 من ق إ م إ.

إضافة إلى ما ورد ضمن قانون الإجراءات المدنية فإنه يمكن إذا ما توفرت قواعد المسؤولية وفقا لما سبق أن يتم رفع دعوى إلى القضاء للتدخل لإزالة الضرر من خلال جبره بتعويض عادل يدفع للقاصر.

فالقاضي الأسري وكذا القاضي المدني مُنحا سلطة واسعة في حماية المضرور بشكل عام وخاصة إذا كان هذا الأخير قاصرا، حيث يتم التعويض استنادا إلى القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار" وهي

---

[1] راجع في ذلك: ملف رقم: 41470 قرار بتاريخ 30-6-1986. نقلا عن: يوسف دلادنة، مرجع سابق، ص 200.

[2] عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 185.

[3] أنظر في ذلك: المادة 474 /1 من ق إ م إ.

[4] أنظر في ذلك: المادة 2/474 من ق إ م إ.

[5] أنظر في ذلك: المادة 475 من ق إ م إ.

[6] أنظر في ذلك: المادة 476 و477 من ق إ م إ.

أساس القواعد القانونية إضافة إلى ضرورة مراعاة الظروف الملابسة ويكون التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي [1].

أما عن آجال انقضاء هذه الدعوى فقد ورد في المادة 133 معدلة من ق م:" تسقط دعوى تعويض بانقضاء " 15 " سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار ".

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية المترتبة عن الاخلال بالتزامات الولاية على النفس

قد تقتضي بعض التصرفات التي يقوم بها الولي أن لا تتوقف عند حد المساءلة المدنية؛ بل قد تتجاوز ذلك إلى إمكانية المساءلة الجنائية نتيجة ارتكابه لأفعال تصنف على أنها جرائم في حق القاصر بمناسبة ممارسته للولاية على نفسه وذلك بعدم تمكينه من الحقوق المعنوية أو المادية المقررة له أو التعدي من قبله على هذه الحقوق؛ إضافة إلى إمكانية تجاوز السلطات الممنوحة له بمناسبة هذه الوظيفة.

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاءه قرروا المسؤولية الجنائية للولي على النفس[2]، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث وتجسيدا للحماية القانونية للقاصر يمكن تدخل القاضي الجنائي في توقيع عقوبات قد تمس شخص الولي أو تمس ذمته المالية وهو الأمر الذي سنتحدث عنه ضمن هذا المطلب، من خلال الحديث عن: المسؤولية الجنائية المرتبطة بالحقوق المعنوية للقاصر من ذلك المساءلة الجنائية للولي في حالة الاعتداء على شخص القاصر بالإساءة إليه أو تجاوزه لسلطة التأديب الممنوحة له وهذا ضمن (الفرع الأول)، ثم يتم الحديث عن: المساءلة الجنائية المترتبة على مخالفة أحكام الحضانة ضمن (الفرع الثاني)، ونتحدث عن المساءلة الجنائية المتعلقة بالحقوق المادية للقاصر ضمن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المساءلة الجنائية المترتبة عن الاعتداء على شخص القاصر

إن ما تضمنته النصوص الموضوعية لحماية القاصر والتي نقصد بها قانون الأسرة والقوانين المكملة له؛ وكذا النصوص الإجرائية في هذا الجانب لم يغني المشرع من توفير ضمانات قانونية أخرى تدعم ما جاء في هذه النصوص وتكملها ويتعلق الأمر بما جاء من أحكام زجرية تضمنها قانون العقوبات قد تمس حتى شخص الولي وهذا بهدف حماية الكيان الأسري ككل وبصفة خاصة الفئة الضعيفة منه. حيث نص على جملة من الأفعال التي إن مورست من قبل الولي اعتبرت جريمة يعاقب عليها.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 131 المعدلة و132 المعدلة من ق م.

[2] بلخير سديد، مرجع سابق، ص 156. عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 202.

وهو ما سنحاول توضيحه ضمن هذا الفرع الذي من خلال بيان أهم الجرائم الممارسة في إطار الولاية على نفس القاصر وما يرتبط بها من حقوق معنوية والتي تستوجب المتابعة وتوقيع الجزاء على مرتكبها وفي ذلك تفعيل للحماية القانونية المقررة للقاصر بموجب قانون الأسرة.

أولا: جريمة الإساءة للأولاد[1]

يتمتع الأولياء تجاه أبنائهم بحقوق وواجبات تقتضي حسن تربيتهم ورعايتهم وكذا الحق في تأديبهم، وفي إطار ذلك قد يحدث خلط ويصعب التفريق بين ما يدخل ضمن حقوق الآباء وما يعتبر تعدي من قبلهم يصنف على أنه إساءة للأولاد تستوجب العقاب[2]، ولذلك بيّن قانون العقوبات بموجب المادة 4/330 المعدلة[3]؛ معنى الإساءة للأولاد من خلال بيان الأفعال التي تفضي إلى ذلك حيث جاء فيها:" أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها ".

يتحدد موضوع الإساءة إلى الأولاد من خلال ما ورد ضمن هذه الفقرة الذي يتضح من خلالها أنه ذو مجال واسع ينصرف إلى كل إهمال معنوي للأولاد يؤدي إلى تعريضهم لخطر معنوي[4]، وهو الأمر الذي يشكل جريمة في حق هؤلاء القصر يستوجب العقاب[5].

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 32.

[2] بلخير سديد، مرجع سابق، ص 159.

[3] وعدلت بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر، ع84، ص 24.

[4] وهو ما نصت عليه المادة 2 من ق ح ط.

[5] جمال نجيمي، مرجع سابق، ص 38.

1- أركان جريمة الإساءة للأولاد أو " جريمة الاهمال المعنوي للأولاد "[1]:

لقد بلغت الحماية المعنوية للقصر من مختلف صور وأشكال العنف وسوء المعاملة من قبل القائم على رعايتهم إلى درجة إلزامه بأن يكون القدوة والمثل الحسن الذي يحتذى به، وفي حال الإخلال بهذه الالتزامات والخروج عن الصلاحيات المقررة قانونا اعتبر ذلك انحراف يستوجب التقويم من خلال توقيع الجزاء القانوني المقرر لذلك.

وعليه لا يمكن وصف فعل ما بأنه انحراف يشكل جريمة يعاقب عليها القانون إلاّ إذا اكتملت كافة عناصره أو أركانه المكونة والتي يحددها النص استنادا إلى قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلاّ بنص قانوني "[2].

أ- الركن المادي:

ويستوجب قيام ثلاثة شروط تأسيسا على نص المادة 4/330 من ق ع وتتمثل في:

- **شرط الأبوة أو البنوة:**

يشترط لقيام هذه الجريمة توفر رابط الأبوة أو البنوة بين الفاعل والضحية ويقصد به هنا الأب أو الأم الشرعيين للضحية استنادا إلى أحكام القانون التي لا تعترف بالتبني لأنه محرم شرعا وقانونا، كما يخرج عن هذا الإطار الكافل الذي وإن التزم بالحرص على تربية ورعاية المكفول القاصر قيام الأب بابنه غير أن هذه الرابطة معنوية لا ترقى إلى رابطة دم الأبوة وبالتالي لا يمكن تطبيق هذا النص على الكافل لتخلف أحد عناصر الجريمة وهو اشتراط أن يكون الفاعل أبا أو أما[3]، غير أنه يمكن منع قيام هذا الجرم في حق المكفول القاصر من خلال ما تضمنه قانون الأسرة من شروط تتعلق بإسناد الكفالة، وما يتوجب على القاضي القيام به من تحريات للتأكد من مصلحة القاصر في ذلك.

---

[1] يعرف الإهمال بأنه: " سلوك سلبي ناشئ عن إخلال الجاني بواجباته سواء عن قصد أو عن غير قصد ، دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية سواء توقعها أو كان عليه توقعها، لكنه لم يقبلها، وكان بالإمكان الحيلولة دون حدوثها". عادل يوسف شكري، المسؤولية الناشئة عن الإهمال " دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة " دار النشر والبرمجيات، القاهرة، 2011، "د ط"، ص ص 68، 69. نقلا عن علي علي قصير، الإهمال العائلي وتأثيره على سلوك الأحداث للجنوح نحو الجريمة في الجزائر، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، مج 15، ع 1، 2015، ص 264.

[2] أنظر في ذلك: المادة الأولى من ق ع.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج1، ط 20، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 158.

ويثير هذا النص التساؤل حول مدى متابعة الحاضن الذي قد يكون غير الأبوين وفقا لهذا النص؟ وهنا يمكن ان تكون الاجابة عن هذا التساؤل بالنفي، لكن يمكن المتابعة بتطبيق نصوص عقابية أخرى من ذلك المادة 269 من ق ع.

- **أعمال الإهمال المبينة في المادة 330-3 من ق ع:** ويمكن تصنيفها إلى:
- **أعمال ذات طابع مادي:** إساءة معاملة الطفل كتجويعه أو ضربه وتعذيبه أو تقييده ومنعه من الخروج أو تركه بالمنزل بمفرده والمغادرة للعمل، أو انعدام الرعاية الصحية كعدم أخذه للطبيب وعدم تقديم الدواء الازم له وغير ذلك[1].
- **أعمال ذات طابع معنوي:** وتتمثل في جانب أدبي: وهو أن تكون الأم أو الأب القدوة أو المثل السيء للقاصر كالإدمان على السكر أو تناول المخدرات أو القيام بأعمال غير أخلاقية كالفجور والفسق والدعارة.

وجانب آخر يتمثل في عدم الإشراف على الأولاد: من خلال تعريض صحتهم وأمنهم وأخلاقهم للخطر كطردهم خارج المنزل أو تركهم يلعبون في الشوارع ليلا نهارا دون مراقبتهم[2].

ولا بد من التنبيه أن المشرع اشترط أن تكون هذه الأفعال الممارسة من قبل والدي القاصر فيها تكرار وأن من شأنها تعريضه للخطر والضرر الجسيم وتقدير ذلك يخضع للقاضي الذي ينظر في الدعوى[3].

- **النتائج الجسيمة المترتبة عن الإهمال:** يخضع تقدير مدى وجود الخطر الجسيم من عدمه إلى قاضي الموضوع حيث ينظر القاضي في الأعمال التي قام بها الأب أو الأم وخطورتها على صحة وخلق ونفس الطفل ، حيث إذا ثبت لديه ذلك كيف العمل على أنه جريمة بغض النظر ما إذا كانت السلطة الأبوية سقطت عن الأبوين أم لا[4].

ب- **الركن المعنوي:**

يكفي لقيام الركن المعنوي لهذه الجريمة أن يكون الفاعل على الوعي بخطورة الأفعال التي يقوم بها على أمن وصحة وسلامة القاصر ولا يشترط توفر القصد الجنائي في ذلك[5].

---

[1] محمود لنكار، مرجع سابق، ص 230. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 158.

[2] محمود لنكار، مرجع سابق، ص 230. أحمد بوسقيعة، مرجع سابق، ص 159.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 35.

[4] أحمد بوسقيعة، مرجع سابق، ص 159.

[5] محمود لنكار، مرجع سابق، ص 231.

ت- المتابعة والجزاء:

استنادا لنص المادة 330-4 من ق ع فإن متابعة الفاعل المرتكب لجنحة الإهمال المعنوي للأولاد لا تخضع لقيد الشكوى المسبقة من المضرور وبالتالي يجوز رفعها لمجرد توفر أركانها.

أما من حيث الاختصاص فإنه ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الأب أو الأم مرتكب الجرم.

أما من حيث الجزاء فإن هذا النوع من الجرائم يطبق عليه العقوبات الأصلية والتكميلية وهو ما حددته المادة 330 السابق الإشارة إليها حيث تقدر العقوبة بالحبس من شهرين إلى سنة والغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج.

ثانيا: جريمة ترك الأولاد وتعريضهم للخطر

لقد تكاتفت النصوص القانونية لحماية القاصر من خلال منع كل تهديد يمس سلامته وأمنه وأخلاقه فلم يكتفي المشرع بما هو وارد ضمن قانون الأسرة وإنما أضاف له دعامة أخرى تتمثل فيما هو وارد ضمن قانون العقوبات الذي زاوجت نصوصه بين الهدف الوقائي والحِمائي وبين الردعي لكل من سولت له نفسه الاعتداء على هذه الفئة الهشة من المجتمع خاصة إذا كان ذلك من قبل الآباء والحاضنين له ويتضح ذلك من خلال ما صنفته أحكام المواد 314 إلى 317 أنها جرائم متعلقة بالاعتداء على حقوق الأبناء[1].

1- الأركان المكونة للجريمة

يمكن استنادا لما ورد ضمن المادة 314 من ق ع استنباط الأركان المكونة لهذه الجريمة والمتمثلة فيما يلي:

أ- الركن المادي: الترك أو التعريض للخطر:

يكفي لتكوين الركن المادي لهذه الجريمة ترك الطفل أو تعريضه للخطر من ذلك ترك طفل أمام مسجد أو ملجا، حيث أن هناك من يصنف هذه الجريمة بأنها تهرب من الالتزامات العائلية أو التزامات الحضانة، فمن شأن هذا العمل حرمان القاصر من الرعاية والرقابة [2].

---

[1] Ammar Belhimer, Article cité,p 22.

[2] أحمد بو سقيعة، مرجع سابق، ص ص 183،184.

كما يدخل تحت ذات الجرم من حرض أو حمل الغير على تعريض القاصر إلى الخطر في مكان غير خال من الناس[1]، فهذه الوقائع تشكل الركن المادي لهذه الجريمة[2].

أما فيما يتعلق بصفة المجني عليه فيفترض فيها أن يكون طفلا دون تحديد المشرع لسن معينة، أما صفة الجاني فإنها لم يتم تحديدها من قبل المشرع الذي اكتفى بتشديد العقوبة في حالة كان الجاني أصلا للطفل أو له سلطة عليه أو يتولى رعايته وهناك من يرى أن معظم حالات ارتكابها تكون من أفراد الأسرة كالأب أو الأم أو أحد الأصول أو من تكون له ولاية على الضحية كالحاضن والكافل[3].

ب- الركن المعنوي:

يتطلب تكييف هذا الفعل على أنه جريمة ضرورة توفر القصد الجنائي غير أن ما يتحكم في الجزاء النتيجة المترتبة على الفعل، هذا لم يشترط المشرع من القاضي البحث في الأسباب التي أدت إلى ارتكاب الجرم لذلك لا فرق أن يكون القصد التخلص من مسؤولية الطفل أو عدم القدرة على تحمل أعباءه المالية ...إلخ[4].

ت- **الجزاء:** يختلف الجزاء بالنظر في طبيعة الرابطة التي بين الجاني والمجني عليه وكذا حسب الظروف المكانية والنتائج المترتبة عنها:

- **ترك الطفل في مكان خال من الناس:** طبقا للمادتين 314 و315 من ق ع : ويتحدد المكان الخالي استنادا إلى الطابع الجغرافي للمكان وكذا إمكانية انقاذ الضحية إضافة إلى الظروف الخاصة بكل ذلك، ويعاقب الفاعل بالحبس من سنة إلى 3 سنوات.

وقد تشدد العقوبة إذا ارتبطت بظرفين[5]:

✓ **نتيجة الفعل:** وهذا على النحو التالي:

- إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما حيث تشكل الجريمة جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 316 من ق ع.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 45.

[3] محمود لنكار، مرجع سابق، ص 227.

[4] محمد عبد الوهاب خفاجي، التنظيم القانوني لحقوق الطفولة والأمومة في ضوء قانون الطفل المصري واتجاهات المنظمات الدولية ، ط1، " د ن"، "د م ن"، 1997، ص 256.

[5] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص ص 184، 185.

- إذا حدث للطفل مرض أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة: تصنف الجريمة على أنها جناية وتكون عقوبتها السجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات.
- إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في موت الضحية: يصنف الجرم على أنه جناية عقوبتها السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة[1].

✓ **صفة الجاني:** نصت على ذلك المادة 315 من ق ع على أن العقوبة تشدد في حالة كان الجاني أحد أصول الضحية أو من يتولون رعايته فتكون العقوبة على النحو الآتي:

- الحبس من سنتين إلى 5 سنوات في حالة ما إذا لم ينشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما.
- السجن من 5 الى 10 سنوات في حالة إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما.
- السجن من 10 إلى 20 سنة في حالة ما إذا حدث للطفل مرض أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.
- السجن المؤبد إذا أدت تسببت الجريمة في الوفاة[2].
- **ترك الطفل في مكان غير خال:** حيث تنص المادة 316 من ق ع على أن العقوبة هي الحبس من 3 أشهر إلى سنة، غير أنه قد تشدد هذه العقوبة تبعا لظرفين وهما:

✓ **نتيجة الفعل:**

- إذا نتج عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما تصنف الجريمة على أنها جنحة وتكون عقوبتها الحبس من 6 أشهر إلى سنتين.
- إذا نتج عن ذلك مرض أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة تصنف الجريمة على أنها جنحة عقوبتها الحبس من سنتين إلى 5 سنوات.
- إذا أدى الفعل إلى الوفاة تصنف الجريمة على أنها جناية عقوبتها من 5 إلى 10 سنوات[3].

✓ **صفة الجاني:** تشدد العقوبة إذا كان الجاني من الأصول أو من لهم سلطة على الطفل أو من يتولون رعايته وهذا كالآتي:

- الحبس من 6 أشهر إلى سنتين إذا لم ينشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 2/314-3-4 من ق ع.

[2] أنظر في ذلك: المادة 315 من ق ع.

[3] أنظر في ذلك: المادة 2/316- 3- 4 من ق ع.

- الحبس من سنتين إلى 5 سنوات في حالة ما إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما.
- السجن من 5 سنوات إلى 10سنوات في حالة ما إذا حدث للطفل مرض أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.
- السجن من 10 الى 20 سنة إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في وفاة الضحية[1].

ثالثا: جريمة إساءة استعمال سلطة التأديب

إن تأديب الولي للقاصر يدخل ضمن السلطات المخولة له شرعا وقانونا بمناسبة ممارسة الولاية على النفس، غير أن الولي قد يتجاوز حدود التأديب مما يشكل إساءة للقاصر تستوجب المساءلة الجنائية وفي هذا الصدد نصت المادة 269 من ق ع على أن الإيذاء الخفيف للقاصر بمناسبة تأديبه من قبل والديه لا يشكل جرما يعاقب عليه القانون وإنما هو أمر مباح يدخل ضمن الصلاحيات الممنوحة قانونا للولي[2]، كما اعتبرت ذات المادة أن هذه الصلاحيات إذا خرجت عن مجال الإباحة شكلت جرما يعاقب عليه القانون.

1- الأركان المكونة لجريمة إساءة سلطة التأديب:

وقد تضمنتها المواد 269 المعدلة إلى المادة 272 من ق ع وتتمثل في:

أ- الركن المادي: ويتمثل في:

- الضرب الذي يخرج عن إطار الإيذاء الخفيف.
- الجرح

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 317 و318 من ق ع.

[2] لم يحدد المشرع المقصود بالإيذاء الخفيف وكذا لم يبين شروطه ، وفي هذا الصدد وضع بعض شراح القانون شروطا لذلك:"

- أن لا يكون بغير اليد مثل السوط والعصا.
- أن لا يتجاوز ثلاث ضربات خفيفة.
- أن لا يترك هذا الضرب أي أثر على الجسم.
- أن تتقي فيه المواضع المخيفة مثل الرأس الوجه الصدر البطن...
- أن لا يلجأ للضرب إلاّ بعد استنفاذ الوسائل التأديبية الأخرى مثل الوعظ والإرشاد.
- أن لا يضرب من له حق التأديب وهو في حالة غضب.
- كما يجوز أن يكون بتقييد الحرية بشرط أن لا يكون في ذلك تعذيب أو إيلام للبدن" . محمود لنكار، مرجع سابق، ص ص 222، 223. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص ص 84، 85.

- أعمال العنف
- التعدي
- الامتناع عمدا عن تقديم الطعام أو العناية بالطفل[1].

هذا ويشترط في الضحية أن يكون طفلا لم يكتمل سن 16 سنة وقت ارتكاب الفعل الجرمي، ويشترط في الجاني أن يكون أحد أبوي الضحية أو له سلطة عليه بحكم الولاية على النفس كالحاضن والكافل[2].

ب-الركن المعنوي:

لا بد أن تكون هناك إرادة لإحداث هذا الفعل.

ت- الجزاء :

تشكل جريمة إساءة سلطة التأديب جنحة يعاقب عليا القانون بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5.000 دج[3].

هذا وقد يختلف الجزاء تبعا لنتيجة الجرم وصفة الجاني وهذا كالآتي:

✓ **نتيجة الفعل:**

- إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان من الطعام والعناية مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي لمدة 15 يوما، وإذا وجد سبق الإصرار والترصد تضاعف العقوبة من 3 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500 إلى 6.000 دج.
- إذا نتج عن ذلك فقد أو بتر أحد الأعضاء أو أي عاهة مستديمة تكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة.
- إذا نتج عن ذلك وفاة فإن العقوبة تتراوح بين 10 سنوات إلى 20 سنة أو عقوبة السجن المؤبد أو الإعدام حسب درجة خطورة الفعل الجرمي[4].

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 269 من ق ع المعدلة بموجب الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975، ج ر ع 53، ص 755.

[2] أنظر في ذلك: المادة 269 المعدلة و272 من ق ع.

[3] أنظر في ذلك: المادة 269 من ق ع.

[4] أنظر في ذلك: المادة 270 المعدلة بموجب الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975، ج ر ع 53، ص 755. والمادة 271 من ق ع.

- ✓ **صفة الجاني:** حيث تشدد عقوبة إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين للضحية أو الأصول أو أي شخص له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته[1].

الفرع الثاني: المساءلة الجنائية المترتبة على مخالفة أحكام الحضانة

لقد كفل المشرع حماية القاصر في ظل انعقاد الرابطة الزوجية وكذا في حال انحلالها بالطلاق من خلال بيان ما له من حقوق في الحالتين، من ذلك الفصل في شأن حضانته وإسنادها إلى أحد الأشخاص المحددين في المادة 64 من ق أ، مع الحكم بحق الزيارة، وقد منح القاضي دورا في تقدير ذلك وفقا لمعيار مصلحة المحضون، وتفعيلا لأحكام قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة.

ولإضفاء مزيد من الحماية للقاصر نص قانون العقوبات بموجب المادة 328منه على:" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

و تزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا اسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

إن ما ورد ضمن الفقرتين من المادة 328 أعلاه تعبر على حرص المشرع في حماية حقوق القصر وضمانة أمنهم وسلامتهم واستقرارهم وكذا التأكيد على إلزامية الأحكام القضائية التي يجب احترامها[2].

وعلى أساس ذلك سيتم الحديث عن جريمتين وردتا ضمن هذه المادة من خلال بيان العناصر المكونة لها وكذا الجزاء المترتب عنها:

أولا: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه

من أهم المبادئ التي ركز عليها المشرع في معالجته أحكام الحضانة مصلحة المحضون التي جعلها فوق كل اعتبارات وهذا حتى لا يكون حلبة صراع بين الطرفين، وهو ما أكده المشرع من خلال تجريمه الامتناع عن تنفذ الأحكام القضائية المتعلقة به وخاصة تلك التي تقضي بإسناد حضانته، حيث

[1] أنظر في ذلك: المادة 272 من ق ع.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 174.

يعتبر كل امتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه جريمة يعاقب عليها القانون وهذا بموجب المادة 1/328 من ق ع[1].

1- أركان جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه:

ولا بد من توفر الركن المادي والمعنوي:

أ- **الركن المادي:** ويتمثل في:

1 - عنصر الامتناع عن التسليم: ي

عتبر الامتناع من أهم العناصر المادية المكونة لهذه الجريمة وبدونه لا قيام لها، ويقصد بالامتناع هنا ذلك الموقف السلبي الذي يقوم به المتهم عن قصد وتعمد واضح بعدم تنفيذ الحكم القضائي الصادر بتسليم الطفل محل الحضانة، حيث يثبت الامتناع بموجب محضر قضائي يؤكد الواقعة وإلاّ لا يمكن اعتباره ممتنعا وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها[2]، من ذلك ما جاء في قرار بتاريخ 19-7-1996:" أنه ومتى ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة رفضه تسليم البنت إلى والدتها. ولم يقم بأي مناورة لمنع الوالدة من حق الزيارة. وأن البنت هي التي رفضت الذهاب إلى والدتها، كما يشهد على ذلك تصريح المحضر القضائي فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنت يعد خرقا للقانون ويستوجب النقض "[3].

كما جاء أيضا في قرار صادر عن مجلس قسنطينة بتاريخ 19-2-2017 :بناء على محضر المعاينة وإثبات الحالة التي قام بها المحضر القضائي لتأكيد واقعة عدم تسليم طفل المنسوبة إلى المتهمة تبين أنها " قاصرة الأركان والعناصر لكون المتابعة كانت بناء على شكوى الضحية المدحوضة بالمحضر سالف الذكر لكون أن زيارة الضحية لابنه بتاريخ 24- 5-2013 ولم يجده كان ذلك التاريخ موافق لتاريخ زواج أخ المتهمة بمدينة مرسيليا الفرنسية وشهادة الزواج المرفقة تؤكد ذلك كونها مؤرخة بتاريخ 24-5-2013 وهو التاريخ المطابق لتاريخ زيارة الضحية لمنزل مطلقته ولم يجدها"[4].

2 - عنصر توفر حكم قضائي سابق:

إن الحديث عن هذا العنصر يتم من خلال بيان مضمون الحكم وكذا طبيعته، فاستنادا للمادة 1/328 من ق ع أعلاه اشترط المشرع لقيام هذه الجريمة وجود حكم قضائي إما صادر عن القضاء

---

[1] Ammar Belhimer, Article cité ,p 22.

[2] ملف رقم: 145722 بتاريخ 14-4-1997، غير منشور: نقلا عن أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص178.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 175.

[4] أنظر الملحق رقم : 10، ص ص 542 – 544.

العادي أو الاستعجالي سواء كان حكما مؤقتا أو نهائيا؛ يقضي بإسناد الحضانة وبالتالي تسليم المحضون إلى حاضنه، ويشترط في هذا الحكم أن يكون حائز لحجية الشيء المقضي فيه أو يكون مشمول بالنفاذ المعجل، حيث يكون قابل للتنفيذ فورا بقوة القانون، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها بتاريخ 16-6-1996 قضت: " بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهما غير مشمول بالنفاذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف"[1]، كما يجب أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الجزائري تم تبليغه بشكل رسمي للمعني بالأمر، أما بالنسبة للأحكام الأجنبية فإنها لا يكون لها قوة إلا إذا كانت ممهورة بالصيغة التنفيذية وفقا للإجراءات القانونية المعمول بها إما استنادا للاتفاقيات أو للقانون الداخلي[2].

هذا وقد طرح تساؤلا حول مدى تطبيق هذه المادة في حال الامتناع عن تنفيذ حكم حق الزيارة؟

لقد أقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أن ما تضمنته أحكام المادة 328 يشمل أيضا الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة حيث جاء في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 14-فيفري 1989 جاء فيه :" عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية " [3]، وهو رأي شراح قانون العقوبات الجزائري، حيث يرى الدكتور أحسن بوسقيعة أن الحضانة تأخذ مدلولا واسعا يشمل أيضا حق الزيارة [4]، فالغاية من تجريم الفعلين تكمن في حماية مصلحة القاصر المحضون وحماية الأحكام القضائية التي يعد تنفيذها مسألة متعلقة بالنظام العام. وفي هذا الصدد هناك من يقترح على المشرع تدارك المسألة وإدراج حق الزيارة ضمن أحكام المادة 328 من ق ع وهو الأمر الذي نؤيده[5].

3 - عنصر وجود قاصر تحت سلطة المتهم:

باعتبار أن الجريمة متعلقة بأحكام الحضانة فانه يتم تحديد المقصود بالقاصر هنا على ضوؤها[6]، والذي يقصد به كل ذكر لم يتجاوز 16 سنة وكل أنثى لم تتجاوز سن الزواج الذي هو 19 سنة[7].

---

[1] ملف رقم: 132607، غير منشور. نقلا عن: أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص 178.

[2] مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج2،"د ط"، دار هومة ،الجزائر، 2007، ص149.

[3] م ع، غ ج، ملف رقم: 54930، م ق، ع2، 1995، ص 181. أيضا: ملف رقم: 239135، صادر بتاريخ 27-3-2001، م ق، ع 2، 2001، ص ص377، 378.

[4] مرجع سابق، ص 179.

[5] حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج5، ع7، 1-12-2010، ص ص 26، 27.

[6] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 178.

[7] أنظر في ذلك: المادة 7 و65 المعدلتين من ق أ.

لذلك يشترط لقيام هذه الجريمة امتناع المتهم عن تسليم قاصر لحاضنه أو الامتناع عن تنفيذ الحكم المتعلق بحق زيارته، كما يشترط إلى جانب ذلك أن يكون هذا القاصر تحت سلطة المتهم الممتنع، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الفرنسية بمعاقبة الأب باعتباره شريكا في الجريمة لأنه شجع ابنه المتزوج على عدم تسليم الولد لأمه واعترض معه على المحضر وقام بتسديد ثمن سفر الولد إلى الخارج[1]، كما يرى في هذا الصدد الأستاذ عبد العزيز سعد أنه يشترط لتفعيل أحكام المادة 328 من ق ع وجود الطفل حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، وأنه في حالة كان تحت سلطة فعلية لغير الحاضن وكانوا يسكنون معه في نفس المنزل فلا يعد في هذه الحالة مسؤولا عن عدم تسليم الطفل ولا يتم متابعته بذلك لانتفاء أحد عناصر الجريمة[2].

ب- **الركن المعنوي:**

يشترط لقيام هذه الجريمة إضافة إلى توفر ركن المادي بعناصره ضرورة توفر القصد الجنائي ويتمثل في العلم بالحكم القضائي الذي يتم إثباته من خلال محضر التبليغ، وكذا نية معارضته من خلال الامتناع عن تنفيذ الحكم.

وفي هذا الصدد تثار إشكالية امتناع القاصر ذاته الذهاب مع الشخص الذي أسندت له حضانته أو رفضه مقابلته استنادا لحق الزيارة ، حيث ذهب القضاء الفرنسي إلى قيام الجريمة في حق الأم التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم تنفيذا لحكم قضائي يقضي له بحق الزيارة "، كما تم :" إدانة الجاني سواء لجأ إلى إكراه الطفل على البقاء معه أو لم يستعمل سلطته على الطفل لإرغامه على الاستجابة لما قضي به "[3].

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية الجزائرية في هذا الجانب نجد أمر صادر عن محكمة قسنطينة بتاريخ 28-8-2016[4]، وكذا قرار صادر عن مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 25-10-2016[5]، تتلخص وقائع القضية في امتناع الطفل امتناعا مطلقا الاستجابة لوالده والذهاب معه إلى منزله خلال الفترة المدرسية طبقا لحكم حق الزيارة[6]، بالرغم من محاولة كل العائلة مع الطفل للذهاب مع والده غير أنه

---

[1] Crim19-21963 ,BC N°82. نقلا عن: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 181.

[2] الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 176.

[3] Crim,7-12-1944.D.1945,J.223.Crim,27-12-1951,D.1952.107.

نقلا عن: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص180.

[4] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 07، ص ص 529 – 532.

[5] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 08، ص ص 533 – 538.

[6] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 09، ص ص 539 – 541.

رفض وأصر على عدم الذهاب، وقد تم تأكيد ذلك من خلال محضر إثبات حالة من طرف المحضر القضائي، حيث أنه في هذه الحالة لا يمكن إجبار الطفل على الذهاب عنوة، الأمر الذي أدى بالحاضنة – وفي ظل الشكاوى المقدمة من طرف والده إلى كل من قاضي الأحداث الذي طلب منه التدخل لحماية القاصر إضافة إلى وكيل الجمهورية تتضمن شكوى ضد الحاضنة لكونها امتنعت عن تسليم الطفل – إلى رفع دعوى استعجالية لوقف حكم الزيارة مؤقتا مراعاة لمصلحة الطفل إلى غاية صدور تقرير الطبيب النفسي الذي تم الأمر به من قبل قاضي الأحداث للكشف عن الطفل. حيث استجابت محكمة قسنطينة لطلب الحاضنة الأم، غير أنه تم استئناف الأمر من قبل والد الطفل أمام القسم الاستعجالي لمجلس قضاء قسنطينة حيث قضى:" بإلغاء الأمر المستأنف الصادر عن محكمة قسنطينة القسم الاستعجالي والقضاء بعدم الاختصاص "[1].

حيث يتبين من حيثيات القرار أن أسباب قضاء المجلس بعدم الاختصاص مؤسسة على ما يلي:

- أن الفصل في كل النزاعات المتعلقة بحق الزيارة يمنح لقاضي شؤون الأسرة بموجب المادة 423 من ق إ م إ ولا ينعقد الاختصاص فيها لقاضي الاستعجال.
- أن الفصل في حالات الاستعجال المتعلقة بحق الزيارة أيضا من اختصاص قاضي شؤون الأسرة ويفصل فيها بموجب أمر على عريضة وليس دعوى استعجالية وهذا طبقا للمادة 57 مكرر من ق أ، لكن بالرجوع إلى نص المادة نجد أنها لم تشر من هو القاضي المعني وهو الأمر الذي أدى إلى اختلافات لدى الفقه والقضاء في تفسير هذه المادة وقد سبق الإشارة إلى ذلك ضمن هذه الدراسة.
- كما أن عنصر الاستعجال غير متوفر في القضية الحال لكون النزاع يتعلق بوقف الاستفادة من حق الزيارة هو أمر يمس أصل حق مقرر شرعا، مما يجعل من القاضي الاستعجال غير مختص وإنما الاختصاص ينعقد لقسم شؤون الأسرة أمام قاضي شؤون الأسرة .
- كما أن الفصل في مدى أحقية كل طرف يكون بموجب ما يقدم من إثباتات تتعلق بوجود خطر محدق بالطفل المحضون وبما أن التقرير الطبي المحتج به يثبت سلامة الطفل نفسيا وعقليا لذلك لا يوجد ما يثبت الضرر الحال الذي يستلزم اتخاذ إجراءات وتدابير مؤقتة تتعلق بوقف الزيارة[2].

وما يلاحظ هنا واستنادا إلى التسبيب الأخير الذي أسس عليه المجلس قراره نجد أنه بمفهوم المخالفة لو وجد خطر محدق أو ضرر يصيب القاصر نتيجة هذا الحكم لتم وقفه مراعاة لمصلحة المحضون، وبهذا يمكن للحاضن التملص من المتابعة الجزائية المتعلقة بعدم تسليم الحاضن أو عدم

[1] أنظر في ذلك: الملحق رقم:08، ص 538.

[2] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 08، ص ص 537 – 538.

الامتثال إلى حكم المتضمن حق الزيارة من خلال إجراءات قانونية تكون موازية تتمثل في وقف تنفيذ الحكم ولا يسوغ للشخص الامتناع دون هذا الإجراء لأن ذلك يعد غير قانوني وغير مبرر. ماعدا في حالة كان امتناعه مبرر قانونا كغيابه لأمر ضروري في تاريخ الزيارة لكن يشترط عدم تكرار ذلك[1].

ت- من حيث الجزاء:

تعد جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه طبقا للمادة 328 من ق ع جنحة يعاقب عليها القانون من شهر إلى سنة وبغرامة مالية 500 إلى 5.000 دج ويمكن أن تصل العقوبة إلى 3 سنوات إذا كانت السلطة الأبوية مسقطة.

ولا بد من التنبيه في الأخير أن جريمة الامتناع عن تسليم قاصر هي جريمة متجددة ومستمرة إذ لا يمكن الاحتجاج بسبق الحكم فيها، فكلما تجدد الفعل من طرف الجاني بامتناعه عن تسليم القاصر يمكن متابعته[2].

كما لا يمكن متابعة الجاني إلاّ بناء على شكوى من الضحية وهذا استنادا للمادة 328 مكرر من ق ع، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية[3].

ثانيا: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 328 من ق ع على توقيع نفس الجزاء على كل من يقوم باختطاف قاصر من حاضنه أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وفي ذلك تأكيد من المشرع على حماية القاصر المحضون وكذا الأحكام القضائية الصادرة بشأنه[4].

اختطاف المحضون من حاضنه واستنادا للمادة 2/328 أعلاه لا يمكن أن يشكل جرما يعاقب عليه القانون إلاّ من خلال توفر الأركان المادية والمعنوية المكونة له:

---

[1] أنظر في ذلك: الملحق رقم: 10، ص ص 542 – 544. وأيضا: الملحق رقم:11، ص ص 545 – 548.

[2] حسينة شرون، مرجع سابق، ص 23. مكي دردوس، مرجع سابق، ص 150.

[3] أضيفت بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر ع 84، ص 24.

[4] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 177.

1- الركن المادي:

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة على فعل الاختطاف الذي يكون وفق عدة حالات حيث يمكن أن يتم الاختطاف من طرف الأم أو الأب، كما يمكن أن يكون فعل الاختطاف من الأماكن التي يتم وضع المحضون فيها أو بإبعاده عنها من ذلك المدرسة دار الحضانة أهل الحاضن...الخ، كما قد يستعين الشخص بالغير وإعماله كأداة للوصول إلى ذلك وهذا من خلال توكيل مهمة الاختطاف إلى الغير حيث يعد في هذه الحالة الغير شريكا في جريمة الاختطاف إلى جانب الفاعل الأصلي وهو الشخص الذي كلفه بذلك[1].

ولا بد أن تتحقق نتيجة الاختطاف وذلك من خلال إبعاده عن حاضنه وفق الصور السابقة سواء كان ذلك بعنف أو بغير عنف وتحايل[2].

ولا بد أن يكون هناك حكم قضائي مسبق صادر عن القضاء سواء كان نهائيا أو مؤقتا يقضي في إسناد الحضانة للشخص الذي تم اختطاف الطفل منه حتى يستطيع تقديم شكوى بذلك[3].

2- الركن المعنوي:

لا بد من توفر القصد الجنائي في الفعل حتى يشكل جرما، والنية الإجرامية هنا مفترضة لمجرد تجاوز الحكم القضائي في القيام بعملية الاختطاف والإبعاد، وعلى المتهم أن يتملص من ذلك بإثبات حسن نيته وعدم مخالفة القانون، وهو ما أكدته التطبيقات القضائية في هذا الشأن من ذلك قولها:" أن الجريمة تنتفي إذا ثبت أن القاصرة تعمدت الهروب من بيت والدتها من تلقاء نفسها دون تدخل من المتهم أو تأثير منه "[4].

3- **الجزاء:**

يخضع الجاني المرتكب لجريمة اختطاف المحضون لنفس الجزاء المقرر لجريمة عدم تسليم طفل وهو ما تؤكده المادة 328 من ق ع حيث يشكل هذا الجرم جنحة عقوبتها الحبس من شهر إلى سنة

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع نفسه، ص 178.

[2] أنظر في ذلك: المادة 2/328 من ق ع.

[3] أنظر في ذلك: المادة 328 وكذا المادة 329 مكرر من ق ع. راجع أيضا: حسينة شرون، مرجع سابق، ص 24 وما يليها.

[4] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص ص 180، 181.

وبغرامة مالية من 500 إلى 5.000 دج، كما يمكن أن تضاعف هذه العقوبة إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد اسقطت السلطة الأبوية على الجاني.

ولا بد من التأكيد أن المتابعة لا تكون إلاّ بموجب شكوى من الضحية وأن الصفح يوقف المتابعة الجزائية وهذا استنادا إلى المادة 329 مكرر من ق ع.

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية المرتبطة بالحقوق المادية للقاصر

من أهم الضمانات القانونية المقررة لمصلحة القاصر الرعاية المادية له من خلال تلبية كل احتياجاته من مأكل وملبس ومأوى وعلاج حيث يدخل ذلك ضمن مسؤولية الأب في حال قيام الرابطة الزوجية أو انحلالها بالطلاق استنادا للسلطة الأبوية وهو ما نصت عليه المادة 75 من ق أ، والهدف من ذلك المحافظة على القاصر من التشرد والانحراف والإهمال[1].

إن تأكيد المشرع على الزامية هذه الرعاية وضرورة قيام الولي بهذا الواجب تجاه أبنائه القصر يتضح من خلال الجزاء القانوني المترتب على مخالفة ذلك، حيث صنف هذا الإخلال إهمالا منه يستوجب المتابعة الجزائية وهو ما نصت عليه المادة 331 المعدلة من ق ع حيث جاء فيها[2]:" يعاقب بالحبس من ستة "6" أشهر إلى "3" سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين "2" عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه وإلى زوجه وصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية تختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة.

ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".

استنادا إلى هذا النص لا تتم المتابعة عن الإهمال المادي للقاصر إلا بقيام أركان معينة بتوفرها تتكون لنا عناصر الجريمة وبذلك يتم توقيع الجزاء المقرر لها.

---

[1] علي علي قصير، مرجع سابق، ص 271.

[2] عدلت بالقانون رقم 06-23.

أولا: الشروط الأولية الواجب توفرها في جريمة الإهمال المادي "الامتناع عن تسديد النفقة"

لقيام هذه الجريمة لا بد من توفر شرطين أساسيين:

1- وجود دين مالي يتعلق بتسديد النفقة:

وهو ما نصت عليه المادة 331 من ق ع حيث تشمل النفقة وفقا لما تضمنه قانون الأسرة في المادة 78 منه الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من ضروريات العرف والعادة، فهذه المسائل هي التي يتوجب على القاضي وضعها بعين الاعتبار عند تقدير مبلغ النفقة، وهو الأمر الذي قصدته المادة 331 من ق ع بقولها "لإعالة أسرته" وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 26-4-2006 حيث جاء فيه أن:" النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة "[1].

وقد كانت المحكمة العليا قبل هذا القرار ترى بأن المقصود بالنفقة المنصوص عليها ضمن المادة 331 من ق ع النفقة الغذائية وليس النفقة المنصوص عليها ضمن المادة 78 من ق أ وقد أسست هذا التفسير على ما ورد في النسخة الفرنسية للمادة 331 من ق ع. وفي هذا السياق يرى الدكتور أحسن بوسقيعة أن هذا الاختلاف بين الصياغة الفرنسية والعربية لا يتعلق فقط بمصطلح النفقة وإنما هذا التباين نجده أيضا في ما نصت عليه المادة 331 باللغة العربية عن:" من امتنع عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل النفقة المقررة عليه" وما نصت عليه باللغة الفرنسية:" الذي يتحدث عن من امتنع عن تقديم كل المبالغ التي حددها القاضي وعن أداء كامل النفقة المقررة عليه..."[2].

فهذا الاختلاف بين النصين أدى إلى عدم استقرار موقف المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها بتاريخ 26-7-2006 أن نفقة الإهمال المحكوم بها للمطلقة تعد دينا مدنيا يخضع لإجراءات وطرق التنفيذ العادي ولا يمكن أن تطبق بشأنه المادة331 من ق ع، في حين ذهبت في قرار آخر بتاريخ 27-2-2008 إلى اعتماد أحكام المادة 78 من ق أ في تفسير مشتملات النفقة النصوص عليها في المادة 331 من ق ع حيث اعتبرت أن حق الايجار يدخل ضمن النفقة الغذائية التي تطبق عليها أحكام المادة 331 من ق ع[3].

---

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 160. زهرة مجامعية، المتابعة الجزائية لجرائم الإهمال العائلي، الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، مج 2، ع 2، 2016، ص 175 وما يليها.

[2] مرجع سابق، ص 161.

[3] أحسن بوسقيعة ، مرجع نفسه، ص ص161، 162.

وما يمكن قوله في هذا الجانب أنه من المستساغ اعتماد ما تضمنته أحكام المادة 78 من ق أ باعتبارها المادة الوحيدة التي تحدد مشتملات النفقة، بالإضافة إلى ذلك نجد أن قانون(15-01) المتضمن إنشاء صندوق النفقة وفي تعريفه لها يحيل إلى أحكام قانون الأسرة حيث جاء في المادة 2 منه:" النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة ".

إضافة إلى أن المادة تشترط أن تكون هذه النفقة مخصصة لإعالة أسرة أو أحد الأقارب من فروع أو أصول وفي هذا الجانب نجد أن قانون الأسرة وحده هو من يحدد الأشخاص الواجب الإنفاق عليهم مما يتعين معه تطبيق أحكامه فيما يتعلق بمشتملات النفقة.

2- وجود حكم قضائي نهائي:

إن أول العناصر المكونة لجريمة الامتناع عن تسديد النفقة هو ضرورة وجود حكم قضائي نهائي يتضمن إلزام الأب بتسديد النفقة والمقصود هنا بالحكم القضائي النهائي هو ذلك الحكم الصادر عن القضاء الوطني والذي يكون قد استنفد كل طرق الطعن فأصبح حائزا لقوة الشيء المقضي فيه وبالتالي يكون قابلا للتنفيذ من خلال إصدار الصيغة التنفيذية له، كما يدخل ضمن هذا المفهوم كذلك الأحكام القضائية المشمولة بالنفاذ المعجل التي تكون قابلة للتنفيذ بالرغم من المعارضة أو الاستئناف؛ وكذا الأحكام الأجنبية التي تكون ممهورة بالصيغة التنفيذية وفقا لما هو مقرر قانونا[1].

كما يدخل ضمن هذا المفهوم كل حكم قضائي قضى بالإلزام بالنفقة حتى ولو صدر حكم بعده يقضي بإلغائها أو تخفيض مبلغها، حيث أن هذا الحكم لا يسري بأثر رجعي كما أنه لا يؤثر على قيام الجريمة؛ وهو ما قضت به المحاكم الفرنسية حيث جاء في إحدى قراراتها:" بأنه إذا صدر حكم يقضي بإبطال عقد زواج لعيب من العيوب، فإن هذا الحكم لا يؤثر على النفقة الغذائية التي كانت واجبة الأداء للزوجة قبل صدور هذا الحكم "[2]، كما جاء في قرار آخر:" أن الحكم القاضي على الوالد بأداء نفقة غذائية لفائدة ابنه القاصر تظل سارية في حالة عدم تحديد أجل لأدائها، إلى حين الحكم بإلغائها "[3].

إضافة إلى ما سبق يجب تبليغ الحكم إلى المعني بالأمر وفقا للأشكال المقررة قانونا، فلا يمكن الاحتجاج بامتناع المدين عن تسديد النفقة والحكم الذي يقضي بها لم يبلغ له أصلا.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 605 و608 من ق إ م إ.

[2] Crim23-3-1981 ,BC n°10. نقلا عن: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 164.

[3] Crim30-10-1995,Dr.1996 ,Crim11-3-1997,BC n°95. نقلا عن: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 164.

ثانيا: الأركان المكونة لجريمة الإهمال المادي للقاصر " الامتناع عن تسديد النفقة "

يتضح من خلال المادة 331 من ق ع أعلاه أنه يستلزم لقيام هذه الجريمة توفر ركنين أساسيين وهما الركن المادي والركن المعنوي:

1- الركن المادي:

يمكن استخلاص الركن المادي لجريمة الإهمال المادي للقاصر أو جريمة الامتناع عن تسديد النفقة من خلال ما تضمنته المادة 331 من ق ع أعلاه في:

أ- امتناع المدين عن أداء النفقة:

حيث اشترط المشرع لقيام هذه الجريمة وجوب امتناع المدين عن تسديد المبلغ الكامل للنفقة، كما أن تسديد جزء منها دون الآخر يعرضه للمتابعة الجزائية[1].

ولا بد من إثبات الامتناع بموجب محضر قضائي بعد تبليغه، حتى يكون حجة على المدين ويستند إليه القاضي في تسبيبه لقيام أركان الجريمة.

ب-أن يتجاوز الامتناع مدة شهرين:

لقد اشترط المشرع انقضاء مهلة شهرين حتى يتمكن الضحية من متابعة المتهم بجريمة الامتناع عن تسديد النفقة، غير أنه من جانب آخر لم يبيّن متى يبدأ سريان هذه المدة هل يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم القاضي بتسديد النفقة طبقا للمادة 406 من ق إ م إ، أو من تاريخ تبليغ السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء طبقا للمادة 612 من ق إ م إ؟

يرى الدكتور أحسن بوسقيعة كإجابة عن هذا التساؤل أنه يتم تطبيق أحكام المادة 612 من ق إم إ حيث يبدأ سريان مهلة الشهرين من تاريخ انقضاء مهلة 15 يوما المحددة للوفاء، وإن كان الحكم معجل النفاذ يتم تنفيذه بالرغم من المعارضة والاستئناف طبقا للمادة 609 من ق إ م إ لذلك فإنه يلزم التبليغ للسند التنفيذي طبقا للمادة 612 من ق إ م إ[2].

[1] زهرة مجامعية، مرجع سابق، ص 177.

[2] مرجع سابق، ص 166.

هذا الرأي يمكن اعتماده في احتساب سريان مهلة الشهرين لكون الامتناع الذي اشترطه المشرع لقيام الجريمة لا يكون إلاّ في حال وجود حكم نهائي أو معجل النفاذ. وهو الأمر الذي سارت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها[1].

هذا ولا بد من التنبيه أن المشرع اشترط انقضاء مدة الشهرين لقيام الجريمة مما يتعين وجوب تقديم الشكوى أمام وكيل الجمهورية بعد انقضاء هذه المهلة[2]، كما أنه في حال صفح الضحية عن الجاني فإن ذلك من شأنه أن يوقف المتابعة الجزائية وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 331 من ق ع. المعدلة.

2- الركن المعنوي:

لا بد لقيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة توفر القصد الجنائي المتمثل في الامتناع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تنفيذ حكم القضاء المتضمن تسديد النفقة، وسوء نية المتهم مفترضة بقوة القانون وهو وحده ملزم بإثبات عكس ذلك وفق ما نصت عليه المادة 331 من ق ع[3].

ويعتبر الإعسار طبقا للمادة 331 من ق ع السبيل الوحيد الذي يتم به تبرير عدم تسديد النفقة لكن يجب أن لا يكون الإعسار نتيجة لسلوك السيء للمتهم كاعتياده على السكر والقمار واللهو والكسل وغيره.

3- المحكمة المختصة بالفصل في دعوى جريمة الامتناع عن تسديد النفقة:

طبقا للمادة 331 من ق ع فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو الشخص المنتفع بالمعونة، وهذا لا يعد خروجا عن القاعدة العامة الواردة ضمن المادة 329 من ق إ ج[4]؛ التي تمنح الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتهم أو مكان وقوع الجريمة أو مكان القبض على المتهم وشركائه.

كما يستفاد من أحكام هذه المادة أن المتابعة الجزائية للمتهم والتي تتمثل أولى خطواتها بتقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية الذي يكون ضمن دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها الشاكي أو الضحية الذي يطلب اتخاذ كل الإجراءات القانونية الكفيلة بقمع الجريمة المرتكبة في حقه وما على

---

[1] م ع، غ ج، ملف رقم: 229680 بتاريخ 18-1-2000، م ق، ع 1، 2001، ص 364.

[2] عبد المجيد بن يكن، جريمة الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، مج 5،ع 1، 2019، ص117.

[3] علي علي قصير، مرجع سابق، ص 272. زهرة مجامعية، مرجع سابق، ص 177.

[4] زهرة مجامعية، مرجع سابق، ص177.

القاضي أيضا في هذه الحالة إلاّ التأكد من توفر الشروط والأركان القانونية لهذه الجريمة حتى يقرر الجزاء المترتب عنها قانونا[1].

4- الجزاء:

قضت المحكمة العليا بأن الامتناع عن تسديد النفقة يعتبر جنحة مستمرة ومن يتعمد التماطل في تسديدها يبقى مرتكبا لهذه الجريمة إلى حين الوفاء الكامل بالمبلغ المالي المحكوم به لصالح الزوجة وأولادها القصر[2].

أما العقوبة المقررة لهذه الجريمة فهي الحبس من ستة "6" أشهر إلى "3" سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج، إضافة إلى ذلك يمكن حرمانه من الحقوق الواردة في المادة 14 من ق ع من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر[3]، ومن ذلك حرمانه من حقوق الولاية كلها أو بعضها، وكذا عدم أهليته في أن يكون وصيا أو مقدما على القاصر وغيرها[4].

يتضح من عرضنا للجرائم السابقة مدى الصلة الوثيقة بين وقائعها وما تضمنته نصوص قانون الأسرة من إقرار للحقوق المعنوية والمادية للقاصر وما تضمنه قانون العقوبات يعد مزيدا من الضمانات القانونية المقررة لحماية القاصر والنظام الأسري بشكل عام.

المطلب الثالث

المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بالتزامات الولاية على المال

إن إدارة النائب الشرعي لمال لقاصر تتطلب النزاهة وحسن التصرف فيه بما يحقق مصالحه، غير أن النائب الشرعي وهو بصدد أدائه لهذه الوظيفة قد تسول له نفسه القيام بأعمال غير مشروعة بمناسبة هذه الوظيفة فيقوم باستغلال مال القاصر في غير ما قرر له، فقد يعمد إلى سرقة مال القاصر أو خيانة الأمانة التي عهد بالحفاظ عليها ورعايتها، الأمر الذي يطرح تساؤل حول: مدى إمكانية المتابعة الجزائية لهذا النائب الشرعي الذي قد يكون وليا أو وصيا أو مقدما وذلك بغية حماية القاصر؟

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص ص 42، 43.

[2] زهرة مجامعية، مرجع سابق، ص 178.

[3] أنظر في ذلك: المادة 332 من ق ع.

[4] أنظر في ذلك: المادة 9 مكرر1 من ق ع.

كما أن الأمر لا يتوقف على الممارسات الغير قانونية التي يقوم بها النائب الشرعي فقط؛ بل قد يحدث وأن يتم الاستيلاء على التركة من قبل الورثة وحرمان القاصر اليتيم من حقه. فهل يمكن في هذه الحالة حماية القاصر من خلال القيام بمتابعة جزائية للمعتدي؟

وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب الحديث عن جريمة الاستلاء على التركة ضمن (الفرع الأول)، ثم نتحدث جريمة السرقة ومدى إمكانية متابعة النائب الشرعي بها ضمن(الفرع الثاني)، ونتحدث عن جريمة خيانة الأمانة ضمن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: جريمة الاستيلاء على التركة

يستدعي الحديث عن جريمة الاستيلاء على عناصر التركة بيان الحماية القانونية المقررة للتركة من خلال فرض الرقابة القضائية على قسمة التركة التي يكون من بين ورثتها قاصر وهذا أولا، وكذا الإجراءات التي فرضها القانون المتضمنة ضرورة إبلاغ القضاء بذلك، ثم بعد ذلك توضيح الأسس القانونية التي على ضوئها جرم المشرع الاستيلاء على عناصر التركة وهي بذلك كلها ضمانات قانونية تصب في مصلحة القاصر والهدف منها حماية مصالحه المالية.

أولا: تدخل القضاء لحماية عناصر التركة التي يكون ضمن ورثتها قاصر

قبل الحديث عن دور القضاء في التدخل لحماية القاصر من خلال حماية عناصر التركة التي آلت إليه من مورثه لا بد من الإشارة إلى القواعد الإجرائية التي تخضع لها قسمة التركات قبل صدور قانون الأسرة.

قبل الاستقلال كانت هناك قواعد إجرائية تنظم قسمة التركة وتحمي خاصة فئة القصر اليتامى من إجحاف وتبديد باقي الورثة لها وكذا حماية حقهم في التركة من استيلاء الأعمام والإخوة الراشدين والأخوال والأجداد وغيرهم عليها، حيث كانت القواعد المطبقة آنذاك تلزم كل من قائد الدوار والقاضي الشرعي المكلف بقسمة التركات بإبلاغ رئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية بوفاة كل جزائري يقطن في إقليم البلدية التابعة له حتى يتم تسجيله في سجل الوفيات بالتاريخ واليوم المصرح به[1].

وينتقل القاضي الشرعي إلى منزل المتوفى ويقوم بحصر التركة ويضع فريضة تتضمن بيان عدد الورثة وجنسهم ودرجة قرابتهم من الميت، حيث يقوم بعده بتصفية التركة وأخذ الرسوم الواجب دفعها إلى الخزينة العامة وكذا أخذه لأجرة أتعابه كما هو محدد قانونا وما بقي من ميراث صافي يقوم بتوزيعه على الورثة كل وفق نصيبه. هذا ويمكن للقاضي الشرعي – وفي إطار حماية القصر اليتامى – أن يقوم

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 167.

بتشكيل مجلس عائلي أو تعيين وصي أو مقدم يتولى إدارة هذا المال واستثماره إلى غاية بلوغهم سن الرشد القانوني[1].

بعد الاستقلال تم إلغاء هذه القواعد الإجرائية التي كان معمول بها وتم وضع قانون الأسرة الذي تكفل بتنظيم الأحكام المتعلقة بالتركة من خلال بيانه لكيفية إخراج الحقوق المتعلقة بها[2]، كما حدد وبين أركان وشروط الميراث وموانعه وبين نصيب كل وارث فيها، وكذا بيّن كيفية استحقاق ذلك، وذهب هو الآخر إلى فرض رقابة القضاء على قسمة التركة إذا وجد ضمن الورثة قاصر، وفي ذلك حماية لذمته المالية لكون الميراث من أبرز مصادرها وضمانا له من الإجحاف بحقه حيث نصت المادة 181 من ق أ: " يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

وقد أكدت التطبيقات القضائية هذا المبدأ من خلال وجوب الامتثال إلى أحكام المادة 181 المتعلقة بإجراءات قسمة التركة التي يكون من بين ورثتها قاصرا وأبطلت كل إجراء مخالف لذلك، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 22-12-1992 أنه:" من المقرر قانونا أنه في حالة وجود قاصر يتوجب أن تكون قسمة التركة بين الورثة عن طريق القضاء.

ويعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة.

ولما ثبت – في القضية الحال- أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف العدالة لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية فإنه يتعين بذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه "[3].

كما جاء في قرار آخر لها بتاريخ 31-01-1995 قولها:" إن إجراء قسمة تركة مع وجود قاصر بين الورثة، تستدعي اللجوء إلى القضاء، وإلاّ اعتبرت القسمة باطلة "[4].

---

[1] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص 167.

[2] أنظر في ذلك: المادة 180 من ق أ.

[3] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 84551، م ق، ع 1، 1995، ص 117.

[4] م ع، غ أ ش، ملف رقم: 112773، ن ق، ع 52، 1997، ص 181.

هذا وقد نصت المادة 182 من ق أ أيضا على أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة ولم يكن له ولي أو وصي يتولى رفع أمر القسمة إلى القضاء؛ فإنه يتعين في هذه الحالة على كل من له مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب إلى المحكمة يتضمن تصفية التركة وبتعيين مقدم، حيث يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة الذي يتعين عليه الفصل في الطلب وله السلطة التقديرية في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية التركة من ذلك تقريره بوضع الأختام، وإيداع الأشياء والنقود ذات قيمة.

كما أن الإجراءات المتعلقة بقسمة التركة لا بد أن تتبع بشأنها قواعد الاستعجال من حيث المواعيد وسرعة الفصل فيها، وكذا الطعن في أحكامها[1].

إن حماية الذمة المالية للقاصر من خلال حماية عناصر التركة لم تكن فقط ضمن إطار قانون الأسرة وإنما هناك نصوص قانونية أخرى تدعمها ويتعلق الأمر بما استحدثه المشرع من نصوص إجرائية تدعم هذا الجانب إضافة إلى الجانب الزجري لكل اعتداء على هذه الأحكام من خلال ما ورد من حماية معززة لذلك ضمن قانون العقوبات.

فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه حرص على تدخل القضاء هو الآخر لحماية المصالح المالية للقاصر بمجرد وفاة والديه وهذا من خلال ما جاء في المادة 468 منه:" تخضع إدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين لرقابة القاضي".

كما حددت المادة 498 من ق إ م إ الاختصاص الإقليمي فيما يتعلق بدعاوى التركة والذي ينعقد بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى حتى وإن وجدت بعض أملاكه خارج إقليمها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ومنحت المادة 499 من ذات القانون للقاضي الأسري دور قاضي الاستعجال من خلال منحه سلطة اتخاذ كل التدابير التحفظية لحماية التركة إلى حين تصفيتها بموجب أوامر استعجالية وهذا الدور مستحدث لكون هذه المهام كانت منوطة فقط برئيس المحكمة سابقا طبقا للمادة 183 من ق أ.

أما قانون العقوبات فقد قام هو الآخر بحماية الأسرة من خلال حماية نظام الإرث وحماية الورثة من اعتداء بعضهم على بعض وفي ذلك حماية للقاصر إن كان من ضمن الورثة وهو ما جاءت به المادة 363 من ق ع التي جرمت الاعتداء بالاستيلاء على عناصر التركة وفرضت عقوبات على ذلك.

[1] أنظر في ذلك: المادة 183 من ق أ.

ثانيا: العناصر المكونة لجريمة الاستيلاء على عناصر التركة والجزاء المقرر لها

نصت المادة 363 /1 من ق ع على:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات بغرامة من 500 إلى3.000 دينار الشريك في الميراث أو المدعي بحق في التركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو جزء منه قبل قسمته ". من خلال هذا النص يمكن بيان عناصر الجريمة وكذا الجزاء المترتب عنها وهذا كالآتي:

1- **العناصر المكونة لجريمة الاستيلاء على عناصر التركة:** وتتمثل في:

أ- عنصر الاستيلاء المادي:

ويتجلى هذا من خلال قيام أحد الورثة وقبل قسمة التركة بالاستحواذ على كامل التركة أو جزء منها لحسابه الخاص دون الأخذ بعين الاعتبار باقي الورثة، حيث بمجرد وفاة المورث وقبل القيام بإجراءات قسمة التركة يتم هذا الاستيلاء مثال ذلك كأن يترك المورث عددا من العقارات والأموال والمحلات التجارية فيقوم أحد الورثة بالاستيلاء على هذه المحلات واستغلالها لحسابه الخاص[1].

ب-صفة الوارث:

اشترط المشرع بموجب المادة 363اعلاه لقيام هذه الجريمة توفر صف الوارث أو الادعاء بهذه الصفة من قبل من يقوم بالاستيلاء على أحد عناصر التركة أو كلها لكون هذه الصفة تخوله الملكية على الشيوع في المال الموروث، أما في حال انعدام هذه الصفة فإنه تفقد هذه الجريمة أحد عناصر قيامها وبالتالي لا يمكن متابعة الشخص بموجبها، غير أنه يمكن متابعته بموجب نصوص أخرى ووصف جرمي آخر[2].

ت- **استعمال الغش والتحايل:**

من العناصر الأساسية لهذه الجريمة أيضا هو استعمال الجاني لوسائل غير قانونية في عملية الاستيلاء من ذلك الغش والتحايل بقصد الوصول إلى الاستحواذ على هذا المال الموروث على سبيل الشيوع من ذلك ادعاؤه بشراء ما استولى عليه، أو تقديمه لوثائق غير صحيحة تبين قيام القسمة وغيرها من الطرق الاحتيالية[3].

---

[1] مبروك منصوري، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 82.

[2] مبروك منصوري، مرجع سابق، ص ص 83، 84.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مرجع سابق، ص 170.

ث- وقوع فعل الاستيلاء قبل قسمة التركة:

من بين العناصر المكونة لهذه الجريمة وجوب أن يقع الاستيلاء على عناصر التركة كلها أو بعضها قبل القيام بقسمة التركة وهو ما أكدته التطبيقات القضائية في هذا الجانب، من ذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 02-05-1995 قولها:" أن الاستيلاء على جزء من الأرض الموروثة دون رضا باقي الورثة والبناء فوقها لإحداث تغيير في الملكية العقارية المشاعة بين الورثة يشكل جنحة الاستيلاء على جزء من التركة بطريق الغش"[1].

2- الجزاء:

إذا ما توفرت كافة العناصر المكونة للجريمة يكون الجاني قد ارتكب حينها جنحة عقوبتها البدنية الحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، أما العقوبة المالية فتتمثل في غرامة من 500 إلى 3.000 دينار، كما يمكن تطبيق العقوبات التكميلية على الشخص المحددة بموجب المادة 14 من قانون العقوبات، كما يعاقب القانون بذات العقوبة الشروع في هذه الجريمة[2].

ما يمكن قوله في الأخير أنه بالرغم من الحماية القانونية التي يحظى بها مال القاصر خاصة في حال وفاة والديه وما وضعه من نصوص تتعلق بالحرص على مصالحه خاصة في مجال قسمة التركة وحماية نصيبه في الميراث، إلاّ أن هذه الحماية منقوصة لكونها لم تضع قواعد ردعية لكل من يسول له نفسه أكل مال اليتيم، ويتضح ذلك من خلال عدم النص على الجزاء المترتب على مخالفة هذه النصوص من ذلك مثلا ما تضمنته المادة 182 من ق أ التي نصت على وجوب إخطار المحكمة طبقا للمادة 182 من ق أ، غير أنه لا يوجد في مقابل ذلك جزاء يترتب على مخالفة ذلك.

إن إشكالية ضياع مال القاصر اليتيم في حال وفاة والديه تكون خاصة عندما يكون أب القاصر مثلا له أموال وأعمال مشتركة مع إخوته مثلا ثم يتوفى الأب دون أن يسعى إخوته إلى فرز نصيب الأخ المتوفى من المال المشاع ومنحه لأبنائه، فهنا بقاء مال هؤلاء القصر تحت سيطرة الأعمام فيه خطر على المصالح المالية لهم، لأنه لا يوجد أي قواعد لمحاسبتهم. فهذه الثغرة القانونية يستلزم سدها من خلال وضع نصوص زجرية تلزم الورثة بإبلاغ القاضي الأسري في حال كان بينهم ورثة قصر حتى يتم تصفية تركة المتوفى وحماية حقهم في الميراث.

---

[1] م ع، غ ج، ملف رقم: 68660، م ق، ع2، 1995، ص 184.

[2] أنظر في ذلك: المادة 3/363 و4 من ق ع.

أيضا من بين المسائل التي يتوجب على المشرع تداركها نص بشكل صريح على محاسبة الكافل على إدارته لأموال المكفول إذ أنه لا يوجد أي نص قانوني يقضي بذلك بالرغم من أن المشرع منح له الولاية القانونية على نفس ومال القاصر.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية على الجرائم التي تقع على أموال القاصر

يفترض في النائب الشرعي سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما الأمانة في رعاية مال القاصر وحفظ مصالحه؛ لكن قد تسول له نفسه أكل مال القاصر بغير وجه حق من خلال اختلاسه أو انتهاز احتياجه أو خيانة هذه الأمانة التي كلف بحفظها الأمر الذي يقتضي متابعته من خلال قانون العقوبات.

وعليه سنحاول الرجوع إلى نصوص هذا الأخير للبحث مدى إمكانية إثارة المسؤولية الجنائية في حال التعدي على مال القاصر من خلال هذا الفرع، حيث سنتحدث عن المسؤولية الجنائية للولي على الجرائم الماسة بأموال القاصر أولا، ثم نتحدث عن المسؤولية الجنائية للوصي والمقدم عن الجرائم الماسة بأموال القاصر ثانيا.

أولا: مدى إمكانية المساءلة الجنائية للولي عن الجرائم الماسة بالأموال

يتفق الفقه الإسلامي حول المسؤولية الجنائية للولي على النفس في حال إخلاله بالتزاماته المترتبة عن هذه الولاية، بينما تصرفاته المالية فإنه يترتب عنها فقط المسؤولية المدنية من خلال ضمان ما ضاع نتيجة إهماله وتقصيره، دون أن يتجاوز ذلك إلى حد تعزيره.

فقد أجمع الفقه على عدم مساءلة الولي على سرقة مال ابنه، أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة فإننا نجد ما نصت عليه المادة 88 من ق أ التي استوجبت مساءلة الولي عن الإهمال والتقصير طبقا لمقتضيات القانون العام. دون تحديدها المقصود بذلك هل تعني به المسؤولية المدنية فقط أم المسؤولية الجنائية ؟

فيما يتعلق بمدى قيام المسؤولية المدنية للولي فقد تم الفصل فيها، غير أن ما يستلزم بحثه هنا مدى إمكانية مساءلة الولي عن إضراره بأموال القاصر؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي الرجوع إلى قانون العقوبات الذي يحدد الأساس القانوني لهذه المتابعة ومدى إمكانية توقيع العقوبة على ضوئها، فاستنادا إلى هذا القانون نجد أن الأصل فيه أن كل من ارتكب فعلا مجرما يجب أن يحال على النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية بشأنه وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية، لذلك قد تتم مساءلة الولي لارتكابه أحد الفعال المجرمة قانونا أثناء تأديته لوظيفته

الولائية المتمثلة في إدارة ورعاية مال القاصر الذي تحت ولايته، وبالتالي من الناحية القانونية قد تقوم مسؤولية الولي نتيجة ارتكابه لأحد الجرائم الماسة بالأموال كالسرقة وخيانة الأمانة وغيرها.

غير أنه بالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أنه أعفى الولي من العقاب نتيجة ارتكابه لهذه الجرائم وهذا لارتباط ذلك بالحصانة العائلية التي تعد من النظام العام حيث يتعين على القاضي إثارة ذلك من تلقاء نفسه.

ففي ما يتعلق بالمتابعة لارتكاب جريمة السرقة " والتي تعد من بين جرائم الأموال التي يرتكبها أصحابها بقصد الاستيلاء على مال الغير طمعا في هذا المال ورغبة في الثراء الغير مشروع على حساب الغير وهي من الجرائم التي قد يرتكبها الولي بمناسبة إدارته لمال القاصر "[1]. نجد أن المشرع وبموجب المادة 368 من ق ع المعدلة؛ أعفى الولي من العقاب في حال سرقته مال من تحت ولايته من أبنائه أو فروعه فعدم العقاب المنصوص عليه ضمنها لا يعد عذرا مخففا[2]، ولا يدخل ضمن الأفعال المبررة[3]، وإنما ذلك مرتبط بالحصانة العائلية كما سبق قوله حيث " يمتزج فيها العذر المعفي بالفعل المبرر "[4].

إن الصياغة التي تضمنتها المادة 368 أعلاه بقولها:" لا يعاقب على السرقات التي يرتكبها الأشخاص المبينين..." أعطت للفعل الوصف القانوني لجريمة السرقة، غير أنها من جانب آخر أقرت بانعدام المسؤولية الجزائية ليس على مرتكب الجريمة وإنما على الجريمة ذاتها، لذلك يرى الدكتور بوسقيعة في هذا الصدد:" وإن كان المشرع قد أباح جريمة السرقة وتبعا لذلك فالأصل أن لا تقوم المتابعة الجزائية وإذا قامت فالحكم يكون بالبراءة وليس بالإعفاء من العقوبة "[5] .

وهو الموقف الذي سارت عليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 16-02-2012 حيث قضت بأن:" الحصانة العائلية المنصوص عليها في المادة 368 من ق ع يترتب عليها على مستوى جهات الحكم القضاء بالبراءة وليس بالإعفاء من العقوبة ويترتب عليها انتفاء وجه الدعوى على مستوى التحقيق"[6].

---

[1] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 254.

[2] الأعذار المعفية من العقاب بينتها: المادة 52 من ق ع.

[3] الأفعال المبررة نصت عليها: المادة 39 من ق ع.

[4] نسيمة قريمس، الحصانة العائلية في جريمة السرقة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع 18، 2019، ص 500.

[5] مرجع سابق، ص 295.

[6] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص 295.

والجدير بالذكر أن المشرع علق المتابعة الجزائية من أجل السرقة على شكوى طبقا للمادة 369 من ق ع وهذا إذا كانت السرقة بين الأقارب والحواشي والأصهار إلى الدرجة الرابعة، وكذا بين الأزواج، وإلاّ كان مصير الدعوى عدم القبول لتخلف شرط من شروطها[1].

كما أن أثر الحصانة العائلية المنصوص عليه ضمن المادة 368 أعلاه لا يمتد إلى التعويضات المدنية التي يبقى المجني عليه ملتزم بأدائها للمضرور، كما أنها لا تمتد كذلك إلى الفاعلين الآخرين الذين شاركوا وساهموا وحرضوا على ذلك.

لم يكن للحصانة العائلية أثر فقط على جريمة السرقة التي يرتكبها الولي في مال ابنه القاصر وإنما ذلك شمل أيضا إعفاءه من العقاب في حال ارتكابه لجريمة خيانة الأمانة التي هي " إخلال الإنسان بالثقة التي وضعت فيه بصدد أمر معين، وتشترك مع جريمة السرقة في كون كل منهما يهدف إلى اغتصاب مال الغير واختلاسه، إلاّ أنهما يختلفان مع ذلك في الوسيلة التي يقع بها الاختلاس، ففي جريمة السرقة يحدث الاختلاس باللجوء إلى اغتصاب حيازة المال المنقول من صاحبه، أما في خيانة الأمانة فإن المختلس يضيف ما تحت يده إلى ملكه بالجحود والتنكر لما أودع فيه من الثقة "[2].

وقد نص المشرع بموجب المادة 376 من ق ع على جريمة خيانة الأمانة حيث حدد من خلالها أركانها والجزاء المترتب عنها، غير أنه نص من جانب آخر على إمكانية الإعفاء من هذا العقاب وكذا تقييد تحريك الدعوى العمومية المتعلقة بها إذا كانت هذه الجريمة قد تم ارتكابها من الولي على مال أبنائه وهو ما نصت عليه المادة 377 من ق ع[3].

هذا الموقف الذي اعتمده المشرع في إعفاء الولي من المسؤولية الجنائية هو منهج العديد من التشريعات المقارنة أيضا، فبالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي نجد أنه أعفى الأب من العقاب في حال ارتكابه للجرائم الماسة بمال أبنائه القصر الذين تحت ولايته من سرقة ونصب وخيانة الأمانة[4]، وهذا لعدة

---

[1] نسيمة قريمس، مرجع سابق، ص 491.

[2] مليكة غنام، مرجع سابق، ص ص 256، 257.

[3] حيث جاء فيها:" تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و 369 على جنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة 376 ".

[4] أنظر في ذلك: الفصول 534- 541- 574 . ظهير شريف رقم 413. 59. 1 الصادر في 26 نونمبر، ج ر ع 2640 مكرر بتاريخ 5 يونيو 1963، ص 1253، المتضمن القانون الجنائي المعدل والمتمم بموجب آخر تعديل بالقانون رقم 13. 103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 19. 18. 1 الصادر في 22 فبراير 2018، ج ر ع 6655، ص 1449.

اعتبارات منها الأخلاقية ومنها الاجتماعية من ذلك فكرة التضامن العائلي، وكذا وفور الشفقة والعطف، غير أن هذا التوجه كان محل انتقاد لما فيه من ضرر وتعريض أموال القاصر للخطر[1].

كما أنه في حال ثبوت ارتكاب الولي لهذه الجرائم فإن المخول قانونا بتحريك المتابعة ضده هو قاضي شؤون القاصرين بناء على ما يستلمه من التقارير التي تبلغ إليه من النيابة العامة أو من يهمه مصلحة القاصر وهو الذي يحيل الملف على النيابة العامة التي تتولى تحريك الدعوى العمومية ضد الولي، حيث يترتب على ثبوت مسؤوليته جنائيا تجريده من الولاية على أبنائه[2].

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع التونسي الذي أعفى أبوي القاصر من العقاب على جريمة السرقة المرتكبة ضد أموال أبنائهم القصر بل اعتبر ذلك عملا مباحا وهذا بموجب الفصل 226 من المجلة الجنائية حيث نص على :" لا يعد سرقة كل اختلاس يقوم به الأصول على حساب أولادهم إلاّ إذا كانت الأشياء المختلسة على ملك الغير كليا أو جزئيا أو كانت محجوزة".

غير أنه من جانب آخر اختلف مع المشرع الجزائري والمغربي في إقراره بإمكانية مساءلة الأبوين بتهمة التحايل أو خيانة الأمانة.

ثانيا: مدى إمكانية المساءلة الجنائية للوصي والمقدم عن الجرائم الماسة بالأموال

لقد نص المشرع بموجب المادة 95 من ق أ على أن الوصي له نفس السلطات التي للولي وهذا طبقا للمادة 88 و90 و91 من ذات القانون، كما نصت المادة 98 من ذات القانون على أن الوصي يكون مسؤولا عن ما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره وإهماله، كما أخضع المقدم لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي في حالة انعدامه وهذا بموجب المادة 100 من ذات القانون، وكما فعل المشرع فيما يتعلق بإشكالية مسؤولية الولي؛ نجد نفس الإشكال يطرح بشأن الوصي والمقدم بحكم اكتفاء النص بذكر إمكانية قيام مسؤولية النائب الشرعي في حال الإهمال أو التقصير دون بيان نوع هذه المسؤولية هل يعني بها المسؤولية المدنية فقط أم أيضا الجنائية؟

إن فهم ما يرمي إليه المشرع ضمن المادة 98 من ق أ يستلزم التذكير بدءا أن مساءلة النائب الشرعي مدنيا هي أمر ثابت من خلال ما ورد في قانون الأسرة وكذا القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما ذهب إليه المشرع من خلال المادة 88 و98 من ق أ، غير أن ما يتوجب

[1] عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 203.

[2] مراد عامر، الحماية القانونية القضائية لبيع عقار القاصر، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، الرباط، ع1، 2014، ص 73.

معرفته هنا هو مدى إمكانية مساءلة الوصي أو المقدم جنائيا خاصة وأن نص المادة 98 من ق أنص على المسؤولية بشكل عام دون تحديد[1] ؟

وهنا يستلزم الرجوع إلى نصوص قانون العقوبات، ولكن قبل ذلك يتوجب التذكير أولا أن الوصي طبقا للمادة 92 من ق أ هو من يعينه الأب أو جد حال حياته لتولي شؤون القاصر الذي ليس له أم أو ثبت عدم أهليتها وهذا للقيام على إدارة أموره المالية إلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني، ويخضع تعيين الوصي إلى رقابة القضاء فهو الوحيد المخول قانونا بتثبيته أو رفضه أو اختيار الأصلح من بينهم إن تعدد الأوصياء، كما أن الوصي الأصل فيه أن يعين من أقارب القاصر؛ وفي حالة رفض القاضي للوصي المختار يتولى هو تعيين شخص يتولى رعاية مال القاصر يسمى بالمقدم وهذا طبقا للمادة 99 من ق أ كما نصت المادة 469 من ق إ م إ على أن تعيين المقدم يكون طبقا لقانون الأسرة من بين أقارب القاصر، وإن تعذر ذلك يختار شخص آخر.

فتحديد صفة الوصي أو المقدم ودرجة قرابته من القاصر له تأثير على تحديد مدى إمكانية مساءلته من عدمه.

فإذا ما ارتكب الوصي أو المقدم فرضا جريمة السرقة الجرم المنصوص والمعاقب عليه بموجب المادة 350 وما يليها من ق ع؛ يمكن له الاستفادة من الإعفاء من العقاب وفقا للحصانة العائلية إذا ما كان من أقارب القاصر حتى الدرجة الرابعة وهذا استنادا للمادة 368 من ق ع ، كما أن وكيل الجمهورية في هذه الحالة لا يمكن له تحريك الدعوى العمومية ضده إلا إذا تم تقديم شكوى بذلك وهذا استنادا إلى المادة 369 من ق ع.

غير أنه إذا لم يتم تعيين الوصي أو المقدم من بين الأقارب الذين حددتهم المادة 368 من ق ع أعلاه فإنه بذلك يخضع إلى تطبيق العقوبات عليه في حالة السرقة أو خيانة الأمانة أو غيرها من الجرائم.

1- متابعة الوصي والمقدم بجريمة السرقة:

لا بد من توافر الأركان الأساسية المكونة لها والمتمثلة في:

[1] نصت المادة 98 م ق أ على:" يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره."

أ- **الركن المادي:**

يتمثل الركن المادي لجريمة السرقة في فعل الاختلاس الذي وإن لم يعرفه المشرع، فإن الفقه قام بتعريفه دون أن يكون هناك اتفاق حول تعريف معين[1]، غير ما أمكن التوصل إليه لدى غالبية الفقه أن الاختلاس له عنصرين أساسين:

- سلب الجاني المال أو الشيء بإخراجه من حيازة صاحبه وإضافته لحيازته.
- أن يتم سلب المال دون رضا المجني عليه[2].

أما محل الاختلاس فيجب أن يرد على مال منقول مملوك للغير[3].

ب-الركن المعنوي:

السرقة من الجرائم العمدية التي تستلزم توفر القصد الجنائي الخاص والذي يقصد به توفر نية تملك الشيء المختلس وعدم إرجاعه نهائيا إلى المجني عليه، وعليه إذا توفر القصد الجنائي العام والخاص اكتمل الركن المعنوي لجريمة السرقة[4].

---

[1] هناك ثلاث اتجاهات فقهية تعرف الاختلاس: النظرية التقليدية التي عرفته:" استيلاء على ممتلكات الغير بسوء نية"، غير أن هذه النظرية تعرضت لانتقادات لكونها تؤدي إلى عدم التفرقة بين السرقة والنصب وخيانة الأمانة، أما النظرية التقليدية الجديدة فقد عرفته:" أنه إذا كان تسليم الشيء مما تقتضيه ضرورة التعامل والأخذ والعطاء بين الناس على أن يرد الشيء إلى أصحابه في الحال وإن امتنع المسلم عن رده فيسأل عن جريمة السرقة "، غير أن هذا القول تعرض للنقد لكونه لا يقوم على أساس سليم كما أنه يؤدي إلى الخلط بين جريمة السرقة وغيرها من الجرائم التي وإن تشبهها إلاّ أنها تختلف معها في بعض المسائل من ذلك جريمة الامتناع عن دفع ثمن الطعام أو الشراب أو الخدمة "، أما النظرية الحديثة أو المنهج القانوني: هو الموقف الذي قال به الأستاذ جارسون حيث استند في تحديد مفهوم الاختلاس إلى مدلول قانوني مبني على فكرة الحيازة في القانون المدني، لذلك فإن الاختلاس هو" سلب الحيازة على الرغم من إرادة المالك أو الحائز الشرعي للشيء"، غير أن هذا الموقف أيضا تعرض للنقد لكون نقل الحيازة المدنية إلى المجال الجنائي فيه صعوبة من حيث التطبيق العملي. لتفصيل أكثر في هذه المواقف راجع: عبد القادر عمري، جريمة السرقة بين الشريعة والتشريع الجزائري، جامعة يحي فارس، المدية، مج 3، ع 1، 2017، ص ص 7، 8.

[2] مليكة غنام، مرجع سابق، ص 255.

[3] عبد القادر عمري، مرجع سابق، ص 9.

[4] يقصد بالقصد الجنائي العام في جريمة السرقة:" انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق الجريمة بجميع أركانها مع علمه بأن القانون يعاقب على ذلك". أما القصد الجنائي الخاص فيعني كما سبق القول اتجاه نية الجاني إلى تملك الشيء أو المال وعدم إرجاعه إلى مالكه وهو الأمر الي استقر عليه القضاء في البداية ثم تطور ذلك إلى قول القضاء بأنه لا يشترط نية التملك لقيام الجريمة بل يكفي لمجرد قيامها اتجاه نية الجاني في تلك الفترة إلى التصرف في الشيء تصرف المالك ولذلك يكفي استعمال الشيء ولو بصفة مؤقتة .لتفصيل أكثر راجع: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص ص 276، 277.

ت-الجزاء:

لقد رتب المشرع الجزاء على فعل السرقة باختلاف وصفها الذي تتحكم فيه الظروف التي تم ارتكابها فيها، حيث يمكن أن يكيف الفعل على أنه جنحة بسيطة وبالتالي تكون عقوبتها الحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج، ويعاقب على الشروع بنفس العقوبة[1].

وقد تكون جنحة مشددة إذا ارتكبت ضد الدولة أو الاشخاص المعنوية التي تقدم خدمة عمومية حيث يعاقب الفاعل بسنتين إلى 10 سنوات حبس، وقد تتحول إلى جناية إذا اقترنت بأحد الظروف المشددة المنصوص عليها في المواد 352 و353 و354 من ق ع[2].

وهناك الجنحة المستحدثة والتي نصت عليها المادة 350 مكرر التي تكون عقوبتها من سنتين إلى 10 سنوات.

إضافة الى ذلك يمكن لجريمة السرقة المرتكبة أن تتحول إلى جناية إذا اقترنت بظروف مشددة[3].

كما أنه يكمن أن تفرض على الجاني عقوبات تكميلية في حالة ارتكابه لجريمة السرقة بكل أوصافها من ذلك عزل الوصي والمقدم طبقا للمادة 9 مكرر 1 من ق ع وكذا المادة 96 من ق أ.

2- متابعة الوصي والمقدم بجريمة خيانة الأمانة:

باعتبار أن مال القاصر الذي هو تحت إدارة الوصي أو المقدم يعد بمثابة أمانة في عهدته يتوجب رعايتها وحسن التكفل بها وفق ما تقضي به القواعد القانونية، وفي حال مخالفة ذلك من خلال الاعتداء على هذا المال اعتبر الوصي أو المقدم مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة وهي الجرم المنصوص والمعاقب عليه بموجب المادة 376 من ق ع، غير أنه لتوصل إلى هذا الوصف القانوني وترتيب الجزاء عليه يجب توفر كل من الركن المادي والمعنوي لهذه الجريمة وكذا بيان العقوبة المقررة لها.

أ- الركن المادي:

يتمثل في اختلاس وتبديد مال منقول مملوك للغير والاستيلاء عليه، كما لا بد لهذا الفعل أن يلحق ضررا بالمجني عليه وهو ما نصت عليه المادة.

---

[1] أنظر في ذلك: المادة 350 من ق ع.

[2] أنظر في ذلك: المادة 2/382 من ق ع المعدلة بموجب القانون 06-23.

[3] أنظر في ذلك: المادة 351 و351 مكرر و353 و382 مكرر من ق ع.

ب- الركن المعنوي:

خيانة الأمانة من الجرائم العمدية التي تتطلب توفر القصد الجنائي العام والخاص لقيامها.

ت- الجزاء:

تكيف خيانة الأمانة على أنها جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج[1]، وقد تقترن بظروف مشددة تجعلها جناية وبالتالي تشدد العقوبة تبعا لذلك وهذا في الحالات المنصوص عليها قانونا؛ من ذلك ما جاء في المادة 379 من ق ع:" إذا وقعت خيانة الأمانة من قائم بوظيفة عمومية أو قضائية أثناء مباشرة أعمال وظيفته أو بمناسبتها فتكون العقوبة السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات".

إضافة إلى ما سبق يمكن أن توقع عقوبات تكميلية على الجاني من ذلك عزله من منصب الوصاية أو التقديم طبقا للمادة 9 مكرر 1 من ق ع وكذا المادة 96 من ق أ.

بناء على ما سبق لوحظ أن توسيع دائرة حماية الجاني استنادا إلى الحصانة العائلية فيه خطر على مصالح القاصر التي تكون مهددة خاصة في الوقت الحالي حيث طغت فيه المصالح الشخصية على المصالح الاجتماعية، وكذا غياب الوازع الديني الأمر الذي قد تغيب معه الشفقة والرأفة التي اعتمدها الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي في إقرار إعفاء الولي من المساءلة الجنائية وكذلك الوصي أو المقدم اللذين قد يستفادان من هذه الحصانة، في ظل غياب نص صريح يقضي بغير ذلك.

وعليه نأمل أن يتدارك المشرع هذه المسألة ويحدد موقفه بنص صريح على المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي على المال كما فعل نظيره المشرع المغربي الذي نص صراحة على مساءلة الوصي والمقدم جنائيا ، وهو ما نصت عليه المادة 257 من م أ حيث جاء فيها:" يسأل الوصي أو المقدم عن إخلاله بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان ويمكن مساءلته جنائيا عند الاقتضاء ". فمن خلال هذا النص أقر المشرع المغربي إمكانية مساءلة الوصي أو المقدم – وهو الأمر الذي لم يتطرق إليه بالنسبة للولي – عن الجرائم الماسة بأموال القاصر الذي تحت ولايته، وبالرغم أن المادة لم تتطرق إلى أنواع الجرائم التي يمكن المتابعة بشأنها، فقد ذهب شراح المدونة المغربية إلى ذكر بعض الجرائم التي قد يرتكبها النائب الشرعي و التي تستلزم

[1] أنظر في ذلك: المادة 376 من ق ع.

المتابعة الجزائية بشأنه[1]؛ من ذلك جريمة التزوير "حيث تعد من الجرائم الماسة بالثقة العامة التي تقوم على تغيير الحقيقة عمدا، بغية خداع الغير بوقائع كاذبة غير صحيحة"[2]. وقد نص القانون المغربي على هذه الجريمة من خلال حصر صورها وكذا تحديد أركانها ضمن المواد 351 إلى367 من هذا القانون[3].

كما يمكن مساءلة الوصي أو المقدم على جريمة خيانة الأمانة لكونها من الجرائم المتعلقة بالأموال التي قد يرتكبها النائب الشرعي بمناسبة إدارته لمال القاصر، وقد نص القانون المغربي على جريمة خيانة الأمانة بموجب المادة 547 من هذا القانون حيث حدد أركانها وبين الجزاء المترتب عليها[4].

إضافة إلى ما سبق يمكن متابعة الوصي أو المقدم بجرائم أخرى كالسرقة والنصب وغيرها من الأفعال المجرمة قانونا وذلك بغية حماية مصالحه المالية، فالوصي أو المقدم يعتبران وكلاء وأمناء في ذات الوقت على هذه الأموال وعليه أن يحرص على أداء وظيفته وفق ما يقتضيه القانون ولا يقوم بأي فعل يؤدي إلى الإضرار بمال القاصر وإلاّ توجبت محاسبته وتقرير العقاب على ذلك[5].

كما يجدر الذكر أن المشرع المغربي قد خول للقاصر الذي بلغ سن الرشد القانوني دون الحجر عليه أن يرفع الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات التي أضرت بذمته المالية على النائب الشرعي، وقد أخضع هذه المتابعة إلى التقادم بمرور سنتين بعد بلوغه سن الرشد، باستثناء جريمة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق، فتتقادم بسنة من تاريخ العلم[6].

وفي ذلك أيضا يختلف المشرع المغربي مع الجزائري في كون هذا الأخير منح هذا الحق للقاصر فقط أمام قاضي شؤون الأسرة وهذا استنادا للمواد من 474 إلى 478 من ق إ م إ، دون أن يحدد المشرع أجلا لتقادم هذه الدعاوى المتعلقة بمنازعات الولاية على المال.

---

[1] أنظر في ذلك: مراد عامر، مرجع سابق، ص 77 وما يليها. عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 202 وما يليها. مليكة غنام، المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، ع1، 2011، ص 112 وما يليها.

[2] مراد عامر، مرجع سابق، ص 77.

[3] مليكة غنام، المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي، مرجع سابق، ص ص 118-120.

[4] مليكة غنام، مرجع نفسه، ص ص 115-117.

[5] مراد عامر، مرجع سابق، ص 84.

[6] مراد عامر، مرجع سابق، ص 81.

ثالثا: جريمة انتهاز احتياج قاصر

من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة انتهاز احتياج قاصر الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 380 من ق ع، ويقصد بها:" حماية القاصر من شر من يستغلون ضعفه واحتياجه، وتأتي هذه الحماية لتدعيم حماية القانون المدني الذي جعل مثل هذا الفعل سببا من أسباب بطلان التعاقد "[1].

ولا بد من توافر أركان لقيام هذه الجريمة وهما الركن المادي وكذا الركن المعنوي:

1- الركن المادي:

تتمثل العناصر المكونة للركن المادي لهذه الجريمة فيما يلي:

أ- أن يكون المجني عليه قاصر:

ويقصد بالقاصر هنا كل شخص لم يبلغ سن الرشد المحدد في القانون المدني وهو 19 سنة سواء كان ذكرا أو أنثى ولا يتعلق الأمر بالبالغين غير الراشدين من سفهاء ومحجور عنهم وغيرهم[2].

ب- أن يكون التصرف فيه استغلال لذمة القاصر المالية:

من خلال انتهاز ضعفه وحاجته أو عدم خبرته في إبرام تصرفات معه تكون فيها مضرة بمصالحه المالية، فالمشرع بموجب المادة 380 من ق ع لم يحصر هذه التصرفات وإنما وسعها لتشمل كل التصرفات التي تشغل الذمة المالية للقاصر.

ت-الاستغلال:

وهذا يخضع لتقدير القاضي الذي تكون له سلطة مطلقة في تكييف ما قام به الجاني هو انتهاز لاحتياج القاصر وضعفه وقلة خبرته، ولا بد أن يكون من وراء الاستغلال حصول الجاني على فائدة نتيجة لذلك.

ث- **الضرر**: وهو شرط ضروري لترتيب المسؤولية

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 369.

[2] أحسن بوسقيعة، مرجع نفسه، ص 369.

2- **الركن المعنوي:**

يستلزم هذا النوع من الأفعال حتى يشكل جريمة يعاقب عليها القانون توفر القصد الجنائي لدى الفاعل في الحصول على فائدة غير مشروعة لنفسه أو لغيره[1].

3- الجزاء:

يشكل هذا الفعل جنحة عقوبتها الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، وتشدد العقوبة إذا كان القائم بهذه الجريمة هو النائب الشرعي للقاصر حيث تكون من سنة إلى 5 سنوات، كما يمكن توقيع عقوبات تكميلية على الجاني[2].

[1] أحسن بوسقيعة، مرجع نفسه، ص ص370،371.

[2] أنظر في ذلك: المادة 380 من ق ع.

خلاصة الباب الثاني

لقد تم التوصل من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة المعنون بـ" الرقابة القضائية كآلية لتفعيل حماية القاصر" إلى القول:

أن الحماية الموضوعية للقاصر لا يمكن أن تصل إلى الهدف المنشود منها إذا لم تجند لذلك هياكل تعمل على تنفيذ القانون وتفعيله وهو ما عمل المشرع عليه من خلال تدعيم هذه الحماية بحماية قضائية تتجلى في الرقابة القبلية والبعدية رعاية وحماية لمصالح القاصر بمختلف تشعباتها.

وأن الدور الإيجابي الممنوح للقضاء جعل منه مؤسسة حِمائية للقاصر من خلال ما يقوم به من رقابة لمختلف القرارات والتصرفات التي ستصدر من النائب الشرعي بمناسبة أدائه لوظيفته، وكذا مراقبة تنفيذ هذه القرارات والتصرفات ومتابعة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بمناسبة ذلك، وانتهاء بالمساءلة القانونية له في حال الإخلال بهذه الالتزامات من خلال ترتيب المسؤولية المدنية والجزائية على ذلك، وفي ذلك كله ضمانات إضافية لتفعيل الحماية الموضوعية للقاصر.

كما أن مهمة حماية القاصر وإن اختص بها قاضي شؤون الأسرة إلاّ أنه لم يكن الوحيد في ذلك حيث أن المشرع أشرك كل من النيابة العامة وكذا القاضي الجزائي كل في مجاله للتدخل لحماية القاصر وفي ذلك مزيد من الضمانات القانونية المقررة لمصلحته، ولذلك فالدور الحمائي الذي منح لجهاز القضاء بمختلف هيئاته يجسد مدى حرص المشرع على مصلحة القاصر.

حيث تعد الرقابة القبلية آلية وقائية يعمل من خلالها قاضي شؤون الأسرة على حماية القاصر من خلال مراقبة مدى تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بحفظ حقوقه المعنوية والمادية، من ذلك حماية حقه في النسب، ومراعاة مصلحة المحضون عند اسناد الحضانة وكذا انتقالها واسقاطها، كما يعمل على مراقبة مدى توفر الشروط القانونية في الكافل عند انشاءه لعقد الكفالة مراعيا في ذلك مصلحة المكفول، وكذا مراقبة مدى توفر الشروط القانونية في كل من الوصي أو المقدم عند القيام بتثبيت الوصي أو تعيين المقدم وعليه التأكد من مدى قدرتهم وأهليتهم في رعاية مال القاصر

ولقد وسع المشرع من صلاحيات تدخل القضاء لحماية مصالح القاصر بموجب آلية الرقابة القبلية وذلك من خلال منح القاضي الأسري سلطة مراقبة ما يقوم به النائب الشرعي من تصرفات في مال القاصر وذلك باشتراط وجوب حصول هذا الأخير على إذن قضائي مسبق للقيام ببعض التصرفات خاصة تلك المتعلقة ببيع عقار القاصر ورهنه والمصالحة بشأنه وكذا التصرفات الواردة على المنقولات ذات الأهمية وغيرها من الصرفات التي تشكل خطرا على المصالح المالية للقاصر، كما منح له سلطة ترشيد القاصر لتولية شؤونه المالية والشخصية وهذا أيضا يدخل ضمن الحماية القانونة المقررة للقاصر.

كما عمل على منح القاضي صلاحية التدخل لحماية القاصر في نفسه وماله من خلال ما يتخذه من تدابير مؤقتة حيث تعد وسيلة وقائية تهدف إلى حفظ حقوق القاصر المادية والمعنوية.

أما الرقابة البعدية فقد تم التوضيح أنها تعد آلية مكملة للرقابة القبلية حيث تحفظ من خلالها مصالح القاصر كما تعمل على حمايته وهذا في الجانب المعنوي وكذا المادي من خلال مراقبة مدى تنفيذ الأحكام الصادرة في مسألة الحضانة وكذا النفقة . وكذا مراقبة النائب الشرعي أثناء أدائه لمهامه،

وقد تم التوضيح أن المشرع وبموجب قانون الأسرة قد أقر بالمسؤولية المدنية للنائب الشرعي سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما في حال الإخلال بالتزاماته تجاه القاصر؛ وخول للقضاء دورا إيجابيا في ذلك وهذا من خلال ما جاءت به القواعد الإجرائية في هذا الجانب. وقد تبين أن قانون الأسرة لم يكن الوحيد الذي شمل كل مقومات هذه الحماية وإنما هناك فروع قانونية مكملة له ويتعلق الأمر بالقانون المدني الذي قنن هذه المسؤولية وان كانت تعتريه بعض الثغرات القانونية في ما يتعلق بالمسؤولية المدنية المرتبطة بنفس القاصر خاصة بعد إلغائه لأحكام الواردة ضمن المادة 135 من ذات القانون. بالإضافة إلى الأحكام الواردة ضمن قانون العقوبات الذي دعم الحماية الموضوعية والمدنية للقاصر بقواعد زجرية وردعية وضعت كدعامة لتفعيل حماية القاصر من خلال جملة من العقوبات التي يتعرض لها كل من سولت له نفسه الاعتداء على القاصر في نفسه أو ماله وقد تم ذكر بعض صور الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها كمثال عن ذلك.

خاتمـــــة

لقد كان الهدف من دراسة " حماية القاصر في قانون الأسرة " الوقوف على الضمانات والامتيازات التي جاء بها قانون الأسرة من خلال بيان ما ورد فيه من النظم التي شرعت لحفظ حقوقه المادية والمعنوية، من ذلك نظام الولاية ونظام الكفالة وكذا نظام الوصاية والتقديم. وكذا الوقوف على الإيجابيات والسلبيات التي اعترت أحكام قانون الأسرة من خلال القيام بالمقارنة في بعض الأحيان بين ما جاءت به أحكامه مع غيره من التشريعات المقارنة خاصة منها التونسي والمغربي وكذا المصري وهذا في العديد من جزئيات هذه الدراسة.

ولقد تبين من خلال هذه الدراسة أن التكريس التشريعي لهذه الحماية لم يحتويه فقط قانون الأسرة وإنما تعززت المنظومة القانونية بنصوص تهدف إلى منح مزيد من الضمانات ، وهو ما تم بيانه من خلال ما استحدث من قانون مكمل للحماية المادية للقاصر الواردة ضمن قانون الأسرة والمتمثلة في قانون (15-01) المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، وكذا ما تضمنه قانون (15-12) المتضمن حماية الطفل الذي بين الهيئات والمؤسسات التي تسهر على حمايته وإن كان له طبع جزائي وهو الأمر الذي يعاب عليه إذ كان يتوجب أن يتضمن كذلك الشق المدني المتعلق بهذه الحماية حتى يؤدي الدور الكامل الذي شرع لأجله.

والأكيد أن الحماية الموضوعية للقاصر لا تأتي بالهدف المنشود منها ولا تؤدي الدور الذي منح لها مالم تدعم بحماية قضائية تسعى إلى تطبيق القانون وتفعيل أحكامه، فالحرص على حماية القاصر هو إذا مسألة تكامل بين النصوص التشريعية وكذا القضاء الذي يعمل على تفعيلها.

وعليه فقد تضمنت هذه الدراسة جملة من النتائج والاقتراحات سيتم بيان أهمها:

أولا: النتائج:

1- من أهم الضمانات القانونية التي وضعت لحماية القاصر في نفسه هو نظام الولاية على النفس التي هي واجب قانوني مؤسس على نص القانون وجد لحماية القاصر حيث أنها تكون بقوة القانون، غير أنه قد يلجأ إلى تثبيتها عن طريق القضاء إذا اقتضى الأمر ذلك، وهي محدودة الأجل تنتهي بانتهاء السبب الذي أوجبها إما بقوة القانون أو عن طريق القضاء تهدف بالأساس إلى حماية مصلحة القاصر حيث تستمر إلى أن يزول هذا المانع وهي وظيفة إلزامية متعلقة بالنظام العام وشخصية لا يجوز المساومة أو التنازل عنها مادام الولي مؤهلا لممارستها، كما أنها تمارس دون مقابل بحكم السلطة الأبوية أو رابطة القرابة لذلك فهي غير قابلة للانتقال إلى الورثة. حيث في ظل انعقاد الرابطة الزوجية تعود للأب ولا يفقدها الأب حتى في حال غيابه أو حصول مانع مادي له، غير أنه في الحالتين الأخيرتين تحل الأم محله لتولي الأمور الطارئة والتي لا تحتمل التأجيل المتعلقة بالأولاد القصر دون أن تنتقل الولاية إليها وهذه المهمة الموكلة للأم تأتي

من باب حماية القاصر لذلك لم يعهدها المشرع لغيرها، وهي تدخل ضمن حقوق وواجبات الأمومة وتختلف عن الولاية الممنوحة للأب.

2- تشتمل الولاية على النفس جملة من الواجبات التي يتوجب على الولي القيام بها حماية للقاصر والمتمثلة في واجب الرعاية والحفظ وهي في ذات الوقت ترتب حقوقا للقاصر؛ من ذلك حق القاصر في التربية والصحة والتعليم والتكوين، وكذا النفقة وواجب المراقبة والحراسة، كما تقابل هذه الواجبات سلطات للولي تتمثل في سلطة التأديب وكذا تزويج القاصر.

3- لقد حسم المشرع الجدل الذي كان قائما ووضع حدا للإشكالات القضائية المتعلقة بإسناد الولاية في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق؛ حيث كان القضاء قبل تعديل قانون الأسرة يقضي في مسألة الولاية وفقا لمبادئ الفقه الإسلامي وهذا استنادا لأحكام المادة222 لصراحة نصها، غير أنه وبعد تعديله المادة 87 من ق أ نص صراحة على وجوب منح الولاية للحاضن عند الحكم بإسناد الحضانة وبذلك يكون قد قيد سلطة القاضي فيما يتعلق بمنح الولاية وأبقى له السلطة فقط في تقرير اسناد الحضانة تبعا لمعيار مصلحة المحضون وفي ذلك تعزيز للحماية القانونية للقاصر.

4- بخلاف ما هو مقرر في حال قيام الرابطة الزوجية فإن المشرع وحماية للقاصر قد جعل من مسؤولية رعاية وحفظ القاصر مسألة مشتركة بين الحاضن والأب في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق حيث يتولى الحاضن السهر على تربية القاصر المحضون وتعليمه ورعايته وحفظه في صحته ونفسه وعقله، بينما يتولى الأب واجب الإنفاق عليه وكذا توفير مسكن له وهذا حتى لا يكون عرضة للإهمال والتشرد، كما منح للأب حق الزيارة الذي يستعمل كحق وأداة لرقابة مدى رعاية القاصر من قبل من هو تحت ولايته، كما جعل سلطة تزويج القاصر المحضون للأب وليس للولي الحاضن .

5- من أهم الضمانات القانونية التي وضعت لحماية القاصر نظام الكفالة الذي يعد بديلا لنظام التبني الذي هو ممنوع قانونا وشرعا حيث أن الهدف منها حماية القاصر يتيم الأبوين أو الذي يكون مجهول النسب من خلال تعويضه بالدفء العائلي الذي حرم منه. ولقد عمل المشرع على حماية المكفول بموجب هذا النظام وذلك من خلال فرضه جملة من الشروط التي يجب توفرها في الكافل وكذا الاجراءات المتعلقة بإسناد الكفالة وجعل القاضي رقيبا على ذلك من خلال جعل ابرام عقد الكفالة من اختصاصه ، كما أنه ورعاية لمصلحة المكفول رتب جملة من الإلتزامات القانونية التي تقع على الكافل ولعل أبرزها القيام على رعايته رعاية الابن الشرعي دون أن يتعدى هذا الإلتزام إلى توريثه أو منحه حقا في النسب ما عدا ما وأورده المشرع من حق منحه لقب الكافل وهذا تسهيلا له لحياته اليومية خاصة ما يتعلق بالوثائق الإدارية .

6- من أهم الضمانات القانونية التي وضعها المشرع لحماية مال القاصر تشريعه لنظام الولاية والوصاية والتقديم وهذا بهدف رعاية مال القاصر وتنميته، حيث ورعاية لمصلحة القاصر جعل إدارة ورعاية هذا المال من مهام ولي القاصر الذي يكون أباه في حال قيام الرابطة الزوجية أما في حالة الوفاة أو الطلاق فإن الولاية تكون للأم أما في حال وفاتهما معا فإنها تكون للجد بقوة القانون أما في حال عدم وجود من سبق ذكرهم فإن هذه المهمة تنتقل إلى الوصي الذي تم تعينه من قبل الأب أو جد قبل وفاتهما، وإلا فإنه يتم تعيين مقدم على المال من قبل القاضي، الذي يحرص عند تثبيته للوصي أو تعيين المقدم على رقابة مدى توفر الشروط القانونية في النائب الشرعي من ذلك الأمانة وحسن التصرف وكذا القدرة.

7- من أهم الضمانات القانونية التي وضعت لحماية مال القاصر منح النائب الشرعي سلطة في إدارة مال القاصر والتصرف فيه غير أن هذه السلطة غير مطلقة وإنما يتسع مجالها ويضيق تبعا لدرجة أهمية المال وخطورة التصرف المتعلق به و قد جُعل القضاء رقيبا في تقدير ذلك وفقا لمعيار مصلحة القاصر.

8- تعد الرقابة القضائية من أهم الضمانات القانونية المقررة لمصلحة القاصر لكونها آلية تعمل على تفعيل النصوص المتعلقة بحماية القاصر والحرص على حسن تطبيقها من خلال ما يمارس من رقابة قبلية ورقابة بعدية

9- إن الدور الإجابي الذي منح للقضاء هو ما جعل منه شريكا في تحقيق الحماية الفعلية للقاصر من خلال ما مُنح لقاضي شؤون الأسرة من دور خلاق في ذلك، إضافة إلى إشراك كل من النيابة العامة في تحقيق هذه الحماية بجعلها طرفا في جميع القضايا الأسرية من ذلك ما تعلق بالقاصر لأنها تتعلق بالنظام العام، إضافة إلى الدور الحِمائي لقاضي الأحداث الذي لبس جلباب القاضي المدني في هذا المجال، دون نسيان الدور الذي يلعبه القاضي الجزائي من خلال ما يفرضه من عقوبات في حالة ارتكاب جرائم تمس بنفس أو مال القاصر تستوجب المساءلة القضائية .

10- تتجلى مظاهر الرقابة القبلية في ما يقوم به قاضي شؤون الأسرة من اجتهاد في تقدير مصلحة القاصر ومراعاتها في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات وأحكام، وذلك وفق أطر قانونية إما بحكم وظيفته القضائية أو الولائية، وله في سبيل تحقيق ذلك الاستعانة بوسائل قانونية تساعده على ذلك. كما يعمل من خلال هذه الآلية على تقييد سلطة النائب الشرعي في التصرفات ذات الأبعاد الخطيرة سواء كانت مرتبطة هذه التصرفات بنفس القاصر أو تعلقت بذمته المالية من خلال سلطة الرقابة على ذلك بموجب آلية الإذن والترخيص القضائي المسبق، كما يمكنه اتخاذ كل الإجراءات اللازمة للمحافظة على نفس القاصر وماله من ذلك اتخاذ التدابير المؤقتة كإجراء احترازي لمواجهة ما يهدد مصالح القاصر.

11- من أهم الضمانات القانونية التي وضعها المشرع لحماية القاصر في نفسه وماله الرقابة البعدية من خلال توكيل جهاز القضاء مهمة السهر على تطبيق القانون ومراقبته تنفيذ الأحكام الصادرة عنه وهذا حفاظا على مصلحة القاصر المادية والمعنوية. وكذا مراقبة النائب الشرعي في أداءه لمهامه. وترتيب المساءلة المدنية والجنائية له في حال إخلاله بالتزاماته تجاه القاصر.

ثانيا: الاقتراحات

هناك العديد من الإشكالات القانونية المتعلقة بحماية القاصر تم طرحها ضمن هذه الدراسة ولم نجد لها إجابة ضمن أحكام قانون الأسرة الأمر الذي أدى إلى الرجوع إلى التطبيقات القضائية وكذا الاستئناس بالقانون المقارن لإيجاد حل لها وعليه نأمل أن يتدارك المشرع النقص والثغرات القانونية التي تعتري أحكام قانون الأسرة والعمل على سدها وهو الأمر الذي تم الإشارة إليه ضمن هذه الدراسة من ذلك:

1- من ذلك المبادرة باستحداث مواد خاصة تفسر وتبين أحكام الولاية على النفس وترتيب الأولياء فيها بشكل صريح ومستقل عن أحكام المادة 87 و92 من ق أ وكذا النص بشكل صريح على مركز الجد ضمن نظامي الولاية "بشقيها النفس والمال" والوصاية وهذا حماية للقاصر يتيم الأبوين.

2- ضرورة إعادة النظر في الجهاز القضائي الأسري والسير حذو التشريعات المغاربية من خلال خلق هيئة قضائية تختص بشؤون القاصرين وتوزع بينها المهام حتى يكون هناك تجسيد حقيقي ورقابة فعلية على مصالح القاصر الشخصية والمالية، فالقاضي الأسري وفي ظل القضايا الكثيرة المعروضة عليه وكذا كثرة المهام الملقاة على عاتقة تجعله غير قادر على أداء وظيفته التي نصت عليها المادة 424 من ق أ. المتمثلة في السهر على رعاية مصالح القصر.

3- بالرغم من إقرار المشرع حماية القاصر المكفول إلاّ أن هذه الحماية منقوصة لكونه لم يحدد الجزاءات القانونية المترتبة على الكافل في حال إخلاله بالتزاماته وكذا مصير المكفول في حال الطلاق. كما أن هناك قصور في المنظومة القانونية المتعلقة بحماية الطفل مجهول النسب، الأمر الذي يستدعي تدارك المشرع لذلك من خلال معالجة القصور القانوني الوارد ضمن أحكام الكفالة وكذا معالجة التعارض الموجود في أحكام قانون الأسرة والمرسوم التشريعي 1992. وكذا النص بشكل صريح على الجزاء القانوني المترتب على الكافل في حال الإخلال بالتزاماته.

4- نأمل أن يتدارك المشرع النقص الذي يعتري قانون الأسرة فيما يتعلق بالمساءلة المدنية والجزائية للنائب الشرعي وعليه أن يحدد موقفه بنص صريح في ذلك خاصة مسألة المسؤولية المدنية للولي على النفس خاصة في ظل إلغاءه لأحكام المادة 135 من القانون المدني، وكذا النص بشكل

صريح على المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي على المال كما فعل نظيره التشريع المقارن الذي نص صراحة على مساءلة الوصي والمقدم جنائيا وهذا حتى تؤدي النصوص القانونية المتعلقة بالحماية المالية للقاصر الدور الذي شرعت لأجله .

يمكن القول في الأخير وكإجابة للإشكالية التي تم طرحها أن حماية القاصر حددت معالمها وتم ضبطها ضمن قانون الأسرة من خلال ما ورد فيه من حقوق له والتزامات فرضت على من يكون تحت ولايته، كما أن هذه الحماية تم تعزيزها بموجب نصوص قانونية مكملة له، كما وضعت نصوص إجرائية أيضا تهدف إلى تفعيل هذه الحماية وحسن تطبيق النصوص المتعلقة بها خاصة في ظل الدور الإيجابي والحِمائي الذي منح للقضاء بمختلف هياكله وبشكل خاص الدور الذي يقع على قسم شؤون الأسرة ممثلا في قاضي شؤون الأسرة.

غير أن هذه الحماية هي حماية منقوصة لكون أن جل النصوص التي بينت هذه الحماية تفتقر إلى الجزاء القانوني المترتب على مخالفتها الأمر الذي يجعلها لا تؤدي الدور الذي وجدت لأجله.

كما يجب القول أن حماية القاصر لا تتوقف عند حجم النصوص الصادرة بشأن ذلك فهناك ترسانة قانونية وضعت لذلك، وإنما ما تتطلبه أيضا هو الوعي القانوني لكل الفئات المخاطبة بهذه النصوص القانونية وكذا التطبيق الفعلي لهذه النصوص وذلك من خلال وضع قضاة متخصصين في المجال الأسري وكذا تخصيص قضاة مكلفين خصيصا بشؤون القاصر.

الملاحق

فهرس الملاحق

رقم الملحق	موضوع الملحق	الصفحة
01	نموذج لعقد الكفالة قبل استحداث المادة 492 من ق إ م إ وما يليها، ونموذج آخر بعد استحداثها.	512- 514
02	حكم صادر عن محكمة قسنطينة، رقم الفهرس 04392/17 المتعلق بإلغاء عقد الكفالة	515- 517
03	رخصة لإبرام عقد الزواج	518- 519
04	رخصة بالتصرف في أموال قاصر	520- 521
05	حكم جزائي صادر عن محكمة الخروب، رقم الفهرس: 15/03937، متعلق بممارسة الفعل المخل بالحياء على قاصرة مكفولة	522- 524
06	قرار جزائي صادر عن مجلس قضاء قسنطينة، رقم الفهرس: 15/12872، متعلق بممارسة الفعل المخل بالحياء على قاصرة مكفولة	525- 528
07	أمر إستعجالي صادر عن محكمة قسنطينة، رقم الفهرس: 16/06654 يتعلق بوقف تنفيذ حكم قضائي يتعلق بتعديل حق الزيارة	529- 532
08	قرار صادر عن مجلس قضاء قسنطينة ، رقم الفهرس:16/03153 يتعلق بإلغاء الأمر الإستعجالي المتعلق بوقف تنفيذ حكم قضائي يتعلق بتعديل حق الزيارة.	533- 538
09	حكم صادر عن محكمة قسنطينة ، رقم الفهرس:14/01290يتضمن تعديل حق الزيارة ممهور بالصيغة التنفيذية.	539- 541
10	حكم جزائي صادر عن محكمة قسنطينة، رقم الفهرس16/08359 يتضمن	542- 544

	الإدانة بجنحة عدم تسليم طفل المنصوص عليها بالمادة 328 من ق ع.	
11	قرار جزائي صادر عن مجلس قضاء قسنطينة، رقم الفهرس: 17/01440 يتضمن القضاء بالبراءة من جنحة عدم تسليم طفل ممهور بالصيغة التنفيذية.	545- 548
12	تقرير طبيب نفسي لحالة القاصرة.	549

الملحق 1

مجلس قضاء: أم البواقي
محكمة: أم البواقي
رئيس قسم شؤون الأسرة
رقم الترتيب 18/0183

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

عقد كفالة

المادة 116 من قانون الأسرة

نحن [redacted] رئيس قسم شؤون الأسرة أم البواقي

بعد الاطلاع على طلب السيد(ة) : [redacted]

المودع بتاريخ: 2018/02/21

المتضمن تعيينه كافلا للقاصر : [redacted]

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة، لا سيما :

– محضر سماع الأم بتاريخ : 2018/02/21 التي أبدت موافقتها.

– محضر سماع الطالب بتاريخ : 2018/02/21 الرامي إلى التكفل بالولد.

بعد الاطلاع على المواد 116 إلى 122 من قانون الأسرة و المواد 492 إلى 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: 2017/02/27 الذي أبدى رأيا بـ

تطبيق القانون

نأمر بتعيين

السيد(ة) : [redacted]

المولود(ة) في [redacted] بـ: [redacted]

: [redacted]

ابن(ة): [redacted]

و ابن(ة): [redacted]

العنوان : [redacted]

المهنة:

السيد(ة) : [redacted]

المولود(ة) في [redacted] بـ: [redacted]

: [redacted]

ابن(ة): [redacted]

و ابن(ة): [redacted]

العنوان : [redacted]

المهنة:

بصفتهما كافلان بشؤون القاصر المسمى [redacted]

المولود في : 2017/02/18 بـ : ام البواقي

مع القول بالتزام الكافل بتربية المكفول تربية إسلامية، و رعايته صحيا و أخلاقيا، و الإنفاق عليه، و السهر على تعليمه، ومعاملته معاملة الأب الحريص، و حمايته والدفاع عليه أمام القضاء، وتحمل المسؤولية المدنية عن تصرفاته الضارة.

و الترخيص للكافل بقبض المنح العائلية و العلاوات و التعويضات المستحقة له قانونا، و الإمضاء على جميع

رقم الترتيب 18/0183

الوثائق الإداريه و وثائق السفر، و الخروج معه خارج الوطن.

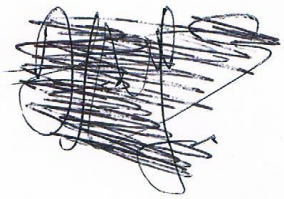
و يكون للمكفول حرية التصرف في شؤونه بعد بلوغه سن الرشد القانوني.

بعد تلاوة مضمون الكفالة على الكافل و قع معنا على الأصل.

حرر بمكتبنا في: 2018/02/27

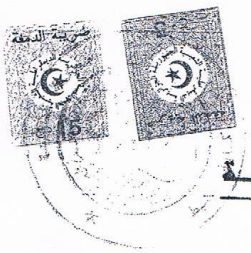
رئيس قسم شؤون الأسرة

إمضاء الكافل



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العـــــــــــدل

مجلس قضاء قسنطينة
محكمة قسنطينـــــة
رئاسـة المحكمـــة
رقم: ـــ. رم.2003



كفـــــالـــــــة

بتاريـــــــخ: الثاني و العشرين من شهر مارس من سنة ألفين و ثلاثـــــة (2003) .
نحـــــن السيـــد: كـــامـــل بكيـــر رئيس محكمة قسنطينـــة .
بمساعـــدة الآنســـة: فسيـــو حـــدة معاونة أمين ضبـــط .

و بعد الإطلاع على المواد / 116 و ما بعدها من قانون الأسرة .
و بعد الإطلاع على الطلب المقدم من طرف السيد / بـ المولود خلال سنة 1929 بالسطارة ولاية جيجل الحامل لبطاقة التعريف الوطنية عدد : د 094593 و الصادرة بتاريخ : 2001.12.31 عن ولاية قسنطينة .

و الذي يطلب بمقتضاه أن يكون كفيلا علـــى البنت المسماة :

*** بـ المولودة بتاريخ : 2001.09.05 بقسنطينـــــة .

و نظرا لكون الولد ليس لها أب حسب شهادة الميلاد المستخرجة من مصلحة الحماية الاجتماعية و من البلدية مكان ازدياده المرفقة و بذلك فهو من أبناء الدولة المسعفين .
و بعد الإطلاع على محضر تسليم الابن للسيـــــد / بو .

و عليـــــــــه

نأذن للسيد / بـ التكفل بالمسماة : ـ
المولودة بتاريخ : 2001.09.05 بقسنطينـــــة .
و القيام به كما يجب قانونا .
بذا تم تحرير هذا الإذن في اليوم و الشهر و السنة المذكورين أعلاه و أمضيناه مع أمين الضبط .

الكاتبـــة

الرئـــيس

الملحق 2

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

مجلس قضاء: قسنطينة
محكمة: قسنطينة
القسم: شؤون الأسرة

JN1725717000924001

رقم الجدول: 00924/17
رقم الفهرس: 04392/17
تاريخ الحكم: 19/06/17

مبلغ الرسم/ 450 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة قسنطينة

بتاريخ: التاسع عشر من شهر جوان سنة ألفين و سبعة عشر

برئاسة السيد (ة): جربوح أمال قاضي
و بمساعدة السيد (ة): فسيو حدة أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): زراولية سمير وكيل الجمهورية

صدر الحكم الآتي بيانه

بين السيد (ة):

بين /

1):ج [redacted] مدعي حاضر
العنوان : بالوحدة الجوارية 07 م س 02، العمارة 104، رقم: 444، علي منجلي، الخروب، قسنطينة
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): بوبندير عبد الرزاق

[redacted]

وبين /

ضد /

السيد وكيل الجمهورية مديرية النشاط الاجتماعي و التضامن ممثلة بمديرها

1):السيد وكيل الجمهورية مدعي عليه حاضر
المباشر للخصومة بنفسه

2):مديرية النشاط الاجتماعي و التضامن ممثلة بمديرها مدخل في الخصام غائب
العنوان : بنهج بن مليك، قسنطينة

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة إفتتاحية مودعة لدى أمانة ضبط محكمة قسنطينة قسم شؤون الأسرة بتاريخ: 15 فيفري 2017 تحت رقم 00924/2017 أقامت المدعية [redacted] المباشرة للخصام بواسطة الأستاذ بوبندير عبد [redacted] دعوى ضد النيابة بحضور مديرية النشاط الإجتماعي و التضامن ممثلة بمديرها جاء فيها /
أن زوجها المسمى بوضياف [redacted] سبق و أن تحصل على كفالة البنت المسماة سارة عبد القادر وهذا بتاريخ 22 مارس 2003 و أن الكافل قد توفي بتاريخ 21 أوت 2007 و أن المدعية لم تعد قادرة على كفالة البنت [redacted] المسماة حاليا بـ [redacted] بالنظر إلى كبر سنها و عليه تلتمس طبقا للمادة 496 من ق إ م إ / إلغاء الكفالة الصادرة عن رئيس محكمة قسنطينة بتاريخ 22 مارس 2003 تحت رقم 61 ، رم 2003 مع إسناد البنت سارة عبد القادر إلى الجهات المختصة بالرعاية طبقا للمادة 125 من قانون الأسرة .
و اضافت أن ما يثبت مزاعمها المتعلقة بفقدانها السيطرة على البنت هو الحكمين الجزائيين الذي يثبتان تعرض البنت للفعل المخل بالحياء و تمسكت بسابق طلباتها .
حيث أن ممثل النيابة إلتمس تطبيق القانون .
حيث أن مديرية النشاط الإجتماعي و التضامن و الممثلة بميدرها لم تحضر و لم تجب و بالرجوع إلى الملف يتضح أنه تم تبليغ المكلف بالمنازعات ،

قم الجدول: 00924/17
قم الفهرس: 04392/17

- بعد إكتفاء الأطراف وضعت القضية في النظر لجلسة: 19 جوان 2017 ليصدر بشأنها الحكم الآتي بيانه.

وعليه فإن المحكمة

- بعد الإطلاع على المواد:13 ، 14، 406 ، 419 ،496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و المادة 03 مكرر من قانون الأسرة .
- بعد الإطلاع على العريضة الإفتتاحية و المذكرة الجوابية و ما جاء فيها من طلبات و دفوع .
- بعد الإطلاع على مرفقات الملف لاسيما: عقد الكفالة الصادر عن محكمة الحال بتاريخ: 22 مارس2003 تحت رقم 61/2003 .
- بعد الإطلاع على محضر سماع المدعية
- بعد الإطلاع على المواد : 125 ، 497 من قانون الأسرة .
- بعد الإطلاع على إلتماسات النيابة .
- بعد النظر قانونا .
- من حيث الشكل: حيث أن الدعوى جاءت مستوفية لكافة الشروط الشكلية و الإجراءات القانونية طبقا للمواد:13 / 14 /406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 3 مكرر من قانون الأسرة ، مما يتعين معه التصريح بقبولها شكلا.
- من حيث الموضوع:
حيث رافعت المدعية النيابة ملتمسة: إلغاء الكفالة الصادرة عن رئيس محكمة قسنطينة بتاريخ 22 مارس 2003 تحت رقم 61 ، رم 2003 مع إسناد البنت ' [illegible] ' إلى الجهات المختصة بالرعاية طبقا للمادة 125 من قانون الأسرة .
- حيث إلتمس ممثل النيابة تطبيق القانون .
حيث أن مديرية النشاط الإجتماعي و التضامن و الممثلة بمديرها لم تحضر و لم تجب و بالرجوع إلى الملف يتضح أنه تم تبليغ المكلف بالمنازعات ،مما يتعين القضاء في مواجهتها غيابيا طبقا للمادة 292 من ق إ م إ .
- حيث ثبت للمحكمة أن موضوع النزاع يتعلق بإنهاء الكفالة .
- حيث ثبت للمحكمة بعد إطلاعها على المستندات المرفقة لاسيما عقد الكفالة الصادر عن محكمة الحال بتاريخ 22 مارس 2003 تحت رقم 61 ، رم 2003 أن المسمى ' [illegible] ' قام بكفالة القاصر [illegible] المولودة بتاريخ 5 سبتمبر 2001 بقسنطينة ، و التي ليس لها أب و من أبناء الدولة المسعفين ،
حيث الثابت كذلك أن المرحوم [illegible] ' قد توفي بتاريخ 21 أوت2007 حسب شهادة وفاته الصادرة عن بلدية الخروب تحت رقم 00341 ، كما أن المدعية هي أرملته وهذا حسب عقد الزواج المرفق بالملف تحت رقم 01077 ،
- حيث أنه من المقرر قانونا طبقا لنص المادتين 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و نص المادة 125 من قانون الأسرة / التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك و إلا فعلي القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ،
حيث أنه تم سماع المدعية بتاريخ 22 ماي 2017 و التي صرحت / بعد وفاة زوجي الذي كان كافلا للبنت سارة عبد القادر بقيت البنت تعيش رفقتي و أنها كانت تزاول دراستها بشكل عادي إلا أنه مع تقدمها في السن فقدت السيطرة عليها و أصبحت تغادر البيت إلى وجهات لا أعلمها و تعرضت لإعتداءات جنسية و أحيانا كان يتم وضعها من طرف قاضي الأحداث بمراكز الطفولة المسعفة و حاليا لا أعلم مكان وجودها و منذ شهرين لم أرها .
حيث و أمام رفض المدعية كفالة البنت بوضياف سارة بعد وفاة كافلها المرحوم [illegible] فإنه لا يسع للمحكمة إلا الحكم بإنهاء الكفالة و إسناد أمر القاصرة [illegible] إلى الجهة المختصة بالرعاية 'مديرية النشاط الإجتماعي و التضامن قسنطينة '.

- حيث أن المصاريف القضائية تتحملها المدعية طبقا لنص المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولـــهـذه الأســباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا غيابيا لمديرية النشاط الإجتماعي و التضمان قسنطينة ، وحضوريا للباقي و في أول درجة :
- في الشكل: قبول الدعوى .
- في الموضوع: إنهاء الكفالة الصادرة عن محكمة الحال بتاريخ 22 مارس 2003 تحت رقم 61 ، رم 2003 و إسناد أمر القاصرة 'بوضياف سارة' إلى الجهة المختصة بالرعاية .
- تحميل المدعية المصاريف القضائية بما فيها الرسم القضائي المقدر ب450دج.
- لذا صدر هذا الحكم ونطق وصرح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه وأمضيت النسخة الأصلية من طرف الرئيس وأمين الضبط.

الرئيس (ة) أمين الضبط

نسخة مطابقة للأصل

إمضاء : سارة نكاع
الصفة : أمين ضبط
الجهة القضائية : محكمة قسنطينة
تاريخ : 2017-07-16 11:20:25

الملحق 3

مجلس قضاء: أم البواقي
محكمة: أم البواقي
مكتب الرئيس
رقم الترتيب 18/01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة لإبرام عقد زواج قاصر

المادة 7 من قانون الأسرة

نحن رئيس محكمة أم البواقي

بعد الاطلاع على طلب السيد :
الساكن(ة) بـ: مشتة ثنية الكبش بلدية عين الزيتون

المتضمن الترخيص له بعقد زواج :

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة،
بعد الاطلاع على المواد 3، 7 و 9 مكرر من قانون الأسرة،
بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: الذي أبدى رأيا بـ

بعد التحقق من هوية المعنية، وإبداء موافقتها على الزواج،
ونظرا لأن الزواج يهدف إلى تكوين أسرة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب،

نرخص للآنسة :
المولودة في : بـ:
بنت : و :

بإبرام عقد الزواج مع المسمى :

المولود في : بـ:
ابن : و :

أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2018/01/31

رئيس المحكمة

صفحة 1 من 1

رقم الترتيب 18/01

مَجلس قضاء: أم البواقي
محكمة: أم البواقي
مكتب الرئيس
رقم الترتيب 18/01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة لإبرام عقد زواج قاصر

المادة 7 من قانون الأسرة

نحن رئيس محكمة أم البواقي

بعد الاطلاع على طلب السيد :

الساكن(ة) بـ: مشتة ثنية الكبش بلدية عين الزيتون

المتضمن الترخيص له بعقد زواج :

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة،

بعد الاطلاع على المواد 3، 7 و 9 مكرر من قانون الأسرة،

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: الذي أبدى رأيا بـ

بعد التحقق من هوية المعنية، وإبداء موافقتها على الزواج،

ونظرا لأن الزواج يهدف إلى تكوين أسرة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب،

نرخص للآنسة :

المولودة في : 2004 بـ: عين الزيتون

بنت : و :

بإبرام عقد الزواج مع المسمى :

المولود في : 1992/04/25 بـ: عين الزيتون

ابن : و :

أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2018/01/31

رئيس المحكمة

رقم الترتيب 18/01

الملحق 4

مجلس قضاء: أم البواقي
محكمة: أم البواقي
رئيس قسم شؤون الأسرة
رقم الترتيب 18/0185

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة بالتصرف في أموال قاصر

المادة 88 من قانون الأسرة

نحن رئيس قسم شؤون الأسرة أم البواقي
بعد الاطلاع على طلب السيد(ة) : أرملة د
بإعتباره(ها) : والدة القاصر الساكن(ة) ب : حي العربي بن مهيدي أم البواقي
المتضمن الترخيص له(ها) ب:
اذن بقسمة العقار

و طبقاًلأحكام المادتين 88 و 89 من قانون الأسرة.
وبعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: الذي أبدى رأيا ب

نرخص

للسيد(ة): بنت
المولود(ة) 1961/01/21 ب: تبسة
في:
ابن(ة): و :
بأن يتصرف ب:

في نصيب ابنها د ب72/14 مباشرة لاجراءات قسمة – 1–مسكن فردي في طور الانجاز كائن بام البواقي – طريق قسنطينة– تبلغ مساحته ستمائة متر مربع –600–م2 منها 300م2 مبنية و الباقي شاغرة يتكون من طابق ارضي به 05 مرائب و مقهى و طابق اول به ثلاث غرف، قاعة استقبال ، مطبخ ، حمام ، مرحاض ، رواق ، سلالم ، فراغ و سطح و 150م2 يحتوي على 15 من الاعمدة تبلغ نسبة الاشغال 60%

حسب محضر معاينة مادية للعقار اعده الخبير العقاري سابق حسان بتاريخ 10–01–2016. وفقا لعقد البيع الصادر عن مديرية أملاك الدولة لولاية ام البواقي و المشهر بالمحافظة العقارية بام البواقي 21–04–2016 حجم 324 رقم 95

2– قطعة أرض صالحة للبناء مساحتها (101,22م2) كائنة ببلدية أم البواقي بحي العربي بن مهيدي تحمل رقم القطعة الريفية رقم 01PIEb توسيعة للقطعة 01PIEaمقتطعة من القطعة الريفية رقم 01 يحدها من الشمال السكن الاصلي للمعني01PIEA و فراغ الجنوب : طريق الشرق : فراغ : الغرب السكن الاصلي للمعني 01PIEAوفراغ وفقاللشهادة التوثيقية للمرحوم دحدوح الرهوني المحررة بمكتب الموثق الاستاذ محمد بليلي بتاريخ 31–01–2016

و المشهرة بالمحافظة العقارية بتاريخ 16–03–2016 حجم 322 رقم 83

ملك ل:
القاصر(ة):
المولود(ة) في 2000/11/14 ب: تبسة

رقم الترتيب 18/0185

:

ابن(ة) :

و : ابنة عائلة

و ذلك بسبب

للضرورة و المصلحة

نأذن للمسماة ابنة عائلة من مواليد 1961/01/31 بتبسة ابنة علي و زوجي فاطمة في مباشرة اجراءات القسمة في نصيب ابنها من مواليد 2000/01/12 بتبسة في العقارات المذكورين اعلاه .

مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2018/02/25

رئيس قسم شؤون الأسرة

18/0185

الملحق 5

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وزارة العدل
مجلس قضاء: قسنطينة
الغرفة الجزائية

قرار جزائي

رقم الملف: 15/10562
رقم الفهرس: 15/12872
تاريخ القرار: 15/11/08

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر مجلس قضاء قسنطينة
بتاريخ الثامن من شهر نوفمبر سنة ألفين و خمسة عشر
للنظر في قضايا الجنح و المخالفات

برئاسة السيد (ة): بغو عبد الفاتح — رئيسا
وبعضوية السيد (ة): بركوسية وهاب — مستشارا مقررا
وبعضوية السيد (ة): مزواط شهيرة — مستشارا
وبمحضر السيد (ة): بكاي عيسى — نائب عام
وبمساعدة السيد (ة): بن نيو ليندة — أمين الضبط

طعن بالنقض من طرف النائب العام ضد المتهم
بتاريخ: 11/11/2015
طعن بالنقض من طرف الضحية
بتاريخ:15/11/2015

صدر القرار الجزائي الآتي بيانه
السيد النائب العام - مدعيا باسم الحق العام

من جهة

و /

1): [illegible] — ضحية مستأنف
من مواليد: 1965/04/13 بـ: قسنطينة
ابن: أحمد و دقيش خميسة
الساكن : حي ماسينيسا Aم ع D بلدية الخروب
بواسطة الأستاذ(ة): براهيمي قواشي حنيفة

2): [illegible] — ضحية مستأنف
من مواليد: 1954/04/20 بـ: أولاد أحبابة
ابن: أحمد و دقيش خميسة
الساكن : حي ماسينيسا Aم ع D بلدية الخروب

النيابة ضد /
[illegible] - موقوف -

طبيعة الجرم /
المشاركة في السرقة

من جهة ثانية

ضـــد /

1): [illegible] — متهم غير مستأنف — موقوف — حاضر
من مواليد: 1991/08/08 بـ: الخروب
ابن: حسين و دزاير حمايزية عازب -ة
الساكن : حي 1039 مسكن عمارة 41 رقم 01 الخروب
بواسطة الأستاذ (ة): تيفوتي سكينة-بوالسيوف

من جهة أخرى

المسؤول المدني /

1): جمعة زهيرة — مسؤول مدني غير مستأنف — غائب
بـ:
الساكن: وج07 مج02 عمارة 04 أي رقم 444 علي منجلي بلدية الخروب

02 مارس 2016

الشاهد/

1): بوضياف سارة — غائب
الساكن : وج07 مج02 عمارة 04 أي رقم 444 علي منجلي بلدية الخروب

** بيان وقائع الدعوى **

رقم الجدول: 15/10562
رقم الفهرس: 15/12872

- حيث تتلخص وقائع القضية المتابع لأجلها المتهم أنه بتاريخ، 17/06/2015 تقدمت المدعوة [illegible] بشكوى إلي مصالح الضبطية القضائية بالخروب ضد مفادها تعرضهما إلي عملية سرقة من داخل مسكنهما استهدفت كمية من المجوهرات ومبلغ مالي قدره عشرون مليون 20000000سنتيم أنه ولدي استفسارهما مع القاصرة ابنة شقيقتهما بالتبني بوضياف سارة أكدت لهما بأنها من نفذت عملية السرقة بتحريض من المدعو [illegible] وقامت بتسليمه المسروقات ولدي سماع المدعوة [illegible] أكدت الوقائع وذلك بتحريض من المشتبه فيه بلمرابط سفيان وقامت بتسليم المسروقات لهذا الأخير بناء علي اتفاق بينهما علي الهروب مع بعضهما البعض والعيش بمدينة الجزائر العاصمة أو المدية غير أن المدعو بلمرابط سفيان لم يعد لأخذها بعد استلامه المسروقات أين غادرت المنزل للحث عنه ثم تصادفت مع المدعو [illegible] الذي قام بإبعادها لممارسة الجنس عليها بمعية أحد أصدقائه ولدي سماع المدعو [illegible] نفي الوقائع المنسوبة إليه وأكد أنه لم يستلم منها أية مسروقات وصرح انه تعرف عليها فعلا ومارس عليها الجنس برضاها وبناء علي طلبها بمعية صديقه [illegible] الى [illegible] سماع هذا الأخير صرح انه فعلا مارس الجنس علي القاصرة [illegible] بمعية صديقه [illegible] بناءا علي طلبها وبرضاها.
- حيث تابع وكيل الجمهورية لدى محكمة الخروب المتهم [illegible] لارتكابهما في تاريخ 15/06/2015 ومنذ زمن لم يمض عليه أمد التقادم بعد بدائرة اختصاص المحكمة ومجلسها القضائي جنحة المشاركة في السرقة طبقا لأحكام المادة 42-350 من قانون العقوبات.
- حيث أن المتهم أحيل علي محكمة الجنح بموجب إجراءات التلبس عملا بأحكام المواد 59، 338 من قانون الإجراءات الجزائية.
- حيث أنه وخلال إجراءات المحاكمة أمام قاضي محكمة أول درجة حضر المتهم [illegible] جلسة المحاكمة وأنكر التهمة المنسوبة إليه جملة وتفصيلا في حين حضرت الضحيتان جمعة عمار و[illegible] المحاكمة أين أكدا تعرضهما لفعل السرقة وقد أخطرتهما القاصرة بو[illegible] ابنة أختهما بالتبني أنها هي من استولت علي المجوهرات ومبلغ 20 مليون سنتيم بتحريض من المتهم وقامت بتسليمه المسروقات والتمستا علي لسان محاميهما الأستاذ بلبرج محمد القرمي تعويض ثمانية ملايين 8000000دج عن مختلف الأضرار والتمس وكيل الجمهورية إدانة المتهم ومعاقبته بثلاثة 03 سنوات حبس نافذ و50000دج غرامة نافذة وأعطيت الكلمة الأخيرة للمتهم.
- حيث صدر حكم في تاريخ: 20/07/2015 عن محكمة الخروب تحت رقم الفهرس03937/15 قضى حضوريا ببراءة المتهم [illegible] من جنحة المشاركة في السرقة طبقا للمادة 42 - 350 من قانون العقوبات وفي الدعوي المدنية عدم الاختصاص كان موضوع استئناف من طرف وكيل الجمهورية في تاريخ 21/07/2015 ومن طرف الضحيتين [illegible] في تاريخ 21/07/2015 بموجب تصريح شفاهي مدلى به أمام أمين ضبط المحكمة وفقا لمقتضيات أحكام المادة 420 من قانون الإجراءات الجزائية.
- جدول النائب العام القضية لجلسة 06/09/2015وأبلغ أطراف الدعوى بتاريخ انعقاد جلسة المحاكمة للفصل في الاستئناف طبقا للقانون.
- بعد التقرير في القضية ومناقشتها بغرفة المشورة بين أعضاء الغرفة الجزائية وضعت للمداولة وتم النطق بالقرار في تاريخ 08/11 /2015.

** وعـليه فإن المجـلس **

- بعد الإطلاع على ملف القضية والوثائق المرفقة .
- بعد لاستماع إلي تقرير السيد بركوسية وهاب المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب .
- بعد الاستماع إلي طلبات النائب العام .
- بعد الاطلاع علي المواد 416 .417 .418 .420 من قانون الإجراءات الجزائية والمادة42 - 350 من قانون العقوبات .
- بعد المداولة قانونا.

في الدعوى العمومية/

- من حيث الشكل/
- حيث أن الاستئنافات جاء تفي الآجال واستوفت الأوضاع والشروط القانونية المنصوص عليها بالمواد 416- 417-418-420 من قانون الإجراءات الجزائية مما تقرر قبولها شكلا .
- من حيث الموضوع/
- حيث أن الحكم الصادر في تاريخ : 20/07/2015 عن محكمة الخروب تحت رقم الفهرس03937/15 قضى حضوريا ببراءة المتهم [illegible] من جنحة المشاركة في السرقة طبقا للمادة 42 - 350 من قانون العقوبات وفي الدعوي المدنية عدم الاختصاص كان موضوع استئناف من طرف وكيل الجمهورية في تاريخ 21/07/2015 ومن طرف الضحيتين [illegible] وجمعة نادية في تاريخ 21/07/2015 بموجب تصريح شفاهي مدلى به أمام أمين ضبط المحكمة وفقا لمقتضيات أحكام المادة 420 من قانون الإجراءات الجزائية.
- حيث أن المتهم [illegible] حضر جلسة المحاكمة وأنكر الأفعال المنسوبة غليه.
- حيث أن الضحيتين جـ[illegible] تغيبتا ولم تحضرا جلسة المحاكمة.
- حيث أن دفاع الضحيتين [illegible] في حقهما الأستاذين بوبندير عبد الرزاق نيابة عنه الأستاذ بوحيل و براهيمي كواشي حنيفة التمس تعويض موكليه 8000000دج قيمة المصوغات و200000دج تعويض عن الأضرار .
- حيث أن النائب العام ألتمس في طلباته إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإدانة المتهم ومعاقبته بثلاثة 03 سنوات حبس نافذ ومائة ألف 100000دج غرامة نافذة.
- حيث أن دفاع المتهم بلمرابط سفيان في حقه الأستاذتين تيفوتي سكينة وبوالسيوف فائزة التمس تأييد الحكم المستأنف.
- وحيث أن الكلمة الأخيرة أعطيت للمتهم.
- حيث تبين من دراسة الملف والمناقشات التي دارت بغرفة المشورة بين أعضاء الغرفة الجزائية، أنه لا يوجد ما يثبت قيام المتهم [illegible] الأفعال المنسوبة إليه مشاركته في السرقة التي استهدفت مجوهرات ومبلغ 20 مليون من مسكن الضحيتين جـ[illegible] وجـ[illegible] حسب تصريحات الضحيتين أمام نفي المتهم عبر جميع مراحل الدعوي استلامه المسروقات من الشاهدة القاصرة [illegible] الفاعلة الأصلية في عملية السرقة التي استهدفت الضحيتين الذين لم يؤكدا مشاهدتهما المتهم خلال عملية السرقة أو خلال تسليم المسروقات من الشاهدة المتضاربة الأقوال كما لم يتم ضبط المسروقات في حيازة المتهم وتجعل أركان تهمة المشاركة في السرقة طبقا للمادة 42 - 350 من قانون العقوبات غير متوفرة مما تعين تبرئة ساحة المتهم.
- حيث أن قاضي محكمة أول درجة قدر الوقائع وطبق صحيح القانون لما قضي ببراءة المتهم من جنحة المشاركة في السرقة طبقا للمادة 42 - 350 من قانون العقوبات.
- حيث تقرر تأييد الحكم المستأنف في الدعوى العمومية.
في الدعوى المدنية
- وحيث بانتفاء المسؤولية الجزائية تصبح طلبات الطرفين المدنيين غير مؤسسة طبقا للمادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية .
- حيث أن المصاريف القضائية تتحملها خزينة الدولة طبقا للمادة 432 من قانون الإجراءات الجزائية .

** لهـذه الأسـباب **

قرر المجلس حال فصله في قضايا مواد الجنح و المخالفات علنيا نهائيا حضوريا وجاهيا للمتهم و غير وجاهي للباقي .
في الشكل: قبول الاستئنافات .
في الموضوع: تاييد الحكم المستأنف .
و ابقاء المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العمومية .

أمين الضبط

الرئـيس (ة)

02 مارس 2016

رقم الجدول: 15/10562
رقم الفهرس: 15/12872

الملحق 6

مجلس قضاء: قسنطينة
محكمة: الخروب
قسم الجنح

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

رقم الجدول: 15/03436
رقم الفهرس: 15/03937
تاريخ الحكم: 15/07/20

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة الخروب
بتاريخ: العشرون من شهر جويلية سنة ألفين و خمسة عشر
النظر في قضايا الجنح
برئاسة السيد (ة): خطابي منصف رئيسا
وبمساعدة السيد(ة): بوجلال خديجة أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): جغلال محمد نعمان و كيل الجمهورية

صدر الحكم الجزائي الآتي بيانه بين الأطراف التالية
النيابة ضد /
السيد وكيل الجمهورية_ مدعيا باسم الحق العام.
من جهة

و /

1): ضحية حاضر
من مواليد: 1965/04/13 بـ: قسنطينة
إبن: أحمد و دقيش خميسة
الساكن : حي ماسينيسا Aم ع D بلدية الخروب

2): ضحية حاضر
من مواليد: 1954/04/20 بـ: أولاد أحبابة
إبن: أحمد و دقيش خميسة
الساكن : حي ماسينيسا Aم ع D بلدية الخروب

من جهة ثانية

طبيعة الجرم /
المشاركة في السرقة

ضد /

1): متهم حاضر
من مواليد: 1991/08/08 بـ: الخروب موقوف
إبن: حسين و دزاير حمايزية عازب (ة)
الساكن : حي 1039 مسكن عمارة 41 رقم 01 الخروب

من جهة اخرى

المسؤول المدني /

1): جمعة زهيرة حاضر

الساكن : وج07 مج02 عمارة 04 أي رقم 444 علي منجلي بلدية الخروب

الشاهد/

حاضر

1): بوعلي

الساكن : **وج07 مج02 عمارة 04 أي رقم 444 علي منجلي بلدية الخروب**

****بيان وقائع الدعوى****

حيث أن المتهم [redacted] متابع من طرف نيابة الخروب لارتكابه بتاريخ15-06-2015 وذلك منذ زمن لم يدركه أمد التقادم بعد بدائرة اختصاص محكمة الخروب ومجلس قضاء قسنطينة جنحة المشاركة في السرقة ، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 42-350 من قانون العقوبات .

حيث أن المحكمة الجنحية أخطرت بملف القضية بموجب إجراءات التلبس علىً قاعدة المواد 338-59 من قانون الإجراءات الجزائية .

حيث أنه يستخلص من ملف القضية أنه وبتاريخ : 15-06-2015 تقدم المدعو [redacted] ببلاغ أمام مصالح الضبطية القضائية عن اختفاء ابنة أخته بالتبني القاصرة [redacted] البلغة من العمر 14 سنة موضحا بأن هذه الأخيرة تعد ابنة أخته جمعة زهيرة بالتبني وأنه وبسبب تضييعها لجهاز هاتف نقال وضغطهم عليها لإرجاعه غادرت المنزل دون عودة ، وبتاريخ 16-06-2015 تقدمت المسماة جمعة زهيرة أمام مصالح الضبطية القضائية بمعية ابنتها القاصرة بالتبني بوضياف سارة مؤكدة بأن هذه الأخيرة قد عادت إلى المسكن العائلي بمحض إرادتها . ولدى سماع القاصرة [redacted] أمام مصالح الضبطية القضائية أكدت بأنها وبعد أن سرق منها جهاز الهاتف النقال التابع لخالها [redacted] خافت من العودة إلى المنزل أين استقلت حافلة وذهبت إلى مدينة الخروب محاولة الذهاب إلى المدينة الجديدة علي منجلي وبوصولها إلى المكان المسمى الأقواس بالقرب من محكمة الخروب تصادفت بالمدعو مراحي الهادي الذي سبق لها وأن تعرفت عليه أين قام بأخذها إلى مدخل إحدى العمارات وبقي يردد لها كلاما رومنسيا ثم قام بتقبيلها وضمها إليه ثم التحق بهما بعد ذلك أحد أصدقائه الذي طلب منها ممارسة الجنس معه وبرفضها طلبه اعتدى عليها بالضرب ليتدخل بعد ذلك مراحي الهادي وأخذها إلى إحدى الدهاليز التابع للمدعو زيموش حيدر بحي 900 مسكن بالخروب أين مارس عليها الجنس وقضت الليلة بمعيته وفي صبيحة اليوم الموالي قام بنقلها إلى المكان المسمى البعراوية على متن سيارة صديقه المدعو سيفور وطلب منها أن تسمح لهذا الأخير بممارسة الجنس عليها أين انفرد بها فعلا وقام بممارسة الجنس عليها إلى غاية إشباع شهوته . وبعد ذلك قام السالفي الذكر بنقلها إلى حي ماسينيسا وتركاها هناك لتعود بعد ذلك إلى منزلها العائلي مبررة بأن المدعو حسام هو من أفقدها عذريتها سنة 2011 وبقي على علاقة معها ويمارس معها الجنس بشكل عادي إلى غاية تاريخ اختفائه عن الأنظار نهائيا .

وبتاريخ 17-06-2015 تقدمت المسماة [redacted] و جهة [redacted] بشكوى أمام مصالح الضبطية القضائية مفادها تعرضهما إلى عملية سرقة من داخل منزلهما استهدفت مجموعة كبيرة من المجوهرات ومبلغا ماليا قدره 20 مليون سنتيم . ولدى استفسارهما مع ابنة شقيقتهما بالتبني [redacted] أكدت لهما بأنها من نفذت عملية السرقة بتحريض من المدعو [redacted] وقامت بتسليمه المسروقات . ولدى سماع المسماة [redacted] أمام مصالح الضبطية القضائية اكدت بأنها من نفذت فعلا عملية السرقة التي استهدفت منزل الشاكيين [redacted] واستولت من خلالها على كمية من المجوهرات ومبلغ مالي وذلك بتحريض من المدعو [redacted] وقد قامت بتسليم المسروقات لهذا الأخير بتاريخ 15-06-2015 وذلك بناء على اتفاق بينهما على الهروب مع بعضهما البعض والعيش بمدينة العاصمة أو المدية غير أن المدعو [redacted] لم يعد لأخذها بعد استلامه المسروقات أين غادرت المنزل بحثا عنه ثم تصادفت

رقم الجدول: 15/03436
رقم الفهرس: 15/03937

بعد ذلك بالمدعو مراحي الهادي الذي قام بإبعادها وممارسة الجنس عليها بمعية أحد أصدقائه .
ولدى سماع المدعو بلمرابط سفيان أمام مصالح الضبطية نفي نفيا قاطعا الوقائع المنسوبة إليه من القاصرة بو[illegible] مؤكدا بانه لم يستلم منها أية مسروقات مبزرا بأنه سبق له وأن تعرف عليها فعلا ومارس عليها الجنس برضاها وبناء على طلبها بمعية صديقه بو[illegible]علي .
ولدى سماع هذا الأخير أمام مصالح الضبطية القضائية أكد بأنه سبق له فعلا ممارسة الجنس على القاصرة [illegible] بمعية صديقه بلمرابط [illegible] بناء على طلبها وبرضاها . ولدى مواجهة القاصرة بو[illegible] بهذين الأخيرين أكدت بأنهما قد مارسا عليها فعلا الفعل المخل بالحياء على مستوى مدينة ماسينيسا بالتداول كما أنها قد سلمت فعلا المسروقات إلى المدعو بلمرابط سفيان . وبعد أن تم عرضها على الطبيب الشرعي أكد بأنها فاقدة لعذريتها فعلا.
حيث أن المتهم حضر جلسة المحاكمة وبعد التأكد من هويته وتعريفه بالإجراء المتابع بموجبه أنكر الوقائع المنسوبة إليه جملة وتفصيلا مؤكدا بأنه لم يشترك مع القاصرة بو[illegible] في أية عملية سرقة كما أنه لم يسبق له تحريضها على ذلك أو استلام أية مسروقات منها مبرزا بأنه من المحتمل أن تكون القاصرة بو[illegible] قد سلمت المسروقات إلى المدعو مراحي الهادي الذي طلب منها تلفيق هذه التهمة له .
حيث أن الضحيتين جمعة [illegible] حضرا جلسة المحاكمة أين أكدا تعرضهما فعلا إلى عملية سرقة استهدفت مسكنيهما مبرزين بأن القاصرة بو[illegible] التي تعد ابنة شقيقتهما بالتبني هي من أخطرتهما بأنها قد قامت بسرقتهما بتحريض من المتهم وتسليمه المسروقات .
حيث أن الشاهدة بو[illegible] حضرت جلسة المحاكمة أين تم سماعها على سبيل الاستدلال أين أكدت بأنها من نفذت عملية السرقة التي استهدفت الضحيتين استولت من خلالها على مجموعة من المجوهرات ومبالغ مالية بتحريض من المتهم وقد سلمت بتاريخ الوقائع جميع المسروقات إلى هذا الأخير.
حيث أن دفاع الضحية الأستاذ بلبرج محمد القرمي رافع لصالح موكليه متأسسا طرفا مدنيا ملتمسا تعويضا قدره 8.000.000 دج عن مختلف الأضرار اللاحقة بهما.
حيث أن ممثل الحق العام التمس ثلاث سنوات حبس نافذة و 50.000 دج غرامة نافذة.
حيث أن دفاع المتهم الأستاذة تيفوتي سكينة رافعت لصالح موكلها والتمست له البراءة لانعدام الدليل ولفائدة الشك لتناقض تصريحات الشاهدة الفاعلة الأصلية في قضية الحال ولعد ثبوت أركان الاشتراك في حق المتهم .
حيث أن الكلمة الأخيرة أعطيت للمتهم على قاعدة المادة 03/353 من ق إ ج .
حيث أن القضية حجزت للنظر ليصدر فيها الحكم الآتي بيانه في 20-07-2015.

وعليـــه فإن المحكـمة

بعد الإطلاع على ملف القضية.
بعد الاطلاع على أحكام المواد 42-350 من قانون العقوبات
بعد النظر وفقا للقانون.
في الدعـوى العموميـة :
حيث انه ثبت للمحكمة من خلال ملف القضية والمناقشات التي دارت بالجلسة أن جنحة المشاركة في السرقة غير ثابتة في حق المتهم ويتبين ذلك من خلال أن مجمل ما يستند إليه الاتهام الموجه ضد المتهم - في قضية الحال - هي تصريحات الشاهدة القاصرة بو[illegible] الفاعلة الأصلية في عملية السرقة التي استهدفت الضحيتين ، وعليه وطالما أن تصريحات هذه الأخيرة متناقضة في مجملها بين محاضر التحريات الأولية وأمام المحكمة من حيث وقت عملية السرقة وطريقتها وكيفية تسليم المسروقات للمتهم وسبب فرارها من منزل الضحيتين كما أنه لا تعد دليلا كافيا لإسناد واقعة المشاركة في السرقة للمتهم طالما أنها هي الفاعل الأصلي في عملية السرقة ، وطالما أن الضحيتين لم يؤكدا مشاهدتهما المتهم خلال عملية السرقة أو أثناء استلامه المسروقات من الشاهدة ، وطالما أنه لم يتم ضبط الأشياء المسروقة من الضحيتين في حيازة المتهم كما هو

رقم الجدول: 15/03436
رقم الفهرس: 15/03937

ثابت من خلال محاضر التفتيش السلبية المرفقة بالملف فإنه يوجد شك في قضية الحال حول إسناد واقعة المشاركة في السرقة أو واقعة التحريض للمتهم الأمر الذي يتعين معه على المحكمة التصريح ببراءة المتهم من الجرم المنسوب إليه طبقا لنص المادة 364 من ق إ ج.

في الدعوى المدنية : حيث أنه ومتى قضت المحكمة بالبراءة في الدعوى العمومية فإنها تكون غير مختصة نوعيا بالنظر في الدعوى المدنية .

حيث أن المصاريف القضائية تبقى على عاتق الخزينة العمومية طبقا لنص المادة 364 من ق إ ج.

ولهـذه الأسـباب

قضت المحكمة حال فصلها في قضايا الجنح ابتدائيا علنيا حضوريا

في الدعوى العمومية : ببراءة المتهم [illegible] من جنحة المشاركة في السرقة المنسوبة إليه طبقا لنص المادة 364 من قانون الإجراءات الجزائية .

في الدعوى المدنية : بعدم الاختصاص النوعي .

مع بقاء المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العمومية .

بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا في اليوم والشهر والسنة المذكورين أعلاه وأمضينا أصله نحن الرئيس وأمين الضبط.

الرئيس (ة) [illegible] أمين الضبط

الحروف 22 - 05 - 2016

رقم الجدول: 15/03436
رقم الفهرس: 15/03937

الملحق 7

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر استعجالي

مجلس قضاء: قسنطينة
محكمة: قسنطينة
القسم: الاستعجالي
استعجالي

رقم الجدول: 16/05445
رقم الفهرس: 16/06654
تاريخ الأمر: 16/08/28
مبلغ الرسم/ 1500 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة قسنطينة
بتاريخ: الثامن و العشرون من شهر أوت سنة ألفين و ستة عشر
برئاسة السيد (ة): بن عامر ليلى رئيس المحكمة
و بمساعدة السيد (ة): بزيش سعاد أمين ضبط

صدر الأمر الآتي بيانه

بين السيد (ة):

بين /

1): [illegible] مدعي حاضر

العنوان : حي الاخوة عباس عمارة ب رقم 10 قسنطينة
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):بوالغبرة حكيمة

وبين /

ضد /

1): [illegible] مدعي عليه حاضر

العنوان : حي بوالصوف عمارة 46 شقة 08 قسنطينة
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة): خراب عبد الحكيم

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة إفتتاح دعوى مودعة لدى أمانة ضبط المحكمة القسم الإستعجالي بتاريخ 2016/07/20 مسجلة تحت رقم 5445-2016 أقامت المدعية [illegible] المباشرة للخصام بواسطة الأستاذة بوالغبرة حكيمة دعوى ضد المدعى عليه [illegible] وقد جاء في شرح دعواها أنه كانت تجمعها علاقة زواج شرعية بالمدعى عليه أثمرت عن ميلاد الإبن إلياس علي غير أن هذه العلاقة لم يكتب لها النجاح أين انتهت بصدور حكم طلاق عن محكمة الحال بتاريخ 2009/04/15 يقضي بفك الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع الحالي مع إسناد حضانة الإبن إلياس علي لوالدته المدعية الحالية ومنحها حق الولاية عليه وبالمقابل تمكين المدعى عليه من حق الزيارة أيام الجمعة من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساءا وكذا في الأعياد الدينية والوطنية وهو الحكم المشهور بالصيغة التنفيذية ، وأن المدعي قام بإستصدار حكم عن محكمة الحال من أجل مراجعة وتمديد مواقيت الزيارة الممنوحة له بجعلها تمتد للعطل المدرسية وأنه وبتاريخ 2014/02/24 أصدرت محكمة الحال حكما يقضي في منطوقه بتعديل مواقيت الزيارة وذلك بجعل حق الزيارة يمتد للعطل المدرسية وجعلها مناصفة بين الطرفين ، وأنه وخلال السنة الجارية وتحديدا في شهر ماي وعند تقدم المدعى عليه من أجل أخذ الطفل المحضون رفقته من أجل ممارسة حق الزيارة الممنوح له امتنع الطفل إمتناعا مطلقا الإستجابة لوالده والذهاب معه إلى بيته من أجل المكوث معه خلال العطلة المدرسية ، وأن كل العائلة حاولت مع الطفل من أجل الإستجابة لطلب والده غير أنه رفض وأصر على موقفه بعدم الذهاب معه وهو الأمر الثابت من خلال محضر إثبات حالة المحرر من قبل الأستاذ سعدي موسى الذي يؤكد حقيقة موقف الطفل المحضون من الذهاب مع والده ، غير أن المدعى عليه لم يستسغ هذا

15/03/16

رقم الجدول: 16/05445
رقم الفهرس: 16/06654

الأمر المتعلق برفض الإبن المحضون الذهاب معه وقام بوضع شكوى على مستوى قاضي الأحداث يدعي فيها أن المدعية الحالية ترفض تسليمه الإبن المحضون هذا الأخير الواقع تحت ضغط نفسي من طرف أمه مما حتم عليه الأمر اللجوء إلى السيد قاضي الأحداث من أجل التدخل حماية لهذا القاصر ، وأن قاضي الأحداث وبعد استدعائه لكافة أطراف النزاع الحالي بما فيهم الطفل المحضون لاحظ رفض هذا الأخير أمامه التعامل مع والده أو الذهاب معه مهما كلفه الأمر ، وأن قاضي الأحداث وبعد جلسة السماع والمواجهة لكافة أطراف النزاع أصدر أمرا بوضع الطفل تحت عناية طبيب نفسي من أجل فحصه فحصا معمقا والإطلاع على النفسية مع تحرير تقرير عن حالته وإرجاع إليه من أجل البث في الملف ، وأن المدعية اتصلت بالطبيب النفسي من أجل فحص الطفل والتأكد من سلامته النفسية وهو يخضع للعلاج حسب البرنامج المسطر من قبله ، وأن المدعى عليه ورغم علمه بأن الطفل المحضون يخضع لجلسات العلاج النفسي التي لم تنته تقدم بشكوى أمام السيد وكيل الجمهورية يتهم فيها المدعية أنها رفضت تسليمه الطفل المحضون وهو ما دفع بالسيد وكيل الجمهورية إلى تقديم المدعية وعرض الوساطة عليها من أجل أن تتعهد بتسليم الطفل للمدعى عليه رغم عدم رفضها أن يستلمه وهو الأمر الذي استجابت له المدعية وتعهدت به أمام السيد وكيل الجمهورية ، وأن المدعى عليه وتنفيذا لفحوى أمر السيد وكيل الجمهورية تقدم إلى منزل المدعية من أجل تسلم الطفل المحضون غير أن هذا الأخير أصر على موقفه المعتاد المتعلق بالرفض وهو الأمر الثابت من خلال المحضر المحرر من قبل المحضر القضائي أ. سلمى عبد القادر الذي أكد رفض الطفل التوجه مع والده ، وتضيف المدعية على لسان وكيلتها أن الطفل يرفض رفضا قاطعا التوجه مع والده وهو الأمر الذي يعلمه المدعى عليه ورغم هذا فهو يصر على موقفه بأخذ هذا الأخير معه وفي فترة علاجه ، وأن الطفل في فترة علاج نفسي عما يمر به مع والده وإستمرار والده في الضغط عليه كل أسبوع بأخذه عن طريق محضر قضائي لا يخدم نفسية الطفل في شيء بل يزيد من تأزم الوضع وطول مدة العلاج النفسي ، وعليه فإن المدعية ومن أجل الحفاظ على حالة الطفل النفسية واستقرارها إلى غاية انتهاء جلسات العلاج النفسي والبث في وضعيته من قبل السيد قاضي الأحداث تلتمس الأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة قسم شؤون الأسرة في شقه المتعلق بحق الزيارة الممنوحة للمدعى عليه الصادر بتاريخ 2014/02/24 تحت رقم 13/6396 إلى غاية انتهاء جلسات العلاج النفسي للطفل بن امغار إلياس علي المأمور بها بموجب أمر السيد قاضي الأحداث لدى محكمة قسنطينة من أجل البث في الوضعية النفسية للطفل من خلال تقرير الخبرة الذي سيصدره الخبير النفسي .

بجلسة 2016/07/31 ردّ المدعى عليه بموجب مذكرة جوابية بواسطة وكيله الأستاذ خراب عبد الحكيم جاء فيها أن دعوى الحال غير مؤسسة على أي نص قانوني ، إذ لا يوجد أي نص في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يسمح للمدعية حرمان المدعى عليه بصفته أبا من ممارسة حقه في الزيارة ، وأن المدعى عليه طبيب وهو أحق برعاية ابنه إن كان مصابا بأي مرض ، وأنه وفي قضية الحال فإن الإبن سليم العقل والجسم وأن المشكلة في المدعية التي ترفض السماح للمدعى عليه ممارسة حقه في الزيارة ، وأن المدعى عليه محروم من شهر ماي إلى يومنا هذا من زيارة ابنه وأن سبب إقدام المدعية على حرمان المدعى عليه من زيارة ابنه يعود لكونها علمت في شهر ماي بأن المدعى عليه قد أعاد الزواج من امرأة أخرى وكوّن أسرة جديدة وإذ ومن ذلك التاريخ تحديدا امتنعت عن تمكينه من زيارة ابنه ، وأن المدعى عليه سبق له وأن قدم شكوى جزائية ضد المدعية أمام نيابة محكمة قسنطينة انتهت بصدور حكم جزائي مؤرخ في 2014/03/10 تحت رقم 2013/12919 يقضي بإدانة المدعية بجنحة الإمتناع عن تسليم طفل ومعاقبتها بـ 50.000 دج غرامة نافذة ، وأنه وأمام مواصلة امتناع المدعية عن تسليم الإبن للمدعى عليه تقدم هذا الأخير بشكوى جزائية ثانية تابعت على إثرها نيابة محكمة قسنطينة بجنحة الإمتناع عن تسليم طفل وهي الدعوى المجدولة أمام محكمة الجنح بقسنطينة بتاريخ 2016/09/19 تحت رقم 2016/5345 ، وأن المدعى عليه قدم شكوى جزائية ثالثة ضد المدعية أمام السيد وكيل الجمهورية من أجل امتناعها مرة

أخرى عن تسليم الإبن وهي حاليا على مستوى الضبطية القضائية للتحقيق ، وأن المدعى عليه قرر تقديم شكوى جزائية بعد كل نهاية أسبوع يمنع فيه من ممارسة حقه في الزيارة ، وأن المدعى عليه أصبح كل أسبوع يأخذ معه شاهدين ويتوجه بهما إلى مسكن المدعية حتى يكونان شاهدين في الشكوى المقدمة إلى النيابة ضد المدعية ، وعليه فإن المدعية ومن أجل حماية نفسه في الملف الجزائي المشار إليه أعلاه وفي الشكاوى الجزائية المعروضة حاليا أمام الضبطية القضائية لجأت لرفع دعوى الحال محاولة إيجاد تبرير لإمتناعها عن تسليم الطفل لوالده ، وأن المدعية وبإعتبارها مزدوجة الجنسية (جزائرية - فرنسية) وكذلك الإبن ولكل منهما جوازي سفر أحدهما جزائري والآخر فرنسي ، وبإعتبار أن جميع أفراد أسرة المدعية مقيمين بفرنسا وهي الوحيدة الموجودة حاليا بالجزائر فإنها تتأهب للحاق بهم مع الإبن القاصر ، وقد اختارت هذا الوقت من السنة لرفع دعواها الحالية لأن الحكم القاضي بالحضانة منح المدعى عليه نصف العطل المدرسية ومن ثم فهي تحاول استصدار أمر لمنعه من استعمال حقه في الزيارة ورؤية ابنه ، ويضيف المدعى عليه على لسان وكيله أنه وبصفته أب أولا وطبيب ثانيا من حقه أن يزور ابنه وإن كانت له صعوبات صحية فإن الأب وبإعتباره طبيب فإنه أولى وأحق في الوقوف مع ابنه القاصر وعليه فإنه يلتمس القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس .
بعد الإطلاع على المذكرات اللاحقة تبين للمحكمة أن طرفي النزاع لم يثيرا أي طلبات أو دفوع أو وقائع جديدة منتجة في الدعوى وعليه ارتأت أن القضية أصبحت مهيأة للفصل فيها طبقا للقانون فأقفل باب المرافعات وأدرجت قيد النظر لجلسة 2016/08/28 للنطق بالأمر المدون أدناه علنيا.

وعليـه فـإن المحكـمة

بعد الإطلاع على عريضة إفتتاح الدعوى ومذكرة جواب المدعى عليها.
بعد الإطلاع على أحكام المواد 1 -7-8-11-12-13-14-15 -17-18-19-20 -25 -36-37- 135-138 -277-276-275-274-273-272-271 -419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
بعد الإطلاع على أحكام المادتين 299 و 300 ق إ م إ .
بعد الإطلاع على الوثائق المرفقة .
بعد النظر في القضية وفقا للقانون .
في الشكل :
حيث أنّ عريضة إفتتاح الدعوى وردت مستوفية لكافة الأوضاع الإجرائية والشكلية المنوه عنها قانونا تعين والحال هذه التصريح بقبولها من هذا المنحى .
في الإستعجال :
حيث ترافع المدعية المدعى عليه ملتمسة الأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة قسم شؤون الأسرة في شقه المتعلق بحق الزيارة الممنوحة للمدعى عليه الصادر بتاريخ 2014/02/24 تحت رقم 13/6396 إلى غاية انتهاء جلسات العلاج النفسي للطفل بن [illegible] إلياس علي المأمور بها بموجب أمر السيد قاضي الأحداث لدى محكمة قسنطينة من أجل البث في الوضعية النفسية للطفل من خلال تقرير الخبرة الذي سيصدره الخبير النفسي .
حيث ردّ المدعى عليه ملتمسا رفض دعوى المدعية لعدم التأسيس .
حيث أن جوهر النزاع يتعلق بطلب وقف إجراءات تنفيذ حكم .
حيث ومن المقرر قانونا أن القضاء الإستعجالي إنما شرع للبت في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت وذلك بإتخاذ تدبير تحفظي مؤقت دون المساس بأصل الحق .
حيث والثابت للمحكمة من خلال مجمل الوثائق المرفقة بملف دعوى الحال أنه وبتاريخ 2014/02/24 صدر حكم عن محكمة الحال قسم شؤون الأسرة تحت رقم الفهرس 14/1290 بين طرفي دعوى الحال قضى في منطوقه بتعديل حق زيارة المدعى عليه الحالي بن [illegible] صديق لولده إلياس [illegible] وجعلها كل يوم جمعة وسبت وأيام العطل الدينية

والوطنية بداية من التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساءا وبالنسبة للعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين .

حيث والثابت للمحكمة أن المدعى عليه سعى لتنفيذ الحكم المشار إليه أعلاه بمعرفة المحضر القضائي سعدي موسى بتاريخ 2014/05/18 .

حيث والثابت للمحكمة أنه وبتاريخ 2016/06/27 أصدر قاضي الأحداث لدى محكمة قسنطينة أمرا بإجراء فحص نفساني معمق على الإبن بن [illegible] .

حيث والثابت للمحكمة أنه وعلى إثر سعي المدعى عليه بدعوى الحال لتنفيذ الحكم المشار إليه أعلاه بمعرفة المحضر القضائي سلمى عبد القادر حرر هذا الأخير محضر إثبات حالة بتاريخ 2016/07/15 جاء فيه أن المدعية بدعوى الحال قامت بإخراج الإبن إلى [illegible] قصد تسليمه لأبيه المدعى عليه بدعوى الحال مصرحة أنها لا تعارض بأخذ ابنه معه وقد تقدم المدعى عليه الحالي للحديث مع ابنه لأخذه معه إلا أن الإبن رفض رفضا قاطعا مصرحا أنه لا يريد الذهاب معه مكررا ذات العبارة عدة مرات وقد أضاف المحضر القضائي أن الملاحظ أن الإبن واقع تحت ضغط نفسي .

حيث وتبعا لما سبق بيانه أعلاه فإن الثابت للمحكمة أن إمكانية تنفيذ المدعى عليه لحكم شؤون الأسرة القاضي بتعديل حق الزيارة في الوقت الراهن غير قائمة دون التأثير على نفسية الإبن موضوع حق الزيارة بدليل أن أمر قاضي الأحداث القاضي بإجراء فحص نفساني معمق على الطفل بن [illegible] لا زال ساري المفعول .

حيث أن طلب المدعية القضائي يهدف إلى اتخاذ تدبير تحفظي مؤقت إعمالا لمقتضيات المادة 299 ق إ م إ ومن ثم يكون دفع المدعى عليه بعدم وجود نص قانوني يخول المدعية وقف تنفيذ حكم شؤون الأسرة المشار إليه أعلاه القاضي بتعديل حق الزيارة في غير محله .

حيث وطالما أن مواصلة إجراءات تنفيذ حكم الزيارة من شأنه التأثير سلبا على نفسية الطفل بن [illegible] علي ما يشكل خطرا على هذا الأخير فإنه وتفاديا لذلك وإلى غاية بث قاضي الأحداث لدى محكمة قسنطينة في الأمر الصادر بتاريخ 2016/06/27 تحت رقم 016/82 القاضي بإجراء فحص نفساني معمق فإنه لا يسع المحكمة إلا الإستجابة لطلب المدعية وذلك بإتخاذ تدبير تحفظي مؤقت لا يمس بأصل الحق بوقف إجراءات تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة الحال قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2014/02/24 تحت رقم الفهرس 14/1290.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المدعى عليه إعمالا لمقتضيات المادة 419 ق إ م إ .

ولهذه الأسباب

أمرت المحكمة حال فصلها في القضايا الإستعجالية علنيا حضوريا وفي أول درجة :

في الشكل : قبول الدعوى .

في الإستعجال : بوقف إجراءات تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة قسنطينة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2014/02/24 تحت رقم الفهرس 14/1290 إلى غاية بث قاضي الأحداث لدى محكمة قسنطينة في الأمر الذي أصدره بتاريخ 2016/06/27 تحت رقم 2016/82 القاضي بإجراء فحص نفساني معمق على الطفل بن [illegible] ، مع تحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية وكذا قيمة رسم تسجيل الدعوى المحدد بألف وخمسمائة دينار جزائري (1500 دج

بذا صدر الحكم وأفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ واليوم المذكورين أعلاه ، ولصحته أمضينا أصله نحن الرئيس وأمين الضبط .

أمين الضبط

الرئيس (ة)

رقم الجدول: 16/05445
رقم الفهرس: 16/06654

الملحق 8

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

وزارة العـــدل
مجلس قضاء: قسنطينة
الـغـرفـــة: الاستعجالية

رقم القضية: 16/02582
رقم الفهرس: 16/03153
جلسة يـوم: 16/10/25

إن مـجـلس قضـاء قسنطينة بجلسـته العلـنية المنـعـقـدة بـقـاعة الجلسات لـقصر العـدالة في الخامس و العشرون من شهـر أكتوبر سنـة ألفين و ستة عشر

برئـاسـة السـيد (ة): كبير فتحي أحمد رئيسـا
و بعضوية السيد(ة): حربي حميد مستشارا
و بعضوية السيد(ة): مرازقة وسيلة مستشارا مقررا
وبـمحضر السيد (ة): بكاي عيسى نـائب عـام
وبمساعدة السيد (ة): عرفوتني سهيلة أمين ضبـط

صـدر القـرار الآتي بيانه في الـقضـية المنـشـورة لديه تحت رقـم16/02582

بين:

1): بن [illegible] ق — مستأنف — حاضر
العنوان : **حي بوالصڤوف عمارة 46 رقم 08 قسنطينة**
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة): **بوبندير عبد الرزاق**

من جهـة

و بين:

1): بش[illegible] — مستأنف عليه — حاضر
العنوان : **حي الإخوة عباس عمارة ب رقم 10 قسنطينة**
المباشرللخصام بواسطة الأستاذ (ة): **بوالغبرة حكيمة**

من جهة أخرى

** بيـان وقـائع الدعوى **

- بموجب عريضة استئناف مودعة لدى كتابة ضبط المجلس بتاريخ: 21 \09 \2016 تحت رقم 2582 \16 أقام المستانف بن [illegible] المباشر للخصام بواسطة الأستاذ بوبندير عبد الرزاق استئنافا في الامر الصادر عن القسم الاستعجالي لمحكمة قسنطينة بتاريخ 28 \08 \ 2016 فهرس رقم 06654 \16 ضد المستانف عليها [illegible].

- وجاء في شرح استئنافه انه كانت تربطه بالمستانف عليها علاقة زواج شرعية اثمرت على انجاب ابنتها الوحيد بن [illegible] وصدر قرار عن مجلس قضاء قسنطينة مؤرخ في 03 \ 12 \2008 قضى بفك الرابطة الزوجية بينهما و صدر حكم في 15 \04 \2009 قضى باسناد حضانة الابن بن [illegible] الى المستانف عليها مع تمكينه من حق زيارته كل يوم جمعة من التاسعة صباحا والى غاية الخامسة مساء وكذا في الاعياد الدينية والوطنية وصدر حكم نهائي في 24 \02 \2014 قضى بتعديل حق زيارته لابنه المحضون وجعلها كل يوم جمعة وسبت وكذا ايام العطل الدينية والوطنية بداية من التاسعة صباحا الى الخامسة مساء وبالنسبة للعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين وان المستانف عليها سعت وتسعى الى الحيلولة دون تمكينه من حقه في زيارة ابنه المحضون دون مسوغ شرعي او قانوني وذلك بتغيبها عمدا عن محل اقامتها خلال الايام المقررة للزيارة بدليل محضر المعاينة واثبات حالة محرر في 31 \05 \2013 الذي يثبت تغيبها عن محل اقامتها لحرمانه من زيارة ابنه المحضون وهو المحضر الذي على اساسه تمت متابعة المستانف عليها من اجل جنحة عدم تسليم المحضون له و محضر معاينة في 01 \ 08 \2015 الذي يثبت تغيب المستانف عليها عن محل اقامتها في اليوم المقرر لزيارة وهو المحضر الذي على اساسه تم تكليفها مباشرة للحضور امام محكمة الجنح من اجل

2016

رقم الجدول: 16/02582
رقم الفهرس: 16/03153

ارتكابها جنحة عدم تسليم الابن المحضون له و محضر اثبات حالة محرر في 20 \08 \2016 الذي يثبت هو الاخر تغيب المستانف عليها عن محل اقامتها لحرمانه من اخذ الابن خلال نصف العطل الدراسية وذلك بعد اخبرها بذلك والسفر بالابن المحضون الى فرنسا وانه علاوة على سعي المستانف عليها المتكرر لحرمانه من حق زيارة الابن فانها صارت تمارس ضغوط نفسية على الابن لاجباره على رفض زيارة والده له مما اضطر الى طلب قاضي الاحداث لحملها على الامتناع عن ممارسة مثل هذه الضغوط و ان قاضي الاحداث اصدر امرا مؤرخا في 27 \06 \2016 تحت رقم 82 \2016 بعرض الابن المحضون على طبيب نفساني لاجراء فحص نفساني عليه وان الطبيبة النفسانية بوزحزح التي فحصت ابنه تنفيذا للامر تأكد لها ممارسة ضغوط نفسية على الابن المحضون

وخلصت في تقرير خبرتها الى وجوب تمكينه من حق زيارة الابن المحضون حفاظا على توازنه النفسي والذي بدونه قد يعرضه الى خطر نفسي كبير في حالة ابتعاده عنه وانه اصرارا من المستانف عليها على حرمانه من الزيارة واخذه معه خلال العطلة المدرسية الصيفية فقد رفعت دعوى الحال من اجل وقف تنفيذ الحكم المؤرخ في 24 \02 \2014 القاضي بحقه في الزيارة معتمدة على الامر الصادر عن قاضي الاحداث في 27 \06 \2016 وان المستانف عليها اخفت حقيقة ان الفحص النفسي المعمق تنفيذا لامر قاضي الاحداث قد تم تنفيذه وان الخبيرة النفسية خلصت الى حرمانه من الزيارة وبفعل المستانف عليها قد يعرضه الى خطر نفساني كبير وان الثابت من الامر المستانف ان المحكمة قضت بوقف تنفيذ الحكم القاضي بالزيارة الى حين تنفيذ امر قاضي الاحداث وانه لا يجوز قانونا ولا شرعا حرمانه من زيارة ابنه المحضون حفاظا على توازنه النفسي حسبما ما خلصت اليه الطبيبة النفسية في تقريرها فالامر الصادر عن قاضي الاحداث قدتم تنفيذه بانجاز المهمة المسندة للطبيبة النفسية والتي اكدت ضرورة استمراره في زيارة ابنه المحضون حفاظا على توازنه النفسي والحيلولة دون تعرضه الى خطر نفسي كبير لذا يلتمس القضاء بالغاء الامر المستانف والقضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التاسيس.

_ وجاء في رد المستانف عليها بواسطة الاستاذة بوالغبرة حكيمة بجلسة 18 \10 \2016 بان المستانف يريد الحاق الضرر بها وبابنه الذي اصبح يرفضه رفضا مطلقا نتيجة تصرفاته الشاذة والقاسية معه عند ممارسة حق الزيارة الذي اصبح سكينا على رقبة الطفل فسبب نفسية الطفل المنهارة مع والده هو المعاملة السيئة التي يحظى بها عند أخذه معه الى بيته اثناء الزيارة وهو الامر الذي بسببه تم استدعاء كل منها والمستانف وابنها امام قاضي التحقيق وان المحاضر التي يستشهد بها المستانف في الدعوى هي حجة عليه وليس له باعتبار انها تؤكد ان الطفل يرفض والده رفضا مطلقا في الوقت الراهن وان والدته ليس لها اي دخل فيما وصلت اليه نفسية الطفل فهي لم تسع ابدا الى حرمان الطفل من والده بل ان المعاملة القاسية التي يحظى بها الطفل من والده حسب تصريحاته امام قاضي الاحداث جعلته يرفض الذهاب مع والده او تواصل معه او حتى الحديث معه و النظر الى وجهه بل وصل به الامر الى القيام بتصرفات قاسية مع والده بحيث اصبح الطفل يهدد بالانتحار في حالة اخذه مع والده مما يشكل خطرا حقيقي عليه مع استمرار المستانف كل اسبوع في التعنت باخذ محضر قضائي وشاهدين والذهاب الى بيتها والضغط على الطفل بالقوة من اجل اجباره على الذهاب معه وانها نهاية كل اسبوع يعتبر كابوسا حقيقيا لها وللطفل مع تعنت المستانف في موقفه واخذه الطفل بالقوة ورغما عنه ورغم علم المستانف بان الطفل يتالم كثيرا نتيجة المعاملة القاسية التي يمارسها هذا الاخير عليه وعلى والدته من خلال الدعاوى القضائية

والشكاوى المتعددة لوكيل الجمهورية عن جرم عدم تسليم الطفل غير ان المستانف مصر على موقفه وهو تعميق الفجوة بينه وبين ابنه وستكون العواقب وخيمة وان الاحتجاج بتقرير الطبيب النفسي المنجز بناء على طلب قاضي الاحداث هو تقرير لم يأخذ به هذا الاخير لعدم جديته في الكشف الحقيقي عن سبب رفض الطفل لوالده بل كل ما تحدث عنه هي امور نظرية سطحية يمكن لاي شخص عادي ليس له صله بمجال علم النفس ان يتوصل اليه وهي ان الطفل بحاجة لابيه

وامه وان قاضي الاحداث امر بتعيين خبير اخر من اجل العلاج النفسي للطفل والجميع يعلم حجم

الضغط الذي يتعرض له هذا الطفل من خلال المحاولات المتكررة من والده واخذه بالقوة معه وهو الامر الذي يرفضه الطفل والغاية من الدعوى اعطاء فرصة للطفل الى غاية انتهاء جلسات العلاج النفسي التي امر بها قاضي الاحداث على الاقل سيستريح الطفل ولو قليلا من المحضرين القضائيين وجلسات المحاكم التي اصر والده على ادخاله اليها في مثل هذه السن فالامر المستانف جاء صائبا ومراعيا لمصلحة الطفل المحضون لذا تلتمس القضاء بالمصادقة على الامر المستانف.

_ وبعد تمكين الاطراف من تبادل المذكرات واكتفاء كل طرف، قرر المجلس قفل باب المرافعات ووضع القضية في المداولة لجلسة 25 \10 \2016 للنطق بالقرار وفقا لنص المادتين :550 و551 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

** وعليه فإن المجلس **

_ بعد الإطلاع على عريضة الاستئناف ومذكرات الاطراف ومرفقاتها.

_ بعد الإطلاع على المواد: 332 الى 347 و408، 416، 418 ،419 ، 537 ، 538 الى 555 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

_ بعد الاطلاع على التقرير المكتوب وتلاوته من المستشارة المقررة السيدة مرازقة وسيلة.

_ بعد الاستماع الى الايضاحات الشفوية للاطراف.

_ بعد الإطلاع على المواد : 299 الى 305، 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

_ بعد المداولة قانونا في القضية.

من حيث الشكل :

- حيث أن المستأنف رفع استئنافا في الامر الاستعجالي الصادر في28 \08 \2016 فهرس رقم 06654\16 عن محكمة قسنطينة القسم الاستعجالي بتاريخ 21 \09 \2016 ولا يوجد بالملف ما يفيد تبليغه بمحضر وباعتبار ان مهلة 15 يوما لم يتم استغراقها كاملة مما يجعل اجال الاستئناف مفتوحة مما يتعين القول بان الاستئناف ورد في الاجل القانوني مما يتعين قبوله طبقا للمادة 304 \2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

_ حيث ان الاستئناف جاء بموجب عريضة جاءت مستوفية للشروط المنصوص عليها في نص المواد : 539 ، 540 ، 541 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتم تبليغ المستانف عليها تبليغا صحيحا طبقا لنص المواد : 18 ، 408 و 542 من نفس القانون.

_ حيث انه والحال كذلك فالاستئناف جاء سليما شكلا يتعين القضاء بقبوله.

من حيث الموضوع :

_ حيث أنه سبق للمستانف عليها كمدعية ان رافعت المستانف كمدعى عليه امام القسم الاستعجالي لمحكمة قسنطينة بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى كتابة الضبط بتاريخ 20 \07 \2016 تحت رقم 5445 \16 ملتمسة الامر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة شؤون الاسرة في شقه المتعلق بحق الزيارة الممنوحة للمدعى عليه الصادر في 24 \02 \2014 تحت رقم 6396 \13 الى غاية انتهاء جلسات العلاج النفسي للطفل بن امغار الياس علي المامور بها بموجب امر قاضي الاحداث لدى محكمة قسنطينة من اجل البت في الوضعية النفسية للطفل من خلال تقرير الخبرة الذي سيصدره الخبير النفسي متاسسة على كون الطفل المحضون هو من يرفض الذهاب مع المستانف اثناء اوقات الزيارة رغم محاولات كل الاسرة ونظرا للضغط النفسي الذي تعرض لها لجأت الى قاضي الاحداث الذي استصدر امرا بوضع الطفل تحت العناية الطبية لطبيب نفسي كون رفض الذهاب مع والده بعد سماعه وهو يخضع لجلسات العلاج النفسي التي لم تنتهي غير ان المدعى عليه اصر على موقفه باخذ الطفل اثناء اوقات الزيارة.

_ حيث ان المدعى عليه اجاب ملتمسا القضاء برفض الدعوى لعدم التاسيس مستندا على كون المدعية هي التي ترفض تسليمه الطفل اثناء اوقات الزيارة و قدم شكوى جزائية بها ضدها وتمت متابعتها بجنحة عدم تسليم طفل وهي تحاول منعه من حقه في زيارة ابنه ورؤيته، وان الطفل سليم العقل والجسم .

_ حيث انه صدر امر استعجالي في 28 \08 \2016 فهرس 6654 \16 قضى حضوريا

بوقف اجراءات تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة قسنطينة قسم شؤون الاسرة بتاريخ 24 \02 \2014 تحت رقم الفهرس 1290 \14 الى غاية بت قاضي الاحداث لدى محكمة قسنطينة في الامر الذي اصدره بتاريخ 27 \06 \2016 تحت رقم 82 \2016 القاضي باجراء فحص نفساني معمق على الطفل بن [illegible] مع تحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية وقيمة رسم تسجيل الدعوى بمبلغ 1500 دج، وهو الامر المستانف.

_ حيث أن المستأنف رفع استئنافا في هذا الامر والتمس القضاء بالغاء الامر المستانف ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التاسيس.

_ حيث أن المستأنف عليها اجابت ملتمسة القضاء بالمصادقة على الامر المستانف.

_ حيث تبين للمجلس بعد دراسة أوراق الملف أن موضوع النزاع يتعلق بوقف الاستفادة من حق الزيارة المحكوم به قضاء لفائدة الاب طبقا لاحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

_ حيث أنه من المقرر قانونا حسب المادتين: 299 ، 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يمكن للقاضي في جميع احوال الاستعجال او اذا اقتضى الامر الفصل في اجراء يتعلق بالحراسة القضائية او باي تدبير تحفظي غير منظم باجراءات خاصة يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية امام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الاشكال او التدبير المطلوب وينادى عليها في اقرب الاجال ويفصل فيها في اقرب الاجال ويحوز الامر الاستعجالي حجية الشيء المقضي فيه على ان لا يمس الامر الاستعجالي باصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة او دونها رغم كل طرق الطعن وتكون الأوامر الصادرة قابلة للإستئناف حسب القواعد المحددة في مادة الإستعجال حسب المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما انه يكون لقاضي الاستعجال الاختصاص في المواد التي ينص القانون صراحة على انها من اختصاصه حسب المادة 300 من نفس القانون.

_ وحيث أنه اضافة لذلك فانه من المقرر قانونا وقضاء وحتى فقها أن القضاء المستعجل نظمه المشرع لتحاشي ما يصيب مصالح المعني بالأمر من ضرر نتيجة مرور الزمن ولا يطلب منه إلا إتخاذ إجراء مؤقت لا يمس بأصل الحق ولا تكون له حجية الشيء المقضي فيه فمهمته وقائية وتشترط توافر عنصر الإستعجال والذي هو الخطر المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم دراه بسرعة لا تكون في القضاء العادي إذ يوجد خوف من إحتمال وقوع ضرر بالحق الموضوعي يهدده بالضياع أو الإنتقاص منه نهائيا إذا لم يتخذ تدبير وقتي لدرأ هذا الخطر وكذا أن لا يمس بأصل الحق و يحمي مصلحة رافع الدعوى مؤقتا بعد نظرة سطحية للمستندات،

_ حيث انه اتضح للمجلس من خلال نظرة سطحية للمستندات بانه صدر حكم بين الطرفين بالطلاق بارادة الزوج و بعدها صدر حكم في 15 \04 \2009 قضى بالحقوق المادية المرتبطة بالطلاق

واسند حضانة الطفل [illegible] الى والدته المستانف عليها الحالية مع تمكين والده المستانف الحالي من حق الزيارة كل يوم جمعة من الساعة التاسعة صباحا الى الخامسة مساء وكذا في الاعياد الدينية والوطنية، وصدر حكم في 24 \02 /2014 فهرس رقم 1290 \14 الممهور بالصيغة التنفيذية القاضي بتعديل حق الزيارة للمستانف وجعلها كل يوم جمعة وسبت وكذا ايام العطل الدينية والوطنية بداية من الساعة التاسعة صباحا الى غاية الساعة الخامسة مساء وبالنسبة للعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين وهو السند الذي طالبت المستانف عليها بوقف تنفيذه والذي تمت اجراءات التنفيذ فيما يخصه المتمثلة في محضر التكليف بالوفاء ومحضر تبليغه ومحضر تبليغ السند التنفيذي المؤرخة في 18 \05 \2014 .

_ حيث ان المستانف عليها دفعت بان الطفل المحضون رفض الذهاب مع والده اثناء ايام الزيارة واصر على ذلك وانه تعرض لضغط نفسي كبير بسبب اصرار المستانف على اخذه دون الاخذ بعين الاعتبار رفضه بحيث ان هذا الاخير استصدر امر على عريضة بتاريخ 14 \07 \2016 عن رئيس محكمة قسنطينة بتعيين محضر قضائي للانتقال رفقته يوم الجمعة 15 \07 \2016 الى مسكن المستانف عليها بحي الاخوة بن عباس المنظر الجميل قسنطينة مكان المحضون لاثبات الزيارة و تم تبليغ الامر في 15 \07 \2016 عن طريق المحضر القضائي وتم تحرير محضر اثبات حالة في 15 \07 \2016 المتضمن اثبات وجود المستانف عليها

والابن المحضون
ووالدها وامها واخيها واحد الاشخاص وتم اخراج الطفل من السكن قصد تسليمه لوالده اين صرحت المستانف عليها بانها لا تعارض اخذه لابنه غير ان هذا الاخير هو الذي رفض الذهاب معه بعبارات متكررة وقدمت محضر اثبات حالة اخر في 14 \05 \2016 اين قابل المحضر القضائي المستانف عليها رفقة ابنها المحضون وعاين رفض الابن الالتحاق بابيه رفضا قاطعا، وانها تدفع بانه نظرا لاصرار المستانف على الزيارة ورفض ابنه له تعرض هذا الاخير الى ضغط نفسي مما ادى الى طرح الامر على قاضي الاحداث لمحكمة قسنطينة الذي امر باجراء فحص نفساني معمق بناء على محضر سماع والد الطفل ووالدته وسماع الطفل في حالة خطر اين امر بعرض الطفل المولود سنة 2007 على اخصائية نفسية تابعة لمصلحة النشاط الاجتماعي لولاية قسنطينة لاجراء عليه فحص نفساني معمق والقول ما اذا كان يعاني من اضطرابات نفسية خطيرة ام لا مع معالجته نفسيا واجتماعيا وافادته بتقرير مفصل عن حالته النفسية في اقرب الاجال بموجب امر مؤرخ في 27 \06 \2016.

_ حيث انه بالمقابل فان المستانف دفع بان المستانف عليها هي التي تحاول حرمانه من حق الزيارة لابنه وذلك من خلال عدم التواجد في مكان اقامته ايام الزيارة المقررة بالحكمين القاضي بها و الحكم المعدل لها المذكورين اعلاه بحيث انه تمت متابعتها جزائيا بجنحة عدم تسليم طفل حسب الحكم الصادر عن قسم الجنح بتاريخ 10 \03 \2014 فهرس رقم 3869 \14 والقاضي بادانتها بهذه الجنحة اضافة الى تكليفها بالحضور امام محكمة الجنح لنفس التهمة لجلسة 19 \09 \2016 كما يدفع بان المستانف عليها تحاول حرمانه بحيث انه قدم طلبا للنيابة لمنع اخراج قاصر الى الخارج على اعتبار ان اهل المستانف عليها يقطنون بفرنسا وانه سبق له ان تم تحرير محضر معاينة واثبات حالة في 31 \05 \2013 على اعتبار انه لم يتمكن من استيلام ابنه المحضون اين تمت معاينة تسليم الطفل دون تردد من المستانف عليها والتحق به دون اي ملاحظة وصرحت والدته بانه كانت غائبة في الاسبوع السابق وهذا سبب عدم تمكنها من تسليمه غير انه اضطر الى اللجوء الى المحضر القضائي اين حرر محضر معاينة في 01 \08 \2015 اين تمت معاينة عدم تسليم الطفل المحضون مما اضطره الى متابعة المستانف عليها جزائيا عن طريق التكليف المباشر امام محكمة الجنح بجنحة عدم تسليم طفل بتاريخ 09 \08 \2016 ثم تم تحرير محضر معاينة اخر في 20 \08 \2016 يفيد عدم وجود اي احد بمكان اقامة الطفل يوم الزيارة

وقدم مراسلة لتحديد تواريخ الزيارة فيما يخص العطل التي بلغت بها شخصيا، واستند الى ان التقرير النفسي الخاص بالطفل من الاخصائية النفسية المعينة لاجراء فحص عليه من قاضي الاحداث على اساس ان الطفل يحتاج الى والديه وبعده عن والده سوف يزيد من خطورة حالته النفسية وضرورة زيارته لوالده في ايام الاعياد والعطل ليكتسب صفات الرجولة.

_ حيث انه من الثابت قانونا انه حسب المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية والادارية انه ينظر قسم شؤون الاسرة على الخصوص في دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة ،،،،،،،،، وانه حسب المادة 57 مكرر من قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر رقم 05 \02 بانه يجوز لقاضي شؤون الاسرة بالفصل على وجه الاستعجال بموجب امر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.

_ وحيث انه تبين للمجلس ان كل طرف قدم دفوعا حول حق الزيارة المقرر قانونا والمحكوم به قضاء حسب ما تم توضيحه اعلاه والمستانف يؤكد على ضرورة تجسيد هذا الحق وتمكينه منه فعليا في حين ان المستانف عليها تؤكد ان حالة الطفل النفسية والضغط النفسي عليه من والده جعلته يرفض الزيارة والذهاب مع والده، وقدم امر من قاضي الاحداث بمحكمة قسنطينة بتاريخ 17 \10 \2016 قضى برفض طلب المستانف الخاص بتحديد مكان خارج مسكن الحاضنة لتسليم الطفل في اوقات الزيارة لعدم الاختصاص مع عدم المساس بحقه في زيارة ابنه وفقا للقانون.

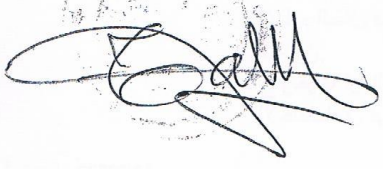
_ وحيث ان النظر في موضوع الزيارة هو لا يدخل في اطار الاستعجال العادي ويعود الاختصاص فيه الى قاضي شؤون الاسرة دون غيره بموجب المادة 423 من قانون الاجراءات

المدنية
والادارية فرغم ان القانون يمنح لقاضي الاستعجال النظر في المواضيع التي تتوفر على عنصر الاستعجال ووجود خطر محدق لا يمكن تداركه مستقبلا وضررا لا يمكن تعويضه ولا يمس بأصل الحق الا ان المادة 423 المذكورة منحت الاختصاص لقاضي شؤون الاسرة للنظر في كل المسائل والنزاعات التي تخص حق الزيارة من جهة اولى.
_ حيث انه من جهة اخرى فانه حتى لو كان الامر يتعلق بحالة الاستعجال فان الاختصاص ايضا بموجب المادة 57 مكرر من قانون الاسرة يمنح لقاضي شؤون الاسرة وليس لقاضي الاستعجال العادي و يكون الفصل بموجب امر على عريضة وليس دعوى استعجالية عادية هذا لو فرض وجود حالة الاستعجال.
_ حيث انه في دعوى الحال فان الدفوع المثارة من الطرفين تفيد وجود نزاع جدي حول موضوع الزيارة و كيفية تنفيذ الحكم بها ومناقشتها تخرج عن نطاق قاضي الاستعجال كونها تمس باصل الحق و بالموضوع في حد ذاته فلا مجال لمناقشة حق مقرر قانونا وقضاء وهو حق الزيارة امام قاضي الاستعجال باعتباره حق موضوعي ويكون النظر فيه من اختصاص قاضي شؤون الاسرة
والفصل في مدى احقية كل طرف في التمسك به من عدمه يكون الفصل فيه بتقديم الاثباتات لاسيما امام وجود احكام حائزة لقوة الشيء المقضي فيه فصلت في مسالة الزيارة ومن ثم فعنصر الاستعجال غير قائم في دعوى الحال لعدم اثبات ودود خطر محدق يلحق الطفل لا يمكن تداركه مستقبلا باي وثيقة حتى ان تقرير الفحص الطبي المحتج به لا يؤكد ذلك ولا يوجد ما يفيد اصابة الطفل نفسيا لهذا السبب ولا يوجد ما يثبت الضرر الحال الذي اصاب الطفل بل مجرد افتراضات من المحضر القضائي ولا ما يفيد طبيعته لاتخاذ اي تدبير مؤقت لمنعه او وقفه لاسيما ان الفصل فيه يمس بحقوق الطرفين لا سيما حق المستانف في الزيارة ومن ثم يخرج الفصل فيه عن نطاق
واختصاص قاضي الاستعجال.
_ حيث انه والحال كذلك فان المحكمة قد اخفقت بقضاءها بالاستجابة لطلب المستانف عليها باعتبارها غير مختصة نوعيا في نظر الدعوى لعدم توافر عناصر الاستعجال مما يتعين رفض طلبها لهذا السبب وحسب ما تم توضيحه اعلاه مما يتعين القول بالغاء الامر المستانف والقضاء من جديد بعدم اختصاص القاضي الاستعجالي للفصل في الدعوى.
_ حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق خاسر دعواه طبقا للمادتين : 418 ،419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والثابتة بوصل.

** لهـذه الأسبـاب **

قررت الغرفة حال فصلها في قضايا المواد الاستعجالية علنيا حضوريا وفي آخر درجة
في الشكل: قبول الاستئناف.
في الموضوع: الغاء الامر المستانف الصادر عن محكمة قسنطينة القسم الاستعجالي في تاريخ 2016/08/28 فهرس 16/6654 والقضاء من جديد بعدم الاختصاص.
المصاريف القضائية يتحملها المستانف عليها.
بذا صدر القرار وافصح به بالجلسة العلنية بالتاريخ اعلاه بالقاعة العادية لجلسات مجلس القضاء واثباتا لذلك، تم التوقيع على هذا القرار بمعرفة الرئيس والمستشارة المقررة وامينة الضبط.

الرئيـس (ة) | المستشار(ة) المقرر(ة) | أميـن الضبـط



رقم الجدول: 16/02582
رقم الفهرس: 16/03153

الملحق 9

نسخة تنفيذية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

مجلس قضاء: قسنطينة
محكمة: قسنطينة
القسم: شؤون الأسرة

قم الجدول: 13/06396
قم الفهرس: 14/01290
اريخ الحكم: 14/02/24

مبلغ الرسم/ 300 دج

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة قسنطينة
بتاريخ: الرابع و العشرون من شهر فيفري سنة ألفين و أربعة عشر
برئاسة السيد (ة): جربوح أمال قاضي
و بمساعدة السيد (ة): عميرش حبيبة أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): بن ناصر ناصر الدين و كيل الجمهورية .

صدر الحكم الأتي بيانه

بين /

بين السيد (ة):

1):بن [illegible] مدعي حاضر
العنوان : هي بوالصوف عمارة 46 شقة 08 قسنطينة
المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ة):بلعابد عز الدين

وبين /

[illegible]
السيد وكيل الجمهورية

ضد /

1):بشتة [illegible] مدعي عليه حاضر
العنوان : هي الاخوة بن عباس عمارة 13 رقم 10 المنظر الجميل لافيجري سابقا قسنطينة
المباشر للخصومة بواسطة الأستاذ (ة): لكحل فيصل
2):السيد وكيل الجمهورية حاضر حاضر

بيان وقائع الدعوى

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى أمانة ضبط محكمة قسنطينة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 20 أكتوبر 2013 تحت رقم 2013 / 6396 أقام المدعي بن [illegible] المباشر للخصام بواسطة الأستاذ بلعابد عزالدين دعوى ضد المدعى عليها بشتة [illegible] بحضور السيد وكيل الجمهورية جاء في ملخصها أنه نظرا لاستحالة العشرة الزوجية صدر حكم بتاريخ 14 / 04 / 2009 محكمة الحال قضى بالطلاق بين الطرفين مع إسناد حضانة الولد إلياس علي للمدعى عليها و للمدعي حق الزيارة نهاية كل أسبوع إضافة إلى الأعياد الوطنية و الدينية و أن الولد بعد دخوله المدرسة سيستفيد من العطل المدرسية وهو ما يعطي الحق لوالده في رؤيته و أخذه خلال و عليه فإنه يلتمس / القضاء بتمكينه من زيارة إبنه إضافة إلى ما قضت به المحكمة بموجب الحكم الصادر في 15 أفريل 2009 خلال العطل المدرسية .
- أجابت المدعى عليها المباشرة للخصام بواسطة الأستاذ لكحل فيصل /
انه صدر حكم بتاريخ 7 مارس 2012 قضى بتمديد مواقيت الزيارة كل يومي جمعة و سبت و خلال أيام العطل الدينية و الوطنية بداية من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة و أن الطفل لا يزال صغير السن و بحاجة مستمرة للتواجد رفقة والدته و أن املدعي يمارس مهنة مندوب طبي و معظم أوقاته يقضيها في التنقل المستمر كما أن والدته كبيرة في السن و عليه

رقم الجدول: 13/06396
رقم الفهرس: 14/01290

فإنها تلتمس / رفض طلب المدعي على الحال
أضاف المدعي مذكرة / تمسك من خلالها بسابق طلباته .
أضافت المدعى عليها مذكرة تمسكت من خلالها بسابق طلباتها .
بموجب مذكرة التمست النيابة تطبيق القانون.
عند هذا الحد وضعت القضية في النظر للفصل فيها طبقا للقانون.

وعليـــــــــه فـــــإن المحكـــــمة

بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية و مذكرة الرد.
بعد الاطلاع على المواد1-3-7-8-13-14-15-16-18-32-37-38-40-65-272-288-292-293-419 من ق إ م إ و كذلك المادة 423 منه
بعد الاطلاع على المواد 3 مكرر-64 من قانون الأسرة.
بعد الاطلاع على الوثائق و المستندات المرفقة بالملف
بعد الاطلاع على التماسات النيابة
بعد النظر وفقا قانونا
في الشكل:
- حيث أن الدعوى جاءت مستوفية للشروط و الإجراءات الشكلية طبقا للمواد 13-14-18من ق إ م إ، مما يتعين قبولها شكلا .
في الموضوع :
- حيث أن المدعي رافع المدعى عليها ملتمسا القضاء بتمكينه من زيارة إبنه إضافة إلى ما قضت به المحكمة بموجب الحكم الصادر في 15 أفريل 2009 خلال العطل المدرسية .
- حيث أن المدعى عليها أجابت ملتمسة رفض طلب المدعي على حاله .
- حيث أن النيابة التمست تطبيق القانون
- حيث أن موضوع الدعوى هو تعديل الزيارة
- حيث أنه من الثابت أنه صدر حكم بتاريخ 7 مارس 2012 تحت رقم الفهرس 12 / 01473 عن محكمة الحال قضى بتمديد مواقيت زيارة المدعي لإبنه إلياس علي كل يوم جمعة و سبت و كذا أيام العطل الدينية و الوطنية بداية من التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساء .
- حيث أنه بالرجوع إلى شهادة ميلاد الولد إلياس علي المولود بتاريخ 28 ماي 2007 يتضح انه بلغ 6 سنوات من عمره و بالتالي فقد أصبح قانونيا في سن الدراسة ، كما انه و في هذه السن بحاجة إلى سلطة أبوية هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه أصبح قادرا على الابتعاد عن أمه لمدة أكبرفي هذه السن ، و من حقه التقرب إلى والده و قضاء معه جزء من العطل المدرسية و عليه فإنه يتعين الاستجابة لطلب المدعي و مراعاة لمصلحة المحضون، القضاء بتعديل حق الزيارة بجعلها كل يوم جمعة و سبت و كذا أيام العطل الدينية و الوطنية بداية من التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساء و بالنسبة للعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين .
- حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر دعواه طبقا للمادة 419 من ق إ م إ.

ولـــــــــهـــذه الأســـــــباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا، حضوريا و في أول درجة :
في الشكل/قبول الدعوى شكلا.
في الموضوع/ تعديل حق الزيارة للمدعي و جعلها كل يوم جمعة و سبت و كذا أيام العطل الدينية و الوطنية بداية من التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساء و بالنسبة للعطل المدرسية مناصفة بين الطرفين .
مع تحميل المدعى عليها المصاريف القضائية بما فيها الرسم القضائي المقدر بـ300دج .
و بذا صدر هذا الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ و الساعة المذكورين أعلاه و أمضيناه و أمين الضبط .

رقم الجدول: 13/06396
رقم الفهرس: 14/01290

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

صيغة تنفيذية

مجلس قضاء: قسنطينة
محكمة: قسنطينة
رقم الفهرس: 14/01290
تاريخ (الحكم،الأمر): 2014/02/24

المادة 601 من ق.إ.م.إ

وبناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية.

و بناءا عليه وقّع هذا الحكم.

الختم

رئيس أمانة الضبط

الملحق 10

نسخة عادية

مجلس قضاء: قسنطينة
محكمة: قسنطينة
قسم الجنح

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

رقم الجدول: 16/05345
رقم الفهرس: 16/08359
تاريخ الحكم: 16/10/17

معارضة

استئناف الاستاذة بوالغبرة حكيمة في حق المتهمة بشتارزي صندرة يوم 18/10/2016 رقم 5604
استئناف الاستاذة بوالوذنين سهيلة في حق الضحية [illegible]
26/10/2016 رقم 5785

النيابة ضد /

[illegible]

طبيعة الجرم /

عدم تسليم طفل

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة قسنطينة
بتاريخ: السابع عشر من شهر أكتوبر سنة ألفين و ستة عشر
النظر في قضايا الجنح
برئاسة السيد (ة): مزوزي ياسين رئيسا
وبمساعدة السيد(ة): نبات صورية أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): مهري فارس وكيل الجمهورية

صدر الحكم الجزائي الآتي بيانه بين الأطراف التالية السيد وكيل الجمهورية_ مدعيا باسم الحق العام.

من جهة

و /

1): بن [illegible] ضحية معتبر حاضر
من مواليد: 1965/06/16 بـ: الجزائر العاصمة
إبن: [illegible] مطلق -ة ، طبيب عام
الساكن : حي بوالصوف الشطر الأول عمارة 46 رقم 08 قسنطينة

بمساعدة الأستاذ(ة): بوبندير عبد الرزاق

من جهة ثانية

ضد /

1): بشتارزي [illegible] معارض معتبر حاضر
من مواليد: 1979/08/18 بـ: قسنطينة غير موقوف
إبن: [illegible] مطلق (ة)
الساكن : حي الإخوة عباس عمارة (ب) رقم 10 قسنطينة
بمساعدة الأستاذ(ة): بوالغبرة حكيمة

من جهة اخرى

بيان وقائع الدعوى

حيث أن المتهم (ة) : بشتارزي [illegible] سجل معارضة بأمانة ضبط قسم الجنح بتاريخ : 10 / 07 / 2016 في الحكم الغيابي الصادر عن محكمة الحال بتاريخ : 10 / 03 / 2014 .من اجل ارتكابه لجنحة : عدم تسليم الطفل الفعل المنصوص و المعاقب عليه بأحكام المادة328 من قانون العقوبات .
و حيث انه يستخلص من ملف القضية و المحاضر المرفقة به و أن وقائع القضية تعود حيث تقدم الشاكي بن [illegible] قصد تدوين شكوى رسمية ضد المتهم على أساس جنحة عدم تسليم الطفل

مفادها انه بتاريخ 24-05-2013 تقدم الى منزل المشكو منها الا انه لم يجد احد بالمسكن و اثر التحريات الاولية التي قامت بها عناصر الضبطية القضائية تم سماع الأطراف من قبل الضبطية على محاضر رسمية و إرسالهم لوكيل الجمهورية الذي قرر توجيه الاتهام للمشتكي منه على أساس ماهو منوه عنه أعلاه و إحالة الأطراف على محكمة الحال ليحاكموا طبقا للقانون.

وحيث و بعد الإعلان عن الافتتاح الرسمي لجلسة المحاكمة العلانية من قبلنا نحن الرئيس و بعد المناداة على أطراف القضية كانت الإجراءات طبقا للمواد 341 و 343 و 353 من قانون الاجراءات الجزائية كالتالي:

حيث أن المتهم حضر جلسة المحاكمة مما يتعين صدور الحكم حضوريا في حقه و بعد التأكد من هويته تم توجيه الاتهام له بما تمت متابعته به من قبل النيابة أين أنكرت الوقائع المنسوبة إليها.

وحيث أن الضحية حضر جلسة المحاكمة مما يتعين صدور الحكم حضوريا في مواجهته و أكد نفس التصريحات التي جاء بها على مستوى الضبطية القضائية .

وحيث أن الضحية تأسس عنها دفاعها الأستاذ: بوبندير عبد الرزاق واعلن تاسيس الضحية كطرف مدني و طالب بالدينار الرمزي عما أصاب الضحية من أضرار .

و حيث أن وكيل الجمهورية التمس باسم الحق العام في الشق المتعلق بالدعوى العمومية تسليط عقوبة شهرين حبس نافذة و 20.000 دج غرامة مالية نافذة كجزاء للمتهم .

وحيث أن دفاع المتهم الأستاذ : بوالغبرة رافع دفاعا عن المتهم و التـــمس أساسا التصريح بالبراءة.

وحيث أنه و بعد الانتهاء من المرافعات منحت الكلمة الأخيرة للمتهم طبقا لنص المادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية و الذي التمس العفو من المحكمة.

و حيث و عليه وضعت القضية في النظر لإصدار الحكم الآتي بيانه في جلسة علانية طبقا للمادة 355 من قانون الاجراءات الجزائية .

وعليــه فإن المحكـمة

-بعد الإطلاع على ملف القضية و ما تضمنته من مستندات .

-بعد الإطلاع على المواد 212 - 333 - 335 - 367 - 379 - 380 - 409-411-600- من قانون الإجراءات الجزائية.

-بعد الاطلاع على المادة328 من قانون العقوبات .

-بعد الاستماع إلى كل طرف بالترتيب المنصوص عليه قانونا.

- بعد النظر وفقا للقانون.

من حيث الشكل :

حيث أن المعارضة وقعت في الآجال القانونية وفق ما تقتضيه المادة 411 من قانون الإجراءات الجزائية مما يجعلها مقبولة شكلا وعليه يتعين التصريح باعتبار الحكم الغيابي المعارض فيه كأن لم يكن لجميع ما قضي به طبقا للمادة 409 من قانون الاجراءات الجزائية.

من حيث الموضوع :

في الدعوى العمومية:

حيث انه من المقرر قانونا و انه يعاقب طبقا لمقتضيات المادة 328 من قانون العقوبات الاب او الام او أي شخص آخر لايقوم بتسليم قاصر قضي في شان حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل او بحكم نهائي الى من له الحق في المطالبة به و كذلك كل من خطفه او وكلت اليه حضانته .

حيث ثبت للمحكمة من خلال ما دار بالجلسة العلنية من مناقشات قانونية و التحقيق النهائي الذي دار بها و كذا التصريحات الخاصة بالأطراف المدونة بمحاضر الضبطية القضائية المرفقة بالملف و التي قدرت المحكمة بان لها قوة الإثبات طبقا لنص المادة 214 من قانون الإجراءات الجزائية طالما أنها صحيحة في شكلها وأن جنحة عدم تسليم الطفل المتابع من اجلها المتهم ثابتة في حقه طبقا لقواعد الإثبات في المادة الجزائية لاسيما و انه تم امتناع المتهم من تسليم القاصر و

هو الامر الثابت اذ انه بتاريخ 24-05-2013 انتقل الضحية الى مسكن المتهمة غير انه لم يجد احد و بتاريخ 31-05-2013 انتقل المحضر القضائي سعدي موسى الى مسكن المتهمة اين صرحت المتهمة انها لم تمكن الضحية من ابنه في الاسبوع الفارط و من جهة أخرى فانه ثبت للمحكمة و أن المتهمة أتت الأفعال السالف ذكرها عن عمد بغرض عدم تسليم الطفل .

حيث أن هذا يكون الدليل عند المحكمة مما يجعل من المتهم مرتكبا للجنحة المتابع من اجلها مع توافر عنصر القصد الجنائي المتمثل في نيته الإجرامية في إحداث الفعل وهي الوقائع المشكلة للأركان المادية والمعنوية لجنحة عدم تسليم الطفل مما يتعين معه القضاء بإدانته و معاقبته طبقا للقانون.

وحيث أن ظروف التخفيف أمر جوازي متروك لتقدير القاضي و انه بالنسبة لوقائع قضية الحال فإن المحكمة ترتئي إفادة المتهم (ة) ظروف التخفيف.

و حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المتهم المدان طبقا لنص المادة 367 من قانون الإجراءات الجزائية.

و حيث أن مدة الإكراه البدني حددت بحدها الأقصى المقرر قانونا طبقا للمواد600 و 602 من قانون الإجراءات الجزائية.

ولهـذه الأسـباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الجنح ابتدائيا ،علانيا،حضوريا غير وجاهي في حق المتهمة و الضحية :

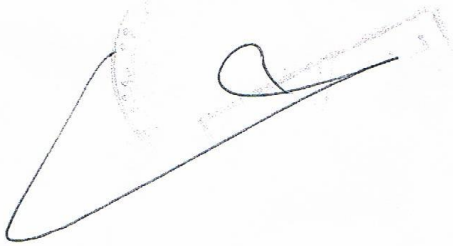
في الشكل : قبول المعارضة شكلا.

في الموضوع: في الدعوى العمومية: القضاء بإدانة المتهمة من اجل ارتكابه لجنحة عدم تسليم الطفل الفعل المنوه و المعاقب عليه بنص المادة 328 من قانون العقوبات و جزاءا لها الحكم عليها ب 50.000.00 دج غرامة نافذة .

مع تحميل المتهمة المدانة جملة المصاريف القضائية و تحديد مدة الإكراه البدني بحدها الأقصى المقرر قانونا.

بذا صدر الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه و أمضينا أصله نحن الرئيس و أمين الضبط.

الرئيس (ة) أمين الضبط



رقم الجدول: 16/05345
رقم الفهرس: 16/08359

الملحق 11

نسخة تنفيذية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار جزائي

وزارة العـــدل
مجلس قضاء: قسنطينة
الغرفة الجزائية

رقم الملف: 16/09000
رقم الفهرس: 17/01440
تاريخ القرار: 17/02/19

سجل طعن بالنقض من طرف الاستاذة /بوالغبرة حكيمة في حق المتهمة / بشتا[illegible] تاريخ 08/03/2017 .

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر المجلس القضاء قسنطينة بتاريخ التاسع عشر من شهر فيفري سنة ألفين وسبعة عشر للنظر في قضايا الجنح و المخالفات

برئاسة السيد (ة): مشاطي محجوب — رئيسا مقررا
وبعضوية السيد (ة): حميش حسان — مستشارا
وبعضوية السيد (ة): خطابي منصف — مستشارا
وبمحضر السيد (ة): جعيجعي عبد المالك — نائب عام
وبمساعدة السيد (ة): مالكي وسام خليدة — أمين الضبط

صدر القرار الجزائي الأتي بيانه السيد النائب العام - مدعيا باسم الحق العام

من جهة

و /

النيابة ضد /

1): بن [illegible] ضحية مستانف
من مواليد: 1965/06/16 بـ: الجزائر العاصمة
ابن: علي و عتيقة مشري مطلق -ة ، طبيب عام
الساكن : حي بوالصوف الشطر الأول عمارة 46 رقم 08 قسنطينة
بواسطة الأستاذ(ة): بوبندير عبد الرزاق و توفوتي سكينة

طبيعة الجرم /
عدم تسليم طفل

من جهة ثانية

ضد /

1): [illegible] متهم مستانف غير موقوف معتبر حاضر
من مواليد: 1979/08/18 بـ: قسنطينة
ابن: حمودة و ليندة قرين مطلق -ة
الساكن : حي الإخوة عباس عمارة (ب) رقم 10 قسنطينة
بواسطة الأستاذ (ة): بو الغبرة حكيمة

من جهة أخرى

** بيان وقائع الدعوى **

حيث أنه بموجب شكوى تقدم بها المدعو [illegible] امام نيابة محكمة قسنطينة ضد طليقته المسماة ب[illegible] مفادها ان المشتكى منها وبعد صدور الطلاق بينهما مكنها القضاء من حضانة الولد المشترك امغار فارس البالغ من العمر 10 سنوات على ان يحق للاب الزيارة خلال العطل الاسبوعية والاعياد والعطل المدرسية غير انه بتاريخ 2013/05/24 تقدم الى منزل المشتكى منها لرؤية ولده غير انه لم يجد المشتكى منها بالمسكن وعلى اثر ذلك تم فتح تحقيق اولي وارسل الملف الى وكيل الجمهورية الذي تابع المشتكى منها بجرم جنحة عدم تسليم طفل قضى بشان حضانته طبقا للمادة 328 ق ع وأحاله على المحاكمة عن طريق إجراءات الاستدعاء المباشر ليحاكم طبقا للقانون.

حيث انه بتاريخ 2016/10/17 صدر حكم عن محكمة قسنطينة قسم الجنح قضى بادانة المتهمة بشتارزي صندرة بجنحة عدم تسليم طفل قضى بشان حضانته طبقا للمادة 328 ق ع والحكم عليها بخمسين الف دج غ ن وتحميل المدانة بالمصاريف القضائية وتحديد مدة الاكراه البدني بحدها الاقصى.

حيث أنه بتاريخ 18 و 26 اكتوبر2016 سجلا وكيل الجمهورية والمتهمة استئنافا للحكم السالف

رقم الجدول: 16/09000
رقم الفهرس: 17/01440

الذكر ، عندها جدولة القضية أمام المجلس لجلسة 2017/01/29 ثم لجلسة 2017/02/05 بطلب من دفاع الضحية الاستاذ بوبندير ثم لجلسة 2017/02/12 بطلب من دفاع المتهمة.
حيث أنه بجلسة 2017/02/12 حضرت المتهمة وصرحت تنكر ما نسب اليها عن سبب عدم تمكين الضحية من زيارة ابنه بررت ذلك كونها كانت غائبة بدولة فرنسا بسبب زواج اخيها المقيم هناك وقدمت نسخة من عقد زواج اخيها مبرم بمدينة مرسيليا وكانت قد ارفقت ابنها معها.
حيث أن الضحية حضر رفقة دفاعه واكد ما ورد في شكواه وقد التمس دفاعه تعويض رمزي قدره دينار واحد (01 دج).
حيث أن النائب العام التمس عقوبة شهران حبس نافذ وعرض الطفل بز [illegible] على طبيب نفساني.
حيث أن دفاع المتهمة التمس الالغاء والبراءة لموكلها لانعدام الاركان الجرمية للجنحة المنسوبة للمتهمة ، عندها وضعت القضية في المداولة لجلسة 2017/02/19 وذلك بعد إعطاء الكلمة الأخيرة للمتهمة ليصدر القرار الآتي بيانه.

** وعـليه فإن المجـلس **

بعد الاطلاع على ملف القضية ومستنداتها.
بعد الاطلاع على المواد 416 ،417 ،418 و431 من ق إ ج.
بعد الاستماع إلى المستشار المقرر مشاطي.
بعد الاطلاع على تصريحات المتهمة والضحية.
بعد الاطلاع على التماسات دفاع الضحية.
بعد الاطلاع على التماسات النائب العام.
بعد الاطلاع على دفوع والتماسات دفاع المتهمة.
بعد الاطلاع على المادة 328 ق ع.
بعد الاطلاع على المادة 434 ق إ ج والمادة 143 ق إ ج.
بعد المداولة وفقا للقانون.
من حيث الشكل : قبول الاستئناف لوروده وفقا للأشكال والإجراءات المقررة قانونا.
من حيث الموضوع : حيث أن هيئة المجلس على مستوى الاستئناف بعد الاطلاع على ملف القضية ومستنداتها وكذا الاستماع الى تصريحات الأطراف المتهمة بشتارزي صندرة والضحية بن امغار منير أين تأكد لها عدم ثبوت التهمة المنسوبة للمتهم والمتمثلة في جنحة عدم تسليم طفل قضى بشان حضانته ماعدا مجرد تصريحات الشاكي ومحضر معاين تم تحريره في غياب المتهمة.
حيث ان المتهمة بشتارزي [illegible] بررت غيابها وقت حضور الضحية لزيارة ابنه كونها كانت في زيارة عائلية الى دولة فرنسا وبالتحديد الى مدينة مرسيليا لحضور حفل زفاف اخيها بشتارزي محمد امين شهادة عقد زواج صادرة عن بلدية مرسيليا الدائرة الثالثة عشرة بتاريخ 2013/05/24 "شهادة مرفقة بالملف).
حيث أن محضر المعاينة واثبات حالة المحرر من طرف المحضر القضائي الاستاذ سعدي موسى المؤرخ في 2013/05/31 بناء على طلب من بز [illegible] هذا الاخير الذي لم يتمكن من استلام ابنه المحضون لدى المسماة بشتارزي صندرة المتهمة الحالية يوم 2013/05/24 كما هو معتاد و طلب من المحضر القضائي الانتقال معه الى مكان سكن المتهمة بحي الاخوة عباس لافيجري سابقا وذلك لاثبات حالة واقعة تسليم الطفل من عدم تسليمه لابيه من طرف طليقته وفقا للحكم القاضي بالزيارة.
حيث أن المحضر القضائي المكلف من طرف الضحية تنقل رفقة الضحية يوم 2013/05/31 وحضر واقعة تسليم الطفل بز [illegible] الى ابيه بز [illegible] والذي التحق به دون اية ملاحظة تذكر وصرحت المتهمة بانها لم تمانع اطلاقا في تسليمه منذ صدور الحكم وان الاسبوع السابق لم تمكنه منه نظرا لغيابها.
حيث ان هيئة المجلس وبناء على محضر المعاينة واثبات حالة السالف الذكر تبين لها بان واقعة عدم تسليم طفل المنسوبة للمتهمة قاصرة الاركان والعناصر وان المتابعة كانت بناء على مجرد

شكوى الضحية المدحوضة بالمحضر السالف الذكر مع الملاحظ ان زيارة الضحية لابنه بتاريخ 2013/05/24 ولم يجده كان ذلك التاريخ موافق لتاريخ زواج اخ المتهمة بمدينة مرسيليا الفرنسية وشهادة الزواج المرفقة تؤكد ذلك كونها مؤرخة بتاريخ 2013/05/24 وهو التاريخ المطابق لتاريخ زيارة الضحية لمنزل مطلقته ولم يجدها.

حيث ان هيئة المجلس ترى لها بان زيارة المتهمة الى مرسيليا كانت مبررة بسبب حضور زفاف اخيها حسب نسخة من شهادة الزواج المرفقة بالملف وبالتالي فجرم الامتناع عن تسليم طفل غير قائمة في قضية الحال مما يجعل هيئة المجلس تقضي بعد المداولة قانونا بالغاء الحكم المستانف والقضاء من جديد ببراءة المتهمة من الجرم المنسوب اليها.

حيث أنه بخصوص طلب النائب العام الرامي الى عرض الولد المحضون على طبيب نفساني بمستشفى ابن باديس مؤسس قانونا لذلك فان هيئة المجلس تقضي بالاستجابة له فيه.

حيث ان مهمة الطبيب المكلف ستحدد له بمنطوق القرار القاضي بتعينه.

حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق الخزينة العمومية.

** لهـذه الأسـباب **

قرر المجلس علنيا حضوريا غير وجاهي للمتهمة وحضوريا للضحية نهائيا.

في الشكل : قبول الاستئناف.

وفي الموضوع : في الدعوى العمومية : الغاء الحكم المستانف والقضاء من جديد ببراءة المتهمة من الجرم المنسوب اليها مع الامر بعرض الابن المشترك بين بشتارزي صندرة والام والاب بن امغار منير المدعو [illegible] على مصلحة الطب النفساني على مستوى المستشفى الجامعي بن باديس بقسنطينة وذلك لعلاج الطفل بن امغار الياس من الجانب النفسي والبسيكولوجي لعدة حصص متتالية واعداد تقرير دوري عن الحالة النفسية للولد و بسعي من الزوجين الاب والام واذا اقتضى الامر من طرف النيابة العامة.

المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العمومية.

الرئـــيس (ة) المقرر

أميـن الضبـط

رقم الجدول: 16/09000
رقم الفهرس: 17/01440

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء: قسنطينة
رقم الفهرس: 17/01440
تاريخ القرار: 2017/02/19

صيغة تنفيذية

المادة 601 من ق.إ.م.إ

وبناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،

تدعو وتأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا (القرار – الأمر)

وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة

وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة

قانونية.

و بناءا عليه و قّع هذا (القرار – الأمر)

رئيس أمانة الضبط

قسنطينة
في 21 مارس 2017
أمانة الضبط
نسخة مطابقة للأصل

سامي حباسي
رئيس أمناء الضبط بالمجلس

الملحق 12

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات
مديرية الصحة و السكان لولاية قسنطينة
المؤسسة العمومية الاستشفائية الخروب

تقرير نفسي

أنا الممضية أسفله السيدة: **بصير ابتسام** أخصائية نفسانية، أشهد و أقر، بأننا قمنا بفحص نفساني للمدعو(ة): [redacted].

السن: **13** سنة.

أنها تعاني من:

-إضطراب في السلوك والمتمثل في الجنوح العرضي بمعنى أن الحالة تقوم بأفعال و سلوكات مخالفة بدون أن تفهم و تقدر قيمة و خطورة أفعالها وسلوكاتها.

-هلاوس سمعية بصرية (رؤية والدها المتوفى بالتبني والتحدث إليه وهي في حالة يقظة).

-أفكار سلبية موجهة نحو الذات والمرور إلى الفعل السلبي (محاولة الإنتحار بواسطة آلات حادة).

-إضطراب في الأكل (فقدان الشهية).

-إضطرابات في النوم (أرق، كوابيس)

- جرح نرجسي.

<u>الخلاصة:</u>

من خلال الأعراض الناتجة عن الاعتداء الجنسي والذي خلف الحمل بين لنا أن المفحوصة تعاني من:

- حالة إكتئاب عميق مع وجود خطر المرور إلى الفعل السلبي (محاولة الانتحار) و أن المفحوصة بحاجة إلى تكفل نفسي و تربوي.

الخروب يوم: 2015/07/29

الأخصائية النفسانية
BASSIR Ibtissam
Psychologue Clinicienne

قائمة المصادر والمراجع

I المصادر و المراجع باللغة العربية

1: القرآن الكريم

2: السنة النبوية الشريفة:

1- البخاري ابن عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري جامع الصحيح، "د ط"، دار الوليد، طرابلس، "د ت ن".
2- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ط1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2018.
3- البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى باب ما يقضي به القاضي، ج10 "د ط"، دار الفكر، لبنان، "د س ن".
4- القزويني أبي عبد الله محمد بن يزيد الشهير بـ: " ابن ماجة "، سنن ابن ماجة، ط1، المعرف للنشر والتوزيع، الرياض، "د س ن".
5- السهارنفوري خليل أحمد ، بذل المجهود في حل سنن أبي داوود، ج3، ط1، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي، الهند، 2006.

3: النصوص القانونية:

1- النصوص القانونية الوطنية:

أ- الدساتير:

1- دستور الجمهورية الجزائرية المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، ج ر ع 76، الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع 14، الصادرة بـ 07 مارس 2016، ص 3.

ب- المعاهدات:

1- اتفاقية حقوق الطفل 1989 عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44-25 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر، تاريخ النفاذ 2 أيول سبتمبر 1990. صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 بتاريخ 19-12-1992، ج ر ع 91، المؤرخة في 23-12-1992.
2- الميثاق الافريقي لحقوق ورفاهية الطفل سنة 1990 والذي اعتمد في أديس ابابا وبدأ العمل به في 29-11-1990، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في 08-06- 2003، ج ر ع 41، المؤرخة في 09-07-2003، ص3.

ت- القوانين العضوية:

1- القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو سنة 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر ع 51، لسنة 2005.

ث- القوانين والأوامر:

1- قانون رقم 62-157 الصادر في 31-12-1962 وألغي بموجب الأمر رقم 73-29 الصادر في 5-7-1973.

2- قانون رقم 81-07 المؤرخ في 27 يونيو سنة 1981 المتعلق بالتمهين ، ج ر ع 26، مؤرخة في 30 يونيو 1981، ص 880.

3- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر ع 17، المؤرخة في 25 أفريل 1990، ص 562.

4- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ع 15، لسنة 42، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

5- الأمر رقم 70- 86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق لـ15 ديسمبر 1670 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج ر ع 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005، ص15.

6- الأمر رقم 75 -58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج ر ع 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ع 44، الصادرة في 26 جوان 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر ع31، مؤرخة في 13 ماي 2007.

7- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21، لسنة 45، مؤرخة في 3 ديسمبر 2010.

8- الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389الموافق لـ 19 فيفري 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع 21، ص247، المعدل والمتمم بموجب قانون 14-08 مؤرخ في 09-08-2014، ج ر ع 49، مؤرخة في 20 أوت 2014، ص03.

9- الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم حسب آخر تعديل ، بالقانون رقم 15- 20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج ر ع 71، المؤرخة في 20 ديسمبر 2015.

10- قانون رقم 15-01 مؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 الموافق لـ 4 يناير 2015 متضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر ع1، ص7.

11- قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق لـ 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، ج ر ع 39، مؤرخة في 19 يوليو 2015، ص 4.

12- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم والملغى بموجب قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة إلاّ في جانبه التنظيمي طبقا للمادة 449، ج ر ع 46.

13- الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، ج ر ع 48 المؤرخة في 10 يونيو 1966، المعدل والمتمم حسب آخر تعديل بالقانون رقم 19-10 مؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ج ر ع 78، المؤرخة في 18 ديسمبر 2019.

14- الأمر رقم 66-156المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ج ر ع 49 لسنة 1966، معدل ومتمم بموجب آخر تعديل بالقانون رقم 20-06 مؤرخ في 5 رمضان عام 1441 الموافق لـ 28 أبريل 2020، ج ر ع 25، مؤرخة في 29 أبريل 2020. ص10.

ج- النصوص التنظيمية

1- المراسيم الرئاسية:

1- مرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـ 3 يونيو سنة 1971 يتعلق بتغيير اللقب، المعدل والمتمم.

2- المراسيم التنفيذية:

1- مرسوم 17-6-1969 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1389هـ الموافق لـ 7 يونيو 1969 المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج ر ع53 مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1389 الموافق ل 20 يونيو 1969، ص709.

2- المرسوم التنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق لـ 13 يناير سنة 1992 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 71-157.

3- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 11 مايو 2006 ج ر ع 31، مؤرخة في 14 مايو 2006، ص 04 الذي حدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر المستحدثة بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

4- المرسوم التنفيذي رقم 12-04 مؤرخ في 10 صفر 1433 الموافق لـ 4 جانفي 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج ر ع 29، ص7.

5- مرسوم تنفيذي رقم 107-15 مؤرخ في 2 رجب عام 1436هـ موافق لـ 21 أبريل 2015 يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 142-302 الذي عنوانه " صندوق النفقة ".

ح- القرارات الوزارية المشتركة:

1- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 18 يونيو سنة 2015 يحدد الوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

2- النصوص القانونية الأجنبية:

1- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394(15 يليوز 1974) يتعلق بالتنظيم القضائي للملكة، ج رع 3220، ص2027.

2- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 المؤرخ في 11 رمضان عام 1394 (28-09-1974) الذي حل محل قانون المسطرة المدنية الصادر بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان عام 1331 (12-08-1913). ج ر ع 3230، ص2741 المعدل والمتمم.

3- ظهير شريف رقم 1.02.172، الصادر في فاتح ربيع الآخر 1423هـ الموافق لـ 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 15. 01، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ج ر ع5031، لسنة 2002، ص2362.

4- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 3فيفري 2004 بتنفيذ قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج ر ع 5184 لسنة 93 مؤرخة في 5 فيفري 2004.

5- المرسوم رقم 2.04. 969 الصادر في 28 ذي القعدة 1425"10 يناير 2005 لتطبيق الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378"15 نوفمبر 1958" بتنظيم حق تأسيس الجمعيات، ج ر ع 5339 بتاريخ جمادى الآخرة 1426 الفاتح أغسطس 2005.

6- الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 أغسطس 1913 متعلق بقانون الالتزامات والعقود معدل ومتمم بموجب آخر تعديل، ظهير شريف رقم 140. 11. 1 الصادر في 17 أغسطس 2011، ج ر ع 5980، ص 4678.

7- ظهير شريف رقم 413. 59. 1 الصادر في 26 نونمبر، ج ر ع 2640 مكرر بتاريخ 5 يونيو 1963، ص 1253، المعدل والمتمم بموجب آخر تعديل بالقانون رقم 13. 103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 19. 18. 1 الصادر في 22 فبراير 2018، ج ر ع 6655، ص 1449.

8- مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بموجب أمر مؤرخ في 23 أوت 1956، الرائد الرسمي، ع 66، الصادر في 17 أوت 1956، معدل متمم.

9- قانون عدد27 لسنة 1658 مؤرخ في 12 شعبان1377هـ الموافق لـ 4 مارس 1958م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، الرائد الرسمي، ع19، سنة 101 بتاريخ 7 مارس 1958، ص307.

10- القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 اكتوبر 1998 المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب والمنقح بموجب القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07-07-2003.

11- أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906 متعلق بمجلة الالتزامات والعقود التونسية، منقح ومتمم بموجب آخر تنقيح بالقانون عدد 36 لسنة 2016 .

12- الأمر المؤرخ في 20 ذي الحجة 1376 بتاريخ 18 جويلية 1957) المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم.

13- قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 22 شوال سنة 1420 الموافق لـ 29 يناير سنة 2000.

4: المؤلفات العامة والمتخصصة:

1- المؤلفات العامة:

أ- مؤلفات الفقه الإسلامي:

1- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.

2- ابن نجيم زين الدين الحنفي، االبحر الرائق شرح كنز الدقائق، مج3، ط1، دار الكتب العلمية، "د م ن"، 1997.

3- إبن الملقن، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ط1، ج2، دار حراء، مكة المكرمة، 1986 .

4- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج5، "د ط"، دار علم الكتب، "د م ن"، "د س ن".

5- أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى، قواعد الاحكام في مصالح الأنام، ج2 ، طبعة جديدة، كليات الأزهرية، القاهرة، 1992.

6- الأسدي بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الشافعي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، مج3، ط1، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 2011.

7- الأسروشيني محمد بن محمود بن الحسين بن أحمد الحنفي، جامع أحكام الصغار، تحقيق أبي مصعب البدري و محمود عبد الرحمان عبد المنعم، ج1، "د ط"، دار الفضيلة، " د م ن"، "د س ن".
8- برهان الدين أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، المحيط البرهاني، مج 4، كتاب النكاح، ط1، مكتبة الرشد، بيروت، لبنان، 2004.
9- بن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى بالآثار، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
10- بن قدامة شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ، المقنع والشرح الكبير، ج 20، ط1، هجر، الجيزة، مصر، 1996.
11- ـــــــ

33- السيواسي كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج4، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ.
34- الشافعي محمد بن ادريس ، الأم، ج5، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1961.
35- الصابوني محمد علي ، صفوة التفاسير، ، ط9، دار الصابوني، القاهرة، "د س ن".
36- الصاوي أحمد بن محمد المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، بيروت، 1978.
37- القرضاوي يوسف، الاستلحاق والتبني في الشريعة الاسلامية، ط 1، مكتبة وهبة، القاهرة، 2000.
38- القرطبي ابي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن ، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.
39- الكاساني علاء الدين أبي بكر مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
40- الماوردي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير، ج16، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
41- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار، "د ط"، ج7، دار علم الكتب، الرياض، 2003.
42- محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك، "د ط"، دار الندوة، "د م ن"، 2001.
43- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 2004.
44- موسوعة الحديث الشريف: الكتب الستة، إشراف آل الشيخ صالح بن عبد العزيز، ط1، دار السلام، المملكة العربية السعودية، 1999، ص ص 1498- 1785.
45- ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن، تحرير الفتاوي على "التنبيه" و"المنهاج" و" الحاوي" المسمى النكت على المختصرات الثلاث، ط1، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 2011.

ب- مؤلفات الفقه القانوني:

1- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، "د ط"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
2- ـــــــــــــ، شرح قانون الوصية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
3- الالفي محمد عبد الحميد، الجرائم العائلية، "د ط" ، دار الفكر العربي، " د م ن"، 1999.
4- وهايبية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2012.

5- أرزقي العربي أبرباش، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية القديمة الإسلامية الجزائرية، "د ط"، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
6- بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية ، "د ط"، دار العلوم، عنابة، 2006.
7- بغدادي جيلالي، التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
8- بلحاج العربي، نظرية الالتزام، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
9- بن ملحة غوتي، التنظيم القضائي الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
10- بوسقيعة أحمد، الوجيز في شرح قانون الجزائي العام، ط11، دار هومة، 2012.
11- بوضياف عمار، المرجع في كتابة البحوث القانونية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
12- جديدي معراج، الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة، " د ط" ، دار هومة، الجزائر، 2004.
13- جعفور محمد سعيد. أسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3،دار هومة، الجزائر، 2009.
14- خطاب حسن سيد حامد ، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ط1، إيتراك، مصر، 2001 .
15- دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج 2 ، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2007.
16- روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة، صلاح الدباغ، ومراجعة، أحمد سلم، "دط"، المؤسسة الوطنية، لبنان، 1967.
17- الزحيلي وهبة، نظرية الضمان أو المسؤولية المدنية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط1، "د ن "، "د م ن"، 1971
18- سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2011.
19- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار الهدى، عين مليلة، 2011.
20- السعدي محمد صبري، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، "د ط"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.

21- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، "د ط" ، دار الإحياء للتراث العربي، بيروت، لبنان، " د س ن".
22- الشواربي عبد الحميد، المسؤولية القضائية، "د ط"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
23- الصافي عبد الحق، عقد البيع، دراسة في قوانين الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، "د س ن".
24- صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، "د ط"، دار النهضة العربية، "د م ن"، 2007.
25- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط1، "ديوان المطبوعات الجامعية، "د م ن" ، 1984.
26- العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، "د ط"، منشورات أمين، "د م ن" ، 2009.
27- فرج توفيق حسين، مدخل للعلوم القانونية، "د ط"، مؤسسة الثقافة الجامعية، " د م ن"، " د س ن".
28- الفضل منذر، تأريخ القانون، ط2، دار تاراس للطباعة والنشر، العراق، 2005.
29- فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
30- ميشال تروبير، فسلسفة القانون، ترجمة سعد جورج، ط1، دار الأنوار، "د م ن"، 2004.
31- نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، " د ط"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.
32- ـــــــــــــــ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، "د ط"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
33- نصر سلمان، سطحي سعاد، أحكام المواريث في الفقه الاسلامي، ط1، دار الفجر، الجزائر، 2007.
34- هلالي مسعود، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، جسور، الجزائر، 2008 .
35- يحي مصطفى المبشر، تاريخ القوانين" القانون الروماني"، ط1، "د ن"، "د م ن"، 2002.

2- المؤلفات المتخصصة:

1- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، "د ط"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
2- ـــــــــــــــ، الولاية على النفس، " د ط"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994.
3- آث ملويا لحسين بن شيخ، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، ج1، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2005.

4- ـــــــــــــــــــــ، قانون الأسرة نصا وشرحا دراسة تفسيرية، ج1، "د ط"، دار الهدى، الجزائر، 2014.
5- أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، ج2، "د ط"، دار الأنصار، القاهرة، 1936.
6- أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، "د ط"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، 2000.
7- أحمد محمد صالح، الوجيز في الحماية القانونية لعديمي وناقصي الأهلية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
8- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج3-4، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.
9- بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007.
10- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010.
11- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي وقانون الجزائري – دراسة مقارنة – ، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
12- بن جحا فريد، ترشيد القاصر، "د ط"، معهد الدراسات العليا للنشر، "د م ن"، 2015.
13- بن حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 .
14- بن عبد القادر فاتح، اختطاف الأطفال الأسباب والحلول، ج1، ط1، منشورات الشافعي، قسنطينة، 2016 .
15- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، " د ط"، دار هومة، الجزائر، "د س ن".
16- بن ملحة غوتي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، "د ط"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
17- بوشمة خالد، نظرية النيابة الشرعية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، "د ط"، منشورات بغدادي، الجزائر، "د س ن".
18- تقية عبد الفتاح، النصوص الشرعية في قضايا الأحوال الشخصية قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
19- ـــــــــــــــــــــ، النيابة الشرعية، "د ط"، موفم للنشر، الجزائر، 2016 .
20- ـــــــــــــــــــــ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، "د ط"، منشورات ثالة، الجزائر، 2011.

21- جعفور محمد سعيد ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، "د ط"، در هومة، الجزائر، 2010.
22- الجندي أحمد نصر، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، "د ط"، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
23- ـــــــــــــــــ، شرح قانون الأسرة الجزائري، "د ط"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
24- الجندي محمد صبري، النيابة في التصرفات القانونية – دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي– ، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
25- الحسني محمد مصطفى شحاتة ، الأحوال الشخصية في الولاية، الوصية، الوقف، "د ط"، مطبعة دار التأليف، "د م ن"، 1976.
26- حمدي حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، "د ط"، منشأة المعارف، الإسكندرية، "د س ن".
27- الخالدي حميد سلطان علي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
28- خفاجي محمد عبد الوهاب، التنظيم القانوني لحقوق الطفولة والأمومة في ضوء قانون الطفل المصري واتجاهات المنظمات الدولية ، ط1، " د ن"، "د م ن"، 1997.
29- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.
30- ديابي باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، "د ط"، دار الهدى، الجزائر، 2012
31- رشدي شحاتة ابو زيد، الإجراءات القانونية في مسائل الأحوال الشخصية، ط1، دار الوفاء الاسكندرية، 2008.
32- الرفعي عبد السلام، الولاية على المال وتطبيقاتها في الفقه المالكي، "د ط"، إفريقيا الشرق، المغرب، 2012.
33- سايس جمال، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
34- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.
35- ـــــــــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013 .
36- ـــــــــــــــــ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، 1995.

37- الشرقاوي أدهم محمد شبل محمد، الحماية الإجرائية لناقص وعديم الأهلية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019.
38- شكري عادل يوسف، المسؤولية الناشئة عن الإهمال " دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة " دار النشر والبرمجيات، القاهرة، 2011.
39- الصابوني عبد الرحمان، شرح الأحوال الشخصية السوري، ط5، ج2، الطلاق وآثاره، مطبعة الجديدة، دمشق، 1979 .
40- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
41- عامر مراد، الحماية القانونية والقضائية لبيع عقار القاصر، " د ط"، دار السلام، الرباط، 2014.
42- عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والاجرائية لقانون الاسرة مذيلا بمباديء الفقه القضائي، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2016.
43- العربي بختي، أحكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
44- العوفي عوض بن رجاء، الولاية في النكاح، ج1، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 2002.
45- العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، ط 1، مطبعة الطالب، " د م ن"، "د س ن".
46- غنام مليكة، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، ط1، دار الآفاق للنشر والتوزيع، المغرب، 2010.
47- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، "د ط"، دار الجامعة الجديدة، السكندرية، 2008، ص55.
48- عصام أنور سليم، حقوق الطفل، "د ط"، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2001.
49- قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
50- قيّاس المهدي، القاضي المدني وحماية القاصر، ط 1، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
51- ماروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، "د ط"، دار الهلال، "د م ن"، 2004.
52- محروق كريمة، دور القاضي في حماية الاسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الاسرة، ط1، الفا للوثائق، الجزائر، 2019.
53- النجار محمد يحي قاسم، حقوق الطفل بين النص القانوني والواقع وأثرها على جنوح الأحداث، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.

54- نجيمي جمال، قانون حماية الطفل في الجزائر تحليل وتأصيل، "د ط"، دار هومة، الجزائر، 2016.

5: الأطروحات والمذكرات العلمية:

1- أطروحات الدكتوراه:

1- بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013- 2014.

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

3- علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015 .

4- غضبان مبروكة، حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2017- 2018.

5- فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015.

6- محروق كريمة، الحماية القانونية للأسرة بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014- 2015.

7- مرمون رشيدة، حماية حقوق الطفل في ظل الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل: دراسة مقارنة بالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، دارسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه علوم في القانون العام فرع العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، جامعة الإخوة منتوري ، كلية الحقوق، تيجاني هدام، قسنطينة، 2016- 2017.

8- مكي خالدية، الحماية القانونية للقاصر في إطار القوانين المتعلقة بالتمهين، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم خاص، جامعة وهران، 2010- 2011.

9- موالفي سامية، أثر الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون عام، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2016- 2017.

10- منصوري مبروك، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية " دراسة تحليلية مقارنة "، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013- 2014.

2- مذكرات الماجستير:

1- بن حديد ابراهيم، السلطة التقديرية للقاضي المدني " دراسة تحليلية نقدية "، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1997.

2- تبوب المولودة رابحي فاطمة الزهراء، سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1997.

3- حدوسي إيمان ، مدى حماية المكفول في نظام الكفالة في التشريعات المغاربية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2011- 2012.

4- عفيف إسمهان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، مدرسة دكتوراه، دراسات قانونية، قطب جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2010- 2011 .

5- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014- 2015.

6: المقالات العلمية

1- المقالات العامة

1- السامعي حذاق، أثر مدى حجية أحكام القضاء الاستعجالي على قابليتها للطعن، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مج11، ع4، 2018.

2- عثماني بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مج15 ، ع1 ،2017 .

3- العرفي فاطمة، المركز القانوني لجهاز النيابة العامة قبل تحريك الدعوى العمومية، مجلة الشريعة والإقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الامير عبد القادر، قسنطينة، مج6، ع12، 2017 .

4- العلوي محمد بن العربي، المرأة راعية على بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، مجلة المناهل، وزارة الشؤون الدينية، الرباط، ع 45، 1994 .

5- عمري عبد القادر، جريمة السرقة بين الشريعة والتشريع الجزائري، جامعة يحي فارس، المدية، مج3، ع 1، 2017.

2- المقالات المتخصصة

1- إبراهيمي حسن، زواج القاصر بين دواعي الإلغاء ومبررات الإبقاء، مجلة دفاتر الحكامة، إنتاج أماليف، "د م ن"، ع1 ، 2015.

2- الأمراني أحمد، سلطة القاضي التقديرية في الإذن بتزويج القاصر مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات، دار القلم، المغرب، ع5، ماي- يونيو 2015.

3- بلعموري نادية، التلقيح كآلية وقائية وانعكاساتها على صحة الطفل، دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، مج 9، ع1، 2018.

4- بن زيوش مبروك، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15- 01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، الجزائر، ع5، مارس 2015.

5- بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة كآلية قانونية لتسديد النفقة، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مج4، ع2، 2016.

6- بن يكن عبد المجيد، جريمة الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، مج5، ع1، 2019.

7- بوتغرار علاوة، خدروش الدراجي، الكفالة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية، نشرة الموثق، الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق، جويلية 2012.

8- بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم، الجزائر، ع4، جوان2017.

9- جروني فائزة، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الاسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر ، م7، ع2، 2016.

10- حموش عبد الرحمان، زواج القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية في القانون المغربي، مجلة المنبر القانوني، "د ن" ، "د م ن" ، ع7- 8، 2015.

11- حويدق عثمان، مجرالي محمد لمين، صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، ع5، ديسمبر2016.

12- خوادجية سميحة حنان، بيع عقار القاصر بالمزاد العلني في القانون الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، ديسمبر 2017.

13- دريوش عبد الرحمن، الإذن القضائي في مدونة الأسرة – الإذن الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين نموذجا – ، مدونة الأسرة بين النص والممارسة ، ط 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2006.

14- دقوقي عبد العالي ، أهم مظاهر حماية القاصر على ضوء إزدواجية التنظيم القانوني لبعض أحكامه في التشريع المدني المغربي، مجلة أنفاس حقوقية، مطبعة إمستيتن، الرباط، ع 5، 2012.

15- دنقير عبد الرزاق، ولاية الأم على القاصر، مجلة القضاء والتشريع، أوربيس للطباعة، تونس، ع8 ، 1995.

16- رحايلية محمد أمين، التكفل المؤسساتي بالطفل المسعف في الجزائر، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ، ج2، ع31، 2013.

17- رزيق بخوش، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، مج 3، ع2، جوان 2016.

18- زهدور كوثر، الحماية القانونية للملكية العقارية للقاصر على ضوء التشريع الجزائري، مجلة القانون المغربي، أكدال، الرباط، ع20، 2013.

19- الزهرة حميدي إيمان، دور الولي في إبرام عقد الزواج "دارسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، مج 10، ع3، 2017.

20- زودة عمر، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم 05-02)، مجلة المحكمة العليا، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار، رويبة، ع2، 2005.

21- السنيني محمد، حدود مفهوم الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا " غرفة الأحوال الشخصية "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي البليدة -2- ، الجزائر، مج 2، ع2، 2012.

22- شتوان بلقاسم، كفالة الطفل المسعف فقها وقانونا، مجلة المعيار، جامعة الامير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ج2،ع31، 2013.

23- شرون حسينة، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي ، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج5، ع7، 1- 12 - 2010 .

24- شيخ سناء، الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع1، مارس 2014.

25- شيخ نسيمة، شيخ سناء، حماية أموال القاصر في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع1، 2017.

26- الصباغ رشيد، ولاية المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة الأحوال الشخصية تأصل في المنظومة الإسلامية ونموذج في الشراكة الفعلية، منشورات وزارة الشؤون الدينية، " د م ن" ، 2006.

27- صولي ابتسام، عقد الزواج المغفل ووضعية الأطفال مجهولين النسب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ع13، جوان 2015.

28- عامر مراد، الحماية القانونية القضائية لبيع عقار القاصر، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، الرباط، ع1 ، 2014.

29- عبد الصمد عبو، الرقابة البعدية على اختصاصات الولي، المنبر القانوني، المغرب، ع7-8، أبريل 2015.

30- علي علي قصير، الإهمال العائلي وتأثيره على سلوك الأحداث للجنوح نحو الجريمة في الجزائر، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، مج15، ع1، 2015.

31- عليواش هشام، اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة- 2- العفرون، ولاية البليدة، الجزائر، ع9، 2019.

32- عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 2 ، الجزائر، مج1، ع1، 2011.

33- العون علي عبد الله. الكيلاني عبد الله ابراهيم ، السياسة الشرعية في رعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم " دولة قطر أنموذجا "، مجلة دراسات، كلية الحقوق ، الجامعة الاردنية، مج 43، ع2، 2016.

34- غنام مليكة، المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، ع1، 2011.

35- فراجي كوثر، إجراءات بيع عقار القاصر في التشريع الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة محمد بن احمد، وهران-2- ، الجزائر، مج9 ، ع1، 2018.

36- قاشي علال، أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، مكتبة اقرأ، قسنطينة، ج2، ع31 ، 2013.

37- قريمس نسيمة، الحصانة العائلية في جريمة السرقة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، الجزائر، ع18 ، 2019.

38- لدرع كمال، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية والمعنوية للطفل في قانون الأسرة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، قسنطينة، الجزائر، ع2 ، 2002.

39- لشهب بوبكر، اتفاقية حقوق الطفل في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة نقدية تقويمية، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ع5، 2003.

40- لنكار محمود، الحماية الجنائية للطفل من إجرام أسرته المنحرفة، مجلة المعيار، قسنطينة، ع14، 2007.

41- لونيس علي، ثوابتي حنان، ظاهرة الطفولة المسعفة في الجزائر " الأسباب والعلاج " ، مجلة المعيار، مكتبة اقرأ، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ج2، ع31 ، 2013.

42- مجامعية زهرة، المتابعة الجزائية لجرائم الإهمال العائلي، الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، م2، ع2، 2016.

43- محمدي زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92- 24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الاسلامية ، المجلة القضائية، ع2، وزارة العدل، الجزائر، 2000.

44- معوان مصطفى، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ع9، 2004.

45- نجومن "م" قندوز سناء، الرقابة القضائية على حقوق الامتياز، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مج13، ع1، 2016.

46- وارتي غنية، ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة الجزائري، بحوث، جامعة يوسف بن خدة، جامعة الجزائر-1- ، مج11، ع1.

47- اليوموري فريدة، زواج القاصر بين القانون والواقع، دفاتر الحكامة، أماليف، كلية الحقوق، سيلا، ع 1، نونمبر 2015.

7: المداخلات العلمية

1- أحمد الخمليشي، زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي، ندوة في زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي، "د ط"، محكمة استئناف الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، 2012.

2- أمينة شايب، تأملات حول النصوص الجديدة للنيابة الشرعية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل شعبة القانون الخاص بالتعاون مع مؤسسة فريدرش أبرت، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، يوم 8 مارس 1997، منشورات كلية العلوم القانونية بمساهمة مؤسسة فريدرش أبرت.

3- الحر زهور، زواج الفتاة القاصرة بين النص التشريعي والواقع العملي، ندوة في موضوع زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي، محكمة استئناف بالرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، 2012.

4- الإرسالية المقدمة من طرف وزير العدل إلى القاضي المكلف بالتوثيق "ضمن أرشيف منشورات في المادة الأسرية، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، دار القلم، ، المغرب، ع 5، ماي- يونيو- 2015.

8: المقالات الإلكترونية ومواقع الانترنت

1- المقالات الإلكترونية

1- مقال بعنوان: ما هو الفرق بين الكفالة والتبني، منظومة حقوق المرأة التونسية، منشور في موقع منظومة حقوق المرأة التونسية بـ: wrcati.cawtar.org، تاريخ الدخول للموقع 18-12-2017.

2- السيتسي ادريس، دور النيابة العامة في القضايا المدنية بصفتها طرفا رئيسا او منضما، مجلة المحاكم المغربية، ع84، ص30: مقال منشور بـ :coledroitmarocaine.blogspot.com، تاريخ الدخول 05-12-1018 الساعة 15:05.

3- لونيس أمين، صندوق النفقة يزيد الطلاق والخلع في الجزائر، مقال منشور بتاريخ 26-5-2016 على الساعة 03:12:09 على موقع:.www .alhayat.com

2- مواقع الإنترنت

1- www.legislation. tn.

2- www.adala.justice.gov.ma.

9: المحاضرات

1- خوادجية سميحة حنان ، محاضرات في النيابة الشرعية لطلبة السنة أولى ماستر، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، "د س ن".

10: المقابلات الشخصية

1- مقابلة أجريت مع القاضية بالرايس مريم قاض ورئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة أم البواقي، بتاريخ 12-03-2018. الساعة 10.30 .

11: المعاجم

2- الجرجاني علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، "د ط"، دار الفضيلة، القاهرة، 2004.

3- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، "د ط"، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.

4- الزبيدي محمد مرتضى الحسني ، تاج العروس من جواهر القاموس، مج 40،مادة ولي، ط1، مؤسسة الوليد للتقدم العلمي، الكويت، 2001.

5- الفيروز أبادي محمد بن يعقوب ، قاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.

6- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مج1، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

7- معجم الوجيز، "د ط"، مكتبة الشروق الدولية، "د م ن" ، "د ت ن".

II المراجع باللغة الأجنبية:

1- Les ouvrages

1- Benmelha Ghaouti. Le droit algérien de la Famille.office du Publication Universitaires. Benaknoun. Alger.

2- Jane Fortin. Children's rights and the developing law. 2e edition .2003.

3- Parquet Muriel. droit de la famille **.**2édition.1 rue de Rome .Bréal.2007.

2-Les articles

1- Ammar Belhimer. La protection de l'enfant et de sa famille en Algerie. Revue des droits de l'Enfant et de la Femme .CIDDEF. Alger.N°39 Juin2017.

2- Badra Moutassem Mimouni .Les enfants privés de famille en Algérie. Insaniyat Revue Algérienne d'anthropologie et de science sociale. n°41. juillet-septembre 2008.

3- Nadia Ait Zaï .L'enfant illégitime dans la société musulmane Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques.Ben-Aknoun- Université D'alger. Vol. XXVIII, N° 02.1990.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	2
الباب الأول: الحماية الموضوعية للقاصر	11
الفصل الأول: الحماية النفسية للقاصر	13
المبحث الأول: الولاية كنظام لحماية نفس القاصر	15
المطلب الأول: ماهية الولاية على نفس القاصر	15
الفرع الأول: التأصيل التاريخي للولاية على النفس	16
أولا: الولاية على النفس في النظم القانونية القديمة	16
ثانيا: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية	17
ثالثا: الولاية على النفس في القانون	18
الفرع الثاني: تعريف الولاية على نفس القصر	19
أولا: تعريف الولاية على النفس لغة	20
ثانيا: تحديد مفهوم القاصر على ضوء قانون الأسرة	24
الفرع الثالث: الطبيعة الفقهية والقانونية للولاية على النفس	27
أولا: الأسباب الموجبة للولاية على النفس	28
ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للولاية على النفس	29
المطلب الثاني: سلطات وواجبات الولي أثناء قيام الرابطة الزوجية	31
الفرع الأول: علاقة الولاية بالسلطة الأبوية	32
أولا: اثبات العلاقة النسبية بين الولي والمولى عليه كأساس لممارسة الوظيفة الولائية	32
ثانيا: من له حق الولاية على القاصر في ظل قيام الرابطة الزوجية	35
الفرع الثاني: مسؤولية حفظ ورعاية القاصر	39
أولا: مشتملات رعاية وحفظ القاصر في الفقه الإسلامي	39
ثانيا: مشتملات رعاية وحفظ القاصر في القانون	41
الفرع الثالث: سلطة تزويج القاصر	51

أولا: الأصل في الزواج هو بلوغ سن الرشد القانوني	51
ثانيا: من هو الولي الذي له سلطة تزويج القاصر ومركزه في عقد الزواج	53
المطلب الثالث: سلطات وواجبات الولي في حال انحلال الرابطة الزوجية	57
الفرع الأول: الولي على النفس في حال انحلال الرابطة الزوجية	57
أولا: استحقاق الولاية في حالة انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة	57
ثانيا: الولي على النفس في حال فك الرابطة الزوجية بالطلاق	61
الفرع الثاني: المهام المنوطة بالولي أثناء انحلال الرابطة الزوجية	67
أولا: واجب رعاية وحفظ القاصر	68
ثانيا: واجب الإنفاق وتوفير مسكن للمحضون	70
ثالثا: حق الزيارة	74
الفرع الثالث: سلطة تزويج القاصر في حال انحلال الرابطة الزوجية	76
أولا: من له حق ولاية الزواج في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة	76
ثانيا: من له حق ولاية الزواج في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق	79
المبحث الثاني: الكفالة كنظام لحماية القاصر	81
المطلب الأول: مفهوم الكفالة	81
الفرع الأول: تعريف الكفالة ودليل مشروعيتها	82
أولا: تعريف الكفالة	82
ثانيا: أدلة مشروعية الكفالة والحكمة من إقرارها	85
الفرع الثاني: طبيعة الكفالة	86
أولا: التكييف القانوني للكفالة	87
ثانيا: خصائص عقد الكفالة	88
الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن بعض المصطلحات الشبيهة بها	91
أولا: الفرق بين الكفالة في قانون الأسرة والكفالة في القانون المدني	91
ثانيا: الفرق بين الكفالة والتبني	93
ثالثا: الفرق بين الكفالة والحضانة	97
رابعا: الفرق بين الكفالة والولاية	100
المطلب الثاني: شروط الكفالة	101

الفرع الاول: الشروط المتعلقة بالمكفول	101
أولا: شرط السن	101
ثانيا: الحالة العائلية للقاصر	102
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالكافل	109
اولا: الأشخاص المخول لهم قانونا كفالة القاصر	110
ثانيا: الشروط المتعلقة بشخص الكافل	112
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بإنشاء عقد الكفالة	121
أولا: الجهة المختصة بتحرير أو إنشاء عقد الكفالة	121
ثانيا: تكوين ملف الكفالة	123
المطلب الثالث: الآثار القانونية للكفالة	126
الفرع الأول: حقوق وواجبات الكافل	126
أولا: انتقال الولد المكفول إلى حضانة الكافل	127
ثانيا: الولاية القانونية على المكفول	127
الفرع الثاني: حقوق القاصر المكفول	135
أولا: مدى حق القاصر المكفول في النسب	135
ثانيا: مدى حق المكفول في ميراث كافله	141
الفصل الثاني: الحماية المالية للقاصر	143
المبحث الأول: الولاية على المال كنظام لحماية القاصر	146
المطلب الأول: مفهوم الولاية على المال	147
الفرع الأول: تعريف الولاية على مال القاصر	147
أولا: التعريف اللغوي للولاية على مال القاصر	148
ثانيا: التعريف الاصطلاحي للولاية على مال القاصر	148
الفرع الثاني: مشروعية الولاية على المال وتميزها عن غيرها من المصطلحات	151
أولا: مشروعية الولاية على المال	151
ثانيا: تمييز الولاية على المال عن غيرها من المصطلحات الشبيهة بها	155
الفرع الثالث: طبيعة الولاية على مال القاصر	159
أولا: الأساس الشرعي والقانوني للولاية على مال القاصر	159

ثانيا: تكييف الولاية على مال القاصر	161
المطلب الثاني: عناصر الولاية على المال	162
الفرع الأول: تحديد المقصود بالولي على المال	163
أولا: من هو الولي وفقا للفقه الشرعي	163
ثانيا: من هو الولي وفقا لقانون الأسرة والقانون المقارن	166
ثالثا: شروط الولي على المال	175
الفرع الثاني: مصادر مال القاصر	177
أولا: ماهية المال	178
ثانيا: الطرق القانونية التي يكتسب بموجبها القاصر المال	181
المطلب الثالث: وظيفة الولي على المال وحالات انتهائها	188
الفرع الأول: وظيفة الولي على المال	188
أولا: حدود سلطة الولي	189
ثانيا: سلطات الولي على المال	190
ثالثا: حلات تقييد سلطة الولي على مال القاصر	198
الفرع الثاني: انتهاء الولاية على المال	202
أولا: حالات انتهاء الولاية في الشريعة الإسلامية	203
ثانيا: حالات انتهاء الولاية في القانون	205
المبحث الثاني: دور الوصاية والتقديم في حماية مال القاصر	215
المطلب الأول: مفهوم الوصاية والتقديم	215
الفرع الأول: تعريف الوصاية والتقديم والحكمة منهما	216
أولا: تعريف الوصاية والتقديم	216
ثانيا: الحكمة من تشريع نظامي الوصاية والتقديم	219
الفرع الثاني: طبيعة الوصاية والتقديم	220
أولا: التكييف الفقهي للوصاية	220
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	223
الفرع الثالث: تمييز الوصاية والتقديم عن غيرهما من المصطلحات الشبيهة	225
أولا: تمييز الوصاية عن الولاية	225

ثانيا: تمييز الوصاية عن الحضانة	226
ثالثا: تمييز الوصاية عن التقديم	226
رابعا: خصائص الوصاية	227
الفرع الرابع: أنواع الاوصياء	228
أولا: الوصي المختار والوصي المعين	228
ثانيا: الوصي الواحد والوصي المتعدد	229
ثالثا: الوصي العام والوصي المقيد	229
رابعا: الوصي المؤقت والوصي الدائم	230
خامسا: الوصي القوي والوصي الضعيف	230
المطلب الثاني: حالات وشروط تعيين الوصي والمقدم	231
الفرع الأول: حالات تعيين الوصي والمقدم	231
أولا: أسباب الوصاية والتقديم	231
ثانيا: الأشخاص المؤهلين قانونا باختيار وتعيين الوصي والمقدم	235
الفرع الثاني: شروط الوصي والمقدم	241
أولا: شرط الإسلام	242
ثانيا: شرط الأهلية	242
ثالثا: شرط العقل والبلوغ	243
رابعا: شرط القدرة	244
خامسا: شرط الأمانة وحسن التصرف	244
سادسا: مدى اشتراط الذكورة في الوصي والمقدم	245
المطلب الثالث: مهام الوصي والمقدم وحالات انتهائها	247
الفرع الأول: مهام الوصي والمقدم	247
أولا: مجال ولاية الوصي والمقدم	248
ثانيا: سلطات الوصي والمقدم	249
ثالثا: جوازية اختبار للقاصر	251
الفرع الثاني: حالات انتهاء الوصاية والتقديم والآثار المترتبة عنها Erreur ! Signet	252
أولا: حالات انتهاء الوصاية والتقديم	252

ثانيا: الآثار المترتبة على انتهاء مهام الوصي والمقدم	258
خلاصة الباب الأول	262
الباب الثاني: الرقابة القضائية كآليه لتفعيل حماية القاصر	264
الفصل الأول: الرقابة القضائية القبلية كآلية لحماية القاصر	267
المبحث الأول: الأشخاص المخول لهم قانونا السهر على حماية مصالح	269
المطلب الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في حماية القاصر	269
الفرع الأول: صلاحيات قسم شؤون الأسرة في ضوء التنظيم القضائي	270
أولا: لمحة عامة عن التطور التاريخي للتنظيم القضائي في الجزائر	270
ثانيا: صلاحيات قسم شؤون الأسرة	273
ثالثا: صلاحيات قاضي شؤون الأسرة	275
الفرع الثاني: صور تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية مصالح القاصر	278
أولا: تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية القاصر بموجب العمل القضائي	279
ثانيا: تدخل قاضي شؤون الأسرة لحماية القاصر بموجب العمل الولائي	283
ثالثا: تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب السلطة التقديرية	286
المطلب الثاني: دور النيابة العامة في حماية القاصر	291
الفرع الأول: مركز النيابة العامة ضمن الجهاز القضائي	292
أولا: مفهوم النيابة العامة	292
ثانيا: وظائف النيابة العامة	294
الفرع الثاني: دور النيابة العامة أمام القضاء المدني	295
أولا: النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية والآثار القانونية المترتبة على ذلك	295
ثانيا: النيابة العامة كطرف منضم في الدعوى المدنية والآثار القانونية المترتبة على ذلك	298
الفرع الثالث: مركز النيابة العامة في قضايا شؤون الاسرة	301
أولا: كيفية عمل النيابة العامة ضمن قضايا شؤون الأسرة	302
ثانيا: صور تدخل النيابة العامة لحماية القاصر	307
ثالثا: دور النيابة العامة ضمن القضايا الأسرية في القانون المقارن	309
المبحث الثاني: طرق ممارسة الرقابة القضائية القبلية لحماية القاصر	315
المطلب الأول: مصلحة القاصر كمعيار لتفعيل الرقابة القضائية القبلية لحماية	316

الفرع الأول: الرقابة القضائية لحق القاصر في النسب من خلال معيار المصلحة	317
أولا: الاجراءات القانونية الواجب اتباعها لإثبات نسب القاصر أو انكاره	317
ثانيا: مدى مراعاة مصلحة القاصر عند التطبيق القضائي لوسائل إثبات ونفي النسب	321
الفرع ثاني: حماية القاصر المحضون من خلال معيار مصلحة	327
أولا: مفهوم مصلحة المحضون	327
ثانيا: دور القاضي في تطبيق أحكام أصحاب الحق في الحضانة من خلال معيار مصلحة	329
ثالثا: دور القاضي في تطبيق شروط ممارسة الحضانة من خلال معيار مصلحة القاصر	333
رابعا: رقابة المحكمة العليا لمدى مراعاة معيار مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة	335
خامسا: دور القاضي في الحكم بالولاية تطبيقا لمعيار مصلحة القاصر المحضون	335
الفرع الثالث: الرقابة القبلية على إنشاء عقد الكفالة وتعيين الوصي والمقدم	336
أولا: دور القضاء في إنشاء الكفالة وإسنادها	336
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تعيين الوصي والمقدم	339
المطلب الثاني: الرقابة القبلية بموجب الإذن القضائي	342
الفرع الأول: الإذن القضائي بالزواج كآلية للرقابة القبلية على نفس القاصر	342
أولا: دور قاضي شؤون الأسرة في منح الإذن بزواج القاصر	343
ثانيا: النظام القانوني للترخيص القضائي بالزواج	349
ثالثا: الآثار القانونية المترتبة على الترخيص للقاصر بالزواج	353
رابعا: أثر تخلف الترخيص بالزواج	354
خامسا: حالة زواج القصر بعد الاختطاف أو هتك العرض	355
الفرع الثاني: الإذن القضائي كآليه للرقابة القبلية على أموال القاصر	355
أولا: تصرفات النائب الشرعي التي لا يجوز مباشرتها إلاّ بموجب إذن قضائي	356
ثانيا: مدى سلطة القاضي في منح الإذن القضائي المتضمن التصرف في مال القاصر	358
ثالثا: رقابة القاضي لبيع عقار القاصر والضمانات القانونية المتعلقة به	360
الفرع الثالث: الترشيد القضائي للقاصر	363
أولا: تعريف الترشيد القضائي للقاصر	363
ثانيا: حقيقة الاختلاف بين الترخيص للقاصر وترشيده	365
ثالثا: مجال الترشيد القضائي	366

رابعا: دور القاضي في ترشيد القاصر	368
المطلب الثالث: التدابير المؤقتة كآلية للحماية القبلية للقاصر	370
الفرع الأول: مفهوم التدابير المؤقتة	370
أولا: تعريف التدابير المؤقتة	371
ثانيا: تمييز التدابير المؤقتة عن التدابير الوقائية	372
الفرع الثاني: حالات تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب التدابير المؤقتة	373
أولا: تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب التدبير المتعلق بالنفقة المؤقتة	374
ثانيا: تدخل القاضي في إسناد الحضانة مؤقتا وحق الزيارة Erreur ! Signet non	375
ثالثا: تدخل القاضي في اتخاذ التدابير المتعلقة بالبقاء في المسكن	377
رابعا: تدخل القاضي لحماية القاصر بموجب التدابير المؤقتة المتعلقة بممارسة الولاية	378
الفرع الثالث: الإجراءات المتعلقة بالتدابير المؤقتة وطبيعة الأمر الصادر بشأنها	380
أولا: الجهة القضائية المختصة بالفصل في التدابير المؤقتة	380
ثانيا: طبيعة الأمر المتضمن التدابير المؤقتة ومدى قابليته للطعن	381
الفصل الثاني: الرقابة القضائية البعدية كآلية لحماية القاصر	385
المبحث الأول: تدخل القضاء لحماية القاصر بموجب الرقابة البعدية	386
المطلب الأول: تفعيل الحماية المادية للقاصر من خلال أحكام صندوق النفقة	387
الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تفعيل أحكام الاستفادة من المستحقات المالية	387
أولا: المقصود بصندوق النفقة	388
ثانيا: شروط وإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة	389
ثالثا: إمكانية مراجعة مبالغ النفقة المحكوم بها	391
الفرع الثاني: كيفية دفع المستحقات المالية	392
أولا: طرق تمويل صندوق النفقة .Erreur ! Signet non défini	392
ثانيا: إجراءات دفع المستحقات المالية من قبل الجهة المختصة	393
الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة بعد صرف المستحقات المالية	394
أولا: تحصيل المستحقات المالية من المدين	394
ثانيا: العقوبات الجزائية في حال الاستفادة من المستحقات صندوق النفقة دون وجه حق	395
ثالثا: حالات انتهاء وسقوط الحق في الاستفادة من صندوق النفقة	395

رابعا: تقييم أداء صندوق النفقة	397
المطلب الثاني: المراقبة القضائية البعدية لمصلحة المحضون والمكفول	399
الفرع الأول: دور القضاء في حماية مصلحة القاصر المحضون من خلال المراقبة البعدية	399
أولا: دور قاضي شؤون الأسرة في إسقاط الحضانة وعودتها	400
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تمديد مدة الحضانة وعودتها بعد سقوطها	410
ثالثا: إشكالية انتقال الحضانة والولاية في حال موت الحاضن ودور القضاء في حلها	412
الفرع الثاني: دور القضاء في حماية مصلحة المكفول من خلال المراقبة البعدية	414
أولا: تدخل قاضي شؤون الأسرة في إنهاء الكفالة	414
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في حالة التخلي عن الكفالة	418
ثالثا: إجراءات إنهاء الكفالة بإلغائها أو التخلي عنها	418
رابعا: دور قاضي شؤون الأسرة في حالة انتقال الكفالة بعد وفاة الكافل	419
خامسا: مصير المكفول في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق	423
المطلب الثالث: المراقبة القضائية للنائب الشرعي كآلية لحماية القاصر	424
الفرع الأول: مراقبة القضاء للولي على نفس ومال القاصر	425
أولا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للولي على نفس القاصر	425
ثانيا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للولي على مال القاصر	429
الفرع الثاني: مراقبة القضاء للوصي والمقدم	432
أولا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للوصي	433
ثانيا: مراقبة قاضي شؤون الأسرة للمقدم	434
ثالثا: القواعد الإجرائية الخاصة بمراقبة الوصي والمقدم	435
رابعا: الآليات المستحدثة في مراقبة الأوصياء	435
خامسا: موقف التشريعات المقارنة من الرقابة البعدية كآلية لحماية القاصر	436
المبحث الثاني: المساءلة القضائية كآلية لحماية القاصر في نفسه وماله	440
المطلب الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي	441
الفرع الأول: ارتباط المسؤولية المدنية بالولاية على نفس القاصر	442
أولا: المسؤولية المدنية للولي على أفعاله الضارة التي تلحق القاصر	442
ثانيا: المسؤولية المدنية للولي على الأفعال الضارة التي يلحقها القاصر بالغير	448

الفرع الثاني: ارتباط المسؤولية المدنية بالولاية على مال القاصر	454
أولا: أساس المسؤولية المدنية للنائب الشرعي على مال القاصر	455
ثانيا: دور القضاء في حماية مال القاصر من خلال المساءلة المدنية لنائب الشرعي	462
المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية المترتبة عن الاخلال بالتزامات الولاية على	463
الفرع الأول: المساءلة الجنائية المترتبة عن اعتداء شخص القاصر	463
أولا: جريمة الإساءة للأولاد	464
ثانيا: جريمة ترك الأولاد وتعريضهم للخطر	467
ثالثا: جريمة إساءة استعمال سلطة التأديب	470
الفرع الثاني: المساءلة الجنائية المترتبة على مخالفة أحكام الحضانة	472
أولا: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه:	472
ثانيا: جريمة اختطاف المحضون من حاضنه	477
الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية المرتبطة بالحقوق المادية للقاصر ! Erreur	479
أولا: الشروط الأولية الواجب توفرها في جريمة الإهمال المادي "الامتناع عن تسديد النفقة"	480
ثانيا: الأركان المكونة لجريمة الإهمال المادي للقاصر "الامتناع عن تسديد النفقة"	482
المطلب الثالث: المسؤولية الجنائية المترتبة عن الإخلال بالتزامات الولاية على المال	484
الفرع الأول: جريمة الاستيلاء على التركة	485
أولا: تدخل القضاء لحماية عناصر التركة التي يكون ضمن ورثتها قاصر	485
ثانيا: العناصر المكونة لجريمة الاستيلاء على عناصر التركة والجزاء المقرر لها	488
الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية على الجرائم التي تقع على أموال القاصر	490
أولا: مدى إمكانية المساءلة الجنائية للولي عن الجرائم الماسة بالأموال	490
ثانيا: مدى إمكانية المساءلة الجنائية للوصي والمقدم عن الجرائم الماسة بالأموال	493
ثالثا: جريمة انتهاز احتياج قاصر	499
خلاصة الباب الثاني	501
خاتمة	503
الملاحق	510
قائمة المصادر والمراجع	550
فهرس الموضوعات	571

الملخص

ملخص

لقد سعى المشرع إلى حماية القاصر في نفسه وماله باعتباره الطرف الأضعف في الرابطة الأسرية من خلال ما رسمه من معالم قانونية تبرز حقوقه وترتب التزامات قانونية تجاهه وهذا بموجب قانون الأسرة الذي عمل على منح القاصر ضمانات للتمتع بهذه الحقوق وممارستها من خلال ما تضمنه من نظم قانونية تتمثل في كل من نظام الولاية على النفس والمال، ونظام الكفالة، بالإضافة إلى كل من نظام الوصاية والتقديم.

كما أن هذه الحماية الواردة ضمن قانون الأسرة تم تعزيزها بموجب نصوص قانونية مكملة له ويتعلق الأمر بكل من قانون (15- 12) المتعلق بحماية الطفل، وكذا قانون (15- 01) المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، كما تعززت المنظومة القانونية بنصوص إجرائية وضعها المشرع بهدف تفعيل الحماية الموضوعية للقاصر والتجسيد الفعلي لها من خلال ما منحه للقضاء بمختلف هياكله وخاصة قسم شؤون الأسرة ممثلا في قاضي شؤون الأسرة من دور إيجابي لتحقيق ذلك. حيث أوكله مهمة السهر على رعاية مصالح القاصر وذلك من خلال آليات رقابية تتمثل في الرقابة القبلية كإجراء وقائي لحفظ حقوق القاصر المادية والمعنوية وكذا الرقابة البعدية الهدف من المراقبة والمتابعة لما صدر من أحكام وقرارات تتعلق بالقاصر وتوقيع الجزاء في حال مخالفتها.

الكلمات المفتاحية:

القاصر، الحماية النفسية، الحماية المالية، الولاية، الكفالة، الوصاية، التقديم، الرقابة القضائية، الرقابة القبلية، الرقابة البعدية، مسؤولية النائب الشرعي.

Résumé

Le législateur a toujours cherché à protéger le mineur dans sa personne et son bien étant la partie la plus faible dans la famille. Il lui a consacré dans le code de la famille des repères juridiques qui montrent ses droits et les obligations à son égard. Ce code accorde au mineur des garanties pour exercer et jouir de ces droits, à travers les différents systèmes juridiques notamment la curatelle sur la personne et sur les biens, en plus du recueil légale, la tutelle et la représentation.

Cette protection stipulée par le code de la famille a été consolidée par des textes juridiques complémentaires notamment la loi 12-15 relative à la protection de l'enfant et la loi 01-15 relative à la création de la caisse de pension. Le système juridique, en outre, s'est renforcé par des textes procédurales établis par le législateur afin d'activer et concrétiser la protection objective du mineur. Cette concrétisation se manifeste par les prorogatifs accordés au juge de la famille pour veiller à la maintenance des intérêts du mineur en usant des mécanismes de contrôle préalable comme mesure préventive et celles du contrôle postérieur comme mesure de suivi ainsi représentée par les jugements et décisions rendus à l'égard du mineur et les sanctions affligées aux contrevenants.

Mots clefs : mineur ; protection psychologique ; protection financière ; curatelle ; recueil légal ; tutelle ; contrôle judiciaire ; contrôle antérieur ; contrôle postérieur ; responsabilité du représentant légal.