وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجل

كلية العلوم الحقوق والعلوم السياسية

دراسة بعنوان:

ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:

- زين مريم
- عباس عبير

إشراف الأستاذة:

- رواحنة نادية

لجنة التقييم

إسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
بولكور رفيقة	أستاذ محاضر -أ-	محمد الصديق بن يحي جيجل	رئيسا
د. رواحنة نادية	أستاذ محاضر -ب-	محمد الصديق بن يحي جيجل	مشرفا ومقررا
د. مليط إبتسام	أستاذ محاضر -ب-	محمد الصديق بن يحي جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وعرفان

نشكر الله على نعمه التي لا تقدر ولا تحصى ومنها توفيقه تعالى على إتمام هذا العمل

بأسمى وأرقى وأجود عبارات الشكر والتقدير لأستاذتنا المحترمة "رواحنة نادية" وفقها الله في مشوارها المهني و أدام الله لها لباس الستر والصحة والعافية، والذي تفضلت بإشرافها على عملنا هذا وأفادتنا كثيرا وتصويباتها القيمة

لها جزيل الشكر وكل الثناء والامتنان لما قدمته لنا من مجهودات.

كما نقدم شكرنا وتقديرنا إلى كل أساتذة كلية الحقوق لما قدموه لنا من علم ومعرفة وعون ومساعدة ونصح وإرشاد.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى رمز الصبر والتضحية بسمة الحياة وسر الوجود

"أمـــــــــــــــي " الغـــالية

إلى الذي أستند عليه في هذه الدنيا" أبـــــــــــــي " العزيـــــز أطال الله في عمره

إلى من جمعتني بهم رحلة الحياة ولا تحلوا إلا بوجودهم" إخوتـــــــــــــــي"

و"أخواتي" "حفظهم الله ورعاهم

إلى زوجي حفظه الله ورعاه

إلى كل من ساهم ولو بالقليل في إنجاز هذه المذكرة

عبير ** مريم

قائمة المختصرات:

ق. أ. ج .....قانون الأسرة الجزائري

ج. ر .....جريدة رسمية

د. ب. ن .....دون بلد نشر

د. د. ن ..... دون دار النشر

د. س. ن ..... دون سنة النشر

غ. أ. ش .....غرفة الأحوال الشخصية

ق. م ..... قانون مدني

ق. ع.....قانون العقوبات

م. ق .....مجلة قضائية

م. م. ع .....مجلة المحكمة العليا

ع .....عدد

ط .....طبعة

ص .....صفحة

د. ط.....دون طبعة

ج .....جزء

م .....التاريخ الميلادي

هـ .....التاريخ الهجري

مقدمـــة

تعد الأسرة الخلية الأساسية والوحدة الأولى في بناء المجتمع، فالعناية والاهتمام بالأسرة لهما آثار كبيرة في المجتمع فإذا أنشئت على أسس متينة فإنها تضمن مجتمعا سليما لتربية الأجيال وغرس القيم والأخلاق بين الأفراد، ولهذا حرص الإسلام أشد الحرص على إرسائها وتثبيتها والمحافظة عليها مما يؤديها، لأنها المنبت السليم الذي ينشأ فيه الطفل، وذلك بإعطاء كل فرد من الأسرة دورا مهما في حياته فجعل للوالدين مسؤولية عظيمة في تربية الأطفال، فخص كل منهما بما يستطيع القيام به ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأطفال لهذا رغبت بالزواج وحثت عليه، فالزواج هو وسيلة لإنجاب الأطفال وزيادة النسل وأساس لحفظ الأنساب وصيانتها، فهو الأساس الشرعي والقانوني لتكوين الأسرة التي هي المحضن الطبيعي للطفل فمنها يستمد الشعور بالأمان والاستقرار والتوافق النفسي من تفاهم وارتباط والديه، إلا أن هذا الشعور قد يتزعزع بمجرد انكسار هذين الأخيرين عن بعضهما أو أي مانع آخر يحول دون اجتماعهما معا كوفاة الأب، فيجد الطفل نفسه أمام غياب أحد الدعائم الأساسية في حياته النفسية والمادية، والتي كانت متوفرة بوجود الأب، لذا لم يغفل المشرع الجزائري عن مثل هاته الحالات وذلك بإسناده الولاية للأم وذلك لضمان السير الحسن لشؤون الطفل ومراعاة مصلحته بشكل عام.

وتكمن أهمية البحث في موضوع ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في:

- معالجة ظاهرة اجتماعية في المجتمع وهي مدى تمكن الأم من تسيير شؤون أولادها في غياب الأب سواء على الصعيد الشخصي أو المالي.

- عدم تعطيل مصالح الأولاد في حالة غياب الأب لاسيما في الأمور التي تتعلق بولايته الشخصية.

– صياغة قوانين لحماية حقوق الطفل وسد الفراغ القانوني الناجم عن غياب الأب، مما جعل المشرع الجزائر يقنن هذا الموضوع، وذلك ما تجلى من خلال نص المادة 87 من ق. أ. ج.

ومن هذا المنطلق نطرح الإشكالية التالية:

– إلى أي مدى تبنى المشرع الجزائري نظام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر لضمان حقوقهم وسير مصالحهم؟

والبحث في هذه الإشكالية يقودنا إلى طرح مجموعة من الإشكاليات الثانوية الآتية:

– ما مفهوم الولاية على القاصر؟

– ما هي حالات ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر؟

– فيما يتمثل نطاق ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر؟

إن لدراسة هذا الموضوع أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة الشديدة للبحث في هذا الموضوع والتعمق والتوسع فيه قدر المستطاع خاصة انه ذو أهمية كبيرة من الناحية العلمية والعملية هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذا الموضوع يمس بأصل تكوين الأسرة وهو ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر باعتبارهم من ضمن الفئات الضعيفة والعاجزة على تسيير وتدبر شؤونها الشخصية والمالية، بالإضافة إلى نقص المراجع والأبحاث في هذا الموضوع ولعل مساهمتنا هذه ستفيد الدارسين والمهتمين به مستقبلا.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد الإطار المفاهيمي لولاية الأم الحاضنة عل أبنائها القصر، وبيان لأحكامها من أجل رفع اللبس عنه، وتمييزه عن ولاية الأب على أبنائه كحالة استثنائية، وإبراز نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر.

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والاستقرائي وذاك لتتبع النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع بالإضافة إلى المنهج المقارن الذي فرض نفسه خاصة في نص المادة 222 ق. أ. ج.

هذا و من خلال دراستنا لموضوع ولاية الأم الحاضنة علي أبنائها القصر لاحظنا قلة الدراسات التي تطرقت له مما صعب الكثير من مهمتنا للبحث في هذا الموضوع فاعتمدنا علي بعض المقالات العلمية القانونية مثل مقال حيدوسي إيمان بعنوان "ولاية الأم الحاضنة علي أبنائها القصر" (قراءة في نص المادة 87 ق. أ. ج).

ولقد تمت معالجة هذا الموضوع من خلال فصلين، الفصل الأول بعنوان " أحكام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر"، والذي بدوره ينقسم إلى مبحثين، المبحث الأول بعنوان " مفهوم الولاية على القاصر"، والمبحث الثاني بعنوان " ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر"، أما الفصل الثاني فجاء بعنوان " نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر"، والذي قسم بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول بعنوان " الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر"، أما المبحث الثاني فجاء بعنوان " الولاية على المال للام الحاضنة على أبنائها القصر".

الفصل الأول:

أحكام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

الولاية على القاصر نظام أقرته الشريعة الإسلامية لتوفير الحماية اللازمة في كل مراحل نموه باعتباره بحاجة للعناية والرعاية خاصة نتيجة لصغر سنه وعجزه عن ممارسة التصرفات القانونية بسبب انعدام أهليته أو نقصها فيقوم الوالد بالنيابة عنه وذاك للإشراف على ضمان حقوقه والسهر على حسن سير مصالحه.

وبخصوص المشرع الجزائري فقد أقر بنظام الولاية من خلال نصوصه وقواعده إلى أنه قد منح للأم الحاضنة حق الولاية على أبنائها القصر وذلك كحالة استثنائية والتي كانت نتيجة حتمية لإبرام المشرع الجزائري لمختلف الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الطفل وعليه فإنه لمعرفة مختلف الأحكام الخاصة بولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر فإنه يتعين علينا التطرق لمفهوم الولاية على القاصر(المبحث الأول) وبيان كيفية ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الولاية على القاصر

مشروعية الولاية على القاصر تهدف بالدرجة أولى لحفظ حقوق القاصر ورعاية مصالحة لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف[1]، والذي نص عليه المشرع الجزائري في الأسرة 81 من ق.أ.ج حيث استمد نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية، هذا ما سنحاول توضيحه في هذا المبحث وذلك من خلال التطرق إلى مفهوم الولاية (المطلب الأول)، ومفهوم القاصر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الولاية

للتمكن من توضيح مفهوم الولاية يقتضي التعرض لتعريفها وأنواعها (الفرع الأول)، شروط الأولياء وترتيبهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالولاية

حتى نقوم بتعريف الولاية كان لابد ولزاما من توضيح مختلف التعاريف الخاصة بالولاية (أولا)، بالإضافة للتطرق لمختلف تقسيماتها (ثانيا).

أولا: تعريف الولاية

1- تعريف الولاية لغة:

الولاية بفتح الواو أو كسرها من الفعل ولي الشيء وولي عليه إذا ملك أمره له القيام عليه وكذلك إذا قام به فهو وليه وولي عليه ووالٍ[2].

[1] شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبي، الجزائر، د س ن، ص62.

[2] مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، القاهرة، مصر، 2004، ص1058،1057.

ويقال أيضا ولي الشيء إذا قام به وهي تعني النصرة لمحبة المنصور، وهي ضد العداوة وتكون بإخلاص المودة والنصرة[1] ووردت في قوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ يُخۡرِجُهُم مِّنَ ٱلظُّلُمَٰتِ إِلَى ٱلنُّورِۖ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ أَوۡلِيَآؤُهُمُ ٱلطَّٰغُوتُ يُخۡرِجُونَهُم مِّنَ ٱلنُّورِ إِلَى ٱلظُّلُمَٰتِۗ أُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[2] أي ناصرهم على عدوهم.

وهناك من عرفها أيضا أنها مصدر ولي الرجل إذا أعانه أو قام بأمره وتولى شؤونه، والولاية بالكسر هي السلطان، والولي اسم من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمور الخلق جميعا، والولي من الناس التابع والصديق والنصير وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة هو الذي عقد النكاح عليها[3]، ويقال أيضا ولي الشيء إذا قام به وهي تعني النصرة[4].

2- تعريف الولاية اصطلاحا:

وهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد[5].

---

[1] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ن، 2013، ص187.

[2] سورة البقرة، الآية 257.

[3] جمعة عبد المغني لطفي، موسوعة الأحوال الشخصية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د س ن، ص 455.

[4] العربي بختي، المرجع السابق، ص187.

[5] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1 أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 238.

وتكون من النسب والقرب كولاية الأبوة، كما هي تنفيذ الأمر على الغير شاء أم أبى فتمنح لصاحبها بهذا المفهوم القدرة على مباشرة التصرف بالشيء محل الولاية تصرفا نافذا.[1]

وتكون على نفس الطفل الذي لا يستقل بأموره، وهي لتربيته وتدبير شؤونه بما يصلحه والبعد به عن كل ما يضر به، وتكون هذه السلطة الشرعية على نفس القاصر أو على ماله.[2]

وهناك من عرفها بأنها: "هي صفة لحالة توجد بشخص عديم الأهلية الشرعية، تقتضي تعيين شخص آخر ولي عليه للعناية بشخصه وحياته فيما يحتاج إليه وليمثله في الأعمال القضائية، وتوجد متى مات أبو الطفل في رأي الإمام مالك وأبوه وجده عند الأئمة الثلاثة الآخرون. [3]

3- تعريف الولاية قانونا:

عرفتها المادة 81 ق أ ج، أنها سلطة قانونية تمنح لشخص معين للقيام بالتصرفات القانونية لحساب شخص آخر وقد تكون ولاية على النفس أو المال[4].

أو كما عرفها البعض بأنها: سلطة تمكن صاحبها من مباشرة التصرفات والعقود وترتب آثارها عليه دون توقف على رضا الغير[5].

المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للولاية بل اكتفى ببيان أحكامها في ق.أ.ج، فالولاية سلطة بموجب القانون يقرر بشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر

---

[1] العربي بختي، المرجع السابق، ص 187.

[2] المرجع نفسه، ص 187.

[3] المرجع نفسه، ص 187-188.

[4] بدران أبو العينين، الفقة المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج 1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، ص 312.

[5] علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن، ص320.

غير كامل الأهلية وتبين المادة 87 من نفس القانون كيفية انتقال ولاية الأولاد القصر من الأب إلى الأم بعد وفاته، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تقتصر ولاية الأم على الأمور المستعجلة[1].

وهي ثابتة للأفراد بصفتهم أشخاص لا حكاما والقاعدة أن الولاية الخاصة مقدمة على العامة إذا تعلق بأمر واحد، فأقارب المرأة مثلا أولى بعقد نكاح المرأة من القاضي أو الولي أو الحاكم[2].

وتكون بتسليط من الشارع ابتداء كولاية الأب والجد على الصغير، أو بتسليط من الأصيل كالوصاية والقوامة[3].

ثانيا: تقسيمات الولاية

وللولاية عدة تقسيمات فعند المالكية ولاية خاصة وتعرف بالنسب وولاية عامة وهي ولاية الدين عند تعذر الولاية الخاصة[4].

– الولاية الخاصة: وهي نوعان ولاية على النفس ولاية على المال وتثبت لأشخاص معينين كالأب ووصيه والقرابة العصبة.

– الولاية العامة: وتثبت بالإسلام وتشمل الولاية على النفس وعلى المال وتتمثل في سلطة التصرف في مال الغير وتثبت على القاصرين ممن هم دون سن البلوغ من الذكور والإناث كالصغار والمجانين والمعتوهين والمتخلفين عقليا والسفهاء والغائبين والمسجونين[5].

---

[1] حكيم مرطة، ولاية الأم على أبنائها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015– 2016، ص 12.

[2] حكيم مرطة، المرجع السابق، ص 130.

[3] العربي بختي، المرجع السابق، ص 188.

[4] المرجع نفسه، ص 188.

[5] المرجع نفسه، ص ص188– 189.

أما الولاية من حيث مصدرها فتكون إما ولاية أصلية أو مكتسبة:

– الولاية الأصلية وهي التي تثبت للإنسان ابتداء، فهي ولاية بحكم الشرع كولاية الأب على أبنائه[1].

– الولاية المكتسبة وهي التي يستمدها الشخص من غيره كولاية الوصي والقيم والقاضي، فالوصي يستمدها من الأب أو ممن ولاه، والقاضي يستمدها من الحاكم وكلاهما نائب عن ولاه، وتسمى أيضا ولاية نيابية[2].

– أما الولاية من حيث سببها فتكون من ناحية القرابة، القضاء، الاتفاق، الملك، الولاء، الإمامة.

- القرابة: وهي سبب لولاية الأب أو الجد ووصييهما باعتبار انه يحل محلهما ويقوم بالتصرفات بدلا منهما[3].
- القضاء: سبب في ولاية القاضي لأنه كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «السلطان ولي من لا ولي له»[4].
- الاتفاق: كولاية الوكيل عن موكله[5].
- الملك: كولاية السيد المالك على عبده.
- الولاء: كولاية السيد على معتوقه.

[1] سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنصر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 98.

[2] هشام بن جدو، سلطة الولي على أموال القاصر، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020، ص 8.

[3] سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص 98.

[4] هشام بن جدو، المرجع السابق، ص 8.

[5] المرجع نفسه، ص 3.

- الإمامة: لأنه كما سبق فإن السلطان ولي من لا ولي له[1].

وتثبت الولاية على المال وهي للأب ووصي الأب ووصي وصيه والجد العصبي وإن علا ووصي الجد العصبي ووصي وصيه والقاضي ووصيه بهؤلاء دون غيرهم[2].

وتكون للقاضي أو الحاكم أو الإمام حيث لكل واحد منهم ولاية عامة على من يتولى أمره ممن لا ولي خاص به، ومن ثم قيل أن القاضي ولي من لا ولي له. [3]

الفرع الثاني: شروط الأولياء وترتيبهم

حتى يتمكن الولي من القيام بجميع التصرفات التي تسمح له بالحفاظ على مصالح القاصر لابد من توفر مجموعة من الشروط، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال الشروط الواجب توافرها فيهم (أولا)، وترتيبهم (ثانيا).

أولا: شروط الولي:

تنصب الولاية على إدارة أموال القاصر واستثمارها لذلك يشترط في الولي جملة من الشروط وبالرجوع إلى تقنين الأسرة الجزائري فإنه أغفل ذكر الشروط الواجب توافرها في الولي وبذلك نرجع للفقه الإسلامي والعودة لنص المادة 222 من ق.أ.ج[4].

---

[1] هشام بن جدو، المرجع السابق، ص 9.

[2] العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص238.

[3] جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر،2006، ص 15.

[4] باديس ديلمي، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند ولحاج، البويرة، الجزائر، 2015، ص 46

- **كمال الأهلية:**

والتي تعني أن يكون الولي عاقلا بالغا رشيدا غير محجور عليه[1]، ولا تشوب أهلية اخذ العوارض التي تؤثر عليها بإنقاصها أو انعدامها كما يشترط أن لا تعتري أهلية صانع مكن موانعها[2].

وتسلب ولاية الولي بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية، فهذا الحكم يعتبر مانعا من موانع الأهلية، حيث يجدر حجرا قانونيا ويمنع من التصرف في أمواله والأموال التي هو موكل بالتصرف فيها[3].

- **الأمانة:**

يشترط في الولي أن يكون أمينا عادلا غير مبذر ويقصد بالأمانة أن لا يكون الولي فاسقا يرتكب أمورا يخشى منها على مال القاصر[4]، حيث نص عليها المشرع الجزائري في المادة 93 ق أ ج " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة.

[1] جمعة (هلباوي سمحاوي)، الأهلية وعوارضها، دار الهدى، الجزائر، د س ن، ص65.

[2] أسماء بن جامع ، رحماني منصور، "ولاية الأم على مال القاصر بين الإطلاق والتقييد"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد2،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2020، ص148.

[3] تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل من حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي .

[4] جميلة موسوس ، المرجع السابق، ص39.

- **اتحاد الدين:**

يتشرط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه القاصر أي يجمعها دين واحد[1].

وبالرجوع غلى فقهاء الشريعة الإسلامية نجد لا يثبتون ولاية الكافر على المسلم ويثبتون ولاية المسلم على الكافر إلا في ولاية الزواج وعليه فإن الأم الكافرة تفقد حقها في الولاية على أمال القاصر المسلم فإذا اجتماعات الولاية والحضانة في يد الأم تثبت لها الحضانة دون الولاية حفاظا على مصلحة المحضون [2] قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمۡ فَإِن كَانَ لَكُمۡ فَتۡحٞ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓاْ أَلَمۡ نَكُن مَّعَكُمۡ وَإِن كَانَ لِلۡكَٰفِرِينَ نَصِيبٞ قَالُوٓاْ أَلَمۡ نَسۡتَحۡوِذۡ عَلَيۡكُمۡ وَنَمۡنَعۡكُم مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۚ فَٱللَّهُ يَحۡكُمُ بَيۡنَكُمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِۗ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلٗا ﴾[3].

- **العدالة:**

الامتثال لأحكام الشرع وعدم ارتكاب الفواحش لأن الفاسق غير مؤتمن، وأن تكون الأفعال والأقوال على استقامة ملازمة للتقوى، متبعة لأوامر الله ومحبة فيما نهى عنه. [4]

[1] زبيدة أقروفة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة مقارنة)، د ط، دار الأمل للنشر، الجزائر، 2014، ص45.

[2] أسماء بن جامع، منصور رحماني، المرجع السابق، ص 149.

[3] سورة النساء، الآية 141.

[4] كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية_الوصاية_الحجر_الغيبة_المساعدة القضائية) لاختصاص والإجراءات والقرارات منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 301.

- **أن لا يكون الولي سفيها:**

ويقصد بالسفه تبذير المال على غير مقتضى الشرع والعقل، والمبذر يخشى منه على مال القاصر ومثال ذلك التردد على دور القمار واللهو والفسق والإسراف والنفقة على أصدقاء السوء[1]، وهذا ما يؤدي بالإضرار بالذمة المالية للقاصر[2].

- **القدرة على القيام بمهام الولاية:**

وهناك رأيين للفقهاء بخصوص هذا الشرط، الرأي الأول بالنسبة للشافعية والمالكية يشترط كل منهما القدرة على القيام بمهام الولاية، نظرا لما تقتضيه طبيعة الولاية، لأن العاجز في نظرهم يكون غير قادرة على القيام بأموره بنفسه فكيف بغيره، وهذا ما يتنافى مع مصلحة المولى عليه[3]، الرأي الثاني يرى جمهور الفقهاء جواز الوصاية للعاجز عن القيام بمهام الوصاية ويعين له القاضي من يساعده[4]، واستدلوا أن العاجز إذا كان من هل الولاية والأمانة يصح له الإيصاء[5].

- **الحرية:**

يرى الشافعية أن الحرية شرط من شروط الولي كون العبد لا يمنه التصرف في مصالحه إلا بإذن سيده، ولأنه لا يمكنه حفظ أموال غيره فهم لا يجيزون الولاية إلى العبد.[6]

---

[1] بيبة بن حافظ، "الولاية الأصلية على مال القاصر"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 31، العدد1، قسنطينة، الجزائر، جوان 2020، ص 262.

[2] المرجع نفسه، ص 262

[3] المرجع نفسه، ص 262.

[4] أحمد عيسى، "الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مال القاصر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، ص 86.

[5] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص 262.

[6] المرجع نفسه، ص 261.

أما الحنفية فذهبوا إلى جواز ولاية العبد بإذن سيده لأنه أهل للرعاية على المال واستدلوا في رأيهم على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الخادم في مال سيده راعٍ وهو مسؤول عن رعيته»، فهم اشترطوا إذن سيده وليس لسيده الرجوع بعد الرضا[1].

ثانيا: ترتيب الأولياء

بالنسبة للولاية على المال رتب الفقهاء الأولياء كما يلي:

عند الحنفية، تثبت الولاية على مال القاصر بثمانية أشخاص هم الأب ثم وصيه، فوصي وصيه، ثم الجد فوصيه، فوصي وصيه، ثم القاضي فوصيه، وليس لم سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم من ولاية التصرف في مال القاصر لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة[2].

عند المالكية: الولاية حسبهم تثبت للأب فوصيه ثم وصي الوصي وإن بعد، ثم للحاكم وجماعة المسلمين، وأما غير هؤلاء من أم أو أخ أو عم أو غيرهم من العصبات فلا ولاية لهم على مال القاصر. [3]

عند الشافعية: الولاية عندهم تثبت للأب ثم للجد وإن علا، وقدما على غيرهما فإن لم يوجد الأب ولا الجد فلمن يوصى إليه الموجود فيهما لأنه نائب عنهما فقدم على غيره ثم لوصي الوصي، فإن لم يوجد الوصي ولا وصيه، فللقاضي أو وصيه لأن الولاية انقطعت من جهة القرابة ولا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم[4].

---

[1] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص 261.

[2] وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2013، ص 13-14.

[3] فرس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا للقضاء الشرعي جامعة الخليل فلسطين، 2008، ص 93.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1986، ص 750.

عند الحنابلة: تثبت للأب ثم وصيه في المقام الأول، ثم للقاضي أو من يقيم مقامه، ولم يثبت الولاية للجد لأنها انقطعت من جهة الأب بفقده أو عدم صلاحه لأنه لا يدلي القاصر بنفسه، بل يدلي إليه بواسطة الأب فاعتبر كالأخ. [1]

أما الولاية على الشخص القاصر فكان ترتيب الفقهاء كالآتي:

عند الحنفية: يشترط ترتيب أولياء النفس عندهم أمران، الأول هو العصبة سواء قريبة أو بعيدة، والثاني قرب القرابة فيقدم الأقرب على الأبعد سواء كانت العصبات أو غيرها، فالولاية عندهم هي ولاية إجبار فقط تثبت لأقارب العصبة كالآتي: البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومة ثم السلطان. [2]

عند المالكية: تثبت ولاية الإجبار عندهم للسيد المالك والأب، أما ولاية الاختيار فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة، ثم الأخوة، ثم الجدودة، فالكافل فالقاضي ثم أحد من عامة المسلمين[3].

عند الشافعية: الولاية على النفس عندهم للأب ثم الجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق أو لأب ثم لابن كل واحد منهما وإن نزلا، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن كل واحد منهما، ثم المعتق ثم السلطان[4].

عند الحنابلة: تثبت الولاية للأب ثم أبوه وإن علا، أي الجد العصبي الذي لا تفصل بينه وبين القاصر أنثى، ثم الابن وإن نزل ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم أولادهم وإن نزلوا، ثم

[1] باديس ديلمي، المرجع السابق، ص 49.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 747.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1950، ص 131.

[4] محمد محدة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000، ص 235.

العمومة ثم عمومة الأب، ثم المعتق وعصبته فالسلطان ووكيل كل من واحد من هؤلاء يقوم مهامه[1].

غير أن قانون الأسرة وحسب المادة 87 من ق.أ.ج أثبت الولاية للأب في المقام الأول ثم تحل الأم محله قانونا، لكن يستثنى من هذا الترتيب حالتين يكون فيهما حكم الولاية على النفس للقاضي، الأولى حالة الطلاق حيث يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة، والثانية هو تزويج القاصرة فيكون وليها أبوها فأحد الأقارب الأولين. [2]

إلا انه بالرجوع إلى المادة 87 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم ولا ولاية للجد حسب هذه المادة، ويكون بذلك خالف المذاهب الإسلامية، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 187692 الصادر بتاريخ 1997/12/23م[3].

المطلب الثاني: مفهوم القاصر

المعهود في الولاية على أنها التصرف في شؤون القاصر وذلك نظرا لعدم استطاعة القاصر مباشرة التصرفات في نفسه ولحسابه[4]، وبالتالي يتعين علينا في هذا المطلب التطرق للتعريف بالقاصر وحكم مختلف تصرفاته (الفرع الأول)، والإشارة إلى مدى إمكانية القاصر مباشرة بعض التصرفات لضمان سير مختلف مصالحه (الفرع الثاني).

[1] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص 50.

[2] المرجع نفسه، ص 51.

[3] قرار المحكمة العليا غ أ ش، م ق، ع01، 1997، ص 53.

[4] نعيمة لبوخي ووردة بركات، الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة المسيلة، 2021/2020، ص 19.

الفرع الأول: التعريف بالقاصر

نتناول فيه مختلف التعريفات الخاصة بالقاصر(أولا)، بالإضافة لتوضيح حكم مختلف التصرفات الصادرة عنه (ثانيا).

أولا: تعريف القاصر

نتطرق فيه إلى مختلف التعريفات لغة، اصطلاحا، قانونا.

1- تعريف القاصر لغة:

القاصر بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عاجزا والقصور من التقصير والعجز[1]، والقاصر العاجز عن التصرف السليم[2].

ويقال قصرت عن الشيء قصورا من باب قعد عجزت عنه[3].

والقاصر من الوراثة من لم يبلغ ن الرشد [4]، والقاصرة الفتاة التي لم تبلغ سن الرشد. [5]

2- تعريف القاصر اصطلاحا:

القاصر هو الذي لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقدها كغير المميز أم ناقصها كالمميز[6].

[1] محمد رواس قلعلجي، معجم لغة الفقهاء، ج1، ط2، دار النفائس، بيروت، 1988، ص 273

[2] المرجع نفسه، ص354.

[3] أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن، ص 505.

[4] المعجم الوجيز، معجم اللغة العربية، د ب ن، 1989، ص 504.

[5] المجمع الوسيط، معجم اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص 739.

[6] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص843.

وعلى هذا النحو يكون فاقدا للأهلية الصغير غير المميز، المجنون والمعتوه والذي فقد الإدراك، أما ناقص الأهلية فهو الصغير المميز أو دو الغفلة أو السفيه. [1]

3- تعريف القاصر قانونا:

لم يرد تعريف القاصر في القانون الجزائري المشرع اكتفى بالإشارة إليه في عدة نصوص[2] منها المادة 79 ق م ج والتي تنص على أنه" يسري على القصر والمحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصوها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"[3].

ومن خلال هذه المادة المشرع الجزائري استعمل مصطلح القاصر والتي تدل على صغر السن و بالتالي فالقاصر هو كل شخص لم يبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 ق م وهو 19 سنة كاملة[4].

ثانيا: حكم تصرفات القاصر

قد يحدث ويباشر القاصر بعض التصرفات القانونية بنفسه هذه الأخيرة أخضعها المشرع لأحكام خاصة حتى لا يكون القاصر عرضة للإستغلال إذا قام بتصرفات تضر به وتفقر ذمته المالية[5].

---

[1] سيليا مسعودان، صبرينة سلاماني، إدارة وبيع أموال القاصر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015- 2014، ص 14.

[2] المرجع نفسه، ص15.

[3] الأمر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج رع، 78 الصادرة بتاريخ 1975/08/30، معدل ومتمم بموجب الأمر قانون، رقم 07-05 المؤرخ في 3 مايو 2007، ج ر ع، 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

[4] أمال مخلخل، دور قاضي شؤون الأسرة في المحافظة على أموال القصر في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، قانون خاص، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2019، ص11.

[5] باديس ديلمي، المرجع السابق، ص43.

حيث نصت المادة 82 ق أ ج على أنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر نسبة طبقا للمادة 42 ق م تعتبر جميع تصرفاته باطلة"[1].

فالمشرع الجزائري اعتبر جميع تصرفات القاصر غير المميز باطلة ولو كانت نافعة له نفعا محضا[2].

أما فيما يخص تصرفات القاصر المميز المشرع الجزائري بينها حسب ما يلحقه بسببها من نفع أو ضرر حسب ما نصت عليه المادة 83 ق أ ج: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافدة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

– التصرفات النافعة نفعا محضا وهي التي تترتب عليها اغتناء الذمة المالية للقاصر دون عوض كقبول الهبة فالقاصر يمكن مباشرتها بنفسه ويعتبر كأنه عامل الأهلية ولا مصلحة للصبي في أبطالها ولا تتوقف على إجازة أحد[3].

– التصرفات الضارة ضررا محضا: وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار الذمة المالية للقاصر دون مقابل فتعتبر باطلة بطلانا مطلقا ويعتبر القاصر المميز عديم الأهلية.

– التصرفات الدائرة بيع النفع والضرر: وهي التصرفات التي تحتمل النفع كما تتحمل الضرر كعقد البيع والإيجار والرهن[4] والتأمين وغيرها من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة

[1] باديس ديلمي، المرجع السابق، ص44.

[2] وسام قوادري، المرجع السابق، ص63.

[3] باديس ديلمي، المرجع السابق، ص 45.

[4] المرجع نفسه، ص45.

التي تحتمل الربح كما تحتمل الخسارة وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري وفي المادة 83 منه على أنه تتوقف تصرفات القاصر المميز الدائرة بيع النفع والضرر على إجازة الولي أو الوصي[1].

الفرع الثاني: ترشيد القاصر

حدد سن الرشد 19 سنة كاملة حسب المادة 2/40 ق م ج غير انه قد يحصل ترشيد القاصر قبل إكماله 19 سنة، وهذا عن طريق إجراء لكن قانون الأسرة لم يتعرض أصلا لهذه الحالة رغم أنها واردة في الشريعة وعليه يكون الرجوع إليها عملا بحكم المادة 222 ق أ ج[2] حيث أنه يستفيد من الترشيد مبدئيا كل قاصر ذكر أو أنثى لمبلغ سن 19 سنة وأكثر من 16 سنة هو أهلا لتصرف في ماله وحسب الشريعة الإسلامية فإن الزواج يرشد القاصر في حالة ما يرخص القاضي بالزواج قبل بلوغ سن الزواج المقررة قانونا حسب م 7 ق أ ج[3] ومن أمثلة التصرفات التي يقوم بها الزوج المرشد دفع صداق الزوجة ويعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تتوقف على إجازة الولي غير أنه إذا كان الصداق مبالغ فيه يقوم الولي بإنقاصه إلى صداق المثل[4] أما عن الزوجة فلها كامل الحرية في قبض مهرها والتصرف فيه طبقا لنص المادة 83 ق أ ج[5] أما إجراءات الترشيد فيتم ترشيد القاصر بناء

[1] باديس ديلمي، المرجع السابق، ص 45

[2] الغوثي بن محلة، قانون الأسرة على ضوء الصفحة والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2005، ص199.

[3] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 200.

[4] عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، 2014،2015، ص135.

[5] أسماء بن جامع ، منصور رحماني، المرجع السابق، ص160.

على تصريح من الأب أو الأم أو الولي أو الوصي والقاضي يصدر حكمه بترشيد القاصر مسبب بعد إجراء التحقيق[1].

هذا عن استفادة القاصر من الترشيد وإجراءاته فما عن آثاره؟ يرفع الترشيد عن القاصر نقصانه للأهلية ويرفع الولاية عن نفسه وماله، فالترشيد الصادر عن طريق القضاء ينتهي ببلوغ القاصر سن الرشد القانونية أو يكون محل إلغاء لمبرر أما الترشيد الحاصل بسبب زواج القاصر قبل سن الزواج القانونية هو غير قابل للإلغاء[2].

أما فيما يخص الترشيد في المسائل التجارية أجاز المشرع للقاصر البالغ من العمر 18 ممارسة أهل التجاري وفق شروط وأحكام حسب المادة 5 ق ت ج والتي نصت على أنه: " لا يجوز للقاصر المرشد ذكر أم أنثى البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي برمها من أعمال تجارية:

– إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أزو 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 أو في حال انعدام الأب والأم.

– ويجب كأن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري[3].

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص200.

[2] المرجع نفسه، ص200.

[3] الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، القانون رقم 15–20 كالمؤرخ في 18 ربيع أول عام 1437 الموافق لـ 30 ديمسبر سنة 2015، ج ر، رقم 71 ، مؤرخة في 30–12–2015.

المبحث الثاني: ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر

في حالة حضانة الأم لأبنائها تثار إشكالية مسألة ولايتها عليهم والقيام بجميع التصرفات القانونية لضمان حقوقهم، هذا ما سنحاول شرحه من خلال التطرق إلى مفهوم الحضانة (المطلب الأول)، وممارسة الأم بصفتها حاضنة الولاية على أبنائها القصر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

الحضانة أثر من آثار فك الرابطة الزوجية وتعد من بين المسائل التي يستفسر حولها الكثير من الناس نظرا لأهميتها باعتبارها تتعلق بمصير الأولاد، هذا ما سنحاول شرحه من خلال تعريفها وإبراز الشروط الواجب توفرها في الأم لأجل إسناد الحضانة لها (الفرع الأول)، والتطرق إلى مسقطاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالحضانة

نتناول في هذا الفرع تعريف الحضانة (أولا)، والشروط الواجب توافرها في الأم الحاضنة (ثانيا).

أولا: تعريف الحضانة

1- تعريف الحضانة لغة:

مأخوذة من الحضن، وهو الجنب، وهي الضم إلى الجنب[1].

والحضانة مصدر الفعل حضن، والحضن بالكسر ما دون الإبط إلى الكشح او الصدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته، جمعهم أحضان، وحضن الصبي

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر،2007 ، ص356.

حضنا –بالكسر– جعله في حضنه أو رباه كاحتضانه وحضن الطائر بيضه حضنا وحضانة –بالكسر– رخم عليه للتفريخ. [1]

2– تعريف الحضانة اصطلاحا:

تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها[2].

وعرفها الشافعية أنها تربية من لا يستقل في أموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيرا مجنونا كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام[3].

– أما الحضانة عند الحنابلة فهي حفظ الصغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه[4].

3– تعريف الحضانة قانونا:

نصت عليها المادة 62 ق أ ج على أنها: رعاية الطفل وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ثم إضافة في الفقرة الثانية قولها: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[5].

المشرع الجزائري أحسن في تعريفه للحضانة من خلال احتوائه على أسبابها وأهدافها فشمل حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية لذلك على القاضي عندما يحكم

[1] أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، ج الثالث والرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1431هـ 2010م، ص 9.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 392–393

[3] أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص10.

[4] المرجع نفسه ص 10.

[5] المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

بالطلاق ويفصل في حق الحضانة والزيارة أن يراعي هذه العناصر كلها ومن أهمها حاجيات المحضون ومصلحة فإذا أغفل القاضي بيان مصلحة الطفل بدقة ووضوح في حيثيات حكمه يمكن أن يكون معيبا بنقص أو عدم كفاية التسبيب ويتعرض للإلغاء[1].

ثانيا: شروط إسناد الحضانة للأم

قبل ذلك نتطرق لشروط العامة الواجب توفرها في الحاضنة:

– البلوغ: الحضانة مهمة شاقة، لا يتحمل تبعاتها ووظائفها إلا الكبار[2].

– العقل: فلا يمكن إسناد الحضانة لمعتوهة أو مجنونة لا تستطيع القيام بشؤون الولد بل يخشى عليه منها الهلاك[3].

– السلامة من الأمراض المعدية، فلا حضانة لمن له مرض معد كالجذام والبرص لأنه يخشى انتقالها للمحضون[4].

– الأمانة: فيجب أن تكون الحضانة أمنية على المحضون وتربية فتكون أمنية على نفسه وأدبه وخلقه[5].

– أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبا كالخالة والأخت والعمة والجدة فلا حضانة لغير القرابة النسبية، فالمحارم من الرضاع العم والأخت لا حضانة لهن ولا حضانة للقريب غير

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص139.

[2] محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص491.

[3] أحمد محمد على داوود، المرجع السابق، ص21.

[4]محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجة، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1431هـ، 2010، ص 390

[5] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق ص 21.

المحرم كبنت العم أو بنت العمة، فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب[1].

بالإضافة إلى هذه الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضنة هناك شروط أخرى الواجب توافرها في الأم خاصة وهي كالآتي:

– أن لا تكون الأم الحاضنة زوجة لغير محرم الصغير لان الزوج الأجنبي عادة لا يعطف على الصغير ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة[2].

– أن لا تكون الأم قد امتنعت عن الحضانة مجانا عند إعسار الأب لأن الأب أن وجد الحاضنة المشرعة سقط حق الأم في الحضانة معاوضة لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله[3].

– أن لا تحضنه في بيت من يبغضه لان ذلك يؤدي لإضرار بالطفل[4].

– أن لا تكون الأم الحاضنة فاسقة فاجرة فجورا يضيع الولد معه ففي المذهب الشافعي جاء في المهذب: لا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها إنما جعلت لحظ الولد ولاحظ للولد في حضانة الفاسق لأنه ينشئ على طريقته[5].

وفي المذهب الحنفي، جاء في الفتاوى الهندية، أحق الناس بحضانة الصغير حال قيام النكاح أو بعد الفرقة الأم إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة غير مأمونة[6].

---

[1] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 492.

[2] المرجع نفسه ، ص 492

[3] المرجع نفسه، ص 493

[4] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 391.

[5] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص21

[6] المرج نفسه، ص21.

– اتحاد الدين بين الأم الحاضنة والصغير حتى لا تلقنه دينها[1].

– قدرة الأم على رعاية المحضون وحفظه وصيانته[2].

الفرع الثاني: مسقطات الحضانة للأم على أبنائها القصر

قد تسقط حضانة الأم على أبنائها القصر، فتنتقل الحضانة للذي يليه في الدرجة فهناك مسقطات إجبارية (أولا) ومسقطات اختيارية[3].

أولا: المسقطات الإجبارية

إن حق الحضانة الذي تحصل عليه الأم قد يسقط عنها جبرا في بعض الحالات وذلك في حالة تخلف أحد الضوابط التي نص عليها القانون والتي يمكن حصرها فيما يلي:

1- سقوط الحضانة عند اختلال أحد شروطها فيسقط حق حضانة الأم إذا اختلت شروط الحضانة وهذه الشروط حددتها المادة 62 من قانون الأسرة، كما يسقط أيضا بالإخلال بالواجبات المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون وهذا بحسب المادة 1/67 والمادة 3/67 قانون الأسرة[4].

2- زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم: الملاحظ أن هنا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الشرعية الإسلامية إن منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة

[1] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 391.

[2] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص248.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص141.

[4] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص187.

حتى ولو بالقريب المحرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون.

وقد نصت على هذا السبب المادة 66 قانون الأسرة الجزائري: « يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم »[1].

3- من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون[2].

ثانيا: المسقطات الاختيارية

هناك أيضا مسقطات اختيارية للحضانة والتي يعود سبب سقوطها إلى تصرف الأمر بإرادتها المنفردة مما يضر بمصلحة المحضون، وفي هذه الحالة لا مفر من تطبيق القيد والأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون[3]، حيث تتمثل فيما يلي:

1- تنازل الأم الحاضنة عند حقها في الحضانة فقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذا السبب لاختلافهم في اعتبار الحضانة حق للمحضون أم حق للحاضن أم أنها حق لكل من الحاضن والمحضون.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا السبب ونص عليه في المادة 66 ق.أ ج، وقد قيد الأخذ به بعدم الإضرار بمصلحة المحضون[4].

---

[1] بلقاسم أعراب ، "مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، معهد القانونية، جامعة باتنة، 1994، ص49.

[2] العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 "ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة"، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص334.

[3] زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005، ص478.

[4] بلقاسم أعراب ، المرجع السابق، ص52.

2- عندما يصبح للأم الحاضنة ولاية على المحضون كان لزاما عليها حمايته وذلك بالقيام بشؤونه والتركيز على نشأته نشأة سليمة وبتالي فإن سفر الأم وانقطاعها لمكان بعيد وهو مقدار (ستة برد فأكثر حوالي 132 كلم) فلو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر فللولي أخذ المحضون وبذلك تسقط منها الحضانة وهذا ما ذهب به المالكية[1].

3- عدم مطالبة الأم الحضانة لمدة سنة دون عذر يسقط حقها في الحضانة حتما حسب ما نصت عليه المادة 68 ق.أ.ج[2].

المطلب الثاني: ثبوت الولاية للأم الحاضنة على أبنائها القصر وحالات ممارستها عليهم

من المتعارف عليه أن الأب من يتولى تسيير جميع أبنائه القصر في جميع التصرفات القانونية وتوفير الحماية اللازمة لهم، إلا أنه كحالة استثنائية قد تقوم الأم الحاضنة بممارسة هذا الدور هنا ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق إلى مسألة ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها (الفرع الأول)، وحالات ممارستها لهذه الولاية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

يرى معظم الفقهاء أن للأم ولاية على أطفالها الصغار بعد وفاة والدهم، وأن هذه الولاية ثابتة للأم على غرار الجد والد الأب لكي تتحمل مسؤولية هؤلاء الصغار وقد اعتمدوا على إثباتها على مجموعة من الأدلة والتي من بينها طائفة العمومات التي يستدل بها على إثبات ولاية عدول المؤمنين مثل الآيات والروايات الدالة على الأمر بالعدل والإحسان والخير وفعل المعروف فإنها كما تمثل الأب تمثل[3] الأم مثل قوله تعالى: « ويأمرون بالمعروف

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص360.

[2] الغوثى بن ملحة، المرجع السابق، ص136.

[3] حكيم مرطة، المرجع السابق، ص45.

وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات »[1]، وقوله أيضا: « وتعاونوا على البرد والتقوى»[2].

وبالتالي فإن هذه العمومات تشمل الأم أيضا، فإن سلوك الأم الأمينة المدبرة الهادفة برعاية أولادها إلى القيام بما يقوم به جدهم والد أبيهم من احتضانهم وحمايتهم وحفظهم، وحفظ أموالهم وأبدانهم وحقوقهم، فهذا السلوك منها مصادق للبر والإحسان والمعروف[3].

كما اعتمدوا أيضا في أدلتهم في إثبات ولاية الأم على آيات مال اليتيم وحيث أنه من ميزات هذه الآيات عموميتها وشمولها للأم وهي قوله تعالى: « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده، وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون »[4].

وقوله تعالى: « وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلاَحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاء اللّهُ لأعْنَتَكُمْ إِنَّ اللّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ »[5].

أما المشرع الجزائري فقد اثبت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر وذلك بموجب نص المادة 87 ق. أ فإن الأم في هذه الحالة ليست بحاجة إلى قرار من المحكمة لأجل منحها حق الولاية.

[1] سورة آل عمران، الآية 148.

[2] سورة المائدة، الآية 7.

[3] حكيم مرطة، المرجع السابق، ص46.

[4] سورة الأنعام، الآية 152.

[5] سورة البقرة، الآية 220.

الفرع الثاني: حالات ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر

نصت عليها المادة 87 ق.أ والمتمثلة في ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر في حالة طلاقها من زوجها (أولا) أو في حالة وفاة الأب(ثانيا).

أولا: ولاية الأم الحاضنة الولاية على أبنائها في حالة الطلاق

تنص المادة 87/ 3 ق.أ « وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد »[1].

أقرت المادة بمنح الولاية للأم على أبنائها القصر في حالة الطلاق إذا منحت لها الحضانة، وذلك بموجب حكم قضائي، فهي ولاية قضائية، لكنها شاملة أي نفسية ومالية، بالرغم من وجود الأب حيا، ودون وجود مانع يمنعه من مباشرة أعماله الولائية، لكن رأي المشرع الجزائري أنه السبيل لوضع حد للمشاكل التي تواجهها الأمهات الحاضنات[2].

وحسن فعل المشرع الجزائري، نظرا لما تجده الأمهات الحاضنات من تعسف الآباء وامتناعهم أو مماطلتهم في أداء أعمالهم الولائية لا لشيء إلا للخلاف بينهم والانتقام عبر الأولاد، أو كون الآباء يقيمون في مواطن بعيدة مما يصعب الأمر على الأم الاتصال بهم في كل أمور الأولاد.

وهو ما انتهجته المحكمة العليا عندما أقرت بأن إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها خرق للقانون[3].

---

[1] المادة 87 ق.أ، مرجع سابق.

[2] إيمان حيدوسي، "ولاية الأم على أبنائها القصر"، مجلة العلوم الإنسانية، ع30، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ديسمبر 2018، ص335.

[3] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص335.

ثانيا: ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في حالة وفاة الأب

تنص المادة 1/87 ق.أ: « يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا »[1].

بموجب هذا النص أقر المشرع الجزائري مبدأ يعتبر الأصل شرعا هو أن الولاية حق للأب باعتباره ربا لأسرته فمنحه ولاية تامة على أولاده القصر أي النفسية والمالية فذلك لأنه أحرص الناس على مصالح أولاده ومستقبلهم، ولكن في حالة وفاة الأب أقروا منح المشرع الجزائري حق الولاية للأم محل الأب وإسوة به.

كما جعل المشرع من ولاية الأم في هذه الحالة ولاية قانونية، أي بمجرد وفاة الأب تنتقل إليها الولاية دون حاجة لاصدار حكم قضائي من أجل إقرارها أي جعلها أيضا ولاية نفسية ومالية على الولد القاصر شأنها في ذلك شأن ولاية الأب[2].

[1] المادة 87 ق، أ، مرجع سابق.

[2] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص334.

خلاصة الفصل:

نخلص من خلال دراستنا لهذا الفصل أن الولاية على القاصر نظام بينت فيه الشريعة الإسلامية أحكامها حتى تصون نفس ومال الصغير وتبنى المشرع الجزائري هذا النظام مستمدا قواعده ونصوصه منها، غير انه وبسبب التطور الحاصل في البنية الأسرية للمجتمع الجزائري كان لزاما على الأم الحاضنة تولي مهمة ممارسة ولايتها على أبنائها القصر كونها الأقرب لهم في هاته المرحلة الحساسة والأدرى بمصلحتهم والتي تكون في حالتين وهما: حالة طلاقها من زوجها وحالة وفاة الأب.

الفصل الثاني:

نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

نظرا لنقص قدرات القاصر وتفكيره المحدود فإن حقوقه ومصالحه يتم إدراكها من طرف الغير، لذلك كان لزاما على الأم الحاضنة أن تقوم بممارسة سلطة حفظ وصيانة أمواله وضمان حقوقه الشخصية، وذلك في حالة عدم وجود الأب بسبب الطلاق أو الوفاة بحسب ما نصت عليه المادة 87 ق أ ج، وهذا ما سنحاول الإشارة إليه في هذا الفصل من خلال تبيان الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر (المبحث الأول) والولاية على المال للام الحاضنة على أبنائها القصر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر

الولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، وهي القيام بالإشراف على مصالحه فيما يختص بنفسه من ولاية حتى بلوغه ويدخل في نطاق الولاية على النفس ثلاثة أنواع: الحفظ والرعاية، وولاية التربية والتأديب وأخيرا ولاية الترويج[1].

لاشك أن طبيعة ظروف القاصر تستوجب رعايته، رعاية كاملة بحسب عمره وتسلسل فترات حياته لما به من عجز عن تنظيمها ولذلك فهو بأمس الحاجة إلى نائب يتولى عنه القيام بذلك وهنا ما يعرف بالولاية على النفس والتي تمثل سلطان الولي المتعلقة بشخص المولى عليه وتشمل كل ما يحتاجه الطفل من رضاعة وحضانة وحسن تنشئة وصولا إلى تزويجه مما يدخل في الولاية على النفس[2]، هاته الرعاية الخاصة التي تمارسها الأم الحاضنة على أبنائها القصر، هذا ما سنحاول معالجته والتطرق له بالشرح والتفصيل من خلال مطلبين، (المطلب الأول) ولاية الحفظ، ولاية التزويج (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: ولاية الحفظ

إن الطفل منذ ولادته وحتى يبلغ أمثلة يمر بمراحل عمرية خلال فترة طفولته تحتم على الأم الحاضنة رعايته فيها وتنشئته تنشئة صحيحة وتسوية ذلك نتيجة لضعفه وصغر سنه وهنا ما سيتم توضيحه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى الحضانة والرضاعة في (الفرع الأول) وحسن تنشئته في (الفرع الثاني).

[1] عيسى أحمد، المرجع السابق، ص35.

[2] حسين طاهري، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص117.

الفرع الأول: الرضاعة والحضانة

إن أول ما يحتاجه الطفل بمجرد ولادته هو العناء، والذي يتم بواسطة الإرضاع من ثدي أمه ويعرف بالرضاعة (أولا) ثم تزداد حاجة الطفل إلى الرعاية لتشمل تربيته والسهر على حمايته وذلك في ظل ما يعرف بالحضانة (ثانيا).

أولا: الرضاعة

كفلت الشريعة الإسلامية للطفل الحق في الرضاعة بمجرد ولادته لمدة سنتين[1]، كاملتين لقوله تعالى: « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة»[2].

إن الرضاع هو الطريق الأساسي لحماية الطفل من الضياع لأنه في مرحلة الضعف الشديد لذلك يعتبر من أهم الواجبات الملقاة على الكبار اتجاه الصغار.

نص المشرع الجزائري في المادة 2/39 من قانون الأسرة 11/84 على أنه يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، غير أنه تم إلغاء هذه المادة بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، حيث لم يبرم المشرع الرضاعة ضمن نصوص هذا الأمر، وهنا لا يعني سقوط هذا الواجب على الأم الحاضنة أو الزوجة.

فلو عدنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 2/22 ق أ ج نجد أن أغلب فقهاء المذاهب الإسلامية يتفقون أن الرضاع واجب[3] على الأم الحاضنة ديانة، أي أنها تسأل أمام الله إذا امتنعت عن إرضاع ولدها[4].

---

[1] محمد عيد، محمود الصاحب، "حقوق الطفل ومسؤولية الوالدين: دراسة في السنة النبوية والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل"، مجلة الدراسات، م21، ع2، كلية علوم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2004، ص435.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] أحمد حماني، "حقوق الطفل في القرآن الكريم"، مجلة الصراط، ع2، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، 2000، ص285.

[4] المرجع نفسه، ص285.

ثانيا: الحضانة

إن الحضانة واجبة للصغير للقيام بحاجيات نفسه الأولية من أكل ولباس ونظافة، فإذا زال السبب زال الوجوب الذي انبنى عليه، ولقد اختلف الفقهاء حول المدة التي يستطيع أثناءها الصغير القيام بشؤونه وإلى متى تمت حضانته[1].

فذهب الحنفية إلى أنها تبدأ بولادة الصغير حيا ويبقى في حضانة من يستحقها إلى أن يبلغ حد الاستغناء عن خدمة غيره وهن النساء لما يتمتعن به من شفقة ورأفة، وحد الاستغناء حدد عن الحنفية بسبع سنوات للولد، وتسع سنوات للبنت، فإذا تعذر تحديد السن رجع إلى الصفات التي تحدد الاستغناء أو البلوغ فتكون عنصرا مساعدا في الكشف عن الحقيقة ومعرفة سن الولد أو البنت لانتهاء مدة الحضانة.

– أما الحنابلة فيرون أن مدة الحضانة تمت حتى يستغني الطفل عن الخدمة ويعتمد على نفسه في أكله وشربه ولباسه وقدروها بين السابعة للذكر والتاسعة للأنثى واستدلوا في ذلك بقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه " هي أحق حتى يشبّ "[2].

في حين يرى الشافعية أن حضانة الصغير تبقى مستمرة إلى غاية بلوغ المحضون[3] سن التمييز سواء كان ذكرا أو أنثى وهو سبع سنوات مع أحقية المادة في الحضانة[4].

أما فيما يخص المالكية فيردون أن مدة حضانة الذكر تستمر إلى أن يبلغ ولو بلغ مجنونا، أما حضانة الأنثى فتستمر إلى غاية زواجها، ويدخل بها الزوج بالفعل، ويشهد

[1] العربي بختي، المرجع السابق، ص263.

[2] بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص569.

[3] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص128.

[4] المرجع نفسه، ص128.

الشهود العمل على صلاح أمرها، فأن طلقت قبل الدخول عادت إلى أمها، كما يجب أن تقيم مع أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج[1].

أما المشرع الجزائري فقد كان له موقف آخر حيث نص في المادة 65 ق. أ ج: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم عند انتهاكها مصلحة المحضون"[2].

فيفهم من هذا النص أن الحضانة لها مدة معينة لا يمكن أن تستمر وقتا طويلا، كما أن المشرع قد فرق بين مدة حضانة الذكر والأنثى، وهنا شيء منطقي نظرا لتباين التكوين النفس والعقلي والجسدي لكل منهما، فقرر أن حضانة الذكر تنقضي مدتها بعشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج أي بلوغها سن 19 سنة طبقا لنص المادة 7 ق، أ، ج[3].

وأضف إلى ذلك أن في التشريع الجزائري حق المطالبة بحضانة الأولاد يكون قبل بلوغ السن المحددة ففي هذه السن تنتهي الحضانة بقوة القانون وهذا كأصل عام[4] إلا أنه بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري أورد استثناءا لهذا المبدأ وهو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون، وذلك وفق جملة من الشروط والتي تكمن فيما يلي:

- أن تكون الأم هي الحاضنة.

- أن لا تكون الأم قد تزوجت بغير محرم المحضون.

---

[1] العربي بختي، المرجع السابق، ص262.

[2] المرجع نفسه، ص 263.

[3] نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص25.

[4] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 296.

– أن يكون تمديد الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

وعلاوة على ذلك فإن هذا التمديد لا يكون إلا بقرار من المحكمة بناءا على طلب الأم الحاضنة دون سائر الحاضنين، ويخص المحضون الذكر دون الأنثى ولا يجوز لأي حاضن طلب تمديد أجل انتهاء مدة حضانة الفتاة مطلقا[1].

الفرع الثاني: حسن تنشئة الصغير

لا تكتمل جوانب حسن تنشئة الصغير إلا برعايته وتربيته (أولا) وتعليمه (ثانيا)، وحفظه وصيانته (ثالثا) وتأديبه (رابعا) وهنا ما سيتم تناوله فيما يلي:

أولا: رعاية وتربية الصغير

أكد الإسلام أن الطفل يولد صفحة بيضاء ولا يميز بين ما يضره وما ينفعه، لذلك وضعه أمانة بين أيدي أوليائه، فالطفل يتسم بالمرونة والقابلية للتشكيل والتأثر بالبيئة المحيطة به، لذلك لابد من إحاطته بالمؤثرات الإيجابية والمتمثلة في التربية الحسنة وإقامة علاقات اجتماعية سوية بمن حوله، ليقوم على حب إخوته وأصدقائه ووالديه، وتوفير الكبار وإكرام الضيف والإحسان إلى الجار[2]، مع الحرص على مراقبة أصدقائه والحث على حسن اختيارهم حتى لا ينجرف مع رفقاء السوء فيتعلم مكاسب الأخلاق[3].

هذا وقد نصت المادة 3/36 ق، أ، ج على أنه يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، ومن خلال نص هذه المادة يتضح أن حق الطفل في الرعاية يقع على عاتق الأولياء لما له من أهمية في تكوين الطفل وإعداده للحياة،

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص299.

[2] ليلى عبد الله سعيد، "حقوق الطفل في الأسرة: دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، ع3، جامعة الكويت، 1984، ص23.

[3] سامية منسي، المرأة وتنظيم الأسرة في الإسلام، دار الفكر العربي، دمشق، 1996، ص38.

فيكون واجب على الولي الاهتمام بتربية الولد تربية سوية ورعايته في صحته ونفسه وخلقه ودينه[1].

ثانيا: تعليم الصغير

إن الدين الإسلامي دين علم ونور، ولا دين جهل ظلام فأول ما نزل من الوحي على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كان أمرا بالعلم والقراءة[2]، لقوله تعالى: « اقرأ باسم ربك الذي خلق خلق الإنسان من علق، اقرأ وربك الأكرم الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم»[3].

فحق التعليم هو حق ثابت للطفل من الصغر يجب على أم الحاضنة توفيره له حماية من الضياع متى يبلغ السن التي تؤهله لاكتساب العلم باعتبار إجبارية ومجانية التعليم، أما إذا كان ذكاؤه متوسطا، ميالا إلى إتقان صنعة أو مهنة معينة فعلى الأم الحاضنة تفهم هذا الوضع وتوفر له المجال الحيوي الذي يصرف فيه طاقته.

فالتعليم يبتدئ بالتلقين مند أن يدرك الأمور بل ومنذ أن يعرف أباه وأمه وإخوته وذوي قرابته لكنه يكون تعليما بالتلقين، وبث الشعور الاجتماعي[4] وتربيته على ضبط النفس وبث روح الإيثار.

فالطفل وجب تعليمه ما له وما لغيره من حقوق، ويكون ذلك بالتلقين وللأم الحاضنة في ذلك دور كبير وإذا بلغ التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية والقيام ببعض العبادات

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص293.

[2] سامية منسي، المرجع السابق، ص38.

[3] سورة العلق الآية، 1-5.

[4] عدنان حسن صالح، مسؤولية المسلم في تربية الولد، ط6، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1997، ص84.

حتى يدرك مغزاها بعد أن تعود القيام بها، ولقد حثنا على ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم " امروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا واضربوهم إذا بلغو عشرا "، فلا يكلف الصبي إلا إذا علم وتعلم أحكامها والمطلوب فيها وكأنه يحب أن يتعلمه وهو في السابعة أو قبلها مادام يدرك معانيها، ومع ذلك يجب تلقينه سائر الفرائض الإسلامية[1]، فيعلم له أحكام الصوم، فريضة الزكاة، الحج بدون التعرض لتفصيلها لأن ذلك فرق طاقته، ضف إلى الضرب للتعليم، إنما هو نوع من التوجيه وليس المقصود منه الإيذاء إنه هذا الأخير ممقوت، لكن دفع الأذى مطلوب وعلاوة على ذلك فإن التعليم لا يقتصر على العلوم الدينية بل يجب تعليمه على الحياة أيضا وتوجيهه بمقدار طاقته إلى أقوم السبل لإدراك المطالب والغايات[2].

ثالثا: حفظ الصغير

لا يجوز للأم الحاضنة إهمال أبنائها القصر بل عليها صيانتهم، والمحافظة على أجسامهم وعقولهم بأنفسهم فإذا أهملت شيئا من ذلك نزعت يدها عنهم، لأن المحافظة على أجسامهم تقضي عدم تعرضهم للتهلكة فأي تقصير يحصل من الأم الحاضنة وجب الردع وإسقاط الولاية عنها، لارتباط هذه الأخيرة بمصلحة الأبناء، أما المحافظة على عقولهم فتكون أولا بمنع ما يصيبهم بأنه في عقولهم كالتدخين والمخدرات وثانيا بأن تمكنهم من التعلم الذي يليق بهم، لكي تظهر مواهبهم.

أما المحافظة على أنفسهم فتكون بإبعادهم عن الشر وصحبه، وكذا تعويدهم على العادات الفاضلة والحسنة، وتكون هذه المحافظة بجبر الأم الحاضنة الضرر عن الصغير فإذا اعتدى على جسمه، فالأم الحاضنة هي من تطالب العقوبة المفروضة وذلك بالنيابة عنهم[3].

---

[1] عدنان حسن صالح، المرجع السابق، ص84.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص21.

[3] المرجع نفسه، ص21.

رابعا: تأديب الصغير

التأديب في اللغة بمعنى التعليم وفي الاصطلاح بمعنى التهذيب وتقويم السلوك، فإذا كانت التربية والتعليم أساس الولاية على النفس لأنهما من فرائض الشريعة الإسلامية فإنه يستبعدهما في ذلك حق التأديب.

فالتربية الحسنة للطفل تكون باللطف واللين أو بالشدة عند اللزوم حسب ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، حيث كان له أسلوب آخر في التربية يعتمد على المعاملة الجادة السليمة وحسن التأديب والرعاية في كل صغيرة وكبيرة[1]، فقال: « ما نحل والى ولدا أفضل من خلق حسن ».

المطلب الثاني: ولاية تزويج القاصر

إن الأنثى على وجه الخصوص تحتاج إلى حماية خاصة في حالة معينة وهي الزواج فأنشأ لها نظاما لحمايتها من سوء الاختيار للزوج المناسب لها، سمي هذا النظام "بولاية التزويج" أو "ولاية النكاح"، وكان سبب هذه الولاية هي أنثى مقدمة على تأسيس أسرة أول أبوابها هو اختيار الزوج المناسب[2]، ونظام الولاية يعينها على هذا الاختيار ويحميها من الوقوع فيما يجلبه عليها خطأ الاختيار[3]، وهذا ما سنحاول شرحه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى أنواع ولاية التزويج (الفرع الأول) والحماية القانونية لزواج القاصر(الفرع الثاني).

[1] سامية منسي، المرجع السابق، ص38.

[2] بسام محمد قاسم عمر، « الولاية على النفس من منظور الفقه المالكي دراسة مقارنة »، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، ع36، جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، د س ن، ص876.

[3] المرجع نفسه، ص876.

الفرع الأول: أنواع ولاية التزويج

الولاية في الزواج نوع من أنواع الولاية على النفس، وهي سلطة مخولة للولي في قبول أو رفض زواج المولي عليها أو تولي إبرام العقد وعليه وهي نوعين: ولاية إجبار (أولا) وولاية اختيار (ثانيا).

أولا: ولاية الإجبار

ولاية الإجبار هي التي تخول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج، دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه، وذلك سماها الفقهاء بالولاية لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد دون مشاركته المولي عليها[1].

وقد اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار تنبت على المجنون والمعتوه والصغير والفتاة البكر أو الصغيرة غير البالغة وأجمعوا ثبوتها على المجنون والمعتوه ضعف العقل، وأن الصبي غير المميز علته الصغر، وأما بالنسبة للفتاة البكر أو الصغيرة الغير بالغة علتها جهلها لأمور الزواج، وأحوال الرجال، وقلة تجاربها، وسرعة تأثيرها وانخداعها[2].

وبالنسبة للمرأة تكون ولاية الإجبار على فاقد الأهلية وناقصها وهو المجنون والصبي غير المميز، وعلة الولاية عند الشافعي ومالك أحمد هي البكارة لأن البكر لا تعرف الرجال[3].

أما أبو حنفية فيرى أن علة الولاية هي الصغر لأنه هو سبب العجز وما يسري على الصغير يسري على الصغيرة، ولأن ولاية الإجبار تستمر على البكر بعد البلوغ[4].

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص275.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص124.

[3] حسين طاهري، المرجع السابق، ص37.

[4] المرجع نفسه، ص37.

ذهب الشافعية إلى أن مناط ثبوت الولاية على الأنثى هي البكارة، لأن البكر صغيرة أو كبيرة جاهلة لأمور الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج فلا ولاية على البنت الصغيرة كانت أم كبيرة، فالبنت الصغيرة لا تتزوج حتى تبلغ، وذلك لأنها لا ولاية عليها لعدم البكارة، بل تنتظر حتى تبلغ فتكون الولاية عليها حينئذ مشتركة بينها وبين وليها، ومناط ثبوت الولاية عند الشافعي على الغلام هو الصغر وعلى المجنون والمجنونة الكبيرين هو الجنون[1].

ثانيا: ولاية الاختيار

وهي كما يتبادر من اسمها تقوم على مبدأ التراضي، أي أنه ليس للولي حتى في تزويج المولى عليه دون رضاه، فيلتزم رضا المولى عليه، ورضا الولي ومشاركتهما في الاختيار وبعد تحقق الرضا منهما يتولى الولي عقد الزواج[2].

هذا وقد اتفق الفقهاء أنها لا تثبت على الرجل البالغ العاقل الرشيد، لأنه له حق تزويج نفسه بنفسه فإذا باشر العقد بنفسه يكون صحيحا ونافذا سواء كانت الزوجة التي تزوجها كفء له أم لا، وحتى وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها، ولا يتوقف عقده على الولي، أما إذا فوض البالغ الرشيد[3] العاقل أباه أو جده في مباشرة عقد زواجه، فإن ذلك يكون من باب الوكالة وليس من باب الولاية، أما بالنسبة للصغير عند الأحناف تثبت عليه ولاية الإجبار ولا تثبت عليه ولاية الاختيار وبالنسبة للمرأة الصغيرة فإذ كانت بكرا فقد اتفق الفقهاء على أنها تثبت عليها ولاية الإجبار ولا تثبت عليها ولاية الاختيار، وإن كانت ثيبا فعند الحنفية تثبت عليها ولاية الإجبار لا الاختيار.

---

[1] جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاضعة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص251.

[2] عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للطلاق والزواج بين الحنفية والشافعية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009، ص39.

[3] جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص257.

أما بالنسبة للمرأة البالغة الراشدة، فإن كانت ثيبا لا تثبت عليها ولاية الإجبار وهو مذهب الحنفية وغيرهم، وإنما من الممكن أن تثبت عليها ولاية الاختيار أما إذا كانت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا اختلف الفقهاء في شأن ثبوت الولاية عليها، فالشافعية يرون ثبوت ولاية الإجبار عليها ولا تثبت عليها ولاية الاختيار، والحنفية يذهب لعدم ثبوت ولاية الإجبار وإنما من الممكن ثبوت ولاية الاختيار عليها، فهي ولاية استحباب، حيث يستحب لهذه المرأة أن تترك مباشرة عقد زواجها إلى وليها، مراعاة للتقاليد والأعراف بين الناس لأن المرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها بنفسها طالما زوجت نفسها من كفئ لها وبمهر المثل[1].

الفرع الثاني: الحماية القانونية لزواج القصر في القانون الجزائري

أولى المشرع الجزائري حماية قانونية خاصة لزواج القصر وذلك ويتجلى ذلك من خلال تحديد الولي (أولا) الترخيص القضائي المسبق بزواج القصر (ثانيا).

أولا: تحديد الولي في عقد زواج القاصر

قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض له بالتعريف وإنما بين مركزه في العقد حيث اعتبر الولي بموجب المادة 09 مكرر ق ا ج شرطا من شروط تكوين الزواج وأضاف بموجب المادة 2/11 بيان الممثل القانوني والشرعي للقاصر والذي سماه الولي، وهذا أمر بديهي لكون القاصر لا يزال صغيرا على معرفة مصلحته وما يتعلق بأمور الزواج، لذلك كان لابد من توكيل من يكون أجدر باختيار الأصلح له، فبإقرار الولاية في الزواج للقاصر هو من الضمانة القانونية بحماية مصلحته، وأهم قيد يرد على منحه الحق في الزواج، غير أنه وان كان للولي دور في زواج القاصر، إلا أنه ومن الناحية القانونية فان الركن الأساسي والوحيد في الزواج والمتمثل في الرضا يختص به القاصر وحده وهذا ما أكده المشرع بموجب المادة 13 ق ا ج التي منعت ولاية الإجبار وبذلك يكون المشرع خالف توجه الفكر الإسلامي في

[1] جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص258.

إقرار هذه الولاية على الصغير بحكم ضعفه العقلي وعدم قدرته على تمييز الأصلح له[1]، وحتى لا يكون هناك تعارض مع المادة التي تنص على أن الزواج عقد رضائي.

بالرجوع إلى أحكام المادة 2/11 ق ا ج : " دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"[2].

نجد أن المشرع أبقى على ترتيب الأولياء في عقد زواج القاصر حيث جعل الولاية بداية تكون للأب في حال قيام الرابطة الزوجية أو انقضاءها بالطلاق، أما في حال انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة فقد جعل الولاية للأقارب الأولين ويدخل ضمن هذه الإمكانية أن تكون الأم وليا على القاصر في الزواج وهو ما نصت عليه المادة 87 ق ا ج.

أما فيما يخص ولاية القاضي فان مصدرها الفقه الإسلامي الذي جعل لهذه الولاية دورا أحكام الصغار وهو ذات المنهج الذي سار عليه المشرع حيث منح بموجب نص المادة 07 والمادة 2/11 دورين للقاضي في عقد زواج القاصر لما يكتسي دوره من أهمية في حمايته وهذا طبقا للمادة 424 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك فان القاضي في حال انعدام الأب أو الأم وعدم وجود الأقارب فانه يحل محلهم في هذه الحالة وينوب القاصر في زواجه وبذلك يكون ممثله القانوني، كما أنه من جانب أخر هو صاحب السلطة بموجب المادة 07 ق ا ج في السماح للقاصر بالزواج وإعفاءه من شرط الأهلية وهنا يمارس دورا مستقلا عن ما هو وارد ضمن أحكام المادة 2/11.

[1] اسمهان عفيف، " الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع4، جامعة أم البواقي، ديسمبر 2019، ص 256.

[2] المادة 07 من قانون الأسرة.

كما أن القاضي يتدخل أيضا في حال عضل الولي أي كان إذا قام بمنع أو إجبار القاصر على الزواج، حيث يرفع الأمر إليه بدفع هذا الظلم عنه طبقا لما هو وارد في المادة 13 ق ا ج ويكون بذلك إلغاء ضمني لدور الولي في هذا الجانب[1].

ثانيا : الترخيص القضائي بزواج القصر في القانون الجزائري

الأصل في الزواج بلوغ سن 19 سنة كاملة، إلا أن المشرع قد وضع استثناء عن هذا الأصل راعى فيه حالة ووضعية بعض الأشخاص[2] حسب ما جاء في المادة 2/7 ق، أ: «وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج »[3].

أجاز المشرع الجزائري عند وجود ضرورة أو مصلحة الزواج قبل بلوغ 19 سنة بان أحد الطرفين أو كلاهما على إعفاء السن من القاضي المختص ويلاحظ على نص هذه المادة ما يلي:

– من حيث القاضي المختص: أن النص الجديد مستنسخ تقريبا من النص القديم حيث لم يقم بتحديد القاضي المختص في ذلك والذي هو "رئيس المحكمة".

– من حيث السن الأدنى: ترك السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص.

– من حيث المعيار الذي تحدد فيه المصلحة أو الضرورة: تنص المادة 2/7 ق أ: « وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ».2

[1] اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 257.

[2] دعاء غزال، أحكام زواج القاصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي ،2018/2017،ص 42.

[3] المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

فالنسبة لهذا المعيار إذا تبين أن الأم الحاضنة و القاصر تجمعهما مصلحة واحدة من هذا الزواج و لم تكن مخالفة للنظام العام و الآداب العامة فلابد للقاضي إن ينظم إليهما،إما لو تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الأم الحاضنة، فإن القاضي يتدخل بإعمال سلطته التقديرية و ترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولي ،باعتباره معنيا بهذا الزواج و طرفا حياديا لا يرتجي مصلحة شخصية[1].

أما لو كانت مصلحة الأم الحاضنة و القاصر المجتمعان متعارضتان مع مقتضيات عقد الزواج فللقاضي رفض منح الإعفاء كون المصلحة متناقضة مع أهداف الزواج الواردة في نص المادة[2] 4 ق أ ج، مما يترتب عنه إبطال العقد في حالة إبرامه و هذا طبقا للمادة[3] 32 ق أ ج.

ويجب أن تكون المصلحة أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة فهي تستخلص من أقوال الأم الحاضنة أو رأي الطبيب المختص، أو تقرير من أنجز اجتماعيا في الموضوع، أو من لقاء قد يتم بين القاضي أو القاصرة الراغبة في الزواج، كما تتجلى المصلحة من الخوف في الوقوع في الزنا أو الانزلاق إلى الفساد[4].

أما فيما يتعلق بحالة الضرورة فقد قدم التشريع الجنائي أمثلة عنها وهي حالة الاعتداء وحالة الاختطاف، ففي حالة إذا ما وقع اعتداء على فتاة لم تبلغ سن الزواج ثم يراد تزويجها بالمعتدي، أو تريد هي أن تتزوج به إما بقصد ستر فضيحة العمل الإجرامي أو من أجل

---

[1] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 98.

[2] تنص المادة 4 ق أ ج: " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحسان بين الزوجين والمحافظة على الأنساب" .

[3] تنص المادة 32 ق أ ج: " يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

[4] عبد الله الفاسي، المرجع السابق، ص 99.

تخفيف العقاب على المعتدي أو إفلاته منه[1]، وذلك عندما تقترن الوقائع المنصوص عليها في المادة[2] 326 من قانون العقوبات : (كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج .

وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات للمتابعة الجزائية ضد هذه الأخيرة إلا بناءا على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.

الملاحظ من المادة 326 ق، ع أنها عالجت مسألة زواج القاصرة أو المخطوفة، أو المبعدة من خافها وهذا واضح من الفكرة الثانية للمادة المذكورة، حيث يكون القاصرة المخطوفة بخاطفها جائزا أما المتابعة تحول دون معاقبة الجاني ويستفيد منها حتى الشريك، غير أنه من الجائز رفع هذا الحاجز بتوافر شرطين متلازمين هما:

- إبطال الزواج[3].

- الشكوى المسبقة للأشخاص الذين له صفة إبطال الزواج.

ولا تتخذ من إجراءات المتابعة الجزائية ضد الخاطف إلا بناءا على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد الحكم ببطلان العقد[4].

وتبعا لما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا من أن هذه الجريمة إذا اثبت أن القاصر تعمدت الهروب من بيت أهلها ومن تلقاء نفسها دون أي تدخل من المتهم أو تهديدا

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 100.

[2] المادة 326 من قانون العقوبات.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط7، دار هومة، الجزائر، 2007، ص190.

[4] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص201.

منه، فإنه يتعين على قضاة الحكم وعلى قضاة النيابة المكلفين بالمتابعة الجزائية أن يتحققوا من توفر باقي العناصر المنصوص عليها كالعناصر الواجب توافرها لقيام الجريمة، حتى يكون عملهم عملا قضائيا سليما وعادلا[1].

المبحث الثاني: ولاية الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر

يجب على الأم أن تكون حريصة على أموال القاصرة وتلزم بالحدود المرسوم قانونا طيلة فترة ولايتها ما لم تقم أسباب لانقضائها، فالأصل أن يكون للأم كامل الحرية للتصرف في أموال القاصر (مطلب أول) إلا أن بعض التصرفات تتطلب الحصول على إذن قاضي (مطلب ثاني) وفيما يلي تفصيل لذلك[2].

المطلب الأول: تصرفات الأم الحاضنة على أبنائها القصر غير المقيدة بإذن القاضي

تنص المادة 88 ق أ ج "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

ومن خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد الأعمال التي لا تتطلب الحصول على إذن قضائي للقيام بها، وعليه يمكننا حصر هذه التصرفات طبقا للقواعد في ثلاث أنواع: أعمال الحفظ والصيانة (الفرع الأول)، أعمال الإدارة والانتفاع (الفرع الثاني)[3].

الفرع الأول: أعمال الحفظ والصيانة

أعمال الحفظ والصيانة من الأعمال العاجلة التي تتطلب السرعة للمحافظة على مال القاصر وتجنب إتلافه[4] وهذا ما نصت عليه المادة 718 ق م ج: "لكل شريك في الشيوع

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص201.

[2] أسماء بن جامع ، منصور رحماني ، المرجع السابق، ص152.

[3] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص269.

[4] صورية غربي، المرجع السابق، ص183.

الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء"، فينوب الولي عن الشريك القاصر في المال الشائع في القيام بكل أعمال الصيانة وحفظ المال الشائع، وطبقا لنص المادة 719 من نفس القانون: "يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه، وسائل التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"[1].

ولذلك وجب على الأم الحاضنة دفع كل النفقات اللازمة لحفظ مال القاصر بقدر حصته ودفع الضرائب، كما يقع عليها واجب القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر وواجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري كانتقال الملكية لفائدته[2].

الفرع الثاني: أعمال الإدارة والانتفاع

نتطرق لأعمال الإدارة بدءا (أولا)، لتناول بعده أعمال الانتفاع (ثانيا).

أولا:أعمال الإدارة

تعتبر أعمال الإدارة أكثر خصوصية وحساسية من أعمال الحفظ، كما تتميز بأنها ذات تكلفة مقارنة بالأولي وبالمقابل فهي أقل خطورة من أعمال التصرف التي ترد علي العقار ببيعه ورهنه وإيجاره[3].

[1] بيبة حافظ، المرجع السابق، ص 269-270.

[2] 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، ص183.

[3] سهير زرارقة، دنيازاد قرجوخ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015-2016، ص87.

وهي تلك الأعمال التي تتفق مع ما أعد له المال سواء كان عقارا أو منقولا وتتضمنها أعمال الإدارة المعتادة التي لا تنطوي على تغيير جوهري في الشيء، وأيضا أعمال الإدارة غير المعتادة التي تدخل على تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له الشيء أو المال[1].

ولذلك فالأم الحاضنة يحق لها القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة ويدخل ضمن أعمال الإدارة ما يلي[2]:

- بيع المنقولات العادية للقاصر التي ليست لها قيمة مالية معتبرة[3].

- إيجار عقار القاصر لمدة لا تتجاوز 3 سنوات وهذا ما نصت عليه المادة 468 ق م[4].

- جني وبيع الثمار بعد نضجها لتجنب فسادها، فيتعين على الأم قطفها دون الحاجة لإذن القاضي[5].

- تمثيل القاصر في مختلف الدعاوي القضائية[6] وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 10-01-1984[7]: "لا يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يؤسس نفسه طرفا طرفا مدينا دون إدخال وليه في الدعوى...".

---

[1] عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2003، ص76.

[2] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص269.

[3] المرجع نفسه، ص269.

[4] تنص المادة 468 ق م: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يقعد إيجارا تزيد مدته على (3) سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات.

[5] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص269.

[6] عبد العزيز مقفولجي، المرجع السابق، ص76.

[7] المحكمة العليا، غ ك، 10-01-1984، ملف رقم 28432، م.ق، 1989، ع.4، ص232-234.

– دفع ديون القاصر، وتسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير لأن عدم تسديد الديون يلحق ضررا بالقاصر[1].

– إدارة تجارة القاصر، فإذا ورث القاصر تجارة قائمة ومزدهرة يتولى إدارتها دون الحاجة إلى إذن من المحكمة وهذا حقيقة أمر خطير يضر بمصلحة القاصر المالية نظرا لأهمية التجارة وتحتاج لخبرة أكبر[2].

ثانيا:أعمال الانتفاع

إن المشرع الجزائري لم ينص على أعمال الانتفاع التي تقوم بها الأم الحاضنة على القاصر، و تعرف هذه الأعمال كونها إنفاق الأم الحاضنة من أموال القاصر على نفسه أو على من تلزمها النفقة بالمعروف، وبغياب نص قانوني نعود لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق ا ج والتي اتفق فقهائها على عدم جواز إنفاق الأم الحاضنة المقتدرة على نفسها من مال الصغير[3]، ودليلهم على ذلك قوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف.

أما فيما يخص الأم الحاضنة الفقيرة فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنابلة والمالكية إلى جواز الولي الأم إذا كانت متاحة أن تأخذ من مال القاصر، لكن أقل من أجرة مثله أو بقدر كفايته[4]، واستدلوا بقوله تعالى: " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف" في الآية 6 من سورة سورة النساء.

[1] صورية غربي، المرجع السابق، ص186.

[2] كمال حمدي، المرجع السابق، ص51.

[3] سهير زرارقة، دنيازاد فرجوخ، المرجع السابق، ص88.

[4]شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، كفاية المحتاج إلى شرح المنهاج، على مذهب الإمام الشافعي، ج4، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص380.

غير أنه هناك فريق آخر من الحنفية والظاهرية اعتبروا الولي الفقير كالغني ولا يجوز له أكل مال اليتيم[1]، لقوله تعالى: " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن"[2].

لكن من جانب أخر فحسب المادة 77 ق ا ج (تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة والإرث).

المطلب الثاني: تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي

ينبغي على الأم الحاضنة أن تباشر نيابتها في الحدود التي رسمها القانون، وقد لا يسمح لها من مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن من المحكمة، من بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لها لحق من هذه الحقوق فإذا قامت الأم بأي تصرف من هذه التصرفات دون إذن المحكمة تكون بذلك جاوزت حدود نيابتها وبالتالي فلا تنصرف آثارها إلى القاصر[3].

وقد نصت المادة 2/88 ق أ ج صراحة على جملة من التصرفات وجب على الولي استئذان القاضي فيها، تصرفات الأم على أولادها القصر المقيدة بإذن القاضي (الفرع الأول)، جزاء تجاوز الأم لحدود سلطاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حدود تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي

لقد تم حصر هذه التصرفات صراحة في المادة 88 ق أ ج و التي يمكن ذكرها فيما يلي: التصرف في عقار القاصر (أولا)، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة (ثانيا)، استثمار

[1] أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د س ن، ص360.

[2] سورة الأنعام، الآية 152.

[3] احمد نصر الجندي: مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، د د ن، القاهرة، مصر، 1992، ص154.

أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة (ثالثا)، إيجار عقار القاصر (رابعا).

أولا: التصرف في عقار القاصر

يعتبر من أخطر التصرفات التي تقوم بها الأم باعتبارها ولي لأنه يعد تصرفا ناقلا للملكية، حيث قيده المشرع بالإذن لأن حماية حقوق القاصر من النظام العام[1].

لقد حدد المشرع الجزائري قاعدة مهمة فيما يتعلق ببيع العقار وهو أن يتم البيع في المزاد العلني حسب ما جاءت به المادة 89 ق أ ج وذلك لما في المزاد العلني حماية وضمان لأملاك القاصر[2].

أما فيما يخص قسمة العقار المشرع الجزائري لم يكتف بالحصول على الإذن فقط بل أكد على ضرورة أن تكون القسمة عن طريق القضاء وذلك لتوفير الحماية لأملاك القاصر[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 181 ق أ ج " يراعي في قسمة الشركات 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".

وبالتالي فكل تصرف قامت به الأم دون الحصول على إذن القاضي يعتبر باطلا وهذا ما أكده القرار عن المحكمة العليا غرفة أحوال شخصية رقم 51282 الصادر بتاريخ 19-12-1988[4]: من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم

[1] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص13.

[2] وسام قوادري، المرجع السابق، ص42.

[3] المرجع نفسه، ص42.

[4] أسماء بن جامع، رحماني منصور، المرجع السابق، ص154.

وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان في – قضية الحال– أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر وفي دفع الدعوى وأن قضاء المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه[1].

أما الرهن والذي يعتبر حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي يعد ضمان للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار[2]، وبما أنه يمس بأصل المال في « ذاته فإنه يستوجب حماية مال القاصر منه بإخضاعه لرقابة القضاء لأنه في حالة عدم استيفاء الدين الذي في ذمة الراهن فإنه يحجز على مال القاصر لاستيفاء ثمن الدين، غير أن المشرع الجزائري وبموجب نص المادة 1/88 ق أ ج اشترط الحصول على الإذن القضائي لرهن العقار فقط دون باقي الأموال، بينما جعل بقية المشرعين العرب طلب الإذن بخصوص الرهن شاملا لكل الأموال[3].

فالنظرية التقليدية يكون العقار وحده يحتمل الأهمية البالغة قد تم تجاوزها، بحيث توجد أموال منقولة ذو قيمة ضعف قيمة العقار لذلك وجب على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص[4].

[1] أنظر المحكمة العليا، غ أ ش، 19–12 1988، م.ق، 1991، ع2، ص63.

[2] صورية غربي ، المرجع السابق، ص200.

[3] هشام عليواش، "اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 9، جامعة البليدة 2، الجزائر، د س ن، ص57.

[4] المرجع نفسه، ص 57–58.

وللإشارة أن الرهن الذي يشترط إذن المحكمة هو الذي يكون في صالح القاصر أما الرهن الذي يكون في صالح النائب الشرعي فهو باطل بطلانا مطلقا[1].

هذا عن الرهن، فماذا عن المصالحة؟

المصالحة عملية تتم عن طريق إبرام عقد الصلح حيث عرفته المادة 459 ق م: "الصلح عبارة عن عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " فهنا تظهر خطورة عملية المصالحة بحيث أن هذا التنازل قد يلحق ضررا بمصالح القاصر[2]، فإذا كان هذا الصلح فيه منفعة للقاصر بحيث عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص من ماله يمنح القاضي للأم الإذن في إجرائه[3].

أما إذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق ثابت للقاصر فالقاضي في هذه الحالة يرفض إجراء الصلح[4].

ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

المشرع الجزائري في نص المادة 2/88 ق أ ج لم يحدد معيارا معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة بسبب اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره ذو أهمية[5].

---

[1] هشام عليواش، المرجع السابق، ص58.

[2] وسام قوادري، المرجع السابق، ص43.

[3] صورية غربي، المرجع السابق، ص203-204.

[4] المرجع نفسه، ص204.

[5] دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص 110،111.

ومن أمثلة المنقولات التي تعتبر ذا قيمة: الحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية، أسهم البورصات[1].

ولذلك كان من الأمكن لو أن المشرع الجزائري وضع حدا أدنى لقيمة المنقول حتى يعتبر ذي أهمية خاصة بشأن بيعه.

كما أن عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة يجعل الأم الحاضنة مقيدة بإذن القاضي في بيع أي منقول كما كانت قيمته[2].

ثالثا: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة

الحكمة من اشتراط المشرع الجزائري الإذن في هذا العمل هي التأكد من حاجة القاصر للاقتراض أو الإقراض أو أن الإقراض لا يؤدي بماله إلى الضياع بأن يقدم إلى شخص مأمون ولا يمل في رده وغيره معرض للإفلاس[3]، أما بخصوص المساهمة في شركة المشرع الجزائري في المادة 3/88 ق أ ج لم يحدد نوعها هل هي شركة أشخاص أم أموال أم مختلطة، فشركة التضامن والتي تعتبر من أهم أنواع شركة الأشخاص لا يمكن للقاصر الانضمام إليها لأنها تكسب الشركاء صفة التاجر والقاصر لا يمكنه اكتساب هذه الصفة لانعدام أهليته كما أنها لا تحقق الحماية له[4].

أما إذا ورث القاصر حصة من الشركة فإنها تتحول إلى شركة توصية بسيطة مؤقتا إلى حين بلوغ القصر ويصبحوا شركاء متضامنين، أما القصر فيصبحوا شركاء موصون

[1] عبد العزيز مقفولجي، المرجع السابق، ص77.

[2] علاوة بوتغرار، "التصرف في أموال القاصر"، مجلة الموثق، ع3، الجزائر، 1998، ص78.

[3] رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص181.

[4] صورية غربي، المرجع السابق، ص207.

يتحملون المسؤولية حسب حصة مورثهم في الشركة[1] فلا يعتبرون تجارا ولا يشهر إفلاسهم طبقا لنص المادة 562 ق ت "تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي أما شركة الأموال فيمكن للقاصر الانضمام إليها بعد إذن المحكمة لأنها تقوم على الاعتبار المالي وليس الشخصي، فالقاصر لا يكتسب صفة التاجر ولا يشهر إفلاسه وتكون مسؤوليته بحدود رأس ماله[2].

رابعا: إيجار عقار القاصر

المشرع الجزائري لم يفرق بين أنواع العقارات، فالأم تمارس حقها في الإيجار باعتباره من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف، فهي لا تملك العقار بل مجرد مدير لملك الغير[3]، وإذا زادت مدة الإيجار عن المدة المحددة قانونا تسري عليها أحكام المادة 468 قام بخفضها إلى 3 سنوات، وطبقا لنظرية انتقاص العقد فيعتبر العقد باطلا ابتداء كونه صحيحا بالنسبة للمدة القانونية، أما المدة الزائدة فتبطل تلقائيا[4].

وفي نفس السياق سمح للأم الحاضنة بإيجار عقار القاصر لمدة تصل إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد ذلك تحقيق لمصلحة القاصر، وغاية المشرع الجزائري من وضع هذا القيد لأنه قد يتبين للقاصر بعد بلوغه أن يبرم عقد إيجار بصيغة مختلفة التي أقر بها الولي[5].

---

[1] فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفق للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، ط2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص101.

[2] صورية غربي ، المرجع السابق، ص208.

[3] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة عقد الإيجار، ط4، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، 1999، ص234.

[4] ضحى محمد سعيد النعمان، صهيب عامر سالم، "إيجار عقار القاصر"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 3، العدد 9، جامعة كركوك، 2014، ص90.

[5] المرجع نفسه، ص90.

الفرع الثاني: جزاء تصرفات الأم الحاضنة المجاورة لسلطتها

قد تسيء الأم الحاضنة التصرف في أموال أبنائها القصر فتكون ضارة ضررا محضا (أولا)، أو تتصرف فيها من دون أخذ الإذن من القاضي(ثانيا)، أو تتصرف فيها متجاوزة لحدود سلطاتها(ثالثا).

أولا: حكم التصرفات التي فيها ضررا محضا

ويقصد بها التصرفات المفقرة للأزمة المالية للقاصر دون مقابل ومثل ذلك الهبة[1].

لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر مهما كان سبب التصرف[2].

أما الفقه الإسلامي هو الآخر منع بالإجماع تصرفات الولي الضارة بالقاصر فيما عدا الهبة بعوض التي اختلف فيها الفقهاء إلى قولين:

– ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا يجوز هبة مال القاصر مطلقا مهما كانت قيمة العوض.

– أما القول الثاني فذهب أصحابه إلى جواز هبة المال القاصر بعوض، لكن شرط أن يزاد على ضمن المثل ذلك أن تصرف الولي في مال اليتيم منوط بالمصلحة ولا مصلحة للقاصر إلا إذا كانت الهبة بعوض أكثر من القيمة وهذا ما ذهب إليه الشافعية[3] والحنفية[4].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص295.

[2] صورية غربي ، المرجع السابق، ص213.

[3] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص175.

[4] مراد بلعباس، المرجع السابق، ص151.

ثانيا: جزاء تصرف الأم الحاضنة دون استئذان القاضي

لم يحدد المشرع الجزائري القاضي المختص بمنح هذا الآذن في القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة حيث جاء بمصطلح القاضي دون أن يحدد طبيعته، و القاضي بمثل هذه الحالات يكون أمام معاملات تقتضي الدقة و التريث[1].

إلا انه باستقراء المادة 479ق أ م أ و التي أجابت عن هذا السؤال و التي تنص علي أنه :يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر علي عريضة

أما من الناحية الإجرائية فلم يتكلم المشرع عن الإجراءات التي يمنح من خلالها القاضي الأذن بالتصرف المنصوص عليه في المادة 88 ق أ ج و اكتفي بالنص فقط علي أن يكون الأذن بموجب أمر علي عريض في المادة 479 ق أ م أ و أن يراعي في الأذن حالة الضرورة و المصلحة في المادة 89 ق أ ج[2].

– لكن في الواقع العملي لا يتم منح الإذن بالتصرف للأم الحاضنة ألا بتوفر الوثائق التالية[3]:

- ✓ طلب خطي من ولي القاصر.
- ✓ شهادة ميلاد القاصر.
- ✓ الفريضة إذا كان الولي متوفيا.
- ✓ وثيقة تثبت الشيء المراد التصرف فيه.
- ✓ دفع رسم قدره 5000 د ج.

[1] زبيدة اقروقة، المرجع السابق، ص 215.

[2] صورية غربي، المرجع السابق، ص 215.

[3] المرجع نفسه، ص 215.

✓ طابع جبائي بقيمة 20 دج.

إلا أن القضاء الجزائري اعتبر هذا النوع من التصرفات باطلة من خلال أحدى حيثيات قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 أفريل 1991 والذي جاء فيه " حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة لان المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر، وبتالي كل عقد متعلق بأملاك القاصر لابد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب علي هذا البطلان أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون[1].

على العموم يفترض في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة القاصر سواء كانت ضمن سلطاته أو خارجها، وحماية للقاصر يستحسن أن تتخذ هذه التصرفات في حق القاصر إلا بعد إقرارها ممن يملك هذا الحق،سواء من المحكمة أو من القاصر عند بلوغه سن الرشد وهذا هو المنطلق غير أن المشرع الجزائري لم ينص علي جزاء محدد لهذه الحالة بل اكتفى بحصر الحالات المستوجبة لإذن القاضي،يتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لم يقم بتحديد الجزاء في حالة تجاوز النائب حدود نيابته بالمادة 74 من القانون المدني[2].

يصدر القاضي أمرا على عريضة في أجل أقصاه 3 أيام من تاريخ الإيداع ونميز بين حالتين حسب المادة 312 ق إ م إ:

– حالة الاستجابة للطلب: يسقط الأمر الذي أصدره القاضي ولا يرتب أي أثر إذا لم تنفذه الأم في الآجال القانونية المحددة بثلاث أشهر من تاريخ صدوره.

[1] أسماء بن جامع، منصور رحماني، المرجع السابق، ص 156.

[2] سهير زراقة، دنيازاد فرجوخ، المرجع السابق، ص 101.

– حالة رفض الطلب: من تاريخ تبليغها بالرفض للأم الاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي في أجل 15 يوم[1].

ولمنح الإذن القضائي فالقاضي يراعي ضابطي الضرورة والمصلحة وهذا ما نصت عليه المادة 89 ق ا ج، فالمشرع الجزائري لم يقتصر على توفر شرط دون آخر بل اعتبرهما شرطين متلازمين وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد مدى توفر الشرطين[2]، على الرغم من وجود بعض الحالات التي يتوفر فيها شرط المصلحة دون الضرورة أو العكس.

مثلا إبرام عقد إيجار فالمصلحة موجودة لكنها لا تقترن بالضرورة وبالتالي الامتناع عن منح الإذن الذي يعود بالمنفعة على الذمة المالية للقاصر[3].

أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأملاك القاصر لابد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون[4].

ثالثا: سلطة القاضي في حالة تجاوز الأم الحاضنة لسلطاتها

إن الأصل في الحرص علي مصالح الأولاد جلبة فطرية في الأبوين، لكن لكل أصل استثناء فيمكن أن تسيئ الأم الحاضنة بمهمتها فتشكل مصدر تهديد بسبب الإهمال أو تغليب المصالح، فتنتفي العلة من الولاية بإساءة استعمال سلطاتها، أو إهمالها بالإخلال بواجبها مما ينتج عنه قيام مسؤوليتها.

[1] أسماء بن جامع ، رحماني منصور، المرجع السابق، ص 156–157.

[2] المرجع نفسه، ص157.

[3] المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، تونس، 2015، ص29.

[4] أنظر المحكمة العليا غ أ ش، 10–04–1991، ملف رقم 72353، م ق، 1993، ع 3، ص115.

وهذه المسؤولية بالنسبة لها هي تقصيرية، ولم يحاسبها المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط، بل حاسبها عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي فيرتب عن إخلالها بواجباتها جزاءان يكون علي القاضي توقيعهما :

- **العزل:**

إذا ثبت تقصيرها في أداء المهام المنوطة لها، حينئذ يتعين علي القاضي اتخاذ أي إجراء وقتي بغرض الحفاظ علي مصالح القاصر وذلك بموجب أمر ولائي وذلك من كل من له مصلحة في حماية القاصر وذلك متى أثبت أن الأم الحاضنة تعرض بتصرفاتها مصالح القاصر للخطر وذلك بحب نص المادة 473 ق إ م إ[1].

- **التعويض:**

بمجرد قيام مسؤولية الأم الحاضنة نتيجة تصرفاتها التي مست مصالح القاصر،تكون ملزمة بتعويض هذا الأخير عن خسارته، ولكن لما كان الأصل في النائب الشرعي انه يفترض فيه الأمانة، فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة الإهمال بحفظها أما ما ضاع من أموال بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه[2].

[1] سهير زرارقة، دنيازاد فرجوخ، المرجع السابق، ص 102.

[2] المرجع نفسه، ص 103.

خلاصة الفصل:

نخلص مما سبق أن الأم الحاضنة تمارس ولايتها على أبنائها القصر في كل ما يتعلق بكل الشؤون المالية والشخصية للقاصر، إلا أن هذه السلطة لا تكون مطلقة بل تكون مقيدة، تستلزم ضرورة استصدار رخصا من القاضي في بعض التصرفات المالية والأمر ذاته بالنسبة لولاية التزويج.

خاتمـــــة

تبين لما مما سبق أن الأم الحاضنة تقوم بدور هام وكبير في السهر على رعاية مصالح أبنائها القصر وضمان حقوقهم وذلك في حالة عدم وجود الأب كونها الشخص الأحرص والأضمن في تولي جميع شؤونهم المالية من خلال إجراء كل التصرفات القانونية وكذا شؤونهم الشخصية وذلك بتوفير الرعاية لهم وفقا لنظام خاص هو الولاية والتي تطرق لها الفقه الإسلامي بصفة عامة وفقا لأحكام خاصة به، هذا وقد نظمها المشرع الجزائري ضمن نصوص قانونية تكفل حماية المصالح الخاصة للقصر لاسيما فيما يخص ولاية الأم الحاضنة، وذلك كحالة استثنائية عن الحالة العامة والتي تكون في الأصل الولاية فيها للأب، وذلك لمسايرة مختلف المجتمعات المتطورة في مجال حقوق الطفل.

والنتيجة العامة التي يمكن أن نصل إليها هي أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 87 من قانون الأسرة حقيقة عن كفل الحماية التشريعية والقانونية في حالة انفصال الأبوين وذلك بإسناد الولاية للحاضن وهذا ينطبق على حالة الأم التي تسن لها الحضانة وذلك في حالة ولايتها على أبنائها القصر وذلك من خلال ولايتها عليهم في جميع تصرفاتهم القانونية والإشراف على رعاية مصالحهم الشخصية والتي كان لها الأثر الايجابي وذلك من خلال تعويد المرأة على القيام بمثل هذه الأدوار في الأسرة وذلك كحالة استثنائية.

ومع ذلك فإننا وجدنا بعض الثغرات والنقائص كانت أهمها:

– عدم مراعاة المشرع لطبيعة المرأة الضعيفة وذلك من خلال عدم تهيئتها مسبقا في مسألة الولاية.

– المشرع الجزائري أعطى الولاية للمرأة دون الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المجتمع العربي الإسلامي.

– وقوع المشرع في تناقض في مسألة الولاية، فكيف للمرأة التي تحتاج لولي أن يزوجها، أن تكون وليا في مسألة زواج أبنائها.

ومن خلال ما تقدم يمكننا تقديم مجموعة من الاقتراحات والتوصيات التي يجب على المشرع أخذها بعين الاعتبار والمتمثلة فيما يلي:

- اقتراح مرصد وطني لحقوق المرأة الحاضنة والدفاع عل مصالحها.

- منح الأمهات الحاضنات إعانات مالية واجتماعية من خلال مكتب الإرشاد الاجتماعي لتمكينهم من التأقلم مع دور الولاية.

- سد الثغرات القانونية فيما يخص مسألة الولاية لاسيما ولاية التزويج.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

I- قائمة المصادر:

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: المعاجم

1- المجمع الوسيط، معجم اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، القاهرة، مصر، 2004.

2- محمد رواس قلعلجي، معجم لغة الفقهاء، ج1، ط2، دار النفائس، بيروت،1988

3- المعجم الوجيز، معجم اللغة العربية، د ب ن، 1989.

ثالثا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 06 جوان 1966 الموافق لـ1386، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-14، المؤرخ في 12 أوت 2011، ج ر، عدد 44.

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

3- الأمر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج رع، 78 الصادرة بتاريخ 1975/08/30، معدل ومتمم بموجب الأمر قانون، رقم 07-05 المؤرخ في 3 مايو 2007، ج ر،ع 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

4- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم حسب آخر تعديل، القانون رقم 15-20 المؤرخ في 18 ربيع أول عام 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2015، ج ر، رقم 71 ، مؤرخة في 30-12-2015.

II- قائمة المراجع

أولا: الكتب

1- أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د س ن.

2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط7، دار هومة، الجزائر، 2007.

3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج2، المكتبة العلمية، د س ن، بيروت.

4- أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، ج الثالث والرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1431هـ2009 م.

5- احمد نصر الجندي: مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة، مصر، د د ن، 1992.

6- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج 1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.

جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاضعة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ب ن، 2007.

7- جمعة (هلباوي سمحاوي)، الأهلية وعوارضها، دار الهدى، الجزائر، د س ن.

جمعة عبد المغني لطفي، موسوعة الأحوال الشخصية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د س ن.

8- حسين طاهري، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

9- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

10- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002

11- زبيدة أقروفة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة مقارنة)، د ط، دار الأمل للنشر، الجزائر، 2014.

12- سامية منسي، المرأة وتنظيم الأسرة في الإسلام، دار الفكر العربي، دمشق، 1996.

13- السرخسي المبسوط، باب الإذن للصبي الحر والمعتوه،ج 25، دار المعرفة، بيروت، د س ن

14- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة عقد الإيجار، ط4، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، 1999.

15- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

16- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنصر والتوزيع، عمان، الأردن،

17- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنصر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

18- شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبي، د د ن، الجزائر، د س ن.

19- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، كفاية المحتاج إلى شرح المنهاج، على مذهب الإمام الشافعي، ج4، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

20- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997

21- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للطلاق والزواج بين الحنفية والشافعية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2009

22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

23- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

24- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له ،ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر،2007.

25- عدنان حسن صالح، مسؤولية المسلم في تربية الولد، ط6، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1997.

26- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ن، 2013.

27- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وقت آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1 أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2012.

ـــــــــــــــ قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة ، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ن، 2007.

28- علاء الدين أبي بكر مسعود، الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن.

29- الغوثي بن محلة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2005.

30- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفق للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، ط2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر.

31- كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية-الوصاية-الحجر-الغيبة-المساعدة القضائية) الاختصاص والإجراءات والقرارات منشأة المعارف، مصر، 2003.

32- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر،2004

33- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1950.

34- محمد رواس قلعلجي، معجم لغة الفقهاء، ج1، ط2، دار النفائس، بيروت، 1988.

35- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجة، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1431هـ، 2010م.

36- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

37- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

38- محمد محدة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000.

39- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.

40- المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط1، تونس، 2015.

41- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها تطبيق، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

42- نسرين شريفي، كمال بوفروروة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

43- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق –سوريا، 1986.

ثانيا: المقالات

1- أحمد حماني، "حقوق الطفل في القرآن الكريم"، مجلة الصراط، ع2، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، 2000

2- أحمد عيسى، "الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مال القاصر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009.

3- أسماء بن جامع ، رحماني منصور، "ولاية الأم على مال القاصر بين الإطلاق والتقيد"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 8، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2020.

4- آمنة محمد أسويب، عدنان محمود العساف، "ولاية الأم ووصايتها على أموال أولادها القصر"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية ، المجلد 27، العدد3، الأردن، 2019.

5- إيمان حيدوسي، "ولاية الأم على أولادها القصر قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 50، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2018.

6- أسمهان عفيف، "الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع4، جامعة العربي بن المهيدي أم البواقي، 26-12-2019.

7- بسام محمد قاسم عمر، « الولاية على النفس من منظور الفقه المالكي: دراسة مقارنة »، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، ع36، جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، د س ن.

8- بلقاسم أعراب، "مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، معهد القانونية، جامعة باتنة، 1994.

9- بيبة بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 31، العدد1، قسنطينة، الجزائر، جوان 2020.

10- حمر العين عبد القادر، "ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية السياسية، المجلد 4، العدد 2، تيارت، 2020.

11- ضحى محمد سعيد النعمان، صهيب عامر سالم، "إيجار عقار القاصر"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 9، جامعة كركوك، العراق، 2014.

12- علاوة بوتغرار، "التصرف في أموال القاصر"، مجلة الموثق، ع3، الجزائر، 1998.

13- ليلى عبد الله سعيد، "حقوق الطفل في الأسرة: دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، ع3، جامعة الكويت، 1984.

13- محمد عيد، محمود الصاحب، "حقوق الطفل ومسؤولية الوالدين: دراسة في السنة النبوية والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل"، مجلة الدراسات، م21، ع2، كلية علوم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2004.

14- هشام عليواش، "اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 9، جامعة البليدة 2، الجزائر، د س ن.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-الرسائل الجامعية

1- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2005.

2- عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، 2014،2015.

ب- المذكرات الجامعية

1- مذكرات الماجستير

1- جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فر العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس الجزائر،2006.

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

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.

4- عبد العزيز مقفولجي ، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2003.

5- فرس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا للقضاء الشرعي جامعة الخليل فلسطين، 2008.

6- مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام، دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية العلوم الإنسانية، قسم الشرعية، جامعة الجزائر، 2009-2010.

2- مذكرات الماستر

1- أمال مخلخل، دور قاضي شؤون الأسرة في المحافظة على أموال القصر في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق قانون خاص، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2019.

2- باديس ديلمي، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند ولحاج، البويرة، الجزائر، 2015.

3- حكيم مرطة، ولاية الأم على أبنائها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2016/2015.

4- دعاء غزال، أحكام زواج القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2018/2017.

5- سهير زرارقة، دنيا زاد فرجوخ، الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015-2016

6- سيليا مسعودان، صبرينة سلاماني، إدارة وبيع أموال القاصر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014/2015.

7- نعيمة لبوخي ووردة بركات، الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة المسيلة، 2021/2020.

8- هشام بن جدو، سلطة الولي على أموال القاصر، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020

9- وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2013.

رابعا: المجلات القضائية

1- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1989، عدد4.

2- المجلة القضائية للمحكمة العليا،1991، عدد2.

3- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1993، العدد3.

4- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1997، عدد1.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	2
الفصل الأول: أحكام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر	
تمهيد	6
المبحث الأول: مفهوم الولاية على القاصر	7
المطلب الأول: مفهوم الولاية	7
الفرع الأول: التعريف بالولاية	7
أولا: تعريف الولاية	7
1- تعريف الولاية لغة	7
2- تعريف الولاية اصطلاحا	8
3- تعريف الولاية قانونا	9
ثانيا: تقسيمات الولاية	10
الفرع الثاني: شروط الأولياء وترتيبهم	12
أولا: شروط الولي	12
ثانيا: ترتيب الأولياء	16
المطلب الثاني: مفهوم القاصر	18
الفرع الأول: التعريف بالقاصر	19
أولا: تعريف القاصر	19
1- تعريف القاصر لغة	19

2- تعريف القاصر اصطلاحا	19
3- تعريف القاصر قانونا	20
ثانيا: حكم تصرفات القاصر	20
الفرع الثاني: ترشيد القاصر	22
المبحث الثاني: ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبناءها القصر	24
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	24
الفرع الأول: التعريف بالحضانة	24
أولا: تعريف الحضانة	24
1- تعريف الحضانة لغة	24
2- تعريف الحضانة اصطلاحا	25
3- تعريف الحضانة قانونا	25
ثانيا: شروط إسناد الحضانة للأم	26
الفرع الثاني: مسقطات حضانة الأم على أبنائها القصر	28
أولا: المسقطات الإجبارية	28
ثانيا: المسقطات الاختيارية	29
المطلب الثاني: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر وحالات ممارستها	30
الفرع الأول: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر	30
الفرع الثاني: حالات ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر	32
أولا: ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في حالة الطلاق	32
ثانيا: ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في حالة وفاة لأب	33
خلاصة الفصل	34

الفصل الثاني: نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر	
تمهيد	35
المبحث الأول: الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر	3.6
المطلب الأول: ولاية الحفظ	36
الفرع الأول: الرضاعة و الحضانة	37
أولا: الرضاعة	37
ثانيا: الحضانة	38
الفرع الثاني: حسن تنشئة الصغير	40
أولا: رعاية وتربية الصغير	40
ثانيا: تعليم الصغير	41
ثالثا: حفظ الصغير	42
رابعا: تأديب الصغير	43
المطلب الثاني: ولاية تزويج القاصر	43
الفرع الأول: أنواع ولاية التزويج	44
أولا: ولاية الإجبار	44
ثانيا: ولاية الاختيار	45
الفرع الثاني: الحماية القانونية لزواج القصر	46
أولا: تحديد الولي	46
ثانيا: الترخيص القضائي لزواج القصر	48
المبحث الثاني: الولاية على المال للأم الحاضنة على أبنائها القصر	51
المطلب الأول: تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر والغير المقيدة بإذن القاضي	51

الفرع الأول: أعمال الحفظ والصيانة	51
الفرع الثاني: أعمال الإدارة والانتفاع	52
أولا: أعمال الإدارة	52
ثانيا: أعمال الانتفاع	54
المطلب الثاني: تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي	55
الفرع الأول: حدود تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي	55
أولا: التصرف في عقار القاصر	56
ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة	58
ثالثا: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة	59
رابعا: إيجار عقار القاصر	60
الفرع الثاني: جزاء تصرفات الأم الحاضنة المجاوزة لتصرفاتها	61
أولا: حكم التصرفات التي فيها ضررا محضا	61
ثانيا: حكم تصرفات الأم الحاضنة دون استئذان القاضي	62
ثالثا: سلطة القاضي عند تجاوز الأم الحاضنة لسلطاتها	64
خلاصة الفصل	66
خاتمة	68
قائمة المراجع	71
فهرس المحتويات	83
ملخص	

ملخـــص

ملخص:

يعتبر الطفل من أضعف الفئات في المجتمع، حيث يعتبر الصهر على حمايته وضمان سير جميع مصالحه من مظاهر العناية والاهتمام به.

ولضمان ذلك اصدر المشرع الجزائري مجموعة من النصوص القانونية لاسيما فيما يتعلق بمسألة ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر، من خلال نص المادة 87 ق أ ج، وذلك في حالة طلاق الأم من زوجها أو في حالة وفاته، وذلك رغم كل الصعوبات التي قد تواجهها الأم الحاضنة نظرا لطبيعتها الأنثوية وطبيعة المجتمع الجزائري المسلم المحافظ والتي تعتبر هاته المسألة دخيلة عليه بالإضافة إلى وجود بعض الثغرات القانونية.

كل هذا من أجل وضع الطفل في بيئة مناسبة للنمو السليم من كل النواحي النفسية، العقلية، الجسدية والتربوية.

Résumé :

Les enfant sont considérés parmi les plus faibles catégories dans la société, car veiller sur leur protection et garantir touts leurs intérêts appartient au soin destiné à eux.

et pour garantir ça , le législateur algérien a établi un ensemble de textes juridiques , notamment en ce qui concerne le mandat légal de la maman adoptive à propose de ses enfants mineurs comme cas particulier à travers le contenu de l´ article 87 du code de la famille et ça dans le cas du divorce ou de la mort de l´ époux, malgré toutes les difficulté que la maman adoptive affrontes vu à sa nature féminine et la nature de la société algérien conservative et musulmane, qui pense que cette chose est étrange à elle, en additi0on de l´existence de quelques manques juridiques.

Tout ça pour mettre les enfants dans un entourage adéquat au bon grandissement dans touts les côtés : psychique, physique et éducatif.

ملخص