

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الحماية القضائية للطفل في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذة:

* رواحنة نادية

إعداد الطالبتين:

• أسماء طموزة

• سهام مرطاني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/ رابح بن غريب	أستاذ محاضر - ب -	جامعة جيجل	رئيسا
أ/ نادية رواحنة	أستاذ مساعد - أ -	جامعة جيجل	مشرفا ومقررا
أ/ نسيمة قريمس	أستاذ مساعد - أ -	جامعة جيجل	مناقشا

السنة الجامعية: 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

عملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من اصطنع لكم معروفا فجازوه فإن عجزتم على مجازاته فادعوا له حتى تعلموا أنكم شكرتم، فإن الله شاكر يحب الشاكرين "

اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي على هذه النعمة الطيبة
نعمة العلم والبصيرة.

عرفانا بالجميل والفضل، يسرنا أن نتوجه بأسمى عبارات الشكر
الجزيل وخالص الثناء والتقدير، إلى الأستاذة :

" رواحة نادية "

التي تفضلت بالإشراف على هذه المذكرة

وتكبدت عناء مراجعتها وتدقيقها.

كما نتقدم بشكرنا الخاص إلى أعضاء لجنة المناقشة التي كانت لها الفضل
في تنقيح ومناقشة هذه المذكرة وتقديم الملاحظات

التي نرتقي بها إلى المستوى المطلوب.

وإلى كل من مد لنا يد العون من قريب أو بعيد

في إنجاز هذه المذكرة.

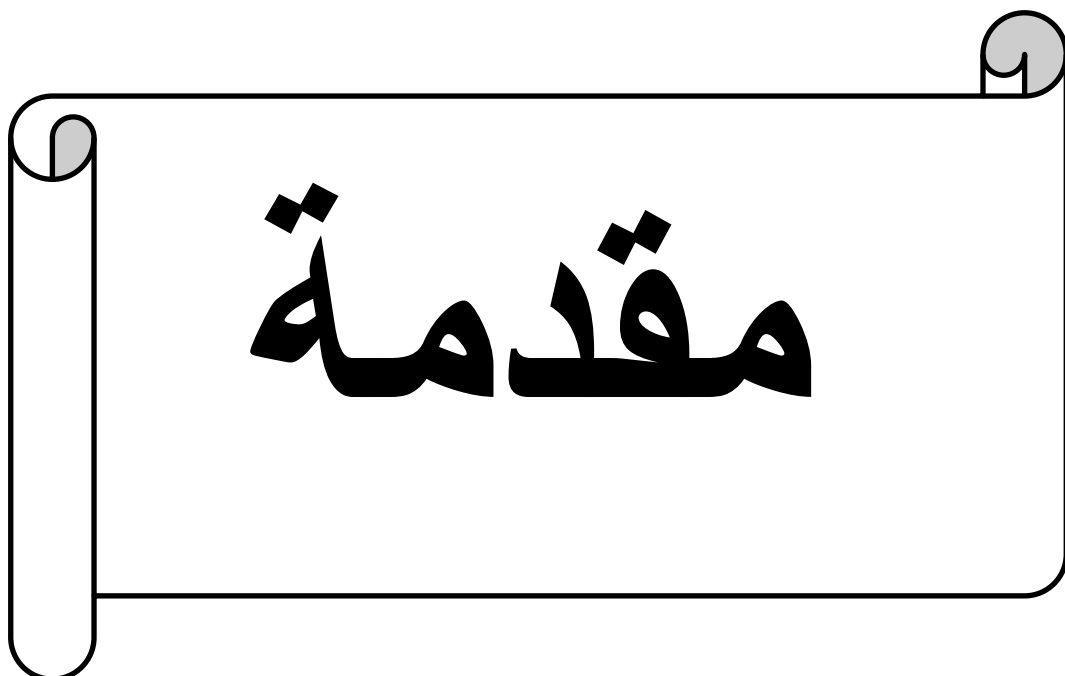
فاللهم أجزههم الجزاء و العطاء، ووقفهم إلى ما تحب

وترضى إنك سميع مجيب.

أسماء
سهام

قائمة المختصرات

قانون الأسرة الجزائري	ق.أ.ج
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.إ
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج
قانون العقوبات الجزائري	ق.ع.ج
المحكمة العليا	م.ع
غرفة الأحوال الشخصية	غ.أ.ش
غرفة شؤون الأسرة والمواريث	غ.ش.أ.م
الغرفة المدنية	م.غ
مجلة قضائية	م.ق
مجلة المحكمة العليا	م.ح.ع
العدد	ع
الجريدة الرسمية	ج.ر
الصفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص.ص
الطبعة	ط
الجزء	ج
دون سنة	د.س



إنّ الأَوْلاد هم زينة الحياة الدنيا وبهم يستمر الوجود الإنساني فهم مستقبل الأمة ، نظرا لعدم قدرتهم على حماية أنفسهم كونهم الفئة الضعيفة، فهم يحتاجون إلى الرّعاية والإهتمام والحماية، حيث تعتبر مرحلة الطفولة الأهم في عمر الإنسان، ولا تقتصر مسؤولية الإعتناء بالطفل وضمان حقوقه على الأسرة، بل تمتد إلى المجتمع والدولة برمتها.

والطفل كما جاء في القرآن الكريم يطلق على المولود بعد أن يكتمل نموّه في بطن أمه ويبقى جنينا إلى أن يولد فيصير طفلا، وهو ما جاء في الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلُ وَلِتَبْلُغُوا أَجَلًا مُّسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾ (1).

كما عرفته الإتفاقية الدّولية لحقوق الطفل لسنة 1989 "... كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر (18) ما لم يبلغ سن الرّشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه" (2). وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فنجد أنّ الطفل هو كل من لم يبلغ الثامنة عشر (18) طبقا لما جاء في القانون 12/15، أمّا القانون المدني فاكتفى بتحديد سن الرّشد.

وقد أحاط الإسلام الطفل منذ ولادته بسياج قويم وعناية بالغة، ويتجلى ذلك في تقرير العديد من الوسائل الشرعية، وكذا التدابير الوقائية للمحافظة على حقوقه منها قاعدة إحياء النّسب، وجوب النفقة... إلخ.

كما وضع المشرع الجزائري العديد من القواعد والتي تضمن له الحماية، غير أنّ تلك الحماية لا يمكن أن تطبق على أرض الواقع إلّا عن طريق القضاء، وذلك بموجب آليات إجرائية تمكّنه من تفعيل القواعد الموضوعية المقرّرة في قانون الأسرة الجزائري، بتكريس مبدأ مصلحة الطفل الفضلي، حتى تكون الحماية القضائية للحقوق الشخصية والمالية بشكل

¹ - سورة غافر، الآية 67.

² - إتفاقية حقوق الطفل المتعمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 20-11-1989، بموجب اللائحة رقم 25-44، ودخلت حيز التنفيذ في 03 ديسمبر 1990.

تكاملية بين المشرع الذي يسن النصوص القانونية، وبين القاضي الذي يفسرها حسب مقتضيات كل قضية على حدى، بموجب ما منح له من سلطة تقديرية، والتي تتسع في بعض المجالات وتضيق في أخرى مراعاة لمصلحة الطفل.

ولهذا الموضوع أهمية كبيرة من الناحية العملية، باعتباره يعالج أمرا حيويا متعلقا بشريحة حساسة من المجتمع، لأنّ موضوع حماية الطفل يرتبط أساسا بنظام الأسرة الذي أصبح مهددا في ظل المستجدات الراهنة، ما يستدعي توفير أقصى حماية من خلال إجراءات خاصة والتي تخوّل لقاضي شؤون الأسرة تقديم مصلحة الطفل سواء كان ذلك في الإطار الأسري أو خارجه، وكذا الرقابة على من يتولى رعايتهم، سواء كانت ولاية على النفس أو على المال، وحتى حماية الطفل من تصرفاته الضارة به، نظرا لما يترتب على هذه الحماية من انعكاسات على واقع الأمة ومستقبلها.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع في الواقع المعاش اخترناه في هذه الدراسة الأكاديمية الموسومة "بالحماية القضائية للطفل في قانون الأسرة الجزائري" بالإضافة إلى أسباب أخرى ذاتية وموضوعية، فأما الذاتية فتتمثل في الإنجذاب إلى الموضوع باعتبار أنّ الطفل نواة المستقبل، كذلك الرغبة في إثراء المكتبة العلمية من خلال التطرق إلى الجانب (التطبيقي) الإجرائي وعدم الإكتفاء بالنظري.

وأما الأسباب الموضوعية فتتمثل في الإشكالات التي يثيرها موضوع الحماية القضائية للطفل في المجتمع، والإنتهاكات الصارخة لحقوق الطفل الشخصية والمالية من طرف الآباء والمجتمع بصفة عامة، بالإضافة إلى الإهتمام المتزايد بحماية حقوق الطفل على المستوى الدولي والوطني مع أنّ هذا الإهتمام يغلب عليه الطابع النظري، ولذلك حاولنا تسليط الضوء على الجانب التطبيقي له مع إبراز الإجتهد القضائي في ذلك.

أما عن أهداف الدراسة فهي بحث الإشكالات العملية التي يتعرّض لها القضاة عند تطبيق النصوص القانونية الخاصة بالطفل، ومدى مراعاتهم لمصلحة الطفل الفضلى

وبالتالي توفير الحماية الكافية، سواء كان ذلك من خلال الإجراءات أو التدابير المتخذة، أو خلال النطق بالحكم.

التعرف على مدى انسجام الإجهادات القضائية مع مقتضيات واقع المجتمع الجزائري من خلال تطبيقه للنصوص الواردة في قانون الأسرة، وهو الأمر الذي استوجب طرح الإشكالية التالية:

ما مدى الحماية التي يكفلها القضاء للطفل من خلال قانون الأسرة الجزائري وفقا للسياسة التشريعية الرامية إلى تقديم مصلحة الطفل؟

ويندرج تحت هذا الإشكال العام تساؤلات فرعية:

- ما هي مظاهر حماية القضاء لنسب الطفل؟.
- هل للقاضي الدور الفعال في حماية الطفل في مجال الولاية على النفس؟.
- هل القضاء يحمي حقّ الطفل في النفقة والتملك؟.
- ما هو الدور الذي يلعبه القضاء من خلال نظام النيابة الشرعية في حماية حقوق الطفل المالية.

أما عن الدراسات السابقة، فلم نتوصّل في حدود اطلاعنا على دراسات سابقة بهذا العنوان، بينما تحصّلنا على مجموعة من البحوث والرّسائل العلمية يتناول كل منها موضوع معيّن، منها ما تعلّق بأطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير حسب ترتيب عناصر البحث نذكر بعضها:

أمال علال برزوق، بعنوان أحكام النسب بين القانون الجزائري والفرنسي -دراسة مقارنة-
أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه 2014-2015

دليلة سلامي، بعنوان حماية الطفل في ق.أ.ج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير 2007-

نسرین ایناس بن عصمان، بعنوان: مصلحة الطفل في ق.أ.ج، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير 2008-2009.

إيمان معمري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، بعنوان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة 2014-2015.

محمد بوعمره، بعنوان أموال القصر في تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير 2012-2013.

وقد واجهنا عدة صعوبات، والمتمثلة أساسا في قلة المراجع التي تتناول موضوع الحماية القضائية للطفل فالغالبية تهتم بالجانب النظري، وهو إقرار الحقوق دون الجانب الإجرائي المتمثل في الدور الفعّال الذي يجب أن يقوم به القاضي في سبيل تفعيل هذه الحقوق.

اتساع الموضوع وتشعبه نظرا لتضمنه عناصر كثيرة وكل عنصر يتطلب البحث والتركيز سواء من الجانب النظري أو الإجرائي، فعناصر يتجسد فيها دور القاضي بشكل كبير وعناصر أخرى يكاد ينعدم فيها دور القضاء مما أثر على تقسيم البحث وهذا الأمر أجهدنا كثيرا في ضبط خطة متوازنة وشاملة لكل جزئيات البحث.

ولبحث هذا الموضوع وسير أغواره وجمع شتاته اتبعنا المنهج الإستقرائي من خلال تتبع المواد في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والإجتهدات القضائية، ثم بعدها طبقنا المنهج التحليلي على تلك النصوص والإجتهدات للوصول إلى مدى التطابق بين الجانب النظري والعملي، كما اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك من خلال بيان الدور الذي يلعبه القضاء في حماية الطفل.

وللإجابة على الإشكالية وعلى التساؤلات الفرعية السابق طرحها اعتمدنا الخطة الآتية:

الفصل الأول: الحماية القضائية للطفل من الناحية الشخصية.

المبحث الأول: الحماية القضائية لنسب الطفل.

المبحث الثاني: الحماية القضائية للطفل في مجال الولاية على النفس.

الفصل الثاني: الحماية القضائية للطفل من الناحية المالية.

المبحث الأول: الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة والتملك.

المبحث الثاني: الحماية القضائية للطفل عند إدارة أمواله من طرف الغير وعند تصرفه

فيها.

الفصل الأول
الحماية القضائية للطفل من
الناحية الشخصية

إن الدور الحمائي الذي يلعبه القضاء في حماية حقوق الطفل الشخصية، جاء ليجسد الإهتمام الذي أولته الشريعة الإسلامية بالطفل، حيث أحاطه الإسلام منذ ولادته بسياج قويم ومتين من خلال حماية حقوقه الشخصية المرتبطة أساسا بالأسرة، فبرز تدخل القضاء في بعض الجوانب ضمانا لمصلحة الطفل الفضلى المقررة عن طريق التشريع من خلال السلطة التقديرية للقاضي دون إهمال الأطفال الذين هم خارج إطار العلاقة الزوجية، حيث تم وضع نظام بديل يتم من خلاله حماية هؤلاء الأطفال الذين هم خارج إطار الأسرة، ومن هذا المنطلق أناط مسؤولية حفظ حقوق الأولاد بالوالدين أو من يقوم مقامهما، ومن أجل معرفة مدى حماية القضاء لحقوق الطفل الشخصية يقتضي منا التطرق لهذه الحماية في مجال النسب (المبحث الأول)، ثم في مجال الولاية على النفس (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحماية القضائية لنسب الطفل

يعتبر النسب حق من حقوق الله تعالى، وهو حق للأولاد وقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ النسب ومنعه من الضياع، فقد تسامحت في إثبات النسب ما أمكن وعاقبت وهددت كل من تسوّل له نفسه بإنكار النسب، ولكن ما يلاحظ اليوم أن منازعات النسب أصبحت من أكثر القضايا التي تعرض على القضاء نظرا لفساد الأخلاق وغياب الوازع الديني، والطفل هو الطرف الضعيف في هذه القضية، فما هو دور القاضي الذي تعرض عليه قضية إثبات النسب، خاصة دعوى إثبات نسب الطفل لأبيه، فهل يراعي مصلحة الطفل ويجتهد في تفسير النص القانوني لصالحه، ومن خلال النصوص القانونية سنجد دور القاضي في أسباب ثبوت النسب (المطلب الأول)، وطرق إثبات النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي من خلال أسباب ثبوت النسب

إذا كان نسب الولد لأمه ثابت في كلّ الحالات، سواء كانت ولادة شرعية أو غير شرعية، فإنّ نسب الولد لأبيه يختلف تماما عن ذلك، فلا يثبت نسب الطفل إليه إلا عن طريق الفراش، فالمشرع الجزائري نص في المادة 1/40 من ق.أ.ج والمعدلة بموجب الأمر 02-05 على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"⁽¹⁾. فسبب ثبوت نسب الولد لأبيه يكون بالزواج الصحيح (الفرع الأول)، أو بالزواج غير الصحيح

¹ - القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج ر، ع 24، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984.

(الفرع الثاني)، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال هذا المطلب موضحين موقف القضاء ودوره في حماية نسب الطفل.

الفرع الأول

ثبوت النسب بالزواج الصحيح

يكون عقد الزواج صحيحاً إذا توافرت شروطه وأركانه المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، فإذا جاء عقد الزواج مستوفياً لأركانه وشروطه، عدّ صالحاً لإثبات النسب دون اشتراط لبينة من الزوجة أو إقرار من الزوج، والزواج الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد لأبيه، سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية (أولاً)، أو بعد انحلال الرابطة الزوجية (ثانياً).

أولاً: ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية.

لقد اتفق الفقهاء بأن المرأة المتزوجة زواجا صحيحاً، إن أتت بولد فينسب إلى زوجها ولثبوت النسب بالزواج الصحيح لا بد من توافر شروط⁽¹⁾ وهذه الأخيرة منصوص عليها في الشريعة الإسلامية، وكذا قانون الأسرة من خلال المادة 41 من ق.أ.ج التي تنص على مايلي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة"، إذن فالشروط تتمثل في إمكانية الاتصال بين الزوجين(1)، ولادة الطفل في المدّة المحددة قانوناً(2)، عدم نفي الولد بالطرق المشروعة والمتمثلة في طريق اللعان(3).

1- إمكانية الاتصال بين الزوجين:

جاءت المادة 41 المذكورة أعلاه واضحة وصريحة بأن ثبوت نسب الولد لأبيه، يكون متى أمكن الإتصال بين الزوجين مع إمكانية الدخول والمعاشرة الحقيقية وهذا ما قال به

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص681.

جمهور الفقهاء⁽¹⁾، وهذا على خلاف الحنفية الذي يرى أنه يكفي التقاء الزوجين عقلا لثبوت نسب الولد من الزوج، حتى ولو لم يكن هناك تلاقي حسا⁽²⁾، كما أنّ الحنفية يثبتون النسب من تاريخ العقد، حتى ولو لم يكن هناك وطء أو دخول، وهذا من باب الإحتياط للولد وعدم ضياعه وستر للعرض، ومنع وقوع مشكلة اللقطاء، فألحق الولد بمن له زوجية صحيحة، فإن كان الزوج متأكد أنّ هذا الولد ليس منه فيلجأ إلى اللعان من أجل نفيه⁽³⁾.

وقد أكد قضاة المحكمة العليا شرط قيام الزوجية وإمكانية الإتصال بين الزوجين كدليل لثبوت النسب، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المقرر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز 8 أيام ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأنّ الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وألاّ تأثير لغيبية الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأنّ القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون"⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة أنّه إذا اعترض الإنجاب الطبيعي عائق مرضي خاص بأحد الزوجين أو بكليهما، فإنّ العلماء توصلوا إلى أنّه يمكن أنّ تصبح المرأة حاملا دون الإتصال الجنسي وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي وما يعاب على المشرع الجزائري أنّه لم يشر في نص المادة 41 ق.أ إليه وإنما قام بإضافة مادة جديدة بموجب الأمر 05-02 وهي المادة⁽⁵⁾

45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص388.

² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص351.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص683.

⁴ - م ع، غ أ ش، رقم 165408، بتاريخ 08-09-1997، م ق، ع 01، 2001، ص67، (نقلا عن باديس نيايبي حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدّم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي- ط1، دار الهدى، الجزائر، 2010، صص16-17).

⁵ - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم للقانون 84-11، ج ر، ع 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005 .

والمتصفح للمادة 45 مكرر يجدها تنقسم إلى ثلاث فقرات حيث تضمنت الفقرة الأولى حكم اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، وجاء فيها: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي..."، ويفهم منها أنّ التلقيح جائز للزوجين وهذا في حالة عدم إمكانية الإنجاب طبيعياً، وبسبب أحد الأمراض المانعة للحمل، أما الفقرة الثانية فقد تضمنت الشروط التي يخضع لها التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما وأن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، وبالنسبة للفقرة الثالثة: فقد نصت على أنه: "...لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وقد جاء في قرار مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث في عمان من 08-12 صفر سنة 1407 الموافق لـ1986: "رأى مجلس المجمع أنّه لا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الحاجة في حالتين هما:

- أن تؤخذ نطفة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها لتلقح تلقياً داخلياً.
- أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع في رحم الزوجة.

مع ضرورة التأكيد على أخذ كل الاحتياطات اللازمة والله أعلم⁽¹⁾.

وبالتالي فكل مولود ناتج بالطرق الأخرى للتلقيح الإصطناعي، فلا يثبت نسبه بها لأنها ليست من ماء الزوج وماء زوجته وإنما من ماء أجنبي، فيكون حكم نسبه حكم ولد الزنا⁽²⁾.

¹ - حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص96.

² - المرجع نفسه، ص نفسها.

2-ولادة الطفل في المدّة المحددة قانوناً:

يشترط في نسبة الولد لأبيه أن تأتي به الزوجة لسته أشهر فأكثر من الزواج، حيث نصت المادة 42 ق.أ.ج على مايلي: "أقل مدة للحمل ستة (06) أشهر..."

أمّا أقصى مدة الحمل فلم يكن هناك اتفاق حولها كما هو الشأن بالنسبة للمدة الدنيا ولكن نجد قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بمدّة عشرة (10 أشهر) كأقصى مدة للحمل⁽¹⁾.

حيث تحسب مدة الحمل من قيام العلاقة الزوجية شرعاً، وإمكانية الإتصال وهو ما أخذ به القضاء الجزائري في عدة قرارات، ومنها القرار الآتي ذكره: "من المقرر شرعاً أنّ الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإنّ الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوماً، لا يثبت نسبه لصاحب الفراش ولما كان كذلك فإنّ النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرّفص.

إذا كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02-11-1981 وأن البنت ازدادت يوم 06-01-1982 أربع وستون يوماً من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعدّ زناً لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

وبالتالي فالقضاة طبقوا نصوص قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، ولم يتساهلوا في منح النسب لأن الشريعة الإسلامية حريصة على حفظ النسب باعتباره حق من حقوق الله تعالى، وهذا منعا من اختلاط الأنساب وشيوع الفاحشة.

¹- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدّم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص22.

²- م ع، غ أش، رقم 35087 بتاريخ 27-12-1984، م ق، ع01، لسنة 1990، ص86، (نقلا عن المرجع السابق، ص22).

3- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة والمتمثلة في طريق اللعان:

المشرع الجزائري لم يعرف اللعان ولا كيف يتم إلا بالنسبة للميراث، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية، وكذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، فإن نفي النسب لا يكون إلا في زواج شرعي صحيح، وخلال مدة زمنية محددة بعد علم الزوج بالحمل أو بالولادة، واللعان يكون أمام القاضي المرفوعة أمامه دعوى نفي النسب، بسبب اتهام الزوجة بالخيانة وأن هذا الإبن ليس منه وإنما ابن زنا ويشترط ألا يكون سبق هذا النفي إقرار بهذا الولد سواء كان صريحا أو ضمنيا، ولا يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يحكم بنفي النسب إلا بعد ممارسة إجراءات اللعان وفقا للطريقة الشرعية*، وينجم عنها نفي النسب عن الأب وينسب إلى أمه، في الوقت نفسه وضمن الحكم التفريق بين الزوجين المتلاعنين (1).

ما يمكن ملاحظته على مستوى القضاء الجزائري، أنه متشدد مع الأب المباشر لدعوى اللعان، إذا لم يقدم الأسانيد والأدلة على ما يدعيه وفق آجال قصيرة جدا وهي 8 أيام من يوم علمه بالحمل، وذلك من أجل التصدي في وجه المتصلين من نفقات أولادهم (2).

وفي رأينا هذا إجراء محمود ويكرس حماية أكبر لنسب الطفل والحفاظ عليه وتضييق المجال أمام الآباء الذين يقدمون على التصل من المسؤولية بالإدعاء أن الأطفال ليس

*بالنسبة لمكان الملاعة فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28-04-1997 إلى أن اللعان لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق، كما أن القاضي يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع بتعيين محضر قضائي لحضور جلسة اللعان مع تحديد المسجد وتاريخ الجلسة وتوضيح صيغة اللعان. (محمد شمروك، مراد مصمودي ، عدلان غربي السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008 ص 42).

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2013 ص 150-153.

² باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدّم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص 48.

منهم، كما أن الشريعة الإسلامية شددت وهددت الآباء والأمهات الذين يتخلون عن أولادهم بإنكار نسبهم.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أنه ينسب الولد لأبيه، متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، ومن المستقر عليه قضاءً أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام، ومتى تبين في - قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من علمه به خلال المدة المحددة شرعاً، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلاً قاطعاً ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب أبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام م 41 ق.أ.ج وأخطأوا في المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب"⁽¹⁾.

يبدو من خلال هذا القرار أن قضاة الموضوع اعترفوا بصحة الزواج العرفي ولكنهم لم ينسبوا الولد إلى هذا الأب، مع أنه المعمول به في القضاء والمنصوص عليه قانوناً أنه لما يثبت الزواج العرفي ويسجل يترتب عليه تثبيت نسب الأولاد أيضاً، في هذا القرار قضاة الموضوع كانوا مقصرين في حق الطفل ولم يراعوا نصوص الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى إحياء الولد والمحافظة على النسب، وبالتالي لم يكن دورهم فعال في حماية نسب الطفل لأنهم أخطأوا في تطبيق نصوص قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المحكمة العليا تداركت هذا الأمر بنقض قرارهم وهذا ما يعزز دورها الفعال والحماي لمصلحة الطفل والمجتمع ككل.

إذن يثبت النسب أثناء العلاقة الزوجية متى توافرت شروطه والتي سبق ذكرها دون حاجة إلى بينة أو إقرار.

¹ - م ع، غ أ ش، رقم 99000، بتاريخ 23-11-1993، م.ق، عدد خاص، د س، ص 64، (نقلا عن فضيل العيش قانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر التعديلات 2005، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 40).

ثانياً: ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية.

تتحل الرابطة الزوجية إمّا بالطلاق وإمّا بالوفاة، وبالرجوع إلى المادة 43 من ق.أ.ج نجدها تنص على أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة، ومن خلال المادة 60 ق.أ.ج نجدها تنص على أن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة⁽¹⁾.

وتتضمن نصوص هاته المواد، ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها(1)، وثبوت نسب المطلقة(2)، وثبوت نسب ولد الغائب عنها زوجها(3).

1- ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها:

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁽²⁾.

ومن ثم فإن النسب يثبت للمتوفى إذا أتت أرملته بولد ما بين تاريخ الوفاة وبين أقصى مدة الحمل، أي عشرة أشهر، لاحتمال أن الحمل كان قائماً وقت الوفاة⁽³⁾.

ففي حالة قيام نزاع حول نسب الولد لأبيه وأقام ورثة الوالد دعوى يشككون في نسب هذا الطفل لأبيه، فعلى القاضي المعروضة عليه هذه الدعوى التحقق من قيام حالة الزواج الصحيح، ومن أن هذا الطفل ولد خلال أقصى مدة الحمل، فإن تأكد من ذلك جاز له الحكم بالحقاق نسب هذا الطفل لأبيه⁽⁴⁾.

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 148.

² سورة البقرة، الآية 234.

³ أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة-، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 105-106.

⁴ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 149.

2- ثبوت نسب ولد المطلقة:

يثبت نسب ولد المطلقة سواء قبل الدخول أو بعده وعليه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول أو الخلوة، ثم ولدت ولدا بعد الطلاق فإن كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج والسبب هو التيقن أن الحمل وقع قبل الطلاق، وإن أتت به بعد مضي 6 ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج، إذ لا تيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة⁽¹⁾.

أما إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، فإن ولد المطلقة يثبت للزوج، إذا تبين أنها ولدت قبل مضي أقصى مدة الحمل وهي 10 أشهر من تاريخ الطلاق⁽²⁾.

وعليه إذا تأكد القاضي من أن الطفل ولد خلال أقصى مدة الحمل جاز له أن يحكم بإثبات نسب هذا الطفل إلى أبيه، وفي هذا المعنى صدر قرار للمحكمة العليا، بتاريخ 15-06-1999، في القضية رقم 222674 مفاده: "أنه متى تبين أن الولادة موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وقبل نهاية أقصى مدة الحمل التي هي عشرة أشهر والتي تحسب من تاريخ الانفصال أو من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فإن إسناد نسب الولد إلى أبيه تطبيق صحيح القانون"⁽³⁾.

ما يجب التنويه إليه، أنّ المشرع الجزائري من خلال صياغته لنص المادة 43 ق.أ، لم يكن دقيقا عندما حدد حالتي انحلال الزواج، واستغنى عن مصطلح الطلاق، وفصل مصطلح الانفصال، أمّا في نص م60 ق.أ.ج السابقة الذكر أيضا، فقد استعمل مصطلح

¹ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص352.

² المرجع نفسه، ص نفسها.

³ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص149.

الطلاق، وهذا ما يطرح عدة إشكالات فالطلاق في ظل القانون الجزائري لا يكون إلا بحكم⁽¹⁾ وفقا للمادة 49 / 01 ق.أ.ج⁽²⁾.

وعليه نبدأ بحساب مدة عشرة (10) أشهر من يوم صدور حكم الطلاق من القاضي فيمكن للزوجة المطلقة أن تلد ولدا خلال مدة عشرة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالطلاق فيثبت نسب الطفل إلى المطلق، إلا أن هذا الطفل قد أنجب خلال مدة أكبر من عشرة أشهر فعلى المشرع الجزائري أن يضبط المصطلحات حتى لا يكون هناك تناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية.⁽³⁾

3- ثبوت نسب ولد الغائب عنها زوجها:

إذا كان هناك زواج شرعي وصحيح مستوفي لأركانه وشروطه وحصل الدخول وعاشر الزوج زوجته، ولكن لسبب من الأسباب غاب الزوج عن زوجته كأن يكون دخل السجن أو سافر من أجل طلب العلم أو العمل وطالت مدة الغياب أي تجاوزت السنة، دون أن يثبت أنه وقع تلاقى أو اتصال جنسي بين الزوجين، وجاءت الزوجة بولد بعد انقضاء أقصى مدة الحمل فإن هذا الولد يعتبر ولدا للفرش ويمكن نسبه إلى أبيه، إلا إذا نفاه بالطرق المشروعة لكن إذا سكت وقبل التهنئة بولادته أو تقديم هدايا له أو لأمه، يعتبر إقرارا منه بأنه ولده ولا يقبل نفيه بعد ذلك⁽⁴⁾، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها وهو القرار رقم 165408 الذي سبق ذكره.

¹ - أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص 95.

² - "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة (3 أشهر) إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى".

³ - أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص ص 95-96.

⁴ - المرجع نفسه، ص 108.

الفرع الثاني

ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح

يقسم المشرع الجزائري، الزواج غير الصحيح إلى زواج باطل وفساد بموجب المادتين 32 و33 ق.أ، فما هو دور القاضي في حماية الطفل الناتج عن هذا الزواج غير الصحيح؟ هل يثبت نسب الولد لأبيه مباشرة أم هناك شروط يجب توافرها لإلحاق النسب.

وسوف نبين ذلك من خلال ثبوت النسب بالزواج الباطل (أولاً)، ثبوت النسب بالزواج الفاسد (ثانياً)، ثبوت النسب بنكاح الشبهة (ثالثاً).

أولاً: ثبوت النسب من زواج باطل.

وهو كزواج المسلمة بغير المسلم، والزواج بدون توفر ركن الرضاء فهذا لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الشرعي الصحيح، ولا ينشأ عنه أي التزام لطرف اتجاه الطرف الآخر، ولو حصل فيه دخول يعتبر وجوده كعدمه ويفرق بين الزوجين في الحال⁽¹⁾، فإذا دخل بها فهو بمثابة زنا ولا يثبت نسب ولده منه في هذه الحالة، ويثبت في حقه الحد ولكن إذا دخل بها، جاهلاً بالبطلان فإن الولد ينسب له حسب المادتين 34 و40 ق.أ.ج.⁽²⁾

ثانياً: ثبوت النسب بالزواج الفاسد.

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، حيث ألحقه الشارع الحكيم به وهذا إحياء للولد ومحافظة عليه⁽³⁾، كما أن المشرع الجزائري لا يرتب على الزواج الفاسد قبل الدخول، إثبات النسب لأن ذلك يعد زناً، بل يعترف به بعد الدخول وتترتب عليه آثار قانونية

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص149.

² أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص122.

³ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق، الخلع، وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية-، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص211.

متمثلة في النسب، الإرث والنفقة، وذلك إعمالاً لمبدأ "وجوب الاحتياط لثبوت النسب حفاظاً للولد من الضياع"⁽¹⁾.

ولابد من توافر شروط في الزواج الفاسد ليثبت النسب به وهي:

- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل بأن يكون بالغاً عند المالكية والشافعية.
 - تحقق الدخول بالمرأة، فلو لم يكن هناك دخول فلا مجال لإثبات النسب الولد، لأن الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول الحقيقي⁽²⁾.
 - أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة، عند المالكية ومن تاريخ الدخول عند الحنفية فلو أن المرأة جاءت بولد قبل مضي ستة 6 أشهر من الدخول والخلوة عند الأولين لا يثبت نسبه من الرجل، كونه قد يكون من رجل آخر، ولكن إذا ولدته المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة ثبت نسبه من الرجل⁽³⁾.
- وعند ثبوت نسب الولد لأبيه، فإنّ هذا الأخير لا يمكنه نفيه عن طريق اللعان، لأن اللعان يكون في الزواج الصحيح فقط، فلا لعان بين الزوجين في زواج فاسد، ذلك أن الآية الكريمة من سورة النور الآية رقم 6-9 واردة في اللذين يرمون أزواجهم، والزواج المقصود هنا هو الزواج الصحيح⁽⁴⁾، "الفراش للزواج الفاسد أقوى من الفراش في الزواج الصحيح"⁽⁵⁾.

¹- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدّم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص 53.

²- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 353.

³- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 687.

⁴- دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007-2008، ص 17.

⁵- أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص 124.

وقد جرى العمل على إثبات النسب للنكاح الفاسد على مستوى القضاء الجزائري، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار، ولزم الإقرار الحمل في بطن امرأة..."¹
كما أنّ إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

خلاصة القول أنه إذا كان العقد الفاسد يعتبر كالصحيح فيما يتعلق بإثبات النسب لذلك من المنطقي أن يعامل كالعقد الصحيح من حيث احتساب مدة الحمل، وهي من إمكانية الاتصال وقد يكون ذلك من تاريخ إبرام العقد⁽¹⁾.

ثالثا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة.

المقصود بنكاح الشبهة أن يعقد رجل على امرأة وهي محرمة عليه، ويعاشرها مع جهله أنها من المحرمات⁽²⁾، وهو من الأنكحة القليلة الحدوث وتنقسم إلى ثلاثة أنواع شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الحل⁽³⁾.

فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي القائم على الشبهة لا يكفي أنه زنا، والدليل على ذلك أنهم أثبتوا النسب في حال نكاح الشبهة⁽⁴⁾. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، حيث أقر بثبوت نسب الولد من أبيه في نكاح الشبهة ويتجلى ذلك بوضوح من خلال نص المادة 40 ق.أ.ج "يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بنكاح الشبهة..."

¹ باديس نياي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص54.

² دليلة سلامي، مرجع سابق، ص18.

³ باديس نياي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقيح، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص55.

⁴ المرجع نفسه، ص56.

فإذا جاءت الموطوءة من شبهة بولد ما بين أقل مدّة الحمل وأكثرها وتؤكد القاضي من أنّ هذا الولد من نكاح الشبهة ينسب لأبيه، لأنّ ذلك يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون كما هو واضح في قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: "... من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة وبكل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون ومن ثمّ فإنّ القضاء بهذا المبدأ يعدّ تطبيقاً سليماً للقانون" (1).

وما لفت انتباهنا أنّ المحكمة العليا قد وسعت في تكييف نكاح الشبهة، حيث اعتبرت أنّ الاغتصاب الثابت بحكم قضائي، يعدّ وطء بالإكراه ويكيّف بكونه نكاح شبهة، ومع أنهم راعوا مصلحة الطفل من خلال إلحاق نسبه بأبيه إلا أنهم خالفوا قواعد الشريعة الإسلامية التي أحاطت النسب بنصوص محكمة ومنعت إلحاق نسب الطفل الناشئ عن علاقة غير شرعية لأبيه منعا من اختلاط الأنساب وهذا القرار ضرب صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية فقد تضمن هذا الأخير الصادر بتاريخ: 12-05-2011 ما يلي: "...حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ويتبين أن قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتماداً على أن البنت ولدت بعد شهر وثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية، حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من ق.أ.ج، فإنّ النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح، فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنّه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده وهو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه، وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية، لأنه في حالة ثبوت الإغتصاب بحكم قضائي يعدّ وطء بالإكراه ويكيّف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقاً بنص المادة المذكور" (2).

¹ محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، 2008، ص 117.

² م ع، غ ش أم، رقم 617374، بتاريخ 12-05-2011، م ح ع، ع 1، لسنة 2012، ص ص 1-2-3.

المطلب الثاني

دور القاضي من خلال طرق إثبات نسب الطفل

وهو الطريق الذي يقيم من خلاله المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه، وعليه يعتمد القاضي في إصدار حكمه في مجال إثبات النسب، وتعتبر طرق إثبات النسب في قانون الأسرة من قبيل الإثبات الكاشف لما نتج عن زواج صحيح مستوف لأركانه وشروطه ولا يثبت النسب الناتج عن علاقة غير مشروعة لأبيه وإنما لأمه، وهناك طرق تقليدية لإثبات النسب (الفرع الأول)، وطرق علمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطرق التقليدية

تعتبر الطرق الشرعية الوسيلة الأصلية في إثبات النسب، إذ تضمنتها الشريعة الإسلامية ونص عليها المشرع الجزائري واعتمد عليها القضاء، وتتمثل الطرق الشرعية في إثبات النسب حسب نص المادة 40 ق.أ.ج، الإقرار (أولاً)، والبينة (ثانياً).

أولاً: الإقرار كوسيلة لإثبات نسب الطفل.

تنص المادة 44 من ق.أ.ج على: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"، فقد تضمنت هذه المادة الشروط الموضوعية للإقرار (1)، كما أن المادتين 490 و491 ق.إ.م.⁽¹⁾ تضمنت الشروط الإجرائية (2).

¹ - القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

1- الشروط الموضوعية للإقرار:

من خلال نص المادة 44 ق.أ.ج، نستخلص أن دعوى إثبات النسب تتطلب توفر عدة شروط منها ما تعلق بنفس المقر بالنسب فلا بد أن يكون المقر بالغاً عاقلاً، وبالتالي لا يصح الإقرار بالنسب من المجنون أو الصبي⁽¹⁾، وأن يكون مختاراً غير مكره، فإذا تم الإقرار بالنسب عن طريق الإكراه فلا يصح ولا يثبت به النسب⁽²⁾.

ومنها ما تعلق بالمقر له بالنسب الذي يقتضي أن يكون مجهول النسب، والمقصود بمجهول النسب الطفل الذي يكون أبوه غير معلوم في البلد التي ولد بها فإن كان للمقر له نسب معلوم، فالإقرار لا يصح وذلك لأن الأصل أن إثبات النسب مقرر لحماية مصالح مجهولي النسب واللقطاء، أما من هم معلوموا النسب فلا يصح الإقرار بنسبهم من آخرين⁽³⁾.

وما يجب التنويه إليه أن اللقيط له أحكام تميزه عن مجهول النسب في الشريعة الإسلامية فقد عرفه محمد أبو زهرة بأنه: "مولود نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك... وإذا أقر واحد بنسب اللقيط منه وثبت نسبه منه مادامت شروط الإقرار مستوفاة، ولو كان المقر غير مسلم، ولكن يستمر اللقيط مسلماً بحكم الالتقاط، ويلاحظ هنا رأي مالك الذي لا يحكم بالنسب إلا إذا بين المقر وجهها شرعياً له، وإذا لم يكن للقيط مال، ولم يدع أحد نسبه وأبى الملتقط الإنفاق عليه، وثبت أنه لقيط، فإنه تكون نفقته واجبة على بيت مال المسلمين فيرتب له منه مقدار حاجة من طعام وكسوة"⁽⁴⁾.

¹ نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 19.

² المرجع نفسه، ص نفسها.

³ ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د س، ص 71.

⁴ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 401-402.

إنّ فبالرغم من أن اللقيط ومجهول النسب يشتركان في مركز دائرة واحدة وهو غياب النسب مهما كان الطرف إلا أن اللقيط يختلف عن مجهول النسب في كونه مجهول النسب من الطرفين⁽¹⁾.

ورغم الإختلاف الموجود بينهما، فالمشرع الجزائري جمع بينهما في مصطلح واحد وهو عبارة "مجهول النسب" التي جاءت في نص المادة 44 ق.أ.ج، ولم يفرد اللقيط بأحكام خاصة⁽²⁾ فعلى المشرع أن يستدرك هذا الفراغ التشريعي ويأتي بنصوص وأحكام تخص اللقيط، لأنّ ظاهرة الأطفال اللقطاء استفحلت في المجتمع وانتشرت بكثرة، فلا بد من توفير الحماية الكافية لهاته الفئة⁽³⁾.

أن يصادق المقر له المقر في إقراره، إضافة إلى شرط مهم وهو ألاّ يكون المقر له ناتج عن علاقة غير شرعية⁽⁴⁾، وألاّ يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا، فإن صرح في إقراره بذلك فلا يثبت النسب منه، لأنّ الزنا جريمة ولا يصلح أن يثبت به نعمة النسب⁽⁵⁾.

بالإضافة إلى توافر شروط في نسب المقر به فيجب أن يصدقه الحس؛ أن يكون هناك احتمال ثبوت المقر به من نسب المقر، بأن يكون ممن يولد مثل المقر به لمثل المقر، بأن يكون السن مناسب... فمن قال لغلام هذا ابني وكان سن الغلام عشر سنوات وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الإقرار عند الحنفية فحسب رأيهم أن الغلام لا يولد قبل بلوغ سن الثانية عشرة⁽⁶⁾.

¹ - محمد ولد عال محمياي، مرجع سابق، ص 126.

² - المرجع نفسه، ص نفسها.

³ - مخاطرية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقاه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، د س، ص 111.

⁴ - نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 19.

⁵ - أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 214.

⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 691.

وخلاصة القول أن القاضي لا يجوز له الحكم بإسناد ولد معلوم النسب وناتج عن زواج أب وأم معلومين عن طريق زواج رسمي وصحيح إلى رجل أو امرأة غيرهما. ولا يجوز للقاضي أيضا أن يحكم بإسناد ولد مجهول النسب إلى رجل معين لا يصدقه العقل ولا العادة⁽¹⁾.

ومن ثم فالقاضي قبل أن يحكم بإثبات النسب عن طريق دعوى الإقرار أن يتأكد من توافر الشروط التي ذكرناها آنفا، والتي نصت عليها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، فإذا ما تحقق من توافرها، جاز له الحكم بإثبات نسب الطفل إلى المقر طبقا لقاعدة إحياء الولد وحفظ النسب من الضياع، والذي تترتب عليه كافة الآثار للولد على أبيه من نفقة وحضانة وميراث، وإذا ثبت النسب بالإقرار فلا يصح الرجوع فيه.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "فضلا عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته سجل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإن ذلك يعدّ إقرارا منه بنسب البنت وفق نص المادة 40 المشار إليها وأن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس وأن الإقرار لا يحتمل النفي من المقر لما في ذلك من حق البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديد ويعرض القرار للنقض"⁽²⁾.

¹ - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 142.

² - م ع، غ ش أ م، رقم 617374، بتاريخ 12-05-2011، م ح ع، ع 1، 2012، ص 4.

2- الشروط الإجرائية للإقرار:

والتي نستخلصها من نص المادتين 490 و 491 ق.إ.م.إ وتتمثل هذه الشروط في محكمة موطن المدعى عليه، وأن تكون في جلسة سرية وبحضور ممثل النيابة العامة.

فبالنسبة لمحكمة موطن المدعى عليه حسب نص المادة 490 ق.إ.م.إ ترفع دعوى الإعتراف بالنسب بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة الشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه.

فالنص يتحدث عن أنواع النزاعات التي قد تثار بشأن النسب وكذلك، فقد حدّد الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات النسب وتتمثل هذه النزاعات في دعوى إثبات النسب أو الإعتراف به بنوة أو أبوة أو أمومة لشخص مجهول، ودعوى إنكار الأبوة⁽¹⁾.

فعلى صاحب الصفة والمصلحة الذي يريد إثبات النسب التوجه إلى القضاء، وإقامة دعوى مدنية أمام المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

وينظر في هذه الدعاوى في جلسة سرية وبحضور ممثل النيابة العامة، حيث تنص المادة 491 ق.إ.م.إ: "ينظر في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة 490 أعلاه بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية"، فالمنازعات الخاصة بالنسب نظرا لطبيعتها الخاصة والتي تتعلق بحالة الأشخاص وحفاظا على سمعتهم وشرفهم يتم النظر فيها بحضور ممثل النيابة العامة لكن في جلسة سرية⁽²⁾.

¹ - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص663.

² - عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادوي، الجزائر، 2009، ص355.

وعليه فالقاضي عند النظر في دعوى إثبات النسب عن طريق الإقرار يتحقق من أن العريضة مستوفية للشروط القانونية المنصوص عليها في ق.إ.م.إ من بيانات ووثائق ومستندات تساعد القاضي في الحكم، كما يتحقق من توافر الشروط الموضوعية للإقرار.

وينظر في هذه الدعوى في جلسة سرية بحضور الأطراف المعننيين ومحاميهم، وهذا لخصوصية مسائل النسب والتي تتعلق بأعراض الناس وأسرارهم، لذلك فواجب على القضاء احترام هذه الخصوصية وتجسيد هذه الحماية أثناء التطبيق القضائي.

كما أن الجلسة لا تصح إلا بحضور ممثل النيابة العامة، وهذا الأخير يمكن أن يكون طرفاً في الدعوى، كما يمكن له أن يقدم ملاحظاته بشأن موضوع الدعوى (1).

حيث أصبحت النيابة العامة طرف أصلي في جميع قضايا شؤون الأسرة وهذا بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، حيث استحدثت المشرع المادة 03 مكرر والتي تنص على مايلي: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" (2).

إن دور النيابة العامة أثناء الجلسة لا يقتصر فقط على تقديم الإلتماسات أو الاعتراضات بل له بعد اجتماعي فعال، ولكن الواقع في كثير من الأحيان يتبين أن ممثل المجتمع لا يكاد يحرك ساكناً بالجلسة، ويحضر كشخص ملاحظ والبعض الآخر يكتفي بالقول ألتمس بتطبيق القانون (3).

وفي هذا يقول عبد العزيز سعد: "أن النيابة العامة لم ينص القانون على أن لها دور الطرف الأصلي ولا دور الطرف المنضم، وإنما نص في م 491 ق.إ.م.إ على أن ينظر في

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 144.

² نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 169.

³ سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 664.

الدعوى المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في م490 بحضور ممثل النيابة العامة وفي جلسة سرية⁽¹⁾.

ومعنى هذا الكلام أنه إذا أقام شخص دعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة يهدف إلى الإعراف بنسبه إلى المدعى عليه كأب أو كأم فإن الجلسة السرية التي تتعد لهذا الغرض يتطلب القانون أن تكون بحضور ممثل النيابة العامة، ولكن لم يسند إليه القانون أي دور يمكن أن يقوم به خلال الجلسة ولم يطلب من قاضي الحكم أن يستطلع رأيه، ويكفي فقط أن يشير في حيثيات الحكم الفاصل في دعوى الإعراف بالنسب لفائدة شخص مجهول النسب إلى حضور ممثل النيابة العامة بالجلسة⁽²⁾.

و تجدر الإشارة أنه فيما يخص شكل الإقرار لا يوجد نص قانوني يحدده، وبالتالي فالمشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي.

من خلال اطلاعنا على اجتهادات المحكمة العليا لاحظنا أنها تسعى إلى إثبات النسب بكل الأشكال المتاحة القابلة لإثباته وهذا من قبيل توفير الحماية الكافية للطفل وإثبات نسبه ومنعه من الضياع تطبيقا للشريعة الإسلامية ومنها القرار الآتي ذكره⁽³⁾: "...ومتى تبين في قضية الحال-أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لجماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 341 و346 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

¹ - عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط1، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 176-177.

² - المرجع السابق، ص177.

³ - م ع، غ أ ش، رقم 202430، بتاريخ 15-12-1998، م.ق، عدد خاص، د س ، ص77، (نقلا عن فضيل العيش مرجع سابق، ص39).

كما لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفء بالمادة 41 ق.أ.ج التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار... وعليه فقضاة الموضوع لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا قواعد الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب".

ثانيا: البيئة.

هي طريق من طرق إثبات النسب، والتي نصت عليها المادة 40 ق.أ.ج، ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون أن إثبات النسب بالبيئة يكون في شهادة الشهود⁽¹⁾ وهي شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين⁽²⁾.

والبيئة تعتبر إلى جانب الإقرار حجة تكشف عن وجود حق وليست منشئة له، ودعوى إلحاق النسب بالبيئة كغيرها من الدعاوى تتطلب توافر شروط، فإذا قام المدعي بالنسب دعواه وأنكر المدعى عليه، فعلى المدعي تقديم بيينة⁽³⁾.

كما أنه في دعاوى إثبات النسب تجوز الشهادة بالتسامع، وإن كان الأصل العام في الشهادة أن يكون الشاهد قد عاين الشيء المشهود بنفسه، فالنسب في إثباته خرج عن هذا الاستثناء، فلا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة، أو حضور مجلس العقد بل يكفي بالسماع⁽⁴⁾.

¹ - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري-إقرار، بيينة، تلقيح، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص 79.

² - أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 385.

³ - نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص 27.

⁴ - ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص 97-98.

وهو ما سار عليه القضاء الجزائري في اعتبار شهادة الشهود طريقا من طرق إثبات النسب، وذلك تطبيقا للمادة 40 ق.أ.ج سواء كان الشهود من أقارب الزوجين أو أجنب لهم وهذا استنادا إلى م 153 ق.إ.م.إ، حيث تنص على ما يلي: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا.

لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق"⁽¹⁾.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها:

"من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج والبينة وشهادة الشهود، والبينة ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأنّ ثبوت الولد يعدّ إحياء له ونفيه قتلا له..، حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق"⁽²⁾.

ونستخلص من هذا القرار أن المحكمة العليا راعت مصلحة الطفل ولم تضيق من الفئة التي يسمح لها بالشهود في إثبات نسب الطفل وهذا كله مستتب من الشريعة الإسلامية والتي صانت النسب وأحكمت قواعده بنصوص صالحة لكل زمان ومكان لحفظ النسب والذي هو حق من حقوق الله.

¹-نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص37.

²- م ع، غ أش، رقم 172333، بتاريخ 28-10-1997، م ق، ع1، لسنة 1997، ص42.

الفرع الثاني

الطرق العلمية لإثبات النسب

نص المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 40 ق.أ.ج "... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ومن خلال نص هذه المادة سوف نتكلم عن الطرق العلمية في قانون الأسرة الجزائري (أولا)، وسلطة القاضي في الأخذ بهذه الطرق العلمية (ثانيا).

أولا: الطرق العلمية في قانون الأسرة الجزائري.

يبدو من خلال نص م 40 أن المشرع الجزائري لم يحدد ما هي هذه الطرق العلمية، إلا أنها تتمثل في البصمة الوراثية(1)، ونظام فحص الدم(2).

1- البصمة الوراثية:

هي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم فهي الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه والتي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون سواه، وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقيق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية(1).

وتتميز البصمة الوراثية بخصائص أهمها(2):

- لكل شخص بصمته الوراثية التي تميزه عن غيره، ومن المستحيل أن تطابق بصمة شخص آخر، إلا في توأمين متطابقين.

¹ العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص226.

² أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الإجتهد القضائي، ع7، جامعة محمد خيضر بسكرة، دس، ص05.

- يأخذ كل إنسان من أبيه نصف DNA، والنصف الآخر من أمه وبذلك يتكون DNA الخاص به، ونصفه يشبه أباه ونصفه الآخر يشبه أمه.
- تعتبر أدق وسيلة في تحديد هوية صاحبها، وكذا في إثبات أو نفي الأبوة أو البنوة البيولوجية وأن نتائجها شبه قطعية، إذ أن نسبة صحتها في إثبات وتحديد هوية صاحبها تصل إلى 98% إذا تمت وفق المعايير والضوابط الخاصة بها.
- لمعرفة البصمة الوراثية يكفي تحليل عينة ضئيلة من أعضاء الجسم أو سوائله كاللعاب.

2- نظام تحليل فصائل الدم:

نظام تحليل الدم شاع استعماله في المجال الطبي لكشف الأمراض، وفي المجال الجنائي لكشف هوية مرتكبي الجرائم، ومن بين مجالات استعماله أيضا هو مجال نفي النسب، لأن النتائج في النفي تكون قطعية على عكس ذلك في إثبات النسب⁽¹⁾.

ولقد أثبتت البحوث العلمية بصفة قاطعة أن فصيلة دم الإبن تتأثر بنوع فصيلة دم أبيه وأمه سواء كان الأبوين من فصيلة دم واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، فكل إنسان يرث صفاته من أبيه وأمه واستنادا لهذه القاعدة الوراثية الثابتة، فإن فصيلة دم الإبن لا تخرج عن التركيب الجيني لفصيلة دم الأبوين⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم فقد أصبح من الضروري الإعتماد على الشفرة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، والذي يعتمد على أساس متين لا يتطرق إليه الشك، كما في حالة خلط المواليد

¹- باديس نيايبي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري -إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، مرجع سابق، ص105

²- نصيرة شرقي، مرجع سابق، ص48.

في المستشفيات وكما في حالة الشك في النسب والإختلاف بين الزوج والزوجة وشكه في وجود علاقة آثمة لها بآخر في حالة إنكار الرجل أنه أب الطفل (1).

وفي حالة الولد المجهول النسب واللقيط لمعرفة والده الحقيقي وكذلك من بين الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى هذه الطرق هي منع اللعان، كأن ينوي الزوج اللعان فالبصمة الوراثية بإمكانها دفع هذا الشك. والإكتفاء بنتيجتها لحل النزاع كدليل علمي قاطع (2).

ثانيا: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية.

تعتبر الطرق العلمية طريقا جديدا في إثبات النسب ولهذا سوف نتكلم عن مرحلة ما قبل التعديل (أي المادة 40 من ق 84-11)(1)، ثم ما بعد التعديل أي (م 2/40 بالأمر 05-02)(2).

1- سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في ظل قانون 84-11:

بالرغم من أن المادة 40 ق 84-11 ق.أ.ج لم تشر إلى الطرق العلمية في إثبات أو نفي النسب، فهل يجب التقيد الحرفي بنص المادة، وبالتالي فلا مجال لإعمال الوسائل العلمية؟، أم أن المشرع الجزائري فتح المجال للقضاة لتكوين قناعتهم لاتخاذ الدليل الذي يرونه مناسباً مادام أن البيئة جاءت بصفة مطلقة، وللإجابة على هذه التساؤلات يمكن القول أن المحكمة العليا لم تقبل بتطبيق الطرق العلمية بل كانت تأمر بتطبيق النص القانوني والذي رأت أنه لا يقبل الاجتهاد.

هذا ما جاء في قرار لها بتاريخ 15-06-1999، حيث قضى بأن إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طبييا غير جائز وهذا نص ما جاء فيه: "حيث أن القرار المنتقد القاضي

¹- سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة -الباب الأول، الزواج وانحلاله، أركان الزواج، النسب، الطلاق، العدة، الحضانة، النفقة مدعم باجتهادات المحكمة العليا-، ط1، دار الألمعية، الجزائر، 2015 ص246.

²- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص ص233-234.

بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خيرة طبية قصد تحليل الدّم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا؟، حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تقي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدّم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس⁽¹⁾.

يبدو من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا متأثرة بما هو عليه فقه الجمهور من تقسيم وسائل الإثبات بحسب موضوعها إلى وسيلة مستقرة ومعترف بها في مجال إثبات النسب وهي اللعان في نفيه والوسائل الأخرى القديمة والحديثة التي لا دخل لها في هذا الإطار، ونتيجة لهذا الأعمال غير السليم قضت المحكمة في وقائع الطعن بأن تحليل الدّم في مجال النسب ليس وسيلة شرعية تؤدي إلى تحديد النسب، وإنما هو إجراء غير مشروع وهكذا فإن المحكمة العليا لم تكثرث للتطورات العلمية لإثبات النسب والذي يتعلق عليه مصير أبرياء، نظرا لمراعاتهم الآراء الفقهية الضيقة ولم يفسروا النص على بساطته وهو تفسير تعسفي لنص المادة 40 ق.أ.ج⁽²⁾.

فالجوء إلى هذه الوسائل المستحدثة يتماشى مع حماية حقوق الأطفال الأبرياء فيمنح للولد التعرف على أبويه وتضع القضاء في موقع الرقابة على مدى صحة أقوالهما، وأن العمل بهذا التطور ما هو إلا تدعيم لقاعدة الولد للفرش⁽³⁾.

¹ - م ع، غ أ ش م، رقم 222674، بتاريخ 15-06-1999، م ق، عدد خاص، لسنة 2002، ص 88، (نقلا عن محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص494).

² - الجبالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، ج41، رقم 01، 2003، ص14.

³ - المرجع نفسه، ص نفسها.

ونظرا لهذه الإشكالات في التطبيق بسبب الفراغ التشريعي أصبح من الضروري إدراج هذه الطرق العلمية في القانون لمد القضاة بالحلول في مجال إثبات النسب، وهذا ما تبناه المشرع في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، بإضافته الفقرة الثانية من المادة 40.

2- سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في ظل ق.أ 05-02:

لقد تأثر المشرع الجزائري بالتطورات الحديثة لإثبات النسب لهذا تدارك النقص الوارد في المادة القديمة بإضافة فقرة جديدة، حيث أجاز من خلالها للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

وهي إضافة مهمة وفي مكانها الصحيح من طرف المشرع الجزائري، حيث مكن القاضي من الإستعانة بالطرق العلمية الحديثة، والتي لها دور فعال في إثبات العلاقة بين الولد وأبيه، ولكن المشرع الجزائري جعله أمر جوازيا وربطه بوجود الفراش والذي يبقى كأقوى دليل في إثبات النسب، وكما أنه لا يمكن نفي النسب إلا عن طريق اللعان⁽¹⁾.

ما يؤخذ عليه المشرع الجزائري بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة 40 ق.أ أنه جعل اللجوء إلى الطرق العلمية على حالات إثبات النسب، دون حالات النفي وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة، فيبقى الأسلوب القانوني لنفي النسب هو اللعان، و أن دورها يقتصر على إثبات النسب⁽²⁾.

فهل يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب؟ من هنا تجلت فرصة طرح الأسئلة الكامنة في معرفة ما إذا كان يمكن للقاضي أن يجري الملاعة دون أن يعوقه ذلك في

¹ العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع وسابق، ص 223.

² زبيدة إقروفة، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية -البصمة الوراثية-، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية، ع01، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص90.

الإستجابة لإجراء فحص الدّم أم البصمة، فالى أي مدى ينحني مبدأ نفي النسب باللعان أمام قيام حماية أخرى لا تقل أهمية، والمتمثلة في منح الزوجة الحق في طلب إجراء فحص الدّم للتوصل إلى ما يفيد في كشف حقيقة النسب بطريقة لا تقبل الشك لأن نفي النسب بطريق اللعان لا يقوم على اليقين بل على الظن، وهل تسمح الشريعة الإسلامية اللجوء إلى الأخذ بتلك الوسائل في نطاق النسب؟⁽¹⁾، كونه يكرس حماية للطفل من ضياع نسبه للإجابة عن هذه الأسئلة لابدّ من الاطلاع على التطبيق القضائي في هذا الشأن.

لقد استقر القضاء الجزائري على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب ولم يتم الإستعانة بأي طريق آخر، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها.

حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 15-10-2009:

"حيث أنه مادام أن المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان ولا يجوز له التذرع باتباع أحكام المادة 40 من ق.أ.ج في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه ويثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

حيث أنه بذلك يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عيّن الخبيرين وغفل عن مسألة سبق الفصل التي أثارها الطاعنة"⁽²⁾.

هذا أيضا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: "...انتهى القضاة إلى أن نسب البنت ثابت من والدها، وأوردوا أسبابا كافية تبرر ما انتهوا إليه من قضاء وبالتالي فالنسب الثابت لا ينتفي إلا باللعان فقط، وهو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بناء على طلب الزوج

¹ - الجليلي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع03، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص123.

² - م ع، غ أش، رقم 605592، بتاريخ 15-10-2009، م ح ع، لسنة 2009، ع01، صص 1- 2- 3.

وأن قضاة المجلس باستبعادهم طلب إجراء التحاليل المؤسس على المادة 2/40 من ق.أ.ج قد طبقوا صحيح القانون لأن هذا النص للإثبات وليس للنفي، والحال أن النسب ثابت بالفراش وأن الطاعن لم ينف الجنين أو البنت بعد ولادتها بالطرق المشروعة وهي اللعان وهو بعد الإثبات لا يحتمل النفي لأي سبب" (1).

ما يلاحظ من خلال قرارات المحكمة العليا تمسكها باللعان كطريق وحيد لنفي النسب واستبعادها للطرق العلمية إلا أن هذا الأمر لا بد أن نقف عنده في الوقت الحاضر نظرا لخطورة اللعان على حق الولد في النسب لأبيه لاحتمال كذب الزوج في اتهامه، كما أن هذه التهمة تمس بشرف الزوجة وتؤثر وعلى حقوق ولدها المادية والمعنوية (2).

فكثير من الأباء من يقوم بنفي ولده وهذا من أجل التهرب من المسؤولية الناجمة عن ثبوت نسب ولده إليه من نفقة وحضانة وميراث.

وفي هذه الحالة يصبح اللجوء إلى الطرق العلمية أمر لا بد منه لحسم موضوع النسب، لأنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل لمجرد إدعاء قد يكون كاذب (3).

وهذا ما نتمنى تكريسه من قبل القضاة حفاظا على مصلحة الطفل ومنع ضياع نسبه الذي قد يكون ثابت لأبيه الذي ينكره.

وعليه فالطرق العلمية في حالة نفي النسب تطرح إشكالات كثيرة، ولا بد من الالتفات إليها ومحاولة تكريس نصوص قانونية واضحة تحدد كيفية اللجوء إليها، وتسهل على القضاة تفسير النص وتطبيقه لصالح الطفل.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة -مدعم باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014 - ط1، دار هومة الجزائر، 2014، ص95.

² - ربيحة إغات، حالات ثبوت ونفي النسب، دراسة قانونية مقارنة، حوليات جامعة الجزائر، ع23، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2013، ص228.

³ - المرجع نفسه، ص 228.

وعليه يبرز دور الطرق العلمية في إثبات النسب، والمتمثلة في فحص الدم وبصمة الحمض النووي DNA لإثبات النسب لا يتعارض في شيء مع أحكام الشريعة الإسلامية بل هي تدعيم للقاعدة الأصلية "الولد للفراش" ذلك أن الفقه الإسلامي قادر على مسايرة المعطيات العلمية المعاصرة، وإقامة العدل الذي يقوم عليه القضاء عن طريق الإستعانة بالطرق العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة (1).

إن الاتجاه الغالب في التشريعات العربية أصبح يميل للأخذ بالأدلة العلمية وعلى رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب، فهي نوع من القياس لبيان الشبه القائم على الحس والمشاهدة ولكن البصمة الوراثية تختلف عنها، كونها تتميز بنتائجها القطعية والدقيقة في المختبرات المعتمدة (2).

والتساؤل المطروح هنا ما هي سلطة القاضي في الأخذ بهذه الطرق العلمية، هل هو ملزم بالأخذ بها وتعيين الخبراء للوصول إلى إثبات النسب، أم أن ذلك يخضع لسلطته التقديرية؟.

إن الرجوع إلى الفقرة 2 من م 40 ق.أ.ج، نجد أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازي من خلال لجوء القاضي لإصدار (الأمر بتعيين خبير طبي)، ومطلق من حيث (تقدير القاضي الأخذ بها)، خاصة من خلال ربطها بالزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو النكاح الفاسد.

فعندما تعرض على القاضي مسألة فيها نزاع حول نسب طفل أو أكثر، سواء تعلق الأمر بإثبات الأبوة أو الأمومة أو نحوها، وتبين له أنه يحتاج إلى الإستعانة بأهل الخبرة، يقوم بتعيين خبير، وهذه المعلومات التي لا يحيط بها القاضي بحكم تخصصه العلمي

¹ - العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 232.

² - المرجع نفسه، ص نفسها.

والمهني قد تدعم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحاً إعمالاً لنص المادة 40 ق.أ.ج وتطبيقاً للمادة 126 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾.

والقاضي هو صاحب القرار في تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي لإجراء الفحوصات الجينية، وليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلا إذا كان هناك سبب جدي كالتقرب أو وجود مصلحة شخصية، كما أن القاضي هو المكلف بتقدير أتعاب ومصروفات الخبرة استناداً إلى كشف الأتعاب والطرف الذي يتحملها حسب نص 129 ق.إ.م.إ.⁽²⁾.

أما فيما يخص تقدير القاضي لتقرير الخبرة فله السلطة التقديرية الكاملة في تقدير نتائج الخبرة ومحتواها، بما في ذلك الأدلة الفنية، فإن رأى أن فيها فائدة أخذ بها، وإن كانت تعارض الصواب فلا يأخذ بها⁽³⁾، وهو ما يستقل به قضاة الموضوع فإن القاضي غير ملزم برأي الخبير، ولكن في حالة استبعاده للخبرة عليه تسبب ذلك في حكمه طبقاً للمادة 2/144 ق.إ.م.إ.⁽⁴⁾.

وللقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة، والرد على الدفع المثارة من قبل الأطراف وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، مادام تقدير الأدلة موكولاً لقضاة الموضوع، فإنه إذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء أو تعددت المختبرات فإن الأمر في هذه الحالة راجع إلى قضاة الموضوع أيضاً، لأن الأمر يتعلق بأمر مهم وهو النسب الشرعي⁽⁵⁾.

¹ - لينة بن دادة، إثبات النسب بالوسائل العلمية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 66.

² - المرجع نفسه، ص نفسها

³ - العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 239.

⁴ - المرجع نفسه، ص 240.

⁵ - المرجع نفسه، ص نفسها.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها: "إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين وجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الإقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشياً مع متطلبات العدل والإنصاف" (1).

وعليه فبإضافة دليل علمي إلى جانب الأدلة التقليدية في إثبات النسب والتوسيع من دائرة هذه الأدلة، يوفر الحماية للأنسب ويصون أعراض الناس غير أنه وفي غياب النصوص القانونية المنظمة للعمل بالبصمة الوراثية، فإن مسألة الحماية تبقى مسألة نسبية تستوجب تدخل المشرع لوضع آليات وضوابط من شأنها أن تكفل حماية الأنساب وعدم إهدار حقوق الأولاد (2).

وبالرغم من كل ذلك فقد احتكم إليها قضاة شؤون الأسرة في العديد من القضايا أشهرها "قضية الطفلة صفية"، المتنازع حول نسبها الأب الجزائري والأب الفرنسي المزعوم وكانت نتائج الخبرة (DNA)، قد أثبتت التقارب بين بصمات البنت وبصمات الأب الجزائري بعد تحليل عينة من لعاب الأب وعينة من لعابها.

فهذه القضية أثارت ضجة كبيرة وتناولتها وسائل الإعلام الدولية، وعرفت أبعادا أخرى غير البعد الاجتماعي، ولم يراع فيها إطلاقا مصلحة الطفلة صفية هذا وأن المجمع الفقهي الإسلامي في إجازته إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فقد أكد على أخذ الحيطة والحذر والسرية في العمل بها، وهنا السرية من بين الضوابط التي تم خرقها في قضية صفية، فأين مكن الحماية في هذه القضية يا ترى؟ (3).

¹ - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري - إقرار، بينة، تلقح

اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدّم، دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي -، مرجع سابق، ص 120.

² - أم الخير بوقرة، مرجع سابق، ص 12.

³ - المرجع نفسه، ص 12.

ونشير أنه يمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا التنازع عن النسب، ولكن لا يجب أن يفهم اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أن تتضمن في الخصومة إلى أحد الخصوم.

فلا تتضمن لا إلى المدعي ولا إلى المدعى عليه في طلباتهم ودفعهم، فدورها يتجسد في التمسك بتطبيق القانون وحسب، كما أنه قد يكون موقف النيابة العامة في غير مصلحة أطراف الخصوم فهي ممثلة للمصلحة العامة⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن اللجوء إلى هذه الطرق العلمية لإثبات النسب تصادفها عوائق وعقبات، فقد يتمسك الخصم بمبدأ عدم المساس بحرمة الجسد، كذلك عدم جواز إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه.

نقص الكفاءات والإطارات العلمية وجود مخبر وحيد على مستوى العاصمة، ضف إلى ذلك أن المشرع جعل السلطة التقديرية للقاضي وفي الأخذ بهذه الطرق من عدمها، وهذا ما يجب أن يتداركه المشرع الجزائري وذلك بجعل هذه الطرق إلزامية في الإثبات لتجنب تحفظ القضاة في تطبيق هذه التقنية الكفيلة بحماية نسب الطفل من الضياع وحماية المجتمع، وهذا هو الهدف الذي يسعى القضاة والنيابة العامة لتحقيقه.

المبحث الثاني

الحماية القضائية للطفل في مجال الولاية على النفس

يحتاج الطفل إلى من يهتم بشؤونه الشخصية نظرا لطبيعته، وعدم قدرته على الإهتمام بنفسه فهو يحتاج إلى من يقوم بذلك نيابة عنه، فالولاية للأب بقوة القانون طبقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري، وفي حالة غيابه أو حصول مانع له تحلّ الأم محلّه في القيام

¹ - نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص 169.

بالأمور المستعجلة، كما أن الأم تحلّ محلّ الأب في الولاية على أولادها القصر في حالة وفاته، ويبرز تدخل القضاء في حماية الطفل في كلّ ما يتعلق بالولاية على النفس، من رعاية وحفظ وتزويج، وعليه سنتولى في هذا المبحث دراسة حماية القضاء للطفل من خلال أحكام الحضانة والكفالة (المطلب الأول)، وكذا من خلال تدخل القاضي في تزويج القاصر وفي إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي في حماية الطفل من خلال ضمان رعايته

جعلت الشريعة الإسلامية تربية الطفل وتنشئته تنشئة سليمة على الدين الإسلامي من أولياتها، ولما كان الأطفال أكثر الفئات هشاشة، خاصة بعد انفصال الأبوين أو في حالة الأطفال مجهولي النسب فقد جعلت مصلحة الطفل المعيار الأساسي الذي يجب على القضاة أخذه عند النظر في مسائل الحضانة، وكذا في نظام الكفالة لحاجة هؤلاء الأطفال إلى العناية، وبما أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فنجد أحكامه لا تختلف عما جاء فيها، سنحاول تبيان دور القاضي في حماية مصلحة الطفل من خلال أحكام الحضانة (الفرع 1)، ثم الكفالة (الفرع 2).

الفرع الأول

دور القاضي في حماية مصلحة الطفل من خلال أحكام الحضانة

تعد الحضانة* من أجلّ ما أولته الشريعة الإسلامية اهتماماً، حتى تضمن رعاية للطفل المحضون من خلال من يقوم برعايته، وسار على نهجها المشرع الجزائري فأفرد لها المواد من 62 إلى 72 ق.أ.

وقد عرّفها المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.أ.ومن استقراء المادة يتبين أنه عرفها بأسباب وأهداف الحضانة، وقد وافق ذلك تعريف الفقهاء لكنه استبدل كلمة الولد بالصغير⁽¹⁾، وترك سلطة واسعة للقاضي حتى يضمن أكبر حماية في حدود ما يسمح به القانون، وذلك حتى يساير الاجتهاد القضائي ما يطرأ من مستجدات بمناسبة نظره في دعاوى الحضانة (أولاً) ، وفي حماية حقوق الطفل المتعلقة بالحضانة (ثانياً).

أولاً: الدعاوى المدنية المتعلقة بمصلحة المحضون.

هناك عدّة دعاوى يلجأ إليها من لهم مصلحة إلى القضاء حسب ما يسمح به القانون، والتي ينظر فيها القاضي بموجب مامح له من سلطة في تقدير مصلحة المحضون سواء كان ذلك عند إسناد الحضانة(1)، تمديدها(2)، أو إسقاطها(3).

1- سلطة القاضي في إسناد الحضانة:

يقتضي اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في حالة الطلاق وما في حكمه حسب ما جاء في المواد 48-49-53 ق.أ.ج.

ودعوى الحضانة في هذه الحالة تكون تبعية لدعوى الطلاق، وقبل التطرق لإسناد الحضانة نودّ الإشارة إلى مسألة غاية في الأهمية، وهي التدابير الإستعجالية التي يتخذها القاضي بمناسبة نظره في دعوى الطلاق، حيث نصت المادة 57 مكرر ق.أ.ج على ذلك، فالمدة التي تفصل بين رفع الدعوى وصدور الحكم بالطلاق تكون فيها الرابطة الزوجية قائمة ما يحتم على القاضي اتخاذ بعض الإجراءات، وهي التدابير الإستعجالية المؤقتة والمرتبطة

* الحضانة لغة: يقال حضنَ الصبيَّ حَضْنًا وحِضَانَةً بالكسر جعله في حِضْنِهِ أو رِياه، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط -طبعة جديدة-، منشورات محمد علي ببيزون، دار الكتب العلمية، لبنان، ص 1200.

¹- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية -تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع-، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2008 ص50.

بقضايا لا تحتل البطاء، حماية للأولاد حتى لا يكونوا عرضة للإهمال والضياع⁽¹⁾، ويصدر القاضي أمره في شكل أمر على ذيل عريضة.

وتبرز حماية القاضي للطفل في تحققه من توافر الشروط المنصوص عليها، وبالرجوع إلى المادة 62 ق.أ.ج يتبين أنها لم تفصل في الشروط واكتفت بذكر عبارة "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك"، وعليه نرجع إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ.ج والتي قسمتها إلى شروط خاصة بالمحضون وهي:

أن يكون الولد ناتج عن زواج صحيح، وعدم بلوغ سن انقضاء الحضانة⁽²⁾.

أما الشروط المتعلقة بالحاضن فتقسم إلى شروط عامة في النساء والرجال وهي: البلوغ فلا حضانة للصغير ولو كان مميزاً⁽³⁾، والعقل وأن يكون قادراً على القيام بأعباء الحضانة فلا تصح الحضانة لشخص أقعده المرض أو لأعمى أو لمن كان كبيراً لا يقوى على تحمل أعباء الحياة⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى قضاء المحكمة العليا نجد أنه في القرار الصادر بتاريخ 09-07-1984 قضت بضرورة توافر شرط القدرة، كذلك الأمانة على الأخلاق، بالإضافة إلى الإسلام والذي اختلف الفقهاء بشأنه حيث يرى الشافعية والحنابلة أنه شرط لممارسة الحضانة، أما المالكية والأحناف والظاهرية فلا يرون أن إسلام الحاضنة ضروري لممارسة الحضانة⁽⁵⁾.

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات -دراسة فقهية ونقدية مقارنة-، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 282.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 180.

³ - عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 359.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 728.

⁵ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، دس، ص 368.

ومن استقراء المادة 62 ق.أ.ج نجد أنّ المشرع لم يشترط الإسلام لممارسة الحضانة مادامت الحاضنة تقوم بالتربية على دين الأب.

أما الشروط الخاصة بالنساء فهي أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقریب غير محرم، حسب ما جاء في المادة 66 ق.أ.ج وأن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون، وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقهاء، وأن لا تكون قد امتنعت عن حضانة الطفل مجّانا والأب معسر⁽¹⁾.

أما عن الشروط الخاصة بالرجال فهي أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى، وهو ما ذهب إليه الفقهاء⁽²⁾. والمشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط.

واتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، وهو ما يفهم من نص المادة 62 ق.أ.ج "تربية المحضون على دين أبيه...."

ومن عديد قرارات المحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 10-09-2008 ملف رقم 457038، والذي يتحدث عن الإسلام كون أن الحاضنة رغم تجنسها بالجنسية الفرنسية لم تتردد عن الإسلام، وهو ما يدلّ على حرص القضاء على وجود وحدة بين دين الأب والأطفال المحضونين⁽³⁾.

وحتى يسند القاضي الحضانة لمستحقيها ينظر كذلك في الترتيب الوارد في قانون الأسرة مع مراعاة مصلحة المحضون دائماً.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 729.

² - محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 372.

³ - م ع، غ أش، رقم 457038، بتاريخ 10-09-2008، م ح ع، ع 2، لسنة 2008، ص 313.

فقبل تعديل 2005 كان الترتيب في قانون الأسرة وفق ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث الأم في المرتبة الأولى ثم باقي النساء فتقدم النساء في الترتيب طبقاً لنص المادة 64.

أما بعد التعديل فقد اختلفت صياغة المادة 64 والتي أصبحت كالتالي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدّة لأم، ثم الجدّة لأب، ثم الأقربون درجة...".

فهل خالف القانون أحكام الشريعة الإسلامية؟ وهل هذا الترتيب من النظام العام لا يمكن تجاوزه؟

اختلف الفقهاء حول ترتيب الحواضن بعد الأم وعليه نقول أن المشرع اتبع الرأي القائل بتقديم الأب على الجدّة لأم⁽¹⁾، ولم يبين من هم الأقربون درجة، فأبي مذهب يطبق القاضي عند رجوعه إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ.ج، وهو ما يطرح العديد من الإشكالات من الناحية العملية.

أمّا عن الترتيب فقد صدرت عن المحكمة العليا عدّة قرارات لم تأخذ فيها بالترتيب الوارد في المادة 64 منها القرار الصادر في: 10-03-2014⁽²⁾.

وفي حالة عدم مطالبية الزوجين بالأولاد فاختلاف القضاة في هذه المسألة، فهناك من يعتبرها من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وهناك رأي آخر يرى أن القاضي لا يحكم بأكثر ممّا طلب منه⁽³⁾، وبعد أن يتأكد من توافر شروط رفع الدعوى وكذلك من البيانات الواردة في عريضة افتتاح الدعوى، وبعد نظره في شروط وترتيب الحواضن، فله في سبيل تكوين قناعته بما يحقق مصلحة المحضون أن يتخذ جملة من الإجراءات سواء من

¹ - أحمد شامي، مرجع سابق، ص 257.

² - "تراعى مصلحة المحضون وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"، م ع، غ ش أم، رقم 613469، م ح ع، ع 1، لسنة 2012، ص 285.

³ - نسرین ایناس بن عصمان، مرجع سابق، ص ص 143-144.

تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من له مصلحة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وذلك عن طريق أمر على ذيل عريضة أو عن طريق الإستعجال، وقد نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالقاضي له أن يأمر باتخاذ ما يراه مناسباً حتى يقوم بجمع المعلومات الضرورية حول الطفل، وله في سبيل ذلك القيام بكل إجراءات التحقيق التي يرى فائدة منها، فيمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من النيابة العامة أن يقوم بسماع كل من الأب أو الأم، وله في سبيل ذلك الأخذ بما يقدم من وثائق من طرفهما والفصل بعد ذلك في الأصلح للمحضون طبقاً لنص المادة 27 و 28 ق.إ.م.إ.

وقد نصت المادة 2/454 من ق.إ.م.إ على أنه يمكن للقاضي استدعاء القاصر شخصياً من أجل سماعه حول المعاملة التي يتلقاها من الوالدين، وكذلك حول كل واقعة يرى أنها منتجة في الدعوى، إلا إذا كانت حالة الطفل أو سنه تمنعه من الحضور الشخصي واستحالة سماعه في هذه الحالة ونصت على ذلك المادة 463 ق.إ.م.إ، والقاضي له السلطة التقديرية في سماع المحضون من عدمه، فالقاضي يستمع إلى رأي المحضون وفي حالة الإستماع له أن يأخذ بذلك أولاً وفق ما تقتضيه مصلحة المحضون⁽¹⁾.

كما يمكن للقاضي الإستماع إلى كل من يرى فائدة في سماعه، فله أن يأمر بحضور أقارب الخصوم أو أصحابه، وفي سبيل حماية مصلحة المحضون يتمتع بسلطة اتخاذ أي تدبير من تدابير التحقيق، من أجل الوصول إلى المعلومات التي يراها مفيدة حول سلوك الأبوين اتجاه الطفل طبقاً لنص المادة 459 ق.إ.م.إ.

ونصت المادة 146 ق.إ.م.إ على المعاينات والانتقال إلى الأماكن، إذا رأى القاضي ضرورة الإنتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانه من أجل المشاهدة والمعاينة

¹ - نسرین ایناس بن عصمان، مرجع سابق، ص 167.

واستخلاص الدليل وذلك بموجب ما منح له من سلطة تقديرية، وله أنه يأمر بمرافقة من يراه من الاختصاصيين والخبراء من أجل التعرف على الظروف أو الوسط الذي يعيش فيه المحضون⁽¹⁾، المواد 148-149 ق.إ.م.إ.

كما يمكن له أن يأمر بإجراء خبرة من أهل الاختصاص بموجب سلطته التقديرية كما جاء في المادة 126 ق.إ.م.إ، فالخبرة نوع من أنواع المعاينة⁽²⁾. حيث يمكن للقاضي تعيين خبير لتقييم حالة المحضون النفسية والطبية، كما يمكن الإستعانة بالمختص الإجتماعي، وذلك من أجل فهم المشكل المطروح أمامه وحله بأحسن الطرق.

وقد تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية، وهذا في حالة الوفاة أو الفقدان لمن أسندت له الحضانة، ولكل من توافرت فيه الشروط المطلوبة رفع دعوى للمطالبة بإسناد الحضانة أمام المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة المادة 426 ق.إ.م.إ، وتمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة طبقا لنص المادة 87 ق.أ.ج، والتي كانت قبل التعديل تمنح للأم بموجب حكم قضائي*.

2- سلطة القاضي في تمديد الحضانة:

حسب المادة 65 ق.أ.ج الأم التي لم تتزوج هي وحدها التي يمكن لها رفع دعوى للمطالبة بتمديد الحضانة للولد إلى غاية ستة عشرة سنة (16)، والمدة المقررة للحضانة هي عشر سنوات (10) بالنسبة للذكر، وبلوغ سن الزواج للأنثى طبقا لما جاء في ق.أ.ج.

¹ - سهام كريال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 49.

² - نسرین إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص 169.

* انظر الملحق رقم 01.

وهذا ما ذهبت إليها المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 10-02-2011 رقم 599850⁽¹⁾. حيث رأت أن الحضانة لا تنتهي إلا بموجب حكم قضائي وتبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون. والتمديد يخص الذكر دون الأنثى، غير أن سلطة القاضي تبقى مقيدة بما نص عليه ق.أ.ج من شروط وهي:

- أن يتعلق التمديد بالذكر دون الأنثى.
- أن لا يكون التمديد فوق سن ستة عشر سنة (16) وفق ما تتطلبه مصلحة المحضون.
- وأن تطلبه الأم الحاضنة، مع كونها عدم متزوجة.
- وأن يكون الطلب خلال سنة من بلوغ الطفل عشر سنوات، فإن انقضت المدّة دون عذر سقط حق الأم في المطالبة.

فمتى تحققت هذه الشروط كان للقاضي تمديد الحضانة وله السلطة التقديرية في الحكم بانتهائها، لكن إذا رأى أن مصلحته تقضي التمديد حكم به⁽²⁾.

ونشير إلى أن الولد في حالة التمديد يمكن له الإختيار أمام القاضي بين الأب أو الأم والقاضي هنا غير ملزم بالإختيار لكنه يأخذ رأيه في الحسبان⁽³⁾.

ويطرح إشكال في حالة انتهاء الحضانة ببلوغ الذكر ستة عشر سنة (16) أي قبل بلوغه سن الرشد، ونفس الأمر للأنثى ببلوغها تسعة عشر سنة (19)، فما هو مصيرهم في هذه الحالة، فالمشرع الجزائري لم يتطرق لهذه النقطة. وفي هذا المعنى صدر قرار للمحكمة

¹ - م ع، غ ش أ م، رقم 599850، بتاريخ 10-02-2011، م ح ع، ع 1، لسنة 2012، ص 281.

² - إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمّة لخضر، الوادي، 2014-2015، ص ص 49-50.

³ - محمد عيلوي ناصر، الحضانة في الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 150.

العلياء بتاريخ 14-01-2006، والذي "اعتبر الطفلة المطالب بإسقاط حضانتها... قد تجاوزت سن الزواج، أي عمرها 18 عاماً وبالتالي فإن حضانتها تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء... (1).

إن الحضانة تسقط بقوة القانون كما جاء في القرار بمجرد بلوغ السن المحددة قانوناً وقد تسقط الحضانة في العديد من الحالات.

3- سلطة القاضي في إسقاط الحضانة:

هناك حالات تسقط فيها الحضانة بعد إسنادها، وهذه الحالات هي أنه يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنها من أسندت له إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون، سواء كان هذا التنازل قد تم كتابياً أمام الموثق أو أمام شهود أو أمام القضاء، وثبت لقاضي شؤون الأسرة أن هذا التنازل كان رضائياً وليس فيه ما يخالف القانون، فيمكن له إسقاط الحق في الحضانة (2).

ويكون التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة التي تقوم بتثبيت هذا التنازل بموجب حكم، فهل يعتبر هذا الحكم سابقة للفصل في الدعوى من جديد، أم لا يعتبر كذلك وتعود الحضانة للحاضن، فبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أن مناط الأحكام الصادرة في الحضانة هي مصلحة المحضون، وبالتالي فالأحكام تتغير حسب تلك المصلحة، ويمكن إسناد الحضانة من جديد ولو تنازلت عنها الأم من قبل (3).

وتسقط الحضانة بمرور سنة دون المطالبة بها، وكان ذلك بدون عذر شرعي وقانوني مقبول، فإن طلبه لحق الحضانة بدعوى أمام القضاء بعد هذه المدة يكون غير مؤسس

¹ - سليمان بوقندورة، مرجع سابق، ص 359.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 186.

³ - إيمان معمري، مرجع سابق، ص 54.

ويسمح للقاضي الناظر في هذه الدعوى الحكم بسقوط حقه في طلب الحضانة⁽¹⁾.

وتسقط الحضانة باختلال أحد الشروط طبقا لما جاء في المادة 67 ق.أ.ج، فإذا قام القاضي بإسناد الحضانة لمستحقها ثم ثبت فيما بعد اختلال أحد الشروط فله إسقاط الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وجاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 30-09-1997: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة"⁽²⁾.

ولمصلحة المحضون تم إسناد الحضانة حتى مع ارتكاب الأم لجريمة الزنا، وهو ما جاء في القرار الصادر في 14-10-2010⁽³⁾.

كما تسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم طبقا لما جاء في المادة 66 ق.أ.ج ولا يكون إثبات الزواج إلا بعقد رسمي، كما تسقط حضانة الجدّة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم طبقا لنص المادة 70 ق.أ.ج.

أمّا عن الإستيطان في بلد أجنبي فإنه إذا كان الشخص الممارس لحق الحضانة بموجب حكم قضائي يقيم في الجزائر ويريد الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي فإن القانون ألزمه بأن يراجع قاضي شؤون الأسرة، ورفع دعوى ضد الطرف الآخر بقصد الإنزاع له بالانتقال فإن شاء أبقى له حق الحضانة إذا تحقق من أن مصلحة المحضون ستراعى وإذا رأى غير ذلك أسقطها⁽⁴⁾.

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 186.

² م ع، غ أش، رقم 71684، بتاريخ 30-09-1997، (نقلا عن باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية -تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع-، مرجع سابق، ص 60).

³ م ع، غ أش، رقم 564787، بتاريخ 14-10-2010، م ح ع، ع 2، لسنة 2010، ص 262.

⁴ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 187.

ومن الناحية العملية نجد عدّة قرارات حول هذه النقطة فقرار المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 25-01-1982⁽¹⁾، جاء فيه أن الحضانة تنزع عن الحاضنة إذا سافرت عن بلد الولي مسافة ستة برد على الأقل، فكان آنذاك المذهب المالكي هو المطبق.

وجاء في القرار الصادر في 16-09-2008⁽²⁾، أن إقامة الحاضنة في بلد أجنبي واكتسابها الجنسية الفرنسية لا يسقط حقها في الحضانة، كما أن عمل المرأة لا يسقط الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون طبقاً للمادة 67 ق.أ.ج.

أمّا فيما يخص عمل المرأة الحاضنة، فالحضانة لا تسقط طبقاً لنص المادة 67 ق.أ.ج إلا إذا أخلّ ذلك بمصلحة المحضون، ولا تقتصر الحماية عند هذا الحد بل لا بد من حماية كل ما يترتب عن الحضانة.

ثانياً: حماية القاضي لحقوق الطفل المترتبة عن الحضانة.

هي حقوق أقرتها الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري على السواء ذلك أن الحضانة حق مشترك للطرفين فيترتب على الطرف الآخر التزامات، فالأب تقع على عاتقه مسؤولية رعاية الطفل من الناحية المادية عن طريق النفقة التي يجب أن يؤديها إلى الأم أو غيرها⁽¹⁾، وكذا ضمان مسكن من أجل ممارسة الحضانة⁽²⁾، كما أوجب المشرع رؤية المحضون فجعله حقاً مشروعاً لكل من المحضون والوالدين⁽³⁾.

¹- م ع، غ أش، رقم 26693، رقم 024، نشرة القضاء، عدد خاص، لسنة 1982، ص 251.

²- م ع، غ أش، رقم 457038، بتاريخ 16-09-2008، م ح ع، ع 2، لسنة 2008، ص 313.

1- حق النفقة:

من الحقوق التي يقرّها القانون للطفل والمحضون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه ما دام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو بسبب التعليم.⁽¹⁾

وهي نفقة الأصول على الفروع، وقد نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 75 ق.أ.ج وذلك حسب القدرة والإحتياج، والمشرع الجزائري ذهب إلى أن الأب ملزم بالإنفاق على الولد ما لم يكن له مال، وفي حالة عجز الأب تجب النفقة على الأم في حالة قدرتها على الإنفاق طبقا لما جاء في نص المادة 76 ق.أ.ج مع إقامة الدليل على ذلك.

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وقد سار القضاء الجزائري على ذلك، حيث أكدّ قضاة المحكمة العليا في قرار لهم: "من المقررّ شرعا وقانونا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي إنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة-الطاعة- رغم عدم إثبات عسر المطعون هذه أخطأوا في تطبيق القانون"⁽²⁾.

2- حق السكن:

يعتبر السكن من مشتملات النفقة طبقا لما جاء في نص المادة 78 ق.أ.ج، حيث نصت المادة 72 ق.أ.ج على أن الأب ملزم بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة في حالة

¹ - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص118.

² - م ع، ع أ ش، رقم 237148، بتاريخ 22-02-2000، لسنة 2001، (نقلا عن باديس نيايبي، آثار فك الرابطة الزوجية -تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع-، مرجع سابق، ص 89).

الطلاق للحاضنة، وإن تعذر ذلك فيتوجب عليه أن يدفع بدل الإيجار، والقاضي الذي ينظر في منح السكن هو قاضي شؤون الأسرة.

3- حق الزيارة:

نصت المادة 64 ق.أ.ج أنه على القاضي عند حكمه بإسناد الحضانة للأب أو الأم أن يحكم بالزيارة للطرف الآخر لفترات معينة، فلم يحدّد المدة لأن الأطراف قد تتفق على تحديدها سواء من حيث المكان أو الزمان، وذهب القضاء في الجزائر على إعطاء الحق في الزيارة في العطل والمناسبات الدينية والوطنية، كما للزائر الحق في الزيارة مرّة كل أسبوع.

وكما ذكرنا سابقاً فإنه في حالة ما إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي يرجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، ويمكن للقاضي النظر في الزيارة والسكن والنفقة بموجب أمر استعجالي (بأمر على ذيل عريضة) طبقاً لما جاء في المادة 57 مكرر ق.أ.ج.

أما دور النيابة العامة فقد نصت عليه المادة 3 مكرر ق.أ.ج حيث تعتبر هذه الأخيرة طرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة، وبالتالي فكل دعاوى شؤون الأسرة تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً، ولكن الغاية من ذلك هي أن تسهر على أن يكون القانون مطبقاً تطبيقاً سليماً باعتبارها تمثل النظام العام.

ففي قضايا شؤون الأسرة يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه لم يتم العثور ولو على حالة واحدة تم فيها الاستئناف في الحضانة والطلاق والنفقة⁽¹⁾.

في الأخير نودّ الإشارة إلى أنه حماية لمصلحة المحضون فقد نصّ قانون العقوبات على مجموعة من الجرائم في حالة مخالفة أحكام الحضانة.

¹ - عبد العزيز سعد، دراسات تحليلية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 172-173.

منها جريمة الإمتناع عن تسليم المحضون إلى حاضنه، حيث يجب أن يكون هناك حكم سابق صادر عن القضاء ويتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون حكماً مؤقتاً أو نهائياً، ولكن يجب أن يكون نافذاً كما هو الشأن للأوامر القضائية المشمولة بالنفاز المعجل⁽¹⁾.

وقد نصت على هذه الجريمة المادة 328 ق.ع.ج⁽²⁾، كما أنه في حالة عدم تنفيذ حكم الزيارة فإنه يتعين على وكيل الجمهورية المختص إقليمياً أن يلتمس ودون أي تأخير استعمال القوة العمومية للتنفيذ الجبري، ويباشر إجراءات المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة بمجرد تسلمه الشكوى من الطرف الآخر⁽³⁾.

الفرع الثاني

دور القاضي في حماية مصلحة الطفل من خلال أحكام الكفالة

منع المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية التبرني لما فيه من اختلاط الأنساب، وما ينجرّ عن ذلك من مشاكل تنعكس بالسلب على المجتمع، وعوضه بنظام بديل يضمن به التكفل للأولاد سواء كانوا مجهولي أو معلومي النسب، ويلعب القضاء دوراً بارزاً في حماية هؤلاء الأطفال سواء أثناء إسناد الكفالة (أولاً)، أو إلغائها والتخلي عنها (ثانياً) وكذلك في حالة وفاة الكافل (ثالثاً).

¹ - نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص ص 152-153.

² - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج ر، ع 49، الصادرة في 11 جوان 1966.

³ - نسرين إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص 157.

أولاً: حماية القاضي للطفل عند إسناد الكفالة.

ذهب المشرع الجزائري إلى أن الكفالة التزام على وجه التبوع، وتشمل القيام بكل الإلتزامات التي تقع على عاتق الأهل من حفظ ورعاية وتربية، أي ولاية على النفس وولاية على المال إلى غاية بلوغه السن القانوني، كما أنه اعتبرها عقد شرعي، طبقاً لما جاء في نص المادة 116 ق.أ.ج⁽¹⁾.

والكفالة طبقاً لما جاء في المادة 117 ق.أ.ج يجب أن تكون أمام المحكمة أو الموثق، وما يهمنها هو الكفالة أمام القضاء، وحتى تكون حماية مثلى للطفل يجب أن يتحقق القاضي من توافر الشروط الشرعية والإجرائية.

حيث يتأكد من أن الطلب قدم من الكافل نفسه، أو من قبل محاميه إلى المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة أو رئيس المحكمة⁽²⁾، وذلك بموجب عريضة مؤرخة وموقعة منه أو من محاميه أو وكيله متضمنة كل البيانات الواجب توافرها في العرائض العادية وخاصة ما تعلق منها ببيان موطن ولقب واسم كل من طالب الكفالة والولد المكفول، وكذلك بيان ما يتعلق بقدراته ومؤهلاته اللازمة للقيام بالكفالة على الوجه الصحيح⁽³⁾.

وبعد أن يتم تسجيل العريضة بأمانة ضبط المحكمة، تحدد الجلسة من طرف قاضي شؤون الأسرة التي تعقد في غرفة المشورة أو بمكتب القاضي للنظر في الطلب، ويتم الفصل فيه بأمر ولائي، بعد أن يتأكد القاضي من شروط الكفالة وهي:

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 334.

² - حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 182.

³ - المرجع نفسه، ص نفسها.

شروط خاصة بالكافل، وهي الإسلام حتى يضمن تربية سليمة للمكفول، لكن المشرع الجزائري بنصّه على الإسلام لم يتكلم عن الجنسية، فماذا لو كان أجنبيا أو حتى لا يقيم في الجزائر، أو يحمل جنسية مكتسبة حديثا⁽¹⁾، فهل القاضي يأخذ برأي الشهود الذين يعرفونه على أنه غير مسلم ويرفض الطلب دون إثبات؟⁽²⁾.

فيبقى إثبات الإسلام يطرح أكثر من تساؤل على الرغم من أن الكفالة لا تسند حتى تثبت التحقيقات أنّ المكفول أهل للقيام بالكفالة.

وأن يكون عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة، و قادرا سواء من الناحية الجسدية أو المالية بمعنى أن لا يكون مصابا بمرض أو عجز يمنعه من القيام بواجباته اتجاه المكفول، أما القدرة المالية فيقصد بها حالة الكافل المالية فلا بد أن يكون له مورد رزق⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 118 ق.أ.ج.

والمشرع لم يتطرق لكيفية إثبات الوضعية المالية للكافل، ما يطرح إشكالات من الناحية العملية، وعادة يطلب القضاة من طالب الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من القدرة.

أمّا عن جنس الكافل يرى الأستاذ الغوثي بن ملحّة أنّه لا فرق بين أن يكون الكافل رجلا أو امرأة، وكذلك لا بد أن تتجاوز سن الكافل سن المكفول⁽⁴⁾.

¹ - سوسن قديري، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون دولي وحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص ص 43-44-45.

² - مالك طلبة، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006، ص 22.

³ - أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص 246.

⁴ - الغوثي بن ملحّة، مرجع سابق، ص 169.

كما أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض لإمكانية طلب الكفالة من طرف الأشخاص المعنوية، على الرغم من أن هناك مؤسسات عمومية تقوم على رعاية الأطفال، وكذلك المنظمات والجمعيات ذات الطابع الإجتماعي⁽¹⁾.

أما فيما يخص شرط الزواج لم يتم النص عليه، لكن عمليا طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة الزواج⁽²⁾، بالإضافة إلى الموافقة، أما الشروط المتعلقة بالمكفول فلم يتطرق لها قانون الأسرة مباشرة الذي لم يحدّد السن فالمادة 116 ق.أ.ج تحدثت على الولد القاصر.

والقاصر قد يكون مجهول النسب، فمدير الصّحة العمومية والنشاط الاجتماعي هو الذي يوافق على الكفالة، كما أكدت على ذلك المادة 256 من الأمر 76-79 المؤرخ في 23-10-1976 والذي ألغي فيما بعد⁽³⁾، وقد سكت المشرع على كفالة القاصرين الذين يحملون جنسية أجنبية فهل من الممكن أن يكفلهم جزائري أو العكس؟⁽⁴⁾.

ويمكن أن يكون معلوم النسب، فإذا كان الأبوان على قيد الحياة فهنا لابد أن يبدوا رضاهما صراحة أمام القاضي، أو الموثق وفي حالة وفاة أحدهما أو كان غير قادر عن التعبير على إرادته فتكفي موافقة من كان على قيد الحياة⁽⁵⁾.

أمّا إذا توفي الإثنان أو كلاهما عجز عن التعبير عن إرادتهما، فهنا القول هو قول المجلس العائلي، وذلك بعد موافقة من كان الولد في حضنه⁽⁶⁾.

¹ - مالك طلبية، مرجع سابق، ص 23.

² - المرجع نفسه، ص 24.

³ - الغوثي بن ملحّة، مرجع سابق، ص 170.

⁴ - أمال علال برزوق، مرجع سابق، ص 254-255.

⁵ - الغوثي بن ملحّة، مرجع سابق، ص 170.

⁶ - المرجع نفسه، ص نفسها.

كما يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير من شأنه التأكد من أن الكافل قادر على تربية المكفول والإنفاق عليه، حسب ما جاء في المواد 493-494-495 ق.إ.م.إ.

كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة، فرئيس المحكمة أو القاضي عندما يتلقى طلب الكفالة يقوم بإجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول⁽¹⁾.

وعمليا يحضر جميع الأطراف، ويبيدي الأبوان رضاهما متى كانا على قيد الحياة مع حضور الشاهدين اللذان يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة، وكما ذكرنا سابقا في الحضانة يمكن للقاضي أن يقوم بالانتقال والقيام بالمعاينة حتى يقف على حالة طالبي الكفالة من الناحية المادية وكذا الإجتماعية، وبعد إجراء التحقيق يتم قبول الطلب أو رفضه⁽²⁾.

حيث ينظر القاضي في الطلب بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة وفي حالة ما إذا طلب الأبوان أو أحدهما برجوع المكفول إلى ولايتهما، فهنا يخير الولد إذا كان مميزا، بعد أن يتقدم الأبوان أو أحدهما بطلب إلى رئيس المحكمة يبين فيه سبب طلب عودة المكفول والقاضي يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب مراعيًا في ذلك مصلحة المكفول وعليه أن يصدر أمرا بالقبول أو الرفض⁽³⁾.

وحتى تراعى مصلحة المكفول يجب أن تكون في ساحة القضاء أين يسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة، دون أي ضغط عليه من كلا الطرفين، أو طرف واحد ويحرر بذلك محضر أمام القضاء ويوقع عليه الأطراف، وقد ترك تحديد مضمون الكفالة

¹ - أمال علال، التنبؤ والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير

في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 94.

² - المرجع نفسه، ص 94-95.

³ - مالك طلبة، مرجع سابق، ص 171.

للسلطة التقديرية للقضاة، ذلك أنّ المشرع لم ينص عليها والذي يكون حسب فهم كل قاض للنصوص القانونية⁽¹⁾.

ويمكن تغيير لقب المكفول، حيث يمكن للكافل أن يتقدم بطلب من أجل تغيير لقب المكفول حتى يكون مطابقا للقبه، لكن يشترط في ذلك أن يكون قاصرا ومجهول النسب من جهة الأب ويشترط موافقة الأم إذا كانت على قيد الحياة،⁽²⁾ حيث نُظمت هذه الحالة بموجب مرسوم خاص بذلك.

وبعد إصدار أمر تغيير اللقب والذي يصدر عن رئيس المحكمة يتم تسجيل الأمر على هامش سجل الحالة المدنية⁽³⁾.

وتخول الكفالة الكافل الولاية القانونية ويتمتع بما يتمتع به الولد الشرعي بما فيها المنح العائلية المادة 121 ق.أ.ج.

ثانيا: حماية القاضي للطفل عند إلغاء الكفالة والتخلي عنها.

إذا كانت الكفالة تنتهي برجوع الولد إلى والديه، فإنها تنتهي كذلك بإلغائها في حالة اختلال الشروط المطلوبة للكفالة وكذا في حالة التخلي عنها، سنقوم بدراسة دور القاضي في طلب الإلغاء (1)، وبعدها التخلي (2).

1- إلغاء الكفالة:

ترفع دعوى إلغاء الكفالة من الغير، في حالة اختلال إحدى الشروط الواردة في المادة 116 ق.أ.ج المذكورة سابقا كما هو الحال بالنسبة للحجر على الكافل مع كونه أهلا للقيام

¹-المرجع السابق، ص ص 29-33.

²- المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992، يتم المرسوم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1992 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر، ع 5، الصادرة بتاريخ 22 جانفي 1992.

³- لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص36.

بالكفالة أو إصابة الكافل بعجز يمنعه من الإهتمام بالمكفول، وحتى يمكن ذلك لابد من أن تكون هناك تحقيقات وزيارات منذ منح الكفالة، حتى يمكن الإطلاع على أي طارئ، أو في حالة تعرّض الكفيل لسوء معاملة من الكافل، أو الحكم عليه بجرائم مخلة بالشرف والآداب (1).

وترفع الدعوى حسب القواعد العادية المقررة للدعاوى أمام قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة (2).

حيث يتأكد القاضي من اشتغال العريضة لكافة البيانات الواجب توافرها في عرائض افتتاح الدعاوى، فيجب أن تشمل اسم ولقب وموطن كل طرف، وعرض موجز عن الوقائع التي تبرّر طلب الإلغاء وعند الإقتضاء يتم الإشارة إلى الوثائق المؤيدة للطلب حسب نص المادة 496 ق.إ.م.إ، ويفصل في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة وذلك بعد التحقيق طبقاً للقواعد العامة، وهذا ما ذهبت إليه المادة 75 ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي: "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون".

كما جاء في المادة 76 ق.إ.م.إ أنه يجوز للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق في أي مرحلة من مراحل الدعوى بحضور الأطراف ومحاميهم، وممثل النيابة العامة والقاضي بعد ذلك يصدر حكمه* بالقبول أو الرفض، وفي حالة الرفض فإن الحكم يكون قابل للإستئناف أمام المجلس القضائي وفق ما هو معمول به في الحالات العادية (3).

1- سوسن قديري، مرجع سابق، ص75.

2- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص164.

* انظر الملحق رقم 02.

3- المرجع نفسه ، ص165.

2-التخلي عن الكفالة:

وهنا الطلب لا يقدم إلا من قبل الكافل نفسه وذلك أمام نفس الجهة التي أقرت منح الكفالة، وهو المدعي في هذه الحالة حسب ما جاء في المادة 125 ق.أ.ج حيث يصدر القاضي حكما بالتخلي عن الكفالة حسب ما جاء سابقا في الإلغاء في حالة ما إذا وجد طارئ يمنح الكافل من القيام بالكفالة سواء من الناحية المادية أو المعنوية، والقاضي يأمر بإسناد الطفل إلى أي شخص يختاره أو يأمر بإرجاع الطفل إلى أبيه أو أمه وعند انعدامها يتم إرساله إلى الجهة المختصة بالرعاية⁽¹⁾.

ثالثا: حماية القاضي للطفل عند نقل الكفالة بعد وفاة الكافل.

في حالة وفاة الكافل ينبغي على الورثة أن يخبروا ومن دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي سبق وفصل في الكفالة، وبمجرد علم القاضي بذلك ينبغي عليه جمع الورثة من أجل سماعهم حول الإبقاء على الكفالة في ظرف شهر، فإذا التزموا بالإبقاء عليها يعين القاضي أحد الورثة ليتلقى الكفالة تلقائيا⁽²⁾.

أما في حالة رفضهم الإبقاء فيجب على القاضي إنهاءها ويأمر بتسليم الولد المكفول إلى والديه، أو إلى الجهة المختصة بالرعاية وفق ما تقتضيه مصلحة الطفل طبقا لما جاء في المادة 497 ق.إ.م.إ. والمادة 125 ق.أ.ج.

ونشير إلى أن الإجراءات المقررة لنقل الكفالة تتم وفق ما هو معمول به في دعاوى الإستعجال.

¹ - سوسن قديري، مرجع سابق، ص 77.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 165.

المطلب الثاني

تدخل القاضي في تزويج القاصر وفي إنهاء الولاية أو سحبها مؤقتا

حدّد قانون الأسرة الجزائري سنا معينة للزواج نظرا لما يترتب عليه من حقوق والتزامات بين طرفيه، إلا أنّه في مقابل ذلك سمح بزواج القصر وأعطى للقاضي منح رخصة الزواج مراعيًا في ذلك مصلحة القصر (الفرع الأول)، وبما أن الولاية على النفس قد يطرأ عليها ما يجعل تلك المصلحة أمرا يستحيل تحقيقه وجب على القاضي إنهاءها أو سحبها مؤقتا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تدخل القاضي في تزويج القاصر

نصت المادة 7 ق.أ.ج "تكتمل أهلية الرّجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، فالمادة سايرت السنّ المنصوص عليها في القانون المدني، والمشرع الجزائري بتحديد سن الزواج يكون قد راعى المصلحة العامة، ذلك أن الزواج من التصرفات التي تستوجب النضج الفكري وكذا القدرات المالية، ودراية تامة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية⁽¹⁾ فتحديد سن الزواج الغرض منه حماية الصغار، وكذا المحافظة على رضائية العقد وفقا للإجراءات القانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد إلا أنّه في مقابل ذلك سمح بتقييد سن الزواج (أولا)، ودون إجبار القاصرة على الزواج (ثانيا)، مراعيًا في ذلك المصلحة والضرورة (ثالثا).

¹ - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015، ص195.

أولاً: سلطة القاضي في تقييد سن الزواج.

إنّ زواج الصغار تتجر عنه العديد من الأضرار الجسمية والاجتماعية، وهذا ما أثبتته الأطباء وعلماء الاجتماع ولعلّ ذلك هو الدافع وراء تحديد المشرع الجزائري لسن الزواج⁽¹⁾.

فالقاعدة لها استثناء يتمثل في إمكانية زواج من لم يبلغ السن المحددة عن طريق رخصة الإعفاء التي يمنحها القاضي المختص⁽²⁾.

وما يلاحظ أنّ قانون الأسرة لمّا سمح بالزواج دون السنّ المحدد قام بذلك مراعاة للعادات والتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري، وغيره من المجتمعات خوفاً ممّا يترتب على التأخير من آثار لا تحمد عقباها، وهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

والمشرع الجزائري لم يحدّد في قانون الأسرة أي قاضي يمكنه منح هذه الرّخصة هل هو رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المادة 423 منه قد أزلت الغموض حول ذلك بقولها: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدّعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة..."، حيث نستخلص من نص المادة أن قاضي شؤون الأسرة هو المختصّ إلّا أنّه من الناحية العملية استقر الأمر في بعض المحاكم الوطنية على منح الترخيص لقاضي شؤون الأسرة، والبعض الآخر منحها لرئيس المحكمة⁽⁴⁾.

¹ - عيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة -، ط1، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص106.

² - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص198.

³ - عيسى حداد، مرجع سابق، ص106.

⁴ - عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص ص87-88.

أمّا المحكمة المختصة فهي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان طالب الترخيص طبقاً لما جاء في نص المادة 7/426 ق.إ.م.إ، أمّا عن الجانب الشكلي للترخيص أي البيانات الواجب توافرها في الترخيص، فضلاً عن الوثائق الواجب توافرها لتقديم الطلب فقد جرى العمل القضائي في كل المحاكم على تقديم الوثائق التالية:

- طلب مكتوب من الولي، يتضمن عرض أسباب الترشيح والضرورة التي اقتضت ذلك (1).

- شهادة طبية من طبيب محلف لإثبات السلامة العقلية والقدرة البدنية على ممارسة الحياة الزوجية بكافة مستلزماتها (2).

بالإضافة إلى شهادة ميلاد أصلية للقاصر وشهادة ميلاد أصلية لأب القاصر أو وليّه ونسخة من بطاقة التعريف الوطنية للولي - شهادة ميلاد زوج القاصر، وطابع جبائي 500 دج. والطلب يقدم من طرف ولي القاصر أو ممثله القانوني (3).

فالقاضي يتحقق من أنّ الطلب قدّم من طرف ولي القاصر، كأن يكون الولي أو الوصيّ ولا بد من توافر الشروط السابقة، وينظر القاضي في سلامة القاصر وقدرته على الزواج من خلال الحضور الشخصي للقاصر ومعرفة مدى موافقته على الزواج.

ولم يحدّد المشرع الجزائري السن الأدنى في منح الترخيص حيث نجد أن المادة 7 ق.أ.ج لم توضح بقولها "...قبل ذلك"، فما هي السن التي يجب على القاضي أن يتوقف عندها؛ وبالرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، فجمهور الفقهاء لم يشترطوا لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وقالوا بصحة زواج الصغير والمجنون، ويرى

¹ - إبتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012 ص66.

² - عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص90.

³ - إبتسام مليط، مرجع سابق، ص67.

ابن شبرمة وأبو بكر الأصمّ وعثمان البتيّ رحمهم الله أنّه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة ولا حاجة بها إلى النكاح، ورأى ابن حزم أنّه يجوز تزويج الصغيرة عملاً بالآثار المروية في ذلك، أمّا تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ، وإذا وقع فهو مفسوخ⁽¹⁾.

ومن الجانب العملي، فإنه في أغلب الحالات تكون السن التي يمنح فيها الترخيص هي سن سبعة عشر سنة (17) وقد تكون ستة عشر سنة (16)، غير أنّه لا يمكن النزول إلى ما دون خمسة عشر سنة (15) وذلك مراعاة لمصلحة القاصر، فالترخيص لا يمنح لمن لا يملك القدرة التي يستلزمها الزواج، ذلك أنها مناط تحقيق المصلحة من الزوج للزوجة والعكس⁽²⁾.

والقدرة هنا يقصد بها المادية والعقلية، وكما ذكرنا سابقاً فإنّه من بين الوثائق المطلوبة لملف الترخيص، الشهادة الطبية والتي تثبت قدرة الزوج على ممارسة الحياة الزوجية بصفة عادية.

ويدخل كذلك في القدرة ما جاء في نص المادة 7 مكرر ق.أ.ج والتي تنص على أن طالبي الزواج ملزمين بتقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر (3) الهدف منها حماية الزوجين بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة⁽³⁾.

وينص المشرع على أن يتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، وبهذا الشرط أصبح من الواجب عليه اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلاً لذلك أو لا⁽⁴⁾.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 179.

² - عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 103.

³ - إبتسام مليط، مرجع سابق، ص 79.

⁴ - المرجع نفسه، ص نفسها.

وقد يقتضي الأمر إجراء بحث اجتماعي بعد الإستماع إلى أبوي القاصر حتى يكون حكمه مبررا بدواعي الترخيص⁽¹⁾.

والقاضي يتأكد عند الحضور الشخصي للولي أمامه من عدم إجبار القاصرة على الزواج.

ثانيا: تأكد القاضي من عدم إجبار القاصرة على الزواج.

يقودنا الحديث عن إجبار القاصرة من عدمه على الزواج للتطرق إلى مسألة الولي حيث جاء في نص المادة 2/11: "يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

كما جاء في نص المادة 13 ق.أ.ج أن الولي لا يجوز له إجبار القاصرة على الزواج فلا بد من موافقتها.

فعلى خلاف المرأة الراشدة، فالقاصرة لا يمكنها إبرام عقد زواجها بنفسها فيتولى ذلك وليها حسب ما جاء في المادة 11 ق.أ.ج، غير أنه في حال أرادت القاصرة الزواج، فهل يمكن للولي أن يمنعها من القيام بذلك وبشكل أخص إذا لم يكن أصلح لها⁽²⁾.

المشرع الجزائري بنصه على لفظ القاصر لم يبين معناه، هل هو عديم الأهلية أو ناقصها، وهل يشمل ذلك الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، وإذا كان الأمر كذلك فهل يملك الولي سلطة الإجبار؟⁽³⁾.

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، -وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا- أحكام الزواج، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 21.

² - محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 400.

³ - المرجع نفسه، ص 401.

أمّا في الشريعة الإسلامية نجد اختلاف حول حكم تزويج الولي لموليته، ذهب الحنفية إلى أنّ مناط الإيجاب هو الصغر والجنون، ومذهب جمهور الفقهاء تثبت مع البكارة في الأنثى والصغر في الغلام، والجنون في الأنثى والذكر وجوداً وعدمًا⁽¹⁾.

أمّا بخصوص مسألة عقد القاصرة زواجها بنفسها دون موافقة وليها ففي الفقه الإسلامي مذهبان، حيث يرى المذهب الأول: وهم المالكية والشافعية والحنابلة، أنّه لا يصح مباشرة المرأة ناقصة أو عديمة الأهلية، كالصغيرة والمجنونة عقد زواجها بإرادة منفردة، أما المذهب الثاني وهم: الحنفية ففيه تفصيل، وهو أنّ الصغيرة غير المميزة لا تزوج نفسها لصحة شرط الولي في زواجها، وأمّا الصغيرة المميزة أو العاقلة إذا زوجت نفسها من كفاء وبمهر المثل كان عقدها صحيحاً موقوفاً على إذن الأب أو الجدّ لأنهما يملكان العقد، والقاضي إذا لم يكن لها ولي وينفذ بإجازتها بعد البلوغ⁽²⁾.

وبالتالي فالولي يعتبر شرطاً في زواج القاصرة، غير أنّه لا يجوز له إجبارها على الزواج، فلا بد من موافقتها⁽³⁾.

والقاضي يتحقق من ذلك، ويتأكد من أن القاصرة غير مجبرة وهذا هو الهدف من الحضور الشخصي للقاصر ووليّه أمام القاضي حتى يمنح الترخيص، وبالتالي فالموافقة هنا تشاركية بين الولي والقاصرة، فلا يصحّ أن تعقد القاصر زواجها بنفسها.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بأنّه: "من المقرر شرعاً أنّ عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، وأن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها

¹ - المرجع السابق ، ص401.

² - المرجع نفسه، ص 402.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص29.

سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون" (1).

فالقضاة أعطوا الحق للقاصر بطلب فسخ الزواج قبل الدخول بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، وذلك لكي لا يكون هناك إجحاف في حقها ومراعاة لمصلحتها.

كما جاء قرار آخر للمحكمة العليا: "الزواج الباطل، هو ذلك الذي لم يستوفِ شروطه الموضوعية (السن، الولي، الصداق)" (2)، فاعتبر حضور الولي من الشروط الموضوعية في عقد الزواج ويترتب عليه البطلان.

ولكن هل يمنح القاضي الترخيص في حالة عدم موافقة الأب، فمن يقوم في هذه الحالة بطلب الترخيص؟.

فعند امتناع الولي عن تقديم طلب الترخيص ما يعني عدم موافقته فيجوز لكل من له مصلحة أن يتقدم بطلب الترخيص، وفي هذه الحالة يتأكد القاضي من توافر حالتها الضرورية والمصلحة بعد أن يبحث عن أسباب عدم موافقة الولي، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 424 ق.إ.م.إ " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهرة على حماية القصر" (3) وتبقى السلطة تقديرية للقاضي في منح الترخيص متى رأى أنّ مصلحة القاصر تتطلب ذلك ويكون ترتيب الأولياء حسب ما جاء في المادة 11 ق.أ.ج كالتالي:

الأب أو الجدّ، وذلك لتوافر شفقة الأب وصدق رغبته في تحقيق مصلحة ولده (4).

وقد نصت المادة "...فأحد الأقارب الأوليين..." ولم تبيّن ذلك.

¹ - م ع، غ أش، رقم 255711، بتاريخ 21-02-2001، م ق، ع 2، لسنة 2002، ص ص 425-426 (نقلا عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجهادات المحكمة العليا-، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 196).

² - م ع، غ أش، رقم 61925، بتاريخ 03-07-2002، م ق، ع 2، لسنة 2003، ص 272، (نقلا عن المرجع نفسه ص نفسها).

³ - إبتسام مليط، مرجع سابق، ص 70.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 181.

وفي الشريعة الإسلامية عدّة اختلافات، يذهب المالكية والحنابلة أنّه ليس لغير الأب أو وصيّهِ أو الحاكم تزويج الصغار. وقال الحنفية يجوز للأب والجدّ ولغيرهما من العصابات تزويج الصغير والصغيرة، وأجاز أبو حنيفة في رواية عنه خلافا لصاحبيه لغير العصبات من قرابة الرّحم، كالأم والأخت والخالة، وقال الشافعية ليس لغير الأب والجدّ تزويج الصغير⁽¹⁾.

فماذا عن الأم نصت المادة 87 ق.أ.ج: "يكون الأب وليّا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محلّه قانونا..."، فكما جاء في المادة فالولاية تؤول إلى الأم بعد وفاة الأب، وفي بعض الحالات يوجد ما يمنع الأب من التعبير عن إرادته، كالموانع الطبيعية، أو الموانع القانونية، وفي هذه الحالة فإن الولاية تؤول إلى الأم على أبنائها القصر، ولا يجوز صرف الولاية لغير الأم إلاّ إذا تعارضت مصالحها مع مصالح ابنها أو أبنائها القصر⁽²⁾.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا "من المقرر قانونا أنّه في حالة وفاة الأب تحل الأم محلّه، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً"⁽³⁾.

غير أنّه في مجال الولاية في زواج البنت فإعمالا لنص المادة 222 ق.أ.ج فإن الأم تفوض هذه السلطة إلى ولي ما دام أن الذكورة هي من شروط الولاية⁽⁴⁾، وكما جاء في المادة 11 ق.أ.ج فإنّه في حالة تعذر الولي القاضي وليّ من لا ولي له، وحتى يمنح القاضي الترخيص لابد من توافر المصلحة والضرورة.

¹ - المرجع السابق، ص 181.

² - عيد الله فاسي، مرجع سابق، ص 62.

³ - م ع، غ أ ش، رقم 187692، بتاريخ 23-12-1997، م ق، ع 1، لسنة 1997، ص 53، (نقلا عن جمال سايسي الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، ط 1، منشورات كنك، 2013، ص 874).

⁴ - عيد الله فاسي، مرجع سابق، ص 62.

ثالثاً: معياري المصلحة والضرورة لمنح الإذن.

يتأكد القاضي قبل منح الترخيص من وجود دوافع ومبررات مقبولة تتحقق بها مصلحة القاصر، وهذا ما نصت عليه المادة 7 ق.أ.ج "...وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على ذلك" وبالتالي نقوم بدراسة المصلحة (1)، ثم الضرورة (2).

1- المصلحة:

المشرع الجزائري عند ذكره للمصلحة والضرورة لم يقم بتحديد الحالات التي تعتبر ضرورة أو مصلحة، نظراً لكونهما تتغيران حسب الزمان والمكان وكذا المجتمعات (1)، فكان عدم تحديد مفهوم كل منهما منطقي، والقاضي ينظر في كل مسألة على حدى وهي تختلف من قاضي لآخر، كالخوف من الوقوع في الزنا، أو التعرض لضرر الكبت أو الإنزلاق إلى الفساد وما يجره من الأمراض والعقد النفسية، فيما لم يتزوج قبل بلوغه تمام (19) تسعة عشرة سنة (2).

فاذا تبين للقاضي أنّ كلاً من الولي والقاصر تجمعهما مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج، ولم تكن مخالفة للنظام العام والآداب فهنا القاضي يمنح الترخيص، أمّا في حال تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية مراعيًا في ذلك المصلحة الفضلى للقاصر.

وفي حال كانت كل من مصلحة الولي والقاصر تتعارض ومقتضيات الزواج كونها منافية لما جاء في المادة 4 ق.أ.ج، يترتب على ذلك إبطال العقد (3).

¹ - دليّة سلامي، مرجع سابق، ص 62.

² - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 62.

³ - عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 98.

ولابد من أن تكون مصلحة القاصر أكيدة، وهي الدافع إلى طلب الإذن بالزواج، ويمكن استخلاصها من خلال أقوال الولي وكذا من رأي الطبيب المختص، أو من خلال تقرير البحث الإجتماعي، أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر الراغب في الزواج⁽¹⁾.

ومن أمثلة المصلحة الزواج برجل كفاء وفي هذه الحالة عدم الموافقة عليه يعدّ تقويتا لفرصة موثية للقاصر⁽²⁾، وتنتقل الولاية مباشرة إلى القاضي لأن العضل ظلم وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى انتقال الولاية إلى السلطان ليأمر بالتزويج.

والمشرع الجزائري ذهب إلى أنّ الكفاءة تكون في الدين والعيوب وحسن الخلق، وإلى جانب ذلك قد يكون في زواج المجنون والمجنونة شفاء لهما وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك نرجع إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ.ج، فنجد أنّ هناك اختلافات إذا تبين أنّه في الزواج يكون شفاء للمجنون والمجنونة، حيث ذهب الحنفية إلى أن تزويج المجنون أو المجنونة إذا ظهر منها شهوة للرجال كبيرة كانت أو صغيرة لأنّ لها حاجة إلى الزواج لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها من الفجور، وإن قال أهل الطب أنّ علتها تزول بتزويجها لأن ذلك من أعظم مصالحها، ويتفق معهم الشافعية في تزويج المجنونة إن كانت بالغة وأكد الطب أنها تشفى بعد الزواج والمجنون أيضا ولو كانت المجنونة صغيرة فلا زواج لها⁽³⁾.

¹ - المرجع السابق، ص 98 .

² - المرجع نفسه، ص 99.

³ - عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 100.

وبالتالي فزواج المجنون لا يوجد ما يمنع من خضوعه لترخيص القاضي ما دام قاصراً بموجب المادة 81 ق.أ.ج.*

2- الضرورة كمعيار لمنح الترخيص:

وهي مأخوذة من القاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات" وتكون السلطة التقديرية للقاضي عند منح الترخيص من وجود حالة الضرورة، والتي لا بد أن تكون قائمة لا منتظرة وأن لا تكون هناك وسيلة أخرى تكون بديلاً عما سيقوم به، وأن لا يكون هناك مخالفة للإسلام، كأن يكون الزوج كافراً، مع وجود عذر يبيح هذا الزواج والقاضي يتأكد من وجوده فإذا كانت الضرورة في مجال طبيّ فلا بد من الإستعانة بذوي الاختصاص⁽¹⁾.

ويقدم التشريع الجنائي أمثلة عن حالة الضرورة، المتمثلة في حالة الخطف حيث نصت عليها المادة 2/326 من ق.ع.ع.أ.ج.: "...وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

فالخطف غالباً ما يؤدي إلى هتك العرض، وهذا معناه معاقبة الفاعل، غير أنه حسب المادة السابقة إذا تزوج الخاطف بمخطوفته لا يعاقب، والضرورة هنا تقتضي الزواج قبل بلوغ السن القانونية، وتكون حماية للقاصرة من خلال عدم تعرض سمعتها للتشويه.

* "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصيّ أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

¹ - المرجع السابق، ص 100.

ولا تكون المتابعة الجزائية إلا من خلال شكوى مقدمة ممن له الحق في طلب إبطال زواج القاصرة، ولكن بشرط الحصول على إذن القاضي المختص سواء بطلب منها مباشرة أو بواسطة من ينوب عنها⁽¹⁾.

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 49521 بتاريخ 05-01-1998⁽²⁾، أنه إذا كانت القاصرة قد فعلت ذلك بإرادتها فهذا لا تقوم الجريمة أصلا، ولكن السؤال المطروح هل يتم تزويج الفتاة المخطوفة أو المعتدى عليها قسرا، أو تعطى لها حرية الرفض؟⁽³⁾.

يرى الأستاذ عيسى حداد أن هذه ثغرة في ق.أ.ج الذي لم يهتد إلى الحلول الصحيحة للوقائع التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية، حيث يفضل أن لا يتم الزواج ولو ترتبت عليه أضرار خاصة، لأن مصلحة المجتمع أولى في مثل هذه الحالة، ولهذا كان على المشرع الجزائري اتخاذ التدابير الوقائية في مثل هذه القضايا حتى يمنع انتشار الأفعال المخالفة للقانون لكي لا يكون طريقا سهلا للحصول على الزواج الذي ترفضه الأسرة والفتاة نفسها⁽⁴⁾.

وعليه فالقاضي المختص لا يجوز له أن يمنح رخصة الإعفاء من سن الزواج مجاملة بل أن منح الرخصة بالتحقق قبل ذلك من إثبات صغر السن، ومن توفر المصلحة والضرورة، ومن قدرة الفتى والفتاة على الزواج وتوابعه⁽⁵⁾، وتصدر الرخصة عن طريق أمر ولائي طبقا لما جاءت به المادة 480 ق.إ.م.إ.

¹ - عيسى حداد، مرجع سابق، ص 109.

² - إبتسام مليط، مرجع سابق، ص 75.

³ - عيسى حداد، مرجع سابق، ص 109.

⁴ - المرجع نفسه، ص نفسه.

⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد - شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل -، ط4، دار هومة، الجزائر 2013، ص ص 26-27.

فإذا منح القاضي الترخيص، فإنه ينبغي على من يتولى تزويج أو الفتاة أن يحتفظ بنسخة من هذه الرخصة ليستظهرها أمام الموثق أو أمام الموظف المؤهل لتحرير عقود الزواج، ويقوم بتسليمها له قبل الشروع في إجراءات إبرام العقد، وعلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقوم بتحرير عقد الزواج أن يشير إلى هذه الرخصة في عقد الزواج، وأن يضمها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية⁽¹⁾.

ونود الإشارة إلى مسألة هامة تتعلق بزواج الفتى أو الفتاة أو كلاهما دون بلوغهما السن القانوني ودون الحصول على ترخيص من القاضي؟.

بالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أنه لم ينص على هذه المسألة، وهذا عكس القانون 63/224 الصادر خلال 1963 الذي نص في الفقرة (1) منه أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا للمرأة التي لم تبلغ 16 سنة أن يعقدا زواجا، ونص في المادة 2 على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية، ثم نص في المادة 3 على أن الزواج إذا أبرم خلافا للمادة الأولى يكون باطلا ما لم يلحقه دخول، ويكون الطعن في العقد جائزا إذا بلغ الزوجان السن القانونية، أو حملت المرأة التي لم يبلغ سنها الأهلية المتطلبية للزواج⁽²⁾.

لهذا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه ما دام أن قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف أهلية الزواج⁽³⁾.

¹- المرجع السابق، ص 27.

²- قانون الأسرة في ثوبه الجديد- شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، المرجع السابق، ص 28.

³- المرجع نفسه، ص نفسها.

الفرع الثاني

تدخل القاضي في إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً

يحتاج إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً إلى دعوى قضائية، وذلك نتيجة لما قد يطرأ خلال ولاية الأب أو الأم من عوارض، كالجنون أو إساءة معاملة القاصر، ما يستوجب القيام برفع دعوى حتى تسقط الولاية أو تسحب مؤقتاً على من أسندت له بقوة القانون، سنقوم بدراسة دور القاضي في إصدار أمر إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً (أولاً)، ثم تعديل الأمر بالتدبير المؤقت (ثانياً)، وأخيراً إلغاء تدبير الإنهاء أو السحب (ثالثاً).

أولاً: إصدار أمر إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً.

يتأكد القاضي في اليوم المحدد لحضور الخصوم من أن العريضة الإفتتاحية للدعوى قد رفعت وفق ما هو معمول به في دعاوى الإستعجال، حيث يتأكد من اشتمالها على كافة البيانات التي يتطلبها القانون في كل عريضة افتتاحية وفق ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يتأكد من أنّ الطلب قد رفع من الأشخاص الذين يحوزون على الصفة⁽¹⁾، والذين نصت عليهم المادة 453 ق.إ.م.إ التي جاء فيها أنّ الطلب يرفع من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر، وذلك بعد إيداعها بأمانة ضبط المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية حسب ما جاء في المادة 426 ق.إ.م.إ.

ويتأكد من إجراء التبليغ إلى المدعى عليه، وذلك عن طريق المحضر القضائي وإلى ممثل النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط، وهي تخضع لتقصير المواعيد الخاصة بالدعاوى الإستعجالية.

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام المحاكم أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص ص 98-99.

ويجوز للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر أن يقوم بالتحقيقات اللازمة، وذلك قد يكون تلقائياً من طرفه، أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة وذلك من خلال:

- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
- سماع القاصر ما لم يكن سنّه أو حالته لا تسمح بذلك.
- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي وهذا ما نصت عليه المادة 454 ق.إ.م.إ.

كما يمكن للقاضي أنه يجمع المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين طبقاً للمادة 459 ق.إ.م.إ.

- للقاضي إمكانية الأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية، وذلك مراعاة لمصلحة القاصر حسب المادة 460 ق.إ.م.إ.

كما يجوز للقاضي أن يسند مؤقتاً حضانة القاصر إلى أحد الأبوين أو أحد الأشخاص المبيينين في قانون الأسرة ويقصد بهم أصحاب الحق في الحضانة كالجدّة لأم أو الجدة لأب والعمة والخالة، وفق ما جاء في المادة 64 ق.أ.ج، ولأن الإجراء يتسم بالطابع المؤقت يمكن إذن تعديله إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك إما تلقائياً من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة، أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر⁽¹⁾.

ويتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده وأمه أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيداً.

¹ - عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 344.

كما يمكن إعفاء القاصر من الحضور إلى الجلسة، ويقدم المحامون ملاحظتهم إذا اقتضى الأمر ذلك، وهذا ما جاءت به المادة 463 ق.إ.م.إ، فإذا وجد سبب من أسباب إنهاء الولاية أو سحبها مؤقتاً لمن كانت مسندة إليه أصدر القاضي أمراً استعجالياً بإسقاط الولاية أو سحبها بموجب أمر استعجالي حسبما جاء في المادة 4/460 ق.إ.م.إ.

فإذا أسقطت عن الأب تؤول بقوة القانون إلى الأم.

ويفصل في الطلب في غرفة المشورة وفق ما جاء في المادة 463 ق.إ.م.إ وذلك بعد تقديم طلبات ممثل النيابة العامة.

وبعد إصدار الأمر الإستعجالي يتم التبليغ الرسمي لهذا الأمر المتضمن إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها بصفة مؤقتة خلال أجل ثلاثين يوماً (30)⁽¹⁾، حسب ما جاء في المادة 455 ق.إ.م.إ وذلك تحت طائلة سقوط الأمر، أي اعتباره كأنه لم يكن. أمّا فيما يخص الإستئناف في هذا الأمر فإنه يكون من الخصوم في مدّة 15 يوم من تاريخ التبليغ الرسمي، ومن قبل النيابة العامة خلال 15 يوم من تاريخ النطق بالأمر حسب ما جاء في المادة 456 ق.إ.م.إ.

وينظر في الإستئناف في غرفة المشورة (المجلس القضائي) في آجال معقولة حسب ما جاء في المادة 457 ق.إ.م.إ.

أما فيما يخص دور النيابة العامة، فبالرجوع إلى المادة 453 ق.إ.م.إ يتبين إمكانية تقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها مؤقتاً من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة، أو من قبل كل من يهيمه الأمر بدعوى استعجاليه، وتقدّم وفق ما هو مقرر لدعاوى الإستعجال وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية، ويتم الفصل في الطلب في غرفة

¹ - حسين فريجة، مرجع سابق، ص 175.

المشورة بعد سماع ممثل النيابة العامة، وعند الإقتضاء سماع محامو الخصوم وهذا ما نصت عليه المادة 358 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾.

ومعنى هذا الكلام هو أن دور النيابة العامة في مجال إنهاء ممارسة الولاية هو دور بارز ومنتج إذ أنها تلعب دور الطرف الأصلي كمدعية سواء من حيث أنه يمكنها تقديم طلب إسقاط الولاية أو إلغائها، أو من حيث سماع مرافعاتها في الجلسة، أو من حيث حقها في الطعن بالإستئناف في الأمر الإستعجالي إذا ثبت أنه صدر مغاير لطلباتها ومخالفا للقانون⁽²⁾.

وإذا رأى القاضي ضرورة لإلغاء أي تدبير مؤقت كان قد اتخذه فيمكنه ذلك.

ثانيا: تعديل الأمر بالتدبير المؤقت.

إذا أصدر قاضي شؤون الأسرة أمرا بتدبير مؤقت يتعلق بالولاية على القاصر للقاضي متى رأى أنّ مصلحة القاصر تتطلب تعديل هذا التدبير فله أن يقوم بذلك، سواء من تلقاء نفسه إسنادا إلى سلطته التقديرية، أو بناء على طلب الولي نفسه، أو بناء على طلب القاصر إذا أصبح مميّزا، أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة، أو بناء على التماس أي شخص تتوفر فيه صفة وكفاءة حماية القاصر⁽³⁾.

ولكن إذا كان طلب التعديل المؤقت قد وقع تقديمه من شخص آخر غير ممثل النيابة فإنه يتعين على طالب التعديل أن يقدمه في شكل عريضة تبلغ نسخة منها إلى ممثل النيابة العامة لدى المحكمة المختصة، وعلى قاضي شؤون الأسرة الناظر في طلب التعديل أن

¹ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق، ص 178-179.

² المرجع نفسه، ص 179.

³ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 102.

يفصل في هذا الطلب سلبيًا أو إيجابيًا بموجب أمر استعجالي يخضع لما يمكن أن يخضع له أي أمر استعجالي من إجراءات ولاسيما ما يتعلق فيه بالإستئناف⁽¹⁾.

وللقاضي أيضا إلغاء تدبير الإنهاء أو السحب، طبقا لما جاء في ق.إ.م.إ.

ثالثا: إلغاء تدبير الإنهاء أو السحب.

نصت المادة 461 ق.إ.م.إ على أنه يجوز للقاضي إلغاء تدبير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا بطلب من والد القاصر المسقطه عنه الولاية، ونصت م 462 ق.إ.م.إ على أن الطلب يوجه إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها الإقليمي مقر أو مكان ممارسة سلطة الولاية⁽²⁾.

وترفع عن طريق عريضة افتتاح دعوى استعجالية وفقا لما هو مقرر لرفع دعاوى الإستعجال.

أما فيما يخص الإجراءات المتبعة للتحقيق والفصل في الطلب فهي لا تختلف عن الإجراءات المتبعة في إنهاء وسحب الولاية فالقاضي يتلقى أثناء الجلسة تصريحات القاصر، وتصريحات والده أو أمه أو الحاضن، كما يمكن أن يسمع أي شخص يكون سماعه مفيدا، ولكن يجوز إعفاء القاصر من الحضور إلى الجلسة، ويمكن تلقي ملاحظات المحامين عند الإقتضاء⁽³⁾.

ويتم الفصل في غرفة المشورة، أو في مكتب القاضي بعد تقديم ممثل النيابة العامة، وسواء كان الفصل بالإيجاب أو السلب فإنه يقبل الطعن خلال مهلة 15 يوما يبدأ حسابها

¹ - المرجع السابق، ص 102.

² - حسين بلحيرش، محاضرات في إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، السنة الثانية ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2016-2017، غير منشورة.

³ - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 103.

من تاريخ اليوم الموالي، ليوم التبليغ الرسمي، أو من قبل النيابة العامة خلال نفس المهلة، ولكن حسابها يبدأ من اليوم الموالي ليوم صدور الأمر والنطق به⁽¹⁾.

¹ - المرجع السابق، ص 103.

خلاصة الفصل الأول

كخلاصة للفصل يتضح أن القاضي يسعى إلى إحياء نسب الطفل من خلال إلحاق نسبه لأبيه، ولكن

في إطار الزواج الشرعي الصحيح، وكذلك في نكاح الشبهة والنكاح الفاسد، ولا يقبل أي إثبات خارج إطار العلاقة الزوجية، ذلك أن أحكام النسب مستمدة من الشريعة الإسلامية على الرغم من أن الاجتهاد الأخير للمحكمة العليا قضى بإلحاق نسب ولد المغتصبة حماية للطفل.

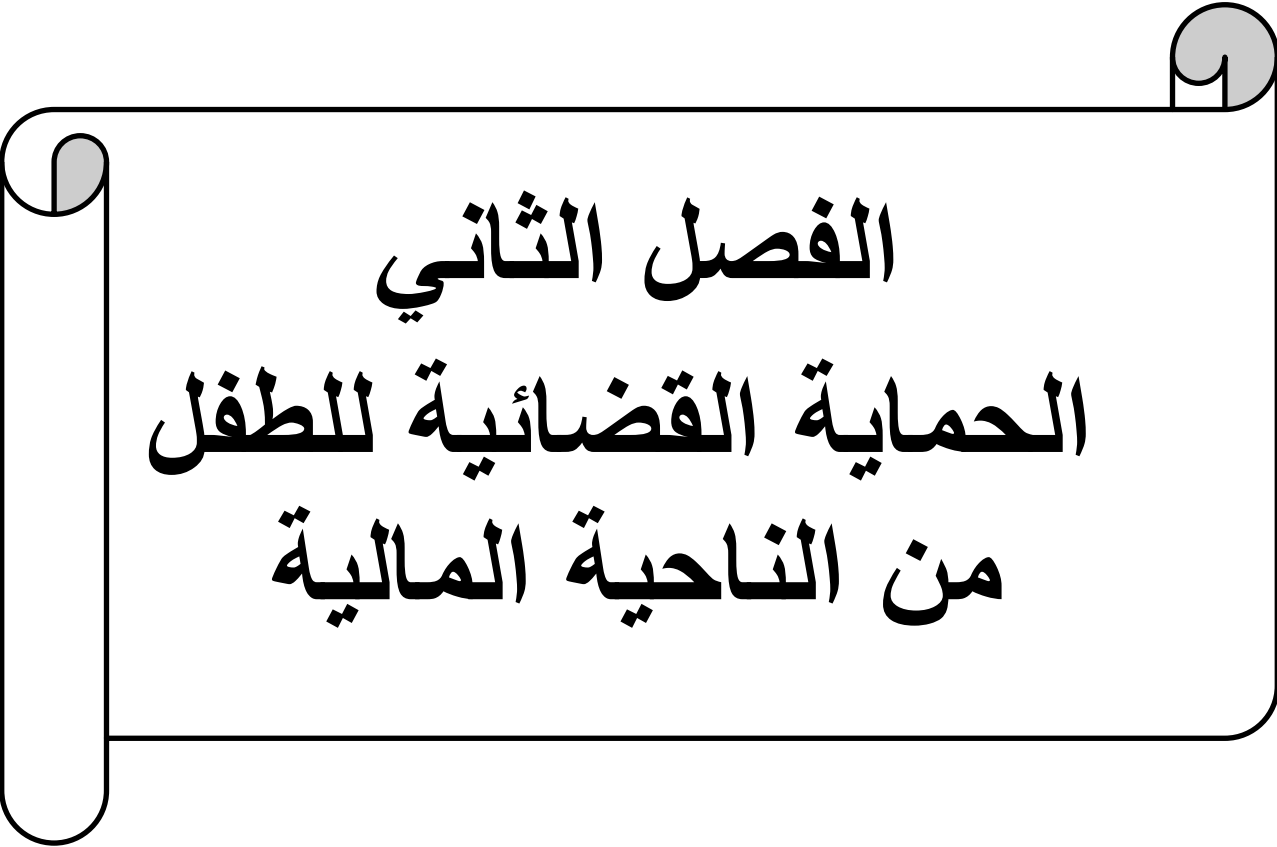
أما فيما يخص الطرق العلمية لإثبات النسب، فالمشرع الجزائري لم يحددها في الفقرة الثانية من المادة 40 ق.أ.ج وترك الأخذ بها من عدمه لسلطة القاضي التقديرية ما يطرح عدّة إشكالات من الناحية العملية.

كما نستخلص في مجال الولاية على النفس أنّ دور القضاء يبرز بشكل كبير في الحضانة، والتي يكون تدخل القاضي فيها واسعا من خلال سلطته التقديرية والتي تقوم أساسا على قاعدة "مصلحة المحضون"، والمشرع يكون بعدم تعريفها قد ترك المجال للاجتهاد القضائي ذلك أن مصلحة المحضون تختلف حسب ظروف كل قضية ومن مكان لآخر وحسب قناعة كل قاضي وهذا ما لاحظناه في اجتهادات المحكمة العليا.

كذلك بالنسبة للكفالة حيث أعطى للقاضي عن طريق قانون الإجراءات المدنية والإدارية صلاحيات يمكن من خلالها تكوين قناعة من أجل حماية أفضل للطفل المكفول سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب، من خلال التأكد من توافر كل الشروط الشرعية والإجرائية بالنسبة لإسناد الكفالة إضافة إلى حماية الطفل عند إلغائها أو التخلي عنها، وفي حالة نقل الكفالة وفاة الكافل.

وبالنسبة للزواج نجد أنّ المشرع وضع سنًا محددة للزواج وهي (19) تسعة عشر سنة إلا أنّه وضع استثناء على القاعدة وأعطى للقاضي منح رخصة الإعفاء من السن متى وجدت ضرورة ومصصلحة مع قدرة القاصر على الزواج، وأعطيت للقاضي السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة القاصر.

ونتيجة لما قد يطرأ خلال ولاية الأب أو الأم من عوارض أو في حالة معاملة القاصر معاملة سيئة، يمكن إسقاط هذه الولاية حيث يقوم القاضي وضمانا لمصلحة القاصر بالتحقيقات اللازمة للتأكد من قدرة الولي من عدمه الإهتمام بالأولاد القصر، وفي سبيل ذلك يمكن له اتخاذ أي تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية مع إمكانية تعديل أو إلغاء التدبير المتخذ.



الفصل الثاني
الحماية القضائية للطفل
من الناحية المالية

للمال أهمية في الحياة الإنسانية لأنه عصبها فقد أعطى الإسلام للطفل حقوقه وضمنها في جميع مراحلها، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي مكن القاضي من آليات تساعد على تفعيل هذه الحماية، ذلك أن الطفل إنسان صالح لكسب الحق، غير أن مباشرة الحق وترتيب الآثار القانونية لصالح الطفل أو عليه لا يتأتى إلا عن طريق إدارة واعية من خلال تكليف أشخاص راشدين أكفاء للقيام بمهمة رعاية أموالهم، سواء كان ناقص الأهلية أو عديمها، فقرر له نظام النيابة الشرعية حيث بموجبه يتم إدارة أمواله من قبل الغير وأخضع تصرفات النائب الشرعي لرقابة القاضي حتى لا يتعسف في استعمال سلطته وإساءة إدارة أموال هذا الطفل، ويقصد تحقيق مصالحهم رخص للقاضي بترشيد القاصر الذي بلغ سنّ التمييز للقيام ببعض التصرفات، ويكون ذلك تحت رقابة القضاء سنحاول فيما يلي دراسة الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة والتملك (المبحث الأول)، ثم الحماية القضائية للطفل عند إدارة أمواله من الغير وعند إدارتها بنفسه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة والتملك

تثبت للطفل مجموعة من الحقوق المالية باعتباره شخصية قانونية تتمثل هذه الحقوق المالية في حق النفقة، حيث يحتاج الطفل إلى أمور ضرورية لحياته والتي تضمنتها المواد من 75 إلى 80 ق. أ. ج (المطلب الأول)، وتثبت بعضها حتى في مرحلة التكوين وهو الحق في التملك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي في حماية حق الطفل في النفقة

تعتبر النفقة من الحقوق المالية للطفل، والتي حثت عليها الشريعة الإسلامية، ومن ذلك قوله تعالى: "...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ..." ⁽¹⁾، كما أن المشرع الجزائري قد خصها بالعبارة في قانون الأسرة الجزائري، فقد بين من تجب عليهم النفقة (الفرع الأول) وضوابط تقدير النفقة (الفرع الثاني)، وهذا ما سوف نبينه في هذا المطلب، مبرزين دور القاضي في ذلك.

الفرع الأول

الحماية من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة

حق النفقة من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل لأنه بها تصان حياته، وهي التي توفر له الحماية والرعاية وقد حدّد قانون الأسرة الجزائري من تجب عليهم نفقة الطفل

¹ - سورة البقرة، الآية 231.

وهم: الوالدين (أولاً)، ثم الأقارب (ثانياً)، فالدولة (ثالثاً)، فهل يراعي القاضي هذا الترتيب في حكمه، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال بعض الإجهادات القضائية.

أولاً: وجوب نفقة الطفل على الوالدين.

نصت المادة 75 ق.أ.ج على ما يلي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، فقد أقرّ القانون أنّ أول من يتحمل مسؤولية النفقة على الأولاد هو الأب، وهو ما أكدته الشريعة الإسلامية من قبل (1).

فهذا بيان على أن الأب يقوم بالإنفاق على أولاده الصغار لكي يحميهم من الضياع والتي فيها صلاح لهؤلاء الصغار (2).

والنفقة واجبة على الأب ما لم يكن للطفل مال (3)، فإن كان للصغير مال فنفقته في ماله وإن كان أبوه غنياً، لأنّ الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه، فإن كان مال للصغير في يد الأب أنفق عليه منه، فإن كان من غير جنس النفقين للأب أن يبيع منه وينفق عليه من ثمنه، وإن كان مال الصغير غير حاضر كما لو ورث مالا ولم يتسلمه فعلى الأب أن ينفق عليه من المال نفسه حتى يحضر مال الصغير، وله أن يرجع بما أنفق عليه إذا كان الإنفاق

¹ - كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 01، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2011، ص54.

² - الشحات إبراهيم منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، دار الجامعة الجديدة مصر، 2011، ص57.

³ - كمال لدرع، مرجع سابق، ص54.

بإذن القاضي، أو كان أشهد عند الإنفاق أنه ينفق ليرجع بذلك على الصغير، فإن أنفق دون إذن ولا إسهاد لم يكن له حق الرجوع⁽¹⁾.

كذلك من خلال استقرائنا لنص المادة 75 ق.أ.ج يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد وضع مدة وجوب النفقة على الأب في أجلين مختلفين فبالنسبة إلى الولد الذكر تسري مدة النفقة عليه من يوم ولادته إلى يوم بلوغه سن الرشد القانوني، أمّا بالنسبة إلى البنت مدة النفقة من يوم ولادتها إلى يوم زواجها والدخول بها، فيصبح الزوج هو المكلف بالنفقة عليها وتسقط نفقتها عن أبيها⁽²⁾.

ولكن استثناء تستمر النفقة في حالة العجز عن الكسب لما يتجاوز سن الرشد، إذا كان الولد ذكراً مصاباً بآفة عقلية أو بدنية تمنعه من الكسب أو مزاولاً للدراسة، وكذلك بالنسبة للأنثى إن لم تتزوج ويتم الدخول بها، أمّا إذا كانت قد استغنت عن النفقة بالكسب فإن نفقتها تسقط⁽³⁾.

ولم يعتبر جمهور الفقهاء اختلاف الدين مانعاً لوجوب النفقة، فتجب نفقة الولد المسلم على أبيه الكافر والعكس خلافاً لما ذهب إليه الحنابلة⁽⁴⁾.

إذا كان الأب موجوداً، قادراً على الكسب فنفقة أولاده واجبة عليه وحده لا يشاركه فيها غيره من أم أو جدّ أو غيرهما فإذا كان قادراً على الكسب، وامتنع عن الإنفاق على أولاده أجبر على ذلك⁽⁵⁾.

¹ - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004، صص 285-286.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل -، مرجع سابق، صص 106.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، صص 269-270.

⁴ - مأمون محمد عمر أبو يوسف، الدفع الموضوعية في دعاوى النفقات، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999، صص 209. وكمال لدرع، مرجع سابق، صص 54.

⁵ - إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية - الزواج والفرقة وحقوق الأقارب -، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1993، صص 360.

والجدير بالذكر أنه في نفقة الأولاد هناك حالتين، حالة وجودهم في دار الزوجية والعلاقة الزوجية قائمة بين الأب والأم فمن البديهي أن ينفق الأب على أبنائه، أما في حالة الطلاق وإسناد الحضانة للأم أو من حددتهم المادة 64 ق.أ.ج فإنه علاوة على وجوب توفير السكن للحاضنة، فإن القانون يلزم الأب بالإنفاق على أولاده المحضونين، ويستفيد الأبناء من النفقة إلى غاية سقوط صفاتهم قانوناً، ما لم يكن لهم مال أو الاستغناء عنها بالكسب⁽¹⁾.

وعليه فالمشرع الجزائري من خلال المادة 75 ق.أ.ج وضع الأسس التي يتم فيها إنفاق الأب على أولاده والمستمدّة من الشريعة الإسلامية، وهذا من أجل تفعيل دور القضاء في تطبيق القانون وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه ما يلي:

"ذلك أنه يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال، ولما كان ذلك، فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، ومن ثمّ فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد، ولما كان القرار أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابهه قصور في التسبيب"⁽²⁾.

إن هذا في حالة نفقة الأب على الطفل إذا كان موسراً ولكن الإشكال يطرح في حالة ما إذا كان الأب عاجزاً فعلى من تكون نفقة الطفل في هذه الحالة؟، فحسب المادة 76 ق.أ.ج تكون على عاتق الأم.

فإذا أعسر الأب ولم يستطع الإنفاق على ولده، سواء أكان الولد صغيراً أم كبيراً، عاجزاً عن الكسب، وكانت الأم موسرة فإنها تنتقل إلى الأم⁽³⁾، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري

¹ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة - الزواج والطلاق -، ط2، دار هومة، الجزائر، سنة 2008، ص 72.

² م ع، غ أ ش، رقم 311458، بتاريخ 21-01-2004، م ح ع، لسنة 2004، ص ص 379-380-381.

³ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 423.

حيث نصت المادة 76 ق أ ج "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأمّ إذا كانت قادرة على ذلك".

وبالتالي إذا كانت الأم قادرة ولها دخل كاف من وظيفة أو مهنة أو إرث وكان الأب عاجزا عن الإنفاق، فتنقل إليها النفقة على الأولاد⁽¹⁾ وكذلك إذا كان الأب غائبا، أو مفقودا أو ميتا⁽²⁾.

ويرى بعض فقهاء القانون أن إفسار الأب ترجمت في القانون بكلمة "عجز" والمقصود بها عدم القدرة التامة عن الاسترزاق لا لكونه فقيرا أو معسر أو كان متقاعسا، ولكن لكونه عاجزا ممكن للمرض أو إعاقة فلو كان كذلك لتقاعس الآباء عن الكسب والنفقة على آبائهم⁽³⁾.

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما أشرك الأم في مسؤولية الإنفاق على الولد حماية لهذا الأخير، ومن باب تعاون الوالدين على ضمان رعايته، ولأنهما أولى الناس بحمايته⁽⁴⁾.

وهذا ما يسهل على القاضي تطبيق القانون والتمسك بالنص القانوني لصالح الطفل في حال عجز الأب والأم تكون قادرة على الإنفاق، فيحكم بإسنادها إليها دون إشكال.

يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية الذي يجيز للأب الإنفاق على أولادها خلافا للمذاهب الأخرى⁽⁵⁾.

¹- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد -شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، مرجع سابق، ص106.

²- دليلة سلامي، مرجع سابق، ص82.

³- نسرین إيناس بن عصمان، مرجع سابق، ص118.

⁴-كمال لدرع، مرجع سابق، ص55.

⁵- هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص -عقود ومسؤولية-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون 2011-2012، ص150.

وعليه فإن نصوص قانون الأسرة جاءت واضحة في تبيان من تجب عليه النفقة في حالة عجز الأب وهي الأم الموسرة، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه "لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل"⁽¹⁾.

إذن هذا في حالة كون الأب معسرا وعاجزا، فنتنقل النفقة إلى الأم ولكن ماذا لو أن الأم أيضا كانت عاجزة أو معسرة أو أنها لا تملك مالا تتفقه على أولادها فلمن تنتقل النفقة؟

ثانيا: وجوب نفقة الطفل على الأقارب.

والتي نستشفها من خلال نص المادة 77 من ق.أ.ج "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

ويستخلص من نص المادة إلزام الأصول، أي الأب والأم والجد والجددة وإن علوا بالإنفاق على الفروع -ذكورا وإناثا- وإن نزلوا⁽²⁾، أي إذا لم يوجد للأولاد المستحقين للنفقة أب أو كان لهم أب فقير وملحق بالمعدوم لعجزه عن الكسب وكانت الأم عاجزة عن الإنفاق، فإذا كان أقاربهم قادرون على الإنفاق عليهم كلهم من أصولهم سواء كانوا أصولا لهم من ناحية أبيهم أو من ناحية أمهم فتكون النفقة واجبة عليهم⁽³⁾، ومن بين الشروط التي أقرتها المادة 77 ق.أ، أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليه، ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بموقف الشافعية والحنابلة من حيث تمديد النفقة الواجبة لتشمل كل الأصول وكل الفروع حسب درجة الإرث⁽⁴⁾.

¹ - م ع، غ أ ش، رقم 390381، بتاريخ 09-05-2007، م ح ع، ع، 2، لسنة 2008، ص 295.

² - هجيرة نشيدة مداني، مرجع سابق، ص 150.

³ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 205.

⁴ - هجيرة نشيدة مداني، مرجع سابق، ص 150.

ونشير أن القضاء الجزائري سار على نهج نصوص قانون الأسرة الجزائري وما أقرته الشريعة الإسلامية في وجوب نفقة الأولاد على الأقارب وهذا حفاظا على حقوق الطفل ومنعه من الضياع والتشرد وكذلك حفظ صحته وعدم لجوئه للتسول والإنحراف.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 21-04-1998 حيث جاء فيه ما يلي: "ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجدّ الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة، يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من ق.أ.ج، فإنّ القضاة بقضائهم طبقوا صحيح القانون..."⁽¹⁾.

ثالثا: وجوب نفقة الطفل على الدولة.

إذا كان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب أو عُدِم الأب ولا قريب للولد ينفق عليه، فنفقته في بيت المال لأن من وظائف بيت المال في الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين وينفق عليهم بقدر حاجاتهم⁽²⁾، فقد سبقت الدولة الإسلامية جميع دول وموائق العالم في رعايتها للأطفال، وتخصيص تعويض شهري لهم لما روي عن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه فرض لكل مولود راتب خاصا يدفع من بيت المال واستمرّ هذا العطاء لأولاد الجند والعمال وسائر المسلمين⁽³⁾.

ويجب التنويه أن المشرع الجزائري قد قام بإصدار قانون خاص بصندوق النفقة رقم 401/15⁴، فيمكن للحاضنة اللجوء إليه في حالة امتناع المدين أو عجزه عن أداء النفقة.

¹ - المرجع السابق، ص 150.

² - عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة، دراسة فقهية ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة 1436هـ ص ص 69-70.

³ - محمد مصطفى الزحيلي، مقال حقوق الأولاد على الوالدين في الشريعة الإسلامية.

عن Elibray mediu, edu, my/books/ Mal 07218 pdf.

⁴ - القانون رقم 01-15 المؤرخ في 04 جانفي 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر، ع 1، الصادرة 07 جانفي 2015.

وما يميز الإستفادة من هذا الصندوق هو سرعة دفع النفقة، حيث يتعين على القاضي أن يبت في طلب النفقة في مدة 5 أيام بموجب أمر ولائي غير قابل للإستئناف، ويتم تبليغ هذا الأمر إلى المدين بالنفقة في مدة 48 ساعة من تاريخ صدوره، وتتولى المصالح المختصة صرف هذه المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما من تاريخ تبليغ هذا الأمر⁽¹⁾.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري من خلال نصه على صندوق النفقة أنه حصرها في الطفل أو الأطفال المحضونين بعد رفع الدعوى وقبل حكم الطلاق، والطفل أو الأطفال المحضونين بعد الحكم بالطلاق والمرأة المطلقة⁽²⁾، فكان عليه أن يوسع الإستفادة من مستحقات الصندوق لكي يشمل المرأة خلال الرابطة الزوجية وأطفالها القصر، فقد يكون الزوج منحرف وغير مبال ومهمل لرعاية أسرته بشكل كلي فلا ينفق على زوجته وأولاده، كأن يكون غائبا هاربا متصلا من المسؤولية، أو انسحب من مهامه كليا ليستقر مع زوجة ثانية⁽³⁾.

وبالتالي فالقاضي لا يمكن أن يوسع من اجتهاده ويشمل الأطفال اللذين هم في عصمة أبيهم وأمهم، ذلك أن قانون 01-15* جاء واضحا وحصر الحالات التي تستفيد من هذا الصندوق إذ لا اجتهاد مع وجود نص.

¹ - أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 70.

² - عبد الرحيم مقدم، صندوق النفقة الجزائري الجديد، تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، ع12، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016، ص ص14-16.

³ - المرجع نفسه، ص 24.

* - انظر الملحق رقم 03.

الفرع الثاني

ضوابط تقدير النفقة

لقد حدد المشرع الجزائري ما تتضمنه النفقة من مشتملات لتسهيل العمل على القاضي (أولاً)، كما أعطاه السلطة في تقدير النفقة (ثانياً)، وحدد تاريخ استحقاق النفقة (ثالثاً).

أولاً: مشتملات النفقة.

نصت المادة 78 ق.أ.ج على مشتملات النفقة: "تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

لقد ذكر هذا النص مشتملات النفقة من غذاء وكسوة وعلاج وسكن وأجرته، وما يعد ضروريا كمصاريف الكهرباء والغاز والمياه، وكذا أدوات النظافة من صابون ومواد تطهيرية ومصاريف التعليم والدراسة والأدوات المدرسية وغير ذلك من الضروريات بحكم العرف والعادة وكذا مستوى المعيشة الذي ألفه مستحقي النفقة⁽¹⁾.

لقد أحسن المشرع الجزائري في إيراد عبارة ما يعتبر ضروري في العرف والعادة، حيث ترك السلطة التقديرية لقضاة الموضوع فالحياة في تغير وتطور مستمر، وهذا يجعل القاضي يفعل سلطته التقديرية فيما هو ضروري لنفقة الطفل وهذه تعدّ حماية لهذا الأخير من الضياع وحفظ حقوقه في النفقة.

كما أن الشريعة اعتبرت الإنفاق غير مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للمطعم والمشرب والملبس فقط، بل اعتبرت سكن الطفل نوع من النفقة ذلك أن السكن يؤدي إلى أن

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 279.

يكون الطفل مرتاحا داخل الأسرة نفسيا واجتماعيا، فيصون الطفل عن التسول والتشرد⁽¹⁾ وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 78 ق.أ.ج "تشمل النفقة...السكن أو أجرته...".

ونشير أن النفقة تؤدى على الفروع عينا، ويشمل ذلك (الإسكان والإطعام والملبس، والدواء وكل ما يلزم في تربيتهم وترقيتهم)، كما يجوز أن تصرف النفقة نقدا في بعض الحالات⁽²⁾.

وقد سارت التطبيقات القضائية على مراعاة مصلحة الطفل في اعتبار ما هو ضروري من مشتملات النفقة اللازمة للطفل، منها قرار المحكمة العليا الآتي ذكره: "حيث من جانب آخر حينما ذهب قضاة الموضوع في قرار المنتقد إلى الحكم على الطاعن بمصاريف علاج البنت المحضونة فإنهم لم يخالفوا القانون في شيء باعتبار أن ما حكم به يستند على شهادات طبية، والتي تثبت تعرض البنت المحضونة لأمراض مختلفة، الشيء الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين..."⁽³⁾.

وقد جاء في قرار آخر لها ما يلي: "حيث أن قضاة الموضوع استندوا في أسباب القرار المنتقد على أساس كون الطاعنة تنازلت عن كافة حقوقها المنجزة عن الطلاق... ومن ثم لا يحق لها المطالبة بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، وهو أمر صحيح بالنسبة للحقوق المتعلقة بها شخصيا، لكن لا يمكن أن يمتد تنازلها فيما يخص حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار طبقا للمادتين 72 و78 ق.أ.ج باعتبارها لصيقة بهم، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم خلاف ذلك فإنهم أخطأوا

¹ - الشحات إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 62.

² - الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 191.

³ - م ع، غ أ ش، رقم 372292، بتاريخ 15-11-2006، م ح ع، ع 1، 2007، ص 496، (نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 282).

في تطبيق القانون، وجعلوا بذلك قرارهم عرضة للنقض جزئيا فيما يخص مسكن الحضانة دون إحالة...⁽¹⁾.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير النفقة.

قد يحدث، وألا يتم دفع النفقة بطريق ودي، ففي حالة الإمتناع عن دفع النفقة يتعين اللجوء إلى القضاء.

ويتم طلب النفقة قضائيا بموجب عريضة افتتاح الدعوى طبقا للأشكال المنصوص عليها قانونا، ويقدم الطلب ضدّ المدين بالنفقة في موطن المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة⁽²⁾، وهذا طبقا لنص المادة 2/40 ق.إ.م.إ: "... النفقة الغذائية... موطن الدائن بالنفقة..."، وكذلك نص المادة 5/426 ق.إ.م.إ "تكون المحكمة المختصة إقليميا... في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها". وهذا طبقا لنص المادة 2/40 ق.إ.م.إ.

ومعنى هذا الكلام أن المحكمة التي يمكن أن ترفع أمامها دعوى النفقة و التي تكون مختصة بالفصل فيها محليا ونوعيا، هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعي المطالب بالنفقة، وليست المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مسكن المدعى عليه المطالب بالنفقة⁽³⁾.

وبناء عليه فإذا رفض الأب الإنفاق على أولاده ولم يكن له سبب شرعي يمنعه من ذلك، فيمكن لأولاده أن يطلبوا حقهم باللجوء إلى القضاء بموجب عريضة افتتاحية يطلبون فيها الحكم بالنفقة لصالحهم، وتمثل الأم الزوجة أو المطلقة أولادها القصر⁽⁴⁾.

¹ - م ع، غ أش، رقم 384529، بتاريخ 11-04-2007، م ح ع، ع 2، لسنة 2008، ص 293.

² - الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص ص 191-192.

³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، -شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، مرجع سابق، ص 108.

⁴ - دليلة سلامي، مرجع سابق، ص 82.

ومنح القانون القاضي السلطة الواسعة في مجال تقدير قيمة النفقة، وقد قيده فقط بمراعاة حال المعيشة وغلاء الأسعار⁽¹⁾، فيتعين على القاضي التحري عن الزوجين لمعرفة مصدر معيشتها ومداخيلها، وذلك بالإطلاع على قسيمة الأجرة أو كشف بالامتلاكات وللقاضي الاستعانة بالخبراء في ذلك، ويقدر القاضي نفقة الطفل ونحوه بالمعروف حسبما يؤديه إليه اجتهاده، وكذلك ما لو كان للطفل مال، أي فيقدر عن ماله مقدار نفقته الكافية⁽²⁾.

ولتتماشى النفقة مع تغير ظروف المعيشة، باستطاعة القاضي مراجعة تقديره مع مطلع كل سنة جديدة ابتداء من النطق بالحكم المقدر للنفقة أو الحكم المراجع لها⁽³⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 79 ق.أ.ج "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الزوجين وظروف المعيشة ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من النطق بالحكم".

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما نص على أن النفقة تحتاج إلى المراجعة ذلك أن الأسس التي اعتمد عليها القاضي عند تقديره النفقة غير ثابتة، بل متغيرة بحسب مستوى المعيشة وظروف المجتمع، ولكن هذا بشرط أن يكون قد انقضى عام كامل من تاريخ الحكم بالنفقة، وبموجب طلب يقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم⁽⁴⁾.

فمن مبادئ المحكمة العليا أن تقرير النفقة المستحقة للمحزون يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، وهذا مقرر فقها وقضاء، والقضاء بما يخالف هذا يعدّ مخالفا للقواعد الشرعية⁽⁵⁾.

¹ - المرجع السابق، ص 82.

² - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي - في الفقه الإسلامي -، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 387.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 286 - 287.

⁴ - المرجع نفسه، ص نفسها.

⁵ - سهام كريال، مرجع سابق، ص 57.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "لكن حيث أن القرار المطعون فيه قد أجاب الطاعن بأن النفقة الغذائية واجبة قانوناً على الأب اتجاه ابنه المحضون من طرف الأم والقرار المطعون فيه أيّد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين، مسألة تقدير النفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع أمّا الشهادة الصادرة عن البلدية (شهادة العطل عن العمل) والمقدمة من طرف الطاعن فلا يمكن الأخذ بها كدليل عن وضعية الطاعن، لأنّ تلك الشهادة تصادق فقط على إمضاء الشاهدين، مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن..."⁽¹⁾.

يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا قد راعت مصلحة الطفل عن طريق رفضها طعن الأب الذي قدم شهادة عدم العمل، والتي لا تكفي لكي يمتنع عن الإنفاق.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا، مفاده: "لا يجوز الإحتجاج بحجية الشيء المقضي فيه في النفقات، الحكم بتعديل النفقة-بتطبيق صحيح للقانون المادتان 78-79 ق.أ.ج من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم.

ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة.

ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله، ولمّا كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 27-09-1988 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن.

¹ - م ع، غ أ ش، رقم 216886، بتاريخ 16-03-1999، م.ق، عدد خاص، لسنة 2001، ص ص 204-205، (نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص ص 286-287).

فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" (1).

يتبين من خلال هذا القرار أيضا الدور الكبير الذي يلعبه القضاء في حماية مصلحة الطفل، حيث لم يستجيبوا لطعن الأب الراض لتعديل النفقة، بل قاموا بتطبيق القانون وراعوا ظرف هؤلاء الأولاد الذين لا تكفيهم مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن.

ثالثا: تاريخ استحقاق النفقة.

بالرجوع إلى نص المادة 80 ق.أ.ج نجدها تنص على ما يلي: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

وما يمكن استنتاجه من خلال هذه المادة أن استحقاق النفقة كمبدأ عام، يبدأ من تاريخ رفع الدعوى القضائية بطلبها، ولكن استثناء من هذه القاعدة يجوز للقاضي المعروضة عليه دعوى النفقة أن يحكم باستحقاقها بأثر رجعي، لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، وهذا إذا تكونت لدى القاضي قناعة من خلال الأدلة والبيانات المقدمة إليه (2).

معناه أنه لا يجوز الحكم بالنفقة قبل رفع الدعوى أو بعد صدور الحكم إلا في حالة الحكم بالطلاق، وإسناد حق الحضانة إلى المطلقة، وللقاضي في هذه الحالة الحكم بنفقة مستقبلية للأولاد أو بنفقة مؤقتة بموجب حكم تمهيدي أثناء السير في إجراءات الدعوى، ثم يفصل فيها بصورة نهائية، عند الحكم في موضوع النزاع، غير أن المادة 80 أوردت

¹ - يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه، بموجب الأمر رقم: 05-02، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والموارث، ط1، دار هومة، الجزائر، 2014، ص ص 191-192.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، مرجع سابق، ص 108.

الإستثناء، وهو جواز الحكم بالنفقة المتركمة لشهور سابقة⁽¹⁾، فإذا قدّم طالب النفقة إثباتا على أن الملتزم بها لم يؤدّها له منذ عدّة سنوات قبل رفع الدّعى، فإنّ القاضي لا يحكم له إلا بالنفقة لمدة السنة السابقة لرفع الدعوى⁽²⁾.

وهذا ما سارت عليه تطبيقات القضاء ومنها القرار التالي للمحكمة العليا.

"...أمّا بخصوص نفقة الوالدين وبدل الإيجار الواجبين على الأب شرعا وقانونا والمحكوم لهما بها بموجب الحكم المستأنف ابتداء من تاريخ وضع الدعوى في 09-07-2008 بالنسبة للنفقة، ومن تاريخ النطق بالحكم بالنسبة لبدل الإيجار، فإنه طالما أن الطاعن دفع بتواجد الأبناء لديه فيجب على قضاة الموضوع الردّ على هذا الدّفع بأسباب سائغة، وإثبات أن الولدين يتواجدان فعلا مع والدتهما لأجل إقرار تاريخ بداية سريان النفقة وبدل الإيجار، مما يجعل الوجه سديد في هذا الشق"⁽³⁾.

وما يجب التنويه إليه أنّ دعوى النفقة تعتبر من صميم القضاء الإستعجالي لأنها تتميز بعنصر السرعة وعدم المساس بأصل الحقوق، لأن الفصل فيها يكون بصورة مؤقتة وسريعة والإستعجال يظهر في قضايا النفقة من خلال المستندات المقدمة أو الحاجة الملحة والضرورية لطالب النفقة لانعدام أي مصدر للرزق، فلا يمكن الانتظار في هذه الحالة⁽⁴⁾.

هنا نجد أن المشرع الجزائري قد تدارك الأمر في قانون الأسرة الجديد من خلال إضافة للمادة 57 مكرر، والتي لم تكن موجودة في القانون القديم وهذا ما يعزز دور القضاء في تقدير حالة الاستعجال من خلال ظروف القضية.

¹ - هجيرة نشيدة مداني، مرجع سابق، ص 154.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 285.

³ - م ع، غ أ ش م، رقم 00004، بتاريخ 12-01-2012، (نقلا عن لحسين شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 289).

⁴ - كميلية ساعد سعود، نطاق القضاء الإستعجالي في مجال الأحوال الشخصية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص ص 40-41.

حيث نصت المادة 57 مكرر ق.أ.ج: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية..."، ونرى أن المشرع وفق في إضافته لهذه المادة والتي أجاز من خلالها للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في مجال النفقة إذ تبين للقاضي أن مصلحة هذا الطفل في خطر ولا يُمكن الإنتظار للفصل فيها، فيفصل القاضي بموجب أمر على ذيل عريضة، وهذا للضرورة القصوى ويجب ألاّ يمس بأصل الحق، كما أن المادة 2/323 ق.إ.م.إ. قد نصت على أن النفاذ المعجل وجوبي إذا تعلق الأمر بمسائل النفقة.

والجدير بالذكر أن أول أثر يترتب على الإمتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا هو العقاب⁽¹⁾.

وفي هذا قال وهبة الزحيلي "...ذكر الحنفية أنه إذا امتنع القريب عن الإنفاق على قريبه المستحق، وأصر على الإمتناع مع قدرته ويساره فإنه يحبس ولو كان أبا للضرورة لأنّ في الإمتناع عن النفقة إهلاكا للقريب، وفي الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان وهو أمر واجب شرعا، ويتحمّل الأب وغيره من باب أولى هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة"⁽²⁾.

ولقد سار المشرع الجزائري على هذا النحو، حيث نص في المادة 331 ق.ع على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وغرامة من 50,000 إلى 300,000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم.

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد -شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، مرجع سابق، ص 109.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، مرجع سابق، ص 783.

ويفترض أن عدم الدّفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية تختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة.

ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية⁽¹⁾.

وهنا يلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط في الصفح حتى يرتب أثره أن تدفع المبالغ المستحقة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه ما يلي:

"من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعانة أسرته وبقى الافتراض عن عدم الدّفع العمدي ما لم يثبت العكس، ومتى ثبت من قضية الحال صدور أمر قضائي-استعجالي- يلزم المتهم بدفع النفقة، فإن قضاة المجلس قد خرخوا القانون، عندما قضاوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع وأن يكون الحكم نافذا، أي استوفى طرق الطعن العادية وأمهر بالصيغة التنفيذية أو أمر القاضي بالتنفيذ المعجل"⁽²⁾.

من خلال استقراءنا لنص المادة 331 ق.ع نجدها تتضمن الأركان التي تقوم عليها جريمة عدم تسديد النفقة والمتمثلة في الركن المادي المتكون من عنصرين فالأول: وجود حكم قضائي بأداء النفقة وفي هذا الصدد يجب أخذ عبارة "حكم" بمفهومها الواسع والذي

¹ - القانون رقم 01-14 المؤرخ في 04 فيفري 2014، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-165، ج ر، ع 07، الصادرة بتاريخ 16 فيفري 2014.

² - بدر الدين حاج علي، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص114.

يتسع ليشمل الحكم الصادر عن محكمة ابتدائية والقرار الصادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة⁽¹⁾، أما بالنسبة للعنصر الثاني فيتمثل في: الامتناع عن أداء النفقة، وذلك لمدة تجاوز الشهرين⁽²⁾.

بالإضافة إلى الركن المعنوي حيث تقتضي جنحة عدم تسديد النفقة توافر القصد الجنائي⁽³⁾، ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ وفي الأجل المحدد، كما أنّ هذه الجريمة مستمرة ولا تخضع لقواعد التقادم، فهي جريمة لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية فيها شكوى من الطفل المحضون أو الحاضن⁽⁴⁾.

أما الجزاء المقرر لجنحة عدم تسديد النفقة فنجده في نص المادة 331 ق.ع، وهي الحبس من 6 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج وعلاوة على ذلك يجوز الحكم على المتهم كعقوبة تكميلية بالحرمان من الحقوق الوطنية من سنة إلى 5 سنوات⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

دور القاضي في حماية حق الطفل في التملك

إنّ حق التملك محمي بقوة القانون، الذي يقره للإنسان فلم يفرق بين الصغير والكبير ويكرس هذه الحماية القضاء سواء كان تملك الأموال عن طريق الميراث (الفرع الأول)، أو عن طريق الهبة والوصية (الفرع الثاني).

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص - الجرائم ضد الأشخاص، الجرائم ضد الأموال، بعض الجرائم الخاصة، منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة-، ط14، دار هومة، الجزائر، 2012، ص166.

² - بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2010-2011، ص106.

³ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص172.

⁴ - بلقاسم سويقات، مرجع سابق، ص106.

⁵ - بدر الدين حاج علي، مرجع سابق، ص115.

الفرع الأول

دور القاضي في حماية حق الطفل في الميراث

حمى قانون الأسرة حق الطفل في الميراث المستمد من الشريعة الإسلامية، والذي تضمنته العديد من الآيات⁽¹⁾، فجاءت القسمة عادلة مبينة ميراث الطفل منذ كونه جنينا في بطن أمه إلى غاية بلوغه سنّ الرّشد، ولمّا كان الطفل ضعيفا لا يمكنه حماية نفسه وماله برز دور القضاء في توفير هذه الحماية عند قسمة التركة، سنحاول فيما يلي تبيان الشروط الموجبة لميراث الطفل (أولا)، ثم نبين قسمة التركة في حال وجود القاصر (ثانيا).

أولا: الشروط الموجبة لميراث الطفل.

من المعلوم أن التركة تتعلق بها حقوق غير حق الإرث، وهي تعطي الأسبقية وحسب الترتيب المنصوص عليه فيها وقانونا، ومن المعلوم كذلك أن حق الإرث وهو في المرتبة الأخيرة لا ينقل لمستحقه إلا بموت مالكة وبعد تصفية التركة⁽²⁾.

وذلك بعد إخراج الحقوق المتعلقة بالتركة وهي حسب المادة 180 ق.أ.ج مصاريف التجهز والدفن، الديون الثابتة في ذمة المتوفى، الوصية وقد نصت المادة أنه في حالة عدم وجود ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى الخزينة العامة.

وحتى يستحق الإرث لابد من توافر عدّة شروط، حيث نصت المادة 128 على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا، أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

¹ - قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ...﴾ سورة النساء، الآية 11. وقوله

تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ سورة النساء، الآية 7.

² - محمد الرفاعي، تصفية التركة وقسمتها، مجلة المحاكم المغربية، ع 60، د س، ص 9.

وأَسباب الإرث حسب المادة 126 ق.أ.ج هي القرابة والتي يراد بها القرابة الحقيقية، وهي كل صلة سببها الولادة وتشمل فروع الميِّت وأصوله وفروع أصوله، سواء كان الإرث بالفرض فقط كالأم، أم بالفرض مع التعصيب كالأب، أم بالتعصيب فقط كالأخ، أم بالرحم كذوي الأرحام، مثل الأخ لأم ويكون الميراث بسبب النسب شاملاً الآتي⁽¹⁾:

- الأولاد وأبناؤهم ذكورا وإناثا.
- الآباء وآباءهم والأمهات.
- الإخوة والأخوات.
- الأعمام وأبناؤهم الذكور فقط.

وفق ما جاء في المادة 139 ق.أ.ج⁽²⁾.

والزوجية ويكون في الزواج الصحيح ويقصد به العقد الصحيح، سواء تمّ الدخول بالزوجة أم لا وهو يشمل كلاهما⁽³⁾.

بالإضافة إلى موت المورث حقيقة أو حكماً، فالحقيقة هو انعدام الحياة والحكمي بموجب حكم قضائي كما هو الحال في المفقود⁽⁴⁾. ولا بد أن يكون الحكم القضائي نهائياً.

كذلك إثبات حياة الوارث عند وفاة المورث سواء كانت هذه الحياة حقيقة أو اعتبارية، كما هو الحال في الحمل⁽⁵⁾.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تنمّة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 8، ط2، دار الفكر، 1985، ص249.

² - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تنمّة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص250.

⁴ - المرجع نفسه، ص253.

⁵ - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص214.

وهذه الشروط لا بد من اجتماعها وقت افتتاح التركة، والذي هو تاريخ وفاة المورث وهذا التاريخ له أهمية في تحديد من يرث، وكذا نصيب كل وارث لأن استحقاق الورثة مبني على وفاة الإنسان سواء كان ذلك حقيقة، أو بحكم قضائي، في تاريخ ثابت وبوثائق رسمية ويتحدد وقتها من يستحق الميراث ومن لا يستحقه⁽¹⁾.

بالإضافة إلى عدم وجود مانع من الميراث (المادة 135-138) ق.أ.ج⁽²⁾، ولقد نصت المادة 169 من قانون الأسرة على التنزيل حيث تحدثت عن استحقاق الأحفاد للميراث تمثلتها المواد 170-171-172 حيث جاء فيها أن من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم وجب تنزيلهم منزلة أصلهم بالشروط المحددة في المواد، والتنزيل استحدث في الفقه الإسلامي الحديث لمعالجة مشكلة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة جدّهم أو جدّتهم، ثم يموت الجدّ أو الجدّة لحجبهم بوجود أعمامهم أو عماتهم، وقد يكون هؤلاء الأحفاد في فقر وحاجة، وأعمامهم وعماتهم في غنى وثروة⁽³⁾.

وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة حيث جاء في قرار لها ما يلي: "...حيث أن التنزيل المحرّر بتاريخ 28-09-1982 الذي نزل بموجبه المدعو (س.ع) ابن أخيه (س.ب) منزلة الابن من الصلب، يعدّ وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث وهي جائزة شرعا، ومن تم فإن قضاء المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة فرنّدة بتاريخ 03-12-2006 القاضي بإبطاله، إسنادا إلى كونه باطلا وغير جائز شرعا، يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض..."⁽⁴⁾.

¹ - صالح جيجك الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، ط2، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، د س، ص195.

² - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المعدّل والمتمّم.

³ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية-، ج2، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص 184.

⁴ - م ع، غ أ ش، رقم 526179، بتاريخ 10-12-2009، م ح ع، ع 1، لسنة 2010، ص231.

فقضاء المحكمة العليا أقرّوا بصحة عقد التنزيل واعتبروه وصية بمثل نصيب وارث مثلما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية وهو ما يشكل حماية للطفل.

فحق الأحماد يكون بمقدار حصة أصلهم ولو بقي حيا على أن لا يجاوز ذلك تك التركة (1/3).

كما أن هؤلاء الأحماد لا يستحقون التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدًا أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة.

وأن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين.

وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14-11-2007 والذي جاء فيه "إن حق الأحماد المنزّلين منزلة أبيهم، مشروط بأن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه" (1).

وذهب قضاء المحكمة العليا أبعد من ذلك حينما أقر باستحقاق ابن البنت للتنزيل وذلك في قرار لها والذي جاء فيه: "...حيث بالفعل وبالنظر لقانون الأسرة الصادر يوم: 09-06-1984 وبمقتضى المادة 169 منه، أصبح تنزيل-الحفدة- منزلة أصولهم بحكم القانون، وفي قضية الحال مادامت-الجدّة- قد توفيت خلال سنة 1987 أي بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه فالطاعن يعدّ حفيدا لها (أي ابن ابنتها) ويستحق جزءا من تركتها بواسطة التنزيل بالشروط المنصوص عليها في المادة: 171 من قانون الأسرة..." (2).

¹ م ع، غ أش، رقم 403828، بتاريخ 14-11-2007، م ح ع، ع 1، لسنة 2011، ص 241.

² م ع، غ أش، رقم 335503، بتاريخ 14-12-2005، م ح ع، ع 2، لسنة 2005، ص 387.

ولقد جاء في المادة 181 ق.أ.ج: "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و173) من هذا القانون...".

ما يهمننا هو ما نصت عليه المادة 173 ق.أ.ج.

فالمادة تنص على أنه في حالة وجود الحمل يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة، إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها، والأصل في ميراث الحمل السنة والإجماع.

ومع أن الفقهاء اتفقوا على توريث الحمل، إلا أنهم لم يتفقوا حول قسمة التركة إذا كان من بين الورثة حمل (1).

وقد نصت المادة 134 ق.أ.ج على ما يلي: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

وبالتالي إذا استهل صارخا، أو بدت عليه علامات الحياة يرث، وفي حالة عدم ظهور تلك العلامات يرجع إلى أهل الخبرة لتحديد ذلك، وأن يولد بين أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر وأكثرها وهي عشرة أشهر حسب ما جاء في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 42.

وقد يكون الحمل واحدا أو أكثر فكم يقدر عدده، المفتي عند الحنفية أن يقدر واحدا فقط، لأن الغالب المعتاد في الحمل، وما زاد عن واحد فهو نادر. ومع هذا نحتاط لتعدد الحمل فيأخذ القاضي كفيلا من الورثة الذين يتأثر نصيبهم بتعدد الحمل، لاسترداد ما أخذه على أن الحمل واحد (2).

¹ محمود عبد الله بخيت- محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص139.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 8، مرجع سابق، ص ص 412-413.

ويقدر عند الحنابلة اثنين لأنه يقع أحيانا ويعامل بقيمة الورثة بالأضرر بتقدير الذكورة فيها، أو في أحدهما أو الأنوثة ، والأصح عند الشافعية أنه لا ضابط لعدد الحمل عندهم إذ قد تلد المرأة أربعة أو خمسة أو ستة أو سبعة في بطن واحدة⁽¹⁾.

وحماية للقاصر تقسم التركة أمام القضاء.

ثانيا: قسمة التركة أمام القضاء.

نصت المادة 181 ق.أ.ج على ما يلي: "...وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة أمام القضاء".

فالنص صريح وواضح فإذا وجد بين الورثة قاصر أو عدّة قصر، فإنه يجب أن تكون قسمة التركة عن طريق القضاء، حيث جاء في نص المادة 2/498 ق.إ.م.إ أن الإختصاص القضائي في دعاوى التركات يؤول إلى المحكمة التي يقع ضمن دائرة اختصاصها موطن المتوفى، حتى ولو وجد بعض أملاك التركة خارج دائرة الإختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون خلاف ذلك. حيث يقدم الطلب من ولي أو وصي القاصر، وفي حالة عدم وجود الولي والوصي فإنه يجوز لمن له مصلحة قانونية أو النيابة العامة أن يقدمه بقصد تصفية التركة وتعيين مقدم⁽²⁾.

كما نصت المادة 183 ق.أ.ج على أنه يتم إتباع الإجراءات الإستعجالية في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها.

فبعد تأكد القاضي من توافر شروط رفع الدعوى، ومن البيانات الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى يقوم بالفصل في الطلب، متبعا في ذلك الإجراءات الإستعجالية ومن أجل حماية أموال القاصر يمكن رفع دعوى المحافظة على أموال التركة فجاء في المادة

¹ - المرجع السابق، ص ص 412-413.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 224.

499 ق.إ.م.إ. ما يلي: "يجوز لقاضي شؤون الأسرة وعن طريق الإستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية لاسيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة".

فإذا تعلق الأمر باتخاذ أي تدبير من التدابير التحفظية، لاسيما ما تعلق منها بوضع الأختام أو تعيين حارس قضائي لرعاية أموال المتوفى، وهذه هي الأحوال التي يجوز فيها اللجوء إلى قاضي الإستعجال، وهو قاضي شؤون الأسرة حيث يعتبر هنا كقاضي استعجال⁽¹⁾.

فإذا كان الأمر يتعلق بوضع الأختام منعا للغير من التصرف في التركة قبل قسمتها فإن الإجراءات الواجب اتخاذها للحصول على هذا الأمر تتم بتقديم طلب إلى القاضي في شكل عريضة، وذلك وفقا للأشكال المتعلقة للفصل في الأمر على عريضة حيث يتولى التحقيق والفصل فيه وفقا للإجراءات المقررة للأوامر على العرائض المادة 310-311 - 312 ق.إ.م.إ.

أمّا إذا كان الأمر يتعلق بتعيين حارس قضائي يتولى إدارة أموال التركة إلى غاية تصفيته، فالطلب يرفع إلى القاضي بموجب دعوى استعجالية، ويتم التحقيق والفصل فيها وفقا للأوضاع المقررة لدعاوى الإستعجال.

ولا يقتصر حماية حق الطفل في الميراث بل يشمل الوصية والهبة.

¹ - حسين بلحيرش، مرجع سابق.

الفرع الثاني

دور القاضي في حماية حق الطفل في الوصية والهبة

تعتبر الوصية والهبة من التصرفات المالية التي تتم بدون عوض وذلك من أجل تحقيق مجموعة من المصالح، سواء كان القصد منها القرية من الله سبحانه وتعالى، أو لسد حاجات إنسانية، وقد نص المشرع الجزائري على أحكامها دون التفريق بين الصغير والكبير وبالتالي الحماية المكرسة من القضاء تكون في حدود ما نص عليه القانون، وعليه سنتناول على التوالي حماية حق الطفل في الوصية (أولاً)، ثم حماية حقه في الهبة (ثانياً).

أولاً: حماية حق الطفل في الوصية.

الوصية هي تصرف بالإرادة المنفردة يقصد به التبرع وهي مضافة إلى ما بعد الموت حسب ما جاء في المادة 184 ق.أ.ج، سواء كان التملك عيناً أو منفعة، وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع⁽¹⁾.

فأثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت ويشترط المشرع الجزائري لإنشاء الوصية توافر جملة من الأركان والشروط حتى تصير نافذة الفعالية⁽²⁾.

وذهب في ذلك إلى تقسيم جمهور الفقهاء الذين قالوا أن للوصية أربعة أركان وهي موصى موصى له وموصى به وصيغة⁽³⁾.

¹- قال تعالى: ﴿ كُنْتُبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ سورة البقرة، الآية 180.

²- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات -الهبة، الوصية، الوقف-، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص ص45-46.

³- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 8، مرجع سابق، ص15.

والقانون الجزائري عندما أقر حق القاصر في الوصية وضع له شروط سواء باعتباره موصي أو موصى له⁽¹⁾، فنصت المادة 186 ق.أ.ج على شروط الموصي الذي يشترط فيه أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسعة عشر سنة على الأقل، فالبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية فلا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز، بمعنى ضرورة تمتع الموصي بسن الرشد المذكور في المادة 40 ق.م.ج، والتي بمقتضاه تكون الأهلية للإنسان من أجل مباشرة حقوقه المدنية والمقصود بالبلوغ هنا هو الأهلية الخاصة بالتبرع لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً⁽²⁾.

واتفق الحنفية والشافعية في أرجح القولين عندهم على اشتراط البلوغ، فلا تصح وصية الصبي المميز وغير المميز ولو كان مميزاً ماذوناً له بالتجارة... وأجاز المالكية والحنابلة وصية المميز وهو ابن عشر سنين فأقل مما يقاربها، دون غير المميز إذا عقل المميز القرية... كما أن الحنفية أجازوا وصية المميز (وهو من أتم السابعة) إذا كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه⁽³⁾. أما فيما يخص سلامة العقل فالمشروع اكتفى في اشتراط سلامة العقل في الموصي دون أن يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه، ولا السفیه ولا الصبي ولا ذي غفلة⁽⁴⁾.

وهذا ما يقتضي اللجوء إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ.ج، حيث اتفق الفقهاء على اشتراط العقل، فلا تصح وصية المجنون والمعتوه والمغمى عليه لأن عبارتهم ملغاة لا يتعلق بما حكم⁽⁵⁾.

¹ - صورية غربي، مرجع سابق، ص 96.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية -، ج 2، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص 153.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية -، المجلد 8، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية -، مرجع سابق، ص 254.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية -، المجلد 8، مرجع سابق، ص 27.

واختلفوا في الجنون الطارئ على الموصي بعد إنشاء الوصية⁽¹⁾.

أما بالنسبة للموصى له فلا بد أن يكون موجودا عند إنشاء الوصية، سواء كان هذا الوجود حقيقة أو حكما كما هو الحال بالنسبة للحمل حيث جاء في المادة 187 ق.أ.ج: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً... وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ذلك أن الوصية كالميراث والحمل يرث، فتصح الوصية له فإذا ورث الحمل، فالوصية أولى له فإن انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية، لأنه لا يرث، وإن وضعته حيا صحت الوصية له⁽²⁾.

فالجمهور يشترطون وجود الموصى له حين الوصية، وتصح الوصية للحمل إن ولد حيا لأقل من ستة أشهر من تاريخ إنشاء الوصية⁽³⁾، ويرى الأحناف أنه يكفي في الموصى له أن يكون موجودا عند الموت لا عند الوصية⁽⁴⁾، وأن يفصل حيا ككل خلافا للأحناف الذين ذهبوا إلى القول بكفاية انفصال أكثره حيا فيثبت استحقاق الوصية بذلك ولو مات قبل تمام مولده إعطاء للأكثر حكم الكل⁽⁵⁾.

وكما ذكرنا سابقا فإن أقل مدة للحمل في القانون الجزائري هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر. وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي حتى ولو اختلف الجنس .

أما بشأن قبول الوصية فإنها تكون صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، وهو ما ذهبت إليه المادة 197 ق.أ.ج، فإذا كان طفلا غير مميز أو حمل فإن قبولها يكون من قبل من

¹ - أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص50.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 8، مرجع سابق، ص31.

³ - المرجع نفسه، ص 32.

⁴ - أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 71.

⁵ - المرجع نفسه، ص نفسها.

ينوب عنه، أما في حالة الصبيّ المميّز فالذي يقبل الوصية هو النائب الشرعي، أو الصبيّ المميّز ما دام أن قبول الوصية هي من التصرفات النافعة له نفعا محضاً.

وفي هذا الإطار جاء في المادة 195 ق.أ.ج. أنّه إذا كانت الوصية لشخصين ولم يتم تحديد ما يستحقه كل واحد منهما سواء كان ذلك وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فتكون الوصية كلها للحيّ منهما، أما إذا تم تحديد ما يستحقه كل منهما فلا يستحق الحيّ إلا ما حدّد له.

وفي حالة ما إذا توفي القاصر قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرّد وهو مقتضى المادة 198 ق.أ.ج.

أما إذا توفي القاصر قبل الموصي فهنا تبطل الوصية طبقاً للمادة 201 ق.أ.ج.

ويشترط لنفاذ الوصية أن تكون في حدود ثلث التركة إعمالاً لنص المادة 185 ق.أ.ج وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، فإذا أجازها بعض الورثة ورفض البعض الآخر نفذت الوصية في حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة، وبطلت في حق من لم يجزها⁽¹⁾ وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، ومن تم فإنّ النعيّ على القرار المطعون فيه بخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محلّه يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المورث قد أوصى لمطلّقه بثلث ما يملك وأنه ثبت لقضاة الموضوع صحة الوصية فإنّ عدم إدخال الورثة في الخصام لا يؤثر على تنفيذ الوصية في التركة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 58.

² - م ع، غ أ ش، رقم 75598، بتاريخ 24-02-1991، م ح ع، ع 2، لسنة 1993، ص 62.

أمّا فيما يخص إثبات الوصية فالمادة 191 ق.أ.ج، تنص صراحة على أنّ إثبات الوصية قانوناً يتم بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك⁽¹⁾، تراعى فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود الإحتفائية، مع مراعاة ذكر البيانات بدقة والإشارة إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به، وإزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية أو اختلاطها بما يماثلها من العقود⁽²⁾.

وفي حالة عدم تمكن الموصي من إتمام عملية تحرير الوصية لوجود مانع قاهر كوقوع حادث يؤدي بحياة الموصي، هنا بإمكان الموصى له الإستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق وبالشهود وبإثبات المانع القاهر، فيرفع دعوى أمام الجهات القضائية يلتزم فيها إثبات هذه الوصية بحكم، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائياً يؤشر به على هامش أصل الملكية⁽³⁾.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها: "حيث أنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الوصية الشفوية التي تطالب الطاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي والتصريح بها أمام الموثق.

وحيث أن هذا التسبيب خاطئ ويخالف نص المادة 191-2 من ق.أ.ج التي تنص على أن الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر، وبالتالي فإن قضاة المجلس قد خالفوا نص المادة لما اشترطوا إفراغ الوصية في الشكل الرسمي، وهي الحالة المنصوص

¹ عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهيئة والوصية والوقف، ط2، قرطبة للنشر والإشهار الجزائر، 2013، ص147.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص60.

³ المرجع نفسه، ص نفسها.

عليها في المادة 191-1 من نفس القانون، ذلك أن الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾.

فالوصية يمكن إثباتها حسب ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا عن طريق حكم في حالة وجود المانع القاهر والذي يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات وهو ما يوافق نص المادة 191 ق.أ.ج.

كما يمكن الرجوع عن الوصية ذلك أنها من العقود غير اللازمة والتي يمكن الرجوع عنها قبل القبول المرجأ إلى ما بعد موت الموصي، وهذا الرجوع يكون صريحا بوسائل إثباتها، أو ضمنا بكل تصرف يستخلص منه الرجوع، وهو ما نصت عليه المادة 192 ق.أ.ج.⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول أنه لا توجد قواعد خاصة بالقاصر من أجل حماية حقه في الوصية والتي يستطيع من خلالها القضاء تكريس مصلحة الطفل على أرض الواقع، وهو الملاحظ من اجتهادات المحكمة العليا فهي قواعد عامة سواء بالنسبة للصغير أو الكبير.

وهل حمى القضاء حق الطفل في الهبة؟

ثانيا: حماية حق الطفل في الهبة.

عرّف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 ق.أ.ج على أنها تملك بلا عوض، وفي اصطلاح الفقهاء هي "عقد يفيد تملك العين في الحال بغير عوض"، فهي من عقود التملك المجاني والملك وارد فيها قصدا على العين ومنفعتا تملك تبعاً لها⁽³⁾.

¹ م ع، غ أ ش، رقم 413209، بتاريخ 16-01-2008، م ح ع، ع 2، لسنة 2008، ص 303.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية-، مرجع سابق، ص 284-285.

³ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 243.

ولكون الهبة من التصرفات الضارة ضررا محضا فإنه يشترط في الواهب أهلية التبرع وهي أهلية الأداء، والتي لا تكون إلا ببلوغه سن الرشد القانونية، وأن لا يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية، وتوافر أهلية الأداء لا بد أن يكون أثناء إبرام عقد الهبة طبقا لنص المادة 203 ق.أ.ج⁽¹⁾.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول إلى جانب الحيابة والتي اعتبرها القانون ركنا من أركان عقد الهبة، بالإضافة إلى إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق الذي يقوم بالتحقق من أهلية الواهب عن طريق تقديم شهادات الميلاد وبطاقات الهوية⁽²⁾.

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف، وبكفي فيه التمييز لأن الهبة في هذه الحالة تكون نافعة له نفعاً محضاً، وإذا كان الموهوب له قاصراً فيتولى الحيابة نائبه الشرعي طبقاً لما جاء في المادة 210 ق.أ.ج.

وفي حالة ما إذا كان الواهب هو ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة بمقتضى المادة 208 ق.أ.ج⁽³⁾.

وفي هذا المعنى ذهب المجلس الأعلى للقضاء في القرار الصادر بتاريخ 22-02-1982، والذي جاء فيه: "...حيث أن الهبة في الشريعة الإسلامية تتعقد وتصحّ بمجرد القبول والقبض، وأن المذهب المالكي يجعل الحيابة في الهبة من شروط الكمال غير أن الأب يحوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفية كما ورد في بداية المجتهد...

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص ص 428-429.

² - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 26.

³ - هجيرة نشيدة مداني، مرجع سابق، ص 174.

مما يجعل الهبة صحيحة في حقهم وخاصة أنه لم يظهر أن الأب اعتصر لأولاده في وقت ما...⁽¹⁾.

وسار المشرع الجزائري على المذهب المالكي الذي يجيز الهبة للحمل المستكن بشرط أن يولد حيا، وكما سبق ذكره يتولى قبول الهبة الولي الشرعي، وفي هذه الحالة يجب على الموثق بعد التحقق من الشروط الواردة في المادة 203 ق.أ.ج، الإشارة إلى الحمل المستكن في بطن أمه مع ذكر هويتها ويتم الاسترشاد بشهادة طبية⁽²⁾.

وبعدها يتم إتباع الإجراءات الشكلية المتطلبية لتحريير عقد الهبة، من تسجيل وشهر عقار، وبعد ذلك ينتظر حتى تضع الأم المولود من أجل إتمام الإجراء الخاص بالموهوب له، وإيداع شهادة الميلاد لدى المحافظة العقارية، أو شهادة الوفاة في حالة ما إذا ولد ميتا وذلك حتى يتم إلغاء الإشهار⁽³⁾.

وكما ذكرنا سابقا لابد من احترام الإجراءات الشكلية المنصوص عليها من مراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات تحت طائلة البطلان. وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 21-11-2007 حيث جاء فيه: "... حيث أنه خلافا لما يثيره الطاعن، فإن قضاة المجلس أعطوا قرارهم الأساس القانوني السليم، حينما ذكروا بأنه كان يتعين على قاضي الدرجة الأولى التطرق لمدى صحة عقد الهبة من الناحية الشكلية، حتى وإن لم تترعلية هذه المسألة، طالما أن القانون اشترط لصحة عقد الهبة أن يحرر تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين، وهي إذن مسألة من

¹ - م ع، غ أ ش، رقم 26990، رقم 053، نشرة القضاء، عدد خاص، لسنة 1982، ص 273.

² - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 28.

³ - المرجع نفسه، ص نفسها.

النظام العام ويتعين بالتالي على القاضي إثارتها ولو من تلقاء نفسه، مثلما ذهب إلى ذلك قضاة الاستئناف صائبين...⁽¹⁾.

فالقضاة اعتبروا صحة الهبة من الناحية الشكلية من النظام العام وجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه، وذلك بعد التحقق من توافر الشروط المتطلبة لتحريير عقد الهبة.

أما فيما يخص مسألة الرجوع في الهبة، فقد يكون الواهب أخرج العين من ملكه بغير عوض رغبة في أن يحقق له غرض من الأغراض الدنيوية فإذا لم يحقق هذا الغرض كان غير راض التملك فيرجع فيه لأن أساس التملكيات الرضا⁽²⁾.

والرجوع قد يكون بالإتفاق، أو عن طريق القضاء فهل يمكن الرجوع عن الهبة للقاصر؟.

القاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم، فلا يجوز الرجوع فيها إلا استثناءً وذلك إذا قام بها الوالدان، فيما وهبا لولدهما، والمشرع عندما أجاز ذلك لم يحدّد فيه سن معينة، ومعنى هذا الكلام أن الرجوع عن الهبة قد يكون على شخص بالغ، وقد يكون على شخص قاصر⁽³⁾ وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا.

حيث جاء في قرار لها: "...حيث أن قضاة الموضوع أعطوا أساساً قانونياً سليماً لقرارهم لما استندوا إلى نص المادة 211 من قانون الأسرة التي تنص أنّ للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلّا في حالات نصت عليها المادة، والطاعنة بصفقتها جدّة المطعون ضدهم (ب.أ) و (ب.هـ) و (أ.ع) و (ب.م)، لا يمكن اعتبارها والدة لهم بمفهوم المادة وحسبما جرى عليه اجتهاد المحكمة العليا بخصوص أنّ نص المادة

¹ - م ع، غ م، رقم 389338، بتاريخ 21-11-2007، م ح ع، ع 2، لسنة 2008، ص 159.

² - عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 252.

³ - سورية غربي، مرجع سابق، ص 108.

211 خاص بالأب والأب ولا يشمل الجدّ والجدّة، ولذلك فإنّ قضاة المجلس أصابوا في تطبيق تلك المادة...⁽¹⁾.

وبالتالي فالرجوع يشمل حتى القاصر على الرغم من أنّ ذلك فيه إنقاص لذمته المالية ويتم بالتراضي أمام الموثق بين الطرفين، وإن لم يتم اتفاق أحد الأبوين الواهب والإبن الموهوب له على الرجوع في الهبة فإنّه لا سبيل للواهب في هذه الحالة إلى اللجوء إلى القضاء للمطالبة باسترداد العين الموهوبة، لأنّ مراقبة مدى توافر شروط المادة 211 من قانون الأسرة والقيود الواردة بها، والتي حتى يتم التأكد منها لا بد من رقابة هيئة قضائية حتى تقوم ببسط رقابتها على ملف الدعوى، قبل التصريح بأحقية الواهب بالرجوع في الهبة⁽²⁾.

ويستثنى من الرجوع في الهبة الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت لضمان قرض أو قضاء دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير من طبيعته وهذا طبقاً لنص المادة 211 ق.أ.ج.

وكذلك إذا كانت الهبة بقصد المنفعة العامة طبقاً لنص المادة 212 ق.أ.ج.

وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه لا يملك الواهب وفقاً للشريعة الإسلامية حق الرجوع عن الهبة، بعد وفاة ولده الموهوب له، وهو القرار الصادر بتاريخ 10-03-2014⁽³⁾.

هذا ويترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي اعتبار الهبة كأن لم تكن وبالتالي الرجوع إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد⁽⁴⁾.

¹ - م ع، غ أش، رقم 54347، بتاريخ 15-07-2010، م ح ع، ع 2، لسنة 2010، ص 255.

² - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 33-34.

³ - م ع، غ أش، رقم 613091، بتاريخ 10-03-2011، م ح ع، ع 2، لسنة 2011، ص 278.

⁴ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 37.

المبحث الثاني

الحماية القضائية للطفل عند إدارة أمواله من الغير وعند تصرفه فيها

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارة أمواله، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذه الحماية من طرف المشرع (المطلب الأول)، ذلك أنه لو اكتفى بإقرار الحقوق لهم لأضر بهم، ومن أجل ضمان أقصى حماية أخضع أعمال النائب الشرعي لرقابة القضاء وبلوغ القاصر سن الرشد أعطاه القانون مكنة حتى يتصرف في أمواله عن طريق الترخيص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إدارة أموال القاصر من طرف الغير

إن الطفل القاصر ناقص الأهلية أو عديمها لا يستطيع مباشرة الولاية على المال لهذا يباشر الولي التصرفات المالية نيابة عن الطفل القاصر، وهذا ما نصت عليه م 81 ق.أ.ج: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

وعليه فإن الولي يتولى حماية أموال القاصر (الفرع الأول)، وفي حالة عدم وجود ولي وكان هناك وصي فهذا الأخير هو الذي يقوم برعاية هذه الأموال (الفرع الثاني)، أما في حالة انعدام كليهما أي الولي والوصي، وجب على القاضي أن يعين مقدما (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إدارة أموال القاصر عن طريق الولاية

يعتبر نظام الولاية من الأنظمة الحمائية التي نص عليها المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة، والذي كفل من خلال نصوصه حماية هذا الطفل الذي قد يكون منعدم الأهلية، أو ناقصها، وللتعرف على هذا النظام لابد من معرفة المقصود بالولاية على المال (أولاً)، الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية (ثانياً)، الشروط الواجب توافرها في الولي الممارس للولاية (ثالثاً)، ومهام الولي وأسباب انتهاء الولاية (رابعاً).

أولاً: المقصود بالولاية على المال.

الولاية، هي تولى الأمر والقيام به أو عليه، وهي سلطة شرعية يتمكن بها الشخص من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها على الوجه الأكمل⁽¹⁾.

والولاية على المال هي نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي، حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها، تحقيقا لمصلحة المولى عليه أو لمصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله⁽²⁾.

ثانياً: الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على المال.

نتناول الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

¹ - محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في -الولاية، الوصية، والوقف-، ط1، مطبعة دار التأليف 1976، ص 05.

² - محمد بوعمره، أموال القاصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 01، 2012-2013، ص 76.

1- في الشريعة الإسلامية:

إذا كان للقاصر مال كان للأب الولاية على ماله حفظاً واستثماراً باتفاق المذاهب الأربعة، ثم اختلفوا فيمن تثبت له الولاية على مال القاصر بعد موت أبيه.

فقال الحنفية: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للجد أي الأب ثم لوصيه ثم للقاضي فوصيه (1).

وقال المالكية والحنابلة: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه ثم للقاضي أو من يقيمه ثم لجماعة المسلمين، إن لم يوجد قاض (2).

وقال الشافعية تثبت هذه الولاية للأب ثم للجد ثم لوصي الباقي منهما، ثم للقاضي أو من يقيمه، وبه يتبين أنهم خالفوا المذاهب الأخرى في تقديم الجد على وصي الأب، لأنَّ الجد كالأب عند عدمه لتوفر شفقة مثل الأب، ولذا تثبت له ولاية التزويج (3).

وما يلاحظ أنَّ الفقهاء وإن كانوا أجمعوا على أنَّ الولاية على المال تؤول إلى الأب بالدَّرَجَةِ الأولى، فإنَّهم من جهة أخرى أجمعوا على عدم منح هذه الولاية للأمِّ، فرغم أنَّ شفقتها تفوق شفقة الأب، إلا أنَّ الغرض من هذه الولاية حفظ المال واستثماره وتنميته، والأم لا تتوفر لديها الخبرة اللازمة لأداء هذه الشؤون، لكن يجوز للقاضي إن كانت أهلاً أن يعينها وصية على أموال أولادها (4).

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تنمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة والألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص750، محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص466.

² - المرجع نفسه، ص نفسها، المرجع نفسه، ص نفسها.

³ - المرجع نفسه، ص نفسها، المرجع نفسه، ص نفسها.

⁴ - وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة -دراسة نقدية تحليلية مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة المكي محمد أبو لحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، ص ص17-18.

2- قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 87 ق.أ.ج: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

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

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم، فلا ولاية للجدّ بنص المادة 87 ق.أ.ج وهو في هذا، قد أخذ مسلكا مخالفا للفقهاء الإسلامي وأغلب القوانين العربية، عندما أسند الولاية للأم بعد الأب، بينما هؤلاء لا يقولون بها إلا عن طريق الإيضاء⁽¹⁾.

وما يجب إبرازه هو أن الأب هو الولي على مال ولده القاصر، فالأب مقدّم في الولاية على المال، لأنّه المسؤول عن الأسرة فهو رئيسها وقائدها ومدبّر أمورها والقائم عليها، وهو بذلك مدفوع بعوامل العطف والشفقة على حسن التصرف في مال ولده الذي هو جزء منه لذلك كان في محافظة الأب على مال ولده محافظة على ماله⁽²⁾.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا، حول ولاية الأب، من خلال قرارها الصادر بتاريخ 17-05-1998 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال- أن القضاة لمّا قبلوا استئناف أم المطعون ضدها وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوف بعد لكي تنوب عنه الأم.

¹- المرجع السابق، ص19.

²- محمد بوعمرّة، مرجع سابق، ص80.

ومن ثمّ فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار⁽¹⁾.

ويتضح من خلال نص المادة 87، أن الأم هي من تحل محل الأب في الولاية على أولادها القصر بعد وفاته مباشرة وذلك بقوة القانون، أي دون حاجة لاستصدار حكم قضائي لكي تسند لها الولاية.

وقد دعمّ القضاء بدوره موقف قانون الأسرة، الذي منح الولاية للأم أصالة بعد وفاة الأب، وهذا من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 23-12-1997 الذي أكد على حق الأم في تولي شؤون أولادها القصر مباشرة بعد وفاة الأب حيث قضت: (2) "بأنّ ولاية الأم ولاية منحها إليها القانون بموجب المادة 87 من ق.أ.ج وأنها لا تنتقل لغيرها إلا في حالة ثبوت تعارض مصالحها مع مصالح أولادها القصر طبقا لما نصت عليه المادة 90 من نفس القانون، ولما لم يثبت في الدّعى تعارض مصالح الأم مع مصالح أولادها فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائيا قد خالفوا القانون" (3).

كذلك قد تضمن النص السابق أنه في حالة غياب الأب كسفره مثلا، أو حصول مانع له، فالأم هي التي تحل محله للقيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وهذا حتى لا يتضرر فمصلحتهم تقتضي أن تحل الأم محلهم، وكذلك في حالة الطلاق فالقاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة، وفي غالبية الأحوال تسند الحضانة للأم والمحكمة العليا قد دعمت مضمون النص، حيث أكدت في قرارها المؤرخ في 14-01-2009 على حق الأم في ممارسة الولاية على أبنائها القصر عندما يؤول إليها الحق في ممارسة الحضانة (4).

¹ م ع، غ أش، رقم 167835، بتاريخ 17-05-1998، م ق، ع 02، لسنة 1997، ص 75.

² محمد بوعمره، مرجع سابق، ص 84.

³ م ع، غ أش، رقم 187692، بتاريخ 23-12-1997، م ق، ع 01، لسنة 1997، ص 53-55.

⁴ محمد بوعمره، مرجع سابق، ص 85.

وهو ما اتضح جليا في متن القرار "حيث لمّا قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل للأم دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من ق.أ.ج في فقرتها الأخيرة من الأمر الذي يستوجب نقض القرار...".

إنّ فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة 87 ق.أ.ج وفر الحماية للطفل، والذي يفتح المجال أمام القاضي لتوفير حماية هذا الطفل من خلال تفسيره لنص المادة لصالحه وهذا ما اتضح لنا من خلال القرارات القضائية السالفة الذكر، فالأب والأم هم الأدرى بشؤون أولادهم.

ثالثا: الشروط الواجب توافرها في الولي الممارس للولاية.

من خلال تصفحنا لنصوص قانون الأسرة الجزائري الخاصة بالولاية، وجدنا أن المشرع الجزائري، لم ينص على الشروط التي يجب توافرها في الولي فاقتضى بنا الحال اللجوء إلى الشريعة الإسلامية، خاصة وأن المادة 222 ق.أ.ج تحيل إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص.

لقد اتفق فقهاء الشريعة على الشروط الواجب توافرها في الولي وهي:

- أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية⁽¹⁾، فلا تثبت الولاية لصغير على مال غيره، لأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، كما أن القصد من الولاية النظر وليس الصغير من أهل النظر لعجزه وقصوره ولا ولاية لمجنون، لأنه مسلوب الولاية على نفسه فعلى غيره أولى⁽²⁾.

- أن يكون الولي مسلما، فلا تثبت لكافر ولاية على مسلم⁽³⁾.

¹ - عبد الوهاب خالف، مرجع سابق، ص 222.

² - محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط1، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، الرياض 2016، ص 53.

³ - محمد مصطفى شحاتة الحسيني، مرجع سابق، ص 36.

- أن يكون أميناً عادلاً، أي ألا يكون الولي فاسقاً فسقاً يضر بالمال بتبذيره لأنّ هذا يكون خطراً على مال القاصر، فاشتراط العدالة والأمانة في الولي فيه حفظ لمال القاصر من الضياع وضمن لحقوقه⁽¹⁾.

وعليه فبتوافر هذه الشروط، يستمدّ الولي سواء أكان أباً أو أماً أو جدّاً صفة الوالدين بحكم القانون⁽²⁾، أي دون حاجة لصدور حكم من المحكمة بتعيين أي منهما ولياً، كما تتصف هذه الولاية بأنها إلزامية⁽³⁾.

رابعاً: مهام الولي وأسباب انتهاء الولاية.

تصرف الولي في مال القاصر مقيد بالمصلحة للمولى عليه فلا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً كهبة شيء من مال المولى عليه أو التصديق به أو البيع والشراء أو غبن فاحش ويكون تصرفه باطلاً⁽⁴⁾.

فبالرجوع لنص المادة 88 / 01 ق.أ.ج فيجب على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وأن يبذل العناية الكافية للحفاظ والعناية بأموال هذا الصغير وعدم تبذير أمواله عن طريق سوء التسيير، فالأصل أن هذه التصرفات ممنوعة على الولي فلا يستطيع أن يتبرع بمال القاصر⁽⁵⁾.

¹- وسام قوادري، مرجع سابق، ص 22.

²- المرجع نفسه، ص نفسها.

³- كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية -الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية- الإختصاص والإجراءات والقرارات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 37.

⁴- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة والألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص 752.

⁵- رابح بن غريب، محاضرات في النيابة الشرعية، السنة أولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2014-2015، غير منشورة، ص 36.

كما أنه للولي سلطة مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة والصدقة والوصية⁽¹⁾، غير المقرونة بشرط أو التزام دون حاجة إلى إذن المحكمة⁽²⁾.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فله مباشرتها أيضا كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والشركة والقسمة⁽³⁾، لأن الأصل أنها من سلطة الولي، ولكن عليه أن يحصل على إذن مسبق قبل مباشرتها من القاضي تطبيقا لنص المادة 2/88 ق.أ.ج⁽⁴⁾.

3- انتهاء الولاية:

لقد نصت المادة 91 ق.أ.ج على ما يلي: "تنتهي وظيفة الولي.

- بعجزه.
- بموته.
- بالحجر عليه.
- بإسقاط الولاية عنه".

إضافة إلى أسباب سقوط الولاية الواردة في نص المادة 91 ق.أ.ج، فتنتهي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد وهو تسعة عشر سنة (19)، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذا السن باستمرار الولاية عليه⁽⁵⁾.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تنمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة والألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص752.

² - رابح بن غريب، مرجع سابق، ص35.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تنمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة والألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص752.

⁴ - رابح بن غريب، مرجع سابق، ص36.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون: نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص186.

وقد تنتهي الولاية بغير الأسباب المذكورة، وهذا بسلبها لأحد السببين لم يشر إليها قانون الأسرة صراحة وذلك على عكس قانون الولاية على المال المصري الذي ذكرهما في المادتين 20 و 22 منه (1).

السبب الأول: إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فالمحكمة أن تسلب ولايته أو تحدّ منها، لأن العلة من تقرير الولاية هي العناية بشؤون الصغير ورعاية وحماية أمواله، فيجب أن يتصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص وهذا ما أكدته المادة 1/88 السابقة الذكر.

السبب الثاني: سلب الولاية على النفس أو وقفها يستتبع بالقصر سلب الولاية على المال (2).

ويمكن أن يستفاد ذلك من المعنى الذي يحمله نص المادة 62 ق.أ.ج: والذي يقضي بالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". وعليه فإذا كانت الولاية على مال القاصر ثابتة للولي على نفسه، وسقطت الحضانة، ترتب ذلك سقوط الولاية على المال، وهذا ما يفهم من نص المادة 24 ق.ع، التي تقتضي بما يأتي "عندما يحكم القاضي على أحد الأصول لجناية أو جنحة وقعت منه على شخص أحد أولاده القصر ويقرّر أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرضهم لخطر مادي أو معنوي فإنه يجوز له أن يقضي بسقوط سلطته الأبوية، ويجوز أن ينصب هذا السقوط على كل حقوق السلطة الأبوية أو بعضها وأن لا يشمل إلا واحدا أو بعضا من أولاده.

ويجوز أن يأمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء" (3).

¹ - رابح بن غريب، مرجع سابق، ص 37.

² - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 186.

³ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج 2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص

ويعتبر سقوط الحق في الولاية عقوبة تكميلية طبقاً للمادة 9 مكرر 01 ق.ع والتي تقضي بما يأتي: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في...6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها... " (1).

الفرع الثاني

إدارة أموال القاصر عن طريق الوصاية

تعتبر الوصاية نظام للحفاظ على أموال القاصر، والغرض منها هو حماية هذا الأخير وهي ولاية نيابية على عكس الولاية الأصلية، فإذا كانت هذه الأخيرة بقوة القانون، فإن الوصي إذا تمّ تعيينه من الأب أو الجد يجب عرضه على القاضي لتثبيته ولتوضيح ذلك أكثر سوف نتناول دور القاضي في تثبيت الوصي (أولاً)، سلطات الوصي وانتهاء الوصاية (ثانياً).

أولاً: دور القاضي في تثبيت الوصي.

وسوف نتناول من خلاله المقصود بالوصي (1)، شروط الوصي (2)، عرض الوصاية على القضاء وصلاحيته في مراقبة عملية التعيين (3).

1- المقصود بالوصي:

المسمّى الوصي المختار، وهو من يختاره الأب ويوصي إليه أن يكون خلفاً عنه بعد موته على أولاد يدير شؤونهم، وهو بهذا الإيحاء تكون على قصر الموصي ولاية مالية فقط، ويكون مقدماً على جدّهم لأبيهم، بحيث لو وجد أبو الأب ووصى الأب كانت الولاية على نفس القصر لجدّهم وعلى ما لهم لوصي أبيهم (2).

فللوصي نفس سلطات الولي في التصرف طبقاً لنص المادة 95 ق.أ.ج.

¹- المرجع السابق، ص 609.

²- عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 224.

2- شروط الوصي:

وتضمنت هذه الشروط المادة 93 من ق.أ.ج⁽¹⁾، بنصها على الشروط التالية:

- أن يكون مسلماً.
- أن يكون الوصي عاقلاً وبالغاً.
- أن يكون الوصي أميناً حسن التصرف.

فالمحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والماسة بالشرف أو النزاهة، ومن حكم عليه بجريمة كانت تقتضي قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر فلا يصلح لكي يكون وصياً، كذلك من كان مشهوراً بسوء السيرة، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش⁽²⁾ كذلك المحكوم بإفلاسه إلى أن يردّ اعتباره، بالإضافة إلى من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين، فلا يصلح لأن يكون وصياً⁽³⁾. وهذا كله يتحقق منه القاضي من خلال السلطات المخولة له في التحقيق، كسماع الشهود⁽⁴⁾.

3- عرض الوصاية على القضاء وصلاحيته في مراقبة عملية التعيين:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 92 ق.أ.ج على حق الأب أو الجد في تعيين وصي للولد القاصر، وذلك في حالة عدم وجود أم تتولى أموره المالية، أو تثبت عدم أهليتها للقيام بالدور بالطرق القانونية وفي حالة تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم وبهذا يكون قد ميز من الناحية الإجرائية بحالتين: الحالة الأولى تتعلق بالوصي المختار (أ) والحالة الثانية تتعلق بالوصي القضائي (ب)، وإجراءات تعيين الوصي (ج).

¹ - المادة 93 من ق 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم.

² - خديجة بوشيبان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2007-2010، ص37.

³ - عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص225.

⁴ - خديجة بوشيبان، مرجع سابق، ص37.

أ- الوصي المختار: وهو الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القاصر المالية⁽¹⁾.

ب- الوصي القضائي: إذا لم يكن للقاصر ولي ولا وصي مختار أو وجد أحدهما ولكنه غير مستوف لشروط الصلاحية، انتقلت الولاية على القاصر إلى القاضي بحكم ولايته العامة غير أن القاضي لا يقوم بالإشراف على أموال القاصر بنفسه نظرا لمهامه الكثيرة، فيقوم بتعيين وصي ينوب عنه يسمى وصي القاضي أو "الوصي المعين"⁽²⁾.

ج- إجراءات تعيين الوصي: لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 94 ق.أ.ج على وجوب عرض الوصاية على القاضي وذلك بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها.

كما أنه حدّد من خلال المادة 472 ق.إ.م.إ الإجراءات التطبيقية الخاصة بحالة الوصاية المقررة في قانون الأسرة، بحيث يتم إخطار القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كلّ شخص تهّمه مصلحة القاصر لأجل تثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب⁽³⁾، وذلك بموجب عريضة افتتاح دعوى استعجالية.

وعليه فالقاضي مخير بين أمرين: إمّا أن يقبل الوصاية بعد التّأكد من توافر الشروط السابقة الذكر والتحقق من صلاحية هذا الوصي لممارسة الوصاية على مال القاصر، فيقوم بتثبيتها ليستطيع الوصي المختار مباشرة مهامه.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص 113.

² - جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005-2006، ص 116.

³ - عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 349.

وإن رفضها وألغائها فإنّ عليه أن يعين مقدّمًا أو قيما بموجب أمر ولائي بعد التّأكد من شروط القبول وإذا لم يتمكن من تعيين المقدم خلال الوقت المناسب، فإنّ عليه أن يتخذ جميع الإجراءات التّحفظية، ريثما يتمكن من تعيين المقدم أو القيم⁽¹⁾.

في حالة ما إذا أثير نزاع بخصوص تعيين الوصي فيتم اللّجوء إلى القضاء الإستعجالي مع الإشارة إلى أنّ الأمر الإستعجالي الذي سيصدر في هذا الخصوص يكون قابلا لكافة طرق الطعن المتعارف عليها⁽²⁾.

ثانيا: سلطات الوصي وانتهاء الوصاية.

إن ولاية الوصي على مال القاصر أضيق نطاقا من ولاية الولي⁽³⁾، فعلى الوصي تسلم أموال القاصر والقيام على رعايتها وعليه بذل العناية في سبيل تحقيق ذلك، وللوصي نفس سلطات الولي في التصرف طبقا للمادة 95 ق.أ.ج، فعليه أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص.

أما بالنسبة لانتهاء الوصاية بالرجوع إلى المادة 96 ق.أ.ج، نجدها تنص على عدّة أسباب تنتهي بها مهمة الوصي أسباب تتعلق بالقاصر، أسباب أخرى تتعلق بالوصي، بالإضافة إلى إنتهائها بسبب إنتهاء المهام التي عين الوصي من أجلها⁽⁴⁾.

1- انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالقاصر: وتكون في حالتين:

أ- **بموت القاصر⁽⁵⁾**: إذا توفي القاصر الموصى عليه، فإن مهام الوصي تنتهي، ولم يعد هناك موجب لبقاء الوصي فوجب عليه أن يسلم أموال القاصر التي في عهده إلى ورثة

¹ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 112.

² سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 648.

³ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 54.

⁴ وسام قوادري، مرجع سابق، ص 33.

⁵ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 495، كمال حمدي، مرجع سابق، ص 158.

القاصر المتوفى، بعد أن يعرض أمر الوفاة على قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ ما يراه مناسباً لأن إدارة أموال القاصر تخضع دائماً لرقابة القاضي وبالتالي فهو الذي يملك سلطة إنهاء الوصاية⁽¹⁾.

ب- بلوغ القاصر سن الرشد، ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه: فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد تنتهي الوصاية عليه حتى ولو بلغ هذا السن غير رشيد، حيث يستلزم لاستمرار الوصاية عليه، تقديم طلب للمحكمة قبل بلوغ هذا السن، لكن إذا انتهت الوصاية ببلوغ سن الرشد فعلاً وكان القاصر غير رشيد، فإن ذلك لا يمنع من اتخاذ إجراءات الحجر عليه⁽²⁾.

2- إنتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالوصي: وتكون في عدّة حالات تتمثل في موت الوصي باعتبار أن الوصاية شخصية فإنها لا تنتقل بموت الوصي إلى ورثته وبوجب ذلك بالضرورة انتهاءها⁽³⁾، وزوال أهلية الوصي ذلك أنه يفقد الوصي لأهليته يفقد صلاحية الوصاية، إذ يشترط أن يكون ذا أهلية كاملة⁽⁴⁾، كذلك استقالة الوصي حيث تنتهي الوصاية باستقالة الوصي وقبول هذه الإستقالة من المحكمة إذا كان له عذر مقبول في التخلي عن مهمته⁽⁵⁾.

بالإضافة إلى عزل الوصي؛ ويكون بتخلف شرط من الشروط التي يشترطها القانون للوصاية، ويكون أيضاً إذا صارت مصلحة القاصر في خطر بسبب سوء إدارته أو عدم أمانته، أو أي سبب آخر تراه المحكمة مسوغاً لعزله، إذ يخشى على مصلحة الصغير مع بقاءه، ولا تحك المحكمة بالعزل إلا بعد تحقيق تقوم به هذه الأخيرة أو النيابة العامة ويستمتع

¹ - محمد بوعمرّة، مرجع سابق، ص 136.

² - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 33.

³ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 158.

⁴ - المرجع نفسه، ص 157.

⁵ - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 34.

فيه كلام الوصي وطالب العزل، والمشرف إن كان⁽¹⁾، وللمحكمة مطلق الحرية في تقدير هذه الأسباب⁽²⁾.

3- إنتهاء الوصاية بسبب انتهاء المهام التي عين من أجلها الوصي⁽³⁾:

وتسلم الأموال المعهودة إليه إلى من يتولى شؤون القاصر من بعده، فقد تنتهي المهام التي أقيم من أجلها الوصي إذا عادت الأهلية للولي الذي أصيب بإحدى عوارض الأهلية.

الفرع الثالث

إدارة أموال القاصر عن طريق التقديم

يعتبر التقديم أيضا نظام لحماية أموال القاصر، وهو الولي الذي يعينه قاضي شؤون الأسرة في حالة انعدام ولاية الولي أو الوصي المختار، وسوف نتناول في هذا الفرع المقصود بالمقدم (أولا)، الشروط الواجب توافرها في المقدم (ثانيا)، إجراءات تعيين المقدم (ثالثا)، سلطات المقدم وانتهاء مهامه (رابعا).

أولا: المقصود بالمقدم.

هو الشخص البالغ العاقل الذي تعينه المحكمة بواسطة قاضي شؤون الأسرة، ليتولى رعاية وحماية مصالح الطفل المالية، وذلك في حالة عدم وجود ولي أو وصي، لأنه لا يتصور ولا يمكن تعيين مقدم في حالة وجود الولي أو الوصي⁽⁴⁾.

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ص 495-456.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، مرجع سابق، ص 149.

³ - محمد بوعمره، مرجع سابق، ص 138.

⁴ - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 114.

واضح من خلال هذا التعريف أن المقدم تمّ النص عليه لسدّ حاجة القاصر عديم الأهلية أو ناقص الأهلية في النيابة عليه دفاعا عن مصالحه إذا لم يكن له أب أو أم تتولى شؤونه (1).

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 99 ق.أ.ج حيث جاءت بما يلي: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المقدم.

وتتمثل في شروط عامة تتوفر في الولي والوصي، وشروط خاصة ينفرد بها المقدم نظرا لمركزه القانوني في النيابة العامة وهي كما يلي (2):

1- الشروط العامة:

نصت المادة 100 ق.أ.ج: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام" إذن فيشترط في المقدم توافر جميع الشروط التي نصت عليها المادة 93 من ق.أ.ج.

ولما كان الأمر يتعلق بتولي شؤون فرد قاصر مسلم، فإنه وبالضرورة يتعين أن تتوافر فيه الشروط التي تسمح له بالقيام بالقاصر قيام الأب بابنه، من: الإسلام، العقل، البلوغ المقدر، الأمانة، حسن التصرف (3).

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 2/469 ق.إ.م.إ "....يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه".

¹ عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق -وفقا للفقهاء وما هو ثابت في التشريع الجزائري ومستقر عليه في قضاء المحكمة العليا مدعما بالاجتهاد القضائي-، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006 ص169.

² محمد بوعمره، مرجع سابق، ص153.

³ سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص644.

فقررت وجوباً أن يكون الشخص الذي يتولى التقديم أهلاً للقيام بشؤون القاصر، وله القدرة العقلية والجسمية على حمايته وحماية مصالحه⁽¹⁾.

وعليه فالقاضي عليه مراعاة هذه الشروط أثناء تعيينه للمقدم، لأن هذا الأخير سوف يتولى رعاية أمواله، والتالي إذا قصر القاضي في التحقيق مع الشخص المراد تعيينه مقدم على القاصر فسوف يؤدي إلى الإضرار بمصالح هذا الأخير.

2- الشرط الخاص بالمقدم:

اشتترطت المادتان 99 و 104 من ق.أ.ج شرطاً خاصاً بالمقدم ألا وهو عدم وجود ولي ولا وصي يتولى أمور القاصر وهو شرط جوهري، فإن كان الولي موجود وليس به مانع يمنعه من ممارسة الولاية على ابنه، أو كان قد عين الولي وصياً على أولاده القصر فإنه لا يمكن أن يتولى رعاية شؤون القصر غيرهما، إلا إذا كان قاضي شؤون الأسرة الذي يعرض عليه طلب تعيين الوصي قد رفض تثبيتها، هنا يعين مقدم على أموال القاصر، وهذا ما نصت عليه المادة 2/472 السابقة الذكر⁽²⁾.

ثالثاً: إجراءات تعيين المقدم.

من خلال استقراءنا لنص المادة 470 ق.إ.م.إ⁽³⁾، اتضح لنا أنّ تعيين المقدم يكون في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة.

معنى ذلك أن الطرف المعني بمصلحة القاصر أياً كان أن يقدم طلب تعيين مقدم في شكل عريضة، وهو ما يعني هنا أن الأمر يتعلق بمنازعة حول من يتولى شؤون ذلك

¹ - المرجع السابق، ص 644.

² - محمد بوعمره، مرجع سابق، ص 154.

³ - "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة".

القاصر، وإلا فلم اللجوء إلى القضاء؟، وتبعاً لذلك فعلى المعني إتباع جميع الإجراءات القانونية الخاصة بالعريضة الإفتتاحية⁽¹⁾. أي أن تتضمن الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة 15 ق.إ.م.إ والذي يترتب على مخالفتها عدم قبول العريضة شكلاً.

أمّا إذا كان الطرف المعني بمسألة التقديم هو النيابة العامة، وهو ما يعني عدم وجود ولي أو وصي على القاصر فإن الإجراء يتم بموجب طلب عادي إلى القاضي المعني الذي عليه إصدار أمر بتعيين مقدم للقيام بالقاصر وشؤونه⁽²⁾.

وما يجب التنويه إليه، أنه لا بدّ للقاضي من التحقق والتأكد من أن الشخص الذي يعينه للقيام برعاية أموال القاصر مستعد لها وراضي بها، فإذا تمّ تعيين مقدّم دون رضاه فإن ذلك يشكل خطراً على أموال القاصر، وهذا ما أكدته المادة 1/471 ق.إ.م.إ: "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه"⁽³⁾.

كما أنه يجب أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه كما يقع عليه وفقاً للنص الجديد أن يقدم دورياً وطبقاً لما يحدده القاضي عرضاً عن إدارة أموال القاصر⁽⁴⁾، لاسيما تلك المتعلقة بالعراقيل والإشكالات التي تعترض سبيله في تسيير تلك الأموال⁽⁵⁾.

رابعاً: سلطات المقدم وانتهاء مهامه.

بالرجوع لنص المادة 100 ق.أ.ج والتي تنص على ما يلي: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

¹ - سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 644.

² - المرجع نفسه، ص 645.

³ - محمد بوعمره، مرجع سابق، ص 155.

⁴ - عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 348.

⁵ - سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 645.

تكون للمقدم نفس سلطات الوصي، وعليه نفس الواجبات ويسأل مثله عما يلحق أموال الطفل القاصر المشمول بولايته من أضرار بسبب تقصيره⁽¹⁾.

وتنتهي مهمة المقدم بالأسباب ذاتها الواردة في المادة 96 من ق.أ.ج، والمتعلقة بمهام الوصي⁽²⁾

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي وتصرفات القاصر نفسه

أخضع المشرع القاصر لأحكام النيابة الشرعية حماية له ولأمواله، غير أنه في مقابل ذلك لم يجعل تصرفات النائب الشرعي مطلقة بل جعلها مقيدة بما يحقق مصلحة القاصر وسمح للقاصر المميز التصرف في أمواله عن طريق الإذن والذي يتم من طرف القاضي نتناول فيما يلي الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي (الفرع الأول)، ثم الرقابة على تصرف القاصر في أمواله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي

الأصل أن تكون تصرفات النائب الشرعي مطلقة غير أن القانون ألزمه باستئذان القاضي بشأن التصرف في بعض أموال القاصر (أولاً)، ما يرتب جزاء في حالة تجاوز النائب حدود سلطاته (ثانياً)، وفي حالة تعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح القاصر يتدخل القاضي ويعين متصرفاً خاصاً (ثالثاً).

¹ - دليّة سلامي، مرجع سابق، ص 127.

² - المرجع نفسه، ص نفسها.

أولاً: تصرفات النائب الشرعي المقيدة بإذن القاضي.

يتعين على النائب الشرعي مباشرة نيابته في حدود ما رسمه القانون، وقد أخضع المشرع الجزائري تصرفات معينة لرقابة القاضي من خلال الإذن قبل القيام بها، ف جاء في نص المادة 88 ق.أ.ج: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام..."، وقد أوردت تلك التصرفات على سبيل الحصر وهي:

1- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة:

تعتبر العقارات من أهم أموال القاصر والتصرف فيها يعدّ من أخطر التصرفات، لهذا وجب على النائب الشرعي أن يستأذن القاضي قبل بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة، ذلك أن التصرفات التي ترد على العقار ذات أهمية كبيرة، كما أن التصرفات التي تقتضي نقل ملكية عقار القاصر للغير، أو تنشئ حقوقاً عينية عليه كالرهن مثلاً في أغلب الأحيان تكون دائرة بين النفع والضرر، ذلك أن البيع والشراء من التصرفات التي يمكن أن تشكل خطر على مصلحة القاصر، سواء البيع بالثمن البخس، أو عند الشراء بالغلو فيه، ما يجعل مراقبة المحكمة لتصرف النائب الشرعي في عقارات القاصر حتمية من خلال التأكد من وجود حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم البيع بالمزاد العلني قبل منحه الإذن ببيع تلك العقارات طبقاً لما جاء في نص المادة 89 ق.أ.ج⁽¹⁾.

وهو تدبير آخر لحماية أملاك القاصر العقارية، نظراً للضمانات الموجودة عند القيام بهذا الإجراء، والذي تم النص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في المادة 783 على أنّ بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائياً بالمزاد العلني للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع تودع بأمانة ضبط

¹ - محمد بوعمرّة، مرجع سابق، ص 92.

المحكمة، يعدّها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو يعدّها وكيل التفليسة حسب الحالة.

وتتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية:

- الإذن الصادر بالبيع.
- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري تعينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الإقتضاء، مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.
- شروط البيع والتمن الأساسي.
- تجزئة العقار إلى أجزاء إن إقتضت الضرورة ذلك مع ذكر التمن الأساسي لكل جزء.
- بيان سندات الملكية.

مع إرفاق قائمة شروط البيع بالمستندات الواردة في المادة 784 ق.إ.م.إ.

ويقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عند إيداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية، وإخطار النيابة العامة، ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الاعتراض عليها عند الإقتضاء طبقا لأحكام هذا القانون.

وجاء في المادة 789 ق.إ.م.إ أنه تطبق على البيوع المشار إليها في المواد 783 و786 و788 إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة.

أمّا فيما يتعلق بقسمة العقار فقد نصت المادة 181 ق.أ.ج على ما يلي: "...وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة أمام القضاء"، ففي حالة وجود قاصر بين الورثة أو عدّة قصر فلا بدّ أن تكون قسمة التركة عن طريق القضاء سواء كان المال عقار أو منقول، وكما ذكرنا سابقا يتولى تمثيل القاصر في هذه الحالة نائبه الشرعي.

وهو ما تجسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22-12-1992 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة وجود قاصر يتوجب أن تكون قسمة التركة بين الورثة عن طريق القضاء ويعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النائب العام قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة.

ولمّا ثبت في قضية الحال، أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف العدالة لضمان عدم الإجحاف في حق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص بإطلاع النيابة العامة على القضية، فإنه يتعين بذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

ويعتبر الرهن حقا عينيا ينشأ بموجب عقد رسمي ويتقرر ضمنا للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه في ثمن هذا العقار متقدما على باقي الدائنين⁽²⁾.

ولهذا كان الرهن من أعقد المعاملات ما يستوجب إذنا من القاضي ذلك أنّ التصرف في أموال القاصر قد يؤدي إلى الإضرار به مع بقاء العقار محبوسا إلى أن يسدّد النائب الشرعي المال خاصة إذا عجز الولي عن سداد الدين في الميعاد المحدّد للوفاء، ومن أجل ذلك يتعين على القاضي المختص أن يتأكد من وجود حالة الضرورة والمصلحة، ومن إمكانية سداد الدين لاحقا⁽³⁾.

أمّا فيما يتعلق بإجراء المصالحة، فإن الصلح يكون عن طريق عقد طبقا لما جاء في المادة 459 ق.م.ج⁽⁴⁾ التي عرفته بأنّه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، فقد يلحق هذا التنازل

¹ - م ع، غ أ ش، رقم 84551، بتاريخ 22-12-1992، م ق، ع 1، لسنة 1995، ص 117.

² - سورية غربي، مرجع سابق، ص 202.

³ - المرجع نفسه، ص نفسها.

⁴ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

ضررا بمصالح القصر، فنظر لخطورة عملية المصالحة أوجب المشرع حصول النائب على إذن القاضي من أجل إجرائها⁽¹⁾.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة:

لم يحدّد المشرع الجزائري المنقولات الخاصة كما أنّه لم يحدد معيارا يمكن من خلاله تحديد هذه المنقولات، ومن أمثلتها: أسهم البورصات، والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية، والفنية، وكذا بيع المحلات التجارية التي تدخل ضمن الأموال المنقولة وليس العقارية، ولا يجوز للنائب الشرعي التصرف في هذه الأموال إلا بعد إذن من القاضي المختص⁽²⁾.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة:

فالغاية من وجوب إذن المحكمة فيما يتعلق بالإقراض أو الإقتراض هو التحقق من أنّ الإقتراض تدعو إليه حاجة ماسة للصغير، أو أن الإقراض لشخص مأمون فلا يتعرض مال الصغير للضياع، وهما من أعمال الإدارة والتي رأى المشرع ألا يباشرها الولي إلا بإذن المحكمة لما يتضمنه من مديونية القاصر وتحمل ذمته بأعباء مالية في حالة الإقتراض ومن خروج المال من تحت يده واحتمال ضياعه في حالة الإقراض⁽³⁾.

أما المساهمة في شركة فإنّ المشرع لم يحدّد نوع الشركة هل هي شركة أموال أم أشخاص أم شركة مختلطة، فبالنسبة لشركة التضامن والتي تعتبر من أهم أنواع شركة الأشخاص التي لا يستطيع القاصر الانضمام لها، لأنها تكسب كافة الشركاء صفة التاجر والقاصر لا يمكنه اكتساب هذه الصفة لإنعدام أهليته، وما يترتب عليها من الإلتزامات، كما

¹ - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 43.

² - دليّة سلامي، مرجع سابق، ص 110.

³ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 51.

أن هذا النوع من الشركات تجعل مسؤولية الشركاء مسؤولية شخصية وتضمانية عن ديون الشركة وهذا الأمر من شأنه أن يلحق أضراراً بأموال القاصر⁽¹⁾.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد:

يمكن للنائب الشرعي إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات (3) لكن لا بد من حصوله على إذن من القاضي، وهو ما يتوافق مع نص المادة 468 ق.م.ج، كما يمكن للنائب أن يؤجر عقار القاصر دون إذن المحكمة لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد بأشهر لا تكمل السنة، لأنه ببلوغ القاصر سن الرشد تنتهي وظيفة النائب الشرعي، فلا يكون محلاً لأن يقيد الولي القاصر⁽²⁾.

أمّا عن كيفية منح الترخيص فلم يتم النص عليه في قانون الأسرة غير أنه بالرجوع إلى المادة 479 ق.إ.م.إ نصت على أن الترخيص يمنح من طرف قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة، والمحكمة التي يؤول إليها الإختصاص، هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر وفق ما جاء في المادة 464 ق.إ.م.إ.

ثانياً: سلطة القاضي عند تجاوز النائب لحدود نيابته.

إذا تجاوز النائب حدود ولايته والتي رسمها القانون أو عدم إحترام الإجراء القانوني والمتمثل في ضرورة الحصول على إذن بالتصرف حيث جاء في المادة 88 ق.أ.ج أن الولي عليه أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

¹ - دليّة سلامي، مرجع سابق، ص 111.

² - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 51.

غير أنه لم ينص على جزاء محدد لهذه الحالة، كما أن القانون المدني لم يقد بتحديد الجزاء في حالة تجاوز النائب حدود نيابته، وبالرجوع إلى المادة 74 ق.م.ج يتضح أن أي تصرف يقوم به النائب لابد أن يكون في الحدود التي رسمها الأصيل للنائب وبحسب ما تم بينهما من اتفاق، ففي حال تجاوز تلك الحدود لا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل ولا ينشئ في ذمته حقوق والتزامات⁽¹⁾.

أمّا ما يفهم من نص المادة 77 ق.م.ج فإنّ الولي الذي يبيع مال القاصر دون استئذان المحكمة فإن هذا التصرف حسب ما هو مقرر في القواعد العامة لا يعدّ نافذاً في حق القاصر، لكن إذا تم إقراره من طرف المحكمة أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فإنه يصبح نافذاً يوم الإقرار⁽²⁾.

أمّا بالنسبة للقضاء الجزائري فقد أقرت المحكمة العليا ببطلان العقد الذي لم يتم فيه استئذان المحكمة، ويتحمل النائب كل الأضرار التي قد تحصل للطرفين، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقرير الجزاء الذي يستحق النائب الشرعي في حالة تجاوز حدود نيابته بما أن القانون لم ينص على حكم معين⁽³⁾.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها*.

وجاء في نص المادة 98 ق.أ.ج: "يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

¹ - سورية غربي، مرجع سابق، ص 217.

² - المرجع نفسه، ص نفسها.

³ - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 48.

* "حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من ق.أ.ج، لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر لابد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقداً مخالفاً للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون".
م ع، غ أ ش، رقم 72353، بتاريخ 10-04-1991، م ق، ع 3، لسنة 1993، ص 115، (نقلا عن سورية غربي مرجع سابق، ص 216-217).

ويجب على الوصي والمقدم، أن يتصرفا في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص كما هو الحال للولي طبقا للمواد 98 و100 ق.أ.ج.

حيث يقوم القاضي بمراقبة أعمال الولاية سواء من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة، أو بناء على طلب أي شخص تهمة مصلحة من وضع تحت الولاية وذلك بمقتضى المادة 465 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾.

وفي حالة ما إذا كانت المراقبة من القاضي تلقائيا أو بناء على طلب النيابة العامة يجوز له استدعاء كل شخص يرى سماعه مفيدا وفي الحالات الأخرى يكون التكليف بالحضور على عاتق المدعي، وذلك بموجب عريضة إفتتاح دعوى إستعجالية وفق ما هو مقرر لدعاوى الإستعجال ويتم التحقيق والفصل في الطلب وفق ما يعمل به في الإجراءات المقررة لدعاوى الإستعجال، وبناء على نتائج التحقيق الذي يقوم به القاضي يمكن له أن يأمر باتخاذ التدابير اللازمة لحماية مصالح القاصر وذلك بموجب أمر ولائي غير قابل لأي طعن⁽²⁾، وقد أخضع القانون الوصي والقيم لرقابة القضاء، فقد ألزمه عند انتهاء مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته.

ويقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء، وإذا توفي الوصي أو فقد فعلى ورثته تسليم أموال القاصر إلى المعني بالأمر بواسطة القضاء طبقا لما جاء في المادة 97 ق.أ.ج.

¹ - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص106.

² - المواد 466 و467 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما قام المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بوضع التزام يقع على عاتق المقدم دون الوليِّ والوصيِّ، يلزمه أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة⁽¹⁾.

وجاء في ق.إ.م.إ ما يسمى بدعاوى المحاسبة والتي تخص الحالات التي تأمر فيها المحكمة بتقديم حسابات لتصفية أموال القاصر، والتي ذكرت الأوصياء وفق ما جاء في المواد 590 و599 من ق.إ.م.إ⁽²⁾.

فإذا رأى القاضي أنّ في بقاء النائب خطر على مصلحة القاصر، أو الإساءة في الإدارة والإهمال فيها⁽³⁾، جاز له إسقاط الولاية طبقا لنص المادة 91 ق.أ.ج، كما أنّ المادة 96 من نفس القانون نصت على إمكانية عزل الوصيِّ إذا ثبت من تصرفاته ما يهدّد مصلحة القاصر.

ويقدم طلب العزل من له مصلحة إلى القاضي المختص ويصدر بموجب أمر عن المحكمة، إلا أنّ أمر العزل من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي⁽⁴⁾، كما يلتزم النائب الشرعي بتعويض الأضرار التي لحقت بأموال القاصر والتي يكون مسؤولا عنها بسبب تقصيره⁽⁵⁾.

وقد يحصل تعارض بين مصالح النائب الشرعي ومصالح القاصر ما قد يعرّض أموال القاصر للخطر.

¹ - محمد توفيق قديري، حماية الذمة المالية في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 14، د س، ص 519.

² - المرجع نفسه، ص 520.

³ - أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 176.

⁴ - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 51.

⁵ - محمد حسين منصور، نظرية الحق، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 424.

ثالثاً: تعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح القاصر.

قد تتعارض مصالح الولي والقاصر إذا ما كان التصرف لصالح الولي، ولذا يجب على القاضي أن يعيّن متصرفاً خاصاً قصد مراقبة مدى تطابق التصرف مع مصلحة القاصر وقد يكون هذا بناءً على طلب يقدمه من له مصلحة أو من النيابة العامة عند الإقتضاء⁽¹⁾. غير أنه لم يبين الحالات التي تعتبر فيها مصالح النائب الشرعي مع القاصر وبالرجوع إلى قانون الولاية المصري نجد أنه حدّد تلك الحالات في نص المادة 31 وهي:

1- تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة النائب الشرعي الخاصة:

والمقصود بالتعارض هنا هو التعارض الذي لا يبلغ حداً يُخشى منه على مصالح القاصر، فإذا بلغ التعارض هذا الحدّ كان سبباً من أسباب سلب الولاية أو عزل الوصي ويرجع تقدير ذلك للقاضي⁽²⁾، كأن يبيع أو يشتري الولي مال القاصر، وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23-12-1997 "...حيث أنّ ولاية الأم (ش.ز) ولاية منحها لها القانون ولا تنتقل إلى غيرها إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر طبقاً للمادة 90 ق.أ.ج، ولما لم يثبت تعارض المصلحتين في قضية الحال، فإنّ القضاء بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائياً يعتبر مخالفاً للمواد 87 و90 من ق.أ.ج.." ⁽³⁾.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 307.

² - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 168.

³ - م ع، غ أ ش، رقم 187692، بتاريخ 23-12-1997، م ق، ع 1، لسنة 1997، ص 34.

2- تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته:

كأن يبيع مالا مملوكا لولده القاصر المشمول بولايته، ويقوم بشرائه لولد آخر يمثله ممّا قد يغلب معه الولي أو الوصي تلك المصلحة على مصلحة القاصر⁽¹⁾.

3- تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة زوجة النائب:

كما هو الحال بيع مال مملوك للقاصر، إلى زوجته، وهذا فيه تعارض واضح مع مصلحة القاصر⁽²⁾.

والمحكمة هي التي تقدر ظروف كل حالة لتبين حقيقة وجود التعارض الذي يستلزم تعيين وصي خاص⁽³⁾، يراعي مصلحة القاصر في هذا العقد ويبعد عن النائب الشبهة وهذا ما جاء في نص المادة 410 ق.م.ج: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص أخرى".

4- تعيين المتصرف الخاص من طرف القاضي:

كما ذكرنا سابقا فإنه إذا تعارضت مصالح النائب مع مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، وقد أوضح النص أنه قد يطرأ أن تتعارض المصالح، ومن أجل حماية القاصر الشخصية والمباشرة إيجاد خلف للنائب، ويكون تعيين هذا المتصرف الخاص بالدرجة الأولى من طرف المحكمة، كما يمكن أن يكون بناء

¹ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 92.

² - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 53.

³ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 92.

على طلب من له مصلحة، ومما لاشك فيه أنه وما دام أن المتصرف يعين خلفا للنائب فالمهام التي توكل إليه هي نفس مهام النائب⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الرقابة على تصرف القاصر في أمواله

يخضع القاصر في الأصل إلى نظام النيابة الشرعية في إدارته أمواله إلا أنه ولحالات خاصة يجوز أن يمنح القاصر حق التصرف في أمواله، وحتى لا تكون عرضة للخطر لابد أن يكون ذلك عن طريق القاضي المختص والذي يتحقق من السن المطلوبة للترشيد (أولا) قبل أن يصدر إذنه (ثانيا)، كما يمكن أن تقوم منازعات جراء تصرف القاصر في أمواله والتي ترفع إلى القضاء من أجل الفصل فيها (ثالثا).

أولا: التحقق من السن المطلوبة للترشيد.

يمرّ الإنسان بمراحل عدّة في حياته، إذ يبدأ صغيرا غير مميز ثم بعد ذلك في مرحلة معينة من حياته يبدأ إدراكه وتمييزه إلا أنه لا يبلغ الحدّ الذي يجعله راشدا، ثم تأتي مرحلة بلوغه سنّ الرشد، وحتى يعطى له الإذن للتصرف في أمواله جزئيا أو كليا لابد على القاضي ان يتأكد من السن المطلوبة للترشيد، فقد نصت المادة 84 ق.أ.ج: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

ولكن قبل التطرق إلى سن التمييز المطلوبة لمنح الإذن نودّ الإشارة إلى حكم تصرفات

القاصر.

¹ - عبد الوهاب بوضرسة، مرجع سابق، ص ص 164-165.

فقد جاء في نص المادة 82 ق.أ.ج أنه من لم يبلغ سن التمييز للصغر والذي حددته المادة 42 ق.م.ج بثلاثة عشر سنة تعتبر تصرفاته باطلة.

ومعنى ذلك أنه يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان تصرف الصبي غير المميز حتى ولو لم يطلب ذلك أصحاب الشأن، فللقاضي أن يقضي ببطلان تصرف من التصرفات التي يبرمها القاصر غير المميز حتى من دون إثارته من الخصوم، فيكفي طرح النزاع المتعلق بتصرف القاصر أمام القضاء الذي متى اكتشف بطلانه أقرّه⁽¹⁾.

أمّا الصبي المميز فقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفاته إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً، كقبول الهبة والصدقة وهذه التصرفات يصح للصبي مباشرتها بنفسه وتقع منه صحيحة وتنفذ، أما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كتبرعه من ماله بدون مقابل كالقرض والكفالة فتعتبر باطلة حتى مع إجازة الولي⁽²⁾، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 83 ق.أ.ج والتي اعتبرت أنّ التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تتوقف على إجازة الولي أو الوصي وجعله قابلاً للإبطال بموجب المادة 101 ق.م.ج والذي يكون المشرع قد قرّره حماية لناقص الأهلية فأعطاء الحق في المطالبة بإبطال التصرف⁽³⁾.

ما جعل نصوص القانون الجزائري في تناقض، أمّا بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد ذهب جمهور الفقهاء أن هذه التصرفات تقع صحيحة في ذاتها لوجود أصل الأهلية في الصبي المميز، ولكن نظراً لأنها أهلية ناقصة فإن نفاذها يتوقف على إجازة وليّه، فإن أجازها

¹ - وسام قوادي، مرجع سابق، ص ص 61-62.

² - أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 215.

³ - محمد سعيد جعفرور، فاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومة الجزائر، 2009، ص 45.

نفذت وإن لم يجزها بطلت، غير أنه يشترط لصحة إجازة الولي في هذه الحالة أن لا يكون التصرف الصادر من الصبي منطويا على غبن فاحش⁽¹⁾.

أما فيما يخص السن المطلوبة لمنح الإذن كما ذكرنا سابقا فهي سن التمييز والتي حددها المشرع الجزائري بثلاثة عشر سنة (13).

حيث يتأكد القاضي من بلوغه هذه السن باعتبار أن الشخص ببلوغه سن التمييز يصبح قادرا على فهم معنى البيع والشراء والإيجار وغير ذلك من أعمال التصرف والإدارة أي تصبح له القدرة على حسن التصرف والإدارة⁽²⁾.

وخلوه من أي عارض من عوارض الأهلية، ولا يكفي بلوغ القاصر سن التمييز بل لا بد أن يتأكد القاضي من قدرته على حسن التصرف ويخضع ذلك لسلطة القاضي التقديرية. غير أن ما يعاب على نص المادة 84 ق.أ.ج أن منح الإذن للقاصر من أجل التصرف في أمواله سواء كان كلياً أو جزئياً يجعله في وضع متساو مع كامل الأهلية، بعد أن كانت تصرفاته باطلة مطلقاً دون أن يمر بفترة زمنية يكتسب من خلالها شيئاً من الخبرة⁽³⁾، ما قد يعرض أمواله للخطر، والقاضي هو الذي يقرر ذلك.

وما يلاحظ أن القانون الجزائري فرق بين السن المطلوبة لترشيد القاصر في ق.أ.ج عن السن المحددة لقيام القاصر بالأعمال التجارية، والتي حددها القانون التجاري بسن ثمانية عشر سنة (18).

¹ - أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ص 215-216.

² - محمد بوعمره، مرجع سابق، ص 63.

³ - المرجع نفسه، ص 64.

ثانيا: صدور الإذن بالترشيد.

يتضح من خلال نص المادة 84 ق.أ.ج أن القاصر المميز والموجود تحت الولاية أو الوصاية يجوز أن يؤذن له بالبيع والشراء للمنقولات دون ممارسة أعمال التجارة وذلك بناء على طلب الولي أو الوصي أو من له مصلحة في ذلك⁽¹⁾، والإذن قد يكون مطلقا أو مقيدا ببعض التصرفات، والقاضي المختص هنا هو قاضي شؤون الأسرة الذي يجري تحقيقا من أجل التأكد من استعداد القاصر وقدرته على مباشرة التصرفات مراعيًا في ذلك بعض الإعتبارات، لأن الإدراك يختلف من شخص لآخر حسب قدراته العقلية والبدنية⁽²⁾.

ولا يتم منح الترخيص إلا بعد أن يتأكد القاضي من توافر كل الشروط ويصدر أمره عن طريق أمر ولائي طبقا لما جاء في المادة 480 ق.إ.م.إ وبالتالي فالإذن الذي نص عليه القانون الجزائري هو الإذن بالتصرف، فهل يجوز للقاصر أن يتقدم إلى المحكمة طالبا تسليم أمواله كلّها أو بعضها.

وجاء في المادة 84 ق.أ.ج لكل من له مصلحة أن يطلب الترخيص وبما أن القاصر المميز صاحب مصلحة فيمكنه ذلك⁽³⁾، كما يمكن ذلك للنيابة العامة إن بلغها تفريط النائب الشرعي وقدرة القاصر على تولى شؤونه⁽⁴⁾.

والإذن بالتصرف يختلف عن الإذن بالتجارة أو ترشيد القاصر للقيام بالأعمال التجارية المنصوص عليه في القانون التجاري، ومقتضى الإذن بالاتجار هو أن يصبح القاصر أهلا

¹ عبد العزيز سعد، ممارسة إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق ص121.

² محمد بوعمره، مرجع سابق، ص ص67-68.

³ وسام قوادي، مرجع سابق، ص83.

⁴ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص517.

للقيام بجميع الأعمال التجارية الذي أذن له بمباشرتها، وما لزم من أعمال لمباشرة تجارته ومتى احترف القيام بالأعمال التجارية يكتسب صفة التاجر (1).

وحتى يمنح الترشيد لابد من الحصول على إذن من الأب أو الأم أو على قرار مجلس العائلة في شكل مكتوب، ثم يقوم بعرض تلك الرخصة على قاضي شؤون الأسرة الذي بإمكانه القبول أو الرفض، وذلك بعد أن يتأكد من كافة الشروط.

أما فيما يخص العقارات فكما جاء في القانون التجاري فبإمكان القاصر المرشد أن يرتب التزاماً أو رهناً على العقار، على أن التصرف سواء كان إختياري أو جبري لا يمكن أن يتم إلا باتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية، ويصدر الترشيد بموجب أمر ولائي يصدره قاضي شؤون الأسرة في غرفة المداولات بحضور الأطراف المعنية (2).

ولما كانت الأهلية التي تُمنح للقاصر قصد اختبار صلاحيته واستعداده لتسلم أمواله نهائياً عند بلوغ سن الرشد، فهي بالتالي تكون كمرحلة تجريبية، فإن كانت تصرفاته مفيدة وسليمة فذلك هو المطلوب وإن كانت عكس ذلك فإنه بإمكان القاضي الرجوع عن إذنه وترخيصه (3).

فمتى رأى القاضي أن أموال القاصر معرضة للخطر، بأن أساء القاصر المأذون له بالتصرف كلياً أو جزئياً في أمواله أو قامت أسباب يخشى معها بقاء الأموال في يده فقد جاء في نص المادة 84 ق.أ.ج "...وله الرجوع في الإذن إذا ثبت ما يبّر ذلك".

¹ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 144.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 122.

³ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 172.

فإذا فقد القاصر هذه الصلاحية، أو لم يعد ثمة اطمئنان إلى قدرته على القيام بالأعباء الناتجة عن تصرفه في أمواله فهنا لا جدال في ضرورة رجوع القاضي عن إنذه⁽¹⁾، ويرجع ذلك لسلطة القاضي التقديرية وذلك بموجب أمر ولائي مسبب⁽²⁾.

ثالثاً: المنازعات المتعلقة بأموال القاصر.

إنّ التصرف في أموال القاصر قد يثير العديد من المنازعات والتي قد تكون قائمة بين طرفي التصرف أي بين الولي الوصي والمقدم وبين القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو بعد ترشيده، وقد تكون قائمة بين القاصر المميز مع الغير، وهي منازعات أوجب القانون رفعها إلى قاضي شؤون الأسرة طبقاً لما جاء في المواد 476 و 478 من ق.إ.م.إ الذي يفصل فيها بحكم قضائي وعلى الرغم من عدم تحديد القانون لاختصاص قاضي شؤون الأسرة هل هو اختصاص ينعقد له بوصفه قاضي موضوع أو قاضي استعجال، إلا أنه نص على أنه في حال الإستعجال يفصل في الدعوى وفقاً للقواعد العامة المقررة لدعاوى الإستعجال وهذا ما ذهبت إليه المادة 2/474 من طرف من له مصلحة، إذ يجري تبليغها لكل من المدعي عليه وللنيابة العامة ثم يتولى القاضي التحقيق والفصل فيها وفقاً للإجراءات المتبعة لدعاوى الإستعجال، ويكون الحكم فيها قابلاً للطعن بالإستئناف أمام قسم شؤون الأسرة بالمجلس القضائي.

في الأخير يمكن القول أنّ الحكمة من جعل الإذن بالتصرف لا يصدر إلا من طرف القاضي يتمثل في الإطمئنان على قدرة القاصر القيام بالأعمال المرخص له بها، وكذا التأكد من صلاحيته لتولي ذلك على الرغم من أن الطلب قد يكون من النائب الشرعي الذي قد يخطئ في التقدير⁽³⁾، وهذا من شأنه ضمان أكبر حماية للقاصر، غير أنّ منح الإذن وحده

¹ - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 141.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 123.

³ - وسام قوادري، مرجع سابق، ص 83.

لا يكفي ما دام لا توجد آليات تمكن القاضي من مراقبة تصرفات القاصر المرشد، كما هو الحال النسبة للقانون المصري الذي ألزم القاصر بتقديم حساب سنوي للمحكمة، ما من شأنه أن يعرّض أمواله للخطر مع طول المدة التي تفصل سن التمييز و سن الرشد دون وجود رقابة فعالة على تصرفاته.

خلاصة الفصل الثاني

كخلاصة للفصل نقول أن حق النفقة محمي بقوة القانون والشريعة الإسلامية، وقد ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تقدير النفقة، ويكون ذلك حسب حال الزوجين وظروف المعاش غير أن القاضي عند تحديدها يصطدم بعدة عقبات نظرا للواقع المعاش.

كما أن هناك حماية للطفل من خلال إنشاء صندوق النفقة في حالة إمتناع المكلفين بدفعها، وفي حالة عدم قيام الأب بتسديد النفقة هناك العديد من الإشكالات من الناحية العملية،

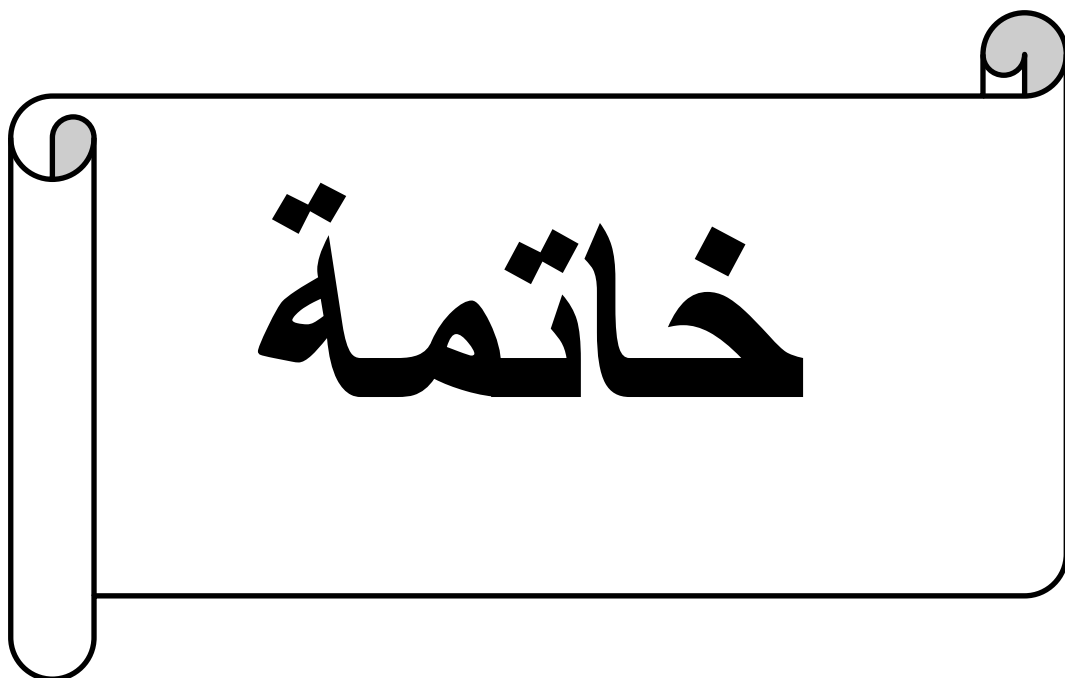
أما حماية القضاء لحق الطفل في الميراث فهي مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولم يفرق القانون بين القصر والبالغين في الوصية والهبة فهي أحكام عامة تنطبق على كليهما.

ويحمي المشرع الجزائري القاصر من خلال نظام النيابة الشرعية، عن طريق الولاية والتي تكون للأب بقوة القانون ثم الأم، وفي حالة الطلاق تسند الولاية لمن أسندت له الحضانة، والوصاية والتي لا بد أن يتم تثبيت الوصي فيها عن طريق القضاء، وإذا لم يكن هناك ولي أو وصي يعين القاضي مقديما. كما قيد المشرع النائب الشرعي حيث ألزمه بإذن من القاضي إذا قام بتصرفات معينة نظرا لما تشكله هذه التصرفات من خطر على أموال القصر.

ولم ينص القانون على جزاء مخالفة هذه الحالة، كما يمكن أن تتعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح القاصر، وهنا يعين القاضي متصرفا خاصا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة، غير أنه لم يبين حالات التعارض وبالتالي يتضح لنا الفراغ التشريعي في قانون الأسرة الجزائري.

وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي ترشيد القصر للقيام ببعض التصرفات، غير أنه لم يضع آليات تمكن من مراقبته، باستثناء إمكانية الرجوع عن الترشيده.

وما يلاحظ على نصوص قانون الأسرة الجزائري الشح في النصوص المنظمة لآليات الرقابة على أموال القصر، وكذلك نقص الإجهادات القضائية في هذا المجال.



في ختام بحثنا توصلنا إلى أن القضاء يعتمد على مصلحة الطفل الفضلى كمعيار لأخذ القرارات والإجراءات القضائية من خلال مجموعة من الأحكام التي توزعت بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يلعب القاضي الدور الفعال في السهر على حماية مصالح القصر كما جاء في المادة 424 ق.إ.م.إ، غير أن هذه الحماية ليست في كافة الحقوق الشخصية والمالية بقدرٍ متساوٍ فهي تختلف من حق لآخر.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها بالنسبة لحماية الحقوق الشخصية وجدنا أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في إثبات النسب مقيّدة بما جاء في نصوص ق.أ.ج، ذلك أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إلا أن المحكمة العليا تسعى إلى إثبات نسب الطفل بكل الأشكال المتاحة القابلة للإثبات، وهذا يعد من مظاهر حماية الطفل فقد ذهبت إلى إلحاق ولد المغتصبة لأبيه والذي يعد مساساً بأحكام الشريعة الإسلامية وضرب صارخ لها.

غياب النصوص القانونية المنظمة للطرق العلمية، يجعل حماية الطفل أمراً نسبياً مما يستوجب وضع آليات وضوابط تكفل هذه الحماية.

تشديد إجراءات اللعان على الأب المباشر لهذه الدعوى يكرس حماية لنسب الطفل وذلك من أجل تضيق المجال أمام الآباء المتصلين من المسؤولية، وهو ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية.

وفي الحضانة أعطى المشرع سلطة تقديرية واسعة لقاضي شؤون الأسرة اعتماداً على قاعدة "مصلحة المحضون" والتي جسدها الاجتهادات القضائية المستندة أساساً على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، غير أن ما يؤخذ على المشرع الجزائري هو عدم وجود آليات تمكن القضاء من المتابعة عن طريق مراقبة دورية للمحضون للتأكد من توافر الجو المناسب والبيئة الملائمة والتدخل إن اقتضى الأمر ذلك.

وانتهاء الحضانة ببلوغ الذكر (16) ستة عشر سنة، والأنتى إلى سن الزواج يجعل مصير الأطفال مجهولاً.

نفس الأمر بالنسبة للكفالة عدم وجود آليات تمكن القاضي من مراقبة الكافل بعد منح الكفالة، بالإضافة إلى غياب النصوص المنظمة لإجراءات تسليم المكفول والتي لا بد أن تكون أمام القضاء وهو ما ينطبق على عودة المكفول إلى والديه.

أما بالنسبة للترخيص القضائي بزواج القاصر، فلم يضع المشرع الجزائري حد أدنى للترخيص وترك السلطة التقديرية للقاضي وهذا من شأنه أن يضر بمصلحة الطفل.

وفي مجال إنهاء الولاية على النفس أو سحبها مؤقتاً، فدور القاضي هنا إيجابي حيث يكرس حماية للطفل من خلال ما مُنح من إجراءات؛ سواء أثناء إنهاء الولاية أو سحبها مع إمكانية تعديل أو إلغاء التدبير المتخذ.

بالنسبة للحقوق المالية، نجد أن المشرع الجزائري قام بوضع الأسس التي يتم فيها إنفاق الأب على أولاده، حتى يتم تفعيل دور القضاء، كذلك بالنسبة لتحديد مشتريات النفقة وجعل تقدير النفقة خاضع لسلطة القاضي الكاملة. إلا أن هذا الأخير يصطدم بعقبات نظراً للظروف المعيشية الصعبة وغلاء المعيشة التي يعاني منها المجتمع، كما أنّ إنشاء صندوق النفقة يحمي الطفل لكن هذا قد يفتح المجال أمام المكلفين بها للتنصل من المسؤولية، ومن مظاهر الحماية وضع المشرع لجريمة عدم تسديد النفقة عقاباً للممتنع عن أدائها.

أما بالنسبة للميراث فهو مستمد من الشريعة الإسلامية والتي وفرت أقصى حماية للطفل، وبالتالي فهي حماية قانونية أكثر منها قضائية، على الرغم من أن قضاة المحكمة العليا حمو الأطفال إلى الحد الذي أقروا بتنزيل "ابن البنت".

وحماية للقاصر إذا وجد بين الورثة قاصر أو عدة قصرّ وجب أن تكون القسمة أمام القضاء.

وبالنسبة للهبة والوصية لم يتم إفراد مواد خاصة بالطفل، والمواد تنطبق على الكبير والصغير ما عدا التي تنص على الحمل، وحماية القضاء لا تخرج عما تم النص عليه في ق.أ.ج.

ويشكل نظام النيابة الشرعية حماية لأموال القاصر من خلال الرقابة على تصرفات النائب الشرعي.

إلا أن ما يعاب على المشرع الجزائري، أنه لم يبين الحالات التي تتعارض فيها مصالح النائب الشرعي مع مصالح القصر، كما أنه لم يضع جزاءً في حالة تجاوزه لحدود سلطته، وفي ترشيد القاصر حماية له من خلال اشتراط صدور الإذن من القاضي، وما يعاب على المشرع الجزائري هو تحديد سن الترشيح بـ (13) ثلاثة عشر سنة، وهو في رأينا سن لا يمكن للقاصر إدراك أفعاله إلا في حالات إستثنائية، بالإضافة إلى طول المدة الفاصلة بين الترشيح وسن الرشد. غير أن هذا لا يكفي من أجل ضمان أكبر حماية للقاصر في ظل انعدام آليات تجعل من تلك الرقابة أمراً مجسداً على أرض الواقع حتى تكون أقصى حماية للقاصر.

وعلى الرغم من أن المادة 222 ق.أ.ج لم تقيد القاضي بمذهب معين حتى يجد الحلول للإشكالات المطروحة أمامه، إلا أن في ذلك صعوبة كبيرة من الناحية العملية.

وتوجد في قانون الأسرة الجزائري عدة ثغرات، وعليه نقترح ما يلي:


- في مجال النسب الإلتفات إلى الطرق العلمية في النفي تجنباً لضياع نسب الأولاد.
- على المشرع تدارك الفراغ الوارد في الفقرة الثانية من المادة 40 ق.أ.ج بتحديد الطرق العلمية وقيمتها في الإثبات لتسهيل العمل على القضاة باعتبارها طريقاً يقينياً لا يحتمل الشك.

- إعادة النظر في سن إنتهاء الحضانة، لأن الأولاد بعد هذه السن قد يكونون عرضة للخطر أو وضع نصوص قانونية تحدد من يتولى رعايتهم بعد هذه السن.

- إيجاد آليات تجعل رقابة دورية على من يتولى الكفالة والحضانة.

- سن نصوص قانونية تنظم إجراءات تسليم المكفول والتي لا بد أن تكون أمام القضاء والذي يعرف بالإسناد الواقعي.
- وضع سن أدنى للترخيص وعدم ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية.
- سد الفراغ التشريعي الموجود في حالة زواج القصر والجزاء المترتب على ذلك.
- تبيان حالة التعارض بين مصالح النائب الشرعي ومصالح القصر.
- النص على جزاء في حالة تجاوز النائب الشرعي حدود سلطاته.
- إعادة النظر في السن المحددة لمنح الإذن للقصر من أجل التصرف في أموالهم.
- وضع آليات تمكن من تكريس حماية القاضي لترشيد القاصر كإلزامه بتقديم حساب سنوي للمحكمة كما فعل المشرع المصري.

وكذا إزالة التناقض بين قانون الأسرة والقانون المدني بالنسبة لتصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر.



الملاحق



قائمة المصادر والمراجع

I - قائمة المصادر:

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

II - قائمة المراجع:

أولاً: القواميس.

1. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط - طبعة جديدة - منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان.
ثانياً: الكتب.

1. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية - الزواج والفرقة وحقوق الأقارب -، مكتبة دار الثقافة ، ط1، الأردن، 1993.

2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص - الجرائم ضد الأشخاص، الجرائم ضد الأموال، بعض الجرائم الخاصة، منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة -، ط14، دار هومة، الجزائر، 2012.

3. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبق لأحدث التعديلات - دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

4. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، -الطلاق، الخلع، وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقاً لأحدث التشريعات القانونية-، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

5. أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

6. أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
7. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005.
8. باديس زيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، على ضوء قانون الأسرة الجزائري-إقرار، بينة، تلقيح اصطناعي، البصمة الوراثية، نظام تحليل الدّم، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي-، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2010.
9. باديس زيابي، آثار فك الرابطة الزوجية -تعويض، نفقة، عدّة، حضانة، متاع-، دار الهدى، الجزائر، 2008.
10. جمال سايسي، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
11. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
12. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات -الهبة، الوصية، الوقف-، ط2، دار هومة، الجزائر 2009.
13. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2011.
14. سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة -الباب الأول، الزواج وانحلاله، أركان الزواج، النسب، الطلاق، العدة، الحضانة، النفقة مدعم باجتهادات المحكمة العليا-، ط1، دار الألمعية، الجزائر، 2015.

15. الشحات إبراهيم منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
16. صالح جيجك الورثلاني، الميراث في القانون الجزائري، ط2، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، د س.
17. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغداوي، الجزائر، 2009.
18. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط1، دار هومة، الجزائر، 2013.
19. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط1، دار هومة، الجزائر 2013.
20. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد - شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، ط4، دارهومة، الجزائر، 2013.
21. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، 2007.
22. عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، ط2، قرطبة للنشر والإشهار، الجزائر، 2013.
23. عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق - وفقا للفقهاء وما هو ثابت في التشريع الجزائري ومستقر عليه في قضاء المحكمة العليا مدعما بالاجتهاد القضائي-، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.

24. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم ، الكويت، 1990.
25. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة دار الثقافة، الأردن 2004.
26. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية-، ج2، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
27. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا-، أحكام الزواج، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية 2010.
28. العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون والأسرة الجزائري الجديد، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2015.
29. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2015.
30. عيسى حداد، عقد الزواج -دراسة مقارنة-، ط1، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
31. الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
32. كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية -الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية-، الإختصاص والإجراءات والقرارات، ط1، منشأة المعارف، مصر، 2003.

33. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعم باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، دار هومة، الجزائر، 2014.
34. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1950.
35. محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط1، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، الرياض، 2016.
36. محمد حسين منصور، نظرية الحق، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
37. محمد سعيد جعفرور، فاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2009.
38. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011.
39. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008.
40. محمد عيلوي ناصر، الحضانة في الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، الأردن 2010.
41. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في -الولاية، الوصية، والوقف- ط1، مطبعة دار التأليف، 1976.
42. محمود عبد الله بخيت- محمد عقله العليّ، الوسيط في فقه المواريث، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007.

43. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، الأردن، د س.
44. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي - في الفقه الإسلامي - ط1، دار النفائس، الأردن، 2007.
45. ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س.
46. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
47. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، المجلد 07، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985.
48. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والميراث والفهرسة الألفبائية للمسائل الفقهية-، المجلد 08، ط2، دارالفكر، دمشق، 1985.
49. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة -الزواج والطلاق-، دار هومة، ط2، الجزائر، سنة 2008.
50. يوسف دلاندة، قانون الأسرة- منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه، بموجب الأمر رقم: 02-05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث-، دار هومة ، الجزائر، 2014.

ثالثاً: الرسائل والمذكرات.

أ- رسائل الدكتوراه:

1. أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
2. أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي -دراسة مقارنة- مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
3. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.
4. عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
5. محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.

ب- مذكرات الماجستير:

7. أمال علال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.
8. إبتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012.
9. إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمّة لخضر، الوادي، 2014-2015.
10. بدر الدين حاج علي، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
11. بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010-2011.
12. جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005-2006.

13. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
14. دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007-2008.
15. 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.
16. محمد بوعمره ، أموال القاصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2012-2013.
17. محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، 2008.
18. مخاطرية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، د س.
19. نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، 2009.

20. هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون 2011-2012.

ج- مذكرات الماستر:

21. أمينة ونوغي، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

22. سهام كربال، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أو لحاج، البويرة، 2012-2013.

23. سوسن قديري، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي وحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

24. كميلية ساعد سعود، نطاق القضاء الإستعجالي في مجال الأحوال الشخصية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

25. لينة بن دادة، إثبات النسب بالوسائل العلمية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

26. نصيرة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.

25. وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة -دراسة نقدية تحليلية مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة المكي محمد أبو لحاج، البويرة، 2013.

د- مذكرات التخرج من المعهد الوطني للقضاء:

1. خديجة بوشيبان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2007-2010.

2. مالك طلبة، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006.

3. محمد شمروك ، مراد مسمودي، عدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008.

رابعاً: المجلات.

1. أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الإجتهد القضائي، ع7، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س.

2. الجيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، ج41، رقم 01، 2003.
3. الجيلالي تشوار، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع03، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.
4. ربيحة إلمات، حالات ثبوت ونفي النسب دراسة قانونية مقارنة، حوليات جامعة الجزائر، ع23، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2013.
5. زبيدة إقروفة، النسب بين تطور العلم وجمود التشريع في البلدان الغربية والعربية - البصمة الوراثية-، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية، ع01، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010.
6. عبد الرحيم مقدم، صندوق النفقة الجزائري الجديد، تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، ع12، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016.
7. كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم 01، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2011.
8. محمد توفيق قديري، حماية الذمة المالية في القانون الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 14، د س.
9. محمد الرافي، تصفية التركة وقسمتها، مجلة المحاكم المغربية، ع 60، د س.

خامسا: الندوات.

1. عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة، دراسة فقهية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة 1436هـ.

سادسا: المحاضرات.

1. رايح بن غريب، محاضرات في النيابة الشرعية، السنة الأولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2014-2015، غير منشورة.
2. حسين بلحيرش، محاضرات في إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، السنة الثانية ماستر قانون الأسرة، جامعة جيجل، 2016-2017، غير منشورة.

سابعا: المواقع الإلكترونية.

- محمد مصطفى الزحيلي، مقال حقوق الأولاد على الوالدين في الشريعة الإسلامية. عن Elibraymediu, edu, my/books/ Mal 07218 pdf.

ثامنا: النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية.

أ-الاتفاقيات الدولية :

- اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20-11-1989، بموجب اللائحة رقم 44-25 ودخلت حيز التنفيذ في 03-12-1990.

ب-النصوص القانونية:

1.القوانين والأوامر:

- القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان، المتضمن تحديد سن الزواج، ج ر، ع 2، الصادرة في جويلية 1963.

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر، ع 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، ج ر، ع 07 الصادرة بتاريخ 16 فيفري 2014.

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، ع 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

- القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج ر، ع 1، الصادرة بتاريخ 07 جانفي 2015.

2-المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992، يتم المرسوم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1992.

تاسعا: المجلات والنشرات القضائية.

1. نشرة القضاء، عدد خاص، لسنة 1982.

2. المجلة القضائية، ع01، لسنة 1990.

3. المجلة القضائية، ع 2، لسنة 1993.
4. المجلة القضائية، ع 1، لسنة 1995.
5. المجلة القضائية، ع 1، لسنة 1997.
6. المجلة القضائية، ع 02، لسنة 1997.
7. المجلة القضائية، ع 2، لسنة 2002.
8. المجلة القضائية، ع 2، لسنة 2003.
9. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2004.
10. مجلة المحكمة العليا، ع 2، لسنة 2005.
11. مجلة المحكمة العليا، ع 1، لسنة 2007.
12. مجلة المحكمة العليا، ع 2، لسنة 2008.
13. مجلة المحكمة العليا، ع 1، لسنة 2009.
14. مجلة المحكمة العليا، ع 1، لسنة 2010.
15. مجلة المحكمة العليا، ع 2، لسنة 2010.
16. مجلة المحكمة العليا، ع 1، لسنة 2011.
17. مجلة المحكمة العليا، ع 2، لسنة 2011.
18. مجلة المحكمة العليا، ع 1، لسنة 2012.
19. المجلة القضائية، عدد خاص، د س.



الفهرس

الصفحة	الموضوع
	قائمة المختصرات
أ	مقدمة
	الفصل الأول: الحماية القضائية للطفل من الناحية الشخصية
12	المبحث الأول: الحماية القضائية لنسب الطفل
12	المطلب الأول: دور القاضي من خلال أسباب ثبوت النسب
13	الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الصحيح
13	أولا: ثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية
19	ثانيا: ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية
22	الفرع الثاني: ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح
22	أولا: ثبوت النسب من زواج باطل
22	ثانيا: ثبوت النسب بالزواج الفاسد
24	ثالثا: ثبوت النسب بنكاح الشبهة
26	المطلب الثاني: دور القاضي من خلال طرق إثبات نسب الطفل
26	الفرع الأول: الطرق التقليدية
26	أولا: الإقرار كوسيلة لإثبات نسب الطفل
33	ثانيا: البينة
35	الفرع الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب
35	أولا: الطرق العلمية في قانون الأسرة الجزائري
37	ثانيا: سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية
45	المبحث الثاني: الحماية القضائية للطفل في مجال الولاية على النفس
46	المطلب الأول: دور القاضي في حماية الطفل من خلال ضمان رعايته
46	الفرع الأول: دور القاضي في حماية مصلحة الطفل من خلال أحكام الحضانة
47	أولا: الدعاوى المدنية المتعلقة بمصلحة المحضون
56	ثانيا: حماية القاضي لحقوق الطفل المترتبة عن الحضانة

59	الفرع الثاني: دور القاضي في حماية مصلحة الطفل من خلال أحكام الكفالة
60	أولاً: حماية القاضي للطفل عند إسناد الكفالة
64	ثانياً: حماية القاضي للطفل عند إلغاء الكفالة والتخلي عنها
66	ثالثاً: حماية القاضي للطفل عند نقل الكفالة بعد وفاة الكافل
67	المطلب الثاني: تدخل القاضي في تزويج القاصر وفي إنهاء الولاية أو سحبها مؤقتاً
67	الفرع الأول: تدخل القاضي في تزويج القاصر
68	أولاً: سلطة القاضي في تقييد سن الزواج
71	ثانياً: تأكد القاضي من عدم إجبار القاصرة على الزواج
75	ثالثاً: معياري المصلحة والضرورة لمنح الإذن
80	الفرع الثاني: تدخل القاضي في إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً
80	أولاً: إصدار أمر إسقاط الولاية أو سحبها مؤقتاً
83	ثانياً: تعديل الأمر بالتدبير المؤقت
84	ثالثاً: إلغاء تدبير الإنهاء أو السحب
86	خلاصة الفصل الأول.
الفصل الثاني: الحماية القضائية للطفل من الناحية المالية	
91	المبحث الأول: الحماية القضائية لحق الطفل في النفقة والتملك
91	المطلب الأول: دور القاضي في حماية حق الطفل في النفقة
91	الفرع الأول: الحماية من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة
92	أولاً: وجوب نفقة الطفل على الوالدين
96	ثانياً: وجوب نفقة الطفل على الأقارب
97	ثالثاً: وجوب نفقة الطفل على الدولة
99	الفرع الثاني: ضوابط تقدير النفقة
99	أولاً: مشتملات النفقة
101	ثانياً: سلطة القاضي في تقدير النفقة
104	ثالثاً: تاريخ استحقاق النفقة

108	المطلب الثاني: دور القاضي في حماية حق الطفل في التملك
109	الفرع الأول: دور القاضي في حماية حق الطفل في الميراث
109	أولا: الشروط الموجبة لميراث الطفل
114	ثانيا: قسمة التركة أمام القضاء
116	الفرع الثاني: دور القاضي في حماية حق الطفل في الوصية والهبة
116	أولا: حماية حق الطفل في الوصية
121	ثانيا: حماية حق الطفل في الهبة
126	المبحث الثاني: الحماية القضائية للطفل عند إدارة أمواله من الغير وعند تصرفه فيها
126	المطلب الأول: إدارة أموال القاصر من طرف الغير
127	الفرع الأول: إدارة أموال القاصر عن طريق الولاية
127	أولا: المقصود بالولاية على المال
127	ثانيا: الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على المال
131	ثالثا: الشروط الواجب توافرها في الولي الممارس للولاية
132	رابعا: مهام الولي وأسباب انتهاء الولاية
135	الفرع الثاني: إدارة أموال القاصر عن طريق الوصاية
135	أولا: دور القاضي في تثبيت الوصي
138	ثانيا: سلطات الوصي وانتهاء الوصاية
140	الفرع الثالث: إدارة أموال القاصر عن طريق التقديم
140	أولا: المقصود بالمقدم
141	ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المقدم
142	ثالثا: إجراءات تعيين المقدم
143	رابعا: سلطات المقدم وانتهاء مهامه
144	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي وتصرفات القاصر نفسه
144	الفرع الأول: الرقابة القضائية على أعمال النائب الشرعي
145	أولا: تصرفات النائب الشرعي المقيدة بإذن القاضي
149	ثانيا: سلطة القاضي عند تجاوز النائب لحدود نيابته

153	ثالثا: تعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح القاصر
155	الفرع الثاني: الرقابة على تصرف القاصر في أمواله
155	أولا: التحقق من السن المطلوبة للترشيد
158	ثانيا: صدور الإذن بالترشيد
160	ثالثا: المنازعات المتعلقة بأموال القاصر
162	خلاصة الفصل الثاني
164	خاتمة
169	قائمة المصادر والمراجع
185	الملاحق
192	الفهرس

ملخص:

تعد فئة الاطفال أكثر الفئات هشاشة في المجتمع، لذلك أولى لها المشرع الجزائري عناية كبيرة من خلال مختلف القوانين، لكفالة حقوقه الشخصية والمالية ، هذه الحقوق التي ضمنتها له قبل ذلك الشريعة الإسلامية.

ولتجسيد هذه الحماية على أرض الواقع تمّ تفعيل دور القضاء من خلال وضع آليات تضمن تحقيق مصلحة الطفل عن طريق إجراءات التحقيق في كل ما يتعلق بمصلحة الطفل الشخصية، وكذا الرقابة على أموال القاصر، وإن تطلب الأمر يتدخل القضائي الجزائري، دون أن ننسى دور النيابة العامة والتي تعتبر طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة.

Résumé :

L'enfance est la plus vulnérable de toutes les tranches d'âge dans la société, de ce fait, le législateur algérien a accordé à l'enfant une grande attention à travers diverses lois afin de préserver ses droits personnels et financiers, des droits déjà garantis par la charia musulmane.

Pour concrétiser cette protection sur le terrain, le législateur a réactivé le rôle de l'enfant au moyen de la procédure d'instruction sur tout ce regarde l'intérêt personnel de l'enfant; le contrôle des conditions du mineur, même si cela requiert l'intervention du juge; sans oublier le rôle du ministère public qui constitue une partie principale dans les affaires familiales.